

DERECHO CIVIL

Capítulo 14

Alfredo Bullard
Gastón Fernández
(Editores)



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL 1997

FACULTAD DE DERECHO



Primera edición: octubre de 1997

Diseño de Cubierta: AVA diseños

Derecho Civil Patrimonial

Copyright © 1997 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18 San Miguel. Lima, Perú. Telfs. 460-0872 y 460-2291 - 460-2870 anexos 220 y 356.

Derechos reservados

ISBN 9972-42-029-9

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

Impreso en el Perú - Printed in Peru

LOS SUPUESTOS DOGMATICOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL: LA DIVISION DE SISTEMAS Y LA PREVISIBILIDAD.

GASTON FERNANDEZ CRUZ

Profesor Ordinario de Derecho Civil en las Universidades Católica del Perú y de Lima.

SUMARIO:

1. La alegoría de la caverna de Platón: vigencia del mito en el Perú. 2. Los dogmas de la responsabilidad contractual. 3. El dogma de la división «sine qua non» de la responsabilidad civil en dos sistemas diferenciados: el contractual y el extracontractual; fundamentos dogmáticos. 4. Sigue: El dogma de la división «sine qua non»... Crítica. 5. La patrimonialidad de la prestación indemnizatoria como fundamento de unificación. 6. La función satisfactoria de la responsabilidad civil como fundamento de unificación. 7. El dogma de la previsibilidad contractual. 8. Sigue: El dogma de la previsibilidad contractual: Los criterios clásicos versus las nuevas tendencias. 9. Conclusiones.

1.- SCOTT FITZGERALD, Premio Nóbel de Literatura, afirmaba que «la prueba de una inteligencia de primera consistía en la aptitud de retener en la cabeza - y al mismo tiempo - dos ideas opuestas, conservando, sin embargo, la capacidad de funcionar». Lo que en el fondo indicaba el ilustre literato norteamericano, no era otra cosa que la negación del **DOGMA**, como norma de vida.

El Derecho, como una de las tantas manifestaciones de la actividad

humana, ha estado y está permanentemente asediado por dogmas y dogmáticos; por juristas o pseudo-juristas que se creen «dueños de la verdad absoluta» y que cierran o evaden toda iniciativa de diálogo y polémica, señal de progreso humano. No gustan de la dialéctica jurídica; y no gustan, por egoísmo, soberbia, ignorancia o mezquindad.

El Perú, como tantos otros países latinoamericanos, ha estado sumido - genéricamente hablando - en una vivencia jurídica alegóricamente platónica: la del mito de la caverna. Varios ciegos, múltiples ciegos, guiándonos en la oscuridad, cogidos de las manos, andando en círculos. En este contexto, los dogmas y los dogmáticos han encontrado un rico «caldo de cultivo». En el Perú, hemos sido ignorantes que en el campo jurídico, el derecho civil y, particularmente la responsabilidad civil, ha sido uno de los tantos campos en donde se ha librado aguda lucha contra los «dogmas jurídicos». Lamentablemente, no siempre los resultados beneficiosos de dicha lucha han llegado al conocimiento de la comunidad jurídica nacional, privando a los alumnos de derecho, abogados y jueces de hoy, del necesario manantial en donde saciar la sed de conocimiento que les permita estudiar, interpretar y aplicar las leyes, sustentadas en bases doctrinarias sólidas, nacidas o fortalecidas de la polémica alturada y el confrontamiento de ideas. Las razones han sido y son muchas: escasez de juristas, altos costos de la producción literaria que ha determinado la casi inexistencia de casas editoriales jurídicas, pero, sobretudo, la falta de un mercado con demanda conveniente. A nadie le es ajena la verdad que, en el Perú, el alumno promedio, el abogado promedio y el juez promedio, lee poco o nada. Digámoslo sin ambages, pues no hay peor ciego que aquél que no quiere ver.

Sin embargo, esta situación, ha entrado en un proceso de cambio. De la ceguera o, de la oscuridad que nos impide ver, se ha percibido ahora, por algunos, a lo lejos, una tenue luz que, llamando su atención, les ha permitido constatar que hay un vasto campo de conocimiento por conquistar y que hoy, nuevamente como remi niscencia de la alegoría de la caverna de Platón, nos llama a conquistarlo.

Particularmente, creemos en la generación a la que pertenecemos: una generación contestataria, deseosa de ver la luz, crítica, pero al mismo tiempo respetuosa de los hombres y de sus ideas que hace suyas las enseñanzas de **BETTI**, quien rechazaba por «inmoral toda forma de intole-

rancia, que niegue a los demás la libertad de manifestar una idea diferente o acaso opuesta (...)»¹.

Bajo esta perspectiva y dentro de esta mística, pretendemos abordar la temática de la responsabilidad contractual y su regulación civil en el Perú, con la pretensión de demostrar que, la regulación de este sistema en el código civil peruano, está sustentado en sofismas y supuestos dogmáticos, que lo transforman en un reino mitológico, bajo una aparente vigencia absoluta del factor atributivo subjetivo: la culpa; todo ello, no sin cierto rubor de estar tratando como novedad en el Perú, a los albores del siglo veintiuno, un tema cuya problemática en ciertos países europeos, como en Italia, se planteó bajo la vigencia de su código abrogado de 1865.

2.- Semánticamente hablando, un dogma es definido en su primera acepción como «una proposición que se asienta por firme y cierta y como principio innegable de una ciencia»²; esto es, una aparente verdad aceptada como tal, sin discusión.

Diversas áreas del conocimiento humano se han visto siempre impregnadas de conceptos dogmáticos. Tal vez, campos como el de la física, en las ciencias naturales, sean el mejor ejemplo de esta afirmación. Pero tal y como nos lo recuerda **HEREDERO**, «las ciencias físicas han tenido como postulados principios que hoy están abandonados. Y esto no quiere decir que la ciencia física esté en crisis, sino que, estos principios que aparecieron desde Newton como incommovibles, han sido conmovidos. Este abatimiento de los principios concebidos con valor absoluto e inderogable es para el pensamiento contemporáneo, «la naturaleza de la cosas» ...³.

-
- 1 **BETTI, Emilio.** «Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos». Traducción de la segunda edición (revisada y ampliada) italiana por DE LOS MOZOS, José Luis. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. España. 1975. Pág.24.
 - 2 **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.** «Diccionario de la Lengua Española». Vigésima Primera Edición. Editorial Espasa. Calpe S.A. Madrid. España. 1992. Pág. 545.
 - 3 **HEREDERO, José Luis.** «La Responsabilidad sin Culpa (Responsabilidad Objetiva)». Ediciones Nauta S.A. Barcelona. España. 1964. Pág. 10.

La responsabilidad civil y, concretamente la responsabilidad contractual, han sido objeto de aplicación de esas aparentes verdades «per sé», aceptadas sin discusión y con valor absoluto, que han dado nacimiento a la concepción tradicional de la responsabilidad contractual. Dichos supuestos dogmáticos, presentados como basamento de esta responsabilidad, son esencialmente los siguientes:

- a) El dogma de la división «sine qua non» de la responsabilidad civil en dos sistemas diferenciados: el contractual y el extracontractual.
- b) El dogma de la previsión contractual.
- c) El dogma de la consideración del deudor como la «parte débil» de la relación obligatoria, corregida con el principio «favor debitoris».
- d) El dogma de la culpa como único factor atributivo de responsabilidad aplicable en materia contractual.

3.- El primero de los dogmas mencionados se sustentaría en la aparente diferenciación en la naturaleza de la violación cometida: en materia contractual, se trataría de la violación de una obligación pre-existente, entendida en su sentido técnico; mientras que en materia extracontractual, se trataría de la violación de un deber jurídico general de no causar daño a nadie («al terum non laedere»). Esta diferenciación sustentaría a su vez la oposición conceptual entre las nociones de Incumplimiento y Hecho Ilícito⁴.

4 Sobre la materia conviene consultar, por todos: **JORDANO FRAGA, Francisco**. «La Responsabilidad Contractual». Editorial Civitas S.A. Madrid. España. 1987. Págs. 28 a 30; **SCOGNAMIGLIO, Renato**. Voce: «Responsabilità Contrattuale ed Extracontrattuale». En: *Novissimo Digesto Italiano*. Tomo XV. Unione Tipografico- Editrice Torinese - UTET. Torino. Italia. 1968. Págs. 670 y sgtes.; **BIANCA, Massimo**. «In adempimento delle Obbligazioni». En: *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* a cura di Francesco Galgano. Libro Quarto: Obbligazioni. Art. 1218o.-1229o. Seconda edizione aggiornata. Zanichelli Editore. Bologna e Soc. Ed. del Foro Italiano. Roma. Italia. 1991. Pág 4; **SALVI, Cesare**. «Il Danno Extracontrattuale. Modelli e Funzioni». Jovene Editore. Napoli. Italia. 1985. Págs. 14 y 15; **FERRARI, Franco**. «Atipicità dell'Illecito Civile. Una Comparazione». Dott. A. Giuffrè Editore.

Sin embargo, en la actualidad, este dogma se encuentra en total revisión, oscilando la doctrina contemporánea entre considerarlo ampliamente superado propugnando criterios unificadores de la responsabilidad civil o, considerar todavía vigente la diferenciación de ambos sistemas de responsabilidad, pero basada en razones de mayor peso. Así, por ejemplo, **GIARDINA** nos recuerda que «no puede más resultar satisfactorio insistir exclusivamente sobre la diversidad de fuentes de las dos responsabilidades para justificar las diversidades de régimen...»⁵; o, inclusive, afirmar a veces las diferencias de disciplina para justificar una distinción en orden a la fuente. Para la citada autora, estas singulares características distintivas en que fundamenta la doctrina tradicional ambos sistemas de responsabilidad son, desde la perspectiva continental europea y particularmente italiana, las siguientes:

- a) En primer lugar, el hecho ilícito podría violar sólo un derecho absoluto, mientras el incumplimiento sería lesivo de un derecho de crédito.
- b) En las dos figuras de responsabilidad existiría una diversa configuración de la carga de la prueba, que viene normal e impropriamente identificada con una inversión en el área contractual.
- c) Las cláusulas de exoneración de responsabilidad serían lícitas, dentro de ciertos límites, sólo para la responsabilidad contractual y no para la responsabilidad extracontractual, donde constituirían la inadmisibles derogación convencional de reglas de orden público.
- d) En cuanto a los daños, la diversidad entre los dos regímenes de responsabilidad parecería particularmente clara: la responsabilidad extracontractual comporta el resarcimiento de todos los daños previsibles e imprevisibles, con tal que sean consecuencia

Milano. Italia. 1992. Págs. 18 y sgtes; **FRANZONI, Massimo**. «Fatti Illeciti». En: Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca a cura di Francesco Galgano. Libro Quarto: Obbligazioni. Art. 2043o.-2059o. Zanichelli Editore. Bologna e Soc. Ed. del Foro Italiano. Roma. Italia. 1993 Pág 14 y 17; y la amplísima bibliografía indicada en estos textos.

5 **GIARDINA, Francesca**. «Responsabilità Contrattuale e Responsabilità Extracontrattuale». Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1993. Pág. 2.

inmediata y directa del hecho ilícito; la responsabilidad contractual obliga al deudor a resarcir sólo los daños previsibles al tiempo en que es contraída la obligación, a menos que el incumplimiento derive de dolo (art. 1125o. C.c. italiano.)

- e) El daño moral sería configurable sólo en materia de responsabilidad extracontractual, más idónea para proteger actividades relevantes también como delitos.
- f) Se hace finalmente hincapié sobre la diversidad de los términos de prescripción para identificar una protección más amplia del interés del acreedor-damnificado en el ámbito de la responsabilidad contractual.
- g) Las singulares características distintivas de los dos órdenes de responsabilidad, son inscritas en una distinción de más amplio respiro sistemático entre las diversas fuentes de la responsabilidad. De las diferencias de disciplina se arriba a la decisiva distinción en orden a la fuente, al hecho jurídico del cual la responsabilidad depende.⁶

Sin embargo, pese a lo anteriormente expuesto, deberá tenerse presente que no todas estas características diferenciadoras son aplicables al sistema jurídico peruano. En efecto, nuestro Código civil, aún cuando ello represente un «monumento al clasicismo», reconocerá como presupuestos de la responsabilidad contractual:

- a) La existencia de una situación de incumplimiento, que supone la violación de una obligación pre-existente al incumplimiento, entendida aquélla en su sentido técnico-jurídico.
- b) Que dicho incumplimiento se deba a culpa de una de las partes, reconociéndose una categoría general de imputabilidad subjetiva, pues, aún cuando en algunos casos pueda afirmarse la existencia de un factor atributivo objetivo en la vía de la responsabilidad indirecta (verbigracia: artículo 1325o. c.c. sobre la responsabilidad del deudor por los hechos de terceros de quienes se vale para el cumplimiento de su obligación), siempre estará referida,

6 **GIARDINA, Francesca.** Ob. Cit. Págs. 4 a 18, inclusive. Sin embargo, deberá tenerse presente - como se verá más adelante - que no todas estas características diferenciadoras son aplicables al sistema jurídico peruano.

en última instancia, a la culpa en la atribución de responsabilidad directa («...responde de los hechos dolosos o culposos de éstos...»).

c) La naturaleza especial del daño contractual que, dado el particular interés lesionado y la circunstancia de que el contrato ha creado una relación que vincula intereses específicos, determinará que:

c.1) La indemnización sea concebida tanto de naturaleza resarcitoria como sancionatoria. Se persigue reparar un daño, pero se hace depender la extensión de la indemnización de la mayor o menor culpabilidad del causante, introduciéndose como regla general de responsabilidad la «teoría de la graduación de la culpa», en donde en principio la culpa leve del deudor se presume y no necesita ser probada por el acreedor (arts. 1329o. y 1330o. c.c.).

c.2) En materia de causalidad, la responsabilidad contractual persiga resarcir el daño a un interés específico creditorio, por lo que los sujetos deben haber previsto los riesgos específicos de daño a ese interés. En consecuencia, son resarcibles los daños directos, inmediatos y previsibles, excluyendo como regla general en materia contractual el resarcimiento de los daños mediatos. Esta limitación de responsabilidad se deduce - vía interpretación sistemática - de las diferencias de regulación previstas en materia causal para la responsabilidad contractual: art. 1321o. c.c., y para la responsabilidad extracontractual: art. 1985o. c.c., así como la regulación específica y excluyente de ciertos daños mediatos resarcibles en materia contractual. Verbigracia: resarcimiento del daño ulterior (art. 1324o., segundo párrafo, c.c.).

d) La necesidad de la constitución en mora del deudor para exigir la ejecución forzada de la obligación incumplida por aquél, lo que en el fondo representa que, en términos generales, se distinga retraso objetivo de incumplimiento subjetivo.

e) Un plazo de prescripción particular, más extenso que aquel previsto para la responsabilidad extracontractual. Así, el artículo 2001o., inciso 10), c.c., prevé la prescripción de la acción perso-

nal a los diez años, mientras que el inciso 4) del mismo artículo prevé la prescripción de la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual a los dos años.

De otro lado, autores como **BRECCIA**⁷ reconocen a la obligación resarcitoria originada en un hecho ilícito extracontractual, características peculiares que justifican una distinción general respecto a las relaciones obligatorias que derivan de otras fuentes, como la contractual, tales como su naturaleza de deuda de valor y su particular forma de devengo de los intereses. Empero, quizás el principal argumento utilizado aún para justificar la existencia de ambos sistemas diferenciados radica en reconocerles funciones diversas a cada tipo de responsabilidad. Se indica, por ejemplo, que función de la responsabilidad contractual es proteger a las partes frente a un riesgo específico de daño, creado por la particular relación instaurada entre dos sujetos⁸, que en el fondo se sustenta en la diferenciación que atribuyera **BETTI** al ilícito contractual del extracontractual: la distinta naturaleza del interés lesionado. La expectativa crediticia fallida e insatisfecha en materia contractual versus la lesión del interés de convivencia pacífica que se concreta en el «daño injusto» en materia extracontractual⁹.

Como se aprecia, la propia diversidad de opiniones existentes en torno al justificativo idóneo para sostener una división - de origen o de régimen - entre los sistemas de responsabilidad contractual y extracontractual, demuestra, a nuestro parecer, la propia crisis de la división. Nunca hemos encontrado justificativo que explique el por qué, de un mismo hecho dañoso, que puede generar un mismo tipo de daño, puedan aplicarse regímenes de responsabilidad distintos, con cobertura de daños distintos. Si de un accidente automovilístico - el choque de un ómnibus de transporte urbano con uno de sus paraderos, en donde transeúntes es-

7 **BRECCIA, Umberto.** «Le Obligazioni». En: *Tratatto di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti.* Dott. A. Giuffrè Editore. S.p.A. Milano. Italia. 1991. Pág. 105.

8 **SALVI, Cesare.** Ob. Cit. Pág. 16.

9 **BETTI, Emilio.** «Teoría General de las Obligaciones». Tomo I. Traducción de la edición italiana por DE LOS MOZOS, José Luis. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. España. 1969. Págs. 121 y 122.

peran para abordarlo, por ejemplo - sale expelido un pasajero del vehículo que lo transporta y otro sujeto, que espera el vehículo para abordarlo, es arrollado por el mismo, sufriendo ambos, tipos de lesiones iguales, no vemos razón alguna que justifique en un caso limitar el resarcimiento a los daños directos, inmediatos y previsibles (por el solo hecho de tener un «boleto» que probaría la suscripción de un contrato de transporte), mientras que en el otro, al considerar lesionado su interés de paz social y convivencia pacífica, le permitiríamos un resarcimiento integral (que cubra no sólo los daños directos, inmediatos y previsibles, sino también los mediatos y los imprevisibles); división finalmente explicable sólo en el hecho que este transeúnte que esperaba en su respectivo paradero abordar el ómnibus, no tenía un boleto que probara la suscripción del contrato que aparentemente pensaba realizar.

4.- Creemos por ello que este primer dogma de la responsabilidad contractual, representado en la afirmación «per sè» de un sistema diferenciado de otro, sobre la base de una aparente división de origen o de régimen, no se justifica. Ya en un anterior trabajo¹⁰ hemos sustentado nuestra posición sobre la unificación de los sistemas de responsabilidad civil, sobre la base de reconocerle a la responsabilidad civil toda, funciones comunes. Pero estas funciones, comunes por encima de cualquier diferenciación de sistemas, reposarían siempre en un argumento sostenido hoy en la doctrina contemporánea como fundamental para negar la existencia «per sè» de sistemas de responsabilidad: la concepción de la responsabilidad como noción complementaria de una mayor denominada obligación, entendida ésta como estructura compleja, caracterizada por la existencia de una serie de deberes accesorios, coordinados al deber central en «un nexo funcional unitario»¹¹.

10 **FERNANDEZ CRUZ, Gastón.** «Responsabilidad Civil y Derecho de Daños». En: El Jurista. Revista Peruana de Derecho. Año I. Número 4. Lima. Perú. Diciembre 1991. Pág. 88 a 102.

11 Por todos: **SALVI, Cesare.** Ob. Cit. Pág. 14; **ALPA, Guido.** «Responsabilità Civile e Danno. Lineamenti e Questioni». Società Editrice Il Mulino. Bologna. Italia. 1991. Pág. 17; **GIARDINA, Francesca.** Ob. Cit. Pág. 17; **DIEZ-PICAZO, Luis.** «Estudios de Derecho Privado». Capítulo VII: El Contenido de la Relación Obligatoria». Editorial Civitas S.A. Madrid. España. 1980. Págs. 125 y sgtes.

Esta afirmación, recurrente en la actualidad, no sólo resultará fundamental para atacar viejos dogmas pre-concebidos como el de la división «sine qua non» de la responsabilidad civil en dos sistemas diferenciados: el contractual y el extracontractual, sino que también demostrará, en su momento, la inconsistencia de otro dogma pre-concebido como el de la culpa como único factor atributivo de responsabilidad aplicable en materia contractual.

Repárese que, para algunos, puede resultar difícil de entender, partiendo de la diferenciación de las nociones de Deber Jurídico y Obligación, cómo puede hablarse siempre de responsabilidad como noción vinculada a este último concepto. Al respecto, sin embargo, bien ha señalado **JORDANO FRAGA** que mientras la responsabilidad contractual aparece «estructuralmente ligada a la idea de obligación», en materia extracontractual «sólo a través de la afirmación de la responsabilidad nace una verdadera obligación, que consiste, precisamente, en el resarcimiento del daño injustamente causado...»¹².

Y es que si compartimos la idea de que la diferenciación fundamental entre las nociones de Deber Jurídico y Obligación está dado por la patrimonialidad de la última, debemos compartir también la necesidad de afirmar una única función que explique la afectación patrimonial que sufre el llamado a responder por el daño injusto irrogado. Esta función no es sino aquélla que nosotros hemos llamado «de equivalencia», que explica el porqué siempre la responsabilidad civil comporta una afectación patrimonial o posibilidad de afectación, vista siempre desde la óptica del deudor (el llamado a responder): tratándose del incumplimiento de una obligación pre-existente, como quiera que el deudor «ab initio» había comprometido su responsabilidad patrimonial en la satisfacción del interés del acreedor, en el supuesto de mutación del interés originario del acreedor producto del daño, continuará el deudor obligado (por su deber central de satisfacer el interés ajeno) a responder por la satisfacción de este interés conculcado. Por ello, en caso que el interés conculcado del acreedor se vea solamente satisfecho mediante el pago de una indemnización compensatoria, en realidad se produce una transformación de la re-

12 **JORDANO FRAGA**, Francisco. Ob. Cit. Págs. 28 y 29.

lación jurídico-obligatoria, en donde el deudor, obligado en virtud del vínculo jurídico a realizar su deber central consistente en la satisfacción del interés del acreedor, debe realizar una conducta distinta a la inicialmente debida (prestación resarcitoria) que afecta su patrimonio en un valor estrictamente equivalente al valor o estimación del daño sufrido por el acreedor.

Si, en cambio, inicialmente se debía realizar una «conducta no patrimonial» (cumplimiento del deber jurídico general de «no causar daño a nadie»), el incumplimiento de este deber por un sujeto específico, determina que éste deba realizar «una conducta esta vez de contenido patrimonial», determinado por el costo económico del daño que debe indemnizar. Así, «se produce una sustitución de conductas, en atención a la naturaleza distinta del interés del acreedor llamado a satisfacer: la conducta no patrimonial que satisfacía el interés originario del acreedor (no hacer), es reemplazada por una conducta patrimonial - prestación indemnizatoria - que satisface el interés conculcado de dicho acreedor. Visto pues, desde la óptica del deudor, lo anteriormente dicho significa que su inicial Deber Jurídico General No Patrimonial, se transforma en una Obligación, dada precisamente la patrimonialidad que representa para el deudor la prestación indemnizatoria que está llamado a realizar para satisfacer el interés lesionado del acreedor...»¹³.

5.- En lo que respecta a la «patrimonialidad» de la prestación indemnizatoria, la afirmación primaria de que la misma está representada por el «costo económico del daño que se debe resarcir», debe ser sometida a revisión con el propósito de brindarle mayor consistencia. En un trabajo también anterior, hemos afirmado que si bien el Código civil peruano parece no exigir como requisito de configuración de la obligación la «patrimonialidad de la prestación», creemos nosotros que el mismo constituye un requisito doctrinario insustituible de la relación jurídico-obligatoria, aún cuando no creamos que la patrimonialidad sea de la prestación en sí, sino del objeto de la obligación, constituido por el bien o la utilidad deseada por el acreedor. Dicho contenido patrimonial, «de carácter abstracto y objetivo», estaría representado por la «negociabilidad del bien

13 FERNANDEZ CRUZ, Gastón. «Responsabilidad...». Ob. Cit. Pág. 94.

o utilidad que se persigue obtener por la vía de la cooperación expresada a través del despliegue de energías de trabajo»; todo ello, sin perjuicio de que se produzca una «asignación de valor» a la obligación, que le da su contenido patrimonial (y que difiere de la «patrimonialidad del objeto»)¹⁴.

En este sentido, la «obligación de indemnizar», para ser tal, debe tener - en nuestro concepto - tanto patrimonialidad del objeto como asignación de valor, entendido este último concepto como «la valoración objetiva ínsita a los bienes, por estar catalogados como susceptibles de intercambio económico, que no es sino su valor de mercado; o el mayor o menor valor que las partes le hayan asignado, en atención a sus intereses patrimoniales o extrapatrimoniales»¹⁵.

Repárese que, como bien ha sido señalado por algunos autores, la «patrimonialidad del objeto» (o «patrimonialidad de la prestación», para algunos), «no corresponde al daño en sí considerado, sino a las consecuencias de la lesión»¹⁶, por lo que el carácter patrimonial del daño «deriva no de la verificación contable de un saldo negativo en el «estado patrimonial» de la víctima; sino de la idoneidad del hecho lesivo, según la valuación social típica, a determinar en concreto una disminución de los valores y de las utilidades económicas de las cuales el damnificado puede disponer»¹⁷. En consecuencia, «la economicidad del daño, en la perspectiva indicada, no implica necesariamente disminuciones de precio o de rédito, ni mucho menos desembolso monetario de parte de la víctima. Es en cambio, suficiente, la pérdida o lo que se deja de percibir, de utilidades o valores, susceptibles - según una valuación social típi-

14 **FERNANDEZ CRUZ, Gastón.** «La Obligación: Apuntes para una Dogmática Jurídica del Concepto». En: *The mis*, Revista de Derecho. Publicación editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segundo Epoca. Número 27-28. Lima. Perú. 1994. Págs. 55 y 56.

15 *Ibidem*. La problemática de la «asignación de valor» a la obligación es lo que nosotros hemos llamado «contenido patrimonial de la obligación».

16 **CECCHERINI, Grazia.** «Risarcimento del Danno e Riparazione in Forma Specifica» Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1989. Pág. 47.

17 **SALVI, Cesare.** *Ob. Cit.* Pág. 106.

ca, que se refleje además sobre el «quantum» - de ser medidos en dinero»¹⁸.

La obligación de indemnizar, es obligación siempre, por cuanto en principio existe en todos los casos «patrimonialidad del objeto», representado por la negociabilidad de la utilidad: las consecuencias de la lesión. Además, tiene siempre también una asignación de valor que, en la generalidad de los casos es objetiva: como mayormente la prestación indemnizatoria es dineraria (materializable en dinero), el bien o utilidad aquí involucrado - el dinero - tiene valor económico «per se», al ser reputado como «el común denominador del valor de todos los bienes y servicios»¹⁹.

6.- Consolidada la unidad del concepto de responsabilidad sobre la base de la denominada función de equivalencia de la responsabilidad civil, debe demostrarse a continuación la unidad toda del concepto, en relación a las demás funciones reconocidas a la misma.

Resulta, sin embargo, difícil enfocar este tema, desde que no existe unidad en la doctrina en torno al reconocimiento de las funciones que cumple la responsabilidad civil; máxime, si como ya hemos anotado, todavía un vasto sector de la doctrina propugna funciones diferenciadas de la responsabilidad, según se trate de materia contractual o extracontractual; o, peor aún, según se admita o niegue que pueda hablarse de responsabilidad civil en el cumplimiento de obligaciones, además de responsabilidad en el incumplimiento de obligaciones y deberes. Pese a ello, en un esfuerzo de síntesis, podemos señalar que se ha hablado que la responsabilidad civil cumple - entre otras - las funciones principales y diversas de «penar, prevenir, restaurar, restituir, atribuir justicia, vengar, diluir el costo de los daños, repartir las pérdidas y los riesgos, colocar los recursos en el modo más eficiente, controlar las actividades productivas y los servicios públicos, garantizar el funcionamiento óptimo del mercado y el valor primario de la persona humana»²⁰ y muchas más. En palabras

18 Ibidem. Pág. 107.

19 **HIRSCHBERG, Eliyahu.** «El Principio Nominalista». Traducción del inglés por ROIMISER, Jorge Manuel y COHEN, Mónica. Ediciones Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1976. Pág. 3.

20 **FRANZONI, Massimo.** Ob. Cit. Pág. 51. Así también, **ALPA**, por ejem-

de **FRANZONI**, de esta manera, «la idea de la reparación de la víctima del daño permanece así sumergida en una sobreabundancia «esquizofrénica» de fines y de objetivos, que impiden conectar la explosión de la responsabilidad civil a una motivación unitaria y, por lo tanto, a unitarios principios operativos»²¹.

No representa el presente trabajo ni el momento ni la oportunidad para discutir la afirmación antedicha, merecedora de una indagación más profunda. Sin embargo, por nuestro lado, ya hemos señalado con anterioridad²² que creemos en la noción de responsabilidad civil como fenómeno aplicable tanto en el cumplimiento de obligaciones, como en el incumplimiento de obligaciones y deberes, por lo que la noción de responsabilidad está, en nuestro concepto, estructuralmente unida a la noción de obligación, cumpliendo siempre, cuando menos, las funciones satisfactoria y de equivalencia en el cumplimiento obligacional, a la que se le añade la función punitiva o penal en el incumplimiento de deberes u obligaciones (que explica exclusivamente el fenómeno del traspaso del peso económico del daño).

La función satisfactoria representa la función esencial de la responsabilidad civil y se explica en la estructura compleja de la obligación. Esta última noción - en nuestro concepto - constituye una relación jurídica compleja o supraestructural que representa una vinculación intersubjetiva concreta de cooperación de contenido patrimonial, en virtud de la cual dos o más sujetos quedan vinculados entre sí para la realización de una determinada función económica o social dirigida a la satisfacción de intereses que han merecido juridicidad por el Orden Jurídico²³. En tal sentido, reconocemos como elementos de la relación jurídica

plo, señala cuatro funciones básicas atribuidas tradicionalmente a la responsabilidad civil: a.- la función de oponerse al acto ilícito dañoso, con la finalidad de resarcir a los sujetos damnificados; b.- La función de restituir el «status quo» anterior a la producción del daño; c.- La función de reafirmar el poder sancionador (o «punitivo») del estado; y d.- La función de prevención del daño. **ALPA, Guido**. Ob. Cit. Págs 53 y 54.

21 Ibidem.

22 **FERNANDEZ CRUZ, Gastón**. «Responsabilidad...» Ob. Cit. Págs. 88 y sgtes.

23 Ver: **FERNANDEZ CRUZ, Gastón**. «La Obligación ...». Ob. Cit. Págs. 41 a 56.

co-obligatoria a: los sujetos; el vínculo (s) jurídico (s); la prestación; el objeto; y el interés.

Es en el estudio del vínculo jurídico como elemento de la relación jurídico-obligatoria, que se analiza el contenido de la obligación y se explica su naturaleza jurídica. **DIEZ-PICAZO**, en un excelente estudio sobre la materia, ha definido al vínculo jurídico como la parte o elemento de la relación obligatoria que correlaciona dos situaciones jurídicas coincidentes pero, a la vez, contrarias, llamadas Crédito y Deuda²⁴. Coincidentes, porque la existencia de una no se explica sin la otra y, contrarias, porque precisamente se trata de situaciones absolutamente antitéticas. Empero, lo más importante en el significativo estudio del profesor español, es la demostración que realiza sobre el hecho que el Crédito y la Deuda serían un buen ejemplo de situaciones jurídicas complejas, en donde en uno, no existen exclusivamente facultades y en el otro, no se dan sólo deberes.

Nosotros compartimos esta visión «compleja» del vínculo jurídico como elemento de la relación obligatoria. Es más, si entendemos a la Deuda como la situación jurídica de «deber» que el ordenamiento jurídico impone a un sujeto en cuanto voluntaria o legalmente ha constreñido su libertad de actuar, comprenderemos en forma inmediata que esta situación reviste para el Derecho necesariamente una exigencia de temporalidad que debe cesar cuando el deudor recobre su plena libertad de actuación. Es decir, como quiera que la deuda representa siempre una limitación a uno de los derechos fundamentales de las sociedades occidentales, cual es el de la libertad, el Derecho debe proveer al deudor los mecanismos legales para su liberación. En términos ordinarios y normales, ello se obtiene a través del pago; pero también se le provee al deudor de los mecanismos legales que le permitan su liberación forzosa cuando falta la colaboración del acreedor: solicitar que se declare judicialmente la extinción de su deuda o el pago por consignación.

24 **DIEZ-PICAZO, Luis**. Ob. Cit. Pág. 126. Para una visión crítica a los argumentos esgrimidos por el profesor español en este trabajo, consultar: **CRISTOBAL MONTES, Angel**. «La Estructura y los Sujetos de la Obligación». Editorial Civitas S.A. Madrid. España. 1990. Págs. 85 y sgtes.

Ello significa reconocer que sobre el titular de una situación jurídica de deuda, no pesan exclusivamente deberes, sino que también goza de ciertas facultades (la de enervar toda pretensión abusiva del acreedor es otra facultad de la que también goza)²⁵, por lo que no se trata de una situación jurídica de «puro deber». Pero, además, sobre el deudor no pesa un único y solitario deber, sino que sobre él recaen una variedad de deberes accesorios cuya misión es coadyuvar a la realización del «deber central» del deudor, el cual es, que duda cabe, el de satisfacer el interés del acreedor.

No creemos justificado reducir el espectro del deber central a cargo del deudor al deber de realizar la prestación. Ello significa devaluar la propia concepción de la obligación como vehículo de cooperación humana e ignorar la función que cumple la responsabilidad en la estructura misma del concepto. Para nosotros, no existe duda en torno al hecho de que la obligación - modernamente hablando - no es sino otro de los mecanismos de los que se vale el Derecho para asegurar la circulación de la riqueza y, por ello, dentro de este contexto, la tutela del crédito se transforma en eje central del concepto. Es por ello que, el interés del acreedor, dentro de la estructura de la obligación, ocupa un lugar privilegiado pero que necesariamente está conectado con la responsabilidad del deudor de garantizar, precisamente, la satisfacción de ese interés: Habiendo el deudor, en la génesis de la obligación, asumido el deber central de satisfacer un interés ajeno tutelado: el del acreedor, como correlato de ese deber ha asumido la responsabilidad de garantizar, con todos sus bienes presentes y futuros la satisfacción de dicho interés. En consecuencia, la función satisfactoria de la responsabilidad civil no consiste sino en la garantía dada a la satisfacción del interés del acreedor.

No hay duda, sin embargo, que en la etapa del cumplimiento obligacional, dicha garantía apunta a la satisfacción del interés «puro» u «originario» del acreedor, el cual, constituyendo una valoración personal y concreta sobre la utilidad procurada por medio de la prestación, no puede gravitar en el contenido de la relación obligatoria.

Por ello, salvo que el interés «puro» hubiere sido «causalizado»

25 Ibidem. Pág. 140.

(esto es, transformado en causa subjetiva, entendida como presupuesto de la relación obligatoria), el interés que debe ser satisfecho por el deudor en la etapa del cumplimiento obligacional no es sino el «interés típico» que subordina al interés «puro» o «subjetivo»; es decir, el interés que normalmente se ve satisfecho por medio de determinada prestación²⁶.

En consecuencia, se puede concluir que, en términos normales, la función satisfactoria de la responsabilidad civil en la etapa del cumplimiento obligacional consiste en la garantía de satisfacción del interés típico del acreedor o en la realización de la causa subjetiva (entendida como interés subjetivo causalizado).

En la etapa del incumplimiento obligacional, en cambio, repárese que se introduce un fenómeno mutatorio no presente en la etapa del cumplimiento obligacional: el daño.

La verificación de este fenómeno en el plano fáctico y jurídico, trae como consecuencia la transformación de la relación obligatoria, pero no

26 Comparten la tesis: **BARASSI, Lodovico**. «Teoria Generale delle obbligazioni». Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1964. Volume I. Pág. 56; también: **BIANCA, Massimo**. «Diritto Civile. Volume 4: L'obbligazione». Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1991. Pág. 41. En contra: **DI MAJO, Adolfo**. «Obbligazioni in Generale». En: «Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca a cura di Francesco Galgano. Libro quarto: Obbligazioni. Art. 1173o. - 1176o. Zanichelli Editore. Bologna e Soc. Ed. del Foro Italiano. Roma. Italia. 1988. Pág. 267. Al respecto, **BIANCA** opina que la referencia al interés normal o típico no implica referirse a un interés «abstracto». Para él, «el interés creditorio es siempre un interés individual y concreto, que puede inclusive depender de las circunstancias personales del acreedor. Pero si se trata de un interés normal, éste entra de por sí en el contenido de la relación.» (Llamada a pie de página número 3). Nosotros en cambio opinamos que, salvo que el interés subjetivo haya sido transformado en causa del negocio (que se produce cuando el propósito empírico perseguido es común a las partes en el negocio o «aún siendo individual en el negocio de una sola parte, ha sido dada a conocer a los destinatarios del negocio»). Ver: **DIEZ-PICAZO, Luis**. «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial». Volumen I. Editorial Tecnos S.A. Madrid. España. 1983. Pág. 175), aquél es irrelevante a efectos de su valoración en el cumplimiento.

su extinción: el daño irrogado al interés creditorio produce la mutación de este interés (originariamente identificado con el interés típico), que se transforma en un interés conculcado. Al producirse esta mutación, resulta lógico entender también que el objeto o utilidad que lo satisface no sea necesariamente el mismo²⁷. por lo que también varía o muta el objeto «inicialmente debido». Si varía el objeto, que constituye el resultado debido, varía también el medio empleado para lograrlo (de aquí que a la indemnización compensatoria se le denomine también «prestación sustituta»).

¿Cómo, entonces, si el daño puede producir una variación en los elementos interés, objeto y prestación de la relación obligatoria, podemos sostener que estamos ante una misma obligación? Simplemente es así, porque el elemento que explica la naturaleza jurídica de la obligación y constituye su contenido - el vínculo jurídico - no ha variado.

En virtud del vínculo jurídico, el deudor se comprometió (asumiéndolo como deber central) a satisfacer el interés del acreedor, por lo que en la hipótesis de daño al interés creditorio, que transforma al interés originalmente debido en un interés conculcado por el daño, el deudor continúa obligado - en virtud del mismo vínculo jurídico existente -²⁸ a satisfacer el interés del acreedor. Esto es que, el deudor, en virtud del deber central asumido inicialmente al contraerse la obligación, debe satisfacer el interés del acreedor, sea a través de la prestación originalmente debida (que materialice el objeto que satisface el interés típico creditorio), o sea a través de una prestación sustituta indemnizatoria (que materialice el ob-

27 Pero pudiera serlo, cuando, por ejemplo, la afectación del daño al interés creditorio no es estructural. En este caso, el acreedor probablemente exigirá, pese a la situación de incumplimiento, la satisfacción del interés originario, por medio de la prestación originalmente debida, más el pago de una indemnización moratoria que, en este caso, tendrá el valor de prestación complementaria (Artículo 1219o., incisos 1o. y 3o. del Código civil peruano).

28 Lo que no significa que exista en toda relación obligatoria necesariamente un solo vínculo jurídico. Así, por ejemplo, en los mal llamados «contratos sinalagmáticos» o «de prestaciones recíprocas», tenemos la existencia de dos vínculos jurídicos funcionalmente unidos entre sí.

jeto que satisfaga el interés lesionado por el daño). En ambos casos, estaremos ante una única función satisfactoria de la responsabilidad civil, estructuralmente unida a la noción de obligación, que comprometió el patrimonio del deudor en la satisfacción de un interés ajeno. Es en mérito a la argumentación antes vertida que se explican las palabras de **JORDANO FRAGA** cuando afirma: «...A la luz de las consideraciones hasta aquí desarrolladas, que ponen de manifiesto la conexión estructural de la idea de responsabilidad con la de obligación, resulta natural que al hablar de la función de la responsabilidad contractual se ponga de manifiesto, como contenido primario de la misma, el de garantizar la posición del acreedor, de tal forma que cuando la realización coactiva de su pretensión no sea posible, se le resarza de las pérdidas sufridas por el incumplimiento (función compensatoria)²⁹. En este caso, la función satisfactoria de la responsabilidad civil actuará con la finalidad de reparar el daño irrogado dado el carácter tuitivo de la función (o compensar, o resarcir, como también se le ha llamado), aún cuando, en la constatación fáctica de daños de naturaleza irreparable, la función satisfactoria se enfrente a límites de imposible superación, materializándose en la finalidad de «consolación» de los efectos del daño³⁰.

En lo que respecta al incumplimiento de deberes, entre los cuales destaca el «alterum non laedere», se podrá apreciar que en nada difiere la situación respecto a aquella ya presentada en el incumplimiento de obligaciones.

El denominado «daño injusto» en materia extracontractual, lesiona - en términos clásicos - un interés genérico de convivencia pacífica pero

29 **JORDANO FRAGA, Francisco.** Ob. Cit. Pág. 34.

30 Limitación que es ontológicamente igual a aquella impuesta por la imposibilidad de ejercer violencia en la persona del deudor en la ejecución forzosa de las obligaciones de hacer (artículo 1150o., inciso 1) del Código civil peruano). Sobre la función «consolatoria» de la responsabilidad civil y su aplicación preferente en el resarcimiento del daño extrapatrimonial, conviene consultar: **FRANZONI, Massimo.** «La liquidazione del Danno alla Persona». En: Trattato di Diritto Commerciale e Diritto Pubblico dell'«economia» diretto da Francesco Galgano. Vol. XIV. Casa Editrice Dott. Antonio Milani - CEDAM. Padova. Italia. 1990. Págs. 278 y sgtes.

que, a la vez, es específico respecto a cada integrante de la sociedad. El daño a este interés determina su mutación a uno específicamente creditorio, en donde ya el individuo concretamente dañado en su interés de convivencia pacífica, reclama esta vez la satisfacción de su interés conculcado, el cual consistirá en la apreciación individual y concreta que el sujeto damnificado realice respecto al valor que el bien lesionado revestía en particular para él; se trata pues de una valoración subjetiva que se realiza sobre las consecuencias del daño. SALVI, al respecto, en posición discordante indica que «es indudable que tal valoración se refiere a un sujeto-tipo, que se encuentra en la misma situación concreta del damnificado, y no a los criterios o necesidades propios de éste como individuo», por lo que se trataría siempre de «un interés socialmente y económicamente típico»³¹. En la codificación civil peruana, creemos nosotros que dicho patrón objetivo no existe, por lo que la asignación de valor que se realiza a las consecuencias del daño debe ser esencialmente subjetiva, pues se trata de valorar la repercusión del daño en determinado sujeto.

De esta manera, en la hipótesis del incumplimiento obligacional imputable al deudor, creemos que el artículo 1219o. del Código civil peruano otorga un derecho potestativo al acreedor para que éste decida, sobre la base de la posibilidad de la prestación y su interés subjetivo, la acción a tomar en cautela de su interés lesionado. Dicho en otros términos, ese interés subjetivo, intrascendente en el plano del cumplimiento obligacional, por estar subordinado al interés típico creditorio, se torna relevante en la etapa del incumplimiento obligacional por la imputabilidad del incumplimiento del deudor. La ley no exige al acreedor que pruebe la lesión de su interés subjetivo para el ejercicio del derecho potestativo; debe probar solamente el hecho objetivo del incumplimiento. El ejercicio del derecho potestativo concedido al acreedor no se condiciona a la prueba de la lesión al interés subjetivo: la ley lo presume lesionado por el hecho objetivo del incumplimiento (lo que se ve corroborado con el texto del artículo 1428o. del Código civil peruano, que contiene una redacción claramente potestativa).

Distintos son, obviamente, los requisitos de procedencia del resar-

31 SALVI, Cesare. Ob. Cit. Págs. 105 y 106.

cimiento contractual: En este aspecto, la ley peruana exigirá al acreedor damnificado que pruebe ya no solamente el hecho objetivo del incumplimiento. Si bien dicho incumplimiento se presumirá imputable al deudor, por lo que el acreedor estará dispensado de probar la atribución de responsabilidad (esto es, que se presume - *juris tantum* - responsable al deudor por «culpa» del incumplimiento obligacional: art. 1329o. c.c.; presunción que será largamente discutida posteriormente en este trabajo), deberá probar también la existencia de los daños y perjuicios que afirma haber sufrido, así como su cuantía (art. 1331o. c.c.), aún cuando en lo que atañe a este último problema del «quantum» indemnizatorio, se faculta al juez a fijar por excepción - en la medida que esté probado el «quid» indemnizatorio y en ausencia de prueba de la cuantía en su monto preciso - una indemnización de «valoración equitativa» (art. 1332o. c.c.).

En la hipótesis del incumplimiento del deber general de no causar daño a nadie, sucede básicamente lo mismo en lo que atañe, pues, a los requisitos de procedencia del resarcimiento extracontractual: el acreedor debe probar el hecho objetivo de la comisión del daño y el nexo causal (el que había resultado evidente en el anterior caso por la existencia del contrato), así como la existencia y cuantía de los daños y perjuicios. Asimismo, en lo que atañe a la imputabilidad subjetiva, se presumirá - con carácter «*juris tantum*» - que el daño ocasionado a la víctima lo ha sido por «culpa» de su autor (art. 1969o. c.c.). En los supuestos de imputabilidad objetiva, en cambio (riesgo, garantía y equidad), la víctima, conjuntamente a la probanza del hecho objetivo de la comisión del daño, deberá aportar la prueba concreta del factor objetivo atributivo de responsabilidad (verbigracia: la naturaleza riesgosa de la actividad que ocasiona el daño en el art. 1970o. del c.c. peruano; la relación de subordinación del art. 1981o. del mismo cuerpo legal, etc.).

En la asignación de valor a las consecuencias del daño debe primar, en nuestro concepto - tanto en materia contractual como extracontractual - criterios que sopesen el grado de afectación que la lesión a determinado bien produce en particular respecto a la víctima³².

32 Y que explican coherentemente fenómenos como el de las modificaciones intrínsecas del daño.

En consecuencia, el marco unitario de las funciones básicas de la responsabilidad civil, cuales son la función satisfactoria y la función de equivalencia, quedan configuradas, demostrando que el concepto de responsabilidad civil, entendido como el conjunto de consecuencias jurídico-patrimoniales a las que quedan sometidos los sujetos, en tanto hayan contraído una obligación, es una noción que se sobrepone a cualquier problemática de existencia de sistemas de responsabilidad.

Como quiera que la problemática de la responsabilidad civil se subsume en aquella concerniente a la obligación, no hay duda que en esta última noción se explican los conceptos de patrimonialidad y asignación de valor.

Existirá patrimonialidad, en la medida que el objeto de la obligación (el bien o la utilidad) sea susceptible de intercambio económico. Tratándose de la «prestación indemnizatoria», dicha patrimonialidad está representada por la negociabilidad de las consecuencias del daño.

En cuanto a la problemática de asignación de valor, en la «prestación indemnizatoria» creemos que prima la valoración subjetiva que el damnificado realiza en la demostración de la magnitud del daño que para él ha causado la pérdida o menoscabo de determinado bien o utilidad.

7.- De otro lado, se ha indicado ya que otro de los grandes dogmas sobre los cuales reposa la responsabilidad contractual es el de la previsibilidad contractual. En palabras ya citadas de SALVI³³, hemos señalado cómo para algunos, la función básica de la responsabilidad contractual radicaría en proteger a las partes del contrato frente «a un riesgo específico de daño, creado por la particular relación instaurada entre dos sujetos». Se afirma entonces que, como el contrato crea una relación jurídica intersubjetiva de contenido patrimonial entre - cuando menos - dos sujetos, vincula intereses específicos. En consecuencia, la responsabilidad contractual perseguiría resarcir el daño a ese interés específico creditorio, por lo que los sujetos deberían haber PREVISTO los riesgos específicos de daño a ese interés.

33 Ver supra, numeral 3). Nota a pie de página No. 8.

De esta afirmación surge una de las consecuencias más comúnmente aceptadas por la doctrina y legislación contemporánea: en principio, son resarcibles en materia contractual, los daños directos, inmediatos y previsibles.

La abundante consagración legislativa del alcance de la responsabilidad contractual antes mencionada, podría para muchos ser argumento suficiente para aceptar como verdad incuestionada la previsibilidad contractual, sin reparar que, en el fondo, se parte siempre de legislaciones promulgadas en los siglos XIX y en la primera mitad del siglo XX, en donde el avance industrial y tecnológico no había desarrollado, por ejemplo, toda la problemática de la contratación en masa y la protección del consumidor, regulando por lo general una realidad de contratación paritaria, en donde la previsibilidad es concebida como una derivación del principio de autonomía de la voluntad - libertad de contratar y libertad contractual -, donde las partes deben haber previsto en el contrato los límites a su libertad de actuación (obligaciones), por lo que el incumplimiento del contrato determinaría el resarcimiento de un daño directo, inmediato y previsible a un interés específico.

Así, por ejemplo, el código francés de 1804 consagra en su artículo 1150o. la responsabilidad del deudor en el sentido que «sólo está obligado por los daños y perjuicios que hayan sido previstos o que se hayan podido prever al hacerse el contrato, cuando no se deba a su dolo el incumplimiento de la obligación», agregando en su artículo 1151o. que «aún en el caso en que el incumplimiento de la convención resulte del dolo del deudor, los daños y perjuicios no deben comprender, respecto a la pérdida sufrida por el acreedor y la ganancia de que éste ha sido privado, sino aquello que sea consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de la convención»³⁴.

34 «Art. 1150o. Code civil: Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée».

«Art. 1151o. Code civil: Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention».

Aún cuando no pueda afirmarse que el Código civil francés recogió la teoría de la graduación de la culpa³⁵, resulta evidente que en materia de responsabilidad contractual se establece una diferenciación en el alcance de esta responsabilidad, según se haya actuado con dolo o sin él, lo que lleva con posterioridad a las legislaciones de inspiración napoleónica a consagrar la limitación de la responsabilidad con contractual, cuando no se ha actuado con dolo, a los daños directos, inmediatos y previsibles, extendiendo la responsabilidad del deudor a los daños de naturaleza imprevisible, cuando haya mediado dolo en su actuación.

De esta manera, el código italiano de 1942 señaló en su artículo 1223o., bajo la intitulación «resarcimiento del daño», lo siguiente: «El resarcimiento del daño por el incumplimiento o por el retardo debe comprender tanto el daño emergente del acreedor como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa», agregando en su artículo 1225o., bajo el título «previsibilidad del daño», que «si el incumplimiento o el retardo no dependen de dolo del deudor, el resarcimiento es limitado al daño que podía preverse en el tiempo en que fue contraída la obligación»³⁶.

Repárese entonces cómo en la tradición latina de inspiración francesa, el dogma de la previsibilidad contractual va unida siempre a la inmediatez de los daños resarcibles, mientras que otras legislaciones latinas, como la germana, prefiere no referirse a las «consecuencias inmedia-

35 Es aceptado, en términos generales, que ninguna de las grandes codificaciones europeas como la francesa, la alemana o la italiana recogieron la artificiosa teoría de la graduación de la culpa introducida por los glosadores, aun cuando existen diseminados en cada una de ellas, diversos artículos - no unidos orgánicamente - que hablan de «culpa leve», «culpa grave», o de «dolo». Consultar al respecto: **JORDANO FRAGA, Francisco**. Ob. Cit. Págs. 128 a 130, inclusive.

36 «**1223. Risarcimento del danno.**- Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta».

«**1225. Prevedibilità del danno.**- Se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento é limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione».

tas y directas» en el resarcimiento de los daños provenientes de la inexecución de obligaciones, como sucede, por ejemplo, en el artículo 252o. del B.G.B., en donde se indica que «el daño a indemnizar comprende también el lucro cesante. Vale como cesante la ganancia que podía esperarse con verosimilitud según el curso normal de las cosas o según las circunstancias especiales - del caso -, en especial según las medidas y previsiones adoptadas»³⁷. La referencia al «curso normal de las cosas», lleva más bien a plantear que, en materia contractual, tan igual como en materia extracontractual, la única teoría de la causalidad aplicable resultaría la de la causalidad adecuada, en donde resultarían resarcibles todos los daños efectivamente irrogados en cuanto sean consecuencia lógica y necesaria del hecho dañoso que los produjo (el incumplimiento). Esto es, todo tipo de daño directo, sea mediato o inmediato, previsible o imprevisible.

Es cierto que, sobre el artículo 1223o. del código italiano, la doctrina civilística de ese país es general al interpretar que la referencia a «los daños directos e inmediatos» contenida en dicho precepto legal se basa en la teoría de la causalidad adecuada. Al respecto, escribe **ZACCARIA** que «es absolutamente pacífico que tal expresión no debe ser interpretada literalmente, siendo sin embargo muy discutido el concepto de nexo causal jurídicamente relevante (...). Parece aún prevaleciente, inclusive en nuestra juris prudencia (...), la tesis según la cual un cierto evento (dañoso) es considerado causado por otro sí, manteniéndose las otras condiciones, el primero no se habría verificado (por lo menos con aquellas modalidades, inclusive temporales) en ausencia del segundo (teoría de la «condicio sine qua non»); empero, al mismo tiempo, no es suficiente tal relación causal para determinar una causalidad jurídicamente relevante, debiéndose, al interior de las series causales así individualizadas, dar relevancia solamente a aquellas que, en el momento en el cual se produce el evento causante, puedan unirse verosímilmente desde el punto de vista de un experto observador (teoría de la «causalidad adecuada», la

37 Código Civil Alemán (BGB). Traducción directa del alemán al castellano acompañada de notas aclaratorias, con indicación de las modificaciones hechas hasta el año 1950 por **MELON INFANTE, Carlos**. Bosch, Casa Editorial. Barce lona. España. 1955. Editada como Apéndice de la edición española del «Tratado de Derecho Civil» de Ennec cerus, Kipp y Wolff.

cual, en realidad, más que una teoría causal, es una teoría de la imputación del daño) (...)»³⁸. Igualmente, ha escrito también **VISINTINI**, refiriéndose al texto del artículo 1223o. del c.c. italiano que «la fórmula es bastante infeliz en su ambigüedad, y como tal ha sido juzgada inclusive bajo el código derogado en el comentario al artículo 1229o. que la reproducía en los mismos términos»³⁹, pudiéndose reconstruir el sentido de la misma «recurriendo al examen del sistema jurisprudencial y doctrinal anterior al código de 1942, puesto que aquella se ha mantenido inalterada en el tránsito del código abrogado al vigente. Esto es que, estamos de frente a una hipótesis en la cual el respeto de la tradición y de la letra legislativa debería prevalecer o cuando menos constituir un freno a la autonomía del intérprete, salvo naturalmente la verificación de si el alcance de la fórmula es siempre aquella a nivel jurisprudencial y si otros índices legislativos consienten de interpretarla en sentido evolutivo»⁴⁰. La destacada profesora de la Universidad de Génova considera entonces ilustrativo recurrir, a los efectos de reconstruir el sentido de la fórmula en examen, a las afirmaciones vertidas por Pothier, que constituyen uno de los antecedentes del artículo 1151o. del Code Napoléon, quien afirmaba al respecto que «...la regla que me parece que (...) debería seguirse, es, que no se debe comprender en los daños e intereses de los cuales un deudor es responsable por razón de un dolo, aquellos que no solamente no son una consecuencia lejana, ni una consecuencia necesaria, sino que pueden tener otras causas»⁴¹, concluyendo que «los criterios limitativos elaborados por la tradición para resolver esta problemática fueron precisamente, en ese orden, el criterio de la evitabilidad de parte del acreedor, el criterio de la causalidad directa, y aquél de la previsibilidad (este últi-

38 **ZACCARIA, Alessio**. En: «Commentario breve al Codice Civile a cura di G. Cian e A. Trabucchi». Casa Editrice Dott. Antonio Milani-CEDAM. Padova. Italia. 1993. Págs. 953 y 954.

39 **VISINTINI, Giovanna**. En: «Trattato di Diritto Privato diretto da Pietro Rescigno». Volume 9: Obbligazioni e contratti. Tomo primo. Unione Tipografico-Editrice Torinese - UTET. Torino. Italia. 1984 (Ristampa 1992). Pág. 199.

40 Ibidem. Pág. 200.

41 **POTHIER, Robert Joseph**. «Tratado de las Obligaciones». Traducción de la edición francesa de 1824, publicada bajo la dirección de M. Dupin, corregida y revisada por M.C. de las Cuevas. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires. Argentina. 1978. Numeral 167. Pág. 98.

mo considerado no aplicable en caso de dolo). Los dos primeros fueron codificados y resumidos en la fórmula de la consecuencialidad directa e inmediata de que trata el artículo 1151o. del code civil y 1229o del código civil italiano de 1865, el tercero respectivamente en los artículos 1150o. del code civil y 1228o. del código civil italiano derogado. En la codificación italiana de 1942 figura solamente la regla, formulada en vía autónoma, que limita la resarcibilidad de los daños evitables por el acreedor con la diligencia ordinaria (artículo 1227o., segundo párrafo, c.c.). De modo que al estado actual de nuestra legislación - a diferencia del sistema francés de la cual deriva - se debe entender que el significado de la fórmula «consecuencia inmediata y directa» se ha restringido a uno solamente de los dos criterios limitativos que en su origen se encontraban en ella, cual es el de las consecuencias evitables con la normal diligencia del acreedor reguladas por una disposición específica»⁴².

8.- Reducido el supuesto dogmático de la previsibilidad a sus orígenes tradicionales por la doctrina italiana y entendida por la jurisprudencia de este país el criterio del resarcimiento de los daños «directos e inmediatos» con una cierta «elasticidad», a fin de «comprender en el resarcimiento aquellas consecuencias que se presentan como un efecto normal del incumplimiento según el principio de la regularidad causal»⁴³, tal interpretación jurisprudencial y doctrinal no siempre ha propagado sus efectos, imperando en muchas de nuestras codificaciones latinoamericanas - de origen francés - una interpretación literal de la letra legislativa, agravada en algunos casos (como el caso del código civil peruano de 1984) con una interpretación sistemática que enfrenta aparentemente teorías de causalidad distintas. Así, por ejemplo, el código civil chileno de 1855, establece en su artículo 1558o. que «si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento (...)»⁴⁴; el código civil uruguayo de 1868 recoge al respecto, en su

42 **VISINTINI, Giovanna.** Ob. Cit. Págs. 201 y 202.

43 *Ibidem.* Pág. 203.

44 En forma similar, las codificaciones latinoamericanas que recogieron el Código de Bello: Así, el artículo 1601o. del código civil ecuatoriano (nu-

artículo 1346o., una transcripción casi literal de los artículos 1150o. y 1151o. del Code Napoléon⁴⁵; el código civil argentino de 1869, en su artículo 520o. habla mas bien de «consecuencia inmediata y necesaria» y no recoge la consabida frase «consecuencia inmediata y directa». Sin embargo, con la nueva redacción del artículo 521o. del código de Vélez, introducida por la Ley No. 17711, quedó clara la interpretación sinonímica de los términos «necesaria» con «directa»⁴⁶, pero a su vez, quedó claro también que el código argentino se aparta esta vez del supuesto dogmático consabido que entendía que la inejecución de la obligación determina un daño directo, inmediato y previsible de un interés específico, el cual podía comprender, en caso de dolo, el resarcimiento de los daños imprevisibles, pero siempre que sean consecuencia inmediata y directa. El artículo 521o. del código argentino, según texto modificado por la ley No. 17711 estipulará que «si la inejecución de la obligación fuese maliciosa los daños e intereses comprenderán también **las consecuencias mediatas**», haciendo entonces extendible el resarcimiento, en caso de dolo, a los daños directos, mediatos e inmediatos⁴⁷.

meración correspondiente después de la reforma de 1970), y el artículo 1616o. del código civil colombiano de 1873.

- 45 Art. 1346o. c.c. uruguayo: «El deudor no responde sino de los daños y perjuicios que se han previsto, o podido prever al tiempo del contrato, cuando no ha provenido de dolo suyo la falta de cumplimiento de la obligación.

Aún en el caso de que la falta de cumplimiento provenga de dolo del deudor, los daños y perjuicios que no están fijados por la ley o convenidos por los contratantes, no deben comprender, respecto de la pérdida sufrida por el acreedor y el lucro de que se le ha privado, sino lo que ha sido consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento».

- 46 Art. 520o. c.c. argentino: «En el resarcimiento de los daños e intereses sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación».

Art. 521o. c.c. argentino (texto según la edición oficial de «Nueva York», anterior a la ley No. 17711): «Aún cuando la inejecución de la obligación resulte del dolo del deudor, los daños e intereses comprenderán sólo los que han sido ocasionados por él, y los que el acreedor ha sufrido en sus otros bienes».

- 47 Aún cuando han existido algunas opiniones que han creído y querido diferenciar la «inejecución dolo sa», de la «inejecución maliciosa» de la obligación a que se refiere el texto vigente del artículo 521o. del código civil

Sin embargo, fuera de esta excepción que es compartida por el código civil paraguayo de 1985⁴⁸, lo cierto es que la gran mayoría de los códigos latinoamericanos recogen el dogma de la previsibilidad contractual y su limitación, en lo que respecta al resarcimiento de los daños, a aquellos directos, inmediatos y previsibles, extendibles a los imprevisibles, sólo en el caso de mediar dolo⁴⁹.

argentino, resulta hasta cierto punto pacífica la identificación que de dichos conceptos realiza la doctrina argentina. Ver, por todos: **ALTERINI, Atilio Anibal**. «Responsabilidad Civil». Abeledo-Perrot S.A. Buenos Aires. Argentina. 1987. Pág. 100. También: **CAZEAUX, Pedro y TRIGO REPRESAS, Félix**. «Compendio de Derecho de las Obligaciones». Tomo I. Librería Editora Platense S.R.L. La Plata. Argentina. 1984. Págs. 213 y 214.

48 Art. 425o. c.c. paraguayo: «Si la inexecución de la obligación fuese maliciosa, los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas».

49 Código civil brasileño de 1916. Art. 1059o.: «Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Parágrafo único. O devedor, porém, que não pagou no tempo e forma devidos, só responde pelos lucros, que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação».

Art. 1060o.: «Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato».

Código civil mexicano de 1928. Art. 2110o.: «Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse».

Código civil venezolano de 1942. Art. 1274o.: «El deudor no queda obligado sino por los daños y perjuicios previstos o que han podido preverse al tiempo de la celebración del contrato, cuando la falta de cumplimiento de la obligación no proviene de su dolo».

Art. 1275o.: «Aunque la falta de cumplimiento de la obligación resulte de dolo del deudor, los daños y perjuicios relativos a la pérdida sufrida por el acreedor y la utilidad de que se le haya privado, no deben extenderse sino a los que son consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación».

Código civil boliviano de 1975. Art. 345o.: «(Daño Previsto). El resarci-

El código civil peruano de 1984 presenta, como ya hemos indicado, un grave problema interpretativo de orden sistemático en lo que respecta a la extensión del resarcimiento en materia contractual y extracontractual, al enfrentarse los textos literales de los artículos 1321o. y 1985o. En efecto, en la órbita extracontractual, el texto del artículo 1985o. del código civil hace referencia expresa a la existencia de «una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido», por lo que resulta claro que la teoría de causalidad recogida en materia extracontractual es la teoría de la causalidad adecuada, haciendo resarcible en esta vía todos los daños - mediatos o inmediatos, previsibles o imprevisibles - en cuanto sean consecuencia lógica y necesaria del hecho que los produjo. Frente a esta clarísima referencia legislativa a la teoría de la causalidad adecuada en materia extracontractual, en la órbita contractual existe el artículo 1321o. del código civil, redactado a «imagen y semejanza» del artículo 1151o. del Code Napoléon, que hace extensible el resarcimiento de los daños a todos aquellos «en cuanto sean consecuencia inmediata y directa» de la inejecución de la obligación, lo que ha llevado a algunos a afirmar - por su clara oposición legislativa al texto del artículo 1985o. del código civil - que en materia contractual el código civil peruano de 1984 ha recogido la teoría de la causalidad próxima, lo que aparentemente se vería reconocido también por el texto del tercer párrafo del propio artículo 1321o. del código civil, así como por el texto del artículo 1324o. del mismo cuerpo legal. Así, en materia contractual, serían resarcibles en principio, únicamente, los daños directos, inmediatos y previsibles, los cuales podrían extenderse en la hipótesis de mediar dolo o culpa grave del deudor, al resarcimiento de los daños directos, inmediatos e imprevisibles, pero nunca a los daños directos mediatos; tanto así, que, por ejemplo, el único daño mediato resarcible en materia contractual, sería el denominado «daño ulterior» (art. 1324o. c.c.), resarcible solamente en las obligaciones de dar sumas de dinero y en la medida que se haya tratado, previamente, de un daño previsto como resarcible.

miento sólo comprende el daño previsto o que ha podido preverse, si el incumplimiento o retraso no se debe a dolo del deudor».

Art. 346o.: «(Daños Inmediatos y Directos). Aunque haya dolo del deudor, el resarcimiento no debe comprender, en cuanto a la pérdida experimentada por el acreedor y la ganancia de que ha sido privado, sino lo que sea consecuencia inmediata y directa del incumplimiento».

¿Cómo no reconocer entonces la vigencia del dogma de la previsibilidad contractual en el código civil peruano?; ¿Cómo no dudar del reconocimiento por este código de su unidad histórica con el resarcimiento exclusivo de los daños inmediatos, entendidos como tales los temporalmente próximos al hecho generador del daño, en tanto las partes titulares de un interés específico contractual han previsto los riesgos también específicos de daño a dicho interés?; ¿Cómo no aceptar como probable, cuando menos, que en el código civil peruano no pueda interpretarse la expresión «daños directos e inmediatos» como sinónima de todos los daños que se presenten como efecto normal del incumplimiento (como consecuencia lógica y necesaria) tal y como sí es interpretado en Italia, el artículo 1223o. de su código civil? Repárese que las consecuencias pueden ser y, de hecho son, diversas:

- En primer lugar, excluir de la responsabilidad contractual el resarcimiento de los daños mediatos, por ejemplo, puede llevar a negar el resarcimiento de daños cerebrales presentados en un sujeto pasajero de un ómnibus, que no llegó a destino por un accidente imputable a la temeridad del chofer del mismo, daños que se le presentan años después del accidente como una tumuración formada progresivamente. Pese a que dichos daños son consecuencia lógica y necesaria del hecho que los produjo, no serían resarcibles por el mero hecho de presentarse alejados temporalmente de la causa que los originó.
- En segundo lugar, limitar el alcance de la responsabilidad contractual al resarcimiento de los daños previsibles, puede llevar, por ejemplo, a negar la responsabilidad de un Agente de Bolsa en la compra de acciones en rueda, cuando aquél, encargado de comprar cien acciones de la empresa «X», no cumple con su obligación de compra en el tiempo y modo convenidos. El comitente esperaba obtener una ganancia con la compra del orden del 200%.

Coetáneamente al incumplimiento del Agente, quiebra la empresa «Y», competidora de la empresa «X», quiebra no prevista, determinando que las acciones de «X» suban reportando por la compra de cien acciones, una ganancia del orden de 300%.

Según el código civil peruano, el Agente de Bolsa, en caso de cul-

pa leve, sólo responde de la no ganancia esperada y no del mayor valor imprevisto de las acciones.

Nos volvemos a preguntar: ¿es lógico esto?; ¿es justo?; ¿el resarcimiento de los daños debe depender de la mayor o menor gravedad de culpa en la actuación del causante, o del alcance del interés lesionado de la víctima? ; o, finalmente cabe preguntarnos: ¿la extensión del resarcimiento depende de la previsibilidad o simplemente de la causalidad de los daños?.

Aún cuando la simple intuición nos brinde una respuesta a las preguntas antes mencionadas, lo cierto es que el código civil peruano, ajeno en materia contractual a los avances doctrinarios y legislativos sobre la materia, ha limitado el resarcimiento de los daños contractuales recogiendo el criterio de la previsibilidad del daño. Sin embargo, el contenido y la justificación de este criterio limitativo puede ser diverso, lo que ha motivado que, en la actualidad, exista todo un movimiento revalorativo de la previsibilidad contractual, básicamente en la doctrina americana a través del Análisis Económico del Derecho, el cual, sin embargo, no es recogido en el código civil peruano.

En términos clásicos, se entiende por daño previsible a «el daño cuyo acaecimiento es probable según un juicio normalmente diligente», esto es, a la posibilidad de prever ciertos daños como consecuencia natural, por parte de un hombre de normal diligencia en relación a las circunstancias concretas⁵⁰. Repárese, sin embargo, que los códigos tradicionales (entre ellos, el código civil peruano: art. 1321o., tercer párrafo) hacen referencia al daño «que podía preverse al tiempo en que fue contraída la obligación», por lo que el texto legal no reclama una específica previsión del daño, sino solamente la posibilidad de tal previsión. Se trata, en palabras de **BIANCA**, «de un juicio basado sobre el criterio de la normal diligencia (...) que concierne tanto al daño como evento lesivo, como al daño cual efecto económico negativo»⁵¹.

50 **BIANCA, Massimo**. «Diritto Civile. Volume 5: La Responsabilità». Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1994. Págs. 156 y 157.

51 *Ibidem*. Pág. 157.

Tradicionalmente, el fundamento de la limitación de los daños contractuales a los daños previsibles «ha sido visto en la tácita voluntad contractual del deudor de no asumir el riesgo de perjuicios extraordinarios e imprevisibles»⁵², afirmándose además que la responsabilidad agravada por los daños imprevisibles se justifica en la particular gravedad de la conducta del causante al integrar un ilícito doloso⁵³. Como es obvio, esta concepción «trasnochada» de previsibilidad, reposa en la visión miope de la responsabilidad civil fundamentada exclusivamente en una situación de antijuridicidad, en donde aquélla - la responsabilidad civil - era concebida como reacción al ilícito⁵⁴, apreciada desde la perspectiva del agente emisor de voluntad (causante del daño) y, por ende, con una clara función fundamentalmente sancionatoria. Tal perspectiva de la responsabilidad civil ha variado ya «hace decenas de años»; hoy, como nos lo recuerda **FRANZONI**, se estudia y se entiende la responsabilidad civil, como una reacción al daño injusto⁵⁵, con una función eminentemente satisfactoria del interés conculcado de la víctima, buscándose más bien la reparación del interés, antes que la sanción a la conducta del autor del daño⁵⁶. No puede más seguirse vinculando responsabilidad y voluntad negocial, pues se tratan de entidades diversas y ello ha sido resaltado por la doctrina moderna precisamente como argumento para negar que el fundamento de la noción de previsibilidad pueda encontrarse en «la tácita voluntad contractual del deudor de no asumir el riesgo de perjuicios extraordinarios e imprevisibles»⁵⁷. La función tuitiva a la víctima de la responsabilidad civil supone hoy el abandono de la perspectiva de investigación de esta rama del derecho civil vinculada a la teoría del negocio jurídico.

52 Ibidem. Pág. 153.

53 **VISINTINI, Giovanna**. Ob. Cit. Volume 9. Tomo Primo. Pág. 210.

54 En la órbita contractual, entendida como la violación de una obligación pre-existente y, en la órbita extracontractual, entendida como la violación del deber jurídico general de no causar daño a otro («alterum non laedere»).

55 **FRANZONI, Massimo**. «Fatti...». Ob. Cit. Pág. 77.

56 **RODOTA, Stefano**. «Il Problema della Responsabilità Civile». Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1964. Págs. 51 y sgtes.

57 Por todos: **BIANCA, Massimo**. «Diritto Civile». Ob. Cit. Volume 5. Pág. 154.

De otro lado, también se ha querido encontrar el fundamento de la limitación de los daños contractuales a los daños previsibles - en una posición aún más tradicional que la anteriormente mencionada - en la previsión efectiva de las partes, excluyendo «voluntades presuntas»⁵⁸. En efecto, siempre vinculando responsabilidad a voluntad negocial, se ha entendido, fundamentalmente por la doctrina del siglo XIX y comienzos del siglo XX, la previsibilidad como la específica previsión de la posibilidad de contemplar ciertos daños como consecuencia probable de los hechos; esto es, como hecho subjetivo del imputado. Sobre este argumento, **BARBERO** señala que, en realidad, lo que la norma legal exige no es la previsión de una situación concreta, en donde un ser de «carne y hueso» pacte expresamente tal previsión, sino que establece una regla que a su vez señala un tipo de conducta a tenerse en cuenta bajo un esquema abstracto. Para este autor hablar de previsibilidad «equivale un poco a decir, menos que probabilidad, y decir más que posibilidad. La previsibilidad implica la posibilidad, pero no llega a la probabilidad»⁵⁹. Por estas razones, **BARBERO** descarta el entendimiento de la previsibilidad como una específica previsión o hecho subjetivo del imputado, pero, en la necesidad de encontrar el fundamento de la limitación de los daños contractuales a los daños previsibles, cree encontrarlo en el principio de equidad, señalando expresamente lo siguiente: «... Si se busca la razón de este criterio de la previsibilidad, no se la puede rastrear más que sobre una base de equidad, en el sentido de que tiende él a atenuar la responsabilidad del deudor incumpliente (que no esté en dolo o en mala fe), considerando, con indulgencia, que si los eventos que agravan el contenido de su responsabilidad hubiesen sido previsibles cuando asumió la obligación, lo hubiesen apartado tal vez de asumir un compromiso a cuyo incumpli-

58 **GIORGI, Giorgio**. «Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno». Volumen II. Traducción de la séptima edición italiana por la Redacción de la REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid. España. 1909. Numeral 101. Págs. 150 a 153, inclusive.

59 **BARBERO, Domenico**. «Sistema del Derecho Privado Italiano». tomo III: Obligaciones. Traducción de la sexta edición italiana por SENTIS MELENDO, Santiago. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Argentina, 1967. Pág. 86.

miento, aún por culpa ligera, iba conexo semejante riesgo de responsabilidad...»⁶⁰.

Repárese que, como bien señala al respecto **BIANCA**, las opiniones vertidas por **BARBERO** se explican dentro del pensamiento obsoleto de reputar al deudor como la parte débil del vínculo obligacional, explicado, en el fondo, en otro de los típicos supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual, cual es el principio del «favor debitoris». Pretender encontrar el fundamento de la previsibilidad contractual en una «genérica exigencia equitativa» no es sino pretender sostener un sistema de responsabilidad sobre la base de la finalidad de «atenuar» la responsabilidad del deudor ⁶¹. Por todo esto, el propio **BIANCA**, aún dentro de los límites clásicos de la responsabilidad, sostiene que «el criterio de la previsibilidad del daño debe más bien ser vuelto a buscar en una idea fundamental que gobierna la disciplina de la obligación como instrumento para la satisfacción de un interés ajeno: la idea, esto es, que el vínculo obligatorio importa la asunción de un sacrificio contenido dentro de límites de normalidad»; agregando después que «la regla de la previsibilidad del daño vale precisamente para señalar uno de estos límites, conteniendo el deber de resarcimiento en relación al normal significado de utilidad que la prestación representa para el acreedor»⁶².

Nosotros, en una idea tal vez contestataria de las posiciones clásicas y, tal y como lo hemos ya advertido en el presente punto de este discurso, no creemos que deba buscarse más una justificación de la responsabilidad atenuada del deudor en los criterios de previsibilidad, en tanto que la extensión del resarcimiento debe depender exclusivamente de la causalidad de los daños. Creemos que los criterios de previsibilidad deben ser tenidos en cuenta, más bien, en un nivel macro-económico y de política legislativa, en donde resultan absolutamente válidos - como modelos teóricos de análisis - figuras introducidas por el Análisis Económico del Derecho tales como el «Fully Specified Contract». En efecto, la idea del «Contrato Perfecto» tan bien desarrollada por **POLINSKY**, resulta

60 Ibidem. Pág 87.

61 **BIANCA, Massimo**. «Diritto Civile». Ob. Cit. Volume 5. Pág. 154. Nota a pie de página No. 126.

62 Ibidem. Pág. 154.

siendo una idea central para entender - en términos de análisis económico - la función económica del derecho contractual; ya, en palabras de **SCHÄFER** y **OTT** se reconoce que «...estamos ante un contrato perfecto cuando las partes contratantes, antes de concluir el contrato, se han puesto de acuerdo sobre la imputación de **todos** los riesgos asociados a su ejecución...»⁶³. Sin embargo, pretender aplicar la idea del contrato perfecto a todos los supuestos específicos de contratación (contratación real) resulta, como bien lo ha señalado **BULLARD** en nuestro medio, una ficción, pues «un contrato que prevea absolutamente todas las circunstancias no existe en la realidad y es sólo un presupuesto de trabajo teórico»⁶⁴. Hay quienes, por cierto, confunden a veces los modelos teóricos de análisis con la realidad y postulan una idea de previsibilidad contractual a un nivel micro-económico, sin reparar que ello significa -en términos estrictamente jurídicos - retornar a posiciones tan obsoletas y tradicionales, como aquéllas expresadas líneas precedentes de la previsibilidad entendida como «previsión efectiva de las partes»⁶⁵. Repárese que, contrariamente a lo que muchos piensan, existe en la gran mayoría de los casos, una absoluta correlación entre los conceptos pensados a través del Análisis Económico del Derecho y el Derecho Civil Romano-Germánico común⁶⁶. Por ejemplo, si se repara en la afirmación transcrita del profesor **BIANCA** (nota a pie de página No. 62) en relación a que la regla de la previsibilidad representa una limitación referida «al normal significado de utilidad que la prestación representa para el

63 **SCHÄFER, Hans-Bernd** y **OTT, Claus**. «Manual de Análisis Económico del Derecho Civil». Traducción del alemán por VON CARSTEN TENN-LICHTERFELDE, Macarena. Editorial Tecnos S.A. Madrid. España. 1991. Pág. 261.

64 **BULLARD GONZALES, Alfredo**. «¿Hay Algo Imprevisible?. La Excesiva Onerosidad y la Impracticabilidad Comercial». En: The mis. Revista de Derecho. Publicación editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Epoca. Número 25. Lima. Perú. 1993. Pág. 84.

65 Ver: supra, llamada a pie de página No. 58.

66 Dicha correlación puede reconocerse en forma visible, por ejemplo, en el artículo del profesor español **PAZ-ARES, Cándido**, que bajo el título «Seguridad Jurídica y Seguridad del Tráfico» fue publicado en la Revista de Derecho Mercantil, Nos. 175-176, del período Enero-Junio de 1985, en Madrid, España. Págs. 7 a 40, inclusive.

acreedor», podrá verse en ella una expresión sinonímica de lo que el Análisis Económico del Derecho llama «razonabilidad de la previsión». Por ello, **BULLARD** señala bien que «...para los economistas nada es imposible de prever. Algunos eventos son más caros de prever que otros. Aquello que comúnmente es considerado imprevisible es un evento cuyo costo de previsión es tan alto que no resulta **razonable** considerarlo en el contrato, pues los costos de previsión superan los beneficios de dicha previsión...»⁶⁷. Sin embargo, lo que no se ha resaltado con el debido énfasis, es que esa «previsibilidad económica in abstracto» puede llegar a significar y de hecho significa en algunos casos una «imprevisibilidad jurídica in concreto». Por ejemplo, para nosotros, hablar de razonabilidad de la previsión, en términos de costos de transacción, no significa que todo pueda o no ser previsible en términos de la realidad jurídica. La afirmación aquélla - tan mentada en el Análisis Económico del Derecho - de que «cuando los costos de transacción son bajos, las partes deben haber **previsto** las consecuencias de su vinculación», demuestra precisamente que, a veces, por existir costos de transacción altísimos (por ejemplo, falta de información), resulta imposible - en términos fácticos - prever todas las consecuencias que se puedan generar de un acto; lo que sucede, por ejemplo, en la contratación masiva.

9.- No hay duda pues, que resultaría a la luz de la realidad y de la literatura jurídica contemporánea, absolutamente absurdo ignorar las repercusiones económicas que producen los factores atributivos de responsabilidad adoptados en materia contractual.

El Análisis Económico del Derecho ha aportado en este aspecto, un impecable análisis lógico que demuestra la absoluta vinculación entre las implicancias económicas que se producen en la realidad y las funciones asignadas a un sistema de responsabilidad por una codificación civil⁶⁸.

67 **BULLARD GONZALES, Alfredo.** Ob. Cit. Pág. 82.

68 Y, en materia contractual, existe un excelente trabajo del profesor italiano **PIETRO TRIMARCHI** denominado «Sul Significato Economico dei Criteri di Responsabilità Contrattuale», publicado en el libro «Interpretazione Giuridica e Analisi Economica», a cura di Guido Alpa, Francesco Pulitini, Stefano Rodotà e Franco Romani. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1982. En nuestro medio, existe traducción al caste-

Sin embargo, creemos que su aporte más valioso consiste en destruir aquella premisa clásica que asignaba a la responsabilidad civil una función unitaria, la cual, pese a ello, ya ha sido también afirmada por el sistema del «Civil Law» o Derecho Común contemporáneo⁶⁹.

La pretensión de este artículo, pues, ha sido la de demostrar que las codificaciones contemporáneas no pueden seguir reposando en principios «ochocentistas» que no resisten el más mínimo análisis lógico, al estar basados en supuestos dogmáticos, de los cuales, el presente trabajo, ha tratado solamente dos de ellos. La renovación de conceptos viene hoy planteada tanto por sistemas tan diferenciados como los denominados «Civil Law» y «Common Law» y, si bien es cierto que algunos podrán afirmar que existen razones para plantear aún una separación de sistemas (contractual y extracontractual) o revalorar el concepto de la previsibilidad, básicamente sustentadas en razones económicas, lo cierto también será que sus razones serán absolutamente distintas de aquéllas, sustentadas por la vieja tradición del «Civil Law».

llano de este artículo efectuada por el profesor **HUGO FORNO FLOREZ** y publicado en Themis. Revista de Derecho. Publicación editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Epoca. No. 29. Lima. Perú. 1994. Págs. 91 a 101, inclusive. En este artículo, el profesor Trimarchi afirma que la previsibilidad contractual cumple una especial función al servicio de los fines económicos que debe perseguir la responsabilidad contractual. Entre ellos, afirma que, persiguiendo ante todo la responsabilidad contractual una mejor distribución de los recursos productivos, debe tenerse en consideración el peso económico de los daños derivados del incumplimiento, los cuales, pueden remover la estabilidad financiera de una empresa o de una economía individual. El régimen de la responsabilidad contractual puede repartir los daños - según este autor - de modo que facilite la absorción de aquéllos. Sin embargo, destaca que, dicho resultado puede ser alcanzado afirmando a veces, o negando a veces, la responsabilidad civil. Dentro de este contexto, para Trimarchi, a veces y sólo a veces, puede resultar siendo una «solución intermedia» la afirmación de la responsabilidad del deudor, limitándolo al resarcimiento de los daños previsibles.

69 Ver, por todos: **GALGANO, Francesco**. «Diritto Civile e Commerciale». Volume Secondo: «Le Obligazioni e i Contratti». Tomo Secondo. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM). Padova. Italia. 1990. Pág. 283.

Nuestro postulado, a través de las ideas expuestas a lo extenso de este artículo es que, creemos, que no existen más razones para seguir afirmando una división de sistemas de responsabilidad y que la previsibilidad contractual, más allá de servir de protección a las partes frente a riesgos específicos de daños creados por la particular relación intersubjetiva instaurada entre ellas, no puede seguir más existiendo como límite infranqueable de la extensión del resarcimiento. Nuestras opiniones han sido y son polémicas, precisamente ...no hechas para dogmáticos.