Revista Especializada en Responsabilidad Civil

Revista Jurídica

Año II - N° 2, Lima - Perú, noviembre 2024 ISSN 2961-2853

Indexada en:

LatinREV
Red Latinoamericana de Revistas Académicas en Ciencias Sociales y Humanidades



Instituto Peruano de Responsabilidad Civil

Revista Especializada en Responsabilidad Civil

Revista Jurídica
Año II, N.° 2, noviembre, 2024
ISSN: 2961-2853

Revista Especializada en Responsabilidad Civil

Revista Jurídica

Año II - N° 2, Lima - Perú, noviembre 2024 **ISSN 2961-2853**



Indexada en:

LatinREV
Red Latinoamericana de Revistas Académicas en Ciencias Sociales y Humanidades

Instituto Peruano de Responsabilidad Civil

REVISTA ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD CIVIL
REVISTA JURÍDICA
N°2- Noviembre 2024 - Lima-Perú.

Revista Profesional - Especializada: Nuestra Revista realiza publicaciones especializadas en la responsabilidad civil, promoviendo la reflexión entre académicos y profesionales dedicados al ejercicio práctico, tanto en la defensa como en el ejercicio como magistrados.

Director
Bruno Alonso Samuel Tapia Cornejo

Comité Editorial
Fredy Eloí Del Pino López

Cómite Consultivo
Dr. Leysser León Hilario (Perú) – Dra. Francesca Benatti (Italia) – Dr. Maximiliano Aramburo C. (Colombia) – Dra. Natalia Margarita Rueda Vallejo (Colombia) – Dr. Rafael Peteffi Da Silva (Brasil) – Abog. Lucero Celeste Ramírez Izaguirre (Perú) – Dr. Roger Vidal Ramos (Perú) – Dr. Esteben Pereira Fredes (Chile) – Dr. Alberto Pino-Emhart – Mg. Renzo Esteban Saavedra Velazco – Mg. Jhoel Chipana Catalán

Edición a cargo de:
© Instituto Peruano de Responsabilidad Civil
Av. Calle Los Zungaros 260, Lima - Perú
RUC: 20610875867
Celular: 989039480
E-mail: ipdrcperu@gmail.com
Website: ipdrcperu.com

100 ejemplares

Título Clave: Revista Especializada en Responsabilidad Civil
Depósito Legal Nº 2023-08332
ISSN: 2961-2853
Indexada en LatinREV de FLACSO Argentina
https://latinrev.flacso.org.ar/revistas/revista-especializada-resposabilidad-civil

Diseño y diagramación: Enrique Tello P. | e-mail: etelloediciones@gmail.com

Impreso en Noviembre de 2024 por:
Martel Acabos Gráficos E.I.R.L.
Urb. Previ Mz. 29 Lt 7, Los Olivos- Lima.
RUC: 20605426568

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra -incluido el diseño tipográfico y de portada-, sea cual fuere el medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin autorización previa y por escrito de los titulares del copyright. La infracción de dichos procesos puede constituir un delito contra la propiedad intelectual.

Índice General

Presentación 9

Vehículos autónomos y responsabilidad civil
Jonathan Jiménez Sicilia 13

La responsabilidad agravada civil ¿o administrativa? de los bancos frente al consumidor. Un breve contraste con la tutela que ofrecen nuestros países vecinos
José Antonio Campos Bermúdez 43

La equidad y sus alcances en la responsabilidad extracontractual en materia contencioso-administrativa en el caso colombiano
Hector Frannsiny Ramos Arteaga 107

Traducción de la reforma de la responsabilidad civil belga, contenida en el libro 6 de su código civil. Entrará en vigor el 1 de enero de 2025
Bruno Alonso Samuel Tapia Cornejo 143

Entrevistas

Entrevista sobre contencioso climático y derecho de daños
Carlo Vittorio Giabardo / Carla Lucero Tarifa Dianderas 171

Entrevista sobre la responsabilidad civil en los delitos de corrupción
Mg. Juan Enrique Alcántara Medrano 175

Entrevista sobre el derecho deportivo en el fútbol peruano: desafíos legales en torno a jugadores, clubes y la selección nacional
Mg. Marco La Jara Morales 181

Normas de públicación en la segunda edición de la revista especializada en responsabilidad civil del instituto peruano de responsabilidad civil 189

Presentación

Nos complace presentar el segundo número de la revista Instituto Peruano de Responsabilidad Civil, una publicación que busca consolidarse como un referente en el análisis y estudio de la responsabilidad civil en el ámbito jurídico peruano y comparado. En esta edición, incluimos artículos de destacados autores que abordan diversas áreas y desafíos de esta disciplina, reflejando su compromiso con una doctrina sólida y actualizada.

Los artículos recibidos pasan por un riguroso proceso de revisión por pares, asegurando la calidad académica que exige nuestra publicación. Posteriormente, se inicia la fase de edición, que abarca: corrección de estilo, revisión de citas, diagramación, diseño de portada y papel, definición de formato, inscripción en la Biblioteca Nacional del Perú, distribución en librerías, promoción en redes sociales, donaciones a instituciones académicas y universidades, publicación en la página web del Instituto, y envío de ejemplares a quienes desean adquirirla en formato físico. Todo este proceso es financiado por el Instituto con el objetivo de fomentar el estudio de la responsabilidad civil en Perú y estimular el debate en una de las áreas más dinámicas del derecho civil.

La revista esta dividida en dos secciones: a) El primer apartado refiere a los artículos y b) El segundo apartado refiere a entrevistas.

Este número comienza con el artículo titulado "Vehículos autónomos y responsabilidad civil" del magíster Jonathan Jiménez Sicilia (España), que examina la regulación de los vehículos autónomos en España, así como su tratamiento en la normativa de la Unión Europea y Estados Unidos. Le sigue el artículo "La responsabilidad agravada ¿civil o administrativa? de los bancos frente al consumidor" a cargo del profesor José Antonio Campos Bermúdez (Perú), que analiza las implicancias de la responsabilidad de las entidades bancarias en la protección al consumidor.

Por otro lado, presentamos un tercer artículo titulado “La equidad y sus alcances en la responsabilidad extracontractual en materia contencioso-administrativa en el caso colombiano” del Magíster Héctor Frannsiny Ramos Arteaga (Colombia), que aborda el tema de la equidad y su tratamiento en las Cortes de Colombia, un enfoque enriquecedor sobre un concepto fundamental en responsabilidad civil y derecho.

Asimismo, hemos plasmado la traducción de “La reforma de la responsabilidad civil belga”, a cargo de nuestro director, la mencionada reforma entrará en vigor el 1 de enero de 2025.

Además de los artículos, este número incluye una serie de entrevistas. La primera, a cargo del Dr. Carlo Vittorio Giabardo y Carla Tarifa Dianderas, estudiante en la Università degli Studi di Genova, se centra en "Derecho de daños y procedimiento climático". También incluimos entrevistas realizadas por nuestros estudiantes de la Universidad Ricardo Palma y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Estos entrevistaron al viceministro de Justicia, Juan Enrique Alcántara Medrano, sobre delitos de corrupción y reparación civil, y al abogado Marco La Jara Morales, especialista en Derecho Deportivo, quien aborda el caso del jugador Renato Tapia y el concepto de lucro cesante en este contexto.

Queremos expresar nuestro sincero agradecimiento a los miembros consultivos del Instituto Peruano de Responsabilidad Civil, cuya confianza y sabiduría han sido fundamentales para los avances logrados en nuestro Instituto.

Lima, octubre del 2024

Mg. Bruno Alonso Samuel Tapia Cornejo

Director del Instituto Peruano de Responsabilidad Civil (IPDRC)

Master en Derecho de Daños por la Universidad de Girona (España)

Magister en Derecho con Mención en Derecho Procesal por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM)

Egresado del Doctorado en Derecho y Ciencia Política (UNMSM)

Docente Ordinario Auxiliar de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la (UNMSM)

Docente de Pregrado en los cursos de Investigación jurídica 1 y 2,
Derecho Internacional Privado, Docente de Derecho Civil y
Metodología de la investigación en el Programa Titulación,
Asesor de trabajos de Suficiencia profesional en la
Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC)

Docente Talento Plata 2023 (UPC)

Docente de Derecho Civil en el Postgrado de la Maestría de Derecho Civil y
Comercial de la Universidad de Huánuco.

Asesor externo de tesis.

Año II, N.° 2
Noviembre 2024
ISSN: 2961-2853

Vehículos autónomos y responsabilidad civil*

Autonomous vehicles and civil liability

Mg. Jonathan Jiménez Sicilia (España)**

Sumario

1. Introducción. 2.Vehículos autónomos. ¿Qué son? 2.1 La evolución de los vehículos hasta la actualidad 2.2La autonomía de los vehículos. 2.3Clasificación. 2.4¿Qué se espera de los vehículos en un futuro cercano y qué aportarán? 3.¿Estamos preparados para la revolución de los vehículos autónomos? 3.1 Situación en España. 3.2 Derecho Comparado. 3.2.1 Estados Unidos. 3.2.2 Unión Europea y algunos Estados miembros. 4. ¿Qué modificaciones se deberán realizar? 5. Conclusiones. 6. Anexos. 7. Referencias.

Resumen

El artículo analiza la llegada de los vehículos autónomos y los desafíos legales, particularmente en la responsabilidad civil. Describe la evolución tecnológica de estos vehículos y los clasifica según su nivel de autonomía, desde los sistemas asistidos hasta la automatización completa. Aunque en España y otros países existen leyes de responsabilidad civil para vehículos convencionales, la normativa actual resulta insuficiente para regular los vehículos autónomos, pues estos alteran la figura del "conductor" y generan incertidumbre sobre quién será responsable en caso de accidente: propietario, fabricante o sistema. También se abordan problemas de ciberseguridad y protección de datos debido a la interconexión de estos vehículos. Se sugiere crear una regulación específica para definir responsabilidades, considerar el uso de "cajas negras" para registrar incidentes, y establecer un fondo de compensación. El autor

* Jiménez Sicilia, J. (2024). Vehículos autónomos y responsabilidad civil. Revista Especializada en responsabilidad Civil (2), 13-41.
El presente trabajo ha formado parte del trabajo de fin de pregrado del autor

** Graduado en Derecho por la Universitat de Girona. Grado en Criminología y Política Criminal por la Universitat de Barcelona. Máster de Abogacía por la Universitat de Girona Abogado colegiado número 3819 del Ilustre Colegio de Abogados de Girona.

concluye que los vehículos autónomos transformarán el transporte, lo que requiere un marco legal adecuado para balancear los beneficios de la tecnología con la seguridad y derechos de los ciudadanos.

Palabras clave: Vehículos autónomos, Responsabilidad Civil, Derecho Comparado, Unión Europea

Abstract

The article analyses the arrival of autonomous vehicles and the legal challenges, particularly in civil liability. It describes the technological evolution of these vehicles and classifies them according to their level of autonomy, from assisted systems to full automation. Although in Spain and other countries there are civil liability laws for conventional vehicles, the current regulations are not enough to regulate autonomous vehicles, since they alter the figure of the "driver" and generate uncertainty about who will be responsible in the event of an accident: owner, manufacturer or system. Cybersecurity and data protection issues are also addressed due to the interconnection of these vehicles. It suggests creating specific regulations to define responsibilities, considering the use of "black boxes" to record incidents, and establishing a compensation fund. The author concludes that autonomous vehicles will transform the transport system, which requires an adequate legal framework to balance the benefits of technology with the safety and rights of citizens.

Keywords: *Autonomous vehicles, Civil Liability, Comparative Law, European Union*

1. Introducción

El presente trabajo se realiza con tal de analizar una situación con la que nos encontraremos en un futuro muy cercano tanto en el Derecho Nacional como en el Internacional acerca de si es que hay que modificar y qué habrá de modificarse, con la llegada de una tecnología que cambiará por completo el sistema de transporte, y se tratará de ver posibles cambios que se deberán realizar en nuestro Estado, principalmente en materia de responsabilidad civil, para acomodar nuestra legislación a ello.

La metodología empleada será la lectura de legislación en el ámbito de la responsabilidad civil, seguros y vehículos a motor, así como el pronunciamiento de nuestros tribunales acerca de dicha materia. Y además de la lectura de una variada serie de documentos; artículos, revistas en línea, informes, documentos estadísticos, etc… así como el visionado de ciertas ponencias realizadas por expertos en Jornadas celebradas en los últimos años sobre ello. Esto permite poder reflexionar, exponer y opinar sobre un tema que cuanto antes habrá de ser abordado con más ímpetu en el ámbito del Derecho.

Empezaré mirando de explicar en qué consisten los vehículos autónomos y cómo van a influir en el Derecho la implantación de los mismos. Primeramente, con una breve explicación de la historia acerca de los vehículos autónomos, cuándo surgieron y cómo han ido evolucionando, seguido de la clasificación que se ha realizado, pues el nivel de autonomía de los vehículos puede ser diferente y será un aspecto a tener en cuenta a la hora de acomodar la normativa. Acabaré el apartado comentando acerca de qué se espera de los vehículos autónomos en el futuro.

A continuación, explicaré brevemente la situación actual en España, incluido el sistema responsabilidad civil y cómo nos afectará la introducción de los vehículos autónomos, y me preguntaré si es posible actualmente. Y también analizaré la situación normativa acerca de los vehículos autónomos en otros Estados, básicamente EEUU de América y Estados Miembros de la Unión Europea.

Por último, trataré de proponer y dar mi humilde opinión acerca de qué posibles cambios se deberán realizar o incluso si sería apropiado crear todo un nuevo marco normativo sobre vehículos autónomos.

Como he comentado al principio de la introducción, los vehículos autónomos cambiaran nuestra forma de movernos, estamos de nuevo ante una revolución del sistema de transporte. El hecho de poder subirse a un coche propio o alquilado y que éste nos lleve al trabajo mientras, con total seguridad, miramos la agenda del día, vamos a comprar mientras vemos una película o estudiamos para el examen del próximo día, que nos permita llevar a los niños a la escuela sin estar nosotros presentes, y así un largo etcétera, todo ello sin las preocupaciones que puede suponer que se nos escape el autobús o el tren y con la comodidad y privacidad que comporta el ser un vehículo usado de forma individual.

Aunque todo ello, incluso hoy en día, aún puede parecer algo propio de las películas de ciencia ficción, dicha revolución está más cerca de lo que pensamos[1] pues son multitud de empresas automovilísticas las que ya están trabajando en la fabricación de diversos modelos completamente autónomos[2]. Pero todo esto, como nueva tecnología que es, comporta la aparición de nuevas amenazas y conlleva una serie de riesgos que el Derecho deberá regular cuanto antes.

Actualmente, la normativa legal en España en el ámbito de la circulación de vehículos a motor es variada, aunque cabe destacar el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor[3] (en adelante TRLRCSCVM), así como el Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor[4] (en adelante RSORCCVM), el

1 Fabricantes de automóviles, como Ford, establecen que para 2020-2025 tendrán flotas de taxis autónomos. Noticia: https://media.ford.com/content/fordmedia/fna/us/en/news/2016/08/16/ford-targets-fully- autonomous-vehicle-for-ride-sharing-in-2021.html [https://perma.cc/EZF6-TNSE]

2 Por ejemplo, el fabricante de automóviles Tesla, Inc. ya comercializa diversos modelos aunque de manera limita y con los niveles más bajos de automatismo. O la empresa Volkswagen que tiene planes para los próximos años de ir creando diversos modelos de vehículos según su nivel de autonomía, fijándose 2025-2030. Para más información: https://www.volkswagen.com.au/en/why-volkswagen/innovation/autonomous- driving.html [https://perma.cc/U8HQ-ZE4J]

3 BOE núm. 267, 05 de noviembre de 2004.

4 BOE núm. 222, 13 de septiembre de 2008.

Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial[5] y el Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo[6]. Y también lógicamente Código Civil[7] y Código Penal[8].

En materia de responsabilidad civil extracontractual en vehículos a motor, en España se consideró abandonar el criterio de la culpa debido al alto riesgo que conlleva la circulación de vehículos y la cantidad de accidentes ocurridos en tiempos recientes[9]. De esta forma, en el artículo 1 del TRLRCSCVM se establece que por el riesgo creado con la conducción, el conductor civilmente responsable responde de todos los daños personales o en los bienes causados, con la excepción de que concurran las causas expresamente establecidas en la misma Ley permitiendo así que el perjudicado no tenga que acreditar la culpa del conductor. Así se observa que el hecho de la circulación es el creador del riego y no lo es la culpa aunque el legislador construya un doble régimen de responsabilidad según si el daño ha sido ocasionado a personas o a bienes[10]. Por lo tanto, si los daños son causados a bienes se deberán cumplir los requisitos del artículo 1902 del Código Civil ya que el TRLRCSCVM[11] nos traslada a la aplicación del Código Civil (y del Código Penal)[12]. Por otro lado, el TRLRCSCVM en su artículo 1.3. prevé el supuesto de que el conductor no sea el propietario

5 BOE núm. 261, 31 de octubre de 2015.
6 BOE núm. 306, 23 de diciembre de 2003.
7 BOE núm. 206, 25 de julio de 1889.
8 BOE núm. 281, 24 de noviembre de 1995.
9 La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1943 (RJ 1943, 856) supuso un punto de inflexión en este sentido.
10 Ariño Fuertes, J., "Los daños recíprocos sin culpas probadas: El tratamiento de esta materia por la jurisprudencia provincial", Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, núm. 33, Primer Trimestre 2010, pág. 46.
11 En el artículo 1.1. TRLRCSCVM
12 En este sentido Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón en "Sistema de Derecho Civil", volumen II, ed. Tecnos, 10ª edición, 2012, pág. 135.

del vehículo. En este supuesto el propietario no conductor responderá de los daños ocasionados por el conductor, tanto a personas como a bienes, cuando estén vinculados por alguna de las relaciones recogidas en el artículo 1903 del Código Civil y 120.5 del Código Penal[13]. Aunque se establece que la responsabilidad cesará cuando el propietario no conductor pruebe que para prevenir el daño empleó toda la diligencia de un buen padre de familia. Además, en cuanto al propietario no conductor, en la Ley 21/2007 de 11 de julio[14] se modificó el artículo 1 de la LRCSCVM y se introdujo que aquel propietario no conductor de un vehículo sin el seguro obligatorio responderá civilmente con el conductor de los daños a personas y bienes ocasionados por éste último, salvo que pueda probar de que el vehículo fue sustraído.

En una colisión de vehículos y producción recíproca de daños, si hay ausencia de prueba de contribución causal de los conductores, es jurisprudencia de los tribunales que un resarcimiento proporcional será procedente cuando pueda acreditarse el porcentaje exacto o grado de incidencia causal de los vehículos implicados, si no es posible, ambos conductores responderían del total de los daños causados a los ocupantes del otro vehículo con arreglo a la doctrina de las condenas cruzadas.[15]

En resumen, se puede comenzar a ver que con la aparición de los vehículos autónomos estaremos por ejemplo ante la problemática de quién fue el "conductor" responsable, cuando es posible que ni tan siquiera haya pedales o un volante en el vehículo, es decir, no habrá posible conductor responsable pues seremos pasajeros.

2. Vehículos autónomos. ¿Qué son?

Como avancé anteriormente, estamos ante un nuevo avance en nuestra forma de movernos. Para

13 Los tribunales lo han ido interpretando de forma amplia incluyendo un "vínculo de amistad suficiente para que pueda utilizar un instrumento de circulación, apto de causar daños a terceras personas, sin adoptar [el propietario] las debidas medidas de vigilancia o precaución". Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, núm. de resolución 120/2018 (ROJ 2382/2018) (FD 2.3)

14 BOE núm. 166, 12 de julio de 2007.

15 Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2012, núm. de resolución 536/2012 (ROJ 7647/2012) (FD 4D)

comprender mejor a qué afectará en diversos ámbitos la aparición de los vehículos autónomos, y sobre todo al Derecho, empezaré explicando qué son. Pero para ello antes explicaré brevemente el concepto de sistema experto.

Un sistema experto es aquella rama de la Inteligencia Artificial consistente en sistemas informáticos con los que se quiere emular el razonamiento, aprendizaje, comunicación humana, o más concretamente, el razonamiento basado en conocimientos de experto(s) humano(s), logrando de esta forma que los sistemas informáticos puedan solucionar problemas que no podrían desde la perspectiva de programación convencional de los ordenadores[16]. La aplicación de estos sistemas expertos puede ser muy variada como nos podemos imaginar y en diversos ámbitos, como en Medicina, Economía, Astronomía, Derecho y un largo etcétera… pero justamente el uso de estos sistemas expertos puede conllevar implicaciones jurídicas, como puede ser en el uso en navegación de Sistema de Posicionamiento Global[17], drones, armas, vehículos de transporte, etcétera… afectando a diversos derechos como la protección de datos, derecho a la intimidad, al honor o a la imagen, entre otros varios.

En aviación es común ver sistemas autónomos ya sea de mayor o menor autonomía, por ejemplo, uno muy usado es el piloto automático que llevan los aviones, aunque el uso de estos sistemas autónomos está limitado, y como sabemos se sigue requiriendo la presencia de una persona.

Por lo que respecta a los vehículos autónomos, la Dirección General de Tráfico (DGT en adelante) lo ha definido como *"todo vehículo con capacidad motriz equipado con tecnología que permita su manejo o conducción sin precisar la forma activa de control o supervisión de un conductor, tanto si dicha tecnología autónoma estuviera activada o desactivada de forma permanente o temporal"*[18] y añade que por el contrario, los sistemas de seguridad activa o ayuda a la conducción no tendrá consideración de tecnología autónoma si para la conducción del vehículo es necesario el control o la supervisión

16 Vid. Rauch-Hindin, W.B., "Aplicaciones de la inteligencia artificial en la actividad empresarial, la ciencia y la industria", Ed. Díaz de Santos, S.A., Madrid, 1989. pág. 5 y ss.

17 también conocido por las siglas GPS.

18 Instrucción 15/V-113 de la DGT de 13 de noviembre de 2015.

humana de forma activa[19]. Por lo tanto, una definición más simplificada de vehículo autónomo sería la de aquel sistema que recrea las capacidades humanas de manejo y conducción de un vehículo.

Es decir, desde el momento que el vehículo pase a ser completamente autónomo dejará de necesitar la figura de un conductor y nos convertiremos en meros pasajeros[20].

Pero para que el vehículo autónomo funcione adecuadamente hacen falta algunos elementos imprescindibles. Por ejemplo un sistema de GPS que permita la geolocalización del vehículo, sensores para detectar el entorno en el cual se encuentre el mismo y la resta de objetos que le envuelven, o tecnología de comunicación móvil como la actual G5 para que los vehículos puedan estar conectados entre ellos e intercambiar datos[21], lo que supondrá que por los sistemas de geolocalización utilizados y su almacenamiento también se puedan ver afectados la protección de datos y el derecho a la intimidad ya que serán necesarios los datos de usuarios, así que se deberá prestar consentimiento inequívoco de que se acepta el tratamiento de datos de carácter personal, tal y como se regula en la normativa sobre protección de datos de las personas físicas.[22]

2.1. La evolución de los vehículos hasta la actualidad

Puede parecer que los vehículos autónomos son una idea muy re-

19 Estas formas de ayudas a la conducción y sistemas de seguridad ('Advanced Driver Assistance Systems' en inglés) son cada vez más habituales verlas en nuestros coches, como el sistema antibloqueo de ruedas o ABS, el control de crucero, avisos por cambio involuntario de carril, detector e indicador de puntos ciegos o estacionamiento automático entre otras muchas.

20 En referencia a que será la máquina quien conduzca, Nisa Ávila, J.A. se ha pronunciado que ante la imposibilidad de imputar a una máquina, quizá cabría reflexionar sobre la posibilidad de revisar el sistema penal y civil construyendo un sistema que contemple penas civiles derivadas a los fabricantes o propietarios de los vehículos. Nisa Ávila, J.A, "Vehículos autónomos e inteligencia artificial; hitos legales y retos jurídicotecnológicos", Lefebvre-ElDerecho, 2016

21 Está previsto que INDRA, realice una serie de pruebas de circulación autónoma por Madrid, Lisboa y París utilizando sistemas que permiten la comunicación e intercambio seguro de datos entre vehículos, usuarios e infraestructura mediante el sistema de comunicaciones ITS-G5. Más información en el Comunicado de Prensa de INDRA el 11 de octubre de 2017 sobre el proyecto AUTOCITS.

22 Vid. LÓPEZ, J., "Vehículos autónomos: ¿Conducción perfecta y sin responsabilidades?", RevistaByte [en línea], 2017: https://www.revistabyte.es/actualidad-byte/vehiculos-autonomos-sin-responsabilidades/ [https://perma.cc/CQ5T-JCUW]

ciente, pero no es así. Ya en los años 20 del siglo pasado una empresa de Milwaukee realizó una demostración de un coche sin conductor, aunque en ese momento era un vehículo controlado de forma remota por radio control.

Una década después aproximadamente, en la feria de muestras Futurama de 1939 de General Motors, surgió nuevamente la idea de un coche sin conductor. Esta vez el diseñador Normal Bel Geddes presentó un coche el cual consistía en un vehículo eléctrico controlado por un circuito eléctrico integrado en las carreteras, y la empresa General Motors junto con la Radio Corporation of America siguieron estudiando esta tecnología durante años.[23]

Ya en los años 80 fue Mercedes-Benz quien diseñó y creó un sistema de guiado por visión artificial por el que la Comisión Europea se interesó e invirtió en él tras verle grandes posibilidades en el futuro. Este vehículo fue capaz de alcanzar los 100 kilómetros por hora, aunque fuera en una carretera sin otros vehículos circulando[24]. También en los años 80, la Agencia de Investigación de Proyectos Avanzados de Defensa (DARPA) y los laboratorios HRL realizaron diversas investigaciones en este ámbito[25]. Se trataba de fabricar vehículos sin tripulación para el ámbito militar, DARPA ha programado diversas competiciones para que los participantes pudieran exhibir sus creaciones, siendo la primera edición en 2004.[26]

Aunque todavía a finales del siglo pasado ya se crearon diversos prototipos que llegaron a circular por autovías, por ejemplo, de California[27]. Actualmente son ya mu-

23 Vid. INTRAS y Fundación CNAE, "Coche Autónomo, seguridad vial y formación de conductores ", pág. 6 y siguientes.

24 Ver nota 22.

25 Éste se puede considerar el primer vehículo autónomo con navegación por GPS y en terrenos rocosos. Para más información véase: http://www.hrl.com/about/history [https://perma.cc/QAG8-PCA7] y https://www.darpa.mil/about-us/darpa-history-and-timeline?ppl=view16&PP=2 [https://perma.cc/CMK2- M6CH]

26 Llamada DARPA Grand Challenge, ninguno de los participantes pudo completarla. Enlace de la competición: http://archive.darpa.mil/grandchallenge04/overview.htm [https://perma.cc/D3G5-HK87]

27 Anderson, J.M., Kalra, N., Stanley, K.D., Sorensen, P., Samaras, C., Oluwatola, O.A., "Autonomous Vehicle Technology: A Guide for Policymakers", RAND Corporation, California, 2016, pág. 56.

chas las compañías[28] que trabajan en sacar adelante vehículos autónomos para su comercialización.

2.2. La autonomía de los vehículos. Clasificación

Una gran cantidad de ingenieros e investigadores se han interesado en la posibilidad de la evolución en el sistema de transporte gracias a la mejora de la tecnología, así la Sociedad de Ingenieros Automotrices (siglas en inglés, SAE), una asociación internacional que promueve, desarrolla ingeniería aeroespacial y fomenta tecnología para diferentes tipos de vehículos, promulgó una escala de 6 niveles orientando una posible clasificación para medir la autonomía de los vehículos. Ésta está formada por un primer nivel (llamado nivel 0), hasta llegar a un último nivel (que sería un nivel 5), según si la automatización es inexistente o completa respectivamente[29].

Basándose en esta recomendación por parte de la SAE, la DGT realizó una clasificación[30] de 6 niveles, según si es el conductor o el sistema quien se encarga de ciertos elementos de la conducción[31].

La clasificación consiste en un primer nivel, nivel 0, en el que no habría ningún tipo de automatización, el conductor realiza todas las tareas asociadas a la conducción sin que haya un sistema que intervenga. En el nivel 1 el sistema nos sirve de ayuda, ya realiza alguna tarea específica de desplazamiento longitudinal o lateral, aunque el conductor también. En el nivel 2 el conductor ya solamente realiza la supervisión constante de las tareas de conducción longitudinal y lateral, aunque sigue tendiendo el

28 Mercedes-Benz, Tesla Motors o Google son algunas de las empresas, ya sean fabricantes de vehículos o no, que han invertido en estudiar la mejora de los vehículos autónomos e incluso algunas ya comercializan algunos modelos básicos de nivel medio de autonomía.

29 INTRAS y Fundación CNAE, "Coche Autónomo, seguridad vial y formación de conductores ", pág. 16

30 Cuadro de la DGT se puede ver en Anexo, página 22.
Como veremos más adelante será imprescindible para analizar la responsabilidad en caso de accidente y por lo tanto deberá ser una clasificación que se introduzca en la normativa o que al menos sirva como base.

31 Los elementos que tiene en cuenta la clasificación son: (1) Conducción longitudinal y lateral, es decir, aceleración y frenada del vehículo y la dirección del mismo. (2) El control del entorno. (3) Recuperación de las tareas de conducción en caso de contingencia. (4) Tareas de conducción realizadas por el sistema.

control del entorno, de la recuperación de las tareas de conducción en caso de contingencia. En el nivel 3, no sería ni tan siquiera necesaria la supervisión constante por parte del conductor de las tareas de conducción longitudinal y lateral, aunque sí debe seguir atento por si fuera necesaria su intervención, en este caso el sistema ya se encarga también del control del entorno, pero como he comentado anteriormente el conductor debe supervisar las solicitudes del sistema por si hiciera falta retomar el control[32]. El nivel 4 en cambio ya es un nivel con un alto grado de automatización y donde podemos empezar a tomar en consideración algunos dilemas éticos[33] y conflictos en cuanto a la normativa actual sobre responsabilidad civil como veremos más adelante. El sistema se encargaría de toda la conducción, aunque seguiría habiendo un conductor que podría hacerse cargo de los mandos si lo considerara oportuno, algunos fabricantes de automóviles empiezan a hacer pruebas en este nivel 4. Y, por último, el nivel 5, completa autonomía por parte del sistema, sin instrumentos como volante o acelerador/freno, nos convertimos en meros pasajeros.

2.3. ¿Qué se espera de los vehículos en un futuro cercano y qué aportarán?

En la última década se ha producido un gran avance en la tecnología que está permitiendo a varios fabricantes empezar a probar el nivel 4 de automatización, los cuales además esperan poder probar el nivel 5 en los próximos años, pero a día de hoy la tecnología concretamente a utilizar aún se está probando y decidiendo cuál será la que permita un mejor uso y es que por poner un ejemplo, se pueden utilizar sensores que detectan que hay un obstáculo cerca pero no siempre detectan realmente el obstáculo al confundirlo con parte del fondo[34] o no de forma totalmente adecuada en condiciones climáticas muy ad-

32 Se puede decir que este nivel 3 sería el nivel de progreso que tenemos actualmente, aunque se esté trabajando en el nivel 4 y se piense en el 5. Noticia sobre el primer prototipo autónomo que fue de Vigo a Madrid en 2015: https://www.autobild.es/reportajes/bordo-prototipo-autonomo-psa-peugeot-citroen-273539 [https://perma.cc/59HX-9SXB]

33 Vid. INTRAS y Fundación CNAE, "Coche Autónomo, seguridad vial y formación de conductores", pág. 20 y ss.

34 Este fue el motivo del primer accidente mortal con el 'Autopilot' activado (el sistema automático de la compañía Tesla, Inc.). Se puede leer la noticia en: https://www.tesla.com/blog/tragic-loss [https://perma.cc/3GCU-9UYD]

versas[35]. Pero el beneficio que puede llegar a tener el uso de vehículos autónomos es muy alto y por eso las empresas invierten y luchan por conseguir formar parte de ello.

La Organización Mundial de la Salud estimó en su informe sobre la situación mundial de la seguridad vial de 2015 que en el año 2013 el número de muertes por accidente de tráfico fue de 1.250.000 y que los países con mayor cifra de siniestralidad son los países con menores ingresos. Si bien es cierto que en los países con mayores ingresos se ha mantenido con cifras muy similares desde el 2007 gracias a la fuerte legislación sobre seguridad vial que se ha ido llevando a cabo precisamente para evitar la alta siniestralidad que había[36].

Por lo que respecta a España, según datos de la DGT en 2017 hubo 1.200 fallecidos en vías interurbanas, cifra que vuelve a aumentar tras llegar al 2015 al número más bajo de fallecidos desde hace varias décadas. Pero un dato muy importante son los factores que contribuyen a los accidentes mortales o graves, y es que un 93% de los mismos fue por conducción distraída, velocidad inadecuada, cansancio y alcohol o drogas[37], es decir se debieron a factores humanos. No hace falta decir por lo tanto que reduciendo o eliminando completamente este factor humano en la producción de los accidentes se reduciría el número total, aunque por supuesto habría que tener presente que, sobre todo en los primeros años, habría un aumento debido a la escasa experiencia con la tecnología empleada y surgirían así nuevos elementos que provocarían accidentes.

Pero además habría otros ámbitos como la economía, la salud o el medioambiente que se verían influenciados positivamente. En un futuro los vehículos autónomos permitirán que la capacidad de las vías de circulación aumente, la distancia mínima entre los vehículos

35 Jim McBride, Jefe Técnico de vehículos autónomos de Ford, explicó que estaban realizando pruebas para mejorar el sistema en condiciones de nieve donde a los sensores ópticos les es más difícil funcionar de manera correcta por las condiciones de poca visibilidad de las señales de la calzada. Se puede leer la noticia en el enlace: https://media.ford.com/content/fordmedia/fna/us/en/news/2016/01/11/ford-conducts-industry-first-snow-tests-of-autonomous-vehicles.html [https://perma.cc/G4HB-ZDQS]

36 Organización Mundial de la Salud, "Informe sobre la situación mundial de la seguridad vial", 2015.

37 Dirección General de Tráfico, "Balance seguridad Vial 2017", Madrid, 2017.

será menor al estar comunicados unos con otros, lo que a su vez lleva por ejemplo a la descongestión de la circulación evitando pérdida de tiempo. En ello jugará un papel fundamental Internet de las Cosas[38] (o Internet of Things [IOT] en inglés) logrando que las ciudades también evolucionen hacia una "ciudad inteligente"[38].

Del mismo modo se verá reducida la contaminación y una mayor optimización del combustible utilizado lo que a su vez nos lleva a una mejora de salud de la población. Además, permitirá que con un único vehículo los miembros de la familia puedan llegar a cada uno de sus destinos evitando que el vehículo quede estacionado en un mismo sitio durante horas[39]. O que se cree un sistema de transporte personal donde no seamos el propietario del vehículo, sino que tengamos uno en alquiler permanente.

Por otro lado, aparecerán nuevos riesgos como comenté anteriormente, podrán surgir nuevos errores humanos debido a la novedad de las tecnologías empleadas y cabrá tener en cuenta que el hecho de que los vehículos estarán conectados entre sí y con la infraestructura por lo que se pueden producir circunstancias que lleven a ataques cibernéticos, de este modo antes habrá que ofrecer soluciones ante posibles vulneraciones de la seguridad y las compañías deberán poner todos los medios a su alcance para evitarlo[40], así como que el trato de todos los datos recopilados que se vayan almacenando, también podrán ser fuente de conflictos.

Consecuentemente, algo que cabe esperar que se implemente será una "caja negra" de forma similar a la que incorporan los aviones para poder saber con mayor facilidad qué pasó, quién o qué provocó un

38 Por Internet de las Cosas entendemos a un sistema en el que cualquier objeto pueda estar conectado a una red como Internet y envíen y reciban información sin la intervención de una persona. Véase: https://www.sas.com/en_us/insights/big-data/internet-of-things.html [https://perma.cc/R3LD-EBUT]

39 Por 'Smart City' o ciudad inteligente entendemos aquel fenómeno que trataría de hacer de las ciudades unas ciudades más eficientes en todos los sentidos (social, económico, etcétera…) permitiendo mejorar la vida urbana al estar todos los elementos que forman una ciudad conectados entre sí. Véase: http://www.creatingsmartcities.es/blog/smartcity-fabrica-ciudad-inteligente/ [https://perma.cc/T5J2-KCWD]

40 Milakis D., van Arem B. y van Wee B., "Policy and society related implications of automated driving: A review of literature and directions for future research", Revista de Sistemas Inteligentes de Transporte (Intelligent Transportation Systems), 2017.

hipotético accidente y por lo tanto quién será el responsable de lo ocurrido[41], aunque esto pueda conllevar una disminución de la privacidad.

3. ¿Estamos preparados para la revolución de los vehículos autónomos?

Son muy pocos los Estados que han regulado algo sobre vehículos autónomos y ninguno todavía en materia de responsabilidad civil. Así que España se encuentra en una situación ideal para ser pioneros y adelantarse a los demás Estados de todo el mundo, o por lo menos formar parte de ese grupo de Estados que encabece la revolución de los vehículos autónomos como medio de transporte.

Por una parte, el entramado de vehículos autónomos necesita de una infraestructura adecuada para su correcto funcionamiento incluyendo de esenciales como la señalización y marcas de las vías, el reconocimiento de los agentes de policía, etcétera…, recordemos también que los vehículos estarán conectados entre sí, pero también con la infraestructura que se construya para recibir y enviar datos. Por otra revisar que la normativa en materia de circulación vial, de responsabilidad civil, penal, de seguros, ciberseguridad o protección e intercambio de datos, por nombrar algunas áreas básicas, sea óptima y la adecuada.

En este apartado se analizará la situación actual en España sobre la circulación de vehículos a motor y el régimen de responsabilidad civil aplicado, así como cómo se empieza a desarrollar normativa especial y a modificar la existente en otros Estados como los EEUU y de la Unión Europea.

3.1. Situación en España

Al igual que en muchos otros ámbitos, en materia de seguridad vial, circulación de automóviles y circulación vial en general, existen instrumentos legales que obligan a los Estados a crear normas comunes para todos ellos, estoy hablando de Convenios Internacionales con la que se consigue una igualdad entre todos los Estados que los firman y posteriormente los ratifiquen. Tras varias Convenciones Internaciona-

41 Garfield Dean C., "Internet of Cars", Technology Industry Council (ITI), Washington, 2015. Más información en: https://oversight.house.gov/wp-content/uploads/2015/11/11-18-2015-Joint-Subcommittee-Hearing-on- Internet-of-Cars-Garfield-ITI-Testimony.pdf

les de las que España formó parte; Convención Internacional de 1909 y de 1911 relativa a circulación internacional de automóviles, o Convenios de 1926 sobre circulación Vial, el Convenio de Ginebra de 1931 que unificó la señalización vial, se llegó a la Convención de Ginebra de 1949 en la cual además de querer regular la circulación internacional se establecieron condiciones técnicas de los automóviles. Pero la velocidad a la que avanzaba la tecnología obligó a la realización de otras dos Convenciones en 1968, Convención sobre la Circulación Vial y la Convención sobre la Señalización Vial y aunque dejaban un amplio margen a los legisladores nacionales, obligaban a aquellos Estados que la habían firmado y posteriormente ratificado[42]. De estas dos últimas Convenciones, las Convenciones sobre la Circulación Vial y sobre la Señalización Vial, España formó parte, pero solamente las firmó y no la ratificó ya que argumentó que no se consideraba obligada por el artículo 52[43]. Cabe destacar que la redacción de esta Convención sobre Circulación Vial de 1968 provoca que sea actualmente incompatible con los sistemas de mayor automatización[44]. Así, España dispone actualmente de un cierto margen de maniobra aún mayor para legislar de forma independiente cuando otros Estados se encuentran sujetos al cumplimiento de las Convenciones.

De hecho, la DGT anunció en 2015 un nuevo marco normativo que habilita a los fabricantes de vehículos autónomos, tecnología y

42 Alemania, en su primera ley que regula el uso de vehículos autónomos incluye que es obligatorio el tener instalado una caja negra que registre algunos datos sobre el vehículo. Se puede leer la noticia en: "Germany adopts self-driving vehicles law", REUTERS, 2017. https://www.reuters.com/article/us-germany-autos-self-driving/germany-adopts-self-driving-vehicles-law- idUSKBN1881HY [https://perma.cc/3P7S-WQVB]

43 DGT, "Normas y Tratados Internacionales en materia de Seguridad Vial", Temario para Oposiciones a la Escala Superior de Técnicos de Tráfico 2014, Parte 2. Gestión Administrativa del Tráfico: Tema 2, 2014.

44 Artículo 52 de la Convención sobre la Circulación Vial: *"Toda controversia entre dos o más Partes Contratantes respecto a la interpretación o aplicación de la presente Convención que las Partes no hubieran podido resolver por vía de negociaciones o de otro modo, podrá someterse, a solicitud de cualquiera de las Partes Contratantes interesadas, a la Corte Internacional de Justicia para que la resuelva."* Convención sobre la Circulación Vial, Viena, 1968.

45 Por ejemplo, en su artículo 8 se obliga a que todo vehículo en movimiento deberá tener un conductor y también que en todo momento deberá tener el dominio de su vehículo. Convención sobre la Circulación Vial, Viena, 1968.

universidades a probar sus proyectos en algunas de las vías españolas[45], pero ello no conlleva que se permita todavía el uso a particulares. De este modo, el Partido Popular ha llevado al Congreso un proyecto no de ley[46] para regular el uso del vehículo autónomo intentando así modificar la normativa existente para que se adecúe a lo requerido.

Como avancé en la introducción, tal y como establece el artículo 1.1 del TRLRCSCVM el conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción del mismo, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación.

Por lo tanto, uno de los elementos es el de conductor, que viene definido en el Anexo I del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial[47], aunque no está vigente. Se entiende por conductor a la "persona que (…) maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo, o a cuyo cargo está un animal o animales. En vehículos que circulen en función de aprendizaje de la conducción, es conductor la persona que está a cargo de los mandos adicionales".

Uno de los elementos para configurar el ámbito objetivo previsto en el TRLRCSCVM es el de vehículo a motor. Éste viene definido en el artículo 1 del RSORCCVM y considera vehículo a motor a aquellos vehículos aptos para circular por la superficie terrestre y que son impulsados a motor que requieran de una autorización administrativa según la legislación sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial. Se exceptúan una serie de transportes terrestres como los ferrocarriles o tranvías, así como sillas de ruedas y vehículos de juguete entre otros. El RSORCCVM también reenvía al Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, el cual tiene en su Anexo I una serie de conceptos como el de conductor que ya se ha explicado antes, vehículo, etcétera… Otro elemento configurador del ámbito objetivo es el hecho de la circulación que está definido en el

46 Ver notas 17, 20 y 31.
47 BOCG núm. 204, 8 de julio de 2017.

artículo 2 del RSORCCVM de esta forma: "Se entienden por hechos de la circulación los derivados del riesgo creado por la conducción de los vehículos a motor (…) tanto por garajes y aparcamientos, como por vías o terrenos públicos y privados aptos para la circulación, urbanos o interurbanos, así como por vías o terrenos que sin tener tal aptitud sean de uso común".[48]

Para la apreciación de responsabilidad extracontractual es necesario acreditar la existencia de una acción u omisión, el daño ocasionado y un nexo causal entre la conducta y la producción del daño. Aunque en el ámbito del daño a personas sea de naturaleza objetiva se deberá seguir acreditando estos elementos, pero habrá una ruptura de la relación de causalidad y será causa de exoneración si concurre culpa exclusiva del perjudicado o hay una causa de fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo[49], aunque añade que no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos[50]. En cuanto a daño en los bienes se requiere que se cumplan los requisitos del artículo 1902 del Código Civil, por lo tanto, tal y como expone la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2012, tal exigencia *"comporta que la responsabilidad civil por riesgo queda sujeta al principio, clásico en la jurisprudencia anterior a la LRCSCVM sobre daños en accidentes de circulación, de inversión de la carga de la prueba, la cual recae sobre el conductor causante del daño y exige de ese, para ser exonerado, que demuestre que actuó con plena diligencia en la conducción."*

Por último, tal y como comenté en la introducción, el TRLRCSCVM establece en el artículo 1.3 que el propietario no conductor responderá de los daños ocasiona-

48 BOE núm. 63, 14 de marzo de 1990.

49 El Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales también han ido definiendo el concepto de "hecho de la circulación". El TS ha ido creando doctrina ampliando los supuestos como en la Sentencia de 2 de diciembre (núm. 1116/2008) donde se incluyen las paradas por períodos de descanso obligatorio del conductor o la Audiencia Provincial de Álava pronunciándose acerca de que la caída de una pasajera al bajar de un autobús con el que realizaban excursiones estando con el motor aún en marcha también formaba parte del hecho de la circulación (núm. de resolución: 189/2014).

50 En este sentido Garcia-Chamon Cervera, E. en Tesis Doctoral, "La responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor: especial consideración al daño y a su reparación", Universidad de Alicante, Alicante, 2015, pág. 91.

dos por el conductor a personas y bienes si existe entre ellos un vínculo de los regulados en los artículos 1903 Código Civil o 120.5 Código Penal, éstos son: los padres por los daños causados por los hijos que estén bajo su guarda, los tutores por los menores o incapacitados que estén bajo su autoridad y habiten en su compañía, los dueños o directores de establecimiento o empresa por los daños causados por sus dependientes cuando actúen en sus funciones o realizando los servicios de los que estuvieran empleados, y las personas naturales o jurídicas por los delitos cometidos en la utilización de vehículos por sus dependientes o personas autorizadas.

Además, todo propietario ha de suscribir un contrato de seguro obligatorio para garantizar así la cobertura de la responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles lo que obliga al asegurador a satisfacer al perjudicado el importe de los daños sufridos a su persona y en sus bienes teniendo en consideración el límite del artículo 4.2 TRLRCSCVM. Aunque siempre será necesario que, para que la aseguradora indemnice, el conductor o propietario haya sido declarado responsable.

Dejando de banda el TRLRCSCVM, cabe hacer mención al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias[51]. En caso de vehículos completamente autónomos, éste podría considerarse un recurso al que acudir como consumidores para que los perjudicados puedan ser indemnizados siendo responsables los productores, si se considera que los daños causados puedan ser debidos a defectos de los vehículos fabricados o importados.

En definitiva, en España, al margen de la inversión necesaria para que los vehículos autónomos sean realmente completamente autónomos, será necesario hacer una revisión de la normativa actual sobre responsabilidad civil relacionada con la circulación de vehículos a motor ya que a día de hoy no sería completamente compatible con los máximos niveles de autonomía. Como se ha podido ver el conductor dejaría de existir tal y como está definido hoy en día y el propietario también se podría acoger a tal ausencia para negar la concurrencia de

51 Artículo 1.1, párrafo 2º, TRLRCSCVM.

una conducta negligente por su parte, y de igual forma la aseguradora podría no indemnizar al considerar que ni conductor ni propietario son responsables. Así, solo estaríamos ante la posibilidad de acudir a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, pero para supuestos de daños sufridos por el propio consumidor y ocupantes del vehículo, no así de terceros, y además para ello haría falta probar que se trató de un producto defectuoso, algo que podría llegar a ser una ardua tarea debido a la cantidad de componentes que formarían el vehículo.

3.2. Derecho comparado. La situación actual en otros Estados

3.2.1.Estados Unidos

Varios estados de los EE. UU han elaborado leyes de manera independiente a los demás que les ha permitido ser un territorio de pruebas para las compañías interesadas en invertir en la investigación sobre los vehículos autónomos. En el año 2011, el estado de Nevada fue el primero en conceder un licencia a Google para que realizara pruebas[52], en los siguientes años se fueron uniendo otros como California[53], Michigan o Florida que aprobaron normativa acerca de la regulación de los vehículos autónomos hasta llegar en la actualidad a un total de 50 estados además del Distrito de Columbia[54]. Recientemente, ya en ámbito Federal, se está empezando a actuar, primero con una guía de recomendaciones realizada por la NHTSA[55] que nombraron SELF Drive Act[56] y posteriormente el Senado dio a conocer la Ley para un transporte más seguro a través del

52 Slosson, M., "Google Gets First Self-Driven Car License in Nevada", REUTERS, 2012. Se puede leer en: https://www.reuters.com/article/uk-usa-nevada-google/google-gets-first-self-driven-car-license-in-nevada- idUSLNE84701320120508

53 Kelly, H., "Self-driving cars now legal in California", CNN, 2012. Véase: https://edition.cnn.com/2012/09/25/tech/innovation/self-driving-car-california/index.html [https://perma.cc/AMC9-Q4MX]

54 'National Conference of State Lgislatures', "Autonomous Vehicles: Self-Driving Vehicles Enacted Legislation" Legislation, 2018. http://www.ncsl.org/research/transportation/autonomous-vehicles-self-driving-vehicles- enacted-legislation.aspx [https://perma.cc/JQ44-JEWT]

55 National Highway Traffic Safety (NHTSA) es una agencia del gobierno de Estados Unidos encargada de la Seguridad del Tráfico en Estados Unidos.

56 H.R. 3388 SELF Drive Act, 'Safely Ensuring Lives Future Deployment and Research In Vehicle Evolution Act' Senado de los EEUU, de 7 de septiembre de 2017. https://www.congress.gov/115/bills/hr3388/BILLS- 115hr3388rfs.pdf

avance de las tecnologías revolucionarias (llamada AV START)[57].

Cabe destacar que, en un primer momento, tras la concesión de la oportuna licencia, en la mayoría de estados era necesaria la presencia de una persona en el asiento del conductor, llamada operador[58], que vigilara de los movimientos del vehículo y estuviera atento por si debía tomar el control. Aunque más adelante, California o Nevada ya contemplaron la posibilidad de que dicha persona no estuviera como ocupante en el asiento del conductor. Nevada además incluye la necesidad de que haya una "caja negra" que se encargue de registrar datos mientras se realizan las pruebas[59].

Son por lo tanto de los Estados que más han legislado sobre la materia, pero en cuestiones de responsabilidad contractual y extracontractual, los estados son responsables para determinar las reglas de responsabilidad y de seguros y aún deberán determinar cómo afectará a los propietarios, pasajeros y constructores de vehículos, así como de las piezas de los mismos, además de la afectación que conlleva en el hecho de poder ser consumidores ya sea por la compra del vehículo o por su alquiler [60]. Aunque precisamente, al estar siendo legislado de forma individual por cada estado está suponiendo una dificultad extra para los fabricantes pues éstos necesitan tener un marco establecido que sea más o menos similar para saber a qué están sujetos[61]

57 S. 1885 AV START, 'American Vision for Safer Transportation through Advancement of Revolutionary Technologies Act', Senado de los EEUU, de 28 de noviembre de 2017. https://www.congress.gov/115/bills/s1885/BILLS-115s1885rs.pdf

58 Florida define en sus Estatutos, 316.85 f.s., al operador como la persona que tiene el control físico de un vehículo a motor en la carretera o que ejerce el control sobre la dirección de un vehículo remolcado por un vehículo de motor. Es decir equipara a la persona ocupante del asiento del conductor a un conductor real de un vehículo.

59 Crane, D.A., Logue K.D., Pilz, B.C., "A Survey of Legal Issues Arising from the Deployment of Autonomous and Connected Vehicles", Michigan Telecommunications and Technology Law Review, volumen 23, tomo 2, 2017.

60 Walpert, Jacob D., "Carpooling Liability?: Applying Tort Law principles to the joint emergence of self-driving automóviles and transportation network companies", Fordham Law Review, volumen 85, tomo 4, artículo 12, 2017.

61 También de similar forma expone sobre la cuestión Geistfeld, M.A. en "A roadmap for autonomous vehicles: State tort liability, automobile insurance, and federal safety regulation", California Law Review, volumen 105, tomo 6, artículo 2, 2017, pág. 26.

3.2.2. Unión Europea y algunos Estados Miembros

A nivel de la Unión Europea, ésta tiene grupos de trabajo en el llamado Mercado Único Digital para hacer frente a materias como la responsabilidad civil, penal de propietario o fabricantes, de seguridad informática, etcétera… y la Comisión Europea promovió la creación de una plataforma europea[62] para la implantación de los sistemas inteligentes de transporte cooperativos[63] (o C-ITS con siglas en inglés) en territorio de la Unión Europea.

También se ha pronunciado la Comisión Europea en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 2016[64] acerca de los cambios que se producirán en el sector del transporte y se han realizado algunas recomendaciones destinadas a la Comisión a raíz del procedimiento 2015/2103(INL) sobre normas de Derecho Civil sobre robótica acerca de la necesidad de establecer unas normas de la Unión para el desarrollo de los vehículos autónomos que se aprobaron en 2017[65], y también la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (UNECE) ha introducido algunas enmiendas a la Convención de Viena sobre tráfico rodado, de 1968, pero sigue siendo necesario una actualización en mayor profundidad.

Reino Unido puso en marcha en 2016 una serie de propuestas y la respectiva consulta[66] sobre la regulación que sería necesaria en cuan-

62 Plataforma que ofrece un instrumento operativo para el diálogo, el intercambio de conocimientos técnicos y la cooperación entre la Comisión, las partes interesadas del sector público de los Estados miembros, las autoridades locales o regionales, y las partes interesadas del sector privado, como fabricantes de coches, de equipos, operadores de las carreteras y las telecomunicaciones y proveedores de servicios.

63 Sería una forma de que los usuarios de la carretera entre ellos y con las infraestructuras pudieran enviar, recibir y en definitiva compartir información y utilizarla para coordinar sus acciones.

64 Comisión Europea, "Estrategia europea sobre los sistemas de transporte inteligentes cooperativos, un hito hacia la movilidad cooperativa, conectada y automatizada" (COM(2016) 766 final), Bruselas, 2016.

65 Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)).

66 'Centre for Connected and Autonomous Vehicles', "Pathway to driverless cars: Consultation on proposals to support Advanced Driver Assistance Systems and Automated Vehicles Government Response", 2017.

to a la introducción de los sistemas de ayuda y vehículos autónomos y seguros. Sobre esto último, Reino Unido tiene un modelo basado en asegurar al conductor del vehículo[67], algo que sería incompatible con los sistemas de completa automatización ante la ausencia de un conductor.

Alemania permitió los ensayos de vehículos autónomos, pero ha sido conflictivo el hecho de que es necesario que la recopilación de datos se almacene en una "caja negra" durante un período de 6 meses, pero cabe destacar además que han sido los primeros en debatir una guía o líneas a seguir[68] acerca de la "conducción automatizada" por parte de una comisión ética que, de forma resumida, incluía 20 puntos, entre otros que el sistema debe ser construido para evitar los accidentes, en caso de un peligro inevitable la prioridad sería siempre la protección de la vida humana, en caso de elección entre una vida u otra no se puede hacer una elección de forma estandarizada y quedaría prohibido basarse en características como la edad, género, estado físico o mental en situaciones de accidente inevitable. En cuanto a la responsabilidad, ésta debería quedar bajo los mismos principios que la responsabilidad por productos, esto es bajo quien programa o utiliza el sistema, y los fabricantes deben optimizar de forma constante sus sistemas

4. Qué modificaciones se deberán realizar?

Al margen del ámbito tecnológico necesario, con toda la infraestructura que deberá ser mejorada, en el ámbito normativo será obligatorio regular acerca del hardware y software[69] empleado en los vehículos autónomos y sus consecuencias éticas, acerca de la ciberseguridad para evitar posibles intrusiones externas, la protección y uso de datos y de la información, el tratamiento de los mismos, etcétera…

También será imprescindible distinguir entre los diferentes niveles de autonomía de los vehículos autónomos. Primero, identificando

67 ver nota 66: Propuesta 2.6, página 7.

68 comisión Ética: "Conducción conectada y automatizada "(Ethik-Kommission: "Automatisiertes und Vernetztes Fahren"), Ministerio Federal de Transporte e Infraestructura Digital, 2017.

69 Software: Conjunto de programas, instrucciones y reglas informáticas para ejecutar ciertas tareas en una computadora.
Hardware: Conjunto de elementos físicos de una computadora o sistema informático.

cada modelo de vehículo y si estamos ante un vehículo con sistemas de ayuda o bien ante lo que sería realmente un vehículo autónomo. Segundo, diferenciando que cada nivel de autonomía puede comportar la aplicación de forma diferente de la responsabilidad civil por daños ocasionados, así ya en materia de responsabilidad civil es posible que, a lo largo del tiempo, llegue a ser necesario un cambio de régimen de responsabilidad civil pasando nuevamente a un régimen de responsabilidad por culpa o subjetivo, ya que según vayan mejorando la tecnología empleada en los vehículos autónomos se verán reducidos los accidentes, por lo tanto por un lado se verá reducido el riesgo de la circulación e irá ganando importancia nuevamente la posibilidad de culpa o negligencia por una acción indebida[70], aunque esto sería algo que ocurriría de aquí a muchos años.

Pero es que no solamente se verá reducido el riesgo, es que se llegará a que no haya hecho de la circulación tal y como se define en el artículo 2 del RSORCCVM pues como ya se ha comentado anteriormente llegará un momento en el que será posible tecnológicamente que no tenga por qué haber conductor, salvo que no se limite normativamente no habrá nadie que tenga que estar atento para prevenir posibles riesgos. Directamente no habrá conducción, así que llegado el momento será necesario un cambio de conceptos dejando de banda la conducción y pasando completamente a un concepto de transporte autónomo[71].

Por lo tanto, la diferenciación mediante niveles de autonomía nos permitirá poder distinguir más claramente de los posibles sujetos responsables; conductor, propietario o fabricantes. Para ello también se verá si es necesario, como parece ser, la introducción de una "caja negra" que registre en cada momento qué está ocurriendo en el vehículo pudiendo averiguar de forma más sencilla si hubo algún componente en el vehículo y cuál el causante del accidente, pues será imposible saber de forma intuitiva si fue un error de los componentes mecánicos, electrónicos, software, sensores, etcéte-

70 Aunque el concepto de negligente iría en base a la reducción de los riesgos y a la posibilidad de ser capaz de reducirlos, ya sea por el ocupante responsable del vehículo, por el propietario del mismo o por el productor/fabricante/diseñador en cuestión.

71 En este sentido Nisa Ávila, J.A. en "Vehículos autónomos e inteligencia artificial; hitos legales y retos jurídico tecnológicos", Lefebvre-ElDerecho, 2016.

ra... En este sentido, habría que tener mejores indicadores de posibles errores mecánicos/técnicos para poder atribuir la responsabilidad al fabricante por el mal funcionamiento de los sistemas, lo que nos podría llevar a la consideración de responsabilidad por aplicación de productos defectuosos, o bien, si esta información de avisos de fallos funciona de forma adecuada y el propietario tiene una conducta negligente poder estudiar la responsabilidad del propietario por esa conducta omisiva. Pero el uso, quién tendrá acceso a los datos, y el almacenamiento de los mismos deberá regularse.

Ante la posible dificultad de imputar la responsabilidad por daños y perjuicios ocasionados por robots, el Parlamento de la Unión Europea se pronunció en la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017,[72] señalando que una solución podría ser establecer un régimen de seguro con suscripción obligatoria para fabricantes y/o propietarios junto con un fondo que permitiría garantizar la reparación de daños cuando no hubiera cobertura, logrando así que los fabricantes y demás posibles responsables se beneficiaran de un régimen de responsabilidad limitada al participar a él. También señaló en el párrafo 58, que el sector de seguros desarrolle nuevos productos y ofertas adaptados a los progresos de la tecnología robótica.

Ya en 2016 el Ministerio Fiscal se pronunció sobre la cuestión de si se podría producir un desplazamiento de las responsabilidades desde el conductor hacia el fabricante bajo una responsabilidad objetiva o del riesgo o incluso hacia los fabricantes del software. Del mismo modo se cuestionó sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, aunque en este caso, cuando los vehículos autónomos circularan prestando servicios públicos[73]. Y precisamente la Administración Pública sería otro posible sujeto que ganaría importancia al poder recaer en ella la responsabilidad por el no mantenimiento de las vías de la forma adecuada. Recordemos que los

72 Ver nota 65.

73 Fiscalía general del Estado, "Memoria elevada al Gobierno de S.M.: Presentada al inicio del año judicial por la Fiscalía General del Estado", Volumen I. Capítulo III. Fiscales coordinadores y delegados para materias específicas - 5. Seguridad Vial: 5.5 Las nuevas tecnologías del automóvil. El coche autónomo. Cuestiones científicas y jurídicas, Ed. Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia, Madrid, 2016.

vehículos autónomos necesitan de una infraestructura incluyendo elementos esenciales como marcas de carriles, señales viales horizontales y verticales óptimas, etcétera… así que la Administración Pública deberá encargarse de su mantenimiento pudiendo si no lo hace imputársele la responsabilidad por el mal estado de la vía.

5. Conclusiones

Espero que se haya podido ver que estamos ante una revolución de los medios de transporte que supondrá una serie de cambios en muchos ámbitos, las normativas actuales quedarán desfasadas y los poderes legislativos tienen dos opciones, ir realizando parches de las normativas actuales o bien de poder crear unas bases de un Derecho tecnológico que se aplique a las nuevas tecnologías e inteligencia artificial que afecten, entre otros, a todo tipo de transporte autónomo que está por llegar.

Bien es cierto que será obligatorio trabajar en conjunto con los expertos de la tecnología, pero se requiere hacerlo desde el primer momento para que el marco legal sea el óptimo. También es cierto que se deberá hacer de forma paulatina, pues por un lado las complicaciones de una tecnología que no está plenamente consolidada obligan a que se esté atento y se pueda ser algo más estricto en los inicios, no hay que olvidar que en el ámbito de la seguridad vial el riesgo de no hacerlo de forma adecuada es peligroso para la sociedad.

España tiene una oportunidad de ser pionera y ser ejemplo en el sector de los vehículos autónomos y debe aprovecharlo. Se deberá debatir sobre protección de datos, ciberseguridad, derecho a la intimidad, etcétera… y si llegado el momento el régimen objetivo de responsabilidad civil seguirá siendo el adecuado y sobre todo cómo se procederá ante la posibilidad de ausencia del conductor y únicamente la presencia de pasajeros, por lo tanto que el conductor deje de ser responsable tal y como está regulado en la actualidad. ¿Se pasará a un régimen en el cual el propietario será el responsable civilmente? ¿o lo será en todo momento los fabricantes o productores de cada uno de los elementos de un vehículo, así como los diseñadores?

También habrá que plantearse el punto de vista ético. ¿Podrá ser una máquina imputable? quizá no es el caso actualmente, pero ¿y si ella es capaz de tomar sus propias decisiones? ¿O cuándo podrá el sistema autónomo infringir una norma?

¿Podrá el sistema autónomo superar el límite de velocidad o cruzar una doble línea continua para evitar un posible accidente? ¿Y si es imposible evitar el accidente? Está claro que se deberán establecer excepciones en las que se "vulnere" una norma como en el caso de rebasar la línea continua para mantener una distancia de seguridad al adelantar a un ciclista o un tractor. Se puede tener en cuenta un rango de normas y qué tiene prioridad, por ejemplo infringir una norma de circulación sobre la posibilidad de evitar un daño material, pero ya es más complicado elegir la preferencia entre dos daños personales. Tanto éstas como las anteriores son algunas de las muchas preguntas que se deberán ir respondiendo a lo largo del tiempo pero que cabe plantearlas cuanto antes.

Aunque haya sido de manera muy escueta y superficial, espero humildemente haber podido contribuir a dar a conocer la revolución que está por llegar, de la que deberemos formar parte, y de varias de las consecuencias que provocará.

6. Anexo

Cuadro de niveles de autonomía según la Dirección General de Tránsito:

Tabla I.- NIVELES DE AUTOMATIZACIÓN

NIVEL	DENOMINACION	DEFINICION	TAREAS DE CONDUCCION		CONDUCCION LONGITUDINAL (ACELERARIFRENARI Y LATERAL (DIRECCION)	CONTROL DEL ENTORNO	RECUPERACION DE LAS TAREAS DE CONDUCCION EN CASO DE CONTINGENCIA	TAREAS DE CONDUCCION REALIZADAS POR EL SISTEMA
			CONDUCTOR	SISTEMA				
0	SIN AUTOMATIZACION	El conductor realiza continuamente todas las tareas asociadas a la conducción, incluso cuando son mejoradas a través de algún aviso o la intervención de sistemas.	El conductor realiza continuamente la tarea de conducción dinámica lateral y longitudinal.	N/A	CONDUCTOR	CONDUCTOR	CONDUCTOR	N/A
1	CONDUCCION ASISTIDA	El sistema de ayuda a la conducción desarrolla una tarea específica, bien realiza la conducción dinámica lateral o longitudinal utilizando la información del entorno del vehículo, mientras que el conductor realiza el resto de tareas de conducción.	El conductor realiza continuamente la tarea de conducción dinámica lateral o longitudinal.	El sistema realiza la conducción longitudinal o lateral que no esté realizando el conductor.	CONDUCTOR Y SISTEMA	CONDUCTOR	CONDUCTOR	ALGUNAS
2	CONDUCCION PARCIALMENTE AUTOMATIZADA	El sistema de ayuda a la conducción dinámica lateral y longitudinal utilizando la información del entorno del vehículo, mientras que el conductor realiza el resto de tareas de conducción.	Supervisión de las tareas de conducción dinámica y el entorno.	Conducción longitudinal y lateral en un caso de uso definido.	SISTEMA	CONDUCTOR	CONDUCTOR	ALGUNAS
3	CONDUCCION AUTOMATIZADA CONDICIONADA	El sistema de conducción automatizada desarrolla todas las tareas de la conducción con la expectativa de que el conductor responda adecuadamente a la petición de intervención por parte de éste.	No es necesaria la supervisión constante de la conducción automatizada pero siempre debe estar en una posición adecuada para reanudar el control.	Conducción longitudinal y lateral en un caso de uso definido. Reconoce sus límites de rendimiento y pide al conductor reanudar la tarea de conducción dinámica con margen de tiempo suficiente.	SISTEMA	SISTEMA	CONDUCTOR	ALGUNAS
4	CONDUCCION ALTAMENTE AUTOMATIZADA	El sistema de conducción automatizada desarrolla todas las tareas de la conducción, incluso si el conductor no responde adecuadamente a la petición de intervención por parte de éste.	El conductor no es requerido durante el caso de uso.	Conducción longitudinal y lateral en todas las situaciones de un caso de uso definido	SISTEMA	SISTEMA	SISTEMA	ALGUNAS
5	CONDUCCION PLENAMENTE AUTOMATIZADA	El sistema de conducción automatizada desarrolla todas las tareas de la conducción bajo todas las circunstancias de la vía y ambientales.	N/A	Conducción longitudinal y lateral en todas las situaciones encontradas durante toda la prueba. No se requiere conductor.	SISTEMA	SISTEMA	SISTEMA	TODAS

MINISTERIO DEL INTERIOR

DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO

7. Referencias bibliográficas

Anderson, James M. y Kalra, Nidhi y Stanley, Karlyn D. y Sorensen, Paul y Samaras, Constantine y Oluwatola, Oluwatobi A., "Autonomous Vehicle Technology: A Guide for Policymakers", RAND Corporation, California, 2016.

Ariño Fuertes, Joaquín, "Los daños recíprocos sin culpas probadas: El tratamiento de esta materia por la jurisprudencia provincial", Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, núm. 33, Primer Trimestre 2010.

Centre For Connected & Autonomous Vehicles, "Pathway to driverless cars: Consultation on proposals to support Advanced Driver Assistance Systems and Automated Vehicles Government Response", Londres, 2017.

Crane, Daniel A. y Logue Kyle D. y Pilz, Bryce C., "A Survey of Legal Issues Arising from the Deployment of Autonomous and Connected Vehicles", Michigan Telecommunications and Technology Law Review, Volumen 23, Tomo 2, 2017.

Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, "Sistema de Derecho Civil", Volumen II, Ed. Tecnos, 10ª edición, 2012.

Fiscalía General del Estado, "Memoria elevada al Gobierno de S.M.: Presentada al inicio del año judicial por la Fiscalía General del Estado", volumen I, capítulo III, apartado 5.Seguridad Vial, Ed. Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia, Madrid, 2016.

Geistfeld, Mark A., "A roadmap for autonomous vehicles: State tort liability, automobile insurance, and federal safety regulation", California Law Review, Volumen 105, Tomo 6, Artículo 2, 2017.

Garcia-Chamon Cervera, Enrique. "La responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor: especial consideración al daño y a su reparación", Tesis Doctoral. Universidad de Alicante, Alicante, 2015.

INTRAS y Fundación CNAE, "Coche Autónomo, seguridad vial y formación de conductores ", Valencia.

Milakis, Dimitris y Van Arem, Bart. y Van Wee, Bert, "Policy and society related implications of automated driving: A review

of literature and directions for future research", Revista de Sistemas Inteligentes de Transporte (Intelligent Transportation Systems), 2017.

Rauch-Hindin, Wendy. B., "Aplicaciones de la inteligencia artificial en la actividad empresarial, la ciencia y la industria", Ed. Díaz de Santos S.A., Madrid, 1989.

Walpert, Jacob D., "Carpooling Liability?: Applying Tort Law principles to the joint emergence of self-driving automóviles and transportation network companies", Fordham Law Review, Volumen 85, Tomo 4, Artículo 12, 2017.

Artículos en línea e Informes.

Dirección General de Tráfico, "Balance seguridad Vial 2017", Madrid, 2017.

López, Javier, "Vehículos autónomos: ¿Conducción perfecta y sin responsabilidades?", RevistaByte, 2017

Nisa Ávila, Javier Antonio, "Vehículos autónomos e inteligencia artificial; hitos legales y retos jurídico tecnológicos", LefebvreElDerecho, 2016.

Organización Mundial de la Salud, "Informe sobre la situación mundial de la seguridad vial ", 2015.

Año II, N.° 2
Noviembre 2024
ISSN: 2961-2853

La responsabilidad agravada civil ¿o administrativa? de los bancos frente al consumidor. Un breve contraste con la tutela que ofrecen nuestros países vecinos*

Civil or administrative aggrieved liability? of the banks versus the consumer. A brief contrast with the protection offered by our neighboring countries

José Antonio Campos Bermúdez**

Sumario

1. Introducción. 2. La tutela del consumidor bancario: del derecho común a la tutela consumerista. 3. La responsabilidad profesional del banco como experto en su actividad. La *lex artis*. 4. La actividad financiera como sistema experto y el contrato de adhesión con el consumidor como una de sus manifestaciones. 5. La confianza como elemento integrador de la información en el derecho de consumo financiero. 6. El riesgo en la actividad bancaria. 7. La obligación legal bancaria de gestionar los riesgos de su actividad. 8. Los riesgos típicos de la actividad bancaria y su relación con el consumidor. 9. Repensando el rol de los riesgos bancarios en la responsabilidad civil. 10. La responsabilidad civil bancaria por servicios defectuosos en nuestro país. 11. La responsabilidad civil y administrativa de los proveedores bancarios frente al consumidor. ¿Un defecto de tutela? 12. Tutela legal del consumidor bancario en nuestros países vecinos. 13. Conclusiones. 14. Referencias bibliográficas.

* Campos Bermúdez, J. (2024). La responsabilidad agraviada civil ¿ o administrativa? De los bancos frente al consumidor. Un breve contraste con la tutela que ofrecen nuestros países vecinos. Revista especializada en Responsabilidad Civil (2), 43-106.

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Magister en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú, post grado en Derecho Administrativo en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, socio de Campos, Herbozo & Toribio Abogados S. Civil de R.L., presidente de "Sin riesgo asociación de defensa del consumidor bancario, financiero y de seguros". Autor del libro "La responsabilidad civil de los bancos por la indebida gestión de los riesgos típicos de su actividad. Daños en las compras financiadas en planos y en las operaciones por internet (phishing)" y de diversos artículos sobre Derecho Civil. Desde 2019 es Adjunto de Cátedra en la Pontificia Uni-

Resumen

Se reflexiona sobre la responsabilidad agravada de la empresa bancaria, el rol de la confianza en el sistema experto que representa y los riesgos típicos de su actividad en el establecimiento de su responsabilidad civil respecto del consumidor, evaluando y calificando de defectuosa la dualidad de tutela jurisdiccional o administrativa que tenemos en nuestro sistema, repasando para ello la experiencia de nuestros principales países vecinos.

Palabras clave: responsabilidad civil, sistema experto, confianza, riesgos bancarios, consumidor

Abstract

The aggravated responsibility of the banking company is reflected on, the role of trust in the expert system that it represents and the typical risks of its activity in establishing its civil liability regarding the consumer, evaluating and classifying the duality as defective of jurisdictional or administrative protection that we have in our system, reviewing the experience of our main countries neighbors.

Keywords: *civil liability, expert system, trust, risks banking, consumer*

versidad Católica del Perú, y lo fue en la Universidad del Pacífico. Correo jose.campos@cccabogados.pe. Código ORCID

1. Introducción

La prédica de la responsabilidad profesional de las empresas financieras no es actual. Tiene escrito Ferri en 1958 (En Anelli 2003: 636) que la concepción subjetiva del banquero como profesional goza de actualidad en Francia, mientras que en Italia se pone un acento mayor en la organización de la empresa bancaria. La profesionalidad de la actividad bancaria es empleada por la doctrina como parámetro de determinación de los niveles de diligencia debida.

Se sostiene que esa responsabilidad agravada por su profesionalidad es cuestión pacífica en la doctrina tanto nacional como extranjera (Martínez 2005: 15). El viejo patrón del buen padre de familia o del buen hombre de negocios (estándar del derecho civil y comercial respectivamente), han sido superados por el concepto de la *profesionalidad* en el ejercicio de la función de intermediación financiera (Gonzales 2000: 22).

La diligencia exigible a la entidad financiera entonces "es la de un profesional experto… que, en función de su actividad, debido a la especialización de las operaciones que realiza, tiene que guardar objetiva y subjetivamente la diligencia que comporta los riesgos derivados de su alta cualificación" (Martinez 2005: 15).

Teniendo en cuenta la particular diligencia exigible a los bancos, y el sistema experto que representa, venimos sosteniendo (Campos 2018) que el juicio de su responsabilidad civil debe tomar en cuenta la tutela de la confianza del consumidor y la gestión de los riesgos de su actividad, instituidos estos en la legislación especial y que vigorizan el estándar de su culpa profesional. El contenido de su deber de diligencia por eso, proponemos, debe estar integrado por los postulados de su *lex artis*, de donde se desprende, entre otras cosas, su obligación de gestionar los riesgos operacionales y de crédito instituidos en la disciplina financiera.

El tomar en cuenta estos conceptos de la gestión de riesgos para la determinación de la responsabilidad civil de las entidades financieras es una manifestación concreta de la visión estratégica del Derecho Civil, de esa estrategia de *repensamiento* que nos propone De Trazegnies (1991: 313-332), de esa estrategia eficiente del conocimiento del "conjunto de la realidad" a la que el derecho debe adaptarse.

Tras esa reflexión sostenemos que, en nuestro país, los bancos no

están cumpliendo sus obligaciones legales, no están asumiendo pérdidas que se están quedando hoy en la esfera de los consumidores bancarios. Ello a partir de una deficiente tutela del consumidor como vamos a empezar a dar cuenta en este trabajo.

Con la creación del Indecopi en 1992, se instauró en nuestro país una justicia administrativa para tutelar al consumidor, pero han transcurrido más de 20 años, y, si uno contrasta las herramientas legales e institucionales con las que cuentan los consumidores en nuestros principales países vecinos, no parece en perspectiva que haya sido buena idea mantener la dualidad de tutela, que representa por un lado la jurisdicción y por otro la administración.

Como sabemos, para reconocer la responsabilidad civil del proveedor por los daños ocasionados al consumidor, el Código de Protección y Defensa del Consumidor establece que ello corresponde al Poder Judicial, lo que puede ocurrir, sin embargo, sin perjuicio de que el Indecopi haya reconocido también la responsabilidad administrativa y en consecuencia sancionado al proveedor con el pago de una multa y ordenado el cumplimiento de determinadas medidas correctivas reparadoras y complementarias.

Más allá del carácter administrativo y jurisdiccional de uno u otro, sostenemos aquí que el resarcimiento que bajo el rótulo de medidas correctivas concede el Indecopi no representa una tutela integral sino apenas una parte de todo el resarcimiento que puede conceder el Poder Judicial, por eso, en caso el consumidor padeciera daños que sobrepasan los alcances de la medida correctiva (daño emergente), podrá siempre reclamar los daños restantes ante el Poder Judicial.

Esta dualidad, sin embargo, genera un problema de tutela porque el consumidor, que no entiende de arquitecturas jurídicas, frente a un reclamo que deba formular contra un proveedor, se encuentra condenado a tener que elegir entre una vía u otra, pues costear ambas resulta oneroso y desgastante, más aún si se trata de reclamos de poca cuantía como lo son en la gran mayoría de los casos.

Es tiempo de reflexionar sobre si, en aras de ofrecer una adecuada, rápida pero también integral tutela, debe optarse por consolidar las competencias del Indecopi y otorgarle facultades jurisdiccionales, como ocurrió por ejemplo en

Colombia; o en sentido contrario, extraer de la competencia al Indecopi la facultad de juzgar actos que afecten al consumidor para consolidar la administración de justicia más completa del Poder Judicial, como ocurre en Brasil, Argentina o Chile, en los que sus órganos administrativos son más dinamizadores y propulsores de la tutela, que toman partido por ella, y no se encuentran infectados de esa "neutralidad" propia de la curia, administrativa en este caso, que enfatiza más su vocación sancionatoria y recaudatoria que la tutelar.

Una mirada de lo que pasa en nuestros países vecinos y contrastar sus experiencias, nos pueden servir como punto de partida, países que, como se apreciará seguidamente, ofrecen una mejor tutela, pues cuentan con mejor desarrollo de la tutela supraindividual (intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos), los daños punitivos, la responsabilidad por riesgo, la inversión de carga de la prueba, la conexidad contractual, etc.

Un interesante fallo de la justicia argentina que recogemos aquí, podrá dar cuenta *grosso modo*, del estado de la cuestión en dichos países, pues reconoce la responsabilidad profesional agravada del banco como experto en la actividad, alude a los riesgos que se presenten en ella como generadores de una actividad riesgosa más aun en entornos de contratación digital en el que se adiciona a la vulnerabilidad natural del consumidor, la provocada por las nuevas tecnologías inescrutables para él que el banco le impone para la prestación de sus servicios; da cuenta de la insuficiencia de la información bancaria respecto de la gravitación de los riesgos y la prevalencia de la tutela de la confianza del consumidor y; analiza la *lex artis* en el juicio de responsabilidad, esto es, la regulación financiera sobre riesgos operativos que es compatibilizada con los criterios y reglas de la responsabilidad civil.

2. La tutela del consumidor bancario: del derecho común a la tutela consumerista

El reconocimiento del consumidor bancario no es de larga data. Alpa (2004: 323) da cuenta de cómo salvo en el ámbito del crédito al consumo (precisamente en el que nuestro código guarda silencio), las medidas de tutela del consumidor bancario en sede comunitaria no tienen muchos años. Él advierte que las razones del retardo se debieron a: (i) la falta de conciencia de la situación de inferioridad del consumidor; (ii) la idea formada de que el

mercado financiero como construcción jurídica es indiscutible e inmodificable; (iii) el poder económico y político de los bancos; (iv) la prioridad de las políticas públicas en materia de salud y de seguridad antes que en los intereses económicos de los consumidores y; (v) la prioridad en materia de producción y distribución de bienes antes que en los servicios.

Tras ese entendimiento, a nivel regulatorio en Europa por ejemplo se mantiene aún la idea de que los servicios financieros forman parte de un sector específico alejado del núcleo básico de la protección de los consumidores. Por ello, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, no se aplica a los servicios financieros, no obstante, como anota Zunzunegui (2013: 4) el Tribunal Supremo español ha reconocido que la inexistencia de una normativa bancaria de transparencia y protección de los consumidores no es óbice para que sea aplicable la legislación general de protección de los consumidores.

En la Unión Europea no existe un código que recoja y sistematice toda la regulación financiera protectora del consumidor financiero. Dentro de las normas principales se encuentra la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, referida a los mercados de instrumentos financieros, pero esta no cumple el rol de tutela del consumidor financiero.

La que sí contiene reglas de protección al consumidor financiero es la Directiva N° 2008/48/CE de crédito al consumo, la misma que recientemente ha sido derogara por el Parlamento y el Consejo de la Unión Europea a través de Directiva (UE) 2023/2225 del 18 de octubre de 2023, cuyo objetivo es mejorar la protección de los consumidores europeos que solicitan créditos, ahora en un entorno digital, procurando una mejor información, incluyendo dentro de ámbito de aplicación a todos los contratos de crédito hasta 100.000 EUR. Asimismo, la Directiva 2014/17/UE sobre préstamos hipotecarios y la Directiva 2015/2366 sobre servicios de pago.

Alpa (2004: 330-331) explica sobre como los programas comunitarios, impulsados por el principio de subsidiariedad, se adhirieron a la orientación liberal, dejando de lado la orientación intervencionista anterior. Ello a partir de considerar al consumidor ya no como el sujeto a "tutelar" sino el sujeto a "informar".

Se sostenía que siendo el consumidor un *homo economicus* era necesario colocarlo en una posición de paridad con su contraparte el banco y ello se lograba a través de la información, elemento con el cual el consumidor podría realizar elecciones libres y conscientes.

Este modelo de regulación, sin embargo, fue puesto en cuestión por la crisis financiera. Antes de ella se confiaba en el incentivo de las propias entidades interesadas en proteger su reputación mediante buenas prácticas financieras, pero luego los abusos y comportamientos oportunistas de los bancos forzaron la revisión del modelo.

La reunión del G-20 de noviembre de 2008 dejó claro que estábamos ante una crisis de confianza y que, además de reforzar la solvencia del sistema, era necesario aprobar medidas de protección del cliente financiero. Esta es la dirección que se ha tomado, un cambio hacia la intervención directa en la protección del consumidor financiero y un mejor control del diseño de servicios, reformas que buscan alinear los intereses de los bancos con los de la clientela, en una relación fiduciaria. Se pasa así de hacer responsable al cliente a través de la educación financiera y el suministro de información técnica, a la protección directa del cliente como consumidor (Zunzunegui 2013: 10).

Con la irrupción de las tecnologías digitales y la inteligencia artificial, se plantean nuevos retos en la tutela del consumidor financiero. La industria financiera, bastante proclive a su empleo (banca por internet, aplicaciones en los smartphones, etc.), seguirá sometida a las poderosas fuerzas de cambio y se adaptará bien como lo ha venido haciendo hasta ahora, pero el reto es que estas nuevas tecnologías representen una mejora en la tutela del consumidor financiero y no a la inversa.

3. La responsabilidad profesional del banco como experto en su actividad. La *lex artis*

En las siguientes líneas pretendemos dar cuenta como es que la empresa bancaria tiene que ser apreciada ahora, más que profesional, de experta. Ya no basta el mero esfuerzo, se viene afirmando desde hace bastante tiempo y es importante que los operadores jurídicos lo reconozcan también en nuestro país, que "se requiere que tales esfuerzos sean idóneos, adecuados, eficientes y conducentes conforme a la *lex artis;* por consiguiente, el grado de diligencia y cuidado que debe observar es y debe ser más exigente

que el que se exige a un profesional común" (Baena 2013: 23).

Como se sabe el término *lex artis* proviene del latín que significa ley del arte, o regla de la técnica de actuación de la profesión que se trate y debe ser "entendida como el conjunto de saberes acumulados en una actividad profesional, con los cuales se define la habilidad técnica necesaria para el ejercicio de la correspondiente prestación profesional" (2013:25). Ha sido empleada para apreciar si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta o se ajusta o no a lo que debe hacerse, noción que desde luego es aplicable a las empresas bancarias.

Ya Alpa (2001: 272) había advertido con acierto que hoy son dos los perfiles relevantes de la culpa profesional: (i) el de la organización de medios y personas de los que se vale el profesional para desarrollar la actividad y (ii) el de los profesionales individuales sujetos a estatutos que regulan su actividad. En el caso del primero advierte también nuestro autor, que estaría operando un deslizamiento del área de la culpa al área de la responsabilidad de la empresa.

En ese sentido, implicando la diligencia en las prestaciones profesionales, la observancia de las normas técnicas que informan la actividad del profesional o la empresa, y siendo la pericia una especificación de la diligencia y la impericia una de la negligencia, es posible afirmar que quien, a pesar de su buena voluntad y esfuerzo, ejecuta su prestación apartándose de los dictados de la *lex artis* (impericia), le es imputable la responsabilidad.

Ya en relación con tal especial exigencia en el cumplimiento de sus obligaciones, D'Amico (2015: 196) apoyándose en una cita de Cannata, afirma que, en las obligaciones con carácter técnico, aquellas ejecutadas de conformidad con las reglas del arte, únicamente la culpa-impericia, aunque no sea grave, deviene en inexcusable. Martí (2009: 59) señala que la jurisprudencia española denomina *lex artis* a los niveles de calidad en la prestación de servicios y en particular con respecto a la actividad bancaria, también la jurisprudencia de ese país ha establecido la responsabilidad en varios casos cuando la conducta de los bancos no se adecuó al cumplimiento de la *lex artis*[1].

1 Casos de inversores españoles que habían comprado, a través de los bancos, productos financieros emitidos y garantizados por Lehman Brothers que quebró en 2008; quiebra de las cajas de ahorro por haber acumulado en su activo, volúmenes de riesgo crediticio inmo-

La *lex artis* se erige entonces como un criterio valorativo de la corrección de la actuación del profesional, en este caso de la empresa bancaria, que debe tener en cuenta no solo las circunstancias y riesgos que rodean el desarrollo de su actividad, sino también que debe adecuarlas al cumplimiento de las reglas técnicas que rigen la misma.

4. La actividad financiera como sistema experto y el contrato con el consumidor como una de sus manifestaciones

En la línea de lo expresado, se reconoce que la actividad financiera conforma un sistema experto, aquello a lo que Giddens 1994: 37) describe como sistemas técnicos que organizan el ámbito social y material en el que transcurre nuestra vida. Compartiendo esta definición, agrega Lorenzetti (2001: 82) que la organización económico-social en una economía global tiende a configurarse como un sistema experto en numerosas actividades, en la medida que a) son sistemas en que el individuo no se relaciona con otro individuo, sino con un sistema de individuos; b) son expertos ya que presentan características tecnológicas inescrutables y el individuo sólo se relaciona con su presentación externa y simplificada.

Ello se hace más patente si nos referimos al desarrollo tecnológico y la irrupción de la inteligencia artificial, en el que un individuo se relaciona ya no con un sistema de individuos sino con una máquina que ejecuta tareas, toma decisiones y realiza un aprendizaje, gracias a una base de datos y los algoritmos que emplea.

Resaltando la relevancia de este tipo de sistemas para el derecho, agrega Lorenzetti (2000: 14) que los modelos de comportamiento racional y los estándares de "contratante medio" deben reformularse, puesto que la conducta del individuo se basa ahora en la confianza y ésta se construye a partir de la "apariencia" que crea el "sistema experto". Y es que sería imposible de vivir y se elevarían los costos de transacción si el consumidor tuviera que verificar y entender razonablemente cada acto del sistema con los cuales se relaciona. Esto lo llevaría hacia un agotamiento psicológico.

Esto también ha sido advertido por Fukuyama (1996), quien

biliario incompatibles con lo que la lex artis de la gestión bancaria consideraría prudentes en tiempos de burbuja inmobiliaria, etc. (Confrontar: Bergel 2012 y Castilla 2015).

aprecia que el valor económico de la confianza se hace patente cuando consideramos cómo sería un mundo carente de ella, un mundo en el que se tuviera que contratar suponiendo que la otra parte tratará de estafarnos en cuanto tenga la oportunidad y para evitarlo, deberíamos invertir mucho tiempo y energía en asegurarnos de que eso no ocurrirá, introduciendo todos los recursos legales, generando contratos tremendamente extensos detallando cada contingencia posible, especificando hasta la más mínima obligación. Todo tendría que resolverse a través de medios legales con todas sus engorrosas regulaciones y metodologías, hasta potencialmente, llegar a los tribunales de justicia.

Pues bien, consideramos que son expresión de la característica técnica y simplificada de ese sistema experto frente al consumidor, los contratos de adhesión, aquellos en los que el consumidor solo tiene la opción de aceptar o no el servicio o producto, es decir contratos en donde no existe negociación de modo que uno se pregunta si realmente se puede denominar contratos a este tipo de negocios jurídicos. Esto no es baladí pues hemos tenido ocasión de leer con asombro varias resoluciones del Indecopi por ejemplo en las que se destaca la fuerza vinculante del contrato que las partes pactaron, para avalar claros abusos de la parte que predispone el contrato.

Lamentablemente no es reconocida por toda la administración de justicia civil y administrativa, la diferencia que denota la cualidad de los agentes que suscriben esos contratos. No se advierte con rigor que el contrato moderno del derecho común es casi marginal frente a otras formas contractuales presentes en el mercado, uno de los cuales es precisamente el contrato con el consumidor, contrato que en la idea de Monateri (2004: 43-44) representaba incluso, antes que una especialidad respecto del contrato en general, un verdadero paradigma alternativo con su propia lógica, una categoría coordinada y paralela a la del contrato en general.

En esta materia, en la doctrina argentina, Sobrino y Shina (2024: 9), comparten la posición disruptiva que sugiere reconocer la desaparición del contrato tradicional paritario y que el contrato de adhesión no es un acuerdo sino un *formulario* repleto de obligaciones y que el de consumo, tampoco es un verdadero contrato, sino una relación jurídica que denominan vínculo de consumo del siglo XXI.

Benedetti (En Schiesaro 2016: 114-115) propone al contrato del

derecho común como aquel "completamente negociado por los contratantes *expertos* (o, por lo menos en teoría, igualmente en experiencia) que aspira al máximo de libertad, y reivindica la intervención minimalista del legislador"; mientras que a los contratos de mercado, a los contratos no solo con el consumidor sino también a otras formas de contratante débil (usuarios, empresas débiles, etc.); es decir, como anota Roppo clientes que suele ser *outsiders* que carecen de los conocimientos específicos y las capacidades técnicas y organizativas [representativos del sistema experto], que le permitan controlar la prestación característica que le es destinada, las cuales están concentradas en la empresas proveedoras *insiders* que dominan el contrato.

En un reciente trabajo Roppo (2024: 77-85), tras la reflexión sobre si debe existir una o varias partes generales del contrato dada la especialidad de diversos tipos contractuales regulados en diversos cuerpos normativos, prefiere referirse a *contextos* contractuales antes que ha tipos contractuales, siendo uno de esos *contextos* el contrato de consumo o de mercado asimétrico, dentro del cual se pueden encontrar diversos tipos contractuales como el de compraventa, arrendamiento, de seguros, bancarios, etc. Contratos estos que según este autor pertenecen al *nuevo sistema del contrato* en contraposición con el *sistema del contrato del derecho privado clásico* donde confluyen residualmente todos los otros contratos que no son contratos de mercado dado que una de las partes no es una empresa que contrata en función de su actividad empresarial, ni tampoco la contraparte es un agente de mercado que sufre de una asimetría estructural respecto de la otra parte.

Lo que nos resulta resaltante de esta distinción de Roppo es que los remedios de los contratos del derecho privado clásico no tienen la centralidad absoluta que poseen en el contrato asimétrico de mercado, debido a que en los primeros los remedios responden a las fallas de la autonomía privada, de manera ocasional y por lo tanto patológica (vicios de la voluntad, estados de peligro o de necesidad), mientras que en los segundos obedecen a fallas permanentes del mercado que por ser fisiológicas tienen una clara perspectiva de *policy*, destinada a reequilibrar la asimetría mediante normas orientadas a proteger/favorecer a la parte estructuralmente débil, en el ámbito que suele llamarse derecho privado regulatorio.

Luego de establecer la exigencia de mayor tutela que merece el consumidor que se adhiere a un sistema empresarial experto, corresponde precisar que se conoce que los bancos emplean sistemas expertos en sus operaciones, principalmente en las que se generan en su plataforma de banca por internet, a la que se añade ahora el uso de la inteligencia artificial. Pues bien, en ese sistema experto que supone seguro, tiene que confiar el consumidor que desconoce los detalles de su funcionamiento y se limita a realizar actos parciales de la cadena total de acciones que implica.

Ese sistema experto bancario insondable para el consumidor crea una apariencia de seguridad que genera confianza, de modo que ésta deber ser tutelada. Esta tutela recae también en quien la doctrina argentina ha considerado *productor aparente* que a decir de Alterini (1994: 85-94), es quien pone su marca en el producto (y se beneficia de tal publicidad) y por tanto genera confianza en el público, siendo esta razón suficiente para hacerlo responsable.

Ahora bien, dada la complejidad de las operaciones bancarias y los riesgos que entraña, ya no es posible echar mano de la coartada de la *información* para librar al banco una vez que en apariencia se pruebe que haya cumplido con tal deber. El deber de información, cuya infracción no dudamos da pie a supuestos de responsabilidad de los bancos, no es lo único que debe relievarse. Tras los riesgos de la modernidad, de la tecnología y de la ciberdelincuencia, se debe optar por no perjudicar al consumidor. Así lo ha hecho por ejemplo el legislador chileno, quien, frente a un fraude por internet o phishing, ya no es el consumidor quien debe pagar los platos rotos de la ciberdelincuencia, sino que lo es el banco, quien solo se libera de su responsabilidad si prueba que fue el consumidor el que actuó con dolo o culpa inexcusable[2].

5. La confianza como elemento integrador de la información en el derecho de consumo financiero

Peter Ducker (Estados Unidos) y Gelinier (Francia) sostienen que

2 Ley 21.234 Ley de Fraudes (2020) no solo invierte la carga de la prueba a favor del consumidor financiero cuando se presenta un supuesto de fraude, sino que además ordena que el banco deba restituir los fondos perdidos en breves plazos al consumidor, de modo que si el banco estima que la responsabilidad en el fraude fue del consumidor pues tiene que probarlo a nivel judicial.

las empresas deben ser micro sociedades de confianza. La confianza es un activo intangible, un recurso productivo que permite ahorrar costos, al disminuir la inversión en publicidad, en la negociación y en la información. Por eso el Banco Mundial ha señalado que el capital tradicional, aquel compuesto de los recursos financieros, comercial y recursos naturales, sólo explica una parte del crecimiento económico y que la mayor parte está dada por el factor confianza y el capital social (En Weingarten 2020: 47-55).

En la línea de lo expresado acerca de la necesidad de tutelar la confianza cuando nos encontramos ante un sistema experto como la actividad bancaria, es importante destacar la transformación que sobre el tratamiento de la noción de la confianza se viene desarrollando, entendida ahora como un elemento no ajeno o separado de la información sino integrado a ella.

Y es que, como sostiene Celia Weingarten (2020: 24-26), el consumidor suple la ausencia o déficit informativo con la confianza que es su equivalente funcional. En ese sentido, las relaciones de confianza resuelven problemas de información pues la confianza cumple una función comunicacional. De ella se genera la expectativa que orienta el comportamiento y guía las decisiones del consumidor. Y es la marca o nombre comercial de una empresa lo que garantiza que el servicio o producto será confiable, que el consumidor no sufrirá daño alguno.

Ello se compatibiliza con la exigencia de mayor celo en el cumplimiento de las prestaciones de las empresas profesionales porque de ellas se espera un comportamiento acorde a las pautas de la profesión o actividad, esto es, de su lex artis.

Es importante para los propósitos de este trabajo, destacar, como lo ha hecho la citada jurista argentina, que la protección a la confianza es uno de los pilares fundamentales del Derecho privado alemán (incluso con reconocimiento constitucional), y la ha regulado en supuestos, tales como la responsabilidad por la apariencia, por los acuerdos tácitos o promesas, por las declaraciones, y también abunda un interesante desarrollo jurisprudencial que vincula las consecuencias jurídicas de la confianza con la formación de roles profesionales (2020: 36).

En el caso de los bancos cuya responsabilidad nos ocupa, se hace una elección por el valor, reputación y desempeño de su marca institucional, antes que por el análisis riguroso de su información finan-

ciera y de los diversos servicios que ofrece. La confianza está puesta en su nombre, en la seguridad de su capacidad organizativa que le permitirá mantener el dinero de los consumidores a salvo de los riesgos de la actividad (los conocidos y desconocidos) antes que en la lectura de la letra chica de las condiciones de contratación y en sus complejos procedimientos.

Como sabemos el banco proyecta su prestigio y fuerza corporativa cuando interviene en las operaciones propias de su actividad. Son estos valores los que se transmiten al consumidor al buscar captarlos. Su publicidad en distintos medios da cuenta de ello. Por eso correctamente se afirma que con tal "accionar el consumidor puede ser traicionado por creer de buena fe en lo que ve en la publicidad y considerar como cierto lo que realmente puede no serlo" (Ordoqui 2014: 601).

De lo que se trata como vemos es que los bancos cumplan con tutelar la confianza que sus clientes depositan en ellos, que cumplan lo predican en su *web site* acerca de que el cliente es lo más importante de su corporación. Así, la confianza merece tutela. Nuestro código de consumo sustenta esa tutela en varios de sus dispositivos. La confianza del consumidor es un valor jurídico en una relación de consumo. Una revisión detenida de dicho código nos permite señalar que sí hay elementos que pueden apoyar el reconocimiento de la tutela de la confianza que emana de sistema experto.

Se reconoce que del principio de buena fe derivan los valores de confianza y lealtad, aquellos que mucho menos pueden dejar de estar presentes en la relación con una entidad financiera, por ser consustanciales a ella. Tal principio es recogido por el código de consumo, de modo que podemos acumular aquí tanto la interpretación a partir de la buena fe del 168 del Código Civil, como la buena fe que regula el código de consumo.

Tal es la relevancia que ha adquirido este principio que últimamente, como medio de interpretación de carácter objetivo se dice que, "asume la función correctiva en el equilibrio de las obligaciones, pues permite integrar el contenido contractual de manera dinámica, según un criterio de justicia, a fin de reequilibrar las posiciones de los contrayentes, que pudieran encontrarse eventualmente en una situación de desventaja" (Manrique 2007: 5).

Como habíamos señalado antes, el consumidor que suscribe el

contrato con el banco solo puede aceptarlo o rechazarlo en su conjunto, sin poner reparo a los alcances de alguna de las cláusulas. Esta condición es demostrativa del poder de los bancos, poder que tiene que ser reequilibrado con apego a la buena fe para obtener lo que se viene denominando un instrumento de la justicia contractual (Merino 2016: 223).

No olvidemos que el Art. 18 del código de consumo define la idoneidad como la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe y que ella es evaluada "en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado". Pues bien, lo que espera el consumidor es que el banco no desampare la confianza que se deposita en él.

El Art. 20 por su parte regula la garantía implícita y se refiere también a la funcionalidad y los fines previsibles del acto de consumo, así como los usos y costumbres del mercado, como aspectos a tener en cuenta. El Art. 21 de manera especial reconoce la tutela de las expectativas del consumidor, al señalar que "A falta de garantía explícita, la garantía implícita vincula al proveedor". Agrega más adelante que "21.2 Para determinar qué prestaciones y características se incorporan a los términos y condiciones de una operación en caso de silencio de las partes o en caso de que no existan otros elementos de prueba que demuestren qué es lo que las partes acordaron realmente, se acude a las costumbres y usos comerciales, a las circunstancias que rodean la adquisición y a otros elementos que se consideren relevantes".

Todo lo expuesto representa el sustento de la obligación de las entidades financieras de contar con adecuados procedimientos y metodologías para la gestión de los riesgos de su actividad, así como de contar con una adecuada estructura organizacional, capacidad operativa y soporte tecnológico para asegurar una eficaz prestación de sus servicios.

Es claro que la financiera es una industria que se ha venido adaptando con mayor éxito a todos los retos que han supuesto las distintas tecnologías y la innovación digital que conocemos, pero es claro también que debe diseñar productos y servicios que estén a salvo de los riesgos que se presentan con ellas, lo que estimamos no está ocurriendo del todo.

6. El riesgo en la actividad bancaria

Frente a la culpa y el riesgo se viene ahora hablando de una tercera

vía, que consiste en consagrar la culpa como principio de responsabilidad, pero inmediatamente definirla con criterios objetivos en su evaluación. El proyecto de los Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil está en esa línea al consagrar en su Art. 4:101 la culpa como principio general de la responsabilidad civil, pero limitando a criterios objetivos las posibilidades de interpretación de lo que debe entenderse por "conducta exigible" (Art. 4:102).

Tales criterios, se refiere (Aramburo 2008: 30-31), son la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate (con lo que parece permitirse un sistema de múltiples niveles de objetividad o subjetividad, y aún la atribución de la función preventiva de la responsabilidad civil y que incluso atiende a una clasificación realizada en el mismo documento); la peligrosidad de la actividad (con lo cual se está incluyendo directamente la noción de riesgo); la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo (con lo que se deja abierta la puerta para cualquier objetivación posible), de la previsibilidad del daño (lo que haría muchas veces inviable la alegación de la causa extraña como forma de exoneración); la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas y la disponibilidad y; el coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos (criterio eminentemente objetivo y evidentemente vinculado con la noción de riesgo).

Haciendo un repaso de los criterios que tienden a objetivar la culpa, pero sin negar su condición de tal, y aplicarlos a la actividad bancaria, veremos cómo todos ellos pueden estar presentes en el juicio que nos formulemos de la responsabilidad civil bancaria. En efecto, en cuanto primero, el de la relevancia del interés protegido, se reconoce que el consumidor es un sujeto que merece una tutela especial, tutela que alcanza a sus intereses económicos, tales como sus ahorros, su patrimonio, etc.

En cuanto a la peligrosidad de la actividad bancaria, los múltiples daños que nos muestra la cada vez mayor casuística en torno a ella, revelan, en esta sociedad del riesgo, que en tanto como ninguna otra actividad, el dinero es su elemento principal, queda ella expuesta a la delincuencia tradicional y no tradicional como la delincuencia cibernética. Los hurtos, los robos, las estafas son un constante riesgo de la actividad bancaria, y como veremos más adelante, riesgos típicos de ella que deben ser rigurosamente gestio-

nados para evitar los daños al cliente bancario o consumidor. La banca en su condición de experta tiene que estar un paso más allá en la prevención de los daños, daños además que tiene la obligación de conocer, medir y gestionar.

En cuanto a la pericia exigible a los bancos, ya está dicho que ellos son agentes expertos que tienen el conocimiento técnico para desarrollar sus actividades, cumpliendo las reglas de su profesionalidad, de modo que le son reprobables las conductas que suponen una ausencia del empleo de esos cuidados mínimos para realizar su actividad.

En cuanto a la confianza que merece tutela, ésta no puede dejar de estar presente en una relación bancaria. Los clientes tienen que confiar en su banco, éste les ha garantizado a través de su publicidad vinculante que es confiable, que su dinero está en buenas manos, que respaldan las operaciones en que participan. La confianza es quizá el valor principal de una relación cliente-banco.

Finalmente, en cuanto al costo de las medidas de precaución, es el banco el mejor ubicado para, primero, identificar el riesgo de daños, segundo, gestionarlos y tercero, trasladarlos a los precios de sus servicios. Su condición de experto lo lleva a asumir los costos de precaución e incorporarlos al mercado a través de sus precios, es decir llevar a cabo lo que como proceso de socialización de los costos de los daños como apunta Franzoni (2009: 38) o colectivización de las perdidas como apunta Alpa (2001: 93), lo cual se realiza directamente, emparejando la responsabilidad civil con el seguro obligatorio para algunas actividades o, indirectamente, a través de criterios de imputación de responsabilidad que prescindiendo de la culpa, permiten colocar el costo de los daños en cabeza del sujeto que esté en mejor condición de redistribuirlos sobre la colectividad, ya sea aumentando el precio de los bienes y servicios o recargando en el mismo, los costos de las primas de seguros.

7. La obligación legal bancaria de gestionar los riesgos de su actividad

La gestión de riesgos en la actividad bancaria es una obligación legal que se incorpora al juicio de su diligencia profesional. No forma parte de una política de buenas prácticas de carácter voluntaria. Dicha gestión constituye una obligación legal que no debe ser ajena a los operadores del derecho, constituye una

conducta típica exigida por la ley y exigible desde luego por el consumidor, y la verificación de la omisión o cumplimiento inadecuado de esta obligación, tiene la aptitud de fundar un caso de responsabilidad civil, no como criterio de imputación objetivo que no corresponde a nuestro sistema de responsabilidad contractual por defecto del servicio bancario, sino como parte del juicio gobernado por la culpa, un juicio ciertamente más empoderado, con más capacidad y fuerza de actuación para procurar la condena de responsabilidad al banco.

En este punto, compartimos la posición del profesor Fernández (2004: 617), acerca del alcance de la obligación y el valor de la utilidad del acreedor como medida de control de ella, la posición que plantea que la diligencia llega hasta donde comienza la imposibilidad de modo que solo ella libra al deudor. Así, el banco sólo podrá liberarse del cumplimiento de sus obligaciones, una de las cuales es la gestión de los riesgos de su actividad, si prueba el caso fortuito o la fuerza mayor, es decir, que acontecimientos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles le impidieron cumplir sus obligaciones.

Lo que planteamos es que tan solo verificando que se omitió cumplir o se cumplió defectuosamente la obligación de gestionar los riesgos de la actividad bancaria en cada caso, podremos encontrar el fundamento para establecer la responsabilidad de los bancos.

Ahora bien, para establecer esta responsabilidad, podríamos incluso prescindir de la interpretación por el principio de la buena fe y de la tutela de la confianza y ello porque sostenemos que la responsabilidad civil de los bancos puede estar bien asentada en su diligencia profesional y consiguiente obligación legal de gestionar los riesgos de su actividad.

Y es que para exigir la obligación de gestionar sus riesgos no se requiere apelar a la buena fe o a la corrección del banco, si podemos recurrir precisamente al carácter vinculante de dicha obligación e incorporarla en su diligencia. Nos preguntamos si no estamos asistiendo a un escenario en el que los riesgos y obligación de su gestión, nos haga abandonar la tibia y hasta, a decir de Fernando de Trazegnies (2004: 31) bomba de tiempo destructora de la voluntad acordada de las partes que representa la buena fe.

Dada su posición de preeminencia lograda por su experiencia y conocimientos en el campo de sus

operaciones, los bancos a diferencia de los consumidores gozan de la suficiente capacidad para administrar los riesgos inherentes a su actividad profesional y precaver los daños que la misma conlleva. Por eso, pensamos que la culpa (grave o leve) de ellos, como criterio de imputación, debe analizarse dentro de las posibilidades de actuación con que cuentan.

En este orden de ideas, el contenido del deber de diligencia impuesto a estas empresas financieras está integrado por los postulados de la llamada *lex artis*, de donde se desprende, entre otras cosas, la obligación de gestionar los riesgos operacionales y de crédito, de los que brevemente nos ocuparemos en las siguientes líneas.

8. Los riesgos típicos de la actividad bancaria y su relación con el consumidor

Es propósito de este trabajo, insertar los conceptos de riesgo de crédito y riesgo operacional (dentro del cual se encuentra el riesgo de ciberseguridad) en el juicio de responsabilidad de los bancos; es decir comunicar estos conceptos del derecho financiero que han sido reconocidos y regulados por todas las legislaciones del mundo incluyendo la nuestra, con el derecho de la responsabilidad civil, en particular en el ámbito de los criterios de imputación. Consideramos que ambas aproximaciones no son incompatibles sino por el contrario pueden armonizarse y justificar o dar explicación a múltiples casos de responsabilidad civil de los bancos en el ejercicio de su actividad.

Se reconoce que en la actividad bancaria se presentan varios tipos de riesgos determinados por las distintas facetas o aspectos de su desarrollo (Perez y Calvo: 2007), tales como el riesgo de reputación, riesgo operativo u operacional, riesgo de mercado, riesgo de liquidez o estructural, riesgo regulatorio, riesgo medioambiental, riesgo legal, riesgo comercial y riesgo de crédito. De estos riesgos nos interesa resaltar los riesgos operaciones y de crédito por su incidencia en las relaciones con los consumidores financieros.

El Comité de Basilea II definió el riesgo operacional como "el riesgo de pérdidas que resultan de procesos internos fallidos o inadecuados, personas, sistemas o eventos externos. La definición incluye el riesgo legal, pero excluye el riesgo estratégico y el riesgo reputacional", y si bien las decisiones de dicho comité no son vinculantes, el prestigio y poder con que cuenta ha hecho que los ordenamientos jurídicos las

adoptaran como parte de sus legislaciones.

Eso pasó también en nuestro país, el que mediante Resolución SBS N° 37-2008 del 10 de enero de 2008 aprobó el Reglamento de la Gestión Integral de Riesgos, estableciendo que las empresas supervisadas deben contar con una gestión integral de riesgos adecuada a su tamaño y a la complejidad de sus operaciones y servicios; y mediante Resolución SBS N° 2116-2009 del 02 de abril del 2009, aprobó el Reglamento para la Gestión del Riesgo Operacional[3], cuyo Art. 3 lo define como "la posibilidad de ocurrencia de pérdidas debido a procesos inadecuados, fallas del personal, de la tecnología de información, o eventos externos… Las empresas deben realizar una gestión adecuada del riesgo operacional que enfrentan, para lo cual observarán los criterios mínimos indicados en el presente Reglamento".

Los especialistas relatan que este riesgo ha adquirido una creciente importancia en la comunidad financiera internacional debido al colapso de ciertas instituciones, financieras y no financieras, generadas en parte a problemas de tipo operacional (Rodríguez y Corbetta 2007: 7) y (Jimenez y Martín 2005: 59)[4].

3 La Resolución SBS N° 2116-2009 en su Art. 4º reconoce que el riesgo operacional se origina en los procesos internos implementados para la realización de sus operaciones y servicios, relacionados al diseño inapropiado de los procesos o a políticas y procedimientos inadecuados o inexistentes que puedan tener; en el personal de la empresa, relacionados a la inadecuada capacitación, negligencia, error humano, sabotaje, fraude, robo, paralizaciones, apropiación de información sensible, entre otros; en la tecnología de información, relacionados a fallas en la seguridad y continuidad operativa de los sistemas informáticos, los errores en el desarrollo e implementación de dichos sistemas y la compatibilidad e integración de los mismos, problemas de calidad de información, la inadecuada inversión en tecnología, entre otros aspectos; por eventos externos al control de la empresa, relacionados por ejemplo a fallas en los servicios públicos, la ocurrencia de desastres naturales, atentados y actos delictivos, entre otros factores.

4 El caso del Daiwa Bank (1985), con pérdidas de 1.000 millones de USD por la debilidad en el control interno de actividades no autorizadas; el caso del Banco Barings (1995), en el que un Trader del banco ante la falta de separación de funciones y control, estuvo acumulando a lo largo de dos años pérdidas no reportadas 1,300 millones de USD y negociando contratos de derivados desde la sucursal en Singapur; el caso del Sumitomo Bank (1996), fraude en el que un Trader de la entidad negoció en el mercado de metales de Londres, contratos de cobre que acumularon pérdidas de 2.600 millones de USD no registradas a lo largo de tres años; el caso de Allied Irish Bank (2002), en el que un Trader del mercado de divisas ocultó tres años de pérdidas de 691 millones de USD, en

Estas pérdidas crearon una mayor conciencia sobre la importancia del riesgo operacional y un gran interés por la mejora de los sistemas de control interno en las entidades financieras. Lo novedoso del nuevo acuerdo es considerar la gestión del riesgo operativo como una práctica integral comparable a la gestión de otros riesgos (como riesgo crediticio o de mercado) y exigir capital regulatorio para afrontarlos. En este sentido, son cada vez más las instituciones convencidas de que los programas de gestión integral del riesgo operativo proporcionan seguridad y solidez al banco (Biagosch 2007: 20).

Finalmente, como resulta previsible en la moderna gestión de riesgos, la norma recientemente citada contempla su posibilidad de transferencia a través de los seguros a partir del perfil de cada entidad.

Por su parte el riesgo de crédito es definido en la Resolución SBS N° 3780-2011 del 31 de marzo del 2011 por el que se aprobó el Reglamento de Gestión de Riesgo de Crédito, como "La posibilidad de pérdidas por la incapacidad o falta de voluntad de los deudores, contrapartes, o terceros obligados, para cumplir sus obligaciones contractuales registradas dentro o fuera del balance".

De este reglamento es pertinente resaltar a los efectos de este trabajo, que su Art. 20 establece que, en la evaluación crediticia, los bancos deberán consultar todas las fuentes de conocimiento de la reputación y de la posición crediticia de la contraparte (incluyendo accionistas y administradores). Deberán, asimismo, tener en cuenta el total de exposiciones afectas al riesgo de crédito con una misma contraparte considerando la vinculación por riesgo único. Deberán además establecer en sus políticas los elementos de juicio que faciliten evaluar la viabilidad de operaciones que financian y finalmente, deberán establecer las condiciones necesarias para que la evaluación de las inversiones se efectúe mediante el análisis de la calidad crediticia del emisor y del instrumento.

operaciones sobre el tipo de cambio del yen/dólar; el caso Worldcom (2002) en el cuyo presidente realizó una serie de fraudes contables que llevaron a la quiebra de la compañía y Citigroup tuvo que llegar a un acuerdo extrajudicial con los accionistas por montos que superaban los provisionados (2650 millones de USD) a cambio de que éstos retiraran la demanda colectiva que planteaba el involucramiento del banco en el fraude por recomendar títulos de Worldcom a sabiendas de su frágil situación.

En relación al seguimiento de los créditos el Art. 31 agrega que las empresas bancarias deberán seguir entre otros, los siguientes lineamientos: Identificar señales de alerta temprana, tanto cuantitativas como cualitativas, que indiquen una evolución negativa del deudor o del mercado en el que opera para anticipar los riesgos asociados a los deudores, contrapartes o terceros asociados a las exposiciones afectas a riesgo de crédito. Asimismo, efectuar un seguimiento de la evolución del nivel de cobertura (relación préstamo/garantía) proporcionado por las técnicas de mitigación de riesgo de crédito; definir criterios prudenciales para identificar y reportar exposiciones crediticias en problemas, que aseguren que sean revisadas regularmente, así como constituir provisiones cuando ocurra un deterioro de los créditos, valor de sus inversiones y demás exposiciones sujetas a riesgo de crédito.

Tras lo obsoleto que resultó por el devenir de los riesgos de la tecnología, el Reglamento de tarjetas de crédito y débito aprobado por Resolución SBS N° 6523-2013 (del 2 de noviembre de 2013), se emitió posteriormente la Resolución SBS N° 504-2021 que aprobó el Reglamento para la gestión de la seguridad de la información y la ciberseguridad (19 de febrero de 2021). Hasta antes que ello ocurra, como habíamos advertido (Campos 2018) se forzaba incorrectamente la aplicación del reglamento anterior para solucionar nuevos problemas como el phishing.

En estos casos, los bancos solían alegar con la venia del Indecopi que las medidas de seguridad aplicadas a las tarjetas de débito o crédito del consumidor se materializan con el bloqueo preventivo de ellas luego de efectuado el reporte de las operaciones no reconocidas, para evitar que dichas tarjetas sigan utilizándose; que las alertas o monitoreo de tales transacciones se realizaba tomando como referencia la línea de crédito del cliente; y se resaltaba el carácter vinculante de los contratos de "Términos y Condiciones Generales para el Uso de las Tarjetas" suscritos por el cliente, que establece la responsabilidad de éste respecto a la utilización de su tarjeta de débito y claves secretas, siéndole imputable cualquier operación realizada con ellas al encontrarse bajo su cuidado la información de su tarjeta y de las claves secretas, lo cual excluye de cualquier tipo de responsabilidad al Banco. Para el Indecopi, el parámetro de idoneidad del banco en este tipo de operaciones era simplemen-

te, la verificación de la sola digitación de los datos y claves.

Como si el problema de seguridad tuviera que ver solo con las computadoras de los consumidores, la posición del Indecopi era que no se podía responsabilizar al banco de la seguridad de ellas ni de las conexiones que establece para ingresar a la página web del banco. Y respecto de su obligación de monitoreo, consideraba el Indecopi que la finalidad de tal sistema no era que el cliente autorice una operación ya ejecutada, en la medida que no se pueden anticipar operaciones, sino que, una vez generada una alerta, éste procede al bloqueo de la tarjeta para evitar que se pudieran realizar más operaciones fraudulentas. Finalmente, con la misma visión parcial del problema, consideraba el Indecopi, que el fraude en todo caso es obra de un tercero ajeno al banco, quien, aprovechándose de un descuido del cliente, lograba acceder a su información financiera, hecho en el cual el banco no participa.

Este escandaloso sistema de tutela ha venido cambiando, aunque todavía no a un nivel adecuado. Parte de este se dio con la emisión del indicado Reglamento de Ciberseguridad, que forma parte también de la *lex a*rtis de la banca. En este punto deseamos destacar un reciente fallo[5] en el que, tras el cuestionamiento de la competencia del Indecopi para pronunciarse sobre los aspectos técnicos del aludido reglamento o para determinar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en él, dicha entidad expresó que:

> "23. (…) en materia de productos y servicios financieros, el Código dispone una serie de obligaciones –contenidas entre los artículos 82° y 90° del mencionado cuerpo legal– que deben ser cumplidas por las empresas supervisadas por la SBS teniendo en cuenta las normas que dicha entidad emita en el marco de sus facultades regulatorias (…)
>
> 25. El artículo 19° del Reglamento de Sanciones señala que será la SBS la entidad competente para conocer los incumplimientos de las disposiciones que rigen a las empresas supervisadas en su relación directa con el cliente cuando consti-

5 Resolución Final N° 1288-2024/CC1Lima del 5 de junio de 2024 emitida en el Exp. 2390-2023/PS2.

tuyan un patrón de conducta, conforme a las atribuciones que le han sido conferidas por su ley orgánica; asimismo, establece que los casos individuales que contengan materia amparada por las normas de protección al consumidor serán derivados al Indecopi (…)

27. Por tanto, se aprecia que los bienes jurídicos tutelados por ambas entidades difieren, en tanto persiguen finalidades distintas, pues la SBS, no se encarga de velar por la afectación de los intereses particulares de los consumidores, lo cual *sí* es competencia del Indecopi.

28. En tal sentido, el Indecopi resulta ser la entidad competente para conocer la conducta cuestionada… en tanto, el hecho discutido se encuentra vinculado con una afectación a los intereses particulares del consumidor (…)

30. (…) En esa medida, cuando un consumidor denuncie ante esta institución que se realizaron operaciones no reconocidas en su perjuicio, el Indecopi está obligado a constatar lo que establece el Reglamento de Ciberseguridad para determinar si el proveedor denunciado cumplió con las exigencias que le ha impuesto tal norma, lo contrario sería desconocer lo que la autoridad en la materia ha reglamentado y regulado (…)".

El mencionado reglamento tiene por finalidad fortalecer las capacidades de ciberseguridad y procesos de autenticación por parte de las empresas supervisadas por la SBS para la realización de operaciones en un entorno seguro y confiable. Para ello contempla obligaciones relacionadas con el enrolamiento del usuario para el uso de canales digitales (verificación de la identidad, medidas necesarias para reducir la posibilidad de suplantación, uso de dos factores independientes de categorías diferentes, generación de credenciales, etc.); asimismo, plantea la exigencia de una autenticación reforzada para aquellas acciones que puedan generar operaciones fraudulentas u otro abuso del servicio en perjuicio del cliente como las operaciones a través de un canal digital que impliquen pagos o transferencia de fondos a terceros, registro de un beneficiario de confianza, modificación en los productos de seguro ahorro/inversión contratados, la contratación de un producto o servicio, modificación de límites y condiciones.

Asimismo, la SBS a modo de ejemplo, fijas ciertas consideraciones sobre los factores de autenticación: (i) Si se utiliza el reconocimiento del DNI como factor de autenticación que solo el usuario posee, la entidad debe demostrar con evidencia razonable el éxito de autenticación del uso de este factor; (ii) los singulares datos del CVV, número de tarjeta, nombre del titular y fecha de vencimiento, constituyen en conjunto un único factor de autenticación que demuestra la posesión de esta, por lo que se debe complementar con otro factor para aplicar la autenticación reforzada; (iii) la contraseña de un solo uso (OTP) enviada mediante mensaje SMS no es considerada como un factor de autenticación válido, pues su transmisión no es segura y expone a los usuarios a incidentes de seguridad de la información; (iv) las alternativas seguras que pueden considerarse como un factor de autenticación de posesión son las notificaciones push y el uso de tokens digitales; y, (v) respecto al uso de factores de autenticación biométricos, como el escaneo de la huella digital o del rostro, las entidades preverán el uso de tecnologías con alto ratio de fiabilidad, donde se minimicen falsos positivos y falsos negativos.

9. Repensando el rol de los riesgos bancarios en la responsabilidad civil

Si bien para los operadores financieros, Basilea II significó una mejora en la seguridad y solvencia del sistema financiero al permitir una mayor sensibilidad al riesgo en la adecuación del capital e incentivar que los bancos mejoren sus capacidades de gestión y control de riesgos, para los operadores del derecho, dicho acuerdo, incorporado como está en la legislación de los países, nos ofrece una oportunidad de ampliar nuestra perspectiva y realizar la tarea de *repensamiento* que nos propone De Trazegnies, para quien la construcción de un nuevo derecho civil supone precisamente abrir las ventanas y dialogar con el resto de la sociedad, aproximarse a la realidad de su tiempo con los instrumentos de las otras ciencias sociales (1991: 324-325).

El tomar en cuenta estos conceptos de la gestión de riesgos para la determinación de la responsabilidad civil de las entidades financieras es un manifestación concreta de la visión estratégica del Derecho, de esa estrategia de *repensamiento* del Derecho Civil que nos propone De Trazegnies (1991: 313, 329 y 332), de esa estrategia eficiente del conocimiento del "conjunto de la

realidad" a la que el derecho debe adaptarse, y esto es así porque "el Derecho de nuestro tiempo debe reivindicar la justicia desde una perspectiva social, sistémica, antes que desde una visión diádica e intersubjetiva".

No tenerlos en cuenta esta información sobre los riesgos bancarios, sería zanjar la integración cada vez más fuerte que se da en el conocimiento. Esos conceptos son también jurídicos y solo falta conectarlos o retroalimentarlos en la casuística nacional como se ha venido haciendo en otros paises.

Como hemos dejado sentado líneas atrás, el nuevo régimen de protección especial al consumidor financiero debe tener claro que las entidades financieras son expertos en el ejercicio de su actividad, son profesionales que gestiona sus riesgos de un modo particularmente rigurosos cumpliendo normas especiales, de modo que la valla de su diligencia es alta y debe contrarrestar las múltiples situaciones de daños provocadas por ella, estirando para ello su vocación preventiva, que jugará un rol fundamental.

Por su parte, los consumidores financieros tienen el derecho de recibir servicios con estándares de seguridad y calidad, de acuerdo con las condiciones ofrecidas y las obligaciones asumidas por las entidades financieras en materia de gestión de sus riesgos y en materia de seguridad y calidad en los distintos canales de distribución de servicios financieros.

Sostenemos con lo expresado, que son las reglas expedidas por el Comité de Basilea en materia de riesgo operativo y de riesgo de crédito, incorporadas a nuestra legislación, las que resultan aplicables en materia de responsabilidad de la empresa experta bancaria, responsabilidad aplicada a las actuaciones del personal a su servicio y a las fallas originadas en su infraestructura y en sus procesos tecnológicos (riesgos de la ciberseguridad).

Ejemplos de pérdidas que deben ser asumidos por los bancos con los consumidores, identificados por la jurisprudencia y la doctrina principalmente, son los derivados de pagos de cheques falsos, de hurto de valores en cajas de seguridad, de hurtos en agencias por una vigilancia deficiente, de transacciones electrónicas por internet, de operaciones efectuadas por suplantadores, de reportes indebidos a centrales de riesgos, de créditos abusivos, etc. Todas ellas son pérdidas que se presentan en el desarrollo de la actividad bancaria, por la indebida ges-

tión de los riesgos inherentes a ella y por la defraudación de la confianza que engendra su sistema experto.

Son los bancos los que están en mejores condiciones de prevenir los daños, gestionando como una organización empresarial experta, todos los riesgos típicos de su actividad para evitar que aquellos se verifiquen, y eventualmente de asegurarlos como lo plantea la doctrina civil moderna y la propia legislación financiera, trasladando los costos de las primas a los precios (los intereses y comisiones).

Nosotros sostenemos que, en nuestro país, los bancos no están cumpliendo sus obligaciones legales y que si ellos han registrado un crecimiento en sus utilidades esto se debe a que en parte no están asumiendo pérdidas que se están quedando hoy en la esfera de los consumidores o clientes bancarios.

El hecho es que los propios bancos disciplinaron su gestión de riesgos, la incorporaron a su actividad y no deberían decirnos ahora que no podemos invocar dicha gestión para juzgar sus conductas frente al consumidor. Éstos, nosotros obviamente como tales y operadores del derecho y también la institución de la responsabilidad civil, saludamos que los bancos, tal vez sin quererlo, nos muestren el derrotero para juzgar sus actos. Este camino, consideramos, no tiene retorno, la institución de la responsabilidad civil ya tomó nota de esta herramienta. Hacer eco de ella es nuestro modesto aporte.

10. La responsabilidad civil bancaria por servicios defectuosos en nuestro país

Actualmente y como ocurre en otras legislaciones consumeristas, en vista a que nuestro Código de Protección y Tutela del Consumidor (Artículo IV), define como *servicio* a toda actividad que se presta en el mercado e incluye dentro de ellas a la bancaria y financiera, no existe duda acerca de que su tutela alcanza a los clientes o usuarios de los servicios bancarios.

Ello queda corroborado por el tratamiento especial que el código otorga a estos servicios en el Capítulo V del Título II, denominado *productos o servicios financieros*, en el que existe un elenco de dispositivos legales que se aplican a la relación de consumo bancaria, empero, en vista de que el glosario de términos el código distingue entre producto y servicio e incluye dentro de estos últimos a los financieros y bancarios, y además el primer artículo de este capítulo (Art. 81) habla solo de

"servicios financieros", estimamos que se les debe aplicar a los bancos la responsabilidad por servicios y no la responsabilidad por productos defectuosos. Nos estamos refiriendo, cabe precisar, a la responsabilidad civil y no a la administrativa, de la que nos ocuparemos más adelante.

Respecto de ellas, el profesor Espinoza (2007: 475) distingue la que atañe a los productos defectuosos que señala es tendencialmente objetiva (o semi-objetiva), dado que admite supuestos de ruptura del nexo causal, y la que atañe a los servicios defectuosos que deberá ser evaluada en cada caso atendiendo a la naturaleza de la prestación del servicio.

No obstante, al regular nuestro código de consumo los supuestos de responsabilidad civil y distinguir entre la responsabilidad civil genérica sujeta a las reglas del Código Civil y la responsabilidad civil objetiva[6] aplicable solo para los casos productos defectuosos, estimamos que el legislador favoreció a los bancos, pues en tanto proveedores no de productos sino de servicios, les aplica la responsabilidad civil común.

Y es que los bancos prestan *servicios* de intermediación financiera. En el glosario de términos de la Ley 26702 además, solo se encuentra la definición del "Servicio Financiero" como el *"cualquier servicio de naturaleza financiera… comprenden todos los servicios bancarios, todos los servicios de seguros y relacionados con seguros y demás servicios financieros, así como todos los servicios accesorios o auxiliares a un servicio de naturaleza financiera*". El asunto es claro entonces[7], la responsabilidad civil aplicable a la bancaria en su calidad de prestador de servicios es la del derecho civil común.

Ahora bien, como la gran mayoría de las relaciones de consumo

6 Esa calificación de responsabilidad "objetiva" ha sido considerada de errónea por el profesor Leysser León, ya que el Art. 1970 del Código Civil no reglamenta una responsabilidad plenamente objetiva, porque se contempla diversos eximentes de responsabilidad (caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho determinante de tercero y el hecho de la propia víctima) que vuelven la figura en objetiva-relativa o semi-objetiva, y que incluso podría dejar espacio para leer la norma (Art. 1972), en perspectiva genuinamente subjetiva, como si estuviéramos ante una pura y simple presunción de responsabilidad civil (León 2017: 105).

7 El tratamiento de los servicios como defectuosos se encuentra en construcción. En Europa por ejemplo los productos defectuosos cuentan con una Directiva de seguridad y otra de responsabilidad, pero no ocurre lo mismo con los servicios defectuosos. Esto no quita que haya habido intentos de unificación, pero la diversidad de los servicios y su complejidad no lo ha permitido por ahora.

con las entidades financieras son de naturaleza contractual, las reglas que deben aplicarse para determinar la responsabilidad de este tipo de agente son las de la responsabilidad contractual. En este punto nos preguntamos ¿existe un criterio de imputación en esta materia distinto al de la culpa? La verdad es que, aun cuando se considere como dogma el que la culpa sea el único criterio de imputación aplicable a este tipo de responsabilidad (Fernández 1997: 258) y podamos afirmar que éste se encuentra en proceso de flexibilización, nos cuesta reconocer que no podemos apartarnos de este dogma y que la culpa sigue reinando la responsabilidad contractual.

Tal constatación crítica fue hecha también por el profesor Leysser León, al señalar que: "Sin perjuicio de mi total convicción sobre la necesidad de plantear, a la vista de los avances de nuestra mejor doctrina, la existencia de un sistema objetivo de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, con la solitaria asistencia inicial del artículo 1315 [caso fortuito y fuerza mayor]…, es palmario que el antedicho criterio subjetivista ha primado" (2017: 759).

El hecho que en esta responsabilidad se presuma la culpa leve no nos puede llevar a pensar que se trate de una responsabilidad objetiva atenuada, porque la prueba girará siempre en torno de la culpa y no del riesgo beneficio o riesgo de empresa, criterios propios de la responsabilidad objetiva. Esto no quita sin embargo que reconozcamos que, en materia de protección al consumidor, algunas legislaciones como la brasilera, ya han pasado el umbral de la culpa y reconocido al riesgo profesional como criterio de imputación objetivo. Lo ha hecho también jurisprudencialmente Colombia, como veremos más adelante.

Mientras nuestra legislación, la conservadora jurisprudencia y la casi ausente doctrina nacional en esta materia, no pase ese umbral y sostenga que la bancaria es una actividad riesgosa o peligrosa capaz de fundar una responsabilidad objetiva, la culpa gobernará la responsabilidad bancaria. Esto no significa que la actividad bancaria no tenga riesgos, sino únicamente que éstos no han sido determinantes por ahora para fijar una responsabilidad objetiva con base a ellos.

11. La responsabilidad civil y administrativa de los proveedores frente al consumidor. ¿Un defecto de tutela?

En nuestro país con la creación del Indecopi en 1992, existe una

autoridad administrativa facultada a imponer sanciones pecuniarias y ordenar medidas correctivas reparadoras o complementarias a los proveedores de bienes y servicios por la comisión de infracciones que el Estado ha previsto en el Código de Protección y Defensa del Consumidor. Sin embargo, eso no significa que sea únicamente esta entidad la que puede ofrecer una tutela al consumidor.

En efecto, frente a situaciones jurídicas de desventaja del consumidor, pero sin perjuicio de la sanción pecuniaria que se aplique al proveedor que constituyen recursos propios de la referida entidad, el consumidor cuenta con una tutela administrativa y una tutela civil. Ambas son autónomas y no dependen necesariamente una de la otra, pudiendo un consumidor afectado presentar una denuncia ante el Indecopi y simultáneamente una demanda de daños ante el Poder Judicial. Ambas normativas, además, el código civil y el código de consumo, pueden servir de refuerzo para establecer tanto la responsabilidad administrativa como la responsabilidad civil.

En cuanto a la responsabilidad civil del proveedor por los daños ocasionados al consumidor, el Código de Protección y Defensa del Consumidor reconoce que ella debe ser establecida por el Poder Judicial, el único órgano que ostenta la potestad jurisdiccional (dejando a salvo el arbitraje de consumo cuando tenga cabida en nuestro sistema). Esta responsabilidad civil, sin embargo, puede ser reconocida sin perjuicio de que el Indecopi haya establecido también la responsabilidad administrativa del proveedor y en consecuencia lo haya sancionado pecuniaria y consiguientemente ordenado que cumpla determinadas medidas correctivas reparadoras y complementarias:

> Artículo 100.- Responsabilidad civil
>
> El proveedor que ocasione daños y perjuicios al consumidor está obligado a indemnizarlo de conformidad con las disposiciones del Código Civil en la vía jurisdiccional correspondiente, sin perjuicio de la responsabilidad penal, así como de las sanciones administrativas y medidas correctivas reparadoras y complementarias que se puedan imponer en aplicación de las disposiciones del presente Código y otras normas complementarias de protección al consumidor.

A primera vista, en el papel, esta amplitud de tutela que osten-

ta el consumidor parece auspiciosa, porque no solo tiene uno sino dos tribunales que lo pueden proteger, sin embargo, veremos más adelante que la realidad ha demostrado que no es así. Esto, que para los operadores jurídicos es conocido y aceptado casi naturalmente, representa sin embargo a nuestro juicio, un defecto de tutela para el consumidor, del que lamentablemente se trata poco en la academia.

Para dar cuenta de esta posición, detengámonos primero en la semejanza en términos de derecho sustantivo que existe entre las *medidas correctivas reparatorias* y el *daño emergente*, pues es lo que ha suscitado dudas sobre su compartida vocación resarcitoria. Veamos entonces cuál es la relación que existe entre ellas y será el derecho procesal el que nos permitirá encontrar sus puntos de intersección, así como sus rasgos diferenciadores.

Una primera diferencia tiene que ver con la concepción privatista o publicista de su otorgamiento. Nos referimos a la posibilidad de que tales medidas correctivas o resarcitorias sean peticionadas por la parte afectada, lo que se insertaría en una orientación privatista o si por el contrario apelando a una concepción publicista, el tribunal las puede conceder así no hayan sido solicitadas.

Pues bien, el Art. 114 del código en mención precisa que las medidas correctivas de la tutela administrativa se pueden dictar tanto ha pedido de parte como de oficio, esto es, sin necesidad de que el consumidor las haya solicitado, en cambio la pretensión resarcitoria jurisdiccional siempre debe ser peticionada en el marco de los principios de iniciativa de parte y de congruencia procesal.

> Artículo 114.- Medidas correctivas
>
> Sin perjuicio de la sanción administrativa que corresponda al proveedor por una infracción al presente Código, el Indecopi puede dictar, en calidad de mandatos, medidas correctivas reparadoras y complementarias. Las medidas correctivas reparadoras pueden dictarse a pedido de parte o de oficio, siempre y cuando sean expresamente informadas sobre esa posibilidad en la notificación de cargo al proveedor por la autoridad encargada del procedimiento. Las medidas correctivas complementarias pueden dictarse de oficio o a pedido de parte.

Una segunda diferencia es el alcance o cobertura que tienen

ambas, pues, echando mano de la clasificación de los tipos de tutela procesal, encontramos que, por el *contenido específico* de ella, la tutela que ofrece las medidas correctivas es más amplia que la tutela resarcitoria, mientras que por la mayor *satisfacción* que ofrece el tipo de tutela resarcitoria, ésta es más amplia que la primera.

Y es que, en el primer caso, las medidas correctivas de la justicia administrativa, ofrece no solo una *tutela específica* en términos de aquello que exactamente se buscaba al efectuar el acto de consumo, en el sentido que, producida la afectación, el consumidor podrá obtener con ella, la reparación del producto, su reemplazo, la prestación comprometida o una equivalente; sino también una *tutela indemnizatoria* en la medida que el consumidor podrá recibir la devolución de lo pagado, más intereses y los gastos incurridos para mitigar las consecuencias de la infracción administrativa, lo que se enmarca en la categoría del daño emergente. Así las cosas, por el contenido específico de la tutela, la categoría de las medidas correctivas es más amplia pues comprende a la tutela específica y parcialmente la tutela resarcitoria.

Sin embargo, en función a su carácter satisfactor, que, en este caso, se traduce en el alcance integral de la pretensión resarcitoria, ciertas medidas correctivas están destinadas a dar cobertura o compensar solo una parte de todo el daño producido, pues, dado que el Art. 115 del código de consumo[8], establece que el objeto de las

8 Artículo 115.- Medidas correctivas reparadoras
115.1 Las medidas correctivas reparadoras tienen el objeto de resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa a su estado anterior y pueden consistir en ordenar al proveedor infractor lo siguiente:
a. Reparar productos.
b. Cambiar productos por otros de idénticas o similares características, cuando la reparación no sea posible o no resulte razonable según las circunstancias.
c. Entregar un producto de idénticas características o, cuando esto no resulte posible, de similares características, en los supuestos de pérdida o deterioro atribuible al proveedor y siempre que exista interés del consumidor.
d. Cumplir con ejecutar la prestación u obligación asumida; y si esto no resulte posible o no sea razonable, otra de efectos equivalentes, incluyendo prestaciones dinerarias.
e. Cumplir con ejecutar otras prestaciones u obligaciones legales o convencionales a su cargo.
f. Devolver la contraprestación pagada por el consumidor, más los intereses legales correspondientes, cuando la reparación, reposición, o cumplimiento de la prestación

medidas correctivas reparadoras es *resarcir* las consecuencias directas patrimoniales e inmediatas ocasionadas al consumidor a su estado anterior, esta descripción alude en realidad a la voz de daño emergente, esto es, solo una de las al menos cuatro voces de daños que reconoce nuestra legislación junto con el lucro cesante, el daño moral y el daño a la persona (cinco si admitimos a la pérdida de la chance como lo reconoce la doctrina y ha empezado hacer también la jurisprudencia).

En ese sentido, la tutela resarcitoria que ofrece la jurisdicción es mucho más amplia pues en ella se puede reconocer no solo el daño emergente (insertado en las medidas correctivas de la justicia administrativa), sino también el lucro cesante, el daño moral, el daño a la persona y la pérdida de la chance. Ello sin contar con que ante el Poder Judicial también se puede acumular a la pretensión resarcitoria, una o varias pretensiones propias de una tutela específica.

Remarcando el rasgo sancionatorio de la medida correctiva en tanto es aplicada por parte de la administración y su diferencia con la indemnización que concede el Poder Judicial, afirma el profesor Espinoza (2021: 372) que "la línea divisoria entre una medida correctiva y una indemnización en forma específica por daño emergente es bastante tenue y podría confundirse".

Ahora bien, pese a que el numeral 115.7 del código sostenga, reivindicando su especialidad administrativa, que las medidas correctivas reparadoras buscan corregir la conducta infractora y que no tienen naturaleza indemnizatoria, en realidad al considerar que el monto concedido por este concepto se descuenta de la indemnización patrimonial que pueda conceder el Poder Judicial, es claro que sí la tiene y representa una parte de toda la indemnización que corresponda.

Como podemos apreciar, más allá del carácter administrativo y jurisdiccional de uno u otro, el re-

---

u obligación, según sea el caso, no resulte posible o no sea razonable según las circunstancias.

g. En los supuestos de pagos indebidos o en exceso, devolver estos montos, más los intereses correspondientes.
h. Pagar los gastos incurridos por el consumidor para mitigar las consecuencias de la infracción administrativa.
i. Otras medidas reparadoras análogas de efectos equivalentes a las anteriores.

sarcimiento que concede el Indecopi es apenas una parte de todo el resarcimiento que puede conceder el Poder Judicial, por eso, al menos respecto del impacto en la esfera del consumidor, tenemos aquí una relación de género a especie, por lo que en caso el consumidor sufra daños que sobrepasan los alcances de la medida correctiva (daño emergente), podrá siempre reclamar los daños restantes ante el Poder Judicial. La posición que tiene al respecto, el mencionado profesor sanmarquino, es más bien que el Indecopi es un aliado del Poder Judicial, que ambos tienen una relación complementaria y el que se haya establecido así facilita el acceso del consumidor a mecanismos heterónomos de solución de conflictos, abaratando costos y aliviando la carga del Poder Judicial (2021: 375). En perspectiva, tenemos serias dudas de que a la fecha siga siendo así.

En cuanto a la responsabilidad administrativa, no podemos soslayar por su configuración estatal, que ella es establecida principalmente para sancionar pecuniariamente al proveedor luego de la verificación por parte del Indecopi, de la comisión de una infracción prevista en la ley, y, por tanto, para bien o para mal (creemos que más lo segundo), está sujeta a las normas y principios del derecho administrativo. Y es que, luego que se reconociera al derecho de consumo como uno de derecho público, en ejercicio de un sobrevenido *ius imperium*, el Estado dispuso de su aparato administrativo para regular y sancionar a las empresas que no ofrecen sus productos y servicios de manera idónea y de calidad.

Ello resultaría encomiable si no fuera porque la multa o el dinero que se impone pagar al proveedor no va a parar a manos del consumidor afectado, sino que constituye ingresos propios de la entidad, lo que se está empezando a cuestionar (Priori 2024: 439). En ese sentido, si bien la legislación establece que esta responsabilidad se presume y compete al proveedor acreditar un supuesto de ruptura del nexo causal, termina siendo el Estado el que se beneficia más de ese régimen pues tendrá la potestad de efectuar el cobro de las multas que imponga incluso por la vía coactiva, dejando al consumidor solo con la satisfacción acotada y parcial que ofrecen las medidas correctivas reparadoras y complementaria, que, según hemos observado, no representa una tutela integral.

> Artículo 104.- Responsabilidad administrativa del proveedor

> El proveedor es administrativamente responsable por la falta de idoneidad o calidad, el riesgo injustificado o la omisión o defecto de información, o cualquier otra infracción a lo establecido en el presente Código y demás normas complementarias de protección al consumidor, sobre un producto o servicio determinado. El proveedor es exonerado de responsabilidad administrativa si logra acreditar la existencia de una causa objetiva, justificada y no previsible que configure ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de un tercero o de la imprudencia del propio consumidor afectado. En la prestación de servicios, la autoridad administrativa considera, para analizar la idoneidad del servicio, si la prestación asumida por el proveedor es de medios o de resultado, conforme al artículo 18.

En cuanto a la incidencia en la esfera jurídica del consumidor entonces, la medida correctiva de la justicia administrativa solo puede disponer la reparación, reposición o cambio del producto o la nueva ejecución del servicio, así como la devolución total o parcial de lo pagado; mientras que la tutela de la jurisdicción ofrece remedios más completos pues puede conceder resarcimientos, restituciones y pronunciarse sobre el carácter abusivo de las cláusulas del contrato.

A nuestro juicio, la dualidad de tutela antes aludida no representa una adecuada herramienta de justicia del consumidor. El problema es que, con la devenida parcelación del derecho privado y la vocación de especialización de los operadores jurídicos, se asumía prácticamente que, como los procedimientos de denuncia que se siguen ante el Indecopi no pertenecen al derecho civil, no merece por ello mayores reflexiones de los procesalistas y civilistas. Empezamos a advertir, sin embargo, que eso está cambiando.

El asunto parecía zanjado con la complacencia o resignación de los operadores jurídicos. El consumidor, que no entiende de arquitecturas jurídicas, frente a un reclamo que deba formular contra un proveedor, se encuentra condenado a tener que elegir entre una vía u otra. Costear ambas resulta oneroso y desgastante, más aún si se trata de un reclamo de poca cuantía o entidad como lo son en la gran mayoría de los casos, y que de por sí, ya lo desincentiva a reclamar pues formularlo le resultará tal vez mucho más costoso de aquello que espera

recibir si la decisión del tribunal del Indecopi, le es favorable. De este aspecto nos ocuparemos por razones de espacio a fondo en otro trabajo, por ahora queremos llamar la atención de cómo la tutela del consumidor se encuentra partida, y cómo a los operadores jurídicos eso parece no incomodarnos o simplemente nos resignamos.

El profesor Renzo Saavedra[9] expresó en una ocasión que esta situación no debería seguir así, que Indecopi hizo un buen trabajo pero que es hora de que sea el Poder Judicial el único que administre justicia al consumidor. Esto parece poco probable cuando existen más bien muchas voces que postulan que el Indecopi se convierta en un organismo constitucional autónomo (Velásquez 2020: 91-115). Este debate sin embargo no se ha dado seriamente, al contrario, el asunto parece zanjado en favor de la parcelación del derecho de consumo pues, a diferencia por ejemplo de la regulación del nuevo Código Civil y Comercial argentino, los proyectos de código civil y procesal civil no apuestan por una vocación integradora del derecho privado, y solo tiene una vocación timorata, poco más que cosmética.

Jaime Delgado (Ius 360 2022) relata en una entrevista como en su oportunidad, cuando empezaba asomar en nuestro país con fuerza la necesidad de tutela especial del consumidor al tiempo que se propulsaba la creación del Indecopi como entidad encargada de la defensa la competencia y la propiedad intelectual, se optó desde el gobierno de Fujimori (1992), simplemente por conferir la tutela del consumidor a este nuevo órgano pese a que no estaba diseñado a tal fin. El nombre mismo de la institución da cuenta de ello[10].

En perspectiva histórico comparatista, el profesor Leysser León en un reciente trabajo que se ocupa de la competencia entre los ordenamientos del Common law y el Civil law, sugiere la idea de que la creación del Indecopi (en cuanto a la tutela del consumidor) es parte de

9 Opinión expresada en una de las clases de la Maestría de Derecho Civil en la PUCP en 2012.

10 El profesor Leysser León en un reciente trabajo que se ocupa de la competencia entre los ordenamientos del Common law y el Civil law, sugiere la idea de que la creación del Indecopi es parte de la imposición irreflexiva del primero en nuestro país (León 2024: 259 al 267).

la imposición irreflexiva del primero en nuestro país, que fomentó la dispersión del derecho privado. El mismo Jaime Delgado, expone en la entrevista aludida que quizá la historia hubiese sido distinta si al menos la tutela del consumidor se hubiere reservado a un ente autónomo.

Consideramos que la administrativización de la justicia[11] del consumidor en el Perú y la consiguiente dualidad, no ha sido correcta. Es tiempo de reflexionar sobre si, en aras de ofrecer una adecuada, rápida pero también integral tutela, debe optarse por consolidar las competencias del Indecopi y otorgarle facultades jurisdiccionales, como ocurrió por ejemplo en Colombia; o en sentido contrario, extraer de la competencia al Indecopi la facultad de juzgar actos que afecten al consumidor (tutela que según vimos es acotada), para fortalecer la administración de justicia más completa del Poder Judicial, como ocurre en Brasil, Argentina o Chile, en los que sus órganos administrativos son más dinamizadores y propulsores de la tutela, que toman partido por ella, y no se encuentran infectados de esa "neutralidad" propia de la curia, administrativa en este caso, que enfatiza más su vocación sancionatoria y recaudatoria que la tutelar.

La justicia administrativa quiérase o no, se embulle de los derechos y principios del derecho administrativo sancionador que están destinados sobre todo a defender al administrado frente al *ius imperium* del Estado, y en un procedimiento sancionatorio contra un banco por ejemplo, es éste el que termina siendo el administrado tutelado, lo cual ha llevado a extremos tales como tener que repetirse actuaciones solo porque el órgano instructor del Indecopi al momento de imputar las infracciones, comete simples errores formales de tipificación de las conductas. Ello retrasa a niveles inadmisibles la tutela del consumidor y la asemeja en el tiempo a la que éste pudo obtener sin menor carga formal o jurídica, en el Poder Judicial.

La cosa no puede seguir como está, tenemos las dos opciones indicadas, sabemos que ambas requieren reformas legislativas y hasta consti-

11 No solo de la tutela del consumidor, sino también del patrimonio histórico, cultural, medioambiental, de salud como ha advertido Cristian Delgado, para quien, dicha administratización y la falta de especialización de la jurisdicción, además de una deficiente regulación, son obstáculos para una idónea tutela colectiva (**Delgado 2021**).

tucionales, y aunque nos desaliente y frustre la calidad de congresistas que tenemos actualmente, no podemos dejar de tener esperanza de que mejores tiempos soplarán.

Una mirada de lo que pasa en nuestros países vecinos y contrastar sus experiencias con la nuestra, pueden servir como punto de partida, países que, como se apreciará seguidamente, ofrecen una mejor tutela, pues cuentas con mejor desarrollo de la tutela colectiva de intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos, de los daños punitivos, etc.

12. Tutela legal del consumidor bancario en nuestros países vecinos

12.1. Brasil

La experiencia brasileña de la tutela del consumidor bancario es muy destacable, pues es una de las más institucionalizadas y desarrolladas. Para dar cuenta de ella, debemos empezar señalando que los derechos del consumidor no solo fue reconocida expresamente por la Constitución Federal de 1988, sino que además esta carta fundamental inspiró el desarrollo legislativo más potente en la región. Ello se debió a que la conocida también como Constitución Ciudadana fue sancionada luego del proceso democrático tras el fin de una larga dictadura militar (1964-1985), y en medio de un consenso ciudadano (Oliveira 2017).

El Código de Protección del Consumidor de 1990 (CPC), que establece las reglas y principios bajo los cuales se vinculan los consumidores con los proveedores, contempla como autoridad administrativa encargada de su tutela al Departamento Nacional de Protección y Defensa del Consumidor (Procon), organismo público descentralizado bajo la dirección del Ministerio de Justicia y tramita las reclamaciones con facultades para imponer sanciones administrativas (multas, retiro de productos e intervención de establecimientos comerciales) (Banco Central de Brasil 2009).

También en el ámbito de la tutela administrativa y debido a los abundantes reclamos que se formulaban contra los bancos, el Banco Central de Brasil (BCB) emitió la Resolución CMN 2.878/2001 que fue conocida como "Código de Protección de los Clientes de Bancos", con el propósito de establecer reglas de transparencia y equidad (calidad de los servicios, trato justo, reparación y no discriminación) en la relación especializada entre los bancos y sus clientes/usuarios.

Sin embargo, debido a las dudas que se suscitaron fomentada por los bancos sobre la aplicación del Código de Protección del Consumidor a los servicios financieros, finalmente se revocó dicha resolución y quedó establecido que el BCB limitará su función a la supervisión de las cuestiones específicas de los servicios financieros que no estén cubiertas por el referido CPC, mientras que los Procons se ocuparán de todas las demás cuestiones que sí se tratan ahí.

Mención aparte merecen dentro del sistema de tutela administrativa extrajudicial, las Ombudsmen de las instituciones financieras, que fueron diseñadas para que se encarguen de las reclamaciones presentadas por los clientes que no fueron sido resueltas directamente por el banco. A estas agencias se les dotó de recursos y fijó obligaciones relativas no solo a una eficiente y amplia atención del consumidor, sino también de producción de información con miras a una mejora en la regulación, cuya gestión estaba asignada a un director que servía de enlace entre los bancos y el BCB.

En cuanto al cuestionamiento que habían efectuado los bancos a la aplicación del CPC, fueron en especial los servicios financieros los que se reclamaron como inaplicables, aduciendo que a ellos se les aplica solo la ley sectorial bajo regulación del BCB. Los bancos entendían que solo debía aplicarse dicho código a los servicios bancarios, pero no a los financieros.

Esta tesis aislada sin embargo había sido descartada por la doctrina y jurisprudencia brasileña, afirmando que la legislación se aplica a todas las actividades realizadas por instituciones financieras, que afecten directa o indirectamente a los intereses materiales o existenciales de los consumidores (Duarte 2018).

Uno de los primeros casos que recogen los cuestionamientos de los bancos, fue juzgado en el Superior Tribunal de Justicia (STJ) en 1995 y se refería al cobro de una tasa de interés por falta de pago, en el que el Banco de Brasil argumentó que el CDC no podía aplicarse porque se trataba de una relación banco/cliente, no de banco/consumidor, sin embargo, el STJ concluyó que la sujeción del banco al referido código era porque el servicio bancario se prestaba siempre a un consumidor final. Añadió que la protección en este caso es especial incluso porque en las relaciones bancarias está muy extendido el uso de contratos masivos, donde surgen con mayor claridad las desigualdades de fuerza y

vulnerabilidad de los usuarios (Superior Tribunal de Justicia 2015).

Posteriormente en el 2004, el STJ aprobó el precedente 297, reconociendo la aplicación del CDC a las instituciones financieras (Duarte 2018). Antes que este se emita, sin embargo, el 26.12.2001 la Confederación Nacional del Sistema Financiero promovió la acción directa de inconstitucionalidad (ADIN 2591), que fue desestimada por el STJ el 07.06.2006 confirmando que el CDC, sin duda, también regulaba las relaciones entre las instituciones financieras y sus clientes.

La Corte entendió que no había conflicto entre las reglas del sistema financiero y la disciplina del consumo y la protección del consumidor, dado que, según los términos de lo dispuesto en el art. 192 de la Constitución Federal, la exigencia de una ley complementaria se refiere únicamente a la regulación de la estructura del sistema financiero, no abarcando las cargas y obligaciones impuestas por el código de consumo a las instituciones financieras, relativas a la operaciones y servicios bancarios y financieras, que corresponden ser definidos por el derecho común (transparencia, la buena fe y lealtad)[12].

Al margen de esa batalla legal perdida propiciada por los bancos, la doctrina y la jurisprudencia siempre se pronunció por la aplicación del código de consumo a las instituciones financieras (Alvergaria 2006: 19). Una de las principales herramientas de tutela que se concibió para hacer efectivo los derechos consagrados en dicho cuerpo legal, fue sin duda, la "Class Action", pero configurando un modelo propio de acciones colectivas.

Y es que, la Constitución brasileña de 1988 no solo potenció al máximo el papel del Poder Judicial, sino que más allá de reconocer la dimensión colectiva de los derechos fundamentales, creó instituciones para la efectivización de estos derechos, de cuyo influjo se deriva la existencia de un microsistema de defensa del consumidor del que ya hemos tratado, pero especialmente

12 Es ilustrativo de esta batalla de poder, dar cuenta de que, presionado por la banca, en el senado se presentó incluso el Proyecto de Ley 143/06 que tenía por objetivo eludir la reciente decisión del STF sobre la ADIN, pero curiosamente dicho proyecto fue archivado a pedido de su propio autor, seguramente tras la presión de las entidades de protección al consumidor y de la población, dado que "los bancos ofrecen dinero y la población tiene muchos votos para ofrecer" (Duarte 2018).

también, un microsistema procesal para la tutela colectiva, con reglas y principios propios, el mismo que fue consolidado y abarcado por el nuevo Código Procesal Civil de 2015, teniendo este cuerpo legal así como el Código de Defensa del Consumidor de 1990, la función de armonización que plantea los nuevos valores políticos de la sociedad (Didier y Zaneti 2019: 70-75).

Así, el Art. 81 del Código de Defensa del Consumidor estableció por primera vez en Latinoamérica, los conceptos de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos[13]. El Título III de este código junto con la reformada precursora Ley de Acción Civil Pública de 1985 (LACP), fue considerado por Antonio Gidi como el "Código de Proceso Civil Colectivo" (En Didier y Zaneti 2019: 77)[14].

Lo resaltante de esta tutela colectiva es que el Art. 83 del CDC consagra el principio de atipicidad de la demanda colectiva al establecer que para proteger los derechos e intereses del consumidor son admisibles todo tipo de demandas que sean capaces de proporcionar su adecuada y efectiva protección, con lo cual es posible de plantear una tutela condenatoria, declarativa o constitutivas, según lo requiera el caso. Es decir, no solo se limita a la petición judicial del cumplimiento de la obligación del proveedor, sino también a los daños, sin perjuicio de la multa administrativa. Asimismo, el juez puede conceder cualquier medida necesaria, como registro, incautación, traslado de cosas y personas, deshacer un trabajo, impedir actividades nocivas, además de solicitar la fuerza policial.

13 Código de Defensa del Consumidor:
Art. 81. La defensa de los intereses y derechos de los consumidores y de las víctimas podrá ejercerse judicialmente de forma individual o colectiva.
La defensa colectiva se ejercerá cuando se trate de: I. Intereses o derechos difusos, entendidos como tales, para los efectos de este código, transindividuales, de carácter indivisible, detentados por personas indeterminadas y vinculados por circunstancias de hecho; II. Intereses o derechos colectivos, entendidos como tales, para los efectos de este código, transindividuales, de carácter indivisible, detentados por un grupo, categoría o clase de personas vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica básica; III. Intereses o derechos individuales homogéneos, entendidos como los que surgen de origen común.

14 El microsistema procesal colectivo está compuesto también según el texto citado, por la Ley de Acción Popular y en forma accesoria por la Ley de Improbidad Administrativa, la Ley del mandato de Seguridad y otras leyes independientes. Este microsistema fue reconocido también por la jurisprudencia del STJ en 2004 y otras.

En cuanto a nuestro objeto de estudio, es importante dar cuenta de la inclusión del Art. 104-A producida con la Ley N° 14.181 de 2021, que regula la demanda del consumidor individual sobreendeudado, para obtener judicialmente la renegociación de la deuda (no aplica a créditos hipotecarios, inmobiliarios ni rurales).

Asimismo, marcado distancia de la *class action* norteamericana considerada patrimonialista por Edilson Vitorelli (2024: 67-90) en la medida que es promovida por bufetes de abogados y asociaciones privadas que financian con recursos propios o captados respectivamente las causas colectivas y se benefician al final de ellas, el Código de Defensa del Consumidor de Brasil contempla una legitimidad más institucionalizada al facultar su presentación no solo al consumidor, sino también al Ministerio Público, órgano del Estado destinado a la tutela del interés público dotado de recursos y fiscales especiales para ello. También ciertamente tienen legitimidad para presentar demandas colectivas, otras entidades públicas, así como las asociaciones legítimamente constituidas con por lo menos 1 año de existencia. En estos procesos se permite que cualquiera de las víctimas intervenga y que entre a acreditar el valor de sus daños en la etapa de liquidación.

Habíamos dicho antes que ya algunos países habían superado el umbral de la culpa y reconocido al riesgo como criterio de imputación. Uno de ellos es Brasil, en el que se considera que la actividad que realizan es naturalmente riesgosa, ya que involucra la disponibilidad y liquidez de recursos financieros de los consumidores, con la posibilidad de causarles daños a ellos y a terceros. Por tanto, la responsabilidad civil objetiva corresponde a las instituciones bancarias, por el riesgo de la actividad realizada. El daño entonces que se desprende ella, participa de los riesgos empresariales: "Quien habitualmente disfruta de las bonificaciones de una determinada actividad debe responder de los riesgos que ésta ocasiona, aunque sea sin culpa" (Chaves 2022: 1018).

Es bajo el entendimiento de que se trata de riesgos propios de la actividad bancaria, que se reconoce que los bancos en la búsqueda de medir sus ganancias deben asegurar que para obtenerlas no se puedan afectar los bienes protegidos de terceros, en ese sentido tienen el deber de actuar con seguridad. No hacerlo, trae consigo que el producto sea defectuoso, de conformidad con el

artículo 14, §1 del Código de Protección al Consumidor.

Es importante subrayar además que las exclusiones de responsabilidad del proveedor, previstas en el artículo 14, §3 del CDC, que son un hecho exclusivo de la víctima y un hecho exclusivo de un tercero, sólo eximen de responsabilidad en las operaciones bancarias, "si están absolutamente disociadas de conductas omisivas, comprometedoras o de información que sea responsabilidad del banco" (Soares 2022: 413).

En cuanto a la jurisprudencia, el STJ emitió la Sentencia 479, que prevé la responsabilidad objetiva de los bancos por los daños generados como consecuencia de caso fortuito interno o fraude en las operaciones bancarias. En este caso, se impuso la carga al banco en tanto es él quien tiene el control de todas las operaciones que involucran el uso de tecnologías en línea y, por lo tanto, debía observar la calidad y seguridad de sus servicios, además de ofrecer la información que resulte de ellos, con la responsabilidad de anticiparse a los problemas y tomar las medidas preventivas correspondientes. El banco así fue considerado responsable, porque las compras realizadas con la tarjeta estaban completamente fuera de los estándares de consumo del cliente y, por tanto, se reconoció la falla en el sistema de seguridad del banco (Marília de Avila 2023).

En cuanto a los daños punitivos, debemos señalar que, si bien la legislación brasileña no los reconoce expresamente, sin embargo, estos se encuentran claramente presentes en el sistema de justicia civil brasileño y en la doctrina mediante el instituto del daño moral colectivo. Tanto así que, que incluso cuando en el año 2002 en el parlamento se intentó incluir los daños punitivos en la reforma al Código Civil brasileño, el proyecto nunca fue sometido a votación (Fortes 2022).

Tal reconocimiento del daño moral colectivo proviene del texto del artículo 6, número VI, del Código de Defensa del Consumidor brasileño que establece la efectiva prevención y compensación del daño individual, colectivo, y del daño material y moral difuso. Adicionalmente, ya la Ley de Acción Civil Pública planteaba la posibilidad de reconocer daño moral por medio de acciones colectivas, resultante entre otros casos, de infracciones masivas en el ámbito del derecho del consumidor.

En un breve recuento de la doctrina brasileña, Fortes (2022)

recoge que Bittar Filho considera al daño moral colectivo como el daño injusto a la esfera moral de una comunidad o la violación ilegal de ciertos valores colectivos. Por su parte André Ramos considera que dicho daño resulta de infracciones colectivas contrarias a derecho que justifican la aplicación de compensación extrapatrimonial a la sociedad; mientras que Hugo Mazzilli concibe al daño moral colectivo como una colección de los daños individuales, recordatorio de la función punitiva de la litigación colectiva y su carácter extrapatrimonial. Finalmente, Fredie Didier Junior y Hermes Zanetti Junior destacan, además, que su sanción, combina reprensión, compensación y pedagogía.

En lo que respecta a las acciones colectivas contra los bancos, Oliveira y Schlang (2020) resaltan que en la medida que estos proveedores tienen millones de clientes, el Poder Judicial está sobrecargado de demandas repetitivas de los consumidores contra ellos, lo que demuestra la ineficacia de tratar los casos de forma aislada, así como de no dar una respuesta eficaz a los abusos. En ese sentido, mientras no se discuta el carácter punitivo-pedagógico que se aplicará contra los bancos, seguirán impunes frente a lucrativos ilícitos.

Dado que las relaciones jurídicas que se establecen con los bancos están vinculadas al sistema de producción en masa, por esta razón afirma Rizzato Nunes, la defensa de los intereses colectivos y difusos es una de las bases del Código de Protección al Consumidor, y se les debe privilegiar (En Oliveira y Schlang 2020).

12.2. Argentina

La tutela legal especial del consumidor en la Argentina fue configurada con la sanción de la Ley 24.240 en el 1993 (Ley de Defensa del Consumidor de 1993) y surgió gracias al activismo de una corriente muy activa de prestigiosos juristas con una fuerte corriente de opinión que reclamaba de una norma de alcance general, alcanzada luego del consenso de las fuerzas políticas en el parlamento" (Chamatrópulos 2008).

Lo resaltante de esta especial tutela, que es común a todas las legislaciones consumeristas, es que rompe el paradigma de que el contrato es ley entre las partes, y se reconoce la superioridad profesional del proveedor y la asimetría con que actúa en el mercado y en las relaciones de consumo, desempañando en tal

escenario los contratos de adhesión una importante función. Así, la Ley 24.240 establece la inaplicabilidad de cláusulas abusivas predispuestas en tales contratos por el proveedor, considera nulas aquellas que limitan los derechos del consumidor, que amplían los derechos del proveedor, que limitan su responsabilidad por daños o que invierten la carga de la prueba en su beneficio.

Pese a que la referida ley no mencionaba a los negocios tradicionalmente bancarios en su artículo 1, para Lorenzetti (2003: 16) si los incluía, a partir de estimar que el derecho del consumidor es un microsistema autorreferente, por lo que el vocablo *servicio* abarcaba también al servicio financiero. Menciona además que la jurisprudencia se había inclinado tempranamente por aplicarla a los contratos bancarios[15]. Gerscovich (2003: 97) advertía también que los tribunales argentinos, frente a los problemas suscitados en el ámbito del derecho bancario especial, resolvían de manera pragmática, aplicando el derecho común y el derecho tuitivo de los consumidores.

En cuanto a la justicia del consumidor, esta ley contempla un fuero administrativo a cargo de la autoridad nacional de aplicación adscrita al Ministerio de Economía y Producción (y local en caso de Buenos Aires y sus provincias) que tiene facultades de conciliatorias, instructivas y sancionatorias cuyas multas no son en beneficio del consumidor sino del Estado. Asimismo, y con carácter simultáneo subsiste el fuero judicial de siempre a cargo de juzgados contenciosos, los cuales pueden revisar las sanciones judicializadas por los proveedores, y principalmente otorgar ya no solo resarcimientos, sino, además, con la promulgación de la Ley 26.361 (2008), conceder daños punitivos, todo ello a través del procedimiento más abreviado que rija en la jurisdicción, en una evidente búsqueda de celeridad procesal.

Asimismo, la Ley 24.240 (1993) consolidada con la reforma de la Ley 26.361 (2008), faculta a las asociaciones de consumidores a presentar demandas en representación de los consumidores, a realizar reclamos, audiencias conciliatorias

15 Orlando Muiño cita la jurisprudencia del 11 de mayo de 2011 en la que se indica que los bancos y demás entidades financieras están comprendidos en las normas de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 en tanto empresas profesionales dedicadas a la prestación del servicio financiero a consumidores finales (Muiño 2011: 4).

y actividades de educación e información de los derechos de los consumidores. Del mismo modo, con la Ley 26.361 (2008), se reconoció las acciones colectivas en el ámbito del consumidor.

El entendimiento de parte de la doctrina y la jurisprudencia de que la ley del consumidor se aplicaba también a las actividades financieras se consolidó en el año 2014 con la modificación del Art. 36 de la referida Ley 24.240 por parte de la Ley 26.993. En su redacción original la referida disposición reservaba al Banco Central de Reserva de la República Argentina (BCRA) la adopción de las medidas en las relaciones entre los bancos y sus clientes, sin embargo, con la modificación se incorporó de manera directa en este texto consumeril, reglas destinadas a la tutela del consumidor financiero y se dispuso que dicha entidad estatal debía encargarse de hacer cumplir tales reglas. Así, el BCRA abandonó su rol de "tercero ajeno" a la relación que vincula al proveedor financiero con el cliente-usuario, para adoptar un rol protagónico, estableciendo reglas de conducta imperativas en su Texto Ordenado sobre Protección de Usuarios de Servicios Financieros (2013 en adelante), que van en la línea de la tutela fijada en la Ley 24.240.

Este esquema de tutela especial pro-consumidor no se vio alterado por la regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994 de 2014) del contrato bancario y el resguardo de los intereses económicos de los consumidores financieros, pues su Art. 1094 dispone que, en caso de duda sobre la interpretación de este código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor; con lo cual el principio del *indubio pro consumidor* que ya recogía el Art. 3 de la Ley 24.240, se consolida como uno imperante en todo el derecho argentino. Cabe añadir que el aludido código reguló también en su Art. 1714 a los daños punitivos, consolidando la presencia de esta figura en el derecho argentino.

Este marco normativo, que naturalmente parte de la Constitución Argentina de 1994 que consagra en su seno la tutela del consumidor es reconocido por la doctrina como un nuevo orden normativo que permite un mejor diálogo de fuentes en lugar del viejo sistema de derogación por especialidad, temporalidad o rango, esto es, un nuevo orden donde prima la armonización o coordinación entre las leyes integrantes del ordenamiento. Así las cosas, el Juez debe aplicar la ley, decreto, reglamento, que mejor

se adecúe a la tutela constitucional y convencional del sujeto afectado ajustándose al principio *pro homine* que persiga la tutela del débil, y apreciando los valores de creatividad, flexibilidad, pluralismo y aprendizaje permanente (Alvarez y Rodriguez 2020: 9).

Finalmente, culminamos la mirada a la regulación de tutela del consumidor en Argentina dando cuenta del progreso en su sistematización, operado a través de la no tan reciente publicación de Código Procesal para la Justicia en las Relaciones de Consumo de la ciudad de Buenos Aires (Ley 6407 del 2021), que recoge los avances antes referidos.

Como corolario del estado de la cuestión en Argentina, debemos señalar que la jurisprudencia ha sido copiosa en fallos que protegen al consumidor bancario frente a los diversos riesgos que se presentan en su actividad, uno de los cuales es el phishing. En uno reciente del 27 de marzo de este año, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul (Coronel Miguel Ángel c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires)[16], con base a la doctrina y jurisprudencia imperante, condenó al banco a la devolución de los fondos afectados y al pago de daños morales y punitivos.

Este interesante fallo condensa los avances de la tutela del consumidor financiero, pues reconoce la responsabilidad profesional agravada del banco como experto en la actividad, alude a los riesgos que se presenten en ella como generadores de una actividad riesgosa más aun en entornos de contratación digital en el que se adiciona a la vulnerabilidad natural del consumidor, la provocada por las nuevas tecnologías inescrutables para él que el banco le impone para la prestación de sus servicios; da cuenta de la insuficiencia de la información bancaria respecto de la gravitación de los riesgos y la prevalencia de la tutela de la confianza del consumidor y; analiza la *lex artis* en el juicio de responsabilidad, esto es, la regulación financiera sobre riesgos operativos que es compatibilizada con los criterios y reglas de la responsabilidad civil. Por sus virtudes pedagógicas nos permitimos reproducir sus partes principales:

16 Extraído de: https://aldiaargentina-microjuris-com.cdn.ampproject.org/c/s/aldiaargentina.microjuris.com/2024/04/19/fallos-consumidores-hipervulnerables-responsabilidad-del-banco-por-el-delito-de-phishing-del-que-fuera-victima-el-cliente-en-su-condicion-de-consumidor-hipervulnerable-por-ser-un-adulto-mayor/amp/

"(…) corresponde adentrarnos en el novedoso concepto de vulnerabilidad agravada por el carácter digital de la relación de consumo… determinado por el escaso o nulo nivel de conocimientos sobre las tecnologías digitales y convergentes, que obstaculiza la interactuación con éstas y su aprovechamiento, pero al mismo tiempo acrecienta el riesgo de ser víctima de los peligros que implica… se estima que todo 'usuario digital' sería un hipervulnerable per se con fundamento en doble debilidad estructural: la de su condición de consumidor y la del contexto digital en que se mueve. Esto último, en tanto la contratación digital entraña un hecho técnico insuperable y predeterminado por el proveedor. Esto implica un verdadero cambio de paradigma del propio concepto… Por otra parte, si bien el apelante dice que el actor no se encontraba obligado a realizar operaciones bancarias por medio del cajero automático o mediante la utilización de banca internet provincia (BIP) encontrándose habilitada la utilización de la línea de cajas, es lo cierto que no resulta elegible pertenecer o no pertenecer o tener o no tener habilitados los sistemas de banca digitales. Esto es que el actor de autos no podía elegir ser solo usuario del banco mediante atención personal, el banco lo expuso obligatoriamente a la situación de usuario digital (…)

(…) Por otra parte, más allá de la obligación de seguridad antes expuesta, es lo cierto, tal como coincide la doctrina y jurisprudencia… la contratación por medios electrónicos puede ser calificada como una actividad riesgosa en los términos del art. 1757 del Cód. Civ. y Com. De esta forma, el Banco Central de la República Argentina, en su calidad de autoridad de aplicación de los servicios financieros, a través del Informe sobre Protección de las Personas Usuarias de Servicios Financieros, enuncia y refiere a numerosos riesgos que afectan la actividad bancaria. Así, por ejemplo, con relación a las normas sobre 'Sistema Nacional de Pagos – Transferencias' en su punto 5.1.2.se establece que las entidades financieras pueden aplicar bajo su responsabilidad el diferimiento, rechazo o reversión de débitos y/o créditos como medidas adicionales a las

medidas de seguridad que hayan adoptado de acuerdo con los perfiles de sus clientes, las características de sus cuentas, los movimientos que efectúen normalmente y otros criterios… la posibilidad de tomar recaudos especiales, de manera previa a la efectivización de una transferencia, con el fin de minimizar el riesgo.

En el mismo sentido dispone la regulación vinculada con los 'Requisitos Mínimos de Gestión, Implementación y Control de los Riesgos Relacionados con la Tecnología Informática, Sistemas de Información y Recursos Asociados para las Entidades Financieras', Comunicación 'A' 7370, donde también se hace referencia a los riesgos que dicha actividad provocan. De esta forma, considerando que las plataformas han sido introducidas unilateralmente por el proveedor, imponiendo su utilización al consumidor, sujeto vulnerable, se justifica que el riesgo generado sea asumido por la entidad bancaria.

(…) que las recomendaciones y los tips de seguridad informados por el banco en su página web así como las medidas de seguridad que pudo haber implementado para evitar este tipo de situaciones resultaron insuficientes e ineficientes a fin de otorgar seguridad y fiabilidad en el uso de sus servicios; que la ausencia de conocimientos tecnológicos y/o la falta de habitualidad en el manejo de la tecnología ofrecida permite calificar a los clientes digitales como consumidores hipervulnerables; que las entidades bancarias incentivan el uso de sus servicios online generando confianza en los usuarios en torno a las operaciones que se celebran por su intermedio; que tal expectativa de seguridad es fuente de obligaciones y que debe ser, por tanto, protegida; que la obligación de seguridad instituida en el artículo 42 de la Constitución y reglada en el artículo 5° de la ley 24240 implica que los proveedores deben garantizar que las operaciones que se realicen por medio de plataformas, aplicaciones, dispositivos o canales de atención -toda vez que son quienes los diseñan, organizan y controlan- sean seguras, previniendo riesgos para los derechos e intereses de los consumidores… En efecto, la condición de profesional de la actividad le impone

el deber de adoptar las medidas necesarias para neutralizar amenazas o daños efectivos, disminuir su magnitud o no agravarlos (art. 1710 del CCyC).

(…) Si bien 'en incontables situaciones los proveedores bancarios esgrimen -de manera canallesca- la culpa del consumidor como eximente de la responsabilidad que les cabe en casos de estafas producidas en los entornos digitales', la conducta torpe, ingenua, poco advertida u hasta imprudente del consumidor resulta insuficiente para asignarle virtualidad eximente, liberando a quien podía y debía neutralizar la situación de riesgo para ese consumidor ignorante e inexperto. Cabe señalar que en muchos casos será un déficit de información o advertencia -imputable al proveedor el que determine el error o descuido del consumidor; cuando no sea, la lisa y llana inobservancia de la obligación de seguridad – legalmente impuesta- la causa adecuada del daño padecido por éste.

(…) La Comunicación 'A' 7319 del 1° de julio de 2021 dictada por el BCRA confirma que fue necesario imponer medidas reforzadas a fin de un adecuado resguardo de los derechos de los usuarios de los servicios bancarios, lo que se refleja en la 'incorporación de un requisito técnico operativo' a los ya existentes en materia de 'gestión, implementación y control de los riesgos relacionados con la tecnología informática, sistemas de información y recursos asociados', aplicable 'con carácter obligatorio' a 'todas las operaciones de créditos preaprobados'…. Asimismo, se deberá constatar previamente a través del resultado del proceso de monitoreo y control, como mínimo, que los puntos de contacto indicados por el usuario de servicios financieros no hayan sido modificados recientemente. Una vez verificada la identidad de la persona usuaria, la entidad deberá comunicarle -a través de todos los puntos de contacto disponibles- que el crédito se encuentra aprobado y que, de no mediar objeciones, el monto será acreditado en su cuenta a partir de las 48 horas hábiles siguientes… Disponer con carácter obligatorio la aplicación del requisito técnico-operativo… sobre todas las operaciones de créditos preaprobados realizadas a través de todos los canales electrónicos disponibles.

(…) la entidad bancaria no contó con los resortes de seguridad necesarios para advertir que la solicitud de un préstamo y las inmediatas transferencias no resultaban una conducta habitual del actor.- Su cuenta solo era utilizada para percibir su jubilación y las asignaciones pertinentes, más no era un usuario asiduo de la banca internet.- El banco demandado expuso al actor a la situación que vengo analizando, es que en ningún momento se da la opción de no pertenecer al sistema digital, ello se impone de modo tal que quien lo impone debe responder por las deficiencias del servicio (…) Ha expresado la jurisprudencia, en forma conteste, que la contratación electrónica, con todos sus beneficios, conlleva también riesgos que, en principio, deben caer sobre el banco, que no solo es el creador del sistema, sino también quien lo administra en términos que debe garantizar a los usuarios seguridad de las transacciones que se efectivizan en tal marco (…)"

12.3. Colombia

De Colombia, partiendo de su Constitución de 1991 que consagró la protección al consumidor frente a las asimetrías informativas y le reconoció mecanismos adecuados de consumo en condiciones de seguridad y calidad, podemos afirmar que tiene también un sistema de tutela del consumidor financiero, el mismo que tiene entre sus principales cuerpos normativos especiales a la Ley 1328 de 2009 por **la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. Esta norma recoge los** principios de la debida diligencia, la transparencia, la información cierta, suficiente y oportuna, la responsabilidad en el trámite de requerimientos de los consumidores y la educación al consumidor financieros; todos ellos destinados a promover equilibrio en las relaciones y evitar las cláusulas abusivas.

A diferencia de lo que ocurre en Argentina y en nuestro país, al sancionarse la Ley 1480 (2011) que aprueba el Estatuto del Consumidor, queda claro en sus Art. 2 y 45 que la tutela que este cuerpo normativo ofrece no alcanza al consumidor financiero (al menos en forma directa) y ello es así porque la industria financiera es considerada como un sector regulado especial, al que en todo caso se aplicará el aludido estatuto de manera suple-

toria. Esta orientación se adoptó principalmente dada "la clara desigualdad económica existente entre los consumidores financieros y sus contrapartes, explicada al albor de la teoría de los Contratos de Adhesión o Masivos, acuerdos en los que no hay lugar a la negociación de las disposiciones convencionales que atan a las partes, sino que el extremo más débil de la relación se limita a aceptar las predispuestas por el extremo económicamente fuerte" (Betancourt 2014: 141-166).

Para dotar de la herramienta de justicia que haga efectiva esa tutela especial por fuera del estatuto del consumidor, su Art. 57, con la habilitación que le ofrecía el Art. 166 de la Constitución colombiana, confirió facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Financiera Colombiana (SFC).

Se resalta la prevalencia de este régimen especial de tutela, a partir de considerar que la naturaleza de los servicios ofrecidos por las entidades financieras vigiladas por la SFC no se corresponden con los productos o servicios defectuosos concebidos en el Estatuto del Consumidor (aquel que amenaza la salud, la vida o la integridad del consumidor), sino que aquellos constituyen "operaciones legalmente autorizadas que se instrumentan en un contrato celebrado con el cliente o que tienen origen en la ley. Se entiende por servicios aquellas actividades conexas al desarrollo de las correspondientes operaciones y que se suministran a los consumidores financieros" (art. 2 Ley 1328 de 2009).

Puesta en manos entonces de una autoridad administrativa la tutela jurisdiccional (Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia), quedó establecida claramente la existencia de un régimen especial de responsabilidad bancaria, que se reconoce bajo los estandartes de debida diligencia y profesionalismo.

Es importante destacar que ya la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia había establecido desde 1936 que a las entidades financieras se les podría aplicar el régimen de responsabilidad objetiva con fundamento en la teoría del riesgo creado, lo que fue consolidado después encontrándose en vigor el Código de Comercio de 1971, en que, con base en su art. 1391, otra jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia estableció que la atribución de responsabilidad del banco deriva del riesgo inherente a la actividad financiera, en virtud de la cual es la entidad que desarrolla la actividad empresarial a la que co-

rresponde asumir las contingencias o riesgos que acarrea su operación.

Posteriormente, la misma Corte matizando el rigor de la objetividad, estableció una inversión de la carga de la prueba a favor del consumidor financiero, tratándose del reembolso de la suma de dinero depositadas en depósitos bancarios de cuenta corriente o de cuenta de ahorro. Se considera aquí que la institución financiera al obtener un provecho económico del uso de instrumentos electrónicos, especialmente en lo relacionado con canales de pago, y al generar un potencial riesgos por dicha situación frente a los consumidores financieros, debe contar con un régimen de responsabilidad especial, fuera de los lineamientos generales de la responsabilidad civil basada en la culpa probada.

Este postulado fue desarrollado en Colombia por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia SC18614-2016 de 2016), la cual determinó que, en materia de fraudes electrónicos, debe aplicarse a la institución bancaria un régimen de responsabilidad civil especial:

> "Atendiendo la naturaleza de la actividad [...], el interés público que en ella existe; el profesionalismo exigido a la entidad y el provecho que de sus operaciones obtiene, los riesgos de pérdida por transacciones electrónicas corren por su cuenta, y por tanto, deben asumir las consecuencias derivadas de la materialización de esos riesgos a través de reparar los perjuicios causados [...]. Desde luego que, consumada la defraudación, el banco para exonerarse de responsabilidad debe probar que esta ocurrió por culpa del cuentahabiente o de sus dependientes[...], pues amén de que es este quien tiene el control de mecanismo que le permiten hacer seguimiento informático a las operaciones a través de controles implantados en los softwares especializados con los que cuentan, la culpa incumbe demostrarla a quien la alegue (art. 835 Const.)" (Betancourt 2014).

Lo resaltante del modelo colombiano, es que a diferencia de lo que ocurre en otros países de dualidad tutela como el nuestro (que enfatiza más la tutela administrativa) y Argentina (de mayor peso jurisdiccional), en donde coexisten tribunales judiciales y administrativos con ciertas atribuciones pero sin facultades jurisdiccionales, en Colombia, con base a su modelo de constitución, sí se ha conferido

tales facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Financiera Colombiana (SFC), con lo cual la tutela que puede ofrecer al consumido bancario parece más completa.

12.4. Chile

Pese a que, en la aún vigente Constitución Política chilena de 1980, no se reconoce de manera directa y expresa la tutela del consumidor, veremos a continuación como este país tiene una sólida construcción legislativa que ha conferido al Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), creada en el año 1990, un rol protagónico.

Con la promulgación en 1997 de la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, el SERNAC recibió la atribución no solo de difundir los derechos y deberes del consumidor, sino también la de velar por su cumplimiento, además de un rol de mediador en los conflictos de consumo.

En el ámbito que nos convoca, es importante señalar que la Ley 19.496 no contiene una tutela especial del consumidor financiero, recogiendo solo en su interior reglas sobre los créditos de consumo otorgados por los proveedores. Sin embargo, la relevancia del servicio financiero y el alto carácter conflictivo en su relación con la gran masa de consumidores propició que en 2012 se promulgara la Ley 20.555, apodada SERNAC FINANCIERO, por la que se fortalecieron los derechos del consumidor financiero y se dieron más facultades a esta entidad estatal.[17]

Se puede decir entonces que hasta antes que se emita esta Ley 20.555, el consumidor financiero no tenía una regulación especial que lo amparara. Luego de ella, el SERNAC se fortaleció e inició una dinámica que incluía varias acciones colectivas exitosas en beneficio de los consumidores financieros. En efecto, se facultaba al SERNAC interponer demandas colectivas, solicitar la aplicación de multas y cese de la conducta, obtener indemnizaciones, las nulidades de las cláusulas abusivas y el cumplimiento forzado a los bancos; además claro la facultad de gestionar los reclamos ante ellos y realizar estudios e investigaciones. Lo que nunca tuvo el SERNAC, y eso significa una diferencia por ejemplo respecto de nuestro INDECOPI, es la facultad de san-

17 Portal del Servicio Nacional del Consumidor, https://www.sernac.cl/portal/617/w3-channel.html

cionar a los bancos infractores por el incumplimiento de las normas de protección al consumidor.

Esta tutela especial a nuestro entender es más completa pues de un lado cuenta con un órgano administrativo fuerte que se encarga de proteger a los consumidores y canalizar sus intereses individuales y colectivos a nivel judicial, y del otro un fuero judicial habilitado no solo para disponer de la aplicación de multas, sino también los resarcimientos y ceses de los actos antijurídicos de los bancos.

Este modelo tuitivo del consumidor se consolidó al emitirse la Ley 21.081 (2019) a través de la cual se otorga al SERNAC las facultades de fiscalización a las entidades financieras sobre la base de un plan anual basado en riesgos, contando con amplias facultades de solicitud de antecedentes, llevar a cabo incautaciones, citación obligatoria a los representantes legales, administradores, asesores y dependientes de las entidades sometidas a su fiscalización. Asimismo, con esta modificación el SERNAC podía llevar adelante procedimientos voluntarios colectivos y solicitar ante el fuero judicial además de los anunciados conceptos de multas e indemnización, los daños punitivos y "daño moral" en beneficio de todos los consumidores afectados.

El camino de tutela del consumidor bancario en nuestro vecino del sur no queda ahí, sino que ha emitido una serie de normas que complementan la tutela, resaltando entre ellas la Ley 21.234 Ley de Fraudes (2020) que representa un gran paso en la tutela en nuestro continente pues no solo invierte la carga de la prueba a favor del consumidor financiero cuando se presenta un supuesto de fraude sino que además ordena que el banco deba restituir los fondos perdidos en breves plazos al consumidor, de modo que si el banco estima que la responsabilidad en el fraude fue del consumidor pues tiene que probarlo a nivel judicial.

13. Conclusiones

La responsabilidad agravada del banco por su profesionalidad es cuestión pacífica en la doctrina. La diligencia que le exigible es la de un profesional experto que, en función de su elevada especializada, debe guardar objetiva y subjetivamente la diligencia que comporta los riesgos derivados de actividad empresarial. En consecuencia, deberán juzgarse con mayor severidad sus errores. Ya no basta el mero esfuerzo, se requiere que tales esfuerzos sean idóneos,

adecuados, eficientes y conducentes conforme a la *lex artis*.

La actividad bancaria forma parte de lo que se considera como un "sistema experto", en el que el consumidor, que desconoce los detalles de su funcionamiento y se limita a realizar actos parciales del mismo, confía. Este sistema experto bancario crea una apariencia de seguridad que genera confianza. El consumidor suple el déficit informativo de tal sistema con la confianza, que se convierte en su equivalente funcional. De ella se genera la expectativa que orienta el comportamiento y guía las decisiones del consumidor. Por eso esa confianza debe ser tutelada.

El banco se encuentra mejor ubicado para identificar el riesgo de daños, gestionarlos y trasladarlos a los precios de sus servicios. Su condición de experto lo lleva a asumir los costos de precaución e incorporarlos al mercado a través de sus precios, es decir llevar a cabo lo que se denomina proceso de socialización de los costos de los daños (Franzoni) o colectivización de las pérdidas (Alpa).

La gestión de riesgos en la actividad bancaria es una obligación legal incorporada al juicio de su diligencia profesional. La verificación de la omisión o cumplimiento inadecuado de esta obligación tiene la aptitud de fundar un caso de responsabilidad civil, no como criterio de imputación objetivo, sino como parte del juicio gobernado por la culpa, un juicio ciertamente más empoderado, con más capacidad y fuerza de actuación para procurar la condena de responsabilidad al banco. En este orden de ideas, el contenido del deber de diligencia impuesto a estas empresas financieras está integrado por los postulados de la llamada *lex artis*, de donde se desprende, entre otras cosas, la obligación de gestionar los riesgos de crédito y operacionales (incluye la ciberseguridad).

La regulación de la gestión de los riesgos bancarios de la disciplina financiera debe ser reconfigurado en beneficio del consumidor. Su conocimiento y adaptación nos ofrece una oportunidad de ampliar nuestra perspectiva y realizar la tarea de *repensamiento* del Derecho Civil que nos propone De Trazegnies, abrir sus ventanas y dialogar con el resto de la sociedad, a fin de que se aproxime a la realidad de su tiempo con los instrumentos de las otras ciencias sociales. Tomar en cuenta estos conceptos de la gestión de riesgos para la determinación de la responsabilidad civil de los ban-

cos es una manifestación concreta de esa visión estratégica eficiente de *repensamiento*, del conocimiento del "conjunto de la realidad" a la que el derecho debe adaptarse.

En nuestro país, la responsabilidad bancaria por los daños que se presenten en el desarrollo de su actividad, en tanto proveedora solo de servicios financieros, es subjetiva, con lo cual le son aplicables las reglas del Código Civil, y como la gran mayoría de las relaciones de consumo que entabla son de naturaleza contractual, las reglas que deben aplicarse son las de la responsabilidad contractual. Mientras nuestra legislación, la jurisprudencia y la doctrina, no considere que la bancaria es una actividad riesgosa capaz de fundar una responsabilidad objetiva, la culpa gobernará la responsabilidad bancaria. Ello no impide, sin embargo, que se introduzcan criterios que la objetiven, o que el riesgo tenga un perfil distinto al de criterio de imputación objetiva y sea visto ahora como un elemento a tomar en cuenta en el juicio de responsabilidad subjetiva.

Desde la perspectiva del consumidor, el resarcimiento que bajo el rótulo de medidas correctivas concede el Indecopi no representa una tutela integral sino apenas una parte de todo el resarcimiento que puede conceder el Poder Judicial, al punto que, en caso el consumidor padeciera daños que sobrepasan los alcances de la medida correctiva concedida por el Indecopi (daño emergente), podrá siempre reclamar los daños restantes ante el Poder Judicial. Esta dualidad, sin embargo, genera un problema de tutela porque el consumidor, que no entiende de arquitecturas jurídicas, frente a un reclamo que deba formular contra un proveedor, se encuentra condenado a tener que elegir entre una vía u otra, pues costear ambas resulta oneroso y desgastante, más aún si se trata de reclamos de poca cuantía como lo son en la gran mayoría de los casos.

Es tiempo de reflexionar sobre si, en aras de ofrecer una adecuada, rápida pero también integral tutela, debe optarse por consolidar las competencias del Indecopi y otorgarle facultades jurisdiccionales, como ocurrió por ejemplo en Colombia; o en sentido contrario, extraer de la competencia al Indecopi la facultad de juzgar actos que afecten al consumidor para consolidar la administración de justicia más completa del Poder Judicial, como ocurre en Brasil, Argentina o Chile, en los que sus órganos administrativos son más dinamizadores y

propulsores de la tutela, que toman partido por ella, y no se encuentran infectados de esa "neutralidad" propia de la curia, administrativa en este caso, que enfatiza más su vocación sancionatoria y recaudatoria que la tutelar.

Una mirada de lo que pasa en nuestros países vecinos y contrastar sus experiencias, nos pueden servir como punto de partida, países que, ofrecen una mejor tutela, pues cuentan con mejor desarrollo de la tutela supraindividual (intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos), los daños punitivos, la responsabilidad por riesgo, la inversión de carga de la prueba, la conexidad contractual, etc.

14. Referencias bibliográficas

Alpa, Guido

2004 *Derecho del consumidor*. Traducción a cura de Juan Espinoza. Lima: Gaceta Jurídica.

2001 *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones*. Traducción a cura de Juan Espinoza. Lima: Gaceta Jurídica.

Alterini, Atilio A.

1994 "Responsabilidad objetiva derivada de la generación de confianza" en *Themis* N° 27 y 28, Lima.

Alvarez Larrondo, Federico y Rodriguez, Gonzalo

2020 "Régimen de regulación de contratos con usuarios y consumidores", en *Derechos de los consumidores y empresas en las relaciones con las instituciones bancarias*, Erreius, Buenos Aires.

Alvergaria Costa, María.

2006 *As institucoes financeiras e a sua efetiva responsabilidade na ordem socioeconómico.* Tesis para obtener el grado de Magister en Derecho de la Empresa. Nova Lima. Facultad de Derecho Milton Campos.

Anelli, Franco

2003 "La responsabilidad resarcitoria de la banca por ilícitos cometidos en el otorgamiento de crédito". En: *Derecho bancario y financiero moderno. Principios generales. Mercados. Contratos. Responsabilidad. Insolvencia.* Buenos Aires: Ad-hoc S.R.L. Villela Editor.

Aramburo Calle, Maximiliano.

2008 "Responsabilidad civil y riesgo en Colombia: apuntes para el desarrollo de la teoría del riesgo en el siglo XXI", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 38, N° 108.

Banco Central de Brasil

2009 *La banca sin sucursales y la protección del consumidor en Brasil*, Extraído de:

https://www.cgap.org/sites/default/files/CGAP-Branchless-Banking-and-Consumer-Protection-in-Brazil-Dec-2009-Spanish.pdf

Bergel, Yolanda

2012 El caso Lehman Brothers en la jurisprudencia española. Alcance de la responsabilidad de las entidades bancarias y de las empresas de servicios de inversión, RDBB N° 128. Extraído de:

https://e-archivo.uc3m.es/rest/api/core/bitstreams/255c5add-d8a4-47b0-9528-4467b23fb7ad/content

Baena Cárdenas, Luis.

2013 *Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Betancourt Cardona, Guillermo.

2014 "Funciones jurisdiccionales de la Superintendencia financiera de Colombia: análisis desde la regulación de protección al consumidor", en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, N° 12. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 141-166. Extraído de:

https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3997/4396

Biagosch, Zenón.

2007 "El camino hacia Basilea II". En: *Riesgo Operacional CEO Argentina*. Extraído de:

http://www.riesgooperacional.com/docs/14%20%20CEO_RiesgoOperacional02.

Castilla, Manuel

2015 Gobierno De Las Fundaciones Bancarias y Estabilidad del Sistema Financiero, en https://www.marcialpons.es/libros/gobierno-de-las-fundaciones-bancarias-y-estabilidad-del-sistema-financiero/9788490452868/

Campos Bermudez, José Antonio

2018 *"La responsabilidad civil de los bancos por la indebida gestión de los riesgos típicos de su actividad. Daños en las compras financiadas en planos y en las operaciones por internet (phishing)*", Instituto Pacífico, Lima.

Chamatrópulos, Pablo

2008 *Defensa del consumidor en Argentina: contextualización histórica, legislación e instituciones públicas y sociales*. Extraído de:

https://library.fes.de/pdf-files/bueros/chile/05455.pdf

Chaves De Farias, Cristiano, Rosenvald, Nelson y Braga Felipe Peixoto.

2022 *Curso de Direito Civil: Responsabilidade civil*. 9 ed. atual. e amp. São Paulo: Editora Jus Podvim, pp.1018 e 1019.

D'amico, Giovanni

2015 Contribución a la Teoría de la Responsabilidad Contractual. Lima: Legales Instituto.

De Avila E Silva Sampaio, Marília

2023 *Responsabilidade civil das instituições financeiras nas fraudes eletrônicas.* Extraído de:

https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2023/responsabilidade-civil-das-instituicoes-financeiras-nas-fraudes-eletronicas.

De Trazegnies, Fernando

2004 "El Código Civil de 1984: ¿Vejez prematura o prematura declaración de vejez? Reflexiones a propósito del papel del contrato en la construcción de un orden social libre", *Themis*, Lima, Nº 49.

1991 "El Derecho Civil ante la Post-Modernidad", *Derecho*. Lima, Nº 45.

Delgado Suarez, Christian

2021 "Sombras y luces de la tutela colectiva en el proceso civil peruano", en Sérgio Cruz Arenhart y Marco Félix Jobim (Organizadores) *Processos Estruturais*, 3era edição, revista, actualizada e ampliada, Editora JusPodivm.

Delgado Zegarra, Jaime,

2022 *Origen y desarrollo del Derecho del Consumidor en el Perú*, entrevista de Ius 360, 26 de agosto de Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=qdDlcZ7igHA

Didier, Fredie Jr. y Zaneti, Hermes Jr.

2019 *Proceso Colectivo. Tutela procesal de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, Palestra 2019, pp. 70-75.

Duarte, Danny Moreira.

2018 *La Aplicación del Código de Protección al Consumidor a las Instituciones Financieras, Acción Directa de Inconstitucionalidad 2591*. Jusbrasil 2018. Extraído de:

https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-aplicacao-do-codi-

go-de-defesa-do-consumidor-as-instituicoes-financeiras/584711001#_ftn1.

Espinoza Espinoza, Juan

2021 *Derecho de los Consumidores*. Tercera Edición, Lima: Instituto Pacífico.

2012 *Derecho de los consumidores*. Segunda Edición. Lima: Editorial Rodhas.

2007 *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Quinta Edición. Lima: Gaceta Jurídica.

Fernandez Cruz, Gastón

2004 "El deber accesorio de diligencia y la responsabilidad derivada del incumplimiento en las relaciones obligatorias". En: *Negocio jurídico y responsabilidad civil*. Estudios en Memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova, Lima: Grijley.

1997 "Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual: la división de sistemas y la previsibilidad". En: *Derecho Civil Patrimonial*, Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Fortes, Pedro Rubim Borges

2022 "La experiencia brasileña con el daño moral colectivo: una reflexión comparada para una audiencia latinoamericana", en *Latin american legal studies*, Vol.10, N°1, Santiago. Extraído de:

https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-91122022000100058#fn56

Franzoni, Massimo

2009 "La evolución de la Responsabilidad a partir del análisis de sus funciones". En: *Responsabilidad Civil Contemporánea*, Lima: Ara Editores.

Fukuyama, Francis.

1996 Confianza, (Trus): las virtudes sociales y la capacidad de generar prosperidad, Atlántida, Buenos Aires.

Gerscovich, Carlos Gustavo y otros

2003 "Marcos del derecho bancario y financiero". En: *Derecho bancario y financiero moderno. Principios generales. Mercados. Contratos. Responsabilidad. Insolvencia.* Buenos Aires: Ad-hoc S.R.L. Villela Editor.

Giddens, Anthony.

1994 *Consecuencias de la modernidad*. Madrid: Alianza.

Gonzales Briceño, Álvaro

2000 "Responsabilidad civil y administrativa por el ejercicio de

la función de intermediación financiera". *Revista de Derecho Privado*. Bogotá: Universidad de los Andes, Nº 24

IUS TEL. Diario del Derecho.

2013 Se decreta la responsabilidad de la entidad bancaria que ejecutó la orden de devolución recibida de la Tesorería de la Seguridad Social de las pensiones abonadas al beneficiario. Extraído de;

https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1115793).

Jimenez Rodriguez, Enrique y José Martín Martín.

2005 "El nuevo acuerdo de Basilea y la gestión del riesgo operacional", *Universia Businee Review*.

Leon Hilario, Leysser

2024 "Common law vs. Civil law. La competencia entre ordenamientos jurídicos. ¡Réplica crítica (y amistosa) al profesor Escobar Rosas!, Foro Jurídico.

2017 *La Responsabilidad Civil. Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas*. Lima: Instituto Pacífico, tercera edición corregida y aumentada.

Lorenzetti, Ricardo

2003 *Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.

2001 *Derecho contractual. Nuevas formas contractuales.* Lima: Palestra.

2000 "La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza". *Revista de Direito do Consumidor*, Sao Pablo, Nº 350, Revista dos Tribunais.

Manrique Nieto, Carlos

2007 "La moderna concepción de la Buena Fe Objetiva como regla universal para los contratos", *Revista de Derecho Privado*, Universidad de Los Andes, N° 38.

Mariño Lopez, Andrés.

2004 *Responsabilidad por utilización indebida de Tarjetas de Crédito*, Buenos Aires: Lexis Nexis.

Martí Martí, Joaquín.

2009 *La responsabilidad civil del Abogado, del Procurador y de sus sociedades profesionales,* Barcelona: Bosch Editor.

Martinez Medrano, Gabriel.

2005 "Responsabilidad Civil de las Entidades Financieras por la Generación, Difusión, y Mantenimiento de Información Crediticia Errónea", *Revista de*

Derecho Informático, Alfa–Redi. N° 80.

Merino Acuña, Roger

2016 *Justicia social y economía en la Teoría del Derecho. Las intersecciones entre el Derecho, la Economía y la Política*. Lima: Palestra.

Monateri, Pier Giuseppe

2004 "Reformulando la noción de Contrato: Hacia una visión antagónica del Contrato", *Themis*, Lima, Año 49.

Muiño, Orlando.

2011 "Actividad bancaria y derecho del consumidor", *Revista In Iure*, La Rioja, Año 1, Vol. 2.

Oliveira, Guilherme

2017 *30 años de la Constitución Ciudadana*, de la Agencia Senado. Senado Federal. 05.10.2017 Extraído de:

https://www12.senado.leg.br/noticias/infograficos/2017/10/30-anos-da-constituicao-cidada

Oliveira Lima, Hiann y Schlang Alves, Sérgio Emílio

2020 La responsabilidad civil de los bancos en las relaciones de consumo: carácter punitivo y pedagógico de las indemnizaciones y compensaciones. Extraído de: http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/2649/1/TC-CHIANNLIMA.pdf

Ordoqui Castilla, Gustavo

2014 *Abuso de Derecho. En Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Lima: Legales Ediciones.

Pérez Ramírez, J. y Calvo González-Vallinas

2007 *Instrumentos financieros: Análisis y valoración con una perspectiva bancaria y de información financiera internacional*. Pirámide, Madrid.

Priori Posada, Giovanni.

2024 "Los desafíos de la tutela colectiva en el Perú", en *Los procesos colectivos en debate*, Palestra Editores, Lima 2024, p. 439 y sgtes.

Rodriguez Norberto y Claudio Corbetta

2007 "La administración del riesgo operacional. Más allá del requerimiento regulatorio", CEO Argentina. Responsabilidad Social Corporativa. Año 3. Edición Especial.

Roppo, Vincenzo.

2024 ¿Una parte general o dos partes generales?, Revista de Dere-

cho Privado, Universidad Externado de Colombia, Nº 46.

Schiesaro, Diego Angelo

2016 "El contrato asimétrico", traducción de Ricardo Geldres, *Actualidad Civil*, Lima, N° 22.

SERNAC

2024 Servicio Nacional del Consumidor

https://www.sernac.cl/portal/617/w3-channel.html

Shina, Fernando.

2024 ¡Pero…, el contrato paritario también es un método de prestar el consentimiento¡, Rubinzal-Culzoni, RC D 415/2024. Extraído del portal de LinkedIn del autor.

Soares, Flaviana Rampazzo

2022 Dever de cuidado e responsabilidade das instituições financeiras. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. Iberc. Foco, p. 413.

Superior Tribunal de Justicia,

2015 *El STJ y los 25 años del Código de Protección al Consumidor*. Extraído de:

https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2015/2015-03-15_08-00_O-STJ-e-os-25-anos-do-Codigo-de-Defesa-do-Consumidor.aspx.

Velásquez, Raffo

2020 El Indecopi como organismo constitucional autónomo: razones sobre el proyecto de modificación constitucional, *Themis*, N° 78, julio-diciembre. pp. 91-115.

Vitorelli, Edilson

2024 "El proceso colectivo y el rol del Ministerio Público: pasado, presente y futuro", en *Los procesos colectivos en debate*, pp. 67-90.

Weingarten, Clelia

2020 *El principio de confianza en el código civil y comercial*, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires.

Zunzunegui, Fernando

2013 "Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos", *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, Madrid.

Año II, N.° 2
Noviembre 2024
ISSN: 2961-2853

La equidad y sus alcances en la responsabilidad extracontractual en materia contencioso-administrativa en el caso colombiano*

Equity and its scope in extracontractual liability in contentious-administrative matters in the Colombian case

Hector Frannsiny Ramos Arteaga (Colombia)**

Sumario

1. Introducción. 2. La equidad y la reparación de daños. 3. El concepto de equidad en la justicia contencioso-administrativa en Colombia. 4. El reconocimiento y liquidación de los perjuicios orientado en el principio de equidad. 4.1. Reconocimiento y liquidación de los perjuicios inmateriales, en la modalidad de perjuicios morales en equidad. 4.2. Reconocimiento y liquidación de los perjuicios inmateriales, en la modalidad de perjuicios por afectación de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. 4.3. Reconocimiento y liquidación de los perjuicios inmateriales, en la modalidad de perjuicios por daño a la salud. 4.4. Reconocimiento y liquidación de los perjuicios materiales- 5. Conclusiones. 6. Referencias bibliográficas.

Resumen

Con el presente trabajo buscamos realizar un estudio de la eficacia de la equidad como principio de derecho de daños, considerando sus alcances en la responsabilidad extracontractual administrativa en la búsqueda de la justicia del caso concreto. Lo anterior reviste gran importancia, ya que es una tarea indispensable de la jurisprudencia y la doctrina nacional e internacional, buscar fundamentos más justos, quizá novedosos e integradores, que permitan reparar integralmente los daños.

* Ramos Arteaga, H. (2024). La equidad y sus alcances en la responsabilidad extracontractual en materia contencioso-administrativo en el caso colombiano. Revista especializada en Responsabilidad Civil (2), 107-141.

** Abogado, Máster en Derecho con énfasis en Responsabilidad Contractual y Extracontractual Civil y del Estado de la Universidad Externado (Colombia), Máster en Derecho de Daños de la Universidad de Girona (España) y Maestrando en Razonamiento Probatorio de la Universidad de Girona (España). Docente universitario. Correo electrónico: h_ramos76@hotmail.com.

Abordaremos el tema de la equidad y la reparación de daños realizando un estudio de las reparaciones que se han dado en la aplicación del principio de equidad en el Consejo de Estado colombiano máximo juez de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Aquí nos detendremos en la aplicación del principio de la equidad frente a la indemnización de los daños que se reconocen en esa jurisdicción.

Finalmente, estudiaremos el tema de los límites del principio de equidad al momento de reparación de daños generado por los límites de las cuantías indemnizatorias, por la aplicación de baremos y precedentes jurisprudenciales en la valoración de daños. Descendiendo al caso colombiano frente a los límites indemnizatorios en la reparación de daños.

Palabras clave: Equidad, jurisdicción contencioso-administrativa, daños, reparación integral, indemnización, justicia.

Abstract

With the present work we seek to carry out a study of the effectiveness of the equity as a principle of damage law, considering its scope in administrative extracontractual liability in the search for the justice of the specific case. The above is of great importance, since It is an indispensable task of jurisprudence and national doctrine and international, look for fairer foundations, perhaps innovative and integrative, that allow the damage to be fully repaired.

We will address the issue of equity and reparation of damages by carrying out a study of the reparations that have occurred in the application of the principle of equity in the Colombian Council of State highest judge of the Contentious-Administrative Jurisdiction. Here we will stop at the application of the principle of equity against the compensation of damages that are recognized in that jurisdiction.

Finally, we will study the issue of the limits of the principle of equity at the time of repair of damage generated by the limits of the compensation amounts, due to the application of scales and precedents jurisprudence in the assessment of damages. Going down to the Colombian case against the compensation limits in the repair of damages.

Keywords: *Equity, contentious administrative jurisdiction, damages, comprehensive reparation, compensation, justice*

1. Introducción

Toda lesión de una persona en su integridad (ya sea corporal, social, espiritual, sentimental y material), sin que exista un fundamento jurídico para soportarla, impone restituir al afectado a la misma situación en que se encontraba antes del hecho dañoso, buscando eliminar de la mejor forma las consecuencias de lo acontecido o de compensar a la víctima mediante un equivalente pecuniario.

Una adecuada reparación busca considerar de forma concreta y efectiva los perjuicios reclamados y reconducirlos a sumas objetivas, tal ejercicio genera diversos inconvenientes, ya que cuando una persona sufre un daño y reclama sus perjuicios judicialmente se presentan muchas dificultades para lograr una indemnización plena, puesto que los intereses afectados a veces son inestimables y de esta forma se plantea una especie de contradicción de la regla de reparación total y su eficacia práctica.

Igualmente, la reparación de una víctima encuentra tropiezos por la aplicación de distintos criterios utilizados para reparar un daño, ya sea en las distintas jurisdicciones e incluso en una misma jurisdicción y en especial porque se dejan de lado múltiples opciones de reparación. Esa diversidad de criterios usados para fijar el monto de estos perjuicios y una jurisprudencia disímil de las altas cortes en cuanto a la reparación de daños lleva a la víctima a un abandono a la suerte del criterio que tenga el fallador del caso en dicho momento.

Tal dificultad indemnizatoria en muchas ocasiones es producida por la falta de aplicación de criterios auxiliares o principios de gran alcance como la equidad que, al ser tenidos en cuenta al momento de reparar, permiten lograr una verdadera reparación integral de la víctima. La verdadera justicia en un caso concreto solo podrá darse con la aplicación de principios como la equidad que orientan y suponen el fundamento indispensable al momento de fijar indemnizaciones.

En este contexto donde es latente la necesidad de una decisión justa y correcta en la valoración de los daños, analizaremos si existe una aplicación efectiva de la equidad como principio general de valoración de daños conforme el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 al momento de indemnizar perjuicios en la jurisdicción contencioso administrativa colombiana. Veremos si en tal jurisdicción hay una aplicación eficaz de la equidad para

llegar a una reparación integral y si tal principio tiene limitantes en su aplicación.

2. La equidad y la reparación de daños

El intérprete al aplicar la ley a un caso concreto debe buscar el valor del resultado y preferir aquél que conduzca a una solución racional y justa. "De los posibles pensamientos contenidos en la ley ha de elegirse aquél por el cual tenga el significado más racional, más provechoso y el que manifieste la más bienhechora eficacia"[1].

De esta forma el juez al analizar el litigio con el fin de lograr la aplicación justa de la norma es necesario que investigue el significado intrínseco de la misma, esto es, que no se limite a la pura letra de la ley, sino que capte y entienda su espíritu. Hay que advertir que el significado propio de la norma es a menudo superior a la intención de los individuos que la formularon. La aplicación puramente mecánica, desnaturalizaría al Derecho, genera consigo las consecuencias más absurdas; lo cual fue ya advertido por los romanos con las palabras: 'summun ius, summa iniuria, por esto se hace imperioso el uso de la equidad al momento de la decisión judicial (Del Vecchio, 2011, p.78.).

En el derecho de daños el daño causado debe ser totalmente indemnizado, pues de no ser así la lesión persistirá, por lo tanto, para cumplir con la obligación jurídica de reparar se deberá dar valor a los daños causados en su dimensión real. Esta tarea parece simple, pero en la práctica presenta graves problemas (Henao Pérez, 1998, p.76.) pues hay situaciones determinadas donde el fallador tendrá diferentes obstáculos para determinar el monto de ciertos perjuicios (Ramos Acevedo, 2004, p.62). No todos los daños son sencillos de reparar patrimonialmente y en especial los daños a la persona que requieren para su reconocimiento que se les asigne un valor por medio de una ficción jurídica para compensar en cierta medida a la victima de los hechos desafortunados.

Acudir a la equidad permite lograr la verdadera justicia para un caso concreto (Ibidem), generando que se busque en el litigio una re-

1 Son expresiones de los tratadistas alemanes Enneccerus, Stammler y Kohler, según refirió el Consejo de Estado, Sala Plena. Sentencia de 22 de Mayo de 1979. Expedientes No. 433/432 acumulados. Magistrado ponente: Aydee Anzola Linares. Pág. 4.

paración real y cierta de los perjuicios acontecidos, que va más allá de la definición o el criterio del daño causado, porque puede acaparar los cambios y avances sociales, jurídicos, estatales y científicos en las formas de reparación. Por esto la equidad en la reparación de daños ha sido en una herramienta eficaz usada a lo largo de la historia y en los distintos ordenamientos jurídicos (Pérez Rivas, 2005, p. 260). Un fallo basado en el principio de equidad buscará las formas que más se ajusten para tratar de restituir a la víctima, indemnizando el perjuicio de la forma más justa[2].

Bajo este principio, las decisiones judiciales deben acoger todas las medidas de reparación y compensación para las situaciones concretas o particulares de los perjudicados, escudriñando todos los tipos de paliativos que se encuentren a mano para reparar a las víctimas según las circunstancias que les rodeen y con la debida protección de sus derechos, como sucede en mayor o menor medida, en ciertos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en la Corte de Suprema de Justicia y el Consejo de Estado en Colombia.

3. El concepto de equidad en la justicia contencioso-administrativa en Colombia

Conforme a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, la valoración de los daños irrogados a las personas y a las cosas, dentro de cualquier proceso resarcitorio que se surta ante la administración de justicia, debe atender a los principios de reparación integral y de equidad. Esto significa que, en los procesos donde se juzgue la responsabilidad patrimonial del Estado, el juez de lo contencioso administrativo deberá verificar las potestades y facultades con las que cuenta para lograr el resarcimiento pleno del perjuicio y el restablecimiento de los derechos conculcados. Y cuando surja la necesidad de ir más allá de las reglas y los marcos legales, surge la equidad, para encontrar una decisión que se ocupe particularmente de un asun-

2 Como en el caso de un paciente al que se le realizó una transfusión con sangre contaminada, estableciendo el estado de invalidez de la víctima, el Consejo de Estado condenó a las entidades por concepto de lucro cesante futuro a realizar pagos mensuales desde el momento en que se profirió el fallo hasta el día de la muerte de la víctima. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2004. Expediente No. 18273. Magistrado Ponente Alier Hernández Enríquez.

to cuyas especiales características imponen un tratamiento diferente. La equidad se opone a tratar a todos por igual, ya que busca corregir las falencias propias del igualitarismo y de una aplicación mecánica del derecho.

En nuestra Constitución Política el artículo 229 señaló "el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia". De otro lado, el artículo 29 de nuestra Carta señala la forma como ese derecho se ejerce, mediante un debido proceso, el cual se aplica a "toda clase de actuaciones judiciales y administrativas".

Las reglas concretas y detalladas de cada proceso y la manera en la que los jueces deben ejercer su función de impartir justicia se encuentran regladas en los estatutos adjetivos de cada especialidad del derecho, pero esas reglas concretas y detalladas acerca de cómo el juez debe impartir justicia no se encuentran en nuestra Constitución. Nuestro artículo 230 constitucional se limita a declarar que "los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley", y en su inciso segundo establece que "la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial".

Frente a las pruebas en el proceso nuestra carta fundamental consagró el derecho de toda persona "a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra" en el artículo 29 de la Constitución. Y agrega que es "nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso". Es claro que nuestra Constitución Política no establece cómo se debe llegar por el juzgador a la convicción suficiente para dictar sentencia, únicamente lo somete "al imperio de la ley", amén de señalar otros criterios de carácter auxiliar.

También es cierto que nuestra Constitución posibilitó la administración de justicia consultando únicamente la equidad en el caso de los conciliadores o árbitros (inciso 4 art. 116) y con los jueces de paz (art. 247). En los demás casos la equidad en Colombia debe ser considerada con carácter de criterio auxiliar de la actividad judicial (art. 230 C.P.) ya que es la ley la fuente formal e independiente del juez, cuya producción y contenido se sujeta a la Constitución.

Como criterio auxiliar la equidad se expresa como la necesidad de aplicar al sistema normativo unos criterios axiológicos y racionales capaces de establecer cuándo se vuelve injusto en el caso particular

el precepto legal de carácter general, abstracto e impersonal que tiene un presupuesto de justicia como elemento ontológico de su existencia; por ello resultará imperioso tratar el caso individualmente considerado, de manera diferente a la generalidad para la cual se encontraba destinada la disposición normativa; esto es, corresponderá a la equidad una función derogatoria o correctiva de la ley, por vía de la inaplicación o flexibilización, respectivamente, de la norma general (Barreto Ardila, 1994, p. 58).

Una decisión en equidad supone el examen y ponderación de las circunstancias peculiares del caso específico, con el propósito de enmendar las falencias derivadas de la aplicación general de una disposición legal (Barreto Ardila, 2012, p. 101-118); sobre el particular precisó Aristóteles:

> Cuando la ley hablare en general y sucediere algo en una circunstancia fuera de lo general, se procederá rectamente corrigiendo la omisión en aquella parte en que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos, porque si el legislador mismo estuviera ahí presente, así lo habría declarado, y de haberlo sabido, así lo habría legislado (Aristóteles,1987, p. 127).

Igualmente se señaló: "Lo equitativo y lo justo es lo mismo y siendo ambos buenos la única diferencia es que lo primero es mejor aún porque lo equitativo siendo justo, no es lo justo legal, sino una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal" (Ibidem).

La equidad en la decisión judicial no se trata de la ausencia de normatividad aplicable al caso concreto objeto de estudio, sino de crear derecho por vía de adoptar una decisión excepcional y especial, más allá del texto legal, para solucionar la situación que por sus características propias resultaría con un tratamiento injusto si se aplicara la norma general. Cuando se resuelve en equidad, más allá de lo justo legal o normativo de orden general se rectifica la ley para conseguir lo justo en el caso particular. La justicia pretendida en un proceso judicial no es más que la tutela efectiva de los derechos fundamentales de las personas de acuerdo con la Carta Política.

La equidad se establece en un mecanismo vital que brinda a los funcionarios un marco de referencia más amplio que el legal, a cuyo imperio se encuentran sujetas sus

providencias, a efecto de que las decisiones puedan corregir en el caso particular la ley de orden general, ya que formalmente la equidad fue reconocida en el artículo 230 constitucional como un criterio auxiliar de la actividad judicial.

Al aplicar la equidad en la actividad judicial supone el logro de la justicia (protección efectiva de derechos fundamentales) en el ámbito particular e individual dentro de una situación excepcional, especial y particular. Es de advertir que no puede invocarse cualquier circunstancia exceptiva para inaplicar preceptos o corregir alcances legales fundándose en la equidad. Realizar una excepción a la aplicación general de la ley por fuera de la equidad, constituye posiblemente una arbitrariedad.

Como el tema de la reparación integral internacional y nacionalmente emergió de los temas de relevancia últimos años para el Derecho Internacional como para nuestro derecho interno, con el fin de reparar de manera integral los casos de vulneraciones de derechos humanos, el juez de lo contencioso administrativo asumió una posición dinámica frente a las nuevas exigencias que le trazaba el ordenamiento jurídico interno, así como el internacional; toda vez que la protección de los derechos humanos se convirtió en un aspecto de regulación positiva que ha desbordado las barreras que, tradicionalmente, habían sido fijadas por los Estados en su defensa acérrima del principio de soberanía nacional.

Es claro que la regulación internacional, que reconoce y regula derechos humanos –a nivel normativo e interpretativo–, prevalece frente al sistema interno, pero el juez de lo contencioso-administrativo legal y jurisprudencialmente fue dotado de diversas herramientas e instrumentos dirigidos a asegurar la reparación integral derivada del quebrantamiento de derechos humanos con miras al resarcimiento del perjuicio.

Como el ordenamiento jurídico interno tiene que armonizarse con el internacional, para el caso colombiano, en virtud del artículo 93 de la Constitución, se debe acoger los preceptos implementados en el ordenamiento jurídico internacional por medio del bloque de constitucionalidad. El Estado colombiano es parte de la CADH (1969) y a su vez, ratificó la competencia contenciosa de la Corte IDH a través de la ley 16 de 1973, por lo cual debe aplicar las pautas dadas por este tribunal internacional con la finalidad de no incumplir con sus obligaciones internacionales.

En este panorama, que quería dotar al derecho interno de herramientas para reparar integralmente los casos referentes a violaciones de derechos humanos, surgió la ley 446 de 1998. Normativa que dispuso que la valoración de daños de las personas y las cosas atendería los principios de reparación integral y equidad, no limitándose esta exigencia, solo a los asuntos de violaciones de derechos humanos, sino estableciendo ese parámetro para cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia en Colombia.

De esta forma ley 446 de 1998, en su artículo 16 señaló: "Dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas atenderá a los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales".

Para el derecho administrativo en el caso de responsabilidad extracontractual, la importancia de equidad se centra únicamente en los criterios para cuantificar la indemnización judicial, no a partir de la decisión en equidad, sino con base en lo aportado y demostrado en el proceso, esto es, en una decisión derecho, que busca desde la equidad una reparación justa, integral y equitativa.

Al ser la equidad un criterio auxiliar de la actividad judicial (art. 230 C.P.) y un principio de reparación de daños según el artículo 16 de ley 446 de 1998 dentro de la responsabilidad extracontractual civil y administrativa, implica que bajo su amparo los jueces deban escudriñar los mecanismos y medios adecuados para alcanzar el restablecimiento de los derechos afectados de las víctimas, con todos los medios a su alcance, porque la realidad del caso supone muchas veces dificultades de valoración en los daños que escapan a la teoría y las previsiones de ley o el legislador y es ahí donde el juez será la respuesta del derecho para el caso particular (Ahumada Ramos, 2004, p. 197-198).

4. El reconocimiento y liquidación de los perjuicios orientado en el principio de equidad

Una vez acreditado el daño con ocasión de la responsabilidad extracontractual estatal, se procederá establecer las indemnizaciones según corresponda y se establecerá los daños particulares ocasionados a la víctima y su valoración reparatoria. Como expresa la doctrina:

> Solo si la prueba ha formado la convicción del juez sobre la exis-

> tencia del daño individualizado respecto al interés afectado; solamente en este supuesto nace para el juez el deber en justicia de efectuar la liquidación de tal daño. Es decir, solo cuando se ha realizado esta condición debe el juez condenar al responsable al resarcimiento, efectuando la liquidación del daño resarcible; nace en tal supuesto la exigencia de la liquidación judicial, en base a la prueba o cuando falta, mediante los criterios de equidad aplicados por el juez (De Cupis, 1975, p. 549-550).

La aplicación del principio de equidad, como principio orientador del Derecho de Daños no puede hacerse equiparable a un fallo sin pruebas, por el contrario, basado en la realidad procesal se resolverá las responsabilidades del caso y las condenas que corresponda. Según la verdad del proceso y lo consignado en la sentencia se sentará los precedentes de una condena de daños en equidad y, en consecuencia, si es del caso se flexibilizará el estándar probatorio para la valoración de daños (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de marzo de 2011. Expediente No. 05001-23-24-000-1995-00476-01 (20294). Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero)

Una decisión basada en la valoración de daños en equidad no es una decisión ajena al derecho, ni arbitraria, ni desconocedora del proceso, por el contrario, una decisión en equidad expondrá claramente las razones en se sustenta. Será una decisión motivada, fundamentada en las serias razones que justifican lo decidido, es decir, que responden al por qué de la decisión. No existe motivación de una decisión cuando no existen razones expresas que la justifiquen.

La jurisprudencia del Consejo de Estado la Sección Tercera, ha reiterado lo siguiente:

> Por el contrario, la posibilidad de acudir al principio de la valoración de daños en equidad exige del juez de la responsabilidad, una ponderación del daño sobre bases objetivas y ciertas, que han de aparecer acreditadas en la instancia y que, fundamentan el poder o facultad discrecional que a él asiste, para completar las deficiencias o dificultades de orden probatorio, sobre la específica materia del quantum indemnizatorio.
>
> La Sala subraya que, el principio de valoración en equidad

> supone y exige que el elemento daño antijurídico aparezca debidamente acreditado en cuanto a su ocurrencia y existencia, quedando reducida la aplicación del principio a la exclusiva determinación del quantum, cuando por razones varias, sea difícil su acreditamiento y, todo lo cual, con el propósito fundamental, de concretar una indemnización acorde y razonable, habida consideración del evento dañino, posibilitando de esta manera la efectividad del principio informador de nuestro ordenamiento de la indemnizabilidad del daño antijurídico (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 12 de Abril de 1999. Expediente No. 11344. Magistrado Ponente: Daniel Suárez Hernández).

La relación entre una decisión en equidad y la justificación o su motivación es incuestionable. Una providencia de este tipo, sin argumento pertinente y suficiente, deviene automáticamente en arbitrariedad, pero hacer uso de este principio y reconocer daños bajo este supuesto con las previsiones debidas no genera ningún atropello, por el contrario, busca evitar que se produzcan desafueros en la particularidad de cada caso. Aunque estos razonamientos no deben acudir a normas positivas precisamente para adquirir validez, su corrección sí radica en el equilibrio que logren aplicar a los intereses en disputa, en el caso de la responsabilidad del Estado, la enmienda que se aplique sobre daño antijurídico debidamente probado.

De lo anterior se desprende que, una vez comprobada fehacientemente la existencia del daño antijurídico[3] –se destaca–, para fijar el quantum de la indemnización debe analizarse el caso concreto a la luz del principio de equidad. Y, siempre que esto suceda de manera razonable, proporcionada, así como suficientemente sustentada, ha de tomarse en cuenta la prueba circunstancial y a ella deben sumarse, si es el caso, los indicios y

3 La necesidad de probar de manera fehaciente la existencia del daño antijurídico para proceder a la indemnización integral fue destacada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de marzo de 2009. Expediente No. 500012331000199904688 01 (17994). Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero.

las presunciones en la medida "que de [su aplicación] pueda inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos" (CIDH Caso de la "Panela Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala, sentencia del 8 de marzo de 1998 (Fondo), párrafo 70). Todo lo anterior bajo estricta consideración de los principios de buena fe, favor debilis y efectividad de la indemnización integral.

Siendo relevante la importancia de la valoración de daños en equidad en la jurisdicción contencioso-administrativa, analizaremos el reconocimiento y liquidación de perjuicios realizado por el Consejo de Estado con fundamento en este principio, basándonos en los daños actualmente reconocidos y aceptados por la jurisprudencia, donde veremos su evolución y situación.

4.1. Reconocimiento y liquidación de los perjuicios inmateriales, en la modalidad de perjuicios morales en equidad

Para el Consejo de Estado colombiano: "el concepto de perjuicio moral se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Radicación No. 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251). Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

Desde la teoría del derecho de daños, desde tiempo atrás el principio de equidad de la mano con el arbitrio juris, han sido empleados, para solucionar problemas al momento de la liquidación del perjuicio moral debido a la imposibilidad que existe al momento de definir el grado de afectación interior que produce el daño antijurídico (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 7 de marzo de 2002. Expediente No. 25000-23-26-000-2001-0612-01 (20807). Magistrado Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros).

Sobre el particular, el Consejo de Estado en la sentencia del 17 de noviembre de 1967, señaló:

> El espíritu de la geometría no se puede llevar al derecho.
>
> Casos como el que se estudia son los que más alcanzan a relievar que un prurito de exactitud numérica puede resultar lo más reñido con la justicia. Suele

> ocurrir que los rigorismos pseudo-jurídicos conduzcan a las más flagrantes violaciones de la equidad, y a que se desconozca el derecho por pretender trabajar con el espíritu propio de las ciencias exactas en un campo donde no existen ni fórmulas algebraicas, ni instrumento de precisión, ni máquinas que proporcionen la imagen fiel de las verdades jurídicas. Es lo que expresa el antiguo adagio al decir que exagerar el derecho es producir injusticia, y lo que significa hoy al afirmar que con el espíritu de la geometría no puede trabajar el que administra justicia (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Expediente No. 414. Sentencia del 17 de noviembre de 1967)[4].

Antes de 2001 la Alta Corporación fijaba el monto de perjuicios morales en una suma basa en gramos oro, por esto se buscó una pauta más estable de poder adquisitivo y revaluar la antigua pauta teniendo en cuenta la equidad:

> Por otra parte, no puede perderse de vista el principio de equidad, también previsto en la norma transcrita para ser tenido en cuenta en la labor de valoración del daño. Su importancia resulta mayor cuando se trata de la indemnización de un perjuicio que, por la naturaleza de este, no puede ser restitutoria ni reparadora, sino simplemente compensatoria. En efecto, la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia. Se impone al juez, entonces, el ejercicio de una cierta discrecionalidad, que, sin embargo, debe encontrarse suficientemente razonada y fundada en las probanzas que, en el proceso, obren sobre la existencia del perjuicio y su intensidad (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de fecha 6 de septiembre de 2001. Radicación: 13.232-15.646.

4 En similar sentido, se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 17 de junio de 1938, en la que se discurrió así: "La ley no dice cuál es el criterio adoptable para tales justiprecios, de donde se infiere que en esta labor es indispensable acudir a las reglas generales del derecho, y admitir que el juez está dotado de alguna relativa libertad para llegar a conclusiones que consulten la equidad, siendo, como es, irrealizable a todas luces una justicia de exactitud matemática".

Magistrado Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez).

Ya en cuanto a la prueba del daño moral, el Consejo de Estado, en la sentencia de la Sala Plena de la Sección tercera de 23 de agosto de 2012 señaló que en "cuanto se refiere a la forma de probar los perjuicios morales, debe advertirse que, en principio, su reconocimiento por parte del juez se encuentra a la prueba de su causación, la cual debe obrar dentro del proceso" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 23 de agosto de 2012. Expediente 24392. Magistrado Ponente: Hernán Andrade Rincón).

Y acudiendo al principio de equidad en la misma providencia dijo:

> La Sala reitera la necesidad de acreditación probatoria del perjuicio moral que se pretende reclamar, sin perjuicio de que, en ausencia de otro tipo de pruebas, pueda reconocerse con base en las presunciones derivadas del parentesco, las cuales podrán ser desvirtuadas total o parcialmente por las entidades demandadas, demostrando la inexistencia o debilidad de la relación familiar en que se sustentan.

Como parte de la motivación del juez para reparar este perjuicio debe examinarse si se acreditó el parentesco debida y legalmente, con los registros civiles, para reconocer los perjuicios morales en cabeza de la víctima y de sus familiares. Basados en la equidad se dio aplicación a las reglas de la experiencia, según las cuales se infiere que la muerte, lesión, etc., afecta a la víctima y a sus familiares más cercanos (esto es, los que conforman su núcleo familiar) y se expresa en un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia[5] como espacio básico de toda sociedad[6]. Otro criterio con el que cuenta el juez en el momento de re-

5 Para el Consejo de Estado: "Las reglas de la experiencia, y la práctica científica han determinado que, en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 15 de octubre de 2008. Expediente 18586. Magistrado Ponente Enrique Gil Botero).

6 "En Colombia, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 no acogió la propuesta formulada por el Gobierno de asignarle a la familia un alcance puramente asistencial

conocer los perjuicios morales tiene que ver con el concepto de familia, que será importante para determinar la tasación y liquidación de los mismos perjuicios, ya que puede apreciarse de la prueba testimonial: ¿cómo estaba conformada la familia?; ¿qué rol desempeñaba la víctima al interior de su familia?; ¿cómo estaban definidas las relaciones entre la víctima y los demás miembros de la familia?; ¿se trataba de una familia que convivía o no en un mismo espacio?; ¿se trataba de una familia que estaba disgregada, o de una familia fruto de diferentes relaciones de los padres –hermanastros, hermanos de crianza, por ejemplo? (Corte Constitucional, Sentencia T-572 de 2009. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto).

Más adelante se produjo el por parte del Consejo de Estado, el Documento Final aprobado mediante Acta del 28 de agosto de 2014 "Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales", que recoge las sentencias de unificación de jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera en la materia, en las que se fijó, varias pautas para la reparación del daño moral llevan a establecer presunción de daño moral al núcleo familiar cercano, limitando la prueba solo a la acreditación del parentesco.

Orientados en la equidad y en la reparación integral del daño puede indemnizarse con base en las presunciones derivadas del parentesco, las cuales podrán ser desvirtuadas total o parcialmente por la parte demandada, demostrando la inexistencia o debilidad de la relación familiar en que se sustentan. La utilización de estas presunciones parentales por equidad hizo carrera hasta abarcar el núcleo familiar cercano, generando indemnización para ellos solo con la demostración del vínculo de parentesco[7]. En otro momento bajo este principio se reconociendo como afectados y sujetos de repara-

y se decidió, en cambio, por reconocerle el carácter de pilar fundamental dentro de la organización estatal, asociándola con la primacía de los derechos inalienables de la persona humana y elevando a canon constitucional aquellos mandatos que propugnan por su preservación, respeto y amparo." (Corte Constitucional. Sentencia C-821 de 2005. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil).

7 Entre otras sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera: Sentencia de 2 de abril de 1992. Expediente No: 6854. Magistrado Ponente: Julio Cesar Uribe Acosta; Sentencia de 2 de julio de 1992. Expediente No: 7098. Magistrado Ponente: Julio Cesar Uribe Acosta.

ción a la compañera permanente, los hijos extramatrimoniales y terceros damnificados, sin que pese la ausencia de parentesco documental y dando paso establecer el vínculo afectivo por otro medio de prueba[8].

4.2. Reconocimiento y liquidación de los perjuicios inmateriales, en la modalidad de perjuicios por afectación de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados

Cuando se habla de afectación a bienes o derechos convencional o constitucionalmente protegidos, perjuicio de creación jurisprudencial reciente en el Consejo de Estado colombiano, en materia de indemnización se hace uso de los principios de reparación integral y equidad para tasarla las reparaciones, en un fallo de unificación se dijo:

> De acuerdo con la decisión de la Sección de unificar la jurisprudencia en materia de perjuicios inmateriales, se reconocerá de oficio o solicitud de parte, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. La cual procederá siempre y cuando, se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de medidas de reparación no pecuniarias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) permanente y los parientes hasta el 1. ° de consanguinidad, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "de crianza".

8 Entre otras sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera: Sentencia de 15 de abril de 1993. Expediente No: 8057. Magistrado Ponente: Julio Cesar Uribe Acosta; Sentencia de 23 de noviembre de 2016. Expediente No: 08001-23-31-004-2009-00857-01(42714). Magistrado Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico.

Reparación no pecuniaria		
Afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados		
Criterio	**Tipo de medida**	**Modulación**
En caso de violaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.	Medidas de reparación integral no pecuniarias.	De acuerdo con los hechos probados, la oportunidad y pertinencia de estos, se ordenarán medidas reparatorias no pecuniarias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano.

En casos excepcionales, cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño.

Indemnización excepcional exclusiva para la víctima directa[9]		
Criterio	**Cuantía**	**Modulación de la cuantía**
En caso de violaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, cuya reparación integral, a consideración del juez, no sea suficiente, pertinente, oportuna o posible con medidas de reparación no pecuniarias satisfactorias.	Hasta 100 SMLMV	En casos excepcionales se indemnizará hasta el monto señalado en este ítem, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y la naturaleza del bien o derecho afectado.

9 Ver entre otras sentencias, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Radicación No. 66001-23-31-000-2001-00731-01 (26251). Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia de Unificación.

Como la regulación internacional de forma superior reconoce y regula derechos humanos, a nivel normativo e interpretativo, frente al sistema interno, es ostensible que el juez de lo contencioso-administrativo cuente con diversas herramientas e instrumentos dirigidos a asegurar la reparación integral y equidad derivada del quebrantamiento de derechos humanos y constitucionales, cuando quiera que sean sometidas a su consideración, con miras al resarcimiento del perjuicio. El fallador no solo debe limitarse a decretar indemnizaciones monetarias –a partir de la aplicación de bases y criterios actuariales–, sino que, su obligación, es integrar las medidas con que cuenta a partir del ordenamiento jurídico interno en su plenitud, como del internacional, con miras a que el restablecimiento derivado de una vulneración a los derechos humanos sea materializado.

Todo juez en Colombia debe procurar el pleno y completo restablecimiento de los derechos humanos y constitucionales de los que tengan conocimiento, como quiera que esa es su labor, con el propósito, precisamente, de evitar que los tribunales de justicia internacional de derechos humanos, en el caso concreto de Colombia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como tribunal supranacional, tenga que desplazar a la justicia interna en el cumplimiento de los citados propósitos.

En estos casos es más que necesaria y viable la aplicación del principio de "reparación integral" y el de "equidad", en la medida que cuando se presente afectación de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados se adopten medidas pecuniarias y no pecuniarias, en idéntico o similar sentido que las que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha decantado, entre las cuales encontramos la restitución o restitutio in integrum, la indemnización por los perjuicios materiales sufridos por las víctimas de un caso en particular, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

Acudir al principio de equidad al valorar este tipo de daños confiere al juez, de acuerdo con la naturaleza de la controversia puesta a su consideración, una gama amplísima de posibilidades tendientes a la realización de una verdadera justicia material, bien por medio de medidas netamente indemnizatorias o, si los supuestos fácticos lo permiten (trasgresión de derechos humanos en sus diversas categorías), mediante la adopción de medidas o disposi-

ciones de otra naturaleza, en donde independientemente al origen del daño o la lesión del interés o del derecho, en todos los casos, la persona tenga la garantía de que la reparación del perjuicio será integral, y fundamentada en criterios de justicia (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 21 de febrero de 2001. Expediente No. 20046. Magistrado Ponente: Mauricio Fajardo Gómez).

El inicio de reconocimiento de este tipo de daños, ha generado que sea la equidad –como principio de valoración - el centro y eje de esas reparaciones, ya sea cuando la medida fuere no pecuniaria o pecuniaria, pues se debe consultar muy claramente el núcleo del daño, la satisfacción de la reparación, y la necesidad de reparación de la víctima para que se dicte este tipo de indemnizaciones que tienden a ser satisfactorias, novedosas, o simbólicas, pero que contribuyen sin lugar a duda a la reparación equitativa de la persona en sus derechos fundamentes (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de marzo de 2011. Expediente No. 05001-23-24-000-1995-00476-01(20294). Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero).

En la actualidad cada vez gana más espacio el uso de estas condenas por perjuicios de afectación de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados en el Consejo de Estado, encontrándose diversas decisiones, entre otras, cuando las medidas son no pecuniarias las providencias se han encaminado a restaurar la memoria de una persona fallecida y, por esa vía, soliviantar los daños que hubieran podido producirse en sus allegados con ocasión de informaciones falsas que hubieran sido suministradas por las entidades estatales involucradas divulgadas ampliamente por éstas en medios de comunicación de amplia circulación, igualmente se ha ordenado el inició las respectivas investigaciones dirigidas a esclarecer la responsabilidad penal y los responsables intelectuales de los hechos violatorios de los Derechos Humanos, la realización de actos solemnes de presentación de excusas públicas a los familiares de las víctimas directas, (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 8 de febrero de 2012. Expediente No. 05001-23-25-000-1996-00286-01(21521). Magistrada Ponente: Ruth Stella Correa Palacio). Y cuando la medida fue pecuniaria, se fijó una indem-

nización dineraria en equidad para compensar el daño sufrido (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 15 de abril de 2015. Expediente No. 54001-23-31-000-1995-09280-01(30860). Magistrado Ponente: Hernán Andrade Rincón).

4.3. Reconocimiento y liquidación de los perjuicios inmateriales, en la modalidad de perjuicios por daño a la salud

Mediante sentencia de 14 de septiembre de 2011, la Sala Plena de la Sección Tercera, en sentencia de unificación readoptó la noción de daño a la salud, fisiológico o biológico, dejando atrás los denominados "alteración a las condiciones de existencia" y "vida de relación", pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, referido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 14 de septiembre de 2011. Expediente No. 19031. Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero)[10].

Por daño a la salud se reconoce como el proveniente de una afectación a la integridad psicofísica, en el ámbito físico, psicológico, sexual o estético, de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente establecer el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.), sin que sea procedente otro tipo de daños (v.gr. la alteración a las condiciones de existencia).

La sentencia advirtió que:

> (...) un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia –antes denominado daño a la vida de relación- precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado a la salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud.
>
> (…) desde esta panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración a las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud,

10 En este caso, se trató de la explosión de una mina antipersonal que dio lugar a la amputación de la pierna derecha de la víctima y una disminución de su capacidad laboral del 95%.

> es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad sicofísica, lo cual tiene su razón de ser en la ambigüedad conceptual tanto del daño a la vida de relación y en la alteración a las condiciones de existencia, puesto que la falta de limitación conceptual y la imprecisión de ambos impiden su objetivación.

Si bien es cierto que en Colombia la compensación del daño a la salud acude a una valoración estática (a igual lesión igual reparación) y dinámica (qué consecuencias particulares y específicas tiene para la víctima en el caso concreto la lesión), ello no es óbice para desechar la aplicación del arbitrio judicial como mecanismo idóneo para su tasación. Como el ordenamiento jurídico no puede contemplar todas y cada una de las hipótesis y variables que se pueden presentar en el proceso judicial, será el juez a través de su discreción racional que con fundamento en las reglas de la experiencia y la sana crítica trazará derroteros para colmar esas lagunas o vacíos que están contenidos en la ley y para indemnizar este tipo de perjuicios (Fernández, 2005, p. 131 y 132)

El Consejo de Estado, en el Documento Final aprobado mediante Acta del 28 de agosto de 2014, fijó los "Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales", en el cual se compilaron y reiteraron los criterios contenidos en la sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, donde se dijo que la indemnización, en los términos del fallo referido está sujeta a lo probado en el proceso, única y exclusivamente para la víctima directa, en cuantía que no podrá exceder de 100 SMLMV, de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada, conforme a la siguiente tabla:

Reparación del daño a la salud, regla general	
Gravedad de la lesión	Víctima directa
Igual o superior al 50%	SMLMV
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	100
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	80
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	60
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10

Conforme a lo anterior, el juez debe determinar el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano. El juez considerará las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima.

En el daño a la salud, el médico legista, adquiere una significativa relevancia, puesto que es a partir de la valoración de la afectación de la integridad corpórea o psíquica que se establece el porcentaje de incapacidad, para lo cual es preciso acudir a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez (Gil Botero, 2012, p. 89-145), de conformidad con el procedimiento descrito en el Decreto 1352 de 2013. En otros términos, la evaluación médica legal del daño corporal o a la persona determina las secuelas que se derivan del mismo, en aras de establecer la invalidez de la víctima. Las secuelas son todas las alteraciones orgánicas, anatómicas, funcionales o psicológicas que modifican temporal o permanentemente el estado de salud (Ibidem).

Como se aprecia, la valoración médica del daño a la salud es global y comprende no solo la incapacidad laboral (Cortés, 2009, pp. 142 y 143), sino que también apunta a la alteración fisiológica, psicológica y/o anatómica, y a la restricción o ausencia para desarrollar o ejecutar una actividad dentro del margen que se considera normal para un ser humano, así como a la aminoración que se genera para el desempeño de un específico rol en la sociedad, lo cual se mide desde la individualidad del sujeto, en relación con su entorno.

Así las cosas, frente al daño a la salud un sector de la jurisprudencia ha insistido que el arbitrio iuris, el principio de reparación integral y la equidad son baluartes determinantes para la valoración de este perjuicio[11], pero la posición de la jurisprudencia actual deja de lado la equidad

11 Ver entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera: Sentencia de 28 de enero de 2014. Expediente No. 52001-23-31-000-2002-00579-01(31269). Magistrado Ponente: Hernán Andrade Rincón; Sentencia de 10 de septiembre de 2014. Expediente No. 25000-23-26-000-1995-11369-01(27771). Magistrado Ponente: Hernán Andrade Rincón; Sentencia de 12 de noviembre de 2014. Expediente No. 25000232600020030188101 (38738). Magistrado Ponente: Hernán Andrade Rincón.

y somete la valoración del daño a la salud únicamente en el porcentaje de invalidez de la persona probado proceso, como se ve en el siguiente caso, que en lugar de reparar este daño un monto valorado en equidad, se falló en abstracto, esperando la tramitación de un incidente de liquidación de perjuicios que acredite la prueba de deficiencia, discapacidad y minusvalía, vemos:

> En consideración a que la lesionada Lilian Julieth reside actualmente en Canadá, encuentra la Sala que sería dispendioso adelantar la valoración de las secuelas derivadas del atentado reseñado en territorio colombiano, por lo tanto, en consideración la liquidación de este daño se hará en abstracto. Lo anterior, para que, dentro del incidente correspondiente, se solicite a quienes atienden a la mencionada en Canadá que alleguen un informe por el que pueda determinarse su pérdida de capacidad laboral y si esta fue de carácter temporal o permanente, de conformidad con la cual se determinará el porcentaje al que ascenderá esta indemnización. Esto, sin perjuicio de que se alleguen otro tipo de pruebas tendientes a probar el grado de pérdida de capacidad laboral (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de 17 de noviembre de 2016. Expediente No. 25000-23-26-000-2003-01326-01(38256). Magistrada Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo).[12]

Como hemos visto en las líneas anteriores, en la valoración del daño a la salud se presenta un conflicto para hallar el equilibrio entre perjuicio y reparación en las lesiones o daños que se generan sobre bienes de la personalidad, lo cuales son a todas luces subjetivos y excluyen la aplicación de procedimientos matemáticos para su cuantificación (De Ángel Yágüez, 1995, p. 58.).

El daño a la persona como objeto de reparación justa, deviene en imposible, lo que se logrará bajo un debido análisis judicial, probanzas y supuestos es acercarnos a una estimación para su reparación, quizá no integral, pero si realizamos el uso y aplicación del principio de equidad lograremos acercarnos a una decisión más justa y que con-

12 Entre otras: Sentencia de 10 de agosto de 2016. Expediente No. 23001-23-31-000-2005-00380-01(37040). Magistrado Ponente: Hernán Andrade Rincón.

sulte la verdad del caso. No habrá pautas o paralelos en los daños no patrimoniales o inmateriales, que generen una justa estimación de su cuantía, monto que quedará sujeto a un acercamiento judicial subjetivo como atenuante o resarcimiento por los perjuicios padecidos.

La equidad busca ofrecer alternativas para alcanzar una debida reparación de los daños inmateriales causados. La indemnización de los daños inmateriales debe ser prioritaria, pero deteniéndose en forma específica en la compensación o reparación de los causados, no solamente en las previsiones o tipos convencionales, sino en los de todo orden, donde se pueda por equidad quizá decretar medidas novedosas de reparación, pero con aplicación a la justicia del caso concreto.

En este caso del daño a la salud, la aplicación del principio de equidad es limitada ya que para su liquidación se tiene que aplicar las pautas fijadas por el Consejo de Estado[13]. Se debe determinar el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica y sobre esta base se aplicará las pautas y los extremos de la reparación, lo cual a todas luces anulará o limitará la reparación en equidad.

No se trata de reparar la vida relacional o social de quien sufre el daño, sino de reconocer un porcentaje adicional debido a situaciones particulares que hacen que para ese sujeto específico la afectación correspondiente sea más grave (Koteich, 2006 La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del daño corporal) en el ordenamiento francés. Revista de Derecho Privado No. 10, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 178 y s.s.).

No solo un examen de una Junta Médica de Invalidez que determine la pérdida de capacidad laboral y la fijación de porcentajes de invalidez debe determinar el daño a la salud. Un proceso puede ser ajeno a esta prueba de invalidez, y es aquí donde basados en la equidad ante la dificultad probatoria podemos utilizar otras herramientas como un examen médico general, o especializado, o de medicina legal que determine una pérdida anatómica, por ejemplo, entre otras pruebas que, sin establecer un porcentaje de

13 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Documento Final aprobado mediante Acta del 28 de agosto de 2014, que fijó "Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales", donde se reiteraron los criterios contenidos en la sentencia de Unificación del 14 de septiembre de 2011. Expediente No. 19031.

pérdida de capacidad laboral, dan cuenta de un perjuicio por daño a la salud y el juez deberá entrar equitativamente a valorar y reparar. Téngase en cuenta que los parámetros para indemnizar este daño fijado por el Consejo de Estado, encasillan a todas las personas y a todos órganos y partes del cuerpo humano como iguales para todos, lo cual a primera mano es verdad, pero deja de lado a las personas que utilizan profesional, artística o superdotadamente ciertas partes de su cuerpo, por cual su valoración no puede ser igualitaria a ciertos casos concretos y no se deberá atar la pruebas del daño a la salud a una tabla de reparación general, siendo la equidad como principio del derecho de daños la respuesta a estas situaciones especiales para lograr indemnizaciones justas y evitar las injustas.

4.4. Reconocimiento y liquidación de los perjuicios materiales

Los perjuicios materiales son aquellos que atentan contra bienes o intereses de naturaleza económica que son susceptibles de valoración de esa naturaleza o en palabras del profesor Henao Pérez (1998) "medibles o mensurables en dinero" (Henao Pérez, 1998. p.193).

Dentro de la subclasificación que la doctrina ha realizado sobre estos perjuicios en concreto se observa la existencia de dos tipos de perjuicios: daño emergente (damnun emergens) y lucro cesante (lucrum cessans).

En los artículos 1613[14] y 1614[15] del Código Civil colombiano encontramos dicha clasificación y además así lo ha reconocido expresamente el Consejo de Estado, veamos:

> En relación con la cuantificación de los daños materiales, en primer lugar, se observa que estos se clasifican como emergentes y como lucro cesante. En los primeros se comprenden los intereses patrimoniales actuales que han sido afectados con el

14 Artículo 1613. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

15 Artículo 1614. Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.

> hecho del cual se deriva la responsabilidad; en los segundos, el interés futuro o la utilidad futura que por la misma razón el afectado dejará de percibir. Ambos conceptos son objeto de la reparación bajo el sistema legal colombiano, tanto en el campo contractual como en el extracontractual (Arts. 1613 y 1614 C.C.)". Veamos unas referencias sumarias sobre dichas especies: 3.2.1.1. Daño Emergente. El daño emergente ha sido considerado "cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima (Tamayo Jaramillo, 1990, p. 117)

Frente a la liquidación de perjuicios materiales en equidad, el Consejo de Estado ha dicho:

> (…) en el entendido que, en nuestro sistema coexisten los dos principios informadores en materia de indemnización del daño resarcible, esto es, el tradicional principio de la reparación integral y el principio de equidad y que, habida consideración de la multiplicidad de hipótesis fácticas o variedad de casos, en ocasiones es viable y posible valorar el quantum del perjuicio irrogado al perjudicado, bajo la óptica del principio de indemnización integral, en el cual, la medida del daño viene determinada, las más de las veces, por el criterio de la causalidad; en tanto que, cuando se cuantifica bajo las directrices del principio de valoración en equidad, existe la posibilidad de ajustar la suma indemnizable, con base en otros criterios, no necesariamente coincidentes con el tradicional de la causalidad y, de otra parte, bajo el presupuesto de que la aplicación del principio de la valoración en equidad supone el ejercicio de una facultad razonada de discrecionalidad del juez, la Sala, en el caso concreto, por razones de dificultad probatoria, atendida la materia específica sobre la cual se proyecta el daño –utilidad no recibida por el no adjudicatario–, valorará equitativamente el quantum del daño, no sin antes precisar que, el recto entendimiento que ha de darse a la noción de "valoración en equidad", no permite al juzgador por esta vía y so pretexto de la aplicación de tal principio, suponer la existencia de hechos no acreditados (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 12 de Abril de

1999. Expediente No. 11344. Magistrado Ponente: Daniel Suárez Hernández).

Liquidando el daño emergente en amparo del principio de equidad, se ha dicho:

> Ahora bien, ello no obsta para que la Sala pueda liquidar el perjuicio material con apoyo en el principio de equidad, aunada a la existencia de otras pruebas directas o indirectas que obren en el proceso y que permitan, con apoyo en reglas de la experiencia o la sana crítica, establecer la forma de resarcimiento del daño" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 15 de Febrero de 2012. Expediente No. 05001-23-25-000-1996-02231-01(21277). Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero).

En la liquidación del lucro cesante calculado en equidad, se ha expresado:

> El ingreso calculado para los afectados, con base en el ingreso promedio de profesionales universitarios, se realiza en aplicación del principio de reparación integral, establecido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998. Debe señalarse que no es un recurso extraño a la jurisprudencia de la Sala. En sentencia del 18 de junio de 1997, no se consideraron los ingresos del afectado al momento de su muerte sino los calculados con base en su trayectoria profesional (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 31 de mayo de 2007. Expediente No. 15170. Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero)

De igual forma, ante la ausencia de prueba debida, frente al monto salarial devengado por la victima al momento del daño, y la imposibilidad o dificultad de la prueba al momento de su valoración, el Consejo de Estado, ha expresado en diferentes providencias[16] la pauta de presumir –aplicando la equidad como principio que orienta el derecho de

16 Ver entre otras sentencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Sentencia del 5 de julio de 2006. Expediente No. 14686. Magistrado Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Sentencia de 22 de enero de 2014. Expediente No: 25000-23-26-000-2002-01205-01(28956). Magistrada Ponente: Olga Mélida Valle de La Hoz; Sentencia de 12 de noviembre de 2014. Expediente No. 25000-23-26-000-2003-01881-01 (38738). Magistrado Ponente: Hernán Andrade Rincón.

daños– que la víctima devengaba un salario mínimo legal mensual vigente para lograr su reparación, así:

> En esa línea de pensamiento, se acogerá el planteamiento del recurrente al indicar que el daño se encuentra probado y debe ser reparado en equidad con apoyo en las reglas de la experiencia, razón por la que se empleará el salario mínimo mensual vigente para liquidar el citado perjuicio (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 24 de marzo de 2011. Expediente No: 05001-23-24-000-1996-02181-01 (20836). Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero).

Frente a la liquidación del daño emergente, el Consejo de Estado basado en deber de reparar integralmente a las víctimas, ha resaltado que es importante la aplicación del principio de equidad, por lo cual en algunos casos para su valoración flexibilizó el estándar probatorio en casos de daños y destrucción de edificaciones, mercancías, enseres, pago de honorarios de profesionales del derecho que ejecutaron defensa técnica y pagos de atención psicológica, entre otros[17].

También se ha dado aplicación de la equidad como principio del derecho de daños, en otros asuntos, cuando basado en la equidad ha ordenado la actualización monetaria de una condena, con el ánimo de que en el trámite de segunda instancia la indemnización no pierda poder adquisitivo (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena. Sentencia de 25 de Septiembre de 2013. Expediente No. 05001-23-31-000-2001-00799-01 (36460). Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero).

Como hemos visto, la equidad en la indemnización de daños materiales es utilizada, pero en un criterio formal, en casos donde no hay más caminos para el juez que tomar ciertos correctivos, pues se aplica la equidad o se actúa arbitrariamente afectando derechos fundamentales. Es de advertir que la equidad es reiteradamente utilizada en la valoración de perjuicios materiales, pero

17 Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera: Sentencia de 12 de noviembre de 2014. Expediente No. 50001-23-31-000-1999-01137-01(31719). Magistrada Ponente: Olga Melida Valle De De La Hoz; Sentencia de 25 de marzo de 2015. Expediente No. 73001-23-31-000-2001-03467-01(30021). Magistrado Ponente: Hernán Andrade Rincón (E).

se aplica en casos y situaciones tipo, donde la aplicación del criterio es ya repetitiva, sin ningún valor de fondo y en asuntos donde no existe dificultad alguna.

5. Conclusiones

La búsqueda de la seguridad y estabilidad jurídica, aunado con el esfuerzo de unificar criterios de las distintas altas cortes en cuanto a la valoración los daños, tipologías, y cuantías, no excluye, que se pueda aplicar el principio de equidad de la mano del arbitrio judicial, sin limitantes, ni cortapisas en su esencia y uso.

Basarnos en la equidad como principio orientado al momento de valor los perjuicios genera el temor infundado de los teóricos conservadores de la responsabilidad que generalmente en todo lado una amenaza al patrimonio público. Esta preocupación provocada por la incidencia del costo elevado de las condenas sobre las finanzas públicas no es un problema que deba recaer sobre el juez, ni que le deba causar desazón. Ese peligro "no es real" según se explicó en la obra Estudio Sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, en la que se indicó sobre el particular:

> Conviene a este respecto recordar una cita de Sourdat de hace más de cien años, que centra a mi juicio correctamente el problema: "no es admisible invocar el peligro del tesoro público; este peligro no es real. Si las decisiones de los tribunales que declaran responsable a la administración son tan numerosas que suponen una seria amenaza para el tesoro público, significa que existe algo anormal en el funcionamiento de los servicios públicos. Contra esta anomalía no hay nada más que un remedio: obligar a la administración, mediante una aplicación justa y severa por parte de los jueces de los principios de responsabilidad, a escoger mejor a sus funcionarios y a obligarles a respetar las leyes y el interés público (1991, Tomo III, pág. 2824).

Como vimos en este ensayo sí existe aplicación de la equidad como principio general de valoración de daños conforme el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 al momento de indemnizar perjuicios en la jurisdicción contencioso-administrativa en Colombia, pero su uso aún no es tan amplio y efectivo, ya que se la utiliza de forma reiterada, pero en casos tipo donde el esfuerzo hermenéutico y de justicia del caso es casi

nulo, y las posiciones y las posturas de equidad ya están decantadas, dándose una aplicación formal.

No existe por ello, una aplicación efectiva de la equidad como principio general de valoración de daños, su aplicación es formal o casi nula. La equidad tiene una importancia relativa o ausente en su aplicación en algunos casos, situación que debe ser superada para lograr cada vez más unas reparaciones más efectivas e integrales, en la medida que este principio podría dar paso a condenas con reparaciones más novedosas y justas para cada caso concreto atendiendo las condiciones personalísimas de la víctima.

De otro lado, vemos que la imposición de ciertos topes (baremos) y parámetros de indemnización (pautas jurisprudenciales) condicionan el uso de este principio de relevancia constitucional y legal, el cual queda rezagado a la aplicación quizá exótica de una alta corte como pasa en la actualidad. No habrá regla legal o pautas o paralelos jurisprudenciales en los daños no patrimoniales o inmateriales que generen una justa estimación de su cuantía, monto que quedará sujeto a un acercamiento judicial subjetivo como atenuante o resarcimiento por los perjuicios padecidos.

La búsqueda de una justa indemnización de daños genera temor en todos los órdenes por la cuantía de las condenas, pero fijar topes indemnizatorios no es la solución, ya que el límite indemnizatorio lo da el daño y su justa y equitativa reparación. En la debida valoración del daño y en el papel del juez deberá descansar la estabilidad del sistema.

Es de resaltar que, en el evento de avanzar en una reglamentación de la equidad como principio del derecho de daños y de forma general en los topes de la reparación de daños, se deberá llegar a tales reglas, basados en panoramas más amplios que los que se tienen en la actualidad, que consulten los principios de la equidad y la reparación integral – como principios de daños- como expresión de la verdad y la justicia, con pautas que respeten el núcleo esencial de esos principios, basados en la confianza y el respeto al juez y con límites de cuantías reparatorias más elevadas para incluir la reparación de los casos más lesivos, especiales o excepcionales. Igualmente, si se diera dicha reglamentación, se debe encontrar la forma que elimine las decisiones encontradas en las altas cortes (penal, civil, contencioso-administrativo) frente tipologías, criterios y cuantías de reparación de daños, en ánimo a lograr un sistema

armónico para todas las jurisdicciones que permitan el uso correcto de los principios que gobiernan la reparación de daños, entre ellos, el de la equidad y reparación integral y de temas como la noción de daños, su tipología, y sus montos de reparación.

El llamado no puede ser otro que propugnar por el fortalecimiento del derecho de daños desde su esencia. Limitar los principios que orientan el derecho de daños, principios que lo hacen más digno, más justo, genera distorsiones e inequidades en el sistema de reparación.

Por lo tanto, el trabajo mancomunado de la doctrina y la jurisprudencia debe estar dirigido a buscar claros, objetivos y amplios estándares indemnizatorios, que den paso al análisis y reparación de la individualidad propia de cada sujeto, para lo cual, se insiste, no se deberá retroceder luego de múltiples conquistas obtenidas en la reparación de daños, limitando principios como la equidad -directa o indirectamente- o con esquemas rígidos ajenos al valor de la persona. Debemos descansar en herramientas fundamentales como la sana crítica, la experiencia, el sentido común y el arbitrio judicial para la tasación del perjuicio, y darle paso a los principios y a la verdad caso concreto, para que frente a un daño que deba ser reparado, emerja una verdadera respuesta del derecho.

6. Referencias bibliográficas

Aristóteles. Ética Nicomáquea. (1987). Bogotá: Ediciones Universales.

Barreto Ardila, H. (1994). Derechos humanos. Aproximación a sus fuentes. Bogotá: ESAP.

Barreto Ardila, H. (2012). Cuantificación de la indemnización judicial en equidad o en derecho en el marco de la ley de justicia y paz. Bogotá. Revista Derecho Penal y Criminología. Volumen XXXIII Núm. 95.

Cano Martínez de Velasco, José Ignacio - La equidad en el derecho privado Derecho y justicia. J.M. Bosch Editor. Barcelona (2009).

Caracciolo, Ricardo - Un dilema en torno a la naturaleza de las normas. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 31 (2008), pp. 91-104.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, (Sentencia del 17 de noviembre de 1967) Expediente No. 414. Magistrado Ponente: SN.

Consejo de Estado, Sala Plena (Sentencia de 22 de Mayo de 1979). Expedientes No. 433/432 acumulados. Magistrado ponente: Aydee Anzola Linares.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia de 15 de abril de 1993). Expediente No: 8057. Magistrado Ponente: Julio Cesar Uribe Acosta.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia de 12 de Abril de 1999) Expediente No. 11344. Magistrado Ponente: Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia de 21 de febrero de 2001) Expediente No. 20046. Magistrado Ponente: Mauricio Fajardo Gómez).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia de fecha 6 de septiembre de 2001) Radicación: 13.232-15.646. Magistrado Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. (Sentencia de 7 de marzo de 2002) Expediente No. 25000-23-26-000-2001-0612-01 (20807). Magistrado Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia de 31 de mayo de 2007) Expediente No. 15170. Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia de 26 de marzo de 2009) Expediente No. 50001233100019990468801 (17994). Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. (Sentencia de 24 de marzo de 2011) Expediente No: 05001-23-24-000-1996-02181-01 (20836). Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera (Sentencia del 30 de marzo de 2011) Expediente No. 05001-23-24-000-1995-00476-01 (20294). Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (Sentencia del 14 de septiembre de 2011) Expe-

diente No. 19031. Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. (Sentencia del 8 de febrero de 2012) Expediente No. 05001-23-25-000-1996-00286-01(21521). Magistrada Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. (Sentencia del 15 de Febrero de 2012) Expediente No. 05001-23-25-000-1996-02231-01(21277). Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. (Sentencia de 23 de agosto de 2012) Expediente 24392. Magistrado Ponente: Hernán Andrade Rincón.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena (Sentencia de 25 de Septiembre de 2013) Expediente No. 05001-23-31-000-2001-00799-01 (36460). Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia de 28 de agosto de 2014) Radicación No. 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251). Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia de 12 de noviembre de 2014) Expediente No. 50001-23-31-000-1999-01137-01(31719). Magistrada Ponente: Olga Mélida Valle De De La Hoz.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia de 25 de marzo de 2015) Expediente No. 73001-23-31-000-2001-03467-01(30021). Magistrada Ponente: Hernán Andrade Rincón (E).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. (Sentencia del 15 de abril de 2015). Expediente No. 54001-23-31-000-1995-09280-01(30860). Magistrado Ponente: Hernán Andrade Rincón.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia de 10 de agosto de 2016) Expediente No. 23001-23-31-000-2005-00380-01(37040). Magistra-

do Ponente: Hernán Andrade Rincón.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. (Sentencia de 17 de noviembre de 2016). Expediente No. 25000-23-26-000-2003-01326-01(38256). Magistrada Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia de 23 de noviembre de 2016) Expediente No: 08001-23-31-004-2009-00857-01(42714). Magistrado Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia de 5 de marzo de 2021. Expediente No. 19001-23-33-000-2017-00068-01(65350). Magistrado Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico.

Corte Constitucional (Sentencia de 9 de Agosto de 2005) C-821 de 2005. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional (Sentencia de 26 de Agosto de 2009) T-572 de 2009. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto).

Cortés, E. (2009). Responsabilidad civil y daños a la persona. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

De Cupis, A. (1975). El Daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil. Barcelona. Bosch.

De Ahumada Ramos, F. (2004). La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Navarra. Thomson-Aranzadi.

De Ángel Yágüez, R. (1995). Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil. Madrid. Civitas.

Del Vecchio, G. (2011). Filosofía del Derecho. Barcelona. Editorial S.A. Bosch.

Falcón y Tella, María José - Equidad, Derecho y justicia. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid (2005).

Fernández, T. (2005). Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial. Madrid: Ed. Lustel.

Gil Botero, E. (2012). El daño a la salud en Colombia - retos frente a su delimitación, valoración y resarcimiento. Bogotá. Revista Digital de Derecho Administrativo. Núm. 8, p. 89-145.

Henao Pérez, J. (1998). El daño. Análisis comparativo de la res-

ponsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Hernández Cueto, C. (2001). Valoración médica del daño corporal. Granada. Editorial Masson.

Koteich Khatib, M. (2006). La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del daño corporal) en el ordenamiento francés. Revista de Derecho Privado No. 10, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 178 y s.s.

M'Causland Sánchez, María Cecilia - Equidad judicial y responsabilidad extracontractual Universidad del Externado de Colombia, Bogotá (2019).

Muñoz de la Cuesta, Javier - Equidad Aproximación a la definición de un concepto jurídico indeterminado a través de sus límites. Universidad Complutense de Madrid, UCM. Madrid (2022).

Nieto, Alejandro y Sánchez Ruiz-Tello, Rosa Esperanza - Equidad Judicial. Editorial Colex, A Coruña (2022).

Pérez Rivas, M. (2005). Instituciones de Justiniano. Edición Bilingüe. Buenos Aires. Ed. Heliasta.

Ramos Acevedo, J. (2004). Fundamentos de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública. Bogotá. Leyer.

Restrepo Rodríguez, Tomás - Reparación y equidad en disputas de arbitraje de inversión internacional. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá (2021).

Rivero Ysern, Enrique y Fernando Pablo, Marcos - Equidad, Derecho administrativo y administración pública en España. Editorial Andavira, Santiago de Compostela (2011).

Rodríguez Santander, Roger - Razonamiento jurídico y Estado Constitucional. Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica. Palestra Editores. Lima (2022).

Tamayo Jaramillo, J. (1990). De la responsabilidad civil. T.II, de los perjuicios y su indemnización. Bogotá: Temis.

Vega, Jesús. La equidad según Ferrajoli y la equidad según Aristóteles: una comparación crítica. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 36 (2013), pp. 229-273.

Año II, N.° 2
Noviembre 2024
ISSN: 2961-2853

Traducción de la reforma de la responsabilidad civil belga, contenida en el libro 6 de su código civil. Entrará en vigor el 1 de enero de 2025*

Translation of the Belgian civil liability reform, contained in book 6 of its civil code. It will come into force on January 1, 2025

Bruno Alonso Samuel Tapia Cornejo

SERVICIO PÚBLICO FEDERAL DE JUSTICIA

[C - 2024/001600]

7 DE FEBRERO DE 2024. – Ley que introduce el libro 6 "Responsabilidad extracontractual" del Código Civil (1)

FILIP, Rey de los Belgas,

A todos los presentes y futuros, Saludos.

La Cámara de Representantes ha aprobado y nosotros sancionamos lo siguiente:

CAPÍTULO 1. – Disposición introductoria

Artículo 1. Esta ley regula una materia a la que se refiere el artículo 74 de la Constitución.

CAPÍTULO 2. – Contenido del libro 6 "Responsabilidad extracontractual" del Código Civil

Art. 2. El libro 6 del Código Civil, creado por el artículo 2 de la ley del 13 de abril de 2019 que establece un Código Civil y agrega un libro 8 "Prueba", incluye las siguientes disposiciones:

---

* Tapia Cornejo, B. (2024). Traducción de la reforma de la responsabilidad civil Belga, contenida en su libro 6 del Código civil, que entrara en vigencia el 1 de enero del 2025. Revista especializada en Responsabilidad Civil (2), 143-169.

Libro 6. Responsabilidad extracontractual

CAPÍTULO 1. – Disposiciones introductorias

Sección 1. – Disposición general

Art. 6.1
Derecho supletorio

Las disposiciones de este libro son supletorias, a menos que de su texto o de su alcance se desprenda que tienen carácter imperativo o de orden público, total o parcialmente.

Sección 2. – Concurrencia

Art. 6.2
Aplicación no exclusiva

Salvo que la ley o el contrato dispongan lo contrario, la aplicación de una disposición de este libro no impide la aplicación de otras disposiciones de este libro, de otras partes de este Código o de otras leyes.

Art. 6.3
Responsabilidad contractual y extracontractual

§ 1. Salvo que la ley o el contrato dispongan lo contrario, las disposiciones legales sobre responsabilidad extracontractual son aplicables entre los contratantes

Sin embargo, si el perjudicado solicita a su contratante una indemnización por daños causados por el incumplimiento de una obligación contractual, este último puede invocar los medios de defensa derivados del contrato celebrado con el perjudicado, de la legislación sobre contratos especiales y de las reglas especiales de prescripción aplicables al contrato. Esto no se aplica a las demandas de indemnización por daños resultantes de una violación de la integridad física o psíquica o de una falta cometida con la intención de causar daño.

La presente traducción se ha realizado mediante el cotejo de diccionarios, consulta con traductores del francés al español, como también de personas residentes en Francia.

§ 2. Salvo que la ley o el contrato dispongan lo contrario, las disposiciones legales sobre responsabilidad extracontractual son aplicables entre el perjudicado y el auxiliar de sus contratantes.

Sin embargo, si el perjudicado solicita al auxiliar de su contratante una indemnización por daños causados por el incumplimiento de una obligación contractual, este último puede invocar los mismos medios de defensa que su principal puede invocar según el párrafo 1 con respecto a las obligaciones cuya ejecución está colaborando el auxiliar.

El auxiliar también puede invocar los medios de defensa que él mismo puede invocar contra su contratante según el párrafo 1.

Sección 3. – Personas jurídicas

Art. 6.4
Igualdad de trato de personas jurídicas y físicas

Salvo que la ley disponga lo contrario, las disposiciones de este libro se aplican tanto a las personas jurídicas, privadas y públicas, como a las personas físicas.

CAPÍTULO 2. – Hechos generadores de responsabilidad

Sección 1. – Responsabilidad por hecho propio

Subsección 1. – Culpa

Art. 6.5
Principio

Toda persona es responsable del daño que cause a otra por su culpa.

Art. 6.6
Definición

§ 1. La culpa consiste en la violación de una norma legal que impone o prohíbe una determinada conducta o de la norma general de prudencia que debe respetarse en las relaciones sociales.

§ 2. La norma general de prudencia impone adoptar una conducta conforme a la que habría adoptado una persona prudente y razonable en las mismas circunstancias.

Para ello, se pueden tener en cuenta, entre otros: 1° las consecuencias razonablemente previsibles de la conducta; 2° la proporcionalidad entre el riesgo de ocurrencia del daño, su naturaleza y su magnitud, y los esfuerzos y medidas necesarios para evitarlo; 3° el estado de las técnicas y de los conocimientos científicos; 4° las reglas del arte y las buenas prácticas profesionales; 5° los principios de buena administración y buena organización.

Subsección 2. – Causas de exclusión de responsabilidad por culpa

Art. 6.7
Fuerza mayor

Existe fuerza mayor cuando es imposible cumplir la regla de conducta aplicable.

La persona que se encuentra en la imposibilidad de cumplir la regla de conducta aplicable no es responsable en virtud del artículo 6.5, a menos que la imposibilidad sea resultado de su propia culpa.

En la apreciación de esta imposibilidad se tiene en cuenta el carácter imprevisible o inevitable del hecho que impide el cumplimiento de esta regla.

Art. 6.8
Otras causas de exclusión de responsabilidad por culpa

La persona que viola la regla de conducta aplicable no es responsable en virtud del artículo 6.5: 1° cuando comete un error invencible, de hecho o de derecho; 2° cuando, debido a una coerción física o psíquica, no puede cumplir las reglas de conducta previstas por la ley; 3° cuando un estado de necesidad la lleva a salvaguardar un interés que está expuesto a un peligro grave e inminente y cuya valoración es superior al interés que sacrifica; 4° cuando actúa en virtud de una orden resultante de la ley o de una orden de la autoridad, salvo que esta orden sea manifiestamente ilegal; 5° cuando actúa en legítima defensa debido a una agresión injustificada a su integridad física o a una amenaza seria de tal agresión y esta defensa es proporcional a la agresión o amenaza; 6° cuando la persona perjudicada ha consentido válidamente en que se atente contra intereses de los que puede disponer.

Subsección 3. – Responsabilidad de menores y personas con trastornos mentales

Art. 6.9

Menores de doce años

El menor de doce años no es responsable del daño causado por su culpa o por otro hecho generador de responsabilidad.

Art. 6.10

Menores de doce años o más

El menor de doce años o más es responsable del daño causado por su culpa o por otro hecho generador de responsabilidad.

El juez puede decidir que el menor no debe indemnización alguna o limitar la indemnización. Decide con equidad, teniendo en cuenta las circunstancias y la situación económica y financiera de las partes.

Cuando la responsabilidad del menor está cubierta por un contrato de seguro, el juez no puede decidir que no se debe ninguna indemnización ni limitarla a un monto inferior al que cubre el contrato de seguro.

Art. 6.11

Personas con trastornos mentales

La persona con trastornos mentales que anulan o alteran gravemente su capacidad de discernimiento o control sobre sus actos es responsable del daño causado por su culpa o por otro hecho generador de responsabilidad.

El juez puede decidir que esa persona no debe indemnización alguna o limitarla, de la manera prevista en el artículo 6.10, segundo párrafo, teniendo en cuenta el artículo 6.10, tercer párrafo.

Sección 2. – Responsabilidad por el hecho de otros

Art. 6.12

Responsabilidad de los titulares de la autoridad sobre la persona de los menores

Los padres, adoptantes, tutores y familias de acogida, en tanto que dispongan de la autoridad sobre la persona de un menor de menos de dieciséis años, son responsables sin culpa del daño causado a terceros por este último, ya

sea por su culpa o por otro hecho generador de responsabilidad. Los padres, adoptantes, tutores y familias de acogida, en tanto que dispongan de la autoridad sobre la persona de un menor de dieciséis años o más, son responsables del daño causado a terceros por este último, ya sea por su culpa o por otro hecho generador de responsabilidad. No son responsables si demuestran que el daño no encuentra su causa en una falta de su parte.

Art. 6.13

Responsabilidad de las personas encargadas de la vigilancia de otros

La persona que esté encargada, sobre la base de una disposición legal o reglamentaria, una decisión judicial o administrativa o un contrato, de organizar y controlar de manera global y duradera el modo de vida de otras personas, es responsable del daño que estas causen a terceros por su culpa o por otro hecho generador de responsabilidad, mientras estén bajo su vigilancia. No es responsable si demuestra que el daño no encuentra su causa en una falta de vigilancia de su parte. Una institución educativa es responsable del daño causado a terceros por sus alumnos, ya sea por su culpa o por otro hecho generador de responsabilidad, mientras estén bajo su vigilancia. No es responsable si demuestra que el daño no encuentra su causa en una falta de vigilancia de su parte.

Art. 6.14

Responsabilidad del comitente

§ 1. El comitente es responsable sin culpa del daño causado a terceros por su dependiente durante y con ocasión del ejercicio de sus funciones, resultante de su culpa o de otro hecho generador de responsabilidad. El comitente es la persona que, de hecho, puede ejercer por su propia cuenta autoridad y vigilancia sobre los actos de otra persona.

§ 2. La persona jurídica de derecho público es responsable sin culpa del daño causado a terceros por los miembros de su personal durante y con ocasión del ejercicio de sus funciones, resultante de su culpa o de otro hecho generador de responsabilidad, ya sea que la situación de estos miembros del personal esté regulada estatutariamente o que hayan actuado en el ejercicio del poder público.

Art. 6.15
Responsabilidad de las personas jurídicas por sus órganos de gestión y los miembros de estos

La persona jurídica de derecho privado es responsable sin culpa del daño causado a terceros por sus órganos de gestión o por los miembros, de derecho o de hecho, de estos órganos, durante y con ocasión del ejercicio de sus funciones, resultante de su culpa o de otro hecho generador de responsabilidad.

La persona jurídica de derecho público es responsable sin culpa del daño causado a terceros por sus órganos o los miembros de sus órganos que no forman parte de su personal durante y con ocasión del ejercicio de sus funciones, resultante de su culpa o de otro hecho generador de responsabilidad.

Sección 3. – Responsabilidad por cosas corporales y animales

Art. 6.16
Responsabilidad por cosas corporales afectadas por un defecto

El guardián de una cosa corporal es responsable sin culpa del daño causado por un defecto de esta cosa. El guardián es la persona que dispone de un poder de dirección y control no subordinado sobre esta cosa corporal. El propietario se presume guardián de la cosa, a menos que pruebe que otra persona ejerce la custodia. Una cosa corporal está afectada por un defecto cuando, debido a una de sus características, no ofrece la seguridad que legítimamente se espera en las circunstancias dadas.

Art. 6.17
Responsabilidad por los animales

El guardián de un animal es responsable sin culpa del daño causado por este animal. El guardián es la persona que dispone de un poder de dirección y control no subordinado sobre el animal. El propietario se presume guardián del animal, a menos que pruebe que otra persona ejerce la custodia.

CAPÍTULO 3. – Nexo de causalidad

Sección 1. – Reglas básicas

Art. 6.18
Condición necesaria

§ 1. Un hecho generador de responsabilidad es la causa de un daño si es una condición necesaria de este último. Un hecho es una condición necesaria del daño si, sin este hecho, el daño no se hubiera producido tal como se produjo en las circunstancias concretas presentes en el momento del evento dañoso. Si un hecho generador de responsabilidad no es una condición necesaria del daño por la única razón de que uno o varios otros hechos simultáneos, juntos o por separado, son una condición suficiente de ese mismo daño, aún constituye una causa del mismo.

§ 2. Sin embargo, no hay responsabilidad si el vínculo entre el hecho generador de responsabilidad y el daño es tan distante que sería manifiestamente irrazonable imputar este daño a la persona cuya responsabilidad se invoca. En esta evaluación, se tiene en cuenta, en particular, el carácter improbable del daño en vista de las consecuencias normales del hecho generador de responsabilidad y la circunstancia de que este hecho no contribuyó de manera significativa a la ocurrencia del daño.

Sección 2. – Pluralidad de responsables

Art. 6.19
Responsabilidad solidaria

§ 1. Si varias personas son responsables de hechos generadores de responsabilidad distintos que son la causa de un mismo daño, ellas son responsables solidariamente de este daño.

§ 2. Si varias personas son responsables de un mismo hecho generador de responsabilidad, ellas son responsables solidariamente del daño causado por este hecho. Quien incita a otra persona a cometer una falta o le ayuda con este fin, es responsable solidaria con esta persona del daño causado por esta falta.

Art. 6.20
Hechos de los que es responsable la persona perjudicada y que son una de las causas del daño que ha sufrido

§ 1. Si un hecho del que la persona perjudicada es responsable es una de las causas del daño que ha sufrido, su derecho a reparación se reduce en la medida en que este hecho ha contribuido a la ocurrencia de este daño.

§ 2. La persona por cuya responsabilidad responde otra en virtud de la responsabilidad por el hecho de otros no puede invocar esta responsabilidad contra la persona que responde por ella. La persona cuya culpa ha reunido las condiciones de una responsabilidad sin culpa no puede invocar esta responsabilidad contra la persona responsable sin culpa.

§ 3. La persona perjudicada no tiene derecho a reparación si una falta que ella misma cometió con la intención de causar un daño es una de las causas del daño que ha sufrido. Lo mismo se aplica si esta falta fue cometida por una persona por la cual la persona perjudicada es responsable.

La persona perjudicada tiene derecho a una reparación total si una falta cometida por un tercero responsable con la intención de causar un daño es una de las causas del daño que ha sufrido. Lo mismo se aplica si esta falta fue cometida por una persona por la cual dicho tercero es responsable.

Si tanto la persona perjudicada como el tercero responsable o una persona por la cual ambos son responsables han cometido una falta con la intención de causar un daño, se aplica el párrafo 1.

§ 4. Cuando la persona perjudicada tiene menos de doce años, su derecho a reparación no puede ser reducido.

Art. 6.21
Acciones de repetición entre corresponsables

§ 1. Cuando varias personas son responsables de un mismo daño, quien ha indemnizado a la persona perjudicada puede ejercer una acción de repetición contra cada uno de los corresponsables en la medida en que el hecho sobre el que se basa su responsabilidad haya contribuido a la ocurrencia del daño.

§ 2. La persona por cuya responsabilidad responde otra en virtud de la responsabilidad por el hecho de otros no puede ejercer ninguna acción de re-

petición sobre esta base contra la persona que es responsable por ella. La persona que es responsable sin culpa puede ejercer una acción de repetición por la totalidad contra la persona cuya culpa ha reunido las condiciones de esta responsabilidad.

§ 3. Quien ha indemnizado a la persona perjudicada no puede ejercer una acción de repetición contra un corresponsable si es responsable en virtud de una falta cometida por él o una persona por la cual él responde, con la intención de causar un daño.

Quien ha indemnizado a la persona perjudicada puede ejercer una acción de repetición por la totalidad contra cada uno de los corresponsables que es responsable en virtud de una falta cometida por él o una persona por la cual él

Si tanto aquél que ha indemnizado a la persona lesionada como el corresponsable o una persona de la que ambos son responsables han cometido una falta con la intención de causar un daño, se aplica el párrafo primero.

Sección 3. – Incertidumbre causal – Responsabilidad proporcional

Art.6.22
Incertidumbre sobre el carácter causal de la falta – Pérdida de una oportunidad

Cuando no es seguro que la falta cometida por la persona cuya responsabilidad se invoca sea una condición necesaria del daño porque el daño podría haberse producido igualmente si esta persona se hubiera comportado de manera lícita en lugar de cometer una falta, la persona lesionada tiene derecho a una reparación parcial en proporción a la probabilidad de que esta falta haya causado el daño.

Esta disposición se aplica por analogía en caso de responsabilidad por faltas cometidas por una persona de la que se es responsable en virtud del capítulo 2, sección 2.

Art. 6.23
Incertidumbre sobre la identidad del responsable – Causas alternativas

Si varios hechos similares, de los cuales son responsables diferentes personas, han expuesto a la persona perjudicada al riesgo de la ocurrencia del daño que

se ha producido, sin que sea posible demostrar cuál de estos hechos causó el daño, cada una de estas personas es responsable en proporción a la probabilidad de que el hecho del que es responsable haya causado el daño. Sin embargo, la persona que demuestre que el hecho del que es responsable no es una causa del daño no es responsable.

CAPÍTULO 4. – Daño

Art. 6.24
Regla básica

El daño consiste en las consecuencias económicas o no económicas de una lesión a un interés personal jurídicamente protegido. Un daño que consiste en la pérdida de un beneficio que encuentra su origen directamente en una situación o actividad ilícita imputable a la persona perjudicada no es reparable.

Art. 6.25
Daño cierto

Solo el daño cierto es reparable. Un daño futuro es reparable si es la consecuencia cierta de una lesión actual a un interés personal jurídicamente protegido.

Art. 6.26
Daño patrimonial y extrapatrimonial

El daño patrimonial comprende todas las consecuencias económicas de la lesión. Incluye tanto las pérdidas y los gastos como la falta de ganancias y la reducción de valor. El daño extrapatrimonial comprende todas las consecuencias no económicas de la lesión a la integridad física o psíquica. Este daño es reparable en el caso de una persona jurídica, siempre que sea compatible con su naturaleza.

Art. 6.27
Daño por repercusión

El daño por repercusión es reparable. El daño por repercusión es el daño propio que sufre una persona como resultado de una lesión previa al interés

de otra persona con la cual la primera tiene un vínculo jurídico o un lazo de afecto suficientemente estrecho. El responsable puede oponer a la persona perjudicada por repercusión la falta de la víctima directa, así como otros medios de defensa sustanciales que podría haber opuesto a esta última.

Art. 6.28
Prevención de un daño

Los gastos resultantes de medidas urgentes y razonables tomadas por la persona perjudicada para prevenir un daño inminente o la agravación de un daño, son a cargo del responsable o de quien sería responsable si el daño se hubiera producido, incluso cuando estos gastos no hayan tenido éxito. El juez puede dictar contra el responsable una orden o prohibición destinada a prevenir la agravación del daño que podría resultar de la repetición o continuación del hecho dañino.

Art. 6.29
Predisposición y estado anterior de la persona perjudicada

La persona perjudicada que tiene una predisposición a sufrir el daño tiene derecho a la reparación íntegra de su daño, incluso si esta predisposición es una de las causas del mismo. La persona perjudicada que, antes del hecho generador de responsabilidad, se encontraba en un estado anterior comprobado que ya había causado consecuencias dañinas, tiene derecho únicamente a la reparación del nuevo daño causado por ese mismo hecho o a la agravación del daño existente. Si el responsable prueba que el hecho generador de responsabilidad tuvo como consecuencia anticipar la ocurrencia de un daño que habría ocurrido incluso sin ese hecho, solo se repara el daño que resulta de esta anticipación.

CAPÍTULO 5. – Consecuencias de la responsabilidad

Sección 1. – Reglas básicas

Art. 6.30
Reparación integral

La persona responsable de un daño está obligada a repararlo íntegramente, teniendo en cuenta la situación concreta en la que se encuentra la persona perjudicada.

Art. 6.31
Objetivos y modos de reparación

§ 1. La reparación del daño patrimonial tiene como objetivo colocar a la persona perjudicada en la situación en la que se habría encontrado si el hecho generador de responsabilidad no se hubiera producido. La reparación del daño extrapatrimonial tiene como objetivo otorgar a la persona perjudicada una compensación justa y adecuada por dicho daño.

§ 2. La reparación se realiza en especie o en forma de daños y perjuicios. Estos modos de reparación pueden aplicarse simultáneamente si es necesario para asegurar la reparación íntegra del daño.

§ 3. Cuando el responsable ha violado intencionalmente y con el propósito de obtener un beneficio un derecho de la personalidad de la persona perjudicada o ha atentado contra su honor o reputación, el juez puede otorgar a la persona perjudicada una indemnización complementaria igual a todo o parte del beneficio neto obtenido por el responsable.

Art. 6.32
Momento de la determinación de la extensión del daño

La extensión del daño se determina en la fecha más cercana al momento en que éste es efectivamente reparado.

Sección 2. – Reparación en especie

Art. 6.33
Reparación en especie

§ 1. La reparación en especie tiene como objetivo eliminar concretamente las consecuencias dañinas de un hecho generador de responsabilidad. A tal efecto, el juez puede modificar la situación jurídica de las partes u ordenar que se tomen medidas a cargo del responsable o de un tercero, y puede autorizar a la persona perjudicada a sustituir al responsable para tal fin.

§ 2. Si la persona perjudicada lo solicita, se ordenará la reparación en especie, salvo que sea imposible o manifiestamente irrazonable, si requiere el uso de la coerción sobre la persona del responsable o si es contraria a la dignidad humana. El responsable puede proponer reparar el daño en especie. Sin embargo, la persona perjudicada puede rechazar esta oferta si tiene motivos justificados.

Sección 3. – Evaluación del daño

Art. 6.34
Daño futuro resultante de una lesión a la integridad física o psíquica

El daño futuro que es consecuencia de una vulneración a la integridad física o psíquica será reparada bajo la forma de una suma fija, mediante un cálculo de capitalización o en forma de renta, según lo que sea adecuado. A este respecto, se tienen en cuenta, entre otras cosas, la situación de las partes y los intereses de la persona perjudicada. El juez puede imponer una renta incluso si ésta no es solicitada, cuando motivos determinantes relacionados con la protección de la persona perjudicada lo justifiquen.

Art. 6.35
Prestaciones y ventajas recibidas por la persona perjudicada

Las prestaciones y ventajas que la persona perjudicada no habría recibido en ausencia del hecho generador de responsabilidad y que tienen como objetivo reparar el daño causado por el responsable se deducen de los daños y perjuicios. Las prestaciones y ventajas concedidas con el propósito de gratificar a la persona perjudicada no se deducen de los daños y perjuicios.

Art. 6.36
Determinación distinta de los elementos del daño

Sin perjuicio del párrafo 3, el juez determina distintamente cada uno de los elementos del daño por los cuales otorga daños y perjuicios. El juez puede proceder a una estimación aproximada del daño cuando es imposible determinar exactamente su extensión o cuando una evaluación precisa implicaría gastos desproporcionados. Cuando la extensión del daño no puede determinarse de ninguna otra manera, el juez puede otorgar daños y perjuicios de forma equitativa.

Art. 6.37
Daño nuevo y agravación del daño

La persona perjudicada que ha sido indemnizada por un daño resultante de una lesión a su integridad física o psíquica puede solicitar daños y perjuicios complementarios por un daño nuevo o una agravación del daño resultante de la misma lesión, pero que no se haya tenido en cuenta y del que no podía

tener conocimiento razonable en el momento de la decisión del juez o del arreglo extrajudicial. La renuncia a este derecho no tiene ningún efecto.

Art. 6.38
Daño a los bienes

En caso de daño causado a un bien, la persona perjudicada tiene derecho a una indemnización correspondiente a los gastos de reparación de dicho bien. Si estos gastos exceden el valor de reemplazo de un bien con las mismas características, la indemnización se limita a dicho valor. La persona perjudicada también tiene derecho a la indemnización por la posible pérdida de valor del bien que resulta de su reparación. En caso de destrucción de un bien o cuando la reparación es imposible, la persona perjudicada tiene derecho al reembolso de los costos necesarios para reemplazar dicho bien por uno con las mismas características y funciones.

Art. 6.39
Libre disposición de las indemnizaciones

El monto de las indemnizaciones no depende del uso que haga la persona perjudicada. Ésta dispone libremente de ellas.

CAPÍTULO 6. – Orden o prohibición

Art. 6.40
Orden o prohibición

En caso de violación comprobada o de amenaza grave de violación de una regla legal que impone un comportamiento determinado, el juez puede, a solicitud de una parte que demuestre que sufrirá una lesión en sus bienes o en su integridad física debido a esta violación, dictar una orden o una prohibición para hacer respetar dicha regla legal.

CAPÍTULO 7. – Regímenes particulares de responsabilidad

Sección 1. – Responsabilidad por productos defectuosos

Art. 6.41
Principio

El productor es responsable del daño causado por un defecto de su producto.

Art. 6.42

Producto

Se entiende por "producto" cualquier bien mueble corporal, incluso incorporado a otro bien mueble o inmueble, o que haya devenido inmueble por destino. La electricidad se considera un producto.

Art. 6.43

Productor

Se entiende por "productor" el fabricante de un producto acabado, el fabricante de una parte componente de un producto acabado o el productor de una materia prima, y cualquier persona que se presente como fabricante o productor al colocar su nombre, marca u otro signo distintivo en el producto.

Art. 6.44

Otras personas consideradas como productor

Sin perjuicio de la responsabilidad del productor, toda persona que, en el marco de su actividad económica, importe un producto en la Unión Europea con el fin de venderlo o transferir su uso a un tercero, se considera como productor del mismo y es responsable en el mismo grado que el productor.

El proveedor del producto que haya causado el daño se considera productor cuando:

1° En el caso de un producto fabricado en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, no se pueda identificar al productor, a menos que el proveedor indique a la persona perjudicada, en un plazo razonable, la identidad del productor o de quien le suministró el producto; 2° En el caso de un producto importado en la Unión Europea, no se pueda identificar al importador, aunque se indique el nombre del productor, a menos que el proveedor indique a la persona perjudicada, en un plazo razonable, la identidad del importador o de quien le suministró el producto.

Art. 6.45

Producto defectuoso

Un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que se puede legítimamente esperar teniendo en cuenta todas las circunstancias, y en parti-

cular: 1° La presentación del producto; 2° El uso normal o razonablemente previsible del producto; 3° El momento en el que el producto fue puesto en circulación.

Un producto no puede considerarse defectuoso solo porque un producto más perfeccionado se haya puesto en circulación posteriormente.

Art. 6.46

Puesta en circulación

Se entiende por "puesta en circulación" el primer acto que materializa la intención del productor de destinar el producto al uso previsto mediante su transferencia a un tercero o su utilización en beneficio de este.

Art. 6.47

Carga de la prueba

La prueba del daño, del defecto y del nexo causal entre el defecto y el daño corresponde a la persona perjudicada.

Art. 6.48

Causas de exclusión de la responsabilidad

El productor no es responsable según la presente sección si prueba: a) Que no puso el producto en circulación; b) Que, dadas las circunstancias, es razonable estimar que el defecto que causó el daño no existía en el momento en que él puso el producto en circulación o que dicho defecto surgió posteriormente; c) Que el producto no fue ni fabricado para la venta ni para cualquier otra forma de distribución con un fin económico del productor, ni fabricado o distribuido en el marco de su actividad profesional; d) Que el defecto se debe a la conformidad del producto con reglas imperativas emanadas de las autoridades públicas; e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento de la puesta en circulación del producto no permitía detectar la existencia del defecto; f) En el caso del productor de una parte componente o del productor de una materia prima, que el defecto es imputable al diseño del producto en el cual se incorporó la parte componente o la materia prima, o a las instrucciones dadas por el productor de dicho producto.

Art. 6.49
Responsabilidad solidaria

Cuando, en aplicación de la presente sección, varias personas sean responsables del mismo daño, su responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de los derechos de recurso.

Art. 6.50
Cláusulas limitativas de responsabilidad

§ 1. La responsabilidad del productor no puede ser limitada o excluida frente a la persona perjudicada mediante una cláusula limitativa o exoneratoria de responsabilidad.

§ 2. Puede ser limitada o excluida cuando el daño es causado conjuntamente por un defecto del producto y por la falta de la persona perjudicada o de una persona de la cual la persona perjudicada es responsable. Sin perjuicio de los derechos de recurso, no se limita ni se excluye frente a la persona perjudicada cuando el daño es causado conjuntamente por un defecto del producto y la intervención de un tercero.

Art. 6.51
Daños indemnizables

§ 1. La indemnización que se puede obtener en aplicación de la presente sección cubre los daños causados a las personas, incluidos los daños morales y, con sujeción a las disposiciones que siguen, los daños causados a los bienes.

§ 2. Los daños causados a los bienes solo dan lugar a indemnización si conciernen a bienes que son del tipo normalmente destinado al uso o consumo privado y han sido utilizados por la persona perjudicada principalmente para su uso o consumo privado. Los daños causados al producto defectuoso en sí no dan lugar a indemnización. La indemnización de los daños causados a los bienes solo se debe después de deducir una franquicia de quinientos euros.

§ 3. El Rey puede modificar el monto previsto en el párrafo 2 para que sea conforme con las decisiones tomadas por el Consejo, en aplicación del artículo 18.2 de la Directiva 85/374/CEE del 25 de julio de 1985 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas

de los Estados miembros en materia de responsabilidad por productos defectuosos.

Art. 6.52

Plazos de caducidad y prescripción

§ 1. Sin perjuicio del artículo 2277 del antiguo Código Civil, el derecho de la persona perjudicada a obtener del productor la reparación de su daño sobre la base de la presente sección se extingue al expirar un plazo de diez años a partir de la fecha en que éste haya puesto el producto en circulación, a menos que durante este período la persona perjudicada haya iniciado un procedimiento judicial basado en la presente sección.

§ 2. Sin perjuicio del artículo 2277 del antiguo Código Civil, la acción basada en la presente sección prescribe a los tres años a partir del día en que la persona perjudicada razonablemente debería haber tenido conocimiento del daño, del defecto y de la identidad del productor. Las disposiciones del antiguo Código Civil relativas a la interrupción y suspensión de la prescripción se aplican a esta acción.

Art. 6.53

Concurrencia con otros fundamentos de responsabilidad

La presente sección no afecta a los derechos de los que la persona perjudicada puede valerse en virtud del derecho de la responsabilidad contractual o extracontractual.

Art. 6.54

Concurrencia con regímenes de seguridad social

Los beneficiarios de un régimen de seguridad social o de indemnización por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales siguen sujetos, incluso para la indemnización de un daño cubierto por la presente sección, a la legislación que organiza dicho régimen. En la medida en que este daño no sea reparado en aplicación de uno de los regímenes mencionados en el párrafo 1, y siempre que se les permita una acción de derecho común contra el responsable, estos beneficiarios tienen derecho a solicitar la reparación de su daño conforme a la presente sección. Las personas u organismos que, en virtud de los regímenes mencionados en el párrafo 1, han proporcionado prestaciones

a las personas víctimas de un daño cubierto por la presente sección o a sus derechohabientes, pueden ejercer contra el productor, conforme a la presente sección, los derechos de recurso que les confieren estos regímenes.

Art. 6.55
Energía nuclear

La presente sección no es aplicable a la reparación de los daños cubiertos por la ley del 22 de julio de 1985 sobre la responsabilidad civil en el ámbito de la energía nuclear y por los decretos emitidos en ejecución de la misma.

CAPÍTULO 3. – Disposiciones modificativas

Sección 1. – Modificaciones del Código Civil

Art. 3

En el artículo 5.89 del Código Civil, el párrafo 2 queda derogado.

Art. 4

En el artículo 5.127, párrafo 1, del mismo Código, las palabras "de los artículos 1382 a 1386bis del antiguo Código Civil" son reemplazadas por las palabras "del libro 6".

Art. 5

En el artículo 5.237, párrafo 2, del mismo Código, se realizan las siguientes modificaciones: 1° Las palabras "Los artículos 1382 a 1386bis del antiguo Código Civil son" se reemplazan por las palabras "El libro 6 es"; 2° Las palabras "su naturaleza y su alcance" se reemplazan por las palabras "su naturaleza y su alcance".

Sección 2. – Modificación del Código Penal

Art. 6

En el artículo 50 del Código Penal, los párrafos 1 y 2 se reemplazan por lo siguiente: "Todos los individuos condenados por la misma infracción son responsables solidariamente de los costos judiciales, cuando hayan sido condenados por la misma sentencia o fallo."

Sección 3. – Modificaciones del Código de cobro amistoso y forzoso de deudas fiscales y no fiscales

Art. 7

En el artículo 35, § 1, párrafo 1, del Código de cobro amistoso y forzoso de deudas fiscales y no fiscales, modificado por la ley del 23 de abril de 2020, la palabra "1382" es reemplazada por la palabra "6.5".

Art. 8

En el artículo 37, § 1, párrafo 3, del mismo Código, la palabra "1382" es reemplazada por la palabra "6.5".

Art. 9

En el artículo 43, § 1, párrafo 1, del mismo Código, reemplazado por la ley del 23 de abril de 2020 y modificado por la ley del 30 de julio de 2022, la palabra "1382" es reemplazada por la palabra "6.5".

Art. 10

En el artículo 49, párrafo 1, del mismo Código, la palabra "1382" es reemplazada por la palabra "6.5".

Art. 11

En el artículo 51, § 1, párrafo 1, del mismo Código, modificado por la ley del 20 de diciembre de 2021, la palabra "1382" es reemplazada por la palabra "6.6".

Sección 4. – Modificaciones del Código belga de Navegación

Art. 12

En el artículo 2.3.1.19, párrafo 1, 6°, del Código belga de Navegación, las palabras "1384, párrafo 3," son reemplazadas por la palabra "6.14".

Art. 13

En el artículo 2.6.2.58, § 1, párrafo 1, del mismo Código, la palabra "1385" es reemplazada por la palabra "6.17".

Art. 14

En el artículo 3.3.1.2, párrafo 1, 4°, del mismo Código, las palabras "1384, párrafo 3," son reemplazadas por la palabra "6.14".

Art. 15

En el artículo 4.1.1.5 del mismo Código, la palabra "1384" es reemplazada por la palabra "6.14".

Art. 16

En el artículo 4.1.1.7 del mismo Código, insertado por la ley del 16 de junio de 2021, la palabra "1384" es reemplazada por la palabra "6.14".

Sección 5. – Modificaciones de diversas leyes

Art. 17

En el artículo 72, § 5, de la ley del 23 de julio de 1926 relativa a la SNCB y al personal de los Ferrocarriles Belgas, insertado por el decreto real del 11 de diciembre de 2013, las palabras "1384, tercer párrafo," se reemplazan cada vez por la palabra "6.14".

Art. 18

En el artículo 1 de la ley del 14 de febrero de 1935 que establece la servidumbre de desbroce en terrenos adyacentes a las vías férreas, las palabras "de los artículos 1382, 1383 y 1384" se reemplazan por las palabras "del libro 6".

Art. 19

En el artículo 3, párrafo 3, de la ley del 15 de julio de 1960 sobre la preservación moral de la juventud, la palabra "1384" se reemplaza por la palabra "6.14".

Art. 20

En el artículo 11, párrafo 2, de la ley del 1 de julio de 1964 de defensa social respecto a los anormales y delincuentes habituales, las palabras "en el artículo 1386bis" se reemplazan por las palabras "en el artículo 6.11".

Art. 21

En el artículo 61, párrafos 3 y 6, de la ley del 8 de abril de 1965 relativa a la protección de la juventud, al cuidado de menores que han cometido un hecho calificado como infracción y a la reparación del daño causado por este hecho, modificado por las leyes del 15 de mayo de 2006 y 13 de junio de 2006, las palabras "del artículo 1384" se reemplazan cada vez por las palabras "de los artículos 6.12, 6.13 y 6.14".

Art. 22

En el artículo 11, párrafo 2, de la ley del 26 de junio de 1967 relativa al estatuto de los auxiliares de transporte de mercancías, la palabra "1384" se reemplaza por la palabra "6.14".

Art. 23

En el artículo 67 de la ley del 16 de marzo de 1968 sobre la circulación vial, modificado por la ley del 14 de julio de 1976, las palabras "del artículo 1384" se reemplazan por las palabras "de los artículos 6.12, 6.13 y 6.14".

Art. 24

En el artículo 2, § 4, de la ley del 18 de febrero de 1969 relativa a las medidas de ejecución de los tratados y actos internacionales en materia de transporte por mar, carretera, ferrocarril o vía navegable, la palabra "1384" se reemplaza por la palabra "6.14".

Art. 25

En el artículo 1, § 2, de la ley del 12 de julio de 1976 relativa a la reparación de ciertos daños causados a bienes privados por calamidades naturales, las palabras "de los artículos 1382 a 1386bis" se reemplazan por las palabras "del libro 6".

Art. 26

En el artículo 21, § 4, de las leyes coordinadas del 20 de febrero de 1980 sobre el estatuto de los objetores de conciencia, las palabras "1384, párrafo 3," se reemplazan por la palabra "6.14".

Art. 27

En el artículo 7, § 2, 1°, de la ley del 27 de febrero de 1987 relativa a las asignaciones a personas discapacitadas, reemplazado por la ley del 9 de julio de 2004, las palabras "los artículos 1382 y siguientes del Código Civil relativos a la responsabilidad civil" se reemplazan por las palabras "el libro 6 del Código Civil".

Art. 28

En el artículo 156quater, § 5, de la ley del 21 de marzo de 1991 sobre la reforma de ciertas empresas públicas económicas, insertado por el decreto real del 11 de diciembre de 2013, las palabras "del artículo 1384, párrafo 1" se reemplazan por las palabras "del artículo 6.16".

Art. 29

En el artículo 37quater, § 2, párrafo 7, de la ley coordinada del 14 de julio de 1994 relativa al seguro obligatorio de salud e indemnizaciones, insertado por la ley del 22 de diciembre de 2003, la palabra "1384" se reemplaza por la palabra "6.14".

Art. 30

En el artículo 168, párrafo 7, de la misma ley, la palabra "1384" se reemplaza por la palabra "6.14".

Art. 31

En el artículo 479-14, § 1, de la ley-programa (I) del 24 de diciembre de 2002, las palabras "El artículo 1384 del Código Civil no es aplicable" se reemplazan por las palabras "Los artículos 6.12 y 6.13 del Código Civil no son aplicables".

Art. 32

El artículo 3 de la ley del 10 de febrero de 2003 relativa a la responsabilidad de y por los miembros del personal al servicio de personas públicas queda derogado.

Art. 33

En el artículo 15, párrafo 4, de la ley del 28 de febrero de 2007 que establece el estatuto de los militares y candidatos militares del cuadro activo de las

Fuerzas Armadas, las palabras "de los artículos 1382 y siguientes" se reemplazan por las palabras "del libro 6".

Art. 34

En el artículo 161 de la ley del 15 de mayo de 2007 relativa a la seguridad civil, las palabras "en el artículo 1384" se reemplazan por las palabras "en los artículos 6.14 y 6.15".

Art. 35

En el artículo 157, § 1, párrafo 1, de la ley-programa (I) del 29 de marzo de 2012, reemplazado por la ley del 23 de abril de 2020 y modificado por la ley del 30 de julio de 2022, la palabra "1382" se reemplaza por la palabra "6.5".

Art. 36

En el artículo 157/1, § 1, párrafo 1, de la misma ley, insertado por la ley del 23 de abril de 2020 y modificado por la ley del 30 de julio de 2022, la palabra "1382" se reemplaza por la palabra "6.5".

Art. 37

El artículo 151, § 2, de la ley del 4 de abril de 2014 relativa a los seguros se completa con un párrafo redactado de la siguiente manera: "Para los contratos de seguro contemplados en el artículo 1 del decreto real del 12 de enero de 1984 que determina las condiciones mínimas de garantía de los contratos de seguro que cubren la responsabilidad civil extracontractual relativa a la vida privada, un siniestro causado intencionalmente por un menor o resultante de su falta grave, como se prevé en el artículo 62, no es oponible a la persona perjudicada."

Art. 38

En el artículo 18, § 1, de la ley del 5 de mayo de 2014 relativa al internamiento, la palabra "1386bis" se reemplaza por la palabra "6.11".

Art. 39

En el artículo 28 de la ley del 8 de mayo de 2014 que contiene disposiciones diversas en materia de energía, modificando el artículo 15/1, § 3/1, párrafo

1, de la ley del 12 de abril de 1965 relativa al transporte de productos gaseosos y otros por tuberías, las palabras "en los artículos 1382 y 1383" se reemplazan por las palabras "en el artículo 6.5".

Art. 40

En el artículo 164 de la ley del 26 de enero de 2021 sobre la desmaterialización de las relaciones entre el Servicio Público Federal de Finanzas, los ciudadanos, personas jurídicas y ciertos terceros, y que modifica diferentes códigos fiscales y leyes fiscales, modificando el artículo 49, párrafo 1, del Código de cobro amistoso y forzoso de deudas fiscales y no fiscales, la palabra "1382" se reemplaza por la palabra "6.5".

Sección 6. – Otras modificaciones

Art. 41

El Rey puede reemplazar las referencias, en otras leyes o decretos, a las disposiciones derogadas por los artículos 42 y 43, por referencias a las disposiciones correspondientes del libro 6 del Código Civil.

CAPÍTULO 4. – Disposiciones derogatorias

Art. 42

Los artículos 1382 a 1386 del antiguo Código Civil quedan derogados.

Art. 43

La ley del 25 de febrero de 1991 relativa a la responsabilidad por productos defectuosos queda derogada.

CAPÍTULO 5. – Disposición transitoria

Art. 44

Las disposiciones del libro 6 del Código Civil se aplican a los hechos que puedan generar responsabilidad y que se hayan producido después de la entrada en vigor de la presente ley. No se aplican a los efectos futuros de hechos que se hayan producido antes de la entrada en vigor de la presente ley.

CAPÍTULO 6. – Entrada en vigor

Art. 45

La presente ley entra en vigor el primer día del sexto mes siguiente al de su publicación en el Moniteur belge. Promulgamos la presente ley, ordenamos que se le coloque el sello del Estado y se publique en el Moniteur belge. Dado en Bruselas, el 7 de febrero de 2024.

PHILIPPE

Por el Rey:

El Ministro de Justicia,

P. VAN TIGCHELT

Sellado con el sello del Estado:
El ministro de Justicia,
P. VAN TIGCHELT
Nota
(1) Cámara de Representantes
(www.lachambre.be)
Documentos: 55-3213

Acta íntegra: 1 de febrero de 2024

ENTREVISTA SOBRE CONTENCIOSO CLIMÁTICO Y DERECHO DE DAÑOS*

CARLO VITTORIO GIABARDO** CARLA LUCERO TARIFA DIANDERAS***

1. ¿Es posible pensar en un proceso de toma de decisiones judiciales resuelto por peritos ambientales y no por jueces?, ¿Por qué? La pregunta está pensada para los países donde la especialización ambiental en la judicatura no ha tenido grandes avances

En nuestra opinión, no es posible, porque el proceso decisional en el ámbito judicial implica, justamente, que sea un juez –en tanto autoridad investida de un poder público conferido según los mecanismos previstos por la ley– quien decida sobre una determinada cuestión sometida a su conocimiento. Es el problema de la legitimidad; problema crucial cuando tratamos de la *governance* en temas ambientales, por la dimensión colectiva que apareja. En cambio, la labor de los peritos en general es una de auxilio a la de juzgar, la cual no puede –y no debe– conformarse pasivamente a lo que concluya un dictamen pericial, sino apreciarlo y decidir a partir de las razones

---

* Vittorio Giabardo, C. & Tarifa Dianderas, C. (2024). Sobre contencioso climático y derecho de daños. (Entrevista). Revista Especializada en Responsabilidad Civil (2),171-174. Entrevista realizada por el director del Instituto Peruano de Responsabilidad Civil, Mg. Bruno Tapia Cornejo.

** Investigador en Derecho Procesal Civil del Departamento de Derecho de la *Università degli Studi di Torino*, donde es Profesor del curso de *Climate Change Litigation*. Anteriormente (2022-2024), Profesor *tenure track* a tiempo completo del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad de Turín. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

*** Maestranda en Derecho Procesal por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudiante de intercambio en el Departamento de Derecho de la *Università degli Studi di Genova* (2024). Abogada por la Universidad Católica de Santa María.

que pueda extraer de este, conjuntamente a los demás elementos de juicio disponibles y el contradictorio de las partes involucradas.

En el caso del contencioso climático, las controversias suelen someterse ante diversos tribunales, sea en el ámbito penal, administrativo, civil, comercial o constitucional en las jurisdicciones que lo prevén como mecanismo de tutela diferenciada, dependiendo de las regulaciones internas e intereses tutelados. Sin embargo, desde hace algunos años en diversos ordenamientos alrededor del globo se viene discutiendo y gestando la implementación de tribunales ambientales especiales – teniendo a la cuestión ambiental como elemento integrador y transversal de la competencia – pertenecientes o no a la jurisdicción ordinaria. Algunas de estas experiencias llevadas a la práctica, como en Chile, Costa Rica, entre otros, de hecho integran a profesionales técnicos en la conformación de estos tribunales especiales, junto a profesionales del derecho con formación específica en materia medioambiental, de modo que la composición interdisciplinaria garantice un mejor entendimiento de las cuestiones en juego y por ende, la corrección jurídica y técnica de las decisiones[1], aproximación que nos parece apropiada, pues de esa manera se equilibra la necesidad de tutela efectiva en una materia compleja por su alto componente técnico con la preservación del componente autoritativo de la decisión, sin llegar a una delegación o renuncia al poder.

2. El caso Urgenda es un *leading case* para que los países permitan que instituciones no gubernamentales puedan entablar demandas, ¿Cuáles serían los pros y contras?

La gran mayoría de casos sobre contencioso climático que se han presentado en los últimos años han estado auspiciados por organizaciones no gubernamentales nacionales o internacionales, sea como demandantes principales o en apoyo de ciudadanos individuales u organizados, pues una particularidad de este tipo de procesos es el componente estratégico, la búsqueda de cambios a mayor escala, es decir de tipo sistémico a través de la concienciación sobre problemas sociales dirigida a ciudadanos y autoridades.

1 Para una aproximación general, véase por todos, Távara Córdova, F. (2020). *Una propuesta jurídica para la defensa de la biodiversidad: un Tribunal Ambiental para América Latina y el Caribe*, Revista Oficial del Poder Judicial, 12(14), pp. 19-60.

Desde esta perspectiva, sin duda podemos afirmar que *Urgenda contra Países Bajos* es un precedente importante a tener en cuenta por el vínculo que establece entre la obligación estatal de prevenir el cambio climático con la efectiva protección de los derechos humanos. Sin embargo, esta trayectoria no se replicado consistentemente en otros tribunales. Aún más que este, consideramos que puede rescatarse el caso *Verein KlimaSeniorinnen y otros contra Suiza*[2], recientemente resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (9 de abril de 2024), donde se ha determinado, fundamentalmente que: i) las organizaciones tienen legitimidad para demandar en representación de intereses colectivos en temas climáticos, y ii) los Estados tienen una verdadera y propia obligación de reducir las emisiones y mitigar los efectos del cambio climático, radicada en la protección de los derechos humanos (y, en particular, en el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos). Habrá que estar pendientes a la ruta que tomará la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que hasta ahora se mostrado abierta a acoger positivamente cuestiones con similar relevancia social.

Por otro lado, y en clave del todo general, debe considerarse críticamente que una decisión judicial por sus propios límites intrínsecos – y su naturaleza en sí – no es el foro adecuado para decidir cuestiones políticas, es decir que implican un balance entre intereses contrapuestos y valores, midiendo las potenciales consecuencias sobre las diversas esferas de la sociedad (*political question doctrine*). Tales decisiones de *policy* deben estar sostenidas por una legitimidad democrática que no es del todo explícita en el fuero judicial y parece más en custodia de las otras ramas del poder central. Este es un tema crucial sobre el cual posiblemente debe reflexionarse con profundidad.

3. ¿Cómo el cambio climático podría cambiar el derecho de daños?

El derecho de daños se caracteriza por el hecho de que su evolución se ha ido definiendo a partir de decisiones adoptadas en la vía judicial frente a casos que no se encontraban regulados anteriormente o, estándolo, tales regulaciones devinieron insuficientes para responder a las necesidades y sensibilidades del momento. Esto de todos modos ha condicionado a los jueces a realizar un ejercicio de interpretación-creación del derecho. Basta solo tomar como

2 El texto de la sentencia es consultable en: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-233206%22]}

referencia las categorías de "daño moral", "daño biológico" o "daño existencial" para caer en cuenta que tanto en las tradiciones de *common law* como aquellas de *civil law*, el derecho de daños bebe directamente de situaciones contingentes. Pasa lo mismo en los casos de contencioso climático, incluso quizás a un nivel mayor, pues estos sirven también para explorar, revisitar y desarrollar categorías como "responsabilidad", "responsabilidad intergeneracional", "igualdad", "solidaridad", "derecho a un clima estable" (*right to a stable climate* / *right to climate stability*), "nexo de causalidad" (véase, al respecto, toda la temática sobre la así llamada "responsabilidad por participación en el mercado", *market share liability*, o la valorización de la simple contribución al cambio climático por sobre la causación directa del mismo), entre otras. Es necesario explotar el potencial del cambio climático en las categorías mencionadas para afrontar debidamente los retos que plantean.

En una contribución de hace algunos años, el profesor Douglas Kysar de la *Yale Law School* cuestionaba que no se trata de lo que el derecho de daños puede hacer para el cambio climático, sino, de lo contrario, de lo que el cambio climático puede hacer por el derecho de daños[3]. El cambio de perspectiva es llamativo, pues es innegable que el advenimiento del cambio climático contribuirá a la transformación radical de las categorías tradicionales a través de las cuales nosotros los juristas solemos pensar el derecho privado. Nosotros podemos extender la pregunta de Kysar más allá del ámbito del derecho privado, incluyendo las categorías propias del derecho público, tales como la vigencia y actualidad de la doctrina de la separación de poderes por cuanto respecta a la *governance* en temas ambientales, o a los conceptos mismos de Estado y soberanía (estos últimos, por cierto, en grave crisis). Los constitucionalistas allí tienen una labor de adaptación y el deber de afrontar este reto.

Para concluir y seguir promoviendo la reflexión sobre estos temas, vale explicitar una enseñanza que hemos aprendido a nivel filosófico: es el Derecho el que debe adaptarse a la sociedad y no la sociedad al Derecho.

3 Kysar, D. (2011). *What Climate Change Can Do for Tort Law?*, Environmetal Law, 41(1), pp. 1-71.

Entrevista sobre la responsabilidad civil en los delitos de corrupción*

Mg. Juan Enrique Alcántara Medrano**

1. ESTUDIANTES (EST): ¿Qué bienes jurídicos se tutelan en los Delitos de Corrupción? ¿Existe alguna diferencia cuando el afectado es el Estado y no un particular?

VICEMINISTRO (VIC): Bueno hay diferentes teorías respecto a cuál es el bien jurídico que se afecta en los delitos de corrupción, pero mayoritariamente lo que se señala es que el bien jurídico que se afecta es el correcto funcionamiento de la administración pública. Efectivamente la administración pública está estructurada para satisfacer las necesidades, entonces, el hecho de que intervenga un acto corruptor, obviamente que quiebra esa línea de servicio de la administración pública. En el delito de corrupción de funcionarios el único afectado es el Estado no hay particulares que puedan ser afectados, por eso existe una procuraduría de anticorrupción, pero, en este delito no puede ser afectado un particular por el delito propiamente dicho, probablemente por las consecuencias, pero un particular no puede pedir una reparación civil por el delito de corrupción de funcionarios.

2. (EST) : ¿Qué puede hacer un país para recuperarse de un delito de corrupción, cuando se genera la pérdida de la institucionalidad?

(VIC): Con institucionalidad ¿Se refieren específicamente a que se quiebra el orden jurídico?

---

* Alcántara Medrano, J. (2024). La responsabilidad civil en los delitos de corrupción. (Entrevista). Revista Especializada en Responsabilidad Civil (2), 175-180.
Entrevista realizada por Rosell Alcántara María; Villanueva Portella, Jimmy; Velásquez Ludeña, Gonzalo; Yupanqui Tordoya, Kathleen; Zamata Cangalaya, Kenneth; Talavera Jaquehua, Gianfranco. Estudiantes del Curso de Responsabilidad Civil en la Universidad Ricardo Palma, a cargo de la catedra del Profesor Mg. Bruno Tapia Cornejo. Entrevista realizada en Julio del 2024.

** Viceministro de Justicia y Derechos Humanos (2024). Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Maestro en Derecho Penal Por la Universidad Nacional Federico Villareal.

(EST)*: Sí.*

(VIC): Bueno, la corrupción es un problema grave en nuestro país, la percepción de corrupción es del 59% según un último estudio publicado por el INEI, a pesar de que vemos asaltos, inseguridad ciudadana y cuestiones de ese tipo, pero la percepción del país es esa de la corrupción. Entonces, precisamente la existencia de programas que tiene el Estado de acercamiento con estudiantes como ustedes, es importante. Porque busca la formación de valores éticos, morales, lucha anticorrupción. Esto parte por la búsqueda de un cambio de actitud, de todos aquellos que intervienen en la cosa pública, funcionarios públicos, operadores del derecho, tienen pues que formarse en esa línea. Lamentablemente los abogados antiguos fuimos formados en una línea más confrontacional, a diferencia de una cultura de paz en la que deberían ser formados los abogados de hoy. Se debe ser un abogado que busque la paz social a través de diferentes mecanismos alternativos.

3. **(EST): ¿Qué mecanismos existen para asegurar la reparación civil causado por la corrupción, tanto a las personas que fueron afectadas por decisiones judiciales negociadas, así como a las instituciones afectadas por daño moral?**

(VIC): El daño moral es difícil que se configure en un delito de corrupción de funcionarios, ya que este implica sufrimiento psicológico de la persona humana, la administración pública no es una persona humana, está conformada por personas humanas, pero no es una. Es muy difícil, casi imposible que pueda establecerse un daño moral. Respecto a las sentencias, también ahí es un poco difícil establecer una reparación civil, precisamente por la condición que les señalaba, pero eso no implica que una persona que se sienta afectada pueda recurrir al procedimiento de la reparación por errores judiciales. Lamentablemente, en el Perú todavía no está legislado eso, personalmente no conozco ningún caso donde un particular haya podido ir al Poder Judicial y pida una reparación por alguna decisión judicial errada. Hay un proyecto de ley que está tratando de regular eso, pero como ustedes han podido apreciar, hay bastante controversia.

Ahora, hablando de las medidas para asegurar la reparación civil, tenemos varias. En primer lugar, quien se encarga de cobrar la reparación civil es la procuraduría pública especializada en los delitos de corrupción de funcionarios, ellos tienen que hacer un estudio (su área técnica) que valorizan el

daño que se le ha causado al Estado y a través de ese daño que ellos valorizan, pueden realizar una serie de acciones. Fundamentalmente las acciones reales, como el embargo en forma de depósito, de retención o de inscripción. Existen las medidas de inhibición, el juez dicta una medida cuando se percibe un acto corrupto, donde le prohíbe a la persona inmersa que pueda disponer de sus bienes, también puede haber una inmovilización de fondos personales, se determina que la persona que está sometida a investigación o juzgamiento, tiene fondos en determinado banco y se prohíbe que se muevan esos fondos. También tenemos un nuevo proceso que ustedes deben conocer que es la extinción de dominio, cuando uno no puede justificar la existencia de bienes, inclusive no se necesita probar que hubo un delito, simplemente que no se pueda justificar el hecho de que, por ejemplo, yo tenga una casa y mis ingresos no justifican la adquisición de esa casa, entonces con el simple hecho de que yo no lo justifique ya procede el proceso de la extinción de dominio, sin que se me haya acreditado la comisión de ningún delito. Son todas estas herramientas que tiene la Procuraduría para poder asegurar la reparación civil.

4. (EST): En caso de haber una denuncia de corrupción por parte de un funcionario de una institución, ¿cómo se protegería a esta persona en caso su denuncia fuese una acusación infundada?

(VIC): Ahí hay un problema, si la persona conscientemente efectúa una denuncia con conocimiento de que esta es infundada, ahí hay una responsabilidad, ya que puede llegar a afectar honras. Si existen elementos y en algún momento se llegará a declarar infundada la denuncia, hay todo un sistema de protección de denuncias. Hay un sistema de integridad que se viene implementando desde hace algún tiempo en el cual las denuncias pueden presentarse de manera anónima, de esta manera protegiendo a la persona. De repente la denuncia sea infundada, pero tiene elementos para considerar que si podría avanzar esa denuncia. El problema se presenta cuando una persona sabiendo que no existe el delito, lo hace.

5. (EST): ¿Es necesario que el dolo siempre se mencione en los fundamentos de derecho de una sentencia por corrupción o se sobreentiende su existencia al momento de darse una sentencia?

(VIC): El código penal establece 2 situaciones, los delitos dolosos tienen que estar precisados como delito doloso en la tipicidad objetiva y subjetiva,

los delitos culposos tienen que estar necesariamente señalados como culposos (no se puede presumir culpa). Todos los delitos son dolosos si el código no dice lo contrario, en delitos de corrupción de funcionarios el único que tiene una modalidad culposa es el delito de peculado, pues todos los demás delitos son de carácter doloso. No es necesario que se diga delitos dolosos, sino el fiscal que tiene mostrar la carga de la prueba y demostrar que existe dolo.

6. (EST): ¿Es posible que una persona pueda cometer un acto de corrupción, pero con culpa en vez del dolo?

(VIC): No, me remito a la misma respuesta anterior. El código tiene que precisar con total claridad cuáles son las conductas dolosas y cuales no, si se presume la comisión de un delito es el fiscal el que tiene que acreditar si existe dolo, que son la mayoría de delitos dado que el único culposo que conozco es el peculado.

7. (EST): ¿Cómo o cuál es la base para la cuantificación de daños económicos y sociales causados por los delitos de corrupción?

(VIC): Precisamente ese es el área técnica de la procuraduría pública especializada, quien se encarga de cobrar la reparación civil, entonces ellos tienen un equipo técnico que evalúan cual es el posible daño causado al Estado y es en base a esa evaluación técnica que hacen que piden la reparación civil.

8. (EST): ¿Cuáles son los tipos de indemnización que comúnmente se ven en casos de responsabilidad civil por corrupción?

(VIC): Es la indemnización por los daños causados, no puede haber daño moral porque como les dije anteriormente, la administración pública no es una persona humana, está conformada por personas humanas, pero no se le puede causar sufrimiento psicológico a la administración pública, sólo puede ser en carácter objetivo, como cuantificar los daños.

9. (EST)*:* Nuestra pregunta es un poco más de opinión, por ejemplo, en el caso de los Cuellos Blancos, se le puso a uno de los fiscales una reparación civil de 50,000 soles, ¿Cree que la responsabilidad civil interpuesta fue suficiente para resarcir el daño?

(VIC): En general la reparación civil se fija como lo digo a través de un procedimiento objetivo, pero ¿cuál es la base para fijar la reparación civil?

Los efectos que causa el delito, puede haber delitos que aparentemente son muy graves, pero no tienen un mayor daño, podría ser una reparación civil muy pequeña, pero pueden ser delitos leves donde el daño es grave, entonces la reparación civil puede ser muy elevada. Por ejemplo, un delito de daños, para esclarecer esto, si yo, por ejemplo, destruyó una mansión que cuesta 10 millones de dólares, entonces la reparación civil será de 10 millones de dólares. Pero, por ejemplo en el caso de los Cuellos Blancos, ¿cómo medimos los daños que se le causó al Estado?, es difícil, entonces aquí es una cuestión de criterio, puede que para la opinión pública digan "no, es muy poco", pero ¿cómo cuantificamos el daño que cometieron estas personas?, además esa sentencia fue consensuada, entonces en ese caso el fiscal, si la procuraduría no se apersonó como parte civil la fiscalía puede poner el monto de reparación civil, o si la procuraduría no apeló esa decisión, significa que está conforme con el monto. Ese es un tema muy controversial, porque es muy difícil cuantificar el daño.

10. (EST): Por ejemplo, en un caso de corrupción con dolo indeterminado, ¿cómo se podría medir la reparación civil?

(VIC): El dolo no es indeterminado en estos casos, solo es primario, secundario o el dolo eventual, en ese caso la persona confía que no va a pasar y termina pasando, en ese orden de ideas es difícil medir la reparación civil, pero se sigue la misma línea anterior, debe ser cuantificada de forma objetiva.

11. (EST): ¿Cómo influye el dolo en la determinación de la responsabilidad civil de los funcionarios públicos involucrados en actos de corrupción, y cuáles son las consecuencias legales de dicha influencia?

(VIC): Solamente se pueden juzgar los delitos de corrupción de funcionarios que específicamente están considerados en el código a título de dolo; al momento de juzgar se tendría que analizar cuál es el dolo, el dolo directo, de segunda o el eventual, habiéndose una serie de circunstancias, la preparación, el conocimiento de la responsabilidad de cada funcionario, siendo que el dolo siempre será el mismo, pero el juez tendrá una serie de circunstancias que podrán fijar la responsabilidad y la reparación civil, pero fundamentalmente lo que determinará será el daño que se le causó al Estado, ello fijará la reparación civil.

12. (EST): ¿Qué papel juega la jurisprudencia en la interpretación y aplicación del dolo en los delitos de corrupción, y cómo afecta esto a la coherencia y uniformidad de las sentencias en estos casos?

(VIC): Juzgando la predictibilidad de la sentencia, que se sepa que al ser casos similares deben terminar de la misma forma, la jurisprudencia tiene un papel bastante importante, buscando que haya uniformidad en los fallos y que no haya diferencia. En nuestro país se está avanzando bastante con los "precedentes" (judiciales y constitucionales), hay precedentes que son de obligatorio cumplimiento o que solamente son referenciales, pero todo ello tiene que ver con la jurisprudencia, siendo importante su desarrollo para la predictibilidad de la sentencia.

13. (EST): *¿Desea agregar algo más para el conocimiento de los estudiantes de derecho de la Universidad Ricardo Palma?*

(VIC): Debe cambiarse el paradigma de los estudiantes de derecho, debemos formarnos con ética, valores, además de tener firmeza en la lucha contra la corrupción. Ese es el mensaje que normalmente le estamos dando a los universitarios y también en los programas que estamos haciendo en los colegios secundarios, para cambiar esa mentalidad e inculcarles de que los resultados los podemos obtener fácilmente con trabajo, apego a la ley y sobre todo con apego a la Constitución.

Entrevista sobre el derecho deportivo en el fútbol peruano: desafíos legales en torno a jugadores, clubes y la selección nacional*

Mg. Marco La Jara Morales**

Entrevistantes[1]: Estudiantes del curso de responsabilidad civil (UNMSM 2024)[2]

RESUMEN:

El conversatorio sobre derecho deportivo abordó aspectos legales en torno al fútbol peruano, destacando temas como la obligación de la Fede-

---

* La Jara Morales, M. (2024). El Derecho deportivo en el futbol peruano: Desafíos legales en torno a jugadores, clubes y selección nacional. (Entrevista). Revista Especializada en Responsabilidad Civil (2), 181-188.

** Magister en Gestión Pública por la Universidad de Lima. Abogado por la Universidad de Lima. Actual Gerente General de una empresa inmobiliaria con proyectos en Cerros de Camacho y Punta Sal. 18 años en el dictado de Obligaciones y Contratos para la ULima y USIL. Experto en Derecho Deportivo. Fui Asesor Legal externo del Club Alianza Lima ante la Comisión de Licencias de la FPF y el TAS. También fui asesor legal en el Consejo Superior de Justicia Deportiva y Honores del Deporte del IPD y de la Agremiación de Futbolistas Profesionales del Perú - SAFAP. Asesor legal de la Federación Deportiva Universitaria - FEDUP. Consultor de la Federación Peruana de Voleibol - FPV. Maestro en Gestión Pública y dedicado al Saneamiento Físico Legal de terrenos del Estado. Actual integrante de la Comisión de Derecho Deportivo del Colegio de Abogados de Lima.

1 Estudiantes de la Catedra del Prof. Mg. Bruno Tapia Cornejo.

2 En Lima, a las 18:00 horas del jueves 11 de julio de 2024, se llevó a cabo el conversatorio presencial titulado "Derecho Deportivo: El fútbol peruano, aspectos legales sobre jugadores, clubes y la selección peruana" en las instalaciones de la Universidad de Lima. Tras la ponencia de Marco La Jara Morales, quien expuso el tema "Fútbol y obligaciones: ¿Es la FPF obligada a contratar un seguro para un futbolista? El caso de Renato Tapia", se registró la presencia de estudiantes de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos para entrevistar al ponente respecto a lo disertado y vinculado con el curso de Responsabilidad Civil. Cabe resaltar que la información del presente escrito tiene fines exclusivamente académicos y no podrá ser utilizada para otros propósitos. En la aludida entrevista participaron los siguientes universitarios del último año de la carrera de Derecho: Ana Cecilia Teran Mamani, Ana Paola Macuri Condori, Andrés Alonso Cruz Piccini, Cristian Omar Rios Castillo, Elizabeth Luz Medina Palomino, Katia Milagros Quispe Tune, Marleny Huasco Quispe, Mervin Massiel Olulo Mucha, Nicold Katherine Saenz Vergaray, Valery Antuanela Salazar Huiza y Valery Rousse Anchahua Flores.

ración Peruana de Fútbol (FPF) de contratar seguros para los jugadores, ejemplificado en el caso de Renato Tapia. Durante la exposición, se discutieron cuestiones sobre la regulación y protección de los deportistas, el cálculo de seguros, y la relación entre la FPF y los jugadores. Asimismo, se plantearon preocupaciones sobre el bienestar físico y psicosomático de los atletas y la responsabilidad de las federaciones en garantizar su protección contractual.

1. **PREGUNTA ESTUDIANTIL (PE): ¿Podría ser factible la regulación por medio de una ley el sostenimiento de los deportistas que representan al país a efectos de incentivo y mejora de su calidad de vida, o simplemente es suficiente un reconocimiento como son las medallas u otros obsequios que mayormente se le da en nuestro país?**

ABOGADO MARCO LA JARA MORALES (MLJM): Sí, debería y en realidad ya existe la ley, pero lo que yo creo es que no existen personas que puedan hacer satisfacer esa ley a los deportistas. Yo no creo en el Instituto Peruano del Deporte (IPD), en el presidente de las federaciones; esto debido a que todos ellos, no consideran que el atleta tiene una condición absolutamente difícil. Por ejemplo, en el caso de Cristiano Ronaldo, cuando mete un gol o cuando el arquero tapa un penal, muchas veces él no va a saludarlo, y por esto entiendo que a muchos les podría caer mal, pero es porque él reconoce el enorme esfuerzo que hace para estar donde está.

Kimberly García es una mujer fantástica, como Cecilia Tait que ya lo fue, son los iconos de que la mujer peruana puede. Es a su vez un vehículo social para que dejen de maltratarlas y se erradiquen los delitos de feminicidios, y aquí aparece la transversalidad de lo que hablaba la ponente anterior, en donde el tema en derechos entre hombres y mujeres no hay diferencia, somos distintos sí, pero en derechos somos exactamente iguales y es eso lo que puede dar la visibilidad del deporte. Ahora, pero eso es en deporte, pero ser atleta no es saludable porque lleva su condición física al máximo y terminan desgastando todo lo que son articulaciones y sentidos (rodilla, cabeza, visuales, respiratoria y sensaciones de estrés) todo ello lo llevan al máximo y cuando dejan de ser atletas comienzan los dolores. No hay una atleta de vóley en el mundo que no haya sido operada de las rodillas, hoy por eso se tiene pisos sintéticos, tratamientos de recuperación luego del partido.

2. (PE): Se habla tanto del monto que parece exorbitante, en ese sentido, ¿cuáles son los factores de los cuales depende el cálculo del seguro?

(MLJM): En todo el mundo el cálculo del seguro es estrictamente el salario del jugador o el valor del trabajador –vamos a suponer Dios no quiera– vamos más allá de lo común, yo trabajo con mi cabeza y posiblemente tengo una asistenta así como ustedes que puede pasar las diapositivas, crear el tema, entonces si yo pierdo un dedo, ¿cuánto vale?; vamos a otro tema, a un oficio que si manejes como un pianista, una costurera y así te puedo ir mencionando, entonces va estar en función del valor que le den y tú vas a un seguro - y perder un dedo puede estar seis mil soles o quince mil soles.

Hubo un tiempo que los jugadores aseguraban sus piernas de manera individual hasta que FIFA decidió el programa de protección de clubes, entonces cuánto cuestan las piernas de un goleador como Harry Kane que va jugar la final con España o con Morata, que son los dos delanteros que van a jugar. Harry Kane no ha sido otra cosa que jugador de fútbol, no va estar expuesto más allá de los accidentes que cualquiera puede tener, o sea te subes a tu carro y te cae el cuarto piso que le puede caer a cualquiera, pero este jugador con sus piernas no va hacer ciclismo, escalada porque peligra su condición psicosomática y puede perder el trabajo.

3. (PE): Si bien es condicionante que los deportistas tengan un club para que se les pueda reconocer, ¿qué pasa con aquellos que no?, ¿existe algún caso paradigmático a nivel nacional del cual se puedan guiar otros jugadores para que se le pueda reconocer?

(MLJM): No, yo no creo que haya un jugador que se atreva. Si me rompo, quién va pagar el sueldo para que mis hijos coman, de tal manera me cuido. Pero si estuviera coberturado se va a ganar. Además, se ve que la propia federación no protege, teniendo miedo incluso al propio contrato. Hay un mix, de acuerdo al negocio, la idea es que no se rompa, que no impida su desempeño laboral, porque si va ver maltrato, la fricción si se da.

4. (PE): ¿Cuál es su opinión sobre el atleta y su condición psicosomática del ser humano y como usted lo menciona "no es un mero trozo de cuerpo"?

(MLJM): Sí, lo que pasa, es que hablar de cuerpo y mente, es hablar de la condición psicosomática, psico es tu cabeza y somática tu cuerpo, pero

eso está envuelto por un alma, la forma en como enfrentas la vida. Algunos si les sacan la vuelta se suicidan, otros le tocas al perro y se vuelven locos, chocas su carro y el carro es más que el hijo, y así hay gente que reacción. Por lo tanto, el alma de la persona es la que necesitas para que en el mundo del deporte puedas salir a competir. No basta con que tú estés bien de cuerpo y mente, tú necesitas una tercera condición, y esa condición es la que hace que vayas a pelear, a pesar que vas a morir, con eso vas a pelear. Perú le metieron cinco a cero en una etapa inicial en la Copa América en 2019, Brasil, y luego se encontró con Brasil en la final, con penal de Paolo Guerrero logramos empatar y teníamos al Maracaná encima, después nos superó porque eran una mejor selección, pero aprendimos que Brasil no nos pasa por encima. Ese es el deporte, además, te da la posibilidad que tú te puedas reivindicar con tu propia condición psicosomática y tu alma porque tienes alma. Hay algunos que dicen "Carrillo pecho frío", ¿tú lo has visto? ¿Has visto su alma? ir a fiscalizar la actitud yo no sé si se pueda, menos en el fútbol, muchas veces ser pasivo en el tema, es inteligente para aparecer en el momento oportuno, aquí en el Perú hay un folklore medio extraño sobre el tema.

5. (PE): ¿Cómo se podría lograr una mejor alimentación en los jóvenes promesas del deporte peruano, sí gran parte de la niñez peruana adolece de anemia y no recibe los nutrientes necesarios para su formación?

(**MLJM**): La política nacional del deporte debe hacer, que en las universidades y colegios no venden galletas, salvo que sean galletas saludables, pero nada de lo que es dulce y grasas saturadas, etc. Se sabe que es más fácil comprar productos que prepararlos, sin embargo, si quieres tener un hijo saludable tienes que comprar pescado, comer 3 veces al día, tomar 2 litros de agua al día. No deberían tomar alcohol, aunque parezca sorprendente, aún que la sociedad te rechace, es por tu bienestar, ya que por miedo a ser rechazado uno termina cediendo. En resumen, si la política nacional del deporte atiende al poblador peruano y no a los deportistas exclusivamente, tendríamos una juventud mucho más saludable porque aprendería a ingestarse desde el colegio y también le podríamos enseñar a los papás que la ingesta de bebida o de sólidos debería ser lo más saludable posible y eso se enseña desde pequeños.

6. (PE): En cuestión del seguro médico para deportistas ¿De dónde se sacaría la federación los fondos para cubrir dicha demanda a los deportistas calificados y estaría en condiciones la federación de cubrir un seguro para todos los deportistas o cómo se determinaría a quienes les corresponde?

(**MLJM**): Se debería preguntar al entrenador por cada uno de los deportistas. En el caso de cada atleta se debería consultar de forma individual si este necesita un seguro de todas maneras, sobre su esquema, rendimiento de los últimos tres meses y en la idea de cómo va a enfrentar los próximos eventos deportivos en los que representará al Perú, como es el caso de Tapia en la Copa América. Un seguro se va a determinar de acuerdo a la utilidad que tiene cada jugador de forma individualizada. Si en el caso de Fossati su idea era mantener a Tapia como ancla determinante del partido, este debió de insistir por él.

Por otra parte, en caso la federación haga jugar a un seleccionado quedaría en su responsabilidad su recuperación, pero si no se ha previsto firmar un contrato el jugador queda desamparado una vez se recupere de su lesión, tendrá que volver a entrenar por su cuenta y mostrar que sigue siendo competitivo para conseguir un club. Lo más probable luego de la lesión es que te contrate un club de menor rango al que tenías anteriormente, no se mantiene el mismo estándar y se genera un perjuicio para el jugador arriesgado toda su carrera.

7. (PE): ¿Por qué la Federación Peruana de Fútbol no se considera empleadora de los jugadores de la selección nacional?, a pesar de su similitud con los clubes en cuanto a la prestación de servicios y la supervisión de contratos y ¿Qué responsabilidades debería asumir la Federación para mejorar la protección laboral de estos jugadores?

(**MLJM**): En primer lugar, la relación es ocasional. A diferencia de los entrenadores de clubes, que son empleados del club y deben seguir sus directrices, el entrenador de la Selección Peruana de Fútbol presta servicios a la Federación. Este entrenador decide a quién convocar y establece las condiciones de trabajo sin estar subordinado a la FPF.

En todo el mundo, esta prestación de servicios no se considera un contrato laboral. Aunque la Federación debería asumir ciertas responsabilidades, lo hace principalmente porque la FIFA lo exige, no por iniciativa propia.

Como mencionó Natalia, las federaciones deportivas en Perú son asociaciones civiles sin fines de lucro.

Es importante cuestionar si los presidentes de las federaciones, que dedican su tiempo a asegurar que los atletas estén en óptimas condiciones, no reciben alguna forma de compensación. En la cultura latina, es común sospechar que alguien está ganando dinero de alguna manera. Sinceramente, la FPF debería ser considerada empleadora y asumir las responsabilidades correspondientes, incluyendo seguros laborales y de salud.

En resumen, actualmente la FPF no se considera empleadora de los futbolistas convocados y no asume las obligaciones laborales, como seguros de pensión o salud, que serían esperables en una relación laboral formal.

8. (PE): Teniendo en cuenta su clara afición al deporte, ¿qué opina sobre la presencia cada vez mayor de apuestas en el deporte?

(**MLJM**): Es un tema muy complejo, me tomaría horas responder bien esa pregunta.

9. (PE): En ese sentido, en todo caso, si es que la federación hubiera firmado con renato tapia, sería un caso de responsabilidad contractual; y, si en caso no hubiera firmado, la responsabilidad sería extracontractual, asumida por Fifa, esto es lo que entiendo, ¿verdad?

(**MLJM**): Correcto.

10. (PE): ¿Cree que es importante el precedente (o es algo que suele pasar que los futbolistas/deportistas), que planteen a sus federaciones contractualmente ver los daños y las posibles responsabilidades por los problemas que pudieran tener en estas situaciones?

(**MLJM**): A ver, Renato es un jugador importante para la selección, pero no es determinante.

Si se tratara de un jugador determinante, entramos en lo que nos estuvo comentando tu compañero. En ese sí se hacen excepciones y el contrato ya no sería un contrato laboral tipo que está colgado en la federación y que solamente llenas como ustedes tienen con el celular o con el cable, sino ya tienes condiciones específicas. Pero sí es cierto que, desde el punto de vista legal, la responsabilidad de la federación, si Renato venía, jugaba, sin club

y se rompía, era una responsabilidad extracontractual, que Renato podría haber demandado en TAS.

Yo creo que, en la Comisión de Justicia de FIFA, pero creo que hubiese sido en TAS. Y si firmaba el contrato de la federación, es una responsabilidad contractual. Pero hubiesen sido muy agudos para determinar cada situación, el contrato perfecto.

11. (PE): ¿Y qué es lo que le hubiera salido más barato a la federación: firmar con él y de por sí ya establecer montos, tal vez fijos, ¿o irse la transacción extracontractual?

(**MLJM**): Yo creo que hubiese firmado, Renato yo creo que no se hubiese lesionado. Renato tiene una adaptabilidad brutal como un jugador, él no tiene lesiones, tú haces tu historial. Hoy día hay un pasaporte electrónico que tiene tu nombre y ahí está todo tu historial médico.

Y tus transferencias y tu valorización, y cuántos remates tienes. Esta tecnología ya ha llegado a que el jugador lo tengas estudiado, por lo tanto, puedas comprar sin error. Cuando compras un jugador, compras un verdadero jugador. Ustedes saben lo que es un vicio oculto: Te compras una casa con un nido de ratas abajo ¿Cierto? Pero con jugadores. Tu compra un jugador roto. No, eso ya no se cumple. Hoy día ya no cumple.

Entonces, si se trata de un super jugador, hubiese sido más rentable traerlo con una cláusula, con un tema contractual. Ahí sí, de cajón, porque te va a hacer pelear una semifinal. O un cuarto de final o algo por el estilo. Entonces, tienes más exposición mediática y no te olvides que la exposición mediática hace que vendas horas de televisión. Y eso es carísimo. ¿Quiénes lo ven? Los que están suscritos a DirecTV. O sea, para comenzar ya tienen que suscribirse. (Ya tienen un costo adicional.

¿Cierto? El que anuncia en esa transmisión, lo va a ver un público que está dispuesto a pagar. Público consumidor. Nosotros mismos.

12. (PE): En el caso de Renato Tapia, ¿Qué criterios se utilizarían para establecer la responsabilidad civil de la federación? ¿y también para determinar la responsabilidad del club?

(**MLJM**): Primero la convocatoria. Es decir, el club está obligado a ceder al jugador a la Selección. Eso está cerrado. Es una norma, una vez que lo

tienes, tú tienes el cuidado del jugador. Por lo tanto, tú me lo tienes que devolver a mí en las mejores condiciones que yo te lo entregue. Ese es un poco el escenario. El problema es si te rompes. Claro. El problema es si te lesiona, pero tiene que ocurrir el siniestro. Si ocurre el siniestro, la FIFA no activa nada porque tú no tienes club. Si tú tienes club, la FIFA le paga al club, indemniza al club para que te recuperen a ti, para que te paguen el salario a ti, para que te sigan dando vida. Pero si tú no tienes club, ¿a quién le paga la FIFA? No se lo puede pagar al jugador

Entonces, ¿el jugador qué es lo que hizo? Preparó un documento y le dijo: Oye, Federación, yo voy a jugar para ti. Si yo me rompo, tú me cubres. Lozano le dijo: Ya vente, ya vente, ya juega, ya vente. Y nunca le firmó el documento. Renato dijo: No puedo seguir así. Fue y le explicó a Fosati, Fosati lo entendió, habló con los jugadores y todos los jugadores los respaldaron. Es falso eso que los jugadores están en contra de Renato o algo por el estilo, porque ellos estarían en la misma condición en algún momento.

¿Pero, cómo se determinaría si es qué por A o B, sí hubiese existido una negligencia, por ejemplo, en el caso de Renato? O sea, a pesar de que existe un contrato de por medio dándole la responsabilidad de la Federación, hay una negligencia por una negligente en el sentido de que en el peor de los casos en el mercado nadie apuesta por él. Si Renato juega es negligente. No teniendo, ojo, no teniendo contrato.

NORMAS DE PÚBLICACIÓN EN LA SEGUNDA EDICIÓN DE LA REVISTA ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD CIVIL DEL INSTITUTO PERUANO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

1. Objetivo de la Revista

La Revista Especializada en Responsabilidad Civil, tiene como propósito publicar artículos de investigación jurídica sobre la responsabilidad civil.

2. Sobre la Originalidad de los trabajos.

Dentro de las características en la revisión de cada uno de los trabajos que vayan a ser publicados se encuentran las siguientes:

– Cada uno de los mismos pasan por el programa turnitin, en aras de evitar la copia & plagio en los trabajos presentados. En ese sentido, conocedores de algunas falencias del programa cuando no se presentan filtros, se pasa por una segunda revisión basado en el análisis de un revisor anónimo.

3. Requisitos de los artículos:

Todo artículo debe ser presentado en castellano. En caso se utilice palabras en otros idiomas, se requiere hacer una traducción al castellano de forma excepcional en las notas al pie.

4. Documentación a presentar para los autores:

– Declaración de autoría.
– Declaración de autorización de publicación.
– Artículo a publicar.
– Declaración de no distribución del artículo a otras revistas, libros y/o cualquier medio de comunicación, mientras se encuentre en evaluación por parte del Instituto Peruano de Responsabilidad Civil.

5. Estructura de los artículos.

5.1. Título: No más de 25 caracteres.

5.2 Nombre del autor: En nota al pie debe incorporar: Su filiación institucional, trayectoria académica & profesional, País, correo institucional & Código ORCID.

5.3. Resumen: No más de 350 palabras.

5.4. Contenido: Sumilla de capítulos y subcapítulos.

5.5. Palabras clave: Mínimo 4- Máximo 8.

5.6. En caso haya sido presentado de forma parcial en otro medio, es obligatorio expresarlo.

6. Cuestiones formales del texto:

6.1. Número de palabras. No menos de 8 000 palabras ni más de 14 000 palabras. *Excluyendo primera página del artículo & Referencias bibliográficas.

6.2. Tipo de letra: Time New Roman 12.

6.3. Consignar las citas conforme APA. Las notas a pie de página deben ser muy excepcionales.

6.4. Las referencias bibliográficas serán únicamente las que se han utilizado en el texto & debe ser ordenada alfabéticamente.

6.4.1. El Citado APA requiere:

– Apellido del autor, año de publicación y la página correspondiente.

– También se citan las normas, sentencias, & resoluciones.

– Citas textuales: No exceder las 40 palabras.

– Paráfrasis: El autor debe indicar de que página a que página esta realizando el parafraseo.

7. Plazo máximo de entrega: 30 de agosto del 2024.

8. Correo de recepción: brunotapia.procesal@hotmail.com

9. Al enviarse el artículo, puede tener 3 tipos de respuesta:

a) Se Acepta para publicación.

b) Se acepta para publicación, pero requiere correcciones.

c) No se acepta para publicación.

Revista Especializada en Responsabilidad Civil, Año II, N° 2,
se imprimió en la República de Perú en noviembre de 2024.