Revista Especializada en Responsabilidad Civil

Revista Jurídica

Año III - N° 3, Lima - Perú, diciembre 2025 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 III, N.º 3, diciembre, 2025
ISSN: 2961-2853

Revista Especializada en Responsabilidad Civil

Revista Jurídica

Año III - N° 3, Lima - Perú, diciembre 2025 **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° 3 - Diciembre 2025 - 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

El Instituto (4 años después) 9

Presentación de la tercera edición 13
Dr. Bruno Tapia Cornejo

ENTREVISTA

Diálogo con el **Dr. Leysser León Hilario** sobre el resarcimiento del daño moral en el derecho peruano (A propósito de la Casación 3977-2023-Cusco), a cargo del Mg. Ever Medina Cabrejos 17

DOCTRINA NACIONAL

La Responsabilidad Civil Del Abogado Litigante 41
Mg. José Luis Parada Gonzales

La Responsabilidad Civil del Árbitro en el Perú:
Criterios de imputación y algunos supuestos de aplicación 83
Abog. Christian Fabrizio Basaldúa Chincha

DOCTRINA EXTRANJERA

El daño no patrimonial contractual.
Un estudio a la luz del límite de la previsibilidad del daño.....173
Mg. Manuela Canal Silva (Colombia)

Concepto normativo de daño: en busca de un contenido eficaz propio.....215
Dr. Rafael Peteffi da Silva (Brasil)

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Normas de publicación para la cuarta edición de la
Revista Especializada en Responsabilidad Civil
del Instituto Peruano de Responsabilidad Civil 2026.....293

El Instituto (4 años después)

En el **Instituto Peruano de Responsabilidad Civil (IPDRC)** entendemos que toda presentación institucional debe abordar no solo los orígenes académicos del proyecto, sino también su razón de ser desde una perspectiva social y formativa. Nuestro compromiso con la responsabilidad civil se gestó en el año **2011**, durante nuestros estudios de pregrado en Derecho, específicamente en el curso de **Derecho de Personas**. Desde entonces, hemos mantenido una vocación constante por el estudio, la enseñanza y la difusión de esta disciplina, considerada una de las más complejas, dinámicas y relevantes dentro del Derecho Civil.

Este interés se transformó en una propuesta concreta tras constatar las **limitaciones estructurales en la enseñanza de la responsabilidad civil** en numerosas facultades de Derecho del país. En muchos casos, esta asignatura no forma parte del plan de estudios obligatorio, o bien se ofrece únicamente como curso electivo, lo que genera importantes vacíos formativos. Como respuesta a esta realidad, en el año **2021** decidimos fundar formalmente el Instituto, con el objetivo de **fortalecer la formación jurídica en esta área clave y promover una cultura académica especializada, rigurosa y reflexiva**.

Desde su creación, el IPDRC ha desarrollado una labor académica constante, impartiendo cursos orientados a la actualización y profundización del conocimiento jurídico, entre los que destacan:

- **Acto jurídico**
- **Responsabilidad civil** (dos ediciones)
- **Responsabilidad civil por despido incausado**
- **Investigación jurídica**
- **Derecho de seguros**
- **XI Pleno Casatorio Civil**

Paralelamente, hemos diversificado nuestros servicios para responder a las necesidades concretas de estudiantes, investigadores, docentes y profesionales del Derecho.

Actualmente ofrecemos:

1. **Colección especializada de libros sobre responsabilidad civil**
2. **Elaboración de informes y asesoramiento legal** en procesos de daños y perjuicios
3. **Asesoría externa de tesis jurídicas.**
4. **Simulación de sustentaciones de tesis jurídicas.**
5. **Asesoría en edición, revisión y publicación de libros jurídicos.**
6. **Preparación docente** para iniciar actividades de enseñanza en universidades o institutos
7. **Dictado de cursos especializados**, adaptados a distintos niveles de formación.

En el presente año, hemos tenido la satisfacción de concretar nuestro primer servicio de **asesoría editorial y publicación jurídica**, acompañando la edición de la obra:

> "La tutela inhibitoria del derecho a la intimidad y su conflicto con la libertad de expresión e información", del Mg. José Cárdenas Torres **(PUCP),** publicada por la reconocida editorial Editores del Centro**.**

Asimismo, hemos logrado formalizar un **Convenio Institucional con el Ilustre Colegio de Abogados de Tumbes**, lo cual nos permite **brindar respaldo institucional a nuestros programas de formación**, fortaleciendo su alcance y legitimidad en el ámbito académico y profesional.

Estos logros no solo marcan hitos relevantes en el crecimiento del Instituto, sino que también reflejan el impacto real que aspiramos a generar: **producir, apoyar y difundir conocimiento jurídico de calidad**, desde una perspectiva integral, crítica y actualizada.

En el **IPDRC** renovamos día a día nuestro compromiso con el **fortalecimiento del Derecho Civil** y con la **formación de profesionales preparados para**

afrontar, con solvencia y rigor, los desafíos contemporáneos del litigio, la docencia y la investigación jurídica en el Perú.

Misión del Instituto Peruano de Responsabilidad Civil

Somos una institución dedicada a ofrecer formación académica especializada en **responsabilidad civil**, dirigida a estudiantes, profesionales del Derecho y público interesado. Nuestro objetivo es brindar contenidos actualizados, rigurosos y pertinentes, que permitan comprender y dominar una de las áreas más complejas y dinámicas del Derecho Civil. A través de nuestros cursos, asesorías y servicios complementarios, buscamos responder tanto a las exigencias del ejercicio profesional como a las necesidades de reflexión e investigación académica.

Visión del Instituto Peruano de Responsabilidad Civil

Aspiramos a consolidarnos como un **referente nacional e internacional en el estudio y enseñanza de la responsabilidad civil**, articulando actividades de formación continua, investigación jurídica y asesoría especializada. Para ello, contamos con un **comité consultivo de destacados juristas**, así como con la participación de **docentes invitados** con amplia trayectoria. Asimismo, promovemos el desarrollo académico a través de la **asesoría en trabajos de tesis y publicaciones jurídicas**, especialmente en temas vinculados al Derecho de daños, contribuyendo activamente al pensamiento jurídico contemporáneo.

Valores del Instituto Peruano de Responsabilidad Civil

Identidad

Nos identificamos con la misión de formar profesionales rigurosos, críticos y actualizados en materia de responsabilidad civil, con alto compromiso ético y académico.

- **Excelencia**

  Mantenemos estándares de calidad en todas nuestras actividades académicas, publicaciones y servicios de asesoría, priorizando la profundidad conceptual y la claridad metodológica.

- **Respeto**

Fomentamos un ambiente plural y tolerante, donde el diálogo jurídico, la crítica constructiva y el respeto a la diversidad de ideas son principios esenciales.

Instituto Peruano de Responsabilidad Civil

Presentacion de la tercera edición

La tercera edición de nuestra *Revista Especializada en Responsabilidad Civil* aparece en un momento especialmente significativo para la doctrina jurídica peruana. La reciente convocatoria de la **Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema** para recibir opiniones en calidad de *Amicus Curiae* en el marco del proceso de Casación N.º 3977-2023, Cusco, ha abierto un espacio inédito de diálogo entre la jurisprudencia y la academia. Este llamado busca construir una doctrina jurisprudencial sólida sobre el **daño moral**, una categoría jurídica que ha sido aplicada de manera dispar, y cuya comprensión exige revisión teórica, delimitación conceptual y coherencia práctica.

Tal como se resalta en el diálogo entre los profesores Dr. **Leysser León y el Mg. Ever Medina**, incluido en esta edición, nos encontramos ante una oportunidad institucional única: participar activamente en la orientación interpretativa de una figura jurídica esencial para el Derecho de daños. En ese marco, esta revista se presenta como una plataforma que busca contribuir al desarrollo de criterios fundados y útiles para la consolidación de una doctrina nacional sobre responsabilidad civil.

Por otro lado, en lo que refiere a la doctrina nacional, esta edición reúne dos estudios que abordan aspectos centrales de la responsabilidad civil desde una perspectiva aplicada. El **Mg. José Luis Parada Gonzales** examina la responsabilidad civil del abogado litigante, analizando los presupuestos de imputación cuando el profesional actúa en el ejercicio de su patrocinio. Su propuesta delimita los márgenes entre el error procesal y la negligencia, aportando claridad en la delimitación de los estándares de diligencia exigibles. A su vez, el **Abog. Christian Fabrizio Basaldúa Chincha** explora la responsabilidad del árbitro en el Perú, un tema aún escasamente tratado en nuestra doctrina. Su estudio analiza criterios de imputación y casos ilustrativos, proponiendo una mirada crítica a la regulación actual y sus vacíos.

Por el lado comparado, esta edición incluye dos valiosos aportes internacionales. Desde Colombia, la **Mg. Manuela Canal Silva** aborda el **daño no patrimonial**

contractual desde el prisma de la previsibilidad, cuestionando la tradicional exclusión de los daños subjetivos en el marco de la responsabilidad por incumplimiento contractual. Su trabajo plantea una lectura moderna que reconoce la legitimidad del resarcimiento de este tipo de afectaciones. Por su parte, el jurista brasileño **Dr. Rafael Peteffi Da Silva** propone una reconstrucción normativa del concepto de daño, denunciando la fragmentación doctrinal que debilita su eficacia jurídica. Su análisis invita a repensar el daño desde un enfoque unificado, funcional y alineado con los fines del Derecho de daños contemporáneo.

Esta tercera edición refleja el espíritu que anima esta publicación: promover el pensamiento jurídico riguroso, ofrecer herramientas conceptuales útiles para la práctica profesional y contribuir activamente al fortalecimiento doctrinario del Derecho de responsabilidad civil en el Perú y en la región.

Dr. Bruno Tapia Cornejo

Director del Instituto Peruano de Responsabilidad Civil. Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos(UNMSM). Máster en Derecho de Daños por la Universidad de Girona (España). Magister en Derecho con mención en Derecho Procesal (UNMSM). Docente Ordinario Auxiliar de la Facultad de Derecho y Ciencia Política (UNMSM). Docente de Derecho Civil en la Universidad de Lima. Docente de Derecho Internacional Privado, e investigación jurídica de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Docente de Postgrado en la Maestria de Derecho Civil y Comercial de la Universidad de Huánuco.

Entrevista

Año III, N.° 3
Diciembre, 2025
ISSN: 2961-2853

Diálogo sobre el resarcimiento del daño moral en el derecho peruano (A propósito de la Casación 3977-2023-Cusco)*

Dr. Leysser León Hilario**
Mg. Ever Medina Cabrejos***

Leysser León tiene casi treinta años de dedicación al estudio teórico y jurisprudencial de la responsabilidad civil, especialmente en perspectiva comparativa y con atención a la función de la tutela resarcitoria en la sociedad. Ever Medina, por su parte ha dedicado varios estudios, así como su tesis de Maestría, a la siempre ardua temática de los daños morales. Ambos sostuvieron este breve diálogo, a propósito de la Audiencia Pública convocada por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, del pasado 24 de septiembre de 2025, para la fijación de doctrina jurisprudencial sobre tan importante institución.

---

* León Hilario, L., & Medina Cabrejos, E. (2025). Diálogo sobre el resarcimiento del daño moral en el derecho peruano. *Revista especializada en Responsabilidad Civil,* (3), 17–38.

** Doctor en Derecho por la Escuela Santa Ana de Pisa (Italia). Profesor Principal de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Corresponsal por el Perú del Instituto para la Unificación Internacional del Derecho Privado - UNIDROIT (Roma, Italia). Miembro de la World Tort Law Society (Viena & Pekín). Socio de la Asociación Italiana de Derecho Comparado y del Instituto Emilio Betti de Teoría e Historia del Derecho.

*** Magíster en Derecho Civil por la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Científica del Sur. Ex integrante de la Comisión Especializada de Derecho Civil y Procesal Civil del Colegio de Abogados de La Libertad (2023-2025).

Ever Medina (EM): Es un verdadero gusto saludarlo, profesor. No quisiera comenzar este diálogo sin antes agradecerle la oportunidad para intercambiar ideas con usted sobre la temática de la Casación N.º 3977-2023-Cusco, cuya vista de la causa se realizó hace poco, y será resuelta por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, para la cual se convocó a expertos, como Ud., en calidad de *amicus curiae*.

Para abrir los fuegos: ¿qué tan importante resulta para el desarrollo de nuestro derecho de la responsabilidad civil que la Corte Suprema haya decidido enfrentar y abordar, con el objetivo de generar doctrina jurisprudencial, el asunto relativo a los criterios que se deberían tener en cuenta para la determinación del *quantum* del daño moral? ¿Se tenía que comenzar con este tema y no con algún otro? Pienso, por ejemplo, en la constante afirmación de que se puede aplicar, en sede extracontractual, algunas reglas que, conforme a la estructura del Código Civil, están previstas para el juicio de responsabilidad por inejecución de obligaciones o, a la inversa, trasladar el empleo de las reglas de la responsabilidad aquiliana hacia los supuestos de incumplimiento obligacional. Es decir, ¿no habría sido, tal vez, más oportuno precisar si la equidad del artículo 1332 del Código Civil puede utilizarse también en el ámbito extracontractual, o si la responsabilidad *in solidum* del artículo 1983 del Código Civil es susceptible de extenderse a determinadas hipótesis de inejecución de obligaciones?

Leysser León (LL): *El gusto es mío, Ever. Felicitaciones por tu producción bibliográfica, que se va ampliando. Sí, es claro que existen muchos asuntos relacionados con el resarcimiento de daños que merecen la atención de la magistratura, no para crear derecho —debemos ser claros en eso— sino para uniformar criterios de decisión, dentro de la legalidad, mediante una jurisprudencia "constante".*

Y también serían bienvenidas, naturalmente, interpretaciones que esclarezcan el panorama, para nuestra comunidad jurídica, sobre distintas instituciones que se hallan a la espera, hace mucho tiempo, de lecturas forjadas en los tribunales que, sin terciar en debates doctrinales, doten de contenido a normas que, pasadas cuatro décadas de vigencia del Código Civil, no superan, aún, el test de efectividad.

En cuanto al tema que propones, por ejemplo, las lecturas judiciales mencionadas (las "buenas" lecturas judiciales, habría que subrayar) serían de gran utilidad, porque la práctica muestra que las responsabilidades concurrentes pueden presentarse en el incumplimiento contractual, por ejemplo, en el régimen de las cuentas bancarias Escrow,

en las operaciones societarias. En las mergers & acquisitions*, la parte compradora, que realiza un depósito en garantía, destinado a la cobertura de contingencias, en ese tipo de cuentas, puede ser perjudicada por la combinación negligente y perjudicial de los actos de la parte beneficiaria de la garantía y de la propia institución financiera.*

Ambas inconductas, nótese bien, están sometidas al régimen del incumplimiento de obligaciones, uniformadas en relación con la naturaleza de la responsabilidad civil que pueden hacer surgir (contractual). Empero, bajo la lupa de nuestros magistrados, los contornos del fenómeno podrían no ser tan nítidos, porque la norma concerniente a las responsabilidades concurrentes no está en el libro VI del Código Civil, sino en el apartado sobre responsabilidad extracontractual.

Claro, la responsabilidad in solidum *en un asunto complejo en sí mismo, pero no cabe duda de que los alcances de la única norma al respecto, la del artículo 1983 del Código Civil, se extienden más allá del campo de la responsabilidad extracontractual. Siendo así, esto es lo más importante, en casos como el que estamos usando como ejemplo, los juzgadores tendrán la tarea —pocas veces cumplida— de determinar la incidencia causal de las distintas contravenciones, o sea, las cuotas de responsabilidad que corresponden a cada infractor.*

Un problema semejante se presenta en los accidentes de trabajo, cuando el damnificado dirige sus pretensiones resarcitorias contra su empleador y un tercero, normalmente, el autor directo del evento dañoso. Piénsese en la situación del chofer de un autobús, fallecido a causa del choque del vehículo que conducía con otro automotor, guiado por una persona en estado de ebriedad. Los deudos tienen una acción directa, de carácter contractual, contra el empleador de la víctima, pero también otra, ahora extracontractual, contra el conductor que ocasionó el accidente y el propietario del otro vehículo. Estas responsabilidades también son in solidum*, pero los jueces, en casos como estos, se preocupan más por afirmar la unificación de la responsabilidad, para dar a la controversia un tratamiento exclusivamente contractual. Las más de las veces, dada esta tendencia, las luces se concentran en la parte demandada con mejores posibilidades económicas para costear el resarcimiento, en lugar de procederse de acuerdo con lo establecido en el artículo 1983 del Código Civil, que obliga a los jueces a "fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes".*

La cuestión de la aplicación indistinta y confusa de reglas del resarcimiento por incumplimiento y del resarcimiento extracontractual es, entonces, muy importante. Nadie duda de que el criterio de equidad para la cuantificación del resarcimiento,

según el artículo 1332 del Código Civil, es aplicable en el campo extracontractual. La potencialidad de esta norma es inmensa. En Italia, Paolo Gallo ha sostenido que se le debe emplear para la cuantificación de la indemnización por enriquecimiento injustificado, inclusive, aunque, claro, esta afirmación del destacado autor, tiene como base el uso, en el texto del Código Civil italiano (artículo 2041), del verbo indennizzare*, en lugar de* restituire *en las normas sobre* arricchimento senza causa. *En el derecho civil italiano, con arreglo a la ley, la disminución patrimonial se "indemniza", no se "restituye", y eso hace más sencilla la remisión al criterio de equidad para la cuantificación.*

En el derecho peruano el camino que debe seguirse es idéntico, pero no para que los juzgadores se basen en apreciaciones subjetivas, sino porque el criterio de equidad permite tomar en cuenta, para la valorización, todas las técnicas que la doctrina especializada y la jurisprudencia de otras experiencias han propuesto para calcular el enriquecimiento.

Y es el camino que habitualmente se sigue en nuestros tribunales, aunque no se trate de un resarcimiento, sino de una obligación legal de indemnizar, cuando se cuantifica la indemnización al cónyuge perjudicado por la separación de hecho (artículo 345-A del Código Civil).

Viceversa, es indiscutible que el daño a la persona o a la integridad física, como voz específica del daño moral, aun cuando mencionado en el artículo 1985 del Código Civil, es aplicable en los casos de incumplimiento obligativo: en los accidentes de trabajo, por ejemplo, o en respecto de los daños atribuibles a actos de negligencia médica, o en la responsabilidad de las empresas de transporte de personas por daños sufridos por los pasajeros.

Es innecesario que el artículo 1322 del Código Civil, sobre el daño moral por incumplimiento de obligaciones, sea reformado para enunciar esta interpretación, como se propone, sin ninguna razón convincente, en el Anteproyecto de enmiendas del 2019. Se habla de un supuesto imperativo de uniformar los contenidos de dicha norma y del artículo 1985. Es inaudito que aquello que la historia reconoce como un error (la inserción, entre gallos y medianoche, del daño a la persona en el texto del Código Civil) contamine lo que sí se hizo bien.

Ahora bien, en lo que atañe a la Audiencia en la que participé, no creo, a pesar de todo, que la calificación de los daños, en el caso concreto, sea la temática principalmente

abordada. Lo que interesa, en realidad, es identificar el criterio —o los criterios— para asignar un valor económico a los daños morales por muerte.

Es evidente, en otras palabras, que la preocupación, más que justificada, de la magistratura, es, en esta ocasión, acabar, y ver con qué argumentos acabar, con el problema, social inclusive, de la subvaluación económica del daño moral en un supuesto tan complicado como el de la muerte de un familiar a causa de un hecho ilícito con connotaciones penales. Aunque en la Audiencia se haya evidenciado que este cometido no fue entendido por todos los amicus curiae, *lo que se busca es hallar herramientas conceptuales para aumentar (o "para no subvaluar") un resarcimiento que, a ojos de todos, ha sido tan reducido que hasta se le podría considerar lesivo de la dignidad de los deudos del menor asesinado.*

E.M.: Entonces, a la vista de lo último que mencionó en la respuesta que me acaba de brindar, ¿usted considera que la importancia subrayada se intensificaría aún más en un caso tan lamentable como el de la controversia, relativo a la trágica pérdida de la vida de un menor de edad a manos de sus compañeros de estudios, también menores, mediante actos de crueldad y tortura?

L.L.: *Es importante analizar bien el caso, para no desorientarnos y para no contribuir a que se torne grisáceo el panorama.*

En síntesis, en noviembre de 2012, dos menores, de dieciséis y catorce años, le quitan la vida, cruentamente, a otro, de quince años. Todos ellos eran estudiantes del colegio San Antonio de Abad, de Cusco.

En el proceso penal-familiar seguido contra los homicidas, se condenó a estos, en marzo de 2013, a la máxima pena posible: 6 años de rehabilitación en un centro especializado. Asimismo, al pago de una reparación civil de 60 mil soles en favor de los deudos.

El proceso estuvo a cargo de un magistrado de labor incuestionable, como el juez Edwin Béjar, quien no pudo tener en cuenta, por circunstancias de coincidencia temporal, toda la evolución que comenzaba a experimentar la tutela resarcitoria en los daños morales por muerte, gracias a la jurisprudencia penal, a partir de la sentencia del "caso Dutra", de septiembre de 2012, donde, por primera vez, se concedió una reparación civil por 1 millón de soles, a los deudos de un joven fotógrafo, que perdió

la vida, atropellado por una coaster afiliada a la ruta que gestionaba la tristemente célebre empresa "Orión".

Los deudos de la víctima, sus progenitores, que no se constituyeron como parte civil en el proceso anterior, demandaron un resarcimiento de 10 millones de soles, en vía civil, contra los homicidas, sus padres, y el Arzobispado de Cusco, como gestor del colegio. Empero, la suma que se les ha concedido, pasada más de una década de litigio, no supera los 40 mil soles.

Podrá sostenerse que un dictamen como este es similar a una infinitud de pronunciamientos en causas semejantes. Sin embargo, la controversia suscitada es grande, no solamente por el tiempo transcurrido en el proceso, sino porque —como recordó Juan Espinoza Espinoza en su intervención en la Audiencia— la administración de justicia ha concedido recientemente, en el caso de la pérdida de una mascota (un can), la suma inédita de 50 mil soles.

Es claro que el problema no es que se valore en 50 mil soles la vida —y la compañía— de una mascota, menos ahora que se postula, muy seriamente, por notables investigadores de nuestro tiempo, como el finlandés Visa Kurki, la personalidad jurídica de los semovientes y la posibilidad de considerarlos parte de una familia, sino la circunstancia de que el dolor por la pérdida de la vida de un ser humano se estime en una cifra menor.

E.M.: A propósito de lo que usted menciona, y quizá apartándome momentáneamente del eje central de nuestro diálogo, quisiera plantearle la siguiente inquietud: ¿considera usted que este tipo de escenarios, es decir, casos en los que bienes jurídicos de la más alta relevancia dentro de nuestro ordenamiento, como la vida humana (incluso con expreso reconocimiento constitucional) son resarcidos con montos inferiores a los otorgados por la afectación de otros intereses que, si bien pueden calificarse como valiosos, presentan una menor trascendencia jurídica objetiva, se debería a una falta de conocimiento y de adecuado empleo de la jurisprudencia y de los precedentes existentes en materia de cuantificación o estimación del daño moral por parte de propia magistratura?

L.L.: *Sí, tu observación es exacta. Si existiera realmente una jurisprudencia nacional apta para ser considerada como fuente del derecho, debería ser conocida y aplicada*

de manera general y sistemática por los magistrados ¿no es verdad? No se entendería cómo un juez, que debe estimar, hoy, el dolor de una persona por la pérdida de su animal de compañía, puede desconocer que sus colegas, ayer, han hecho lo propio, pero por cierto monto, y bajo determinados criterios, en el caso, por ejemplo, de una familia donde uno de los progenitores o hijos ha fallecido.

Ese conocimiento, que en un espacio de jurisprudencia-fuente del derecho, debería constituir una obligación de todo juez, de cuyo incumplimiento surgiría una responsabilidad, por lo tanto, sería fundamental para lograr dos objetivos: percatarse, por un lado, si se está de acuerdo —como yo lo estoy—, de la evolución de los conceptos de personalidad jurídica y familia, y distinguir, por otro, el pretium doloris *en dos supuestos destinados a permanecer distintos aun cuando los animales alcancen el reconocimiento de personas ("personas para el derecho", entiéndase bien) no-humanas.*

Por eso, no obstante la exaltación de la argumentación jurídica ("argumentología", en muchas ocasiones), que lleva más de dos décadas de implantada como moda, y presentada casi como una aptitud imprescindible en la que deben capacitarse nuestros jueces, pero sin haber logrado su declarado objetivo (y justificación, en su momento) de mejorar los pronunciamientos judiciales, no se ha llegado a reparar en la importancia del conocimiento de la jurisprudencia, y la urgencia de su sistematización, por canales oficiales, de conocimiento público, para poder pensar, recién, de cara a un futuro que parece estar muy lejos, en una jurisprudencia forjada sobre los cimientos dispuestos por los propios jueces.

Para el caso tratado en la Audiencia, hay importantes, aunque escasas, sentencias pasadas, en las cuales la administración de justicia ha reaccionado frente a las contravenciones y entuertos con un enfoque sancionador de la tutela resarcitoria, viabilizado por los daños morales. Que esos "precedentes", que lo son de verdad, por la justicia que los inspira, y que tienen mayor fuerza vinculante que cualquier otro, no se conozcan o no se tomen en cuenta, sería inexcusable. A la magistratura nacional se le puede dispensar, cómo no, de no conocer las últimas sentencias de los tribunales de Alemania, Francia, Italia o Estados Unidos, pero no de prestar atención a los dictámenes domésticos. Esta es la razón por la que, más que en argumentación o razonamiento probatorio, otra de las modas recientes, se debería trabajar en sistematizar los fallos pasados al interior de los pronunciamientos actuales, y en generar capacidades para que las decisiones se elaboren "para ser sistematizadas". ¿Qué es más valioso? ¿Un fallo con raptos académicos sobre las corrientes de argumentación o sobre razonamiento probatorio (recordemos el desastre del X Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema

de la República, con sus 423 notas a pie de página), o uno que rinda cuenta y se sustente en la evolución de nuestra propia jurisprudencia?

E.M.: Profesor, volviendo al tema que nos convoca, recuerdo que, durante su participación, usted comenzó mencionando que, atendiendo a la convocatoria realizada por la Sala Civil Transitoria, el centro del debate se ubicaba en el denominado "daño moral"; sin embargo, en nuestro medio no existe una precisión uniforme, ni en jurisprudencia ni en doctrina, sobre la noción que le asiste a este tipo de perjuicio. En ese sentido, quisiera saber: ¿cuál es el alcance conceptual que usted podría ofrecer al daño moral?, y, además, ¿cuáles serían las razones que validarían tal definición?

LL: El daño moral es, en los términos más simples, el que afecta un interés "moral", o sea, inmaterial —en francés, lo "moral" es lo contrario a lo "material"—, que, por la misma razón, por sus connotaciones, no es susceptible de una valorización económica directa, a diferencia de lo que ocurre con las voces del daño material: el daño emergente y el lucro cesante.

Fue y sigue siendo una voz de daño concebida para ampliar las fronteras del resarcimiento hasta espacios ajenos a las pérdidas económicas y réditos frustrados; un fruto de la apreciación de que los eventos dañosos aparejan también consecuencias espirituales, psicológicas, imposibles de medir con parámetros contables, ni con el lenguaje de los activos, pasivos, flujos de capital.

Esta definición, de incuestionable raíz francesa, y con toda su simplicidad, otorga al concepto una notable amplitud, a un punto tal que lo hace capaz de abarcar un universo de perjuicios, que comparten la referida característica de la imposibilidad de ser cuantificados con métodos de cálculo exactos (o casi exactos) y objetivos: del dolor o padecimiento anímico que es provocado por un evento dañoso, incluso si lesivo de intereses materiales, que es el daño moral en sentido estricto ("subjetivo", como lo llaman en la experiencia italiana), a los atentados contra derechos de la personalidad. ¿Hay una escala para tasar el daño a la reputación de una persona, a su identidad, que es el derecho a la verdad histórica o a ser uno mismo, como escribiera en una de sus últimas obras, el recordado profesor Guido Alpa, o al libre desarrollo? No.

Así lo entendió siempre y pacíficamente nuestra doctrina, hasta la promulgación del Código Civil vigente. Basta leer la exposición de motivos del libro de Obligaciones, a cargo de Felipe Osterling Parodi, para constatarlo, o el comentario de Fernando de

Trazegnies Granda sobre las normas de responsabilidad extracontractual. En cuanto a la jurisprudencia, por casi cien años, todos los pronunciamientos en materia de responsabilidad civil por accidentes de tránsito o de trabajo, aun cuando limitadamente difundidos, en revistas muy prestigiosas —pero que, injustamente, no se consultan más—, se ciñeron a ese entendimiento. Cada vez que un magistrado o colegiado, formado en los años universitarios con materiales de enseñanza impresos, recupera esa visión, por la flexibilidad que la identifica, y la altísima calidad de la bibliografía que la sostiene, es imposible no apreciar una suerte de "reminiscencia": una noción que continúa flotando en el ambiente.

Se supone —solo se supone— que la doctrina debería contribuir a volver menos enrarecido el panorama sobre las categorías, para estudiantes, docentes, abogados, jueces. En nuestro medio, da la impresión de que hubiese ocurrido lo contrario. En lugar de sistematizar el desarrollo alcanzado, un segmento de autores que han escrito con respecto a la nueva codificación civil, uniformado por su subvaluación (o ignorancia) de la experiencia previa, ha planteado nuevas sistematizaciones, cada cual más alambicada que la otra, de los daños resarcibles.

Una víctima de esos esfuerzos privados de sentido y de consideraciones pragmáticas, ha sido el daño moral, al que se pretende degradar, encapsulándolo como subespecie de cierto "daño a la persona", otra categoría de contornos inciertos, importada nada más que como etiqueta, privada de su valor original, del derecho italiano, y a la que se hizo sitio, en una inolvidable muestra de precariedad de la labor legislativa, en el artículo 1985 del Código Civil.

Aclaro, con todo, que no me parece que el daño moral tenga necesidad de defensores ni de reivindicaciones en la actualidad, ni entre nosotros ni en ninguna parte. Eso lo distingue, con nitidez, de otras voces de daño, que no tienen su recorrido histórico, como el daño al proyecto de vida, pero que han engendrado pintorescos fanatismos ("hooliganismo" y "trollismo", en varios casos), impropios en el ambiente académico.

Ningún ordenamiento, dentro de la familia internacional del Civil Law, *ha prescindido del daño moral. Solo en nuestro escenario latinoamericano, en 1994, cuando se celebraban, en un gran congreso internacional organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, al cual acudí como estudiante, por cierto, por los diez años del Código Civil peruano, el civilista argentino Jorge Mosset Iturraspe, postuló que el daño moral debía desaparecer de los códigos civiles y ser reemplazado por el daño a la persona. Ese despropósito fue seguido, casi de inmediato,*

por Carlos Fernández Sessarego y hoy, por increíble que resulte, se le puede encontrar en páginas de autores contemporáneos que perdieron la brújula.

Lo sorprendente es que, con posterioridad a esa audaz afirmación, Mosset Iturraspe, a quien encontramos, junto a Rómulo Morales Hervias, muchos años después, en un congreso celebrado en Huancayo, y con quien departimos sobre varios temas de común interés, dedicó nuevos estudios y obras sistemáticas al denostado daño moral, y no discrepó de su consagración en el actual Código Civil y Comercial, vigente desde el año 2015, donde se acoge la clasificación de los daños en materiales y morales (por ejemplo, en el artículo 744, donde se excluye del campo de la responsabilidad patrimonial del deudor, los resarcimientos que correspondan a este último "por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad física"). Hoy, en la jurisprudencia del vecino país, cuando los jueces conceden resarcimientos por daños lesivos de algún proyecto de vida, lo hacen en el ámbito de los daños morales.

En Argentina, la también desaparecida Matilde Zavala de González escribió, con ironía, que no conocía daños, en el mundo de la responsabilidad civil, que no fueran "a la persona". Esas son las lecciones que, por el llamado a la reflexión que las alienta y que comunican, deberían ser conocidas entre nosotros.

E.M.: Es innegable la importancia de atender a los antecedentes normativos, jurisprudenciales y doctrinarios, tanto nacionales como provenientes de aquellos ordenamientos extranjeros que han influido en el nuestro, a fin de comprender con mayor rigor el alcance real de las categorías jurídicas empleadas en sede judicial para la resolución de controversias. Sin embargo, como usted acaba de señalar, en el Perú persiste una corriente de opinión que concibe el daño moral en un sentido estrictamente restringido, circunscribiéndolo al dolor o sufrimiento subjetivo. En ese contexto, ¿considera usted que esta divergencia conceptual constituye una discusión puramente teórica y carente de relevancia práctica en el ámbito de la tutela resarcitoria, o que, por el contrario, posee una incidencia sustantiva en la protección efectiva de los derechos subjetivos de naturaleza inmaterial? En particular, ¿estima que dicha controversia carece o goza de un impacto real en los casos concretos de responsabilidad civil, como aquel que motivó la audiencia de vista de la causa celebrada el pasado 24 de septiembre?

L.L.: *Por supuesto. En el último dictamen, previo a la llegada de la causa a la Corte Suprema, el resarcimiento concedido a los deudos del menor fue —como hace un*

momento recordábamos— una extraña combinación, en la misma proporción económica, de daño moral en sentido estricto, pretium doloris*, con daño a la persona entendido como daño al proyecto de vida. En la Audiencia, Ronald Cárdenas Crenz subrayó ese error, atendiendo a la línea jurisprudencial, correcta, que descarta el daño al proyecto de vida en los casos de muerte (del titular del "proyecto"). Incluso los más destacados defensores de esa categoría, como Carlos Calderón Puertas, comparten esta perspectiva.*

¿Cuál es el problema de fondo? Como los magistrados perciben que, ante la muerte, como fuente de daño moral para los deudos, el resarcimiento no debe ser escaso ni simbólico, el camino que siguen para cuantificarlo sin subvalorarlo (o al menos con ese propósito) es el de echar mano a varias categorías de daño. En otras palabras, para que el resarcimiento no se vea inconsistente, los jueces del caso en cuestión toman en cuenta, como tú bien sabes, un "lucro cesante" por la muerte, si se trata de la pérdida del progenitor que sostenía económicamente a la familia (eso es lo que yo llamo "daño por desamparo", no es lucro cesante, porque el sustento de un progenitor, cónyuge o hijo, no admite ser comparado con una utilidad o rédito), un "daño moral" por el dolor producido por el fallecimiento, y, en la sentencia de mérito que comentamos, un "daño a la persona" por el proyecto de vida frustrado del estudiante asesinado.

Esa vía no es exacta ni aconsejable. Por el contrario: alienta la proliferación de voces de daño resarcible, un vicio al que se debe, ni más ni menos, el nacimiento del "daño a la persona" en versión peruana, y luego, del "daño al proyecto de vida". La tutela resarcitoria no depende, de ninguna forma, de la ampliación del catálogo de daños resarcibles.

En cambio, si solo nos concentramos en el daño moral, y se hace un esfuerzo por entender bien su noción y funciones, resulta que nos encontramos ante la única categoría de daño resarcible (sin discusión, dado su reconocimiento legal) capaz de ser depositaria de la función sancionadora o punitiva de la responsabilidad civil. ¿Has escuchado alguna vez que el resarcimiento por daño emergente o lucro cesante se pueda incrementar por el repudio de la conducta del responsable? Estoy seguro de que no. Pero si te pregunto: ¿Conoces casos en los cuales los magistrados, de forma confesa o no, han otorgado al daño moral un significado de sanción? La respuesta es en sentido contrario: sí hay, y en nuestro medio también, muchos casos en los que esa interpretación ha prevalecido. Los casos "Dutra" y "Oyarce", y los de violencia de género, que mencioné en mi intervención, y a los que podríamos sumar muchos otros, así lo acreditan. Es reconfortante que no sea necesario recurrir, en cuanto a este

punto, a ejemplos de experiencias foráneas, porque la evolución se ha presentado en nuestra propia jurisprudencia.

E.M: Precisamente sobre ese tópico, algo que llamó particularmente mi atención durante su intervención fue el énfasis que usted puso en la importancia de no pasar por alto la función que podría cumplir el resarcimiento del daño moral, esto es, la de carácter sancionatorio o punitivo en específicos supuestos. En ese contexto, quisiera formularle dos preguntas, una de alcance general y otra de corte más específico: (i) ¿por qué resulta relevante, en el marco de la labor de cuantificación, contar con claridad acerca de la función que habrá de desplegar el resarcimiento en el escenario dañoso concreto?; y (ii) ¿cuál es el impacto de asumir una función sancionatoria o punitiva del resarcimiento por daño moral en la determinación de su cuantía o estimación económica?

L.L.: *Bueno, es una función "que puede cumplir" el resarcimiento del daño moral. Tú sabes que es muy importante ser precisos en los términos, por la tendencia a la generalización que existe entre nuestros autores. Son los hechos concretos de cada caso, como fluye de tu pregunta, los que condicionan el recurso a perspectivas sancionadoras en este ámbito.*

Un sistema en el cual el resarcimiento de los daños morales cumpliera solamente una función sancionadora debería excluir esta tutela, para garantizar su coherencia, en las controversias que se someten a reglas de responsabilidad que no se fundan en la culpabilidad. Por ejemplo, si una persona es obligada a resarcir a otra por aplicación de los criterios de imputación del riesgo o la exposición al peligro (artículo 1970 del Código Civil), al no tener ninguna incidencia para ello su grado de culpabilidad, ¿cuál sería la razón para sancionar al responsable? Si en aquellos casos se habla, hasta hoy, de "responsabilidad sin culpa" (y, en más ocasiones, con inexactitud, de "responsabilidad objetiva"), ¿cuál sería la base conceptual para integrar al contenido del resarcimiento alguna suma por daños morales en esas hipótesis?

Empero, y esto ha sido consecuencia de otra evolución que no podemos abordar ahora —salvo que así lo plantees—, nadie niega hoy que también en los casos de responsabilidad por riesgo o exposición al peligro, o ligados con otros criterios de imputación distintos de la culpabilidad, el daño moral, si estuviere presente y fuese constatado, debe ser resarcido, aunque con límites, porque sin culpabilidad de por medio, las posibilidades de incrementarlo, son menores, y quedan condicionadas, por

ejemplo, al reproche social de ciertas conductas: la explotación de recursos a costa de la depredación del medio ambiente, por ejemplo. Nuestra legislación no hace ninguna distinción al respecto, y donde la ley no distingue, como se sabe, el intérprete tiene atadas las manos, como garantía de la certeza del derecho.

Trazegnies Granda fue el primero en advertir que, como en Francia, el resarcimiento del daño moral podía cobrar la faz de una pena privada ("multa", la llamó él). Todas las veces en que nuestros jueces han concedido resarcimientos por daños morales, por ejemplo, en atención a las causas de un divorcio, lo hacen considerando el reproche a la conducta del responsable por la disolución del vínculo matrimonial (quien cometió adulterio, o actos de violencia física o moral, quien desamparó, etcétera).

Lo mismo ocurre en el campo de los accidentes de trabajo. En casi dos décadas de observador de la marcha de la jurisprudencia laboral, esto es inobjetable: que los resarcimientos por concepto de daños morales (incluido el daño a la persona, naturalmente, y el inaplicable, pero omnipresente daño al proyecto de vida) son graduados, en su estimación, por el grado de culpabilidad apreciado en las infracciones del empleador contra sus deberes de protección de fuente legal (obligaciones de seguridad), o en la injusticia de los despidos. Esto ha llevado, como a todos nos consta, a que la jurisprudencia laboral, desde la más alta instancia, y utilizando mal el sistema de las opiniones plenarias, haya pretendido desprenderse, en las controversias sobre resarcimiento, de los criterios de imputación propios del incumplimiento de obligaciones, para crear —judicialmente, y, por lo tanto, sin valor vinculante— una responsabilidad "objetiva" del empleador, que se suma al desproporcionado sistema de responsabilidad civil en las relaciones de trabajo al que ya se había privado, en otro plenario, de la relación de causalidad, para crear —también judicialmente— una "garantía" (no una responsabilidad, porque si es garantía deja de ser responsabilidad) del empleador frente al trabajador por todo daño que sufra en el centro de labores o con ocasión de su trabajo.

¿Y en la responsabilidad civil de los establecimientos de salud y médicos? La situación es igual. La cuantía del resarcimiento de los daños morales depende, sea del grado de reproche contra el comportamiento profesional (por ejemplo, en los casos más sonados de daños ocasionados por cirujanos plásticos), o por la edad o sexo del paciente, o por el órgano lesionado. El impacto emotivo preciso (o sea, el daño en concreto, que es el único y exclusivo punto de referencia en los procesos por responsabilidad civil) se deja totalmente de lado y los daños morales por lesión de la integridad física no son diferenciados de los daños materiales (gastos) por el mismo evento, que deberían ser los más

importantes. Con el peligro, además, de que la magistratura se arrogue competencias —que no tiene, a menos que disponga de los debidos respaldos especializados— para juzgar, en sentido negativo, la actuación de los profesionales de la medicina.

Lo que falta, entonces, es encaminar esa función sancionadora que revelan los fundamentos de las sentencias de responsabilidad civil donde aparezcan los daños morales. Lo que no es dado es negar o rechazar de plano esa función, que, reitero, no puede ser cumplida por ninguna otra voz del resarcimiento.

Respecto de tu segunda interrogante, tengo la impresión de que el problema se presenta más en experiencias extranjeras que en la peruana. Reforzar la función sancionadora del daño moral, en el derecho de nuestro país, no significa promover la introducción de nada que se parezca a los punitive damages*. El hecho de que nuestra experiencia se haya visto engalanada, solo por algún tiempo, menos mal, por una tentativa tan famosa como fallida al respecto, imputable a un sector de los jueces supremos de la especialidad laboral, con consecuencias económicas graves para los empleadores —por las cuales ninguna autoridad ha asumido, hasta hoy, las responsabilidades correspondientes— demuestra que dicha figura, a diferencia del daño moral, necesita un acto de recepción en nuestro ordenamiento. Por remota que sea la posibilidad de que ello vuelva a pasar, tendrá que ser por intervención del legislador, con un detallado complemento de directrices para su debida aplicación, y no por otro rapto de malhadado "creacionismo" judicial.*

E.M.: Manteniéndonos en la idea de que el daño moral puede cumplir funciones punitivas, recuerdo que algunos autores de la doctrina italiana (como A. Di Majo, C. Scognamiglio, A. M. Benedetti, M. Grondona, entre otros), con quienes desde hace ya varios años se mantienen sólidos puentes de diálogo en torno a la responsabilidad civil, han sostenido que negar el componente sancionatorio del resarcimiento por el daño no patrimonial (en su terminología) puede mermar la efectividad que se espera de esta forma particular de tutela, especialmente cuando los bienes jurídicos comprometidos son derechos inherentes a la persona humana. En esa línea, y considerando las graves y particulares circunstancias del caso materia de la Casación N.º 3977-2023-Cusco, ¿considera usted que solo a través del reconocimiento de la función punitiva podría alcanzarse un resarcimiento verdaderamente justo y efectivo?

L.L.: *Es una apreciación exacta, y me parece muy oportuno que lo recuerdes, y que subrayes la italianidad de la terminología "daño no patrimonial". Mientras más lejos nos ubiquemos de esa expresión, la claridad será mayor. En la jurisprudencia italiana se le ha reconocido "dimensión omnicomprensiva", a dicha categoría, lo cual ha dado lugar a incontables quebraderos de cabeza para los especialistas, especialmente a los industriosos en trazar nuevas especies de daño.*

Es lo que pasó con el daño existencial, que para ser considerado resarcible ha tenido que ser incorporado, por la virtud de la "omnicomprensividad", dentro de los daños no patrimoniales, en una experiencia donde, alguna vez, con enorme lucidez y visión sistemática, como ha escrito hace poco Mario Barcellona, Renato Scognamiglio explicaba, casi siete décadas atrás, que esos daños (del artículo 2059 del Código Civil italiano) no eran otros que los daños morales y los ocasionados a los bienes de la personalidad.

Ahora bien, para un panorama completo sobre el fondo de tu pregunta, quizás sea conveniente partir de la otra posición, que ha manifestado reparos frente a la importación de la "cultura" de los punitive damages. *Un antiguo y amplio conocimiento de los malos usos de dicha categoría, sobre todo en la experiencia estadounidense, gracias a las contribuciones de Giulio Ponzanelli, desde siempre preocupado en conciliar las perspectivas científicas con el marco normativo, el derecho "viviente" de los tribunales y las exigencias de la realidad, en Italia, ha servido de advertencia y de muralla, en concreto, frente al arribo de esas compensaciones sancionadoras.*

Las diferencias con el resarcimiento del daño moral saltan a la vista. Además de la ausencia de reconocimiento legal, los punitive damages *conforman una categoría autónoma en la liquidación del resarcimiento, y pierden todo contacto con el daño en concreto. Tienen un tratamiento legal especial, además, en el no poco relevante aspecto de la tributación.*

Otro problema, en Italia y otros países europeos, era la necesidad de definir cómo debían actuar los tribunales domésticos frente a pedidos de ejecución de sentencias estadounidenses donde se concedían sumas (las más de las veces, exorbitantes) por punitive damages. *Algunos pensaban que reconocerlas y ejecutarlas era contrario al orden público nacional.*

Cuando nuestros jueces supremos laborales hicieron su experimento de introducción de "daños punitivos" —como, equivocadamente, los llamaron—, no pretendieron, en modo alguno, derogar el resarcimiento de los daños morales. Las sentencias emitidas

durante la breve vida de esa "innovación" —llamémosla así— siguieron conteniendo resarcimientos por daños morales a trabajadores accidentados, sea como pretium doloris*, sea como compensaciones por daños a la integridad física (resarcidas como daños emergentes), y resarcimientos por daño al proyecto de vida, considerado como homónimo del daño a la persona. Todas estas figuras convivieron, sin confundirse entre ellas. Para su deslinde, fue de mucha utilidad, el criterio adoptado para efectos de la cuantificación de los "daños punitivos": al depender ese cálculo de índices, no solamente se "nacionalizó" (o "folclorizó") la categoría, sino que se le diferenció, para siempre de los* punitive damages *propiamente dichos, que no conocen esos métodos de valorización*.

Volvamos a la experiencia italiana. Otra cuestión que hizo dudar de la admisibilidad de la función punitiva, pero también de la desincentivadora, del resarcimiento, fue la imperiosidad de tener en cuenta el funcionamiento de los seguros. ¿Cuando se contrata una póliza de seguro para cubrir los daños que puede ocasionar cierta actividad (construcción, transporte de mercaderías, ejercicio de actividades riesgosas en general, etcétera), está incluida esa parte del resarcimiento, concedido por los tribunales, que no busca reparar tales daños, sino desincentivarlos para el futuro o sancionar al responsable? No es un asunto baladí en un ordenamiento que, a diferencia, del nuestro tiene un sistema de seguros con vasta incidencia —y consideración por parte de la doctrina especializada— en la interacción entre sujetos privados.

Claudio Scognamiglio, justamente, es un autor de un estudio que tuve presente para intervenir en la Audiencia. Es un texto que tiene quince años pero que goza de plena vigencia. Él, luego de explicar las posibles consecuencias de una exaltación de las funciones de sanción y prevención del resarcimiento, y de descartarlas en los casos de responsabilidad "sin culpa" u "objetiva", las reafirma para el caso de las contravenciones dolosas, intencionales. Y el supuesto, claro está, de las lesiones o atentados contra los derechos de la personalidad, es identificado claramente como uno de los urgidos de enriquecimiento con este enfoque.

No se trata, naturalmente, de fundamentar una perspectiva peruana, antigua en mi caso, con una solución lúcida, como la propuesta (para una realidad diferente) por el eminente civilista, a quien acabo de comentar, en persona, esta singular pertinencia de su opinión para ayudar en el análisis de un caso peruano. Lejos de consolidar una dependencia cultural, estas referencias son útiles, como siempre lo han sido, para aproximar nuestras experiencias, en la evaluación de problemas comunes, aun

cuando el sistema codificado italiano, constituido por "daños patrimoniales" y "no patrimoniales", no sea coincidente con el nuestro.

Tornemos, entonces, al caso que nos ocupa. ¿No estamos acaso ante un evento dañoso imputable a un proceder doloso? Por supuesto que sí: fue un homicidio cruel, premeditado, con violencia pocas veces vista. ¿No es ese tipo de conductas las que justifican, como piensa Scognamiglio, una apertura frente a la función sancionadora y preventiva de la tutela resarcitoria (mediante los daños morales, en el derecho peruano)?

Y ¿para qué ligar los daños morales con la función sancionadora en casos como estos? Porque es en casos como estos, justamente, que la responsabilidad civil recobra su tarea de modeladora de la conducta humana. Si el problema, aunque no se le haya identificado en voz alta en esta ocasión, como habría sido conveniente, es el de encontrar salidas para que el resarcimiento de los daños por la muerte de un ser querido sea cuantificado por nuestra magistratura en cifras que no ofendan la conciencia social, que concuerden con el grado de culpabilidad y la gravedad del evento, y que no subvalúen, finalmente, valores fundamentales como la vida o la integridad física de las personas, la respuesta se encuentra, como ha acontecido ya en las demás ocasiones recordadas, en la función sancionadora de la responsabilidad civil, mediante los daños morales, en los casos de contravenciones teñidas del criterio de imputación dolo.

E.M.: Llegados entonces a este punto, profesor, y habiendo reflexionado ya sobre la función del resarcimiento por daño moral, quisiera preguntarle: ¿cuáles estima usted que deberían ser los criterios que la judicatura debería considerar al momento de imponer un resarcimiento que no solo sea razonable y equitativo, sino que, además, esté alineada con la escala de valores que caracterizan nuestra colectividad? Me gustaría, si fuera posible, que pudiera referirse tanto a criterios generales como a aquellos que serían especialmente relevantes en el caso concreto materia de la Casación N.º 3977-2023-Cusco.

L.L.: *Tú mismo lo señalas: "razonable y equitativo", pero, a la vez, correspondiente a la "escala de valores" de la colectividad. Menuda tarea para nuestros jueces, pero también para los autores interesados en el tema, porque ese es el tipo de compromisos que la academia no puede renunciar a cumplir.*

Imitando al Código Civil italiano, el peruano adopta el criterio de equidad como método de cuantificación del resarcimiento aplicable en todos los supuestos en que la cuantía del daño no pueda ser probada. No hay discusión sobre el hecho de que

el resarcimiento de los daños morales es siempre un caso que se encuadra en esta solución, porque al tratarse del resarcimiento de daños a intereses "inmateriales", la valorización objetiva, en cifras precisas, es imposible.

Y hablar de "criterio de equidad" supone tomar en cuenta, para fijar el quantum *resarcitorio, de aspectos como los, antes mencionados, del grado de culpabilidad del responsable y la gravedad de la contravención. Es justificado que quien comete un daño de forma intencional pague un resarcimiento incrementado por su proceder doloso, a diferencia de lo que ocurriría en el caso del que lo comete por negligencia.*

Hay que estar atentos, sin embargo, porque esto no quiere decir que el dolo pese más que la culpa. En el régimen de la responsabilidad extracontractual del Código Civil peruano, el dolo se equipara a la culpa y la culpa no conoce grados (artículo 1969). El criterio de equidad lleva, en realidad, a "incrementar", "aumentar", el resarcimiento por dolo, a agregar algo más a la cifra, justificadamente (o sea, lo que buscan los jueces en convocatorias como las de esta ocasión) pero los niveles básicos de resarcimiento se mantienen iguales entre los casos de dolo y culpa, cuando se trata de responsabilidad civil extracontractual.

En lo que atañe a la gravedad de la contravención, hay que remitirse a los orígenes del daño moral, y tenerlos presentes siempre, para preservar su vinculación con la represión de conductas intolerables para la sociedad. Si en algún momento, el resarcimiento superó su función reparadora de los daños, para extenderse al campo de la "organización social", en atinadas palabras de Pier Giuseppe Monateri, fue porque existía —y existe— un cúmulo de comportamientos que la ciudadanía no está dispuesta a soportar: de la seducción con promesa de matrimonio, a la lesión del honor y reputación, del desprecio por la vida humana, a la trata de personas (más, todavía, si se trata de menores de edad), del comercio de derechos de la personalidad (incluidos los derechos morales de los autores) a la violación de las normas de tutela de las personas frente a la manipulación de su información, del chantaje sexual a la violencia de género, de los actos de discriminación por motivos de raza, religión, tendencia sexual, a los ataques de trolls *o* haters, *como los que abundan, lamentable (pero casi siempre graciosamente), en el mundo universitario local.*

Otros aspectos para considerar son la reincidencia de la inconducta, naturalmente, y la posición económica de la víctima. Por un error de comprensión, superable pero que sigue arraigado en nuestra práctica, los magistrados entienden este último aspecto a la inversa: los guía, al señalar la cuantía del resarcimiento, la posición económica

del dañador. En la Audiencia, Wilder Tuesta Silva señaló, oportunamente, el punto. Por ese camino, podríamos terminar en un contexto en el cual los inescrupulosos, que nunca faltan, apunten a hacerse pasar por damnificados, o a sufrir daños, inclusive, cuando tengan como contraparte a un imputado con recursos que, idealmente, podrían cubrir pretensiones resarcitorias exorbitantes. En el tristemente recordado caso del menor autista, atropellado en las líneas del ferrocarril, el resarcimiento del daño moral por la muerte del ser querido fue concedido a su progenitora, no solo desconociéndose la ausencia de la relación de causalidad adecuada (impuesta por el artículo 1985 del Código Civil), y el hecho del propio damnificado, como factor eximente o atenuador de la responsabilidad, sino aplicando una doctrina de deep pocket*, injusta y sin sustento en nuestro derecho.*

Finalmente, y esto fue objeto de una pregunta de la vocal Carmen Julia Cabello, en casos como el tratado en la Audiencia, existe otro aspecto a tomar en cuenta, que es el característico de los atentados contra las relaciones parentales. Cuando los padres pierden un hijo, o fallece uno de los cónyuges, o los hijos pierden a uno de sus progenitores, la familia, como valor, es agredida. En nuestra Constitución, la familia en sí misma es tutelada. La ruptura abrupta de la relación familiar debe ser considerada, por lo tanto, como criterio de cuantificación de los daños morales cuando la contravención analizada sea una de fallecimiento de un integrante del grupo familiar.

Viceversa, cuando ese vínculo familiar no exista, porque el progenitor nunca se haya ocupado de sostener económica y espiritualmente a sus hijos, o haya abandonado a su esposa, o si los hijos nunca atendieron las necesidades de su progenitor enfermo o adulto mayor, el resarcimiento de los daños morales deberá reducirse, o excluirse, inclusive, si los hechos del caso lo justifican. De esta manera, por cierto, es que nuestros magistrados analizan las causas de responsabilidad civil por muerte de un familiar, con acertada (pero, según parece, inconsciente) intuición.

E.M.: No quisiera culminar esta rueda de preguntas sin consultarle un aspecto que también fue abordado por varios de los *amicus curiae* durante la audiencia: me refiero al tema de la resarcibilidad del daño *iure hereditatis*. Y es que, frente al fallecimiento de una persona, parece haber consenso en torno a la configuración de los llamados daños reflejos o por rebote, lo que se traduce en el derecho de los deudos a reclamar la compensación por el daño moral subjetivo que ellos mismos padecen, es decir, mediante una acción *iure proprio*. Sin embargo, ese

consenso no parece extenderse con igual claridad al supuesto en que se pretende el resarcimiento de los distintos perjuicios sufridos por la víctima directa antes de su muerte, indemnización que es solicitada por sus sucesores a través de una acción *iure hereditatis*. En atención a ello, y considerando que en el caso materia de evaluación no se encuentra en discusión que el menor fue sometido a actos de tortura por parte de sus agresores antes de fallecer, ¿estima usted que, de ser el caso y dadas las condiciones procesales, los progenitores tendrían derecho legítimo a obtener un resarcimiento por concepto de daño moral *iure hereditatis*?

L.L.: *Bien. Con esta interrogante podemos disipar el temor, comprensible, frente a las llamadas "duplicaciones" (en el Perú, quizás "triplicaciones") resarcitorias, relacionadas con los daños morales.*

El resarcimiento de daños por lesiones de derechos de la personalidad corresponde, desde luego, a sus propios titulares: la persona cuya integridad física, intimidad, identidad, ha sido vulnerada. Pero cuando una persona fallece como consecuencia de un evento originador de responsabilidad civil (el fait générateur*, "hecho generador", del que habla la doctrina francesa, para facilitar la comprensión de su típica referencia al "hecho de las cosas" y al "hecho humano", que aparece, por ejemplo, en una famosa monografía de Marc Puech, publicada a comienzos de los años 70 del siglo pasado) se aniquila un bien de la personalidad: la vida humana. Y surge la pregunta: ¿quién es el titular para obtener el resarcimiento por ese daño?*

*Los deudos no son los titulares. A ellos les corresponde, como tú indicas, un daño reflejo (*par ricochet*, siempre según el lenguaje francés). El perjuicio les alcanza indirectamente: ellos sufren por la pérdida de su ser querido. El dolor, padecimiento anímico, desasosiego, es una secuela del evento "muerte". Es un daño moral en sentido estricto, que habrá de disiparse con el paso del tiempo (como la psicología ha demostrado, no dura por siempre).*

Para lograr este resarcimiento, los familiares deben demostrar el vínculo. Es incorrecto que los jueces peruanos exijan, como prueba, la declaratoria de herederos, porque el Código Civil indica (artículo 1984) que los titulares de la acción son los miembros de la familia, y éste es un concepto mucho más amplio que el de "sucesores". Los abuelos forman parte de la familia, por ejemplo, pero podrían no tener la calidad de herederos del fallecido. ¿No conforman una familia, además, las parejas del mismo sexo? Por supuesto, y ello, con total independencia de la circunstancia de si se regula o no el

matrimonio igualitario. Y luego de acreditado el vínculo, la magistratura, a tenor del mismo marco normativo, puede graduar el resarcimiento según la "magnitud" del daño y el "menoscabo" producido. No hay palabras más precisas para darnos la idea de la amplitud de criterio que se permite a la magistratura para cuantificar estos daños.

Es por esta licencia concedida a la magistratura que veo difícil la implantación de un sistema tabular para el cálculo del resarcimiento de los daños morales en sentido estricto. Si la cuantía de este resarcimiento dependiera de una tabla, ¿cómo podrían los jueces cumplir con la ley, que los compromete a tomar en cuenta la magnitud del daño y el menoscabo producido a la familia de la víctima? En la Audiencia, Jorge Beltrán Pacheco se refirió a las tablas, pero estas se usan para la cuantificación de los daños a la integridad física, según distintos criterios (tipo de lesión, edad de la víctima, grado de discapacidad producido, etcétera), y no al pretium doloris. *Solo que, para no dejar cabos sueltos, se predica, en la experiencia italiana, por ejemplo, que el daño moral se calcule como un porcentaje de lo que se conceda por daños a la integridad física (o sea, por* danno alla persona*), bajo la idea de que nunca el* pretium doloris *puede ser superior a la suma que se otorgue por la lesión misma a la salud, como bien de la personalidad.*

En un reciente debate internacional con colegas de Argentina, por invitación de la Asociación Civil Thémis, los profesores Lidia Garrido y Pascual Alferillo coincidían conmigo en advertir los peligros del sistema de tablas. El peor de todos, que en el Perú ocasionaría resultados negativos desde cualquier punto de vista, es que los magistrados dejarían de enfocar el daño en concreto, el daño efectivo, el daño real, para pasar a concentrarse en lo que diga la tabla. Creo que eso, como se ha denunciado en otras experiencias, como la española (aunque sin fortuna), hace que el sistema pueda ser catalogado de inconstitucional. Una de las conclusiones de la obra reciente de Bruno Tapia, quien ha investigado los aspectos probatorios del daño moral, es que un sistema de "baremos", como los llaman en España, nos alejaría tanto de la discrecionalidad como de la prudencia de la estimación judicial.

Quizás lo único favorable de las tablas es que se terminaría la discusión sobre el resarcimiento del daño al proyecto de vida, que se vería exiliado definitivamente de nuestro derecho, porque si hay algo indiscutible, es que esta pretendida especie del daño a la persona (o sinónimo del daño a la persona, ya no se sabe), no admite ser encajada en ningún cálculo predeterminado.

Hasta allí llega el análisis, pero hay un apéndice relacionado con tu pregunta. Tú has mencionado la transmisión iure hereditatis *del daño moral. Bueno, en los ordenamientos donde se ha criticado la cuantificación puramente simbólica de los daños morales por muerte, en un intento técnico de incrementar los montos, se postuló que la lesión de la vida, considerada en sí misma, al no poder ser reclamada por el titular del derecho —el difunto— podía ser objeto de reclamo por parte de sus herederos. En este razonamiento está la razón de la confusión (de la mala lectura, realmente) de nuestros jueces al solicitar la declaratoria de herederos, porque ese no es el sistema seguido en nuestra legislación.*

Este es el daño que, en algún momento, en la experiencia italiana, recibió el nombre de "daño tanatológico", donde la pérdida de la vida era considerada como un componente autónomo del resarcimiento. Sin embargo, el ejercicio fue objeto de fuertes críticas, por el incremento irregular de los resarcimientos que se promovía con la nueva categoría.

*Lo que sí se ha admitido —y me referí al punto en mi participación en la Audiencia—, es que el resarcimiento de los daños morales puede y debe ser incrementado en los casos de muerte no inmediata de la víctima como consecuencia del evento. Si la muerte es el punto final de una tortura, o de una patología provocada por el evento, de manera que el fallecimiento se produce como punto final de una agonía, los jueces están legitimados para conceder a los deudos, como parte del resarcimiento de los daños morales, un incremento basado en la comprobación de que se ha producido un "daño catastrófico" (*danno catastrofale *o* danno da lucida agonia*, dicen los italianos), que se estima y puede ser reclamado por los demandantes. En este supuesto sí hay una transmisión a los deudos del derecho que tenía la víctima, por su sufrimiento antes de expirar, al resarcimiento por aquel tipo de daño.*

E.M.: Profesor, le reitero mi más sincero agradecimiento por la generosidad de su tiempo y por la claridad con la que ha compartido sus valiosas reflexiones a lo largo de esta entrevista. No tengo duda de que sus aportes contribuirán de manera significativa al debate respecto de uno de los tópicos más complejos de la responsabilidad civil, como lo es la cuantificación de los daños morales, más aún en el marco de un caso tan trágico y doloroso que se aguarda la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema pueda resolver con la justicia que amerita ¿Le gustaría compartir algunas palabras finales para concluir?

L.L.: *Nada más. Soy yo quien te está agradecido.*

Doctrina Nacional

Año III, N.° 3
Diciembre, 2025
ISSN: 2961-2853

La responsabilidad civil del abogado litigante

José Luis Parada Gonzales*,**

Sumario

1. Introducción. 2. El abogado. 2.1. Etimología. 2.2. Concepto. 2.3. Breve revisión histórica. 2.4. Tipos de abogados. 2.5. El ejercicio de la abogacía. 3. Naturaleza jurídica de la responsabilidad civil del abogado. 3.1. Responsabilidad contractual y extracontractual. 3.2. Obligación de medios o de resultados. 4. Elementos de la Responsabilidad Civil del Abogado. 4.1. La antijuricidad. 4.2. El daño. 4.3. Nexo Causal. 4.4. El Factor de Atribución. 4.4.1. Dolo. 4.4.2. Culpa. 4.5. El cálculo del monto indemnizatorio y la pérdida de la chance. 5. Estándar de diligencia de un abogado litigante. 6. Supuestos de Responsabilidad Civil del Abogado. Violar el deber de información del cliente. 6.1.1. No informar sobre la existencia de una vía procesal para formular una pretensión o para cualquier otro acto. 6.1.2. No informar sobre la marcha de un proceso. 6.1.3. No informar al cliente sobre la inviabilidad de una demanda. 6.1.4. No entregar al cliente la documentación del proceso. 6.1.5. No comunicar en debido tiempo al cliente la necesidad de consignar o avalar ante el Juzgado el monto de la condena. 6.2. Prescripción de la acción. 6.3. Abandono del proceso. 6.4. No interposición de recursos legales o improcedencia de los mismos. 6.5. No ofrecimiento y pérdida de pruebas. 6.6. Inconductas procesales. 6.7. Medidas cautelares innecesarias o maliciosas, y sobre los bienes de terceros. 6.8. Actuaciones incorrectas de fondo

* Abogado y Maestro en Derecho Civil por la Universidad Católica de Santa María. Título de Segunda Especialidad en Derecho Procesal Constitucional y Administrativo. Profesor Ordinario de Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María. Socio Principal de Parada & Gamarra – Estudio Jurídico . Correo institucional: jparada@ucsm.edu.pe. Código ORCID: https://orcid.org/0000-0002-0356-7606

** Parada, J. (2025). La responsabilidad civil del abogado litigante. *Revista Especializada en Responsabilidad Civil. (3), 41-82.*

Resumen

El presente artículo examina la naturaleza jurídica y alcances de la responsabilidad civil del abogado litigante. Diferencia los supuestos contractuales de los extra-contractuales. Precisa el contenido de sus elementos configurativos. Asimismo, propone un estándar de diligencia aplicable al "buen abogado litigante", a fin de establecer criterios objetivos que permitan diferenciar la contingencia propia del litigio de la negligencia profesional. Finalmente, se analizan los principales supuestos reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia, con el propósito de fortalecer la seguridad jurídica en la relación entre el abogado y el cliente para contribuir a la consolidación de una práctica forense responsable.

Palabras Clave: Responsabilidad Civil, abogado litigante, diligencia profesional, teoría de la pérdida de chance.

1. Introducción

La profesión legal, desde sus orígenes, se ha centrado en la defensa de derechos e intereses ante los tribunales. Sin embargo, la labor del abogado se desarrolla en un sistema jurídico complejo, donde las normas y principios jurídicos admiten diversas interpretaciones y aplicaciones. Esta característica intrínseca del Derecho genera que los resultados de un litigio a menudo dependan de factores ajenos al control del letrado.

Por consiguiente, un resultado adverso para el cliente no implica necesariamente una mala praxis profesional. Esta realidad esencial hace imperativo establecer criterios claros para diferenciar la contingencia inherente a todo proceso judicial de la efectiva negligencia profesional.

De lo anterior surgen las interrogantes centrales que guían esta investigación: ¿en qué casos la actividad profesional del abogado se considera errónea?, ¿qué actuaciones pueden ocasionar daños a los clientes?, y ¿en qué supuestos existe la obligación de resarcir el daño?

El objetivo primordial de este artículo es responder a dichas interrogantes. Para ello, se determinará la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil del abogado y se analizarán sus principales supuestos. El estudio incluirá una revisión de los orígenes y el concepto de la abogacía, para finalmente descubrir el marco legal de la responsabilidad civil profesional en el contexto del ejercicio de la abogacía.

2. El abogado

2.1. Etimología

Según Cabanellas (1982), "la palabra abogado procede de la locución latina *ad-vocatus*, que significa llamado; porque los romanos acostumbraban a llamar en los asuntos difíciles, para que los auxiliasen, a personas que tenían conocimiento profundo del Derecho. También quiere decir patrono, defensor, letrado, hombre de ciencia, jurisconsulto y jurista".

2.2. Concepto

Para la Real Academia Española (2005), "Licenciado o doctor en derecho que ejerce profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos o el asesoramiento y consejo jurídico".

En opinión de Cabanellas (1982), "El que con título universitario legítimo y la habilitación profesional precisa ejerce la abogacía. El licenciado o doctor en Derecho. Al decir de la Academia, el perito en Derecho positivo que se dedica a defender en juicio, por escrito o de palabra, los derechos o intereses de los litigantes, también a dar dictamen sobre las cuestiones o puntos legales que se le consultan. En general, defensor de una causa".

Según el *Digesto*, "El papel del abogado es exponer ante el juez competente su deseo o la demanda de un amigo, o bien combatir la pretensión del otro".

En suma, se trata de una profesión que busca brindar asesoría jurídica a las personas que lo requieran, naturales o jurídicas, privadas o públicas, para que puedan tomar decisiones conforme a derecho, o asumir su patrocinio o defensa de sus derechos e intereses ante los tribunales administrativos o judiciales.

2.3. Breve revisión histórica

Para Tobar Gonzales (2005), "La abogacía fue en una primera época una actividad señorial cuya característica principal era la defensa de los derechos, bienes e intereses de las personas.

Los primeros antecedentes los encontramos en Sumeria, tres mil años antes de Cristo. Posteriormente, en el Código de Manú, se observa que los sabios ostentaban la facultad de ilustrar en leyes a los que requiriesen, para sostener una alegación ante autoridades y tribunales. Los hebreos, en el Antiguo Testamento, y los egipcios también recogían esta tradición. En estos primeros casos la abogacía no era aún una profesión, sino más bien una actividad social que constituía honor e influencia, pero no conllevaba remuneración. Posteriormente esta tradición pasó a Grecia y de ahí a Roma, y fue allí donde se convirtió en profesión, cuando el emperador Justiniano constituyó el primer colegio y obligó a su registro en él".

En una línea muy similar, Trigo Represas resume la historia de la profesión de la siguiente forma:

> Los orígenes más remotos de la abogacía se encuentran en una forma simple de asistencia. Entre los hebreos existían defensores caritativos que, sin ningún interés patrimonial, asumían la defensa de quienes no podían hacerlo por sí mismos. En Caldea, Babilonia, Persia y Egipto, los sabios solían hablar ante el pueblo congregando

> patrocinando sus causas. Y en Grecia, en una primera época, sus habitantes acostumbraban hacerse acompañar por amigos ante el Areópago u otros Tribunales, para que éstos con sus dotes de oratorias contribuyesen a hacer prevalecer sus derechos, sin recibir por ello retribución alguna.
>
> Empero, fue en Grecia, precisamente, donde más adelante la abogacía comenzó a tomar forma de profesión; pudiendo recordarse al respecto el hecho de que Solón quien por primera vez la reglamentó, (…) y el mismo Pericles, cuyo nombre quedó ligado al siglo más luminoso de la Grecia antigua, y a quien se ha señalado como el primer abogado profesional.
>
> Finalmente, también en Roma sucedió algo parecido. Al principio, la defensa en juicio constituía una resultante de la institución del "patronato", atento que el "patrono" se obligaba a defender a sus "clientes". Pero con el tiempo, la importancia que fue adquiriendo el derecho y la complejidad de sus instituciones, fueron determinando la necesidad de formación de técnicos especializados y jurisconsultos.
>
> Por ello es que bien se ha podido señalar, que: "en Roma la abogacía tuvo desde sus orígenes un carácter más técnico en lo que respecta al derecho. Más que la elocuencia fue la ciencia lo que distinguió al abogado; antes que el discurso y la peroración, el consejo profesional, el parecer jurídico. Roma, en efecto, legó al mundo casi todo el derecho actual". Y también la importancia atribuida en Roma a la "carrera" de "jurisconsulto", caracterizada por la existencia de una verdadera enseñanza y aprendizaje teórico que vino a sumarse a la práctica, que había sido lo único requerido por los primeros tiempos.

Tan alto llegó a ser entonces el prestigio de los 'abogados', que Justiniano los llegó a comparar con los guerreros: 'No creemos que en nuestro Imperio militen únicamente los que combaten con espadas, escudos y corazas, sino también los Abogados; porque militan los patrones que confiados en la fuerza de su gloriosa palabra, defienden la esperanza, la vida y la decencia de los que sufren. (Trigo Represas, 1987, pp. 21–23).

Para Cabanellas (1982), "En Roma las mujeres desempeñaron la profesión de abogado hasta que les fue prohibido por edicto, siendo que solamente se les per-

mitió abogar por sí mismas. Además, que el traje de los abogados romanos era la toga blanca; y la edad mínima exigida por el *Digesto*, para ejercer la abogacía, de 17 años (Lib. III, tít. I, frag. 1,5). Concluye indicando que los nombres de los abogados autorizados para actuar en los tribunales se inscribían en una tabla, por orden correlativo de su admisión, y podían ser borrados de ella por causa justa, cuando cometían una falta" (T. I, p. 35). Esta última característica en nada difiere con el ejercicio actual de la abogacía en casi cualquier parte del globo.

2.4. Tipos de abogados

En Roma ya existía una diferenciación entre los 'abogados' o *cuasidicus*, que eran los oradores encargados de las defensas judiciales; y los 'jurisconsultos', quienes se desempeñaban propiamente como 'consultores', que eran los hombres de confianza de la familia, sin cuyo 'consejo nada se concluía ni determinaba'. Estos últimos obtenían mayor renombre cuanto más fuese el número de consultantes, ya que precisamente tales consultas evacuadas iban conformando el *iure consultus*. (Trigo Represas, 1987, p. 20).

Asimismo, a los 'oradores' o abogados se les tenía en Roma tanta estima como a los 'jurisconsultos', y se los honraba con el título de 'patrones'. Por lo que se les conoció en su comento como *patronus*, que significaba 'protector', y de cuya voz se deriva la expresión actual de letrados 'patrocinantes'. También se les conocía como 'defensores', ya que su misión siempre ha sido la de defender a quienes intervienen en procesos judiciales. E igualmente se les conocía como 'oradores', dado que era a través de la oratoria que los mismos desplegaban toda la fuerza de sus conocimientos y de su elocuencia en el juicio oral, en favor de sus clientes. (Trigo Represas, 1987, pp. 20–21).

Para Trigo Represas (1987), "el sustantivo 'abogado' es, sin embargo, muy genérico. Comprende en principio a todas las personas que, luego de haber cursado la correspondiente carrera universitaria y aprobado todas las pertinentes pruebas de evaluación, han obtenido el diploma de 'abogado' que les otorga la respectiva alta Casa de Estudios" (pp. 20–21).

Como afirma Ossorio y Gallardo (2018), "la abogacía no es una consagración académica sino una concreción profesional, debiendo distinguirse entre quienes ostentan únicamente el título de licenciado y entre quienes también lo ostentan y ejercen la profesión permanentemente, siendo que a los primeros se les

debe considerar como 'licenciados en derecho', y como 'abogados' solamente a los segundos, concluyendo enfáticamente que 'quien no dedique su vida a dar consejos jurídicos y pedir justicia en los Tribunales será todo lo licenciado que quiera pero abogado no'" (pp. 19–24).

En esa misma línea, Trigo Represas (1987) sostiene que "en general, cuando se alude a la palabra abogado se hace referencia a quienes ejercen libremente dicha profesión; y más concretamente al 'abogado litigante', es decir, a aquél cuya misión consiste en promover y defender los derechos y los intereses de su cliente ante los organismos del Estado dotados de potestades jurisdiccionales, como lo son, principal, aunque no exclusivamente, los tribunales" (pp. 31–32).

Por otra parte, Trigo Represas (1987) explica que "la profesión actualmente puede revestir distintas modalidades, por lo que puede decirse que existen diversas clases de abogados. Están los que se ocupan de asesorar a organismos o entes, tanto públicos, como privados. También hay abogados que intervienen en la preparación o creación de normas jurídicas generales.

En tercer término, se pueden mencionar a los abogados que son los 'aplicadores oficiales del derecho', lo que comprende tanto a los jueces como funcionarios de la administración. Y están por último los abogados académicos, es decir, los juristas, los profesores y los investigadores en derecho" (p. 21).

Estando a lo señalado, si bien es cierto la noción de clásica o tradicional de abogado está referida al asesor y al litigante, hoy en día es muy claro que existen diversos tipos de abogados, como asesores, consultores, defensores, negociadores, académicos, funcionarios públicos, entre otros, cada uno de los cuales con funciones específicas y diferenciadas de los demás. Por lo que evaluar los criterios de responsabilidad civil de cada uno sería una tarea imposible para la presente investigación. Por tanto, el presente estudio se enfoca en la naturaleza jurídica y supuestos de la responsabilidad civil del abogado litigante, con especial atención en el abogado litigante en materia civil.

2.5. El ejercicio de la abogacía

El ejercicio de la abogacía es muy amplio y variado, y depende del tipo de abogado y de la actividad legal que se desarrolla. Bustamante Alsina, utilizando como criterio la actividad extrajudicial y la práctica judicial, refiere que la primera se exterioriza en el consejo legal o asesoramiento jurídico, en la intervención directa

en la formulación jurídica de un negocio o en los arreglos y transacciones que ponen fin a cuestiones litigiosas o dudosas; mientras que la segunda, la judicial, se realiza mediante el patrocinio letrado en una causa o la defensa de un proceso o ejerciendo la representación de las partes en función de procuradores" (Mosset Iturraspe, 2006, p. 43).

En ese sentido, la labor judicial del abogado requiere, sin lugar a dudas, de conocimientos, capacidad, ingenio, ponderación, prudencia, y dedicación, ya que la actuación del abogado lo lleva a ejecutar delicados actos de preferencia, a seleccionar hechos, normas y desarrollos argumentativos. De esas preferencias y elecciones depende siempre, en alguna medida, la suerte final del litigio.

El conocimiento logrado en los hechos y de su respectivo sentido, y el dominio conceptual previo de las estructuras normativas, de las instituciones jurídicas y de las definiciones conceptuales, le permitirán seleccionar los hechos en base a los cuales constituirá el caso, preparará la prueba, desarrollará la teoría aplicable y elaborará la argumentación destinada a convencer a los jueces de la razón que asiste a su cliente en el conflicto bajo consideración" (Trigo Represas, 1987, pp. 29–31).

Ahora bien, no se puede analizar a cabalidad la actividad profesional del abogado si antes no se tienen las notas características de su instrumento de trabajo, el derecho, que es un sistema complejo compuesto por elementos diversos como son las normas jurídicas, los principios, la jurisprudencia, la dogmática jurídica, las presunciones, las ficciones, los métodos de interpretación, los métodos de integración y las reglas procesales, por ejemplo, la carga de la prueba; los cuales son a su vez componentes del razonamiento jurídico utilizado por los abogados a la hora de resolver un caso.

Complementando lo anterior, el razonamiento jurídico no trabaja en el mundo de las certezas y de demostraciones, sino en un mundo de probabilidades y de ambigüedades. El hombre de Derecho no pertenece al país de lo categórico, sino al de lo discutible, donde todo está hecho con materia controvertida" (De Trazegnies, 1994, pp. 307–308).

De Trazegnies Granda (1994), explica que "en derecho no hay verdades irrefutables, sino perspectivas, enfoques o aproximaciones. Es por ello que dos abogados pueden defender leal y honestamente dos puntos de vista contrarios. Si hubiera una verdad en Derecho, uno de los abogados tendría que ser un ignorante (no

conoce suficientemente el derecho) o un pillo (porque sabiendo que no tiene la razón, aliente esperanzas falsas en su cliente, para cobrar un honorario)" (p. 308).

Ello es así en los casos complejos, más no en la totalidad de los mismos.

Concluye nuestro autor:

> De Trazegnies Granda (1994), señala que "si no hay verdades absolutas en Derecho, si la interpretación no nos ofrece una solución única posible, si la lógica sólo nos lleva a mostrarnos un haz de eventuales aplicaciones sin poder escoger entre ellas sobre la base exclusivamente de una deducción, entonces el jurista no puede demostrar su pretensión. Cuando defiende un juicio, cuando discute con el abogado de la parte contraria, cuando negocia, su papel no es el de geómetra que apela exclusivamente a la razón y demuestra incontestablemente la verdad propia y el error del otro. El jurista tiene que persuadir, tiene que enamorar, tiene que promover la adhesión del otro a su propia posición" (pp. 310–311).

Salvo la precisión realizada en líneas anteriores, esto es, que no en todos los casos existe ambigüedad o desacuerdo, suscribimos plenamente lo señalado por el profesor Fernando de Trazegnies Granda, por la fuerza de sus razones que se constata con la realidad de la práctica jurídica.

Podemos concluir entonces que el abogado se desempeña a nivel judicial o extrajudicial. Para un adecuado ejercicio profesional se requiere cocimientos especializados y actuales, creatividad, habilidades argumentativas y diligencia profesional. En el ejercicio de la abogacía pueden coexistir válidamente dos puntos de vista antagónicos, debido a las diversas posibilidades de interpretación y aplicación de las normas jurídicas; por tanto, en determinados casos, si el cliente obtiene un resultado desfavorable, ello no siempre será imputable al actuar del letrado.

3. Naturaleza jurídica de la responsabilidad civil del abogado

Mosset Iturraspe (2006) señala que lo específico o peculiar de la responsabilidad de abogados y procuradores "tiene que ver con el 'material' que abogados y procuradores manipulan: normas, usos y costumbres, principios generales, el ordenamiento jurídico, en fin: 'ciencia blanda', 'arte de lo justo', sujeto a inter-

pretación y aplicación por hombres, donde toda anticipación es mera conjetura" (p. 42).

3.1. Responsabilidad contractual y extracontractual

Como en el caso de la responsabilidad profesional, la responsabilidad civil del abogado puede ser por incumplimiento de obligaciones (o mal llamada contractual) y extracontractual.

Estamos frente a un supuesto de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones o contractual, cuando media un vínculo preexistente entre el agente del daño y el perjudicado o víctima, el cual, generalmente, es un contrato que contiene la voluntad de las partes; mientras que en el caso de la responsabilidad extracontractual o aquilina, no media vínculo alguno entre las partes, siendo que la obligación de reparar deviene directamente de la ley, del principio de no dañar a otro, y no de la vinculación de las partes por voluntad propia.

En el campo extracontractual, encontramos a todos aquellos supuestos en los que no exista un vínculo o relación previa entre el abogado y el perjudicado, como por ejemplo los daños que el abogado causa con su actuación a la parte contraria o a terceros, siendo más específicos, imaginemos que un abogado traba un embargo sobre el bien de un tercero que nada tiene que ver con la relación jurídica sustantiva, lo que le ocasiona graves daños. En ese supuesto, si se comprueba que el abogado actuó con dolo o culpa, conforme a lo exigido por el artículo 1969 del Código Civil, deberá responder por los daños y perjuicios causados al tercero. Otro caso podría ser el del abogado que aconseja y elabora un contrato simulado para "proteger" los bienes de su cliente frente a un cobro; en este supuesto habrá responsabilidad extracontractual frente al acreedor de su cliente, ya que el acto de disposición del patrimonio por él aconsejado y ejecutado perjudicará o retrasará el cobro de la acreencia.

Los daños que causa un abogado de oficio también se encuentran dentro de esta categoría.

Por otra parte, en la mayoría de casos de responsabilidad civil del abogado nos encontraremos frente a supuestos de responsabilidad contractual, pues es el cliente quien contrata a un abogado para que le absuelva una consulta, elabore un contrato, lo acompañe a una diligencia, prepare un informe legal o lo patrocine en un proceso judicial, y como contraprestación por el servicio brindado

el cliente se compromete a abonar los honorarios que se pacten con el abogado. En todos estos casos el cliente se vincula contractualmente con el abogado a través de un contrato de locación de servicios, contemplado en el artículo 1764 del Código Civil, siendo que el mismo puede ser verbal o escrito pues la ley no prevé formalidad alguna para su celebración.

Los casos de responsabilidad contractual consistirán, conforme a la regla general establecida en el artículo 1321 del Código Civil, en el incumplimiento total de la obligación, el cumplimiento parcial, el cumplimiento tardío o el cumplimiento defectuoso.

Ahora bien, el debate surge respecto al incumplimiento de los deberes profesionales o deontológicos, que están regulados en los distintos ordenamientos procesales, el estatuto del Colegio de Abogados al cual se encuentren afiliados y el Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú, pero cuya observancia no ha sido incorporada como obligación en el contrato de locación de servicios profesionales.

Es el caso del abogado que no pacta expresamente con su cliente, que deba guardar el secreto profesional; no obstante, este deber está tipificado en el Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú.

En ese sentido, nos planteamos las siguientes interrogantes: ¿si dicho deber no está referido directamente como obligación en el texto del contrato y el abogado difunde información personal del cliente, estamos frente a un supuesto de responsabilidad extracontractual o contractual?, ¿al tratarse de la infracción deber regulado en una norma de obligatorio cumplimiento y se causa daño, conforme al artículo 1969 del C.C. nos encontramos frente a un caso de responsabilidad extracontractual?

La respuesta a estas interrogantes ha sido esbozada en el artículo "La Responsabilidad Civil de los profesionales" de Parada & Gamarra (2023), quienes, a partir de las reflexiones del profesor Gastón Fernández Cruz, sostienen que la obligación constituye una relación compleja, en la cual el deudor no sólo está compelido a ejecutar la prestación principal, sino también a observar determinados deberes de protección orientados a salvaguardar intereses y bienes del acreedor que podrían verse afectados con la ejecución de la prestación objeto de la relación obligatoria, distintos al bien materia de la prestación.

En esa misma línea, Palacios Martínez (2006) advierte que el profesional es deudor de un deber complejo que comprende deberes de protección y seguridad,

los cuales se añaden a la estructura central de la prestación principal dirigida al cumplimiento del encargo profesional. Entre estos deberes se destacan la confidencialidad y la información, ambos derivados de la cláusula general de la buena fe prevista en el artículo 1362 del Código Civil. De esta manera, coincidimos en que la inobservancia de tales deberes profesionales debe enmarcarse dentro del ámbito de la responsabilidad civil contractual (pp. 387-388).

Por tanto, en caso de violarse o vulnerarse los referidos deberes de protección, la responsabilidad que se originaría sería de tipo contractual. Estos deberes de protección pueden provenir de la ley o de la cláusula general de la buena fe, contenida en el artículo 1362 del Código Civil.

3.2. Obligación de medios o de resultados

Consideramos, como se ha explicado en el artículo de Parada & Gamarra (2023) sobre la responsabilidad civil de los profesionales, que resulta incorrecto clasificar las obligaciones en categorías rígidas de medios y de resultados, pues toda obligación exige, al mismo tiempo, de la puesta en práctica de determinados medios y de la obtención de un resultado. Lo esencial es advertir que quien contrata lo hace con la finalidad de satisfacer una necesidad que no puede cubrir por sí mismo y, en consecuencia, siempre espera de su deudor un resultado útil.

En esa misma línea, Fernández Cruz (1995) sostiene que si la obligación es ante todo un vehículo de cooperación humana mediante el cual un sujeto que ha experimentado una necesidad, busca satisfacerla a través de la cooperación de otro sujeto que tiene aquello que aquél no posee, resulta claro que un acreedor, para ser tal, siempre espera "algo" de su deudor. Ese "algo", no es otra cosa que el bien o utilidad que le procura el deudor por medio de la prestación, por lo que siempre existe un resultado en toda obligación (p. 60).

Coincidimos con dicha postura, por cuanto permite superar la artificiosa clasificación tradicional y comprender que, en toda obligación, lo relevante es la satisfacción efectiva del interés del acreedor a través de un resultado idóneo y útil.

Ahora bien, ¿cuál es el resultado útil?, por ejemplo, en el caso de las obligaciones que asume un abogado. Será distinto en cada tipo de servicio que se contrata. Si se contrata a un abogado para que redacte un informe legal, el resultado útil para el cliente consistirá en que éste sea entregado en la fecha oportuna, que esté sustentado en normas legales vigentes, que se haga referencia a jurisprudencia

actual, y que el razonamiento jurídico del letrado sea lógico y correcto; de versar el informe sobre un caso en el que pueden existir diversidad de criterios y soluciones, el abogado puede adoptar cualquiera de ellas, debiendo mencionar al cliente que existen otras posibles soluciones para el caso, pero que adopta una de ellas en función a su razonamiento y experiencia legal. En lo indicado consiste el resultado útil en este tipo de servicio legal, es decir que no se cumple con la obligación únicamente con la entrega del informe, sino que debe existir una evaluación de su idoneidad o utilidad para el comitente o locatario

En el caso del patrocinio de un proceso judicial, el resultado útil no consiste en la victoria del proceso judicial, pues, ello no está en las posibilidades del abogado, sino de los jueces, o sea, en manos de terceros; y a pesar que el abogado haya actuado diligentemente, a través de formular correctamente su demanda, aportar medios de prueba suficientes, realizar un excelente informe oral, entre otros; si el juez de la causa decide, por razones de derecho (entendiendo que se trata de una disciplina donde puede existir más de una respuesta correcta), o por razones extralegales (colusión con la parte contraria, por ejemplo), no darle la razón al abogado, no existirá responsabilidad en su actuar, pues a lo que se compromete el abogado en la tramitación de un proceso judicial, por su naturaleza y porque el resultado depende de un tercero, es a mejorar sus posibilidades de éxito. En ese sentido, la victoria del proceso judicial jamás podrá constituirse como el objeto de la prestación profesional, ni tampoco como el resultado útil esperado por el cliente, que no debe confundirse la expectativa del cliente, con el objeto real de la obligación; es por ello que, en este tipo de obligaciones, sólo existirá responsabilidad cuando la labor del abogado no se ajuste al estándar de diligencia debido para el patrocinio de un proceso judicial.

Ahora bien, el estándar de diligencia, tendrá como base al "buen abogado litigante", lo cual nos ayudará a determinar los supuestos de responsabilidad civil del abogado, como se desarrollará en la parte final del presente capítulo.

Por último, debemos incidir que el resultado útil que el abogado litigante aportará a su cliente, y reiteramos, está constituido por la mejora de las posibilidades de éxito en el proceso judicial, y no por la expectativa del cliente, del triunfo en el mismo –ponemos énfasis en ello, pues en la medida que los clientes y la ciudadanía entiendan ello, se evitarán conflictos profesionales y mejorará la percepción general de los abogados–. Ahora bien, este resultado útil se podrá evidenciar objetivamente de la comparación que deberá realizarse entre el es-

tándar de diligencia del "buen abogado litigante" y la actuación desplegada por el letrado en el proceso.

4. Elementos de la Responsabilidad Civil del Abogado

4.1. La antijuricidad

Tenemos que la antijuricidad es una conducta (hecho jurídico humano voluntario) que contraviene o viola el sistema jurídico entendido como un todo, o sea que la violación puede ser de una norma prohibitiva expresa, de los principios que inspiran el ordenamiento jurídico o los deberes impuestos por la voluntad de las partes en un contrato. En ese sentido, la antijuricidad no es típica, salvo en los supuestos de incumplimiento (responsabilidad civil contractual), en la que necesariamente tendrá que tratarse de un incumplimiento total, o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Trigo Represas indica que "en el caso concreto de los profesionales, la antijuricidad puede producirse, además, por violación a las específicas normas especiales referentes al ejercicio de la profesión de que se trate, que establezcan deberes (positivos) de la conducta o modos de obrar, o determinen prohibiciones (deberes negativos)" (1987, p. 133).

En ese sentido, la antijuricidad en los casos de responsabilidad civil del abogado está constituida, adicionalmente de lo pactado con el cliente en el contrato de prestación de servicios profesionales, por toda violación a las normas que regulan el ejercicio de la abogacía, las cuales, en el ordenamiento jurídico peruano, se encuentran principalmente en los ordenamientos adjetivos o procesales, en los Estatutos de los Colegios de los Abogados y en el Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú.

4.2. El daño

El daño es la lesión a todo derecho o interés jurídicamente protegido. Puede ser: patrimonial (lucro cesante y daño emergente) y extrapatrimonial (daño moral y daño a la persona).

Nuestro ordenamiento civil establece que, en caso de responsabilidad contractual se puede reparar el daño patrimonial y el daño moral; mientras que en la

responsabilidad extracontractual se puede solicitar la reparación de los daños señalados, más el daño a la persona.

Mosset Iturraspe plantea la siguiente interrogante respecto al daño ocasionado por un abogado litigante: "¿Si se hubiera hecho bien aquello que se hizo profesionalmente mal, el resultado hubiera sido otro?" (2006, p. 73). Esta es una primera consideración que se debe efectuar a fin de verificar si el daño es atribuible al abogado o no.

Ahora bien, Sierra Rodríguez afirma:

> Serra Rodríguez sostiene que, dado que la obligación del abogado consiste en llevar a cabo una actividad jurisdiccional, "el cálculo de la posibilidad de éxito o de fracaso de la pretensión ejercida por el abogado es una tarea sumamente compleja, ya que el resultado positivo o negativo del litigio puede depender de múltiples factores ajenos al incumplimiento o al cumplimiento de las obligaciones que incumben al profesional abogado, al empleo de la más exquisita diligencia, existiendo, por tanto, un margen a la discrecionalidad" (2006, citado en Mosset Iturraspe, 2006, p. 74).

Albanés Membrillo destaca que varios factores pueden influir en un resultado adverso, como "la ocultación de datos por parte del cliente, el error judicial o la inexistencia de razón o de derecho en el cliente", y resalta que "se podría fácilmente incurrir en responsabilidad no porque no prospere la acción ejercitada sino porque no se haya informado correctamente al justiciable las posibilidades que prospere dicha acción" (2006, citado en Mosset Iturraspe, 2006, p. 74).

Consideramos correcto lo señalado por los autores citados, pues para poder establecer si la actuación del abogado causó o no el daño, además de su negligencia se deben considerar los aspectos ajenos al dominio del abogado litigante, como son la información y pruebas suministradas por el cliente, los argumentos y pruebas de la parte contraria, y la actuación por parte del juez, que en muchos casos puede incurrir en error.

A su vez, la actuación profesional puede ocasionar todos los tipos de daños reconocidos por nuestra normatividad, daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante), como extrapatrimonial (daño moral y daño a la persona).

4.3. Nexo causal

El nexo causal o relación de causalidad es un elemento fáctico, relación causa-efecto, entre el actuar antijurídico del agente y el daño que sufrió la víctima. Debe estar presente tanto en los casos de responsabilidad extracontractual, en lo que se ha adoptado la teoría de la causa adecuada; como en la responsabilidad contractual, en lo que el daño debe ser consecuencia inmediata y directa del incumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de la obligación por parte del deudor.

En ese sentido, cuando un abogado se vincule contractualmente con un cliente, el nexo causal estará constituido por la causa inmediata y directa que origine el incumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de la obligación contraída; por ejemplo si se contrata a un abogado para asistir a una audiencia, y éste no concurre, ocasionando al cliente pérdida de tiempo y dinero al cliente, es claro que el daño causado al cliente es consecuencia inmediata y directa del incumplimiento del abogado. En materia extracontractual, el nexo causal obedece a la teoría de la causa adecuada.

Ahora bien, sobre el tema Parellada acota:

> Parellada señala que la complejidad aumenta en los casos de responsabilidad profesional, dado que "el factum sindicado como dañoso es un hecho técnico o científico, cuyo dominio pertenece al profesional y no al cliente (…) el abogado es quien diseña la estrategia jurídica del caso que presenta o defiende, conoce las opiniones doctrinales y tendencias jurisprudenciales. (…) El cliente del profesional es –normalmente– un ignorante del campo científico o técnico en que se mueve su contratante" (1987, citado en Trigo Represas, 1987, p. 136).

Coincidimos con Parellada, en el sentido que, por la propia naturaleza de la actividad profesional del abogado, el cliente se encuentra en una situación de desventaja para poder determinar si la actuación de su abogado fue la que le ocasionó el daño o no, en razón a que en un proceso judicial también interviene la parte contraria y el Juez, y la disciplina jurídica en muchas ocasiones admite diversas interpretaciones, por lo que ante un resultado adverso es difícil poder

determinar finalmente quien causó el daño. Lo que complica el establecimiento del nexo causal en los procesos de responsabilidad civil.

4.4. El Factor de atribución

4.4.1. Dolo

En nuestro caso, existirá dolo cuando la actuación profesional del abogado esté encaminada deliberadamente a causar daño a su cliente o un tercero.

Puede presentarse un supuesto de dolo, por ejemplo, cuando la parte contraria convence al abogado de su adversario para que no presente un recurso el recurso de apelación dentro del plazo, a cambio de una suma de dinero. Esta inacción dolosa del abogado, no presentar la apelación, perjudicará gravemente los derechos e intereses de su cliente.

En el caso de terceros, se puede presentar cuando un abogado, a sabiendas, traba una medida cautelar sobre los bienes de un tercero que no tiene relación alguna con el proceso judicial, a fin de asegurar la pretensión de su patrocinado. Otro supuesto, como se refirió anteriormente, es aconsejar y ejecutar un contrato simulado para beneficiar a su cliente y perjudicar o dificultar el cobro de la deuda de su acreedor.

Para que se configure el factor de atribución dolo, el abogado debe estar completamente consciente del daño que se va a ocasionar y direccionar su voluntad y actuar legal, a fin de perpetrar el referido daño.

4.4.2. Culpa

La culpa, en resumen, es negligencia (ausencia de diligencia), imprudencia (obrar precipitadamente sin prever las consecuencias del actuar irreflexivo) o impericia (desconocimiento de las reglas y métodos de una determinada ciencia).

La culpa puede clasificarse en culpa leve y culpa inexcusable.

La culpa leve es la omisión de la diligencia propia de un "buen padre familia". Si extrapolamos dicho concepto, tenemos que en un abogado incurre en culpa leve cuando su actuar no se ajusta al de un "buen abogado".

Ahora bien, respecto a la culpa inexcusable, siguiendo los conceptos de la responsabilidad en general, la culpa inexcusable está referida únicamente a la

diligencia propia de la absoluta mayoría de hombres, o al desconocimiento de los principios o pautas básicas de una actividad o disciplina. Es decir, si comete un error grave o grosero.

Nuevamente, si se traslada este concepto a nuestra materia, tendríamos que el abogado incurre en culpa inexcusable cuando su actuar no se ajusta al de la absoluta mayoría de los abogados, o si en su ejercicio profesional desconoce los fundamentos o principios básicos de la ciencia jurídica o de la especialidad en la que se desempeña. Por ejemplo, dejar de apelar en el plazo establecido por ley o presentar una demanda luego de transcurrido el plazo de caducidad o prescripción.

Ahora bien, según la interpretación restrictiva del artículo 1762 referida en "La Responsabilidad Civil de los Profesionales" (Parada & Gamarra, 2023), los abogados, en casos simples y casos de dificultad media, responden por los daños causados a sus clientes a título de culpa leve, culpa inexcusable y dolo. No obstante, en los casos de especial dificultad sólo responden por los daños causados a título de dolo o culpa inexcusable.

A criterio nuestro, sin pretender que se trate de un listado *numerus clausus*, creemos que en la labor del abogado litigante nos encontramos ante asuntos de especial dificultad cuando:

a) Ante un mismo hecho existen diversas calificaciones jurídicas.

b) Las normas jurídicas tienen sentidos interpretativos contrarios o diversos.

c) Existen varios criterios jurisprudenciales, sin que se haya establecido un precedente vinculante.

d) Se evidencian casos de vacío o deficiencia de la ley.

e) Nos encontramos frente situaciones de hecho complejas o de difícil probanza.

f) Se formulan varias pretensiones complejas en una misma demanda.

g) La defensa de la parte contraria contrapone argumentos fácticos y/o jurídicos sólidos.

Por tanto, ante estos supuestos, conforme al artículo 1762 del C.C. el abogado sólo responderá por dolo o culpa inexcusable, y no por culpa leve. Por ejem-

plo, ¿cuándo nos encontramos frente a culpa inexcusable (desconocimiento de principios básicos) en los casos que la ley admita interpretaciones diversas? Consideramos, que ello será así si el abogado realiza una interpretación *contra legem* o si el sentido que le atribuye al texto de la ley no se sustenta en un método de interpretación jurídica. En cambio, si el letrado sustenta con argumentos sólidos el método de interpretación elegido y el sentido que le da a la norma es lógico y conforme a los principios del orden jurídico, no responderá si su demanda es desestimada por un juez que no comparta su criterio jurídico.

A su vez, se debe tener presente que, conforme al artículo 1330 del Código Civil, el cliente perjudicado deberá acreditar el dolo o la culpa inexcusable; ello es lo contrario a lo que sucede cuando se trata de culpa leve, pues, según el artículo 1332 del Código Civil, la culpa leve se presume y se produce un supuesto de inversión de la carga de la prueba.

4.5. El cálculo del monto indemnizatorio y la pérdida de la chance

Por otra parte, surge el problema del cálculo del monto indemnizatorio, el cual es planteado correctamente por Colombo:

> Colombo explica que, aunque la frustración de un negocio jurídico por un asesoramiento deficiente o la pérdida de un juicio por errores imputables al abogado constituyen un daño cierto, "la indemnización, sin embargo, no puede consistir en el importe de la operación no concretada o en la suma reclamada en la demanda desestimada, por ser éstos resultados que de todas maneras dependían igualmente de otras circunstancias ajenas al profesional, y ya no se sabe y no se podrá conocer nunca si en otras condiciones el negocio se hubiera concluido, o si la sentencia judicial habría sido o no desfavorable" (1987, citado en Trigo Represas, 1987, p. 175).

Estando ante esta disyuntiva, el autor Trigo Represas propone acertadamente como alternativa para el cálculo del monto indemnizatorio la teoría de la pérdida de chance:

> Siendo ello así, el resarcimiento en tales casos ha de consistir más bien la pérdida de una "chance" o posibilidad de éxito en las gestiones, cuyo mayor o menor grado de probabilidades habrá de depender,

> en cada caso, de sus especiales circunstancias fácticas, ya que la "*chance" es sustantiva en sí misma, y la mera probabilidad de obtener una ganancia o ventaja lleva de por sí implícito un valor indiscutible*. Cazeaux precisamente menciona como ejemplo clásico de pérdida de un "chance", el caso del abogado o procurador que dejan perimir un juicio, o no interponen los recursos pertinentes contra una sentencia adversa, agregando sin duda el resultado del pleito es siempre incierto, pero en la concurrencia de factores pasados y futuros, necesarios y contingentes, "*hay indiscutiblemente una consecuencia actual y cierta, y es que a raíz del acto imputable se ha perdido una "chance", oportunidad o probabilidad,* por la que debe reconocerse el derecho a exigir reparación.
>
> Trigo Represas explica que el resarcimiento por la pérdida de una "chance" o posibilidad de éxito no es un daño hipotético, sino que posee un valor sustantivo, y que la indemnización debe basarse en un balance razonado de probabilidades, pues "la mera probabilidad de obtener una ganancia o ventaja lleva de por sí implícito un valor indiscutible" (1987, p. 176).

Coincidimos con el autor que la pérdida de chance se deberá verificar del grado de probabilidades y del caso concreto. En la actuación del abogado, por ejemplo, debemos precisar en cuanto al grado de probabilidades en la actuación del abogado, que éstas son mayores si se realizan todas las defensas, que si ello no ocurre. O, si nos encontramos frente a un caso en el que la sentencia de primera instancia y la de segunda son desfavorables para el cliente, y el abogado no interpone recurso de casación y deja consentir la sentencia de vista, si bien su negligencia es grave, consideraos que la pérdida de la chance podría ser menor, pues el número de casos que la Corte Suprema acoge favorablemente son muy pocos.

Aunque el desarrollo detallado de la pérdida de la chance queda fuera del alcance de esta investigación, cabe señalar que esta teoría ha sido adoptada tanto por la jurisprudencia extranjera como por la Corte Suprema del Perú, como lo demuestra su pronunciamiento en el único caso encontrado sobre responsabilidad civil del abogado (Corte Suprema de Justicia de la República, 2011).

Procedemos a detallar los principales hechos del caso y fundamentos de la Corte Suprema.

Se trata de un proceso de obligación de dar suma de dinero que la Empresa Nacional Pesquera Sociedad Anónima en Liquidación – Pesca Perú, interpuso en contra del abogado de iniciales G.C.D.M., a efecto que éste último cumpla con pagar a la empresa la suma de S/ 105,000.00 más los intereses devengados y que devenguen. La demandante sustenta su pretensión señalando que con fecha 01 de Agosto del 2000 suscribió con el abogado un contrato de locación de servicios para que el referido profesional patrocine los procesos judiciales laborales y civiles de la empresa, siendo que en una de sus cláusulas se pactó que el letrado asumiría la responsabilidad por la no interposición o interposición extemporánea de recursos de impugnación, y en caso de no hacerlo debería cubrir todo el costo que pudiera originar a la empresa. Dentro del referido contrato se le encomendó al abogado el patrocinio del proceso laboral interpuesto por el trabajador de iniciales M.F.O. en contra de la empresa Pesca Perú.

Es el caso que, el letrado dejó consentir la sentencia de primera instancia que declaraba fundada la demanda del referido proceso judicial, ordenando a Pesca Perú el pago de la suma de S/ 105,000.00 a favor del señor M.F.O. La empresa señaló que el abogado actuó con negligencia, notándose un manejo deficiente por parte del profesional en la tramitación del proceso, causándole perjuicio económico.

El abogado al contestar la demanda señala que el proceso judicial le fue encargado cuando éste ya se encontraba en despacho para sentencia, y que el domicilio procesal fue fijado en el despacho de otro abogado, y no en el de la empresa, por lo que no pudo tener conocimiento de la sentencia, siendo que era responsabilidad del abogado anterior, devolver la cédula de notificación.

La sentencia de primera instancia declaró fundada la demanda en todos sus extremos, señalando que el letrado habría vulnerado el artículo 25 del Código de Ética de los Colegios de Abogados y lo pactado en el contrato, lo cual por mandato de los artículos 1361 y 1362 era de obligatorio cumplimiento, configurándose así el supuesto previsto en el artículo 1321 del Código Civil, resultando exigible la obligación de responder por los daños y perjuicios.

La parte vencida (el abogado de iniciales G.C.D.M.) apeló la sentencia, siendo que la Sentencia de Vista confirmó la sentencia, basándose en que el abogado actuó en forma negligente, pues no realizo la oportuna variación de domicilio procesal, ni realizó actuación alguna para solucionar la situación de que no le llegaban las

notificaciones, por lo que no brindó un patrocinio eficiente del proceso. A su vez señala la Sala que, si bien es cierto que el abogado anterior no cumplió con devolver las notificaciones, ello no exonera de responsabilidad al demandado, toda vez que está acreditado su actuar con culpa inexcusable.

El abogado interpuso recurso de casación, siendo que la Corte Suprema al expedir la sentencia Casatoria Nº 2632-2011-LIMA, señala que, en términos doctrinarios, en la denominada responsabilidad civil del abogado, la "teoría de la pérdida de chance" o también conocida como "la doctrina de la pérdida de oportunidad", ha resultado ser una herramienta de gran utilidad, para delimitar de manera óptima los daños que se originan en aquella chance u oportunidad frustrada como consecuencia de la falta de diligencia o comportamiento negligente de un letrado en el ejercicio profesional.

Continúa la Sala Suprema señalando que, la teoría de la pérdida de chance o de oportunidad, alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona que se encontraba en situación de poder conseguir un provecho o una ganancia o de evitar una pérdida, se ha visto impedida de ello por el hecho o conducta de otro sujeto, generando por consiguiente la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido o no, pero al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o posibilidad de ventaja patrimonial.

Ahora bien, citando a Osterling Parodi, la Sala Suprema refirió que la indemnización por pérdida de chance no se identifica con la utilidad dejada de percibir sino que lo resarcible resulta ser la chance misma, la que debe ser apreciada según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta sin que pueda nunca identificarse con el eventual beneficio perdido, esto es, que el daño indemnizable será la valoración razonable efectuada por el órgano jurisdiccional, de la privación de la esperanza del afectado. La pérdida de chance deberá ser cierta por causa del hecho del tercero, por lo que resultará necesario acreditar que existía tal oportunidad.

En el caso concreto, corresponde que el Juez de grado inferior realice el examen pertinente de autos, conforme a la doctrina de la pérdida de chance, por lo que corresponde declarar fundado el recurso de casación, y en consecuencia nula la sentencia de vista e insubsistente la sentencia de primera instancia, ordenando que el Juez A Quo emita un nuevo pronunciamiento.

Respecto a la resolución materia de análisis, sobre el tema de fondo, o sea, sobre la adopción de la doctrina de la pérdida chance como criterio para calcular el monto indemnizatorio en casos de responsabilidad civil del abogado, estamos completamente de acuerdo, en razón a que la victoria del proceso judicial no está en manos del abogado, sino de un tercero que es el Juez, y por tanto no se pude tener certeza del resultado, a menos que éste se haya producido efectivamente.

Finamente, sobre lo decidido por el *a quo* y el *ad quem*, no consideramos justo que se obligue se traslade la totalidad del monto de una pretensión al abogado, cuando éste no formó parte de la relación jurídico sustantiva materia del proceso judicial en el cual el abogado intervino. Por tanto, consideramos justo que se realice una ponderación entre el grado de probabilidad de victoria en el proceso judicial, en razón a la privación cierta de dicha probabilidad a causa de mala praxis del letrado.

5. Estándar de diligencia de un abogado litigante

Para Mosset Iturraspe (2006), la aceptación del encargo del abogado implica cumplir con varios requisitos fundamentales:

a) Evaluar desde su perspectiva profesional, como un "buen abogado medio", la viabilidad jurídica de la pretensión.

b) Exponer ante el juez todos los hechos proporcionados por el cliente sin omisiones ni distorsiones, ya que sustentan la pretensión.

c) Asegurar que la pretensión esté respaldada por el ordenamiento jurídico a través de alguna de sus fuentes.

d) Actuar con prudencia, diligencia, celo y dedicación en el ejercicio profesional. Revisar con detalle todos los elementos probatorios disponibles para el caso.

Lo señalado por nuestro autor es correcto, pero es insuficiente para poder establecer el estándar de diligencia de un "buen abogado litigante".

Un buen abogado litigante debe conocer la normatividad sustantiva, los precedentes vinculantes de su especialidad, y las principales líneas jurisprudenciales de los tribunales, para poder encausar correctamente la pretensión de su cliente.

Un buen abogado litigante debe conocer a profundidad la normatividad procesal, es decir, las reglas referidas a los plazos procesales, a la competencia del juez, a la acumulación de pretensiones, a los requisitos de admisibilidad y procedibilidad de la demanda, de los medios probatorios, de los medios impugnatorios, entre otras reglas de las principales instituciones procesales). Además, debe desempeñarse eficazmente en la práctica forense y debe dominar las técnicas de litigación oral (alegato de apertura, interrogatorio, contrainterrogatorio, objeciones, alegato de clausura).

Finalmente, un buen abogado litigante no puede preciarse de serlo si no conoce y aplica la teoría general del derecho y la teoría de la argumentación jurídica.

Antes de entablar una acción judicial, el abogado está obligado a informar a su cliente los pormenores del derecho que le asiste (pretensión o pretensiones a entablarse, plazos de prescripción o caducidad, etc.) en términos que puedan ser comprendidos por éste, las posibilidades de éxito o la contingencia del proceso judicial, la duración estimada del mismo –conforme a los cánones realidad jurídica en la que se promueve la causa, que en la mayoría de casos es muy diferente a establecida legalmente–, el monto de sus honorarios, la posibilidad de trabarse medidas cautelares, y toda aquella información que resulte relevante para que el cliente no vea defraudadas sus expectativas. Estos datos deberán constar de preferencia en el contrato de honorarios profesionales que se suscriba.

Ahora bien, sobre la actuación del abogado dentro del proceso judicial, para determinar las actuaciones procesales a las que un buen abogado litigante está obligado.

El proceso judicial en materia civil está compuesto por cinco etapas: postulatoria, probatoria, decisoria, impugnatoria y de ejecución (ésta última sólo en algunos casos).

En la etapa postulatoria, el abogado tiene el deber de elaborar una demanda que conduzca a la satisfacción de las pretensiones o intereses de su cliente, siendo que los hechos que se narren en la misma deben guardar estricta relación con los elementos constitutivos de la pretensión o pretensiones que se formulen; la demanda debe cumplir con los requisitos establecidos legalmente a fin que no sea declarada inadmisible o improcedente.

A su vez, el abogado de la parte demandada tiene la obligación de formular las defensas de forma y de fondo que se configuren en el caso concreto, siguiendo las

pautas establecidas por ley procesal, para que sus defensas no sean desestimadas. El abogado de la parte demandante tiene la obligación de ofrecer los medios probatorios conducentes a acreditar su pretensión, y la del abogado de la parte demandada debe ofrecer prueba suficiente para desvirtuarlos.

En la audiencia preliminar, los abogados deberán sustentar oralmente su teoría del caso, de forma convincente, sin prescindir de alguno de sus elementos (fáctico, jurídico y probatorio), y utilizando las técnicas de la litigación oral.

En la etapa probatoria, los abogados deben realizar todos los actos tendientes a que la prueba ofrecida se actúe de la forma más beneficiosa a los intereses de su cliente. Por ejemplo, en el caso de una declaración testimonial, el abogado debe interrogar y contrainterrogar eficazmente. El abogado debe asistir a todas las audiencias. Asimismo, debe solicitar el uso de la palabra para informar oralmente, y presentar por escrito sus alegatos finales.

En la etapa impugnatoria, el abogado que ha sido vencido deberá formular el recurso que la ley establezca dentro del plazo legal, cumpliendo con los requisitos de admisibilidad y procedencia. El abogado de la parte contraria deberá absolver el recurso formulado. Asimismo, consideramos que deben informar oralmente en la vista de la causa, pues de no hacerlo se pierde la oportunidad de ejercitar el derecho de defensa, y de lograr convencer a través de la oratoria.

En la etapa de ejecución, el abogado deberá realizar todos los actos procesales conducentes a que se haga efectivo el derecho declarado por el juez, por ejemplo, en el caso de un proceso de obligación de dar suma de dinero, que cuenta con un embargo en forma de inscripción, el abogado deberá solicitar el pago de la suma de dinero, bajo apercibimiento de ejecución forzada, deberá solicitar que el juzgado nombre peritos, nombre martillero, se realicen las publicaciones, etc.

Durante todo el proceso, el abogado deberá velar por que éste se desarrolle en el menor número de actos procesales a través de la concentración u acumulación de pedidos, no formulará pedidos dilatorios, deberá rebatir las alegaciones que la parte contraria formule, deberá impugnar las resoluciones de trámite que le sean adversas, velará por que el proceso no caiga en abandono, deberá cumplir con los mandatos del juez, etc.

El estándar desarrollado en el presente punto, deberá aplicarse tanto para casos de culpa leve como de culpa inexcusable.

6. Supuestos de responsabilidad civil del abogado

Los supuestos de responsabilidad civil del abogado litigante, se desprenden directamente de la contravención al estándar de diligencia de un buen abogado litigante. En ese sentido, sin constituir supuestos *numerus clausus*, tenemos lo siguientes:

a) No brindar al cliente información adecuada y suficiente sobre el proceso judicial, incidiendo especialmente en la contingencia del mismo.

b) No interrumpir la prescripción de la acción.

c) No solicitar medidas cautelares, o solicitar medidas innecesarias, maliciosas o sobre bienes de terceros.

d) No fundamentar la demanda de acuerdo a los elementos constitutivos de la pretensión que se demanda, o dejar de lado hechos conducentes.

e) No fundamentar jurídicamente la demanda u otros pedidos, o fundamentarlos con desconocimiento de la doctrina predominante, precedentes vinculantes y de las principales líneas jurisprudenciales de su materia.

f) No deducir los medios de defensa que la ley franquea, ni rebatir las alegaciones de la parte contraria.

g) No ofrecer medios de prueba idóneos para acreditar la pretensión, o para desvirtuarla, de ser el caso.

h) Perder o destruir medios de prueba del cliente.

i) Permitir que el proceso caiga en abandono.

j) No asistir a las audiencias, o no pedir su reprogramación.

k) No desplegar una actuación eficiente en la etapa probatoria.

l) No informar oralmente y no presentar alegatos escritos.

m) No interponer recursos legales dentro del plazo, o interponerlos sin tener en cuenta los requisitos legales.

n) Formular pedidos o presentar escritos sin respetar los requisitos de admisibilidad y procedencia.

o) Presentar pedidos dilatorios.

p) No mantenerse informado sobre el estado y las resoluciones del proceso

A continuación, desarrollaremos los supuestos de responsabilidad civil del abogado, más desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia extranjera, sobre todo la argentina y la española, de acuerdo, principalmente, a los estudios elaborados por los profesores Félix Trigo Represas y Ricardo De Ángel Yagüez.

6.1. Violar el deber de información del cliente

Según el artículo 27 del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú, el abogado tiene la obligación de mantener informado al cliente de todo asunto importante que surja en el desarrollo del patrocinio. En la misma disposición, se establece que incurre en responsabilidad el abogado que oculta o retrasa indebidamente información al cliente o le hace falsas o incompletas representaciones del estado de las gestiones encomendada.

Ricardo de Ángel Yagüez (2012) identifica varios supuestos en los que se podría configurar la violación al deber de informar al cliente, entre los cuales destacan la omisión de comunicar aspectos relevantes del proceso, la falta de claridad sobre riesgos y alternativas, y la insuficiente explicación sobre las probabilidades de éxito o fracaso en el caso.

6.1.1. No informar sobre la existencia de una vía procesal para formular una pretensión o para cualquier otro acto

Sobre este supuesto, nuestro autor hace alusión al caso de una pareja de esposos que perdió a su hijo en una piscina Municipal, siendo que el proceso penal fue sobreseído, y el abogado no informó a sus clientes que se podría recurrir a la vía civil. Al respecto, el Tribunal Supremo Español en Sentencia de fecha 14 de Mayo de 1999 señaló:

> Pues bien, aun cuando no constase que el citado letrado hubiese asumido una obligación genérica de defender los intereses del matrimonio actor en toda clase de procedimientos al haber sido designado en un apoderamiento 'apud acta' en punto a la defensa en las concretas diligencias penales en que decidieron personarse, no cabe duda alguna de que en la carta que les dirigió en la fecha 6

> de febrero, no debió haberse limitado a aconsejar que no merecía la pena recurrir el auto de sobreseimiento de las referidas actuaciones penales, en cuanto que en buena técnica jurídica y en cumplimiento del deber de confianza que en él habían depositado sus clientes y a tenor de las diligencias correspondientes al buen padre de familia que impone el artículo 1.104 del CC, tendría que haber extendido el consejo a las posibilidades de defensa de una reclamación en el orden civil por culpa contractual o extracontractual, y a la conveniencia de mantener una entrevista inmediata con el matrimonio para explicarle con detalle el alcance y significado de tales posibilidades, proceder el así indicado que, indudablemente, se habría acomodado al correcto y normal cumplimiento de las obligaciones deontológicas inherentes al ejercicio de la abogacía rectamente entendidas, y sin que sea factible exculpar el proceder enjuiciado por las circunstancias de que los clientes no hubiesen solicitado al señor letrado les informase acerca de otras posibilidades de satisfacer sus pretensiones y de que en una entrevista celebrada en fecha muy posterior, en junio de 1993, les indicase aquél 'que quedaba la acción civil', pues esas circunstancias carecen de relevancia respecto a desvirtuar la omisión inicial en que incurrió en la carta de referencia.

Consideramos que lo señalado por el Tribunal Supremo Español debe evaluarse en cada caso concreto, pues si el abogado que asumió la defensa en el proceso penal, tiene como única especialidad el derecho penal, el nivel de diligencia que se le exige al letrado, comunicar los plazos de prescripción o caducidad en otra vía, no correspondería a su especialidad. Afirmar lo contrario, implicaría sostener que todos los abogados, sin importar su especialidad, tienen la obligación de conocer todos los plazos y otras implicancias de un caso, independientemente de la materia por la que se le consulta.

6.1.2. No informar sobre la marcha de un proceso

Si bien el letrado es el encargo de séquito del proceso, existen ciertas decisiones que necesariamente deben ser comunicadas al cliente, a fin de que este conozca sobre su séquito y pueda decidir sobre el destino del mismo. El abogado debe informar respecto al contenidos de los autos relevantes del proceso, por ejemplo, el que admite a trámite la demanda, el de saneamiento procesal y probatorio, el

que señala fecha para audiencia, ya que todos ellos tienen que ver con el avance del proceso y es de interés del cliente conocer cómo marcha su causa; a su vez, debe comunicar aquéllos que pongan fin al proceso como el que declara fundada una excepción extintiva o el que declara el abandono; así como las sentencias y todas aquellas resoluciones que tengan relevancia respecto al resultado final o impongan el cumplimiento de un mandato.

6.1.3. No informar al cliente sobre la inviabilidad de una demanda

Al respecto, De Ángel Yagüez (2012) cita la Sentencia de la Audiencia de Barcelona, de fecha 6 de septiembre de 2002, que atribuye al abogado una actuación negligente al haber interpuesto una demanda con conocimiento de que estaba destinada al fracaso, sin informar a sus clientes sobre la falta de viabilidad del caso ni sobre las posibles consecuencias, lo cual derivó en la imposición de las costas procesales a los mismos.

6.1.4. No entregar al cliente la documentación del proceso

Al respecto, señalamos que este deber está taxativamente regulado en el artículo 47 del Código de los Colegios de Abogados del Perú, que señala que los documentos que fueron entregados al abogado estarán a disposición del cliente, al culminar el patrocinio.

6.1.5. No comunicar en debido tiempo al cliente la necesidad de consignar o avalar ante el Juzgado el monto de la condena

En este sentido, la Audiencia Provincial de Islas Baleares, en su sentencia del 14 de mayo de 2001, responsabilizó al abogado por no haber comunicado a su cliente la necesidad de consignar ante el Juzgado el monto establecido en la sentencia, aunque señaló que "no quedó acreditado que el abogado no hiciese esa comunicación en tiempo oportuno" (De Ángel Yagüez, 2012, p. 223).

6.2. Prescripción de la acción

En derecho existen plazos para poder reclamar en la vía judicial un derecho o un interés jurídicamente protegido. En ese sentido, nuestro sistema legal contempla plazos de prescripción y de caducidad. Por los primeros se pierde la acción pero no el derecho, siendo que esta figura sólo puede ser invocada por la parte contra-

ria; mientras que en el caso de la caducidad el tiempo hace que tanto el derecho como la acción se extingan, pudiendo el Juez de oficio declarar la caducidad del derecho, y por tanto la conclusión del proceso.

Asimismo, debe tenerse muy presente que casi todas las acciones tienen plazos de prescripción o caducidad, y sólo por excepción nuestro ordenamiento contempla acciones imprescriptibles, como el caso de la reivindicación de propiedad.

Estando a lo anterior, cuando una persona contrata un abogado para interponer una acción judicial, espera que éste interponga la demanda antes que su derecho prescriba o caduque.

Con relación a ello, Trigo Represas sostiene que:

> "Si la prescripción extintiva y la consecuente pérdida del derecho de su titular se produjesen por la inacción o demora del abogado a quien se le encomendara, con tiempo, la promoción de un juicio u otras medidas judiciales aptas a la finalidad interruptiva; sin duda el mismo habrá de resultar civilmente responsable frente a su cliente" (Trigo Represas, 1987, p. 187).

En sintonía con lo anterior, el Tribunal Supremo Español, en su sentencia de fecha 16 de diciembre de 1996, estableció que:

"Se demandó al abogado por haber dejado transcurrir el plazo de un año sin efectuar el requerimiento que habría interrumpido la prescripción de la acción por responsabilidad extracontractual" (De Ángel Yagüez, 2012, p. 223).

En una sentencia que declara infundada una demanda en contra de un abogado, el mismo Tribunal señala:

> En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 26 de febrero de 2007 (RJ 2115), se expone que el Juzgado desestimó la demanda presentada por una clienta contra su abogado, quien era acusado de negligencia por haber dejado prescribir la acción de responsabilidad extracontractual. El Juzgado fundamentó su decisión en que la prescripción debía aplicarse, ya que el daño psíquico alegado por la actora se había consolidado "al menos en mayo de 1995", mientras que la demanda se presentó el 12 de enero de 1998. La Audiencia confirmó esta sentencia, al considerar que no existía responsabilidad

> civil del abogado cuando el error derivaba de información incorrecta proporcionada por el cliente, en este caso, la afirmación falsa sobre la prolongación en el tiempo de su curación (De Ángel Yagüez, 2012, p. 224).

Concordamos con la ejecutoria transcrita, pues, si la prescripción o caducidad de la acción se produce debido a que el cliente suministra al abogado datos falsos o inexactos sobre los hechos, no hay responsabilidad del abogado.

6.3. Abandono del proceso

Nuestro Código Procesal Civil en el artículo IV del Título Preliminar, establece que el proceso se promueve sólo a instancia de parte. A su vez, el artículo 346º contempla la figura del abandono, por la cual cuando un proceso que permanezca en primera instancia durante cuatro meses sin que se realice acto que lo impulse, caerá en abandono.

Por tanto, si se contrata a un abogado para el patrocinio de una causa, y éste incumple con impulsarlo, y por tanto dicho proceso cae en abandono, es claro que existe responsabilidad por parte del abogado.

En relación con este tema, Trigo Represas señala que, dado que el abandono procesal en sí no afecta el derecho sustancial del titular, éste siempre está en condiciones de intentar nuevamente, siempre que no haya transcurrido el plazo de prescripción. Por ello, en tales casos, la indemnización que se imponga al abogado no debería superar el importe de las costas devengadas y, en ocasiones, los intereses, puesto que la "chance" del cliente se mantiene y puede hacerse valer en un nuevo proceso. En cambio, si ya no es posible iniciar la pretensión, la cuantía de la responsabilidad del abogado deberá determinarse conforme a las probabilidades de éxito ("chance") de la acción extinguida (Trigo Represas, 1987, pp. 189–190).

Coincidimos plenamente con lo señalado por nuestro autor, ya que, si bien es cierto que cuando un proceso cae en abandono, existe responsabilidad del abogado, debemos distinguir los casos en que se puede volver a demandar, de aquéllos en los que esto ya no será posible. En los primeros, la indemnización se restringirá a los gastos del séquito de la primera causa; mientras que, para los segundos, la indemnización deberá estar sustentada en la pérdida de chance del cliente.

6.4. No interposición de recursos legales o improcedencia de los mismos

Nuestra constitución en su artículo 139º inciso 6, establece como principios y derechos de la función jurisdiccional, la pluralidad de instancias, que es una garantía contra el error o arbitrariedad judicial.

Ahora bien, para hacer uso de este derecho, cada ordenamiento procesal regula requisitos de forma y fondo, un ejemplo de los primeros es el plazo, y en caso de los segundos, el agravio. En caso de presentarse el recurso fuera del plazo legal establecido, éste será rechazado de plano, la misma suerte correrá aquel recurso que no cumpla con los requisitos de fondo o de procedencia. El abogado al interponer un recurso legal debe redactar el mismo cumpliendo con los referidos requisitos para asegurar la procedencia de su recurso.

En relación con este asunto, Trigo Represas sostiene que, desde la perspectiva de la parte litigante, la interposición de un recurso constituye esencialmente una facultad o derecho, pudiendo optar por ejercerlo o renunciar a él, ya sea de manera expresa o tácita. Sin embargo, para el abogado apoderado, la presentación del recurso representa un deber, salvo que reciba instrucciones en contrario, debidamente formalizadas por escrito por parte del cliente. Esto se debe a que la omisión de interponer el recurso en el plazo correspondiente implica la imposibilidad de su presentación posterior, debido a la preclusión o clausura de la etapa procesal respectiva, lo que conlleva a que la resolución recurrible hasta ese momento adquiera carácter definitivo y, en consecuencia, a la pérdida irremediable del derecho reclamado en el proceso concluido con sentencia firme desfavorable (Trigo Represas, 1987, p. 192).

La Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia de fecha 19 de diciembre de 2003, resolvió sobre una demanda contra un abogado por no haber interpuesto recurso de suplicación. En esta decisión, la Audiencia revocó la sentencia previa del Juzgado y absolvió al profesional, al considerar que éste había realizado las gestiones razonables para comunicarse con la actora y así poder tomar una decisión informada respecto a la interposición o no de dicho recurso (De Ángel Yagüez, 2012, p. 225).

En este supuesto de responsabilidad se debe tener presente el alcance del mandato encomendado al letrado, pues si el abogado no se comprometió a elaborar el recurso de apelación y su encargo culminaba con la expedición de la sentencia, su deber se limita a informar oportunamente al cliente, y no está obligado y por

ende no es responsable por no recurrir la sentencia. Lo contrario sucederá si el cliente pactó con abogado el patrocinio del proceso en todas sus instancias.

6.5. No ofrecimiento y pérdida de pruebas

Según el artículo 190º del Código Procesal Civil, la carga de probar corresponde a quien afirma los hechos que configuren su pretensión, siendo que, según el artículo 200º del mismo cuerpo legal, si no se prueban los hechos la demanda será declarada infundada.

Si bien es cierto que el cliente es quien relata los hechos y aporta la prueba, el abogado es quien encausa jurídicamente dichos hechos para formular una pretensión, y en base a los elementos constitutivos de ésta última, debe sugerir y ofrecer, dentro del marco legal claro está, los medios de prueba que sean idóneos para acreditar la pretensión de su cliente, siempre que éstos tengan existencia o puedan ser conseguidos por la parte o solicitados por el juez dentro del proceso. En ese sentido, si el abogado no sugiere ni ofrece prueba que está al alcance de la parte, incurre en responsabilidad.

Ahora bien, respecto al segundo supuesto, el artículo 47º del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú estable que el abogado es responsable por el deterioro o destrucción de los documentos el cliente.

De dicho deber se extrae claramente que el abogado es enteramente responsable por la pérdida de pruebas o documentos que la parte le entrega para que sean ofrecidos en el proceso judicial.

En ese sentido se expresa la Audiencia de Saragoza, en la sentencia de fecha 16 de abril de 1993; "El abogado perdió documentos acreditativos del crédito de su cliente y, se supone que, por eso, no entabló la demanda encomendada"[1]. Con la cual concordamos plenamente.

6.6. Inconductas procesales

Consideramos que este supuesto causa perjuicio a la parte contraria y no al cliente, por lo que se trataría de un caso de responsabilidad civil extracontractual.

1 De Ángel Yagüez, R. (2012). La responsabilidad civil del abogado. En La responsabilidad civil (p. 237). Lima: Motivensa.

Al respecto, existe regulación en el Código Procesal Civil y en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece expresamente que los abogados son responsables civilmente por los perjuicios que causen sus actuaciones temerarias. Procedemos a transcribir.

> Código Procesal Civil:
>
> Artículo 110°. - Responsabilidad patrimonial de las partes, sus Abogados, sus apoderados y los terceros legitimados. - Las partes, sus Abogados, sus apoderados y los terceros legitimados responden por los perjuicios que causen con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe. Cuando en el proceso aparezca la prueba de tal conducta, el Juez, independientemente de las costas que correspondan, impondrá una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal.
>
> Cuando no se pueda identificar al causante de los perjuicios, la responsabilidad será solidaria.
>
> Artículo 111°.- Responsabilidad de los Abogados.- Además de lo dispuesto en el Artículo 110, cuando el Juez considere que el Abogado actúa o ha actuado con temeridad o mala fe, remitirá copia de las actuaciones respectivas a la Presidencia de la Corte Superior, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados correspondiente, para las sanciones a que pudiera haber lugar.
>
> Artículo 112°.- Temeridad o mala fe.- Se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos:
>
> 1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio;
> 2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad;
> 3. Cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente;
> 4. Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos;
> 5. Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios; y
> 6. Cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso;
> 7. Cuando por razones injustificadas las partes no asisten a la audiencia generando dilación

Esta última norma del Código Procesal Civil, que establece los supuestos de temeridad o mala fe, es un primer acercamiento de nuestro ordenamiento jurídico para regular los supuestos de responsabilidad civil extracontractual del abogado.

Una regulación similar se observa en el artículo 292° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que señala:

> Artículo 292°.- Sanción disciplinaria a abogados.- Los Magistrados sancionan a los abogados que formulen pedidos maliciosos o manifiestamente ilegales, falseen a sabiendas la verdad de los hechos, o no cumplan los deberes indicados en los incisos 1), 2), 3), 5), 7), 9), 11), y 12) del artículo 288. Las sanciones pueden ser de amonestación y multa no menor de una (01) ni mayor de veinte (20) Unidades de Referencia Procesal, así como suspensión en el ejercicio de la profesión hasta por seis meses.
>
> Las resoluciones que impongan sanción de multa superior a dos (02) Unidades de Referencia Procesal o de suspensión, son apelables en efecto suspensivo, formándose el cuaderno respectivo. Las demás sanciones son apelables sin efecto suspensivo.
>
> Las sanciones son comunicadas a la Presidencia de la Corte Superior y al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo.

Por otra parte, según legislación comparada, en específico, el Código Civil y Comercial de la Nación y la Provincia de Buenos Aires, establece que, en caso de actuaciones maliciosas o temerarias, el importe de la multa será a favor de la otra parte. Al respecto, Trigo Represas agrega que "dicha sanción con función resarcitoria, en rigor, no es más que una forma de responsabilidad procesal por daños con indemnización tarifada; variante a su vez de la responsabilidad civil extracontractual ex culpa o dolo, derivada de actos procesales de parte intrínsecamente ilegítimos e injustos, de los que sigue en relación causal adecuada un daño resarcible, el que consiste acá en el hecho de que la dilación o los actos retardatorios o maliciosos habrían tornado más onerosa la posición del adversario" (1987, p. 197).

Incidiendo en el tema, nuestro autor, apoyándose en otros doctrinarios, acertadamente señala:

> Fassi sostuvo al respecto, que la malicia "requiere dolo, es malicioso el que litiga convenciendo de su falta de derecho, sea por pura perversidad, o persiguiendo un fin determinado"; en tanto que la temeridad se conforma con la culpa grave, y significa un proceder "inconsiderado, imprudente, arrojado a los peligros sin medir sus consecuencias, carente de fundamento, razón o motivo".
>
> No obstante, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, siguiendo los lineamientos expuestos por Morello, ha asignado a estas expresiones el sentido de "parcelar dos grandes sectores, momentos y actos de las partes y de los profesionales en todo proceso". La "temeridad" se presenta en la misma demanda y consiste en la conducta de quien deduce pretensiones o defensas cuya inadmisibilidad o falta de fundamento no puede ignorar conforme a una mínima pauta de razonabilidad, configurándose, por tanto, frente a la conciencia de la propia sinrazón. En cambio, a la malicia se le ha reservado otro tramo del proceso, el que se manifiesta durante el desarrollo del trámite, y se exterioriza a través de la formulación de peticiones particulares exclusivamente destinadas a obstruir el normal desarrollo del proceso o a retardar el pronunciamiento de la decisión final (Trigo Represas, 1987, pp. 202–203).

En el ordenamiento jurídico peruano es el artículo 112 de nuestro Código Procesal Civil, que transcribimos al inicio de nuestro apartado, el que regula la temeridad y la mala fe, considerándolos como sinónimos, cuando en realidad, conforme a la doctrina, son conceptos distintos que se presentan en distintas etapas del proceso.

6.7. Medidas cautelares innecesarias o maliciosas, y sobre los bienes de terceros

Este supuesto también se trata de un caso de responsabilidad extracontractual, pues el daño no lo padece el cliente sino la parte contraria o un tercero.

Al tratarse de un hecho que se produce comúnmente en la práctica, está regulado en nuestro Código Procesal Civil:

> Artículo 621°.- Sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa.- Si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de ésta pagará las costas y

> costos del proceso cautelar, una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal y, a pedido de parte, podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.
>
> La indemnización será fijada por el Juez de la demanda dentro del mismo proceso, previo traslado por tres días.
>
> La resolución que decida la fijación de costas, costos y multa es apelable sin efecto suspensivo; la que establece la reparación indemnizatoria lo es con efecto suspensivo.

Consideramos que la redacción del artículo no es la más óptima, pues, si bien la sumilla de la norma hace referencia a las medidas cautelares "innecesarias o maliciosas", el cuerpo del artículo no hace distingo alguno, únicamente señala el supuesto de la demanda declarada infundada; ello a todas luces es incorrecto, pues, consideramos que si la medida cautelar trabada al inicio del proceso cumplió con el requisito de la verosimilitud, y el demandante tenía buenas razones para litigar, no se tiene porque indemnizar al demandado.

Opinión contraria nos merece el hecho que la norma expresamente le otorga la potestad al perjudicado de solicitar la indemnización de daños y perjuicios correspondiente en el mismo proceso, lo cual consideramos acertado.

Ahora, si bien este artículo no señala expresamente que el abogado es responsable solidario con su cliente por los daños causados por medidas cautelares innecesarias o maliciosas, consideramos que, si se comprueba que el abogado actuó con dolo o culpa inexcusable, será responsable también frente a la parte contraria.

Por otra parte, encontramos también regulación específica respecto al supuesto de la medida cautelar trabada sobre el bien de un tercero, siendo que nuestro Código Procesal Civil en su artículo 624 señala:

> Artículo 624°. - Responsabilidad por afectación de bien de tercero. - Cuando se acredite fehacientemente que el bien afectado con una medida pertenece a persona distinta del demandado, el Juez ordenará su desafectación inmediata, incluso si la medida no se hubiese formalizado. El peticionante pagará las costas y costos del proceso cautelar y en atención a las circunstancias perderá la contra cautela a favor del propietario.

> Si se acredita la mala fe del peticionante, se le impondrá una multa no mayor de treinta Unidades de Referencia Procesal, oficiándose al Ministerio Público para los efectos del proceso penal al que hubiere lugar.

A diferencia del caso de la medida cautelar "innecesaria o maliciosa" no se hace referencia a la posibilidad de solicitar los daños y perjuicios, pero sí se habilita a cobrar la contracautela. No entendemos por qué el legislador asignó consecuencias distintas, pero podríamos interpretar que el perjudicado sólo puede obtener la contracautela, lo cual limitaría seriamente su derecho si la contracautela consiste por ejemplo en la caución juratoria, o si los daños ocasionados exceden el valor de la garantía real.

Asimismo, consideramos que, al igual que en el supuesto anterior, de comprobarse que el abogado que peticionó la medida actuó con dolo o culpa inexcusable, debe responder solidariamente con su cliente, conforme a la regla de la responsabilidad extracontractual contenida en el artículo 1983 del Código Civil que refiere que, si son varios los responsables del daño, éstos responderán solidariamente.

6.8. Actuaciones incorrectas de fondo

Si bien en el campo de la ciencia jurídica se acepta la coexistencia de posturas jurídicas antagónicas, y que una u otra puede prevalecer dependiendo del caso en concreto. Es falso que no existan certezas o que basta que la materia sea opinable para exonerar al letrado de incurrir en error.

El artículo 28 del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú establece que el abogado debe mantenerse actualizado en el conocimiento del derecho, principalmente en el área de su especialidad, a través de una formación continua.

Por tanto, en primer lugar, un abogado no podrá invocar normas derogadas; en segundo lugar, debe conocer los precedentes vinculantes o plenos casatorios de su especialidad; y en caso que sobre el tema no exista jurisprudencia vinculante, el abogado está en la obligación de conocer las principales líneas jurisprudenciales o las que tienen mayor acogida en los tribunales donde litiga.

El jurista argentino Mosset Iturraspe precisa sobre el tema:

> "En el saber jurídico hay criterios "ganados" o conquistados", que tienen consenso u adhesión mayoritaria. Y son la mayoría.

> Criterios en la interpretación de los "principios generales" o de las "normas válvulas" o de los textos legales, que han encontrado amplio apoyo en la doctrina judicial y en la autoral.
>
> Desconocerlos, ignorarlos, actuar como si no existieran, es incurrir en responsabilidad." (2010).

Ahora bien, lo señalado anteriormente quiere decir que ¿un abogado no puede patrocinar una causa tentando interpretaciones novedosas o propias? La respuesta es no, al respecto nuestro autor señala:

> El abogado pueda promover demandas o contestarlas sosteniendo tesis heterodoxas, criterios novedosos o anticuados, o bien pautas propias, nacidas de su imaginación o de su manera de comprender el Derecho. Pero tales actuaciones requieren, de manera inexorable, la información al cliente y su expresa conformidad.
>
> Es lo anormal en la actuación abogadil lo que escapa a lo común y ordinario, y de allí que debe contar con "una autorización" previa del "dueño del asunto".
>
> Debe presumirse que el abogado que ejerce la profesión conoce el Derecho; está al tanto de las evoluciones de la doctrina autoral y de la judicial, informado de "plenarios" y de fallos de los más acreditados Tribunales de la República, en el área de su actuación.
>
> Y si asume el riesgo de "apartarse de la doctrina imperante o mayoritaria" si lo decide por sí y ante sí, y luego el fracaso culmina su actuación, la responsabilidad, obviamente es suya" (2006, p.84)

Estamos de acuerdo con lo señalado por nuestro autor, pues, consideramos que velar los intereses y el patrimonio del cliente, está por encima de la capacidad innovativa y de la demostración de las destrezas legales del abogado.

Ahora bien, nuestro mismo autor cita un fallo de la Cámara Civil y Comercial de Paraná, que señala:

> Mosset Iturraspe (2010) señala que: "A estos efectos, y en relación con la responsabilidad, debe considerarse que en el ejercicio profesional del Derecho no siempre existen soluciones claras y únicas; la jurisprudencia y la doctrina suelen ofrecer, en ocasiones, diversas

> respuestas a un mismo problema. Por ello, cuando la vía escogida por el abogado sea opinable o discutible, descartamos la existencia de culpa o negligencia desde esta perspectiva. Por el contrario, la negligencia se configura cuando se desconocen los principios básicos de la ciencia jurídica, se actúa con precipitación y falta de prudencia, se aconseja una solución o se inicia un proceso sin una evaluación previa de las posibles consecuencias o del estado actual de la jurisprudencia y doctrina, o cuando se emplean recursos manifiestamente inadecuados para los fines perseguidos por la parte patrocinada" (p. 346–347).

En cuanto a la impericia del abogado, Mosset Iturraspe (2006) señala que:

> "El error científico del abogado, que constituye impericia, lo hace responsable únicamente cuando la opción jurídica a seguir es ampliamente mayoritaria, ya sea por una norma legal que la determina, por una jurisprudencia firme o por la doctrina. No existe error cuando se presentan varias posibilidades, ya sea por la doctrina, la jurisprudencia o la existencia de un vacío normativo. De lo contrario, se generaría un peligroso escudo protector para los abogados desinformados, desconocedores de la evolución o los cambios, abandonados o detenidos en su saber" (p. 52).

Ahora bien, aportando a lo señalado anteriormente, consideramos que, en el supuesto que el caso sometido a su análisis pueda calificarse jurídicamente de distintas formas, por ejemplo, para el caso de la venta de bien ajeno, algunos jueces consideran que se trata de un supuesto de nulidad y otros de ineficacia del acto jurídico; siendo que, el abogado debe tener conocimiento de ello, y debe proponer ambas pretensiones en la demanda, para aumentar las probabilidades de éxito de su cliente, ello debido a que nuestra normatividad procesal, artículo 87 del Código Procesal Civil, contempla la posibilidad de acumular pretensiones contrarias entre sí de manera subordinada. En caso que el abogado no proponga ambas pretensiones, consideramos que incurrirá en responsabilidad.

Para finalizar este punto, trataremos el caso de los errores del abogado, desde la perspectiva del principio de *iura novit curia*, que comúnmente es entendido en el sentido que el abogado es quien proporciona los hechos, y el juez es quien conoce el derecho aplicable a dichos hechos.

En relación con la selección de hechos, Mosset Iturraspe (2006) explica que:

> "El cliente narra los hechos al abogado que él considera están relacionados con el derecho que le asiste, ante ello el abogado debe realizar una labor de selección considerando aquellos que están relacionados con el supuesto normativo, es decir, los hechos jurídicamente calificados o hechos del caso que guardan relación con el supuesto normativo; para luego ofrecer la prueba respectiva que acredite la ocurrencia de los mismos en el plano fáctico" (pp. 56–57).

En ese sentido, Mosset Iturraspe (2006) señala que: "Si el juez se encuentra vinculado por los materiales fácticos, no es dable afirmar que tiene absoluta libertad para elegir los materiales jurídicos; la exposición de los hechos condiciona la elección del derecho" (p. 58).

Por tanto, no es tan cierto que abogado no participe o influya en la elección del derecho o de la norma aplicable al caso concreto, como erróneamente algunos afirman sobre el principio del *iura novit curia*.

Ahora bien, Mosset Iturraspe (2006) indica que la ignorancia del derecho por las partes puede ocasionar: "que los hechos contados y la petición no tengan base ni sostén jurídico alguno; que se pida aquello que en derecho no corresponde, o bien; que se omita solicitar lo que procede pedir en derecho" (p. 61).

A su vez, nuestro autor pone como ejemplo, la doctrina sobre los nuevos daños a la persona humana, siendo que el abogado que se quedó con los conocimientos de su paso por las aulas, no reclamará este tipo de daño.

Asimismo, Mosset Iturraspe (2006) señala que el conocimiento o desconocimiento del derecho se manifiesta en:

a) el planteo judicial, con o sin base jurídica;
b) el relato de los hechos, que pueden ser "jurídicos" o "intrascendentes";
c) el ofrecimiento de la prueba, suficiente o insuficiente.

Dicho de otra manera, en cada "etapa" o decisión el abogado tiene los ojos puestos en hechos y derecho, como aspectos inseparables que se sostienen mutuamente (pp. 61–62).

En ese sentido, es claro que el desconocimiento del derecho puede generar graves problemas respecto al planteamiento fáctico y probatorio. Lo cual puede conllevar que el caso sea desestimado, generándose así responsabilidad.

Referencias bibliográficas

Cabanellas, Guillermo. (1982). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo I, Décimo Quinta Edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.

Cabanellas, Guillermo. (1982). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo VII, Decimo Quinta Edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.

De Trazegnies, Fernando. (1996). *La responsabilidad profesional no existe. En: Responsabilidad Civil, Derecho de Daños*, Volumen 5. Lima: Editora Jurídica Grijley.

De Trazegnies, Fernando. (1994). "Discurso del Doctor Fernando de Trazegnies: Setenta y Cinco Años de la Facultad de Derecho. En: Derecho PUCP". Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, No. 48.

Fernández, Gastón. (1995). "Responsabilidad Civil Médica. En: Diálogo con la Jurisprudencia.

Mosset, Jorge. (2006). *Responsabilidad de los Abogados y Procuradores. En: Responsabilidad Civil, Derecho de Daños*, Volumen 5. Lima: Editora Jurídica Grijley.

Mosset, Jorge. (2010). *Dificultades de la ciencia jurídica para concluir en la responsabilidad de quienes ejerces profesiones vinculadas a ella. En: La Responsabilidad Civil y la Persona en el Siglo XXI*, Tomo II. Lima: IDEMSA.

Ossorio y Gallardo, Ángel. (2018). *El Alma de la Toga*. Argentina: Ediciones Olejnik.

Ossorio, Manuel. (1973). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales.* Primera Edición Electrónica.

Parada Gonzales, J. L. & Gamarra Vivanco, L. P. (2023). *La Responsabilidad Civil de los Profesionales. En Gaceta Civil & Procesal Civil* (Tomo 115, pp. 223–246). Gaceta Jurídica S.A.

Real Academia Española. (2005). *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo XVI, Vigésima Segunda Edición. Madrid: Espasa.

Trigo, Félix. (1987). *Responsabilidad Civil de los Profesionales*, Primera reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Trigo, Felix A. (1996). Responsabilidad Civil del Abogado, Primera Reimpresión. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

Año III, N.° 3
Diciembre, 2025
ISSN: 2961-2853

La responsabilidad civil del árbitro en el Perú: criterios de imputación y algunos supuestos de aplicación*

Christian Fabrizio Basaldúa Chincha**,***

Sumario

Introducción; 1. Breve referencia a la responsabilidad civil y sus funciones: ¿qué incentivos buscamos generar?; 2. Los criterios de imputación de responsabilidad civil del árbitro en la Ley de Arbitraje peruana: ¿está justificado el modelo de responsabilidad limitada en todos los casos?; 3. Supuestos potenciales de responsabilidad civil de los árbitros frente a las partes; 3.1. Responsabilidad civil por "error sustantivo" en el laudo; 3.2. Responsabilidad civil por falta o deficiencias en la motivación del laudo; 3.3. Responsabilidad civil por vulneración al trato igualitario entre las partes; 3.4. Responsabilidad civil por renuncia

* El presente artículo es un fragmento del Capítulo 3 (Los alcances de la responsabilidad del árbitro en la Ley de Arbitraje peruana: ¿en qué supuestos concretos y bajo qué estándares puede hacerse responsable a los árbitros) de la Tesis para optar el Título de Abogado que sustentó exitosamente el autor el 19 de setiembre de 2022.

** Abogado con mención sobresaliente (*summa cum laude*) por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Cuenta con estudios en la Maestría en Derecho Civil de la Escuela de Posgrado de la misma universidad. Adjunto de Docencia de los cursos de Obligaciones y Arbitraje Comercial y de Inversiones en la Facultad de Derecho de la PUCP. También ha sido Adjunto de Docencia de los cursos de Responsabilidad Civil y Comunicación Jurídica Eficaz en dicha casa de estudios; y, Jefe de Práctica de los cursos de Derecho Civil VI: Obligaciones, Derecho Civil VII: Contratos (Parte General) y Derecho Civil XI: Responsabilidad Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Ha sido miembro del equipo campeón que representó a la PUCP en la XII Edición de la Competición Internacional de Arbitraje y Derecho Mercantil "MOOT MADRID" en el año 2020. Asociado de Bullard Falla Ezcurra +. Correo de contacto: cbasaldua@bullardfallaezcurra.com

*** Basaldúa, C. (2025). La responsabilidad civil del árbitro en el Perú: criterios de imputación y algunos supuestos de aplicación. *Revista Especializada en Responsabilidad Civil. (3), 83-170.*

injustificada; 3.5. Responsabilidad civil por vencimiento del plazo para laudar; 3.6. Responsabilidad civil por vulneración a la confidencialidad del arbitraje; 3.7. Responsabilidad civil por impedir la participación de un árbitro en la deliberación; 3.8. Responsabilidad civil por retrasar injustificadamente las actuaciones arbitrales; 3.9. Responsabilidad civil por actos de corrupción; 4. Conclusiones; 5. Referencias Bibliográficas.

Resumen

En el presente artículo, el autor analizará la responsabilidad civil del árbitro por incumplimiento de sus obligaciones bajo la Ley de Arbitraje Peruana. En este trabajo se analizarán los criterios de imputación previstos en dicha norma y se desarrollará cuál debería ser el estándar aplicable según los supuestos concretos en donde un árbitro puede incurrir en responsabilidad civil frente a las partes.

Palabras clave: Responsabilidad Civil - Inmunidad - Árbitro - criterios de imputación - Perú.

Abstract

In this article, the author will analyze the civil liability of arbitrators for breach of their obligations under Peruvian Arbitration Law. This paper will analyze the criteria for attribution of liability set forth in said law and will discuss what the applicable standard should be in specific cases where an arbitrator may incur civil liability vis-à-vis the parties.

Keywords: Civil Liability - Immunity - Arbitrator - criteria for attribution of liability - Peru.

Introducción

El propósito de este artículo es analizar la responsabilidad civil del árbitro en nuestro sistema, buscando determinar y problematizar sobre los alcances de la misma en diversos supuestos en los cuales los árbitros pueden incurrir. En particular, nos enfocaremos en la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones que tienen los árbitros frente a las partes, en virtud del "contrato de árbitro"[1].

Adelantamos desde ya cuál será la línea que vamos a seguir al analizar estos supuestos: en nuestra opinión, la responsabilidad del árbitro debería tener un matiz diferente dependiendo del tipo de obligación que haya sido materia de incumplimiento.

Para poder efectuar ese análisis, es necesario hacer un breve repaso de algunas nociones básicas sobre la responsabilidad civil. No obstante, dicho repaso estará orientado principalmente a reflexionar sobre las funciones que está destinada a cumplir dicha institución y cuál es entonces el rol que debe jugar cuando analizamos supuestos de responsabilidad en los que pueden incurrir los árbitros frente a las partes.

1. Breve referencia a la responsabilidad civil y sus funciones: ¿qué incentivos buscamos generar?

Cuando hablamos de responsabilidad civil, nos referimos básicamente al conjunto de consecuencias jurídico-patrimoniales a las que queda expuesto un sujeto como consecuencia de un daño que ha ocasionado a otro[2].

1 El "contrato de árbitro" es definido como "(…) como aquel contrato, en cuya virtud, una parte (las partes en el arbitraje) pacta con otra parte (el árbitro) la prestación de un servicio consistente en resolver una disputa legal a cambio de un precio cierto" (Gómez Jene 2013: 337). Es importante precisar desde ya que no vamos a abordar los supuestos de responsabilidad civil en los que puede incurrir el árbitro frente a terceros, es decir, quienes no son partes en el arbitraje (cuya naturaleza más bien sería de naturaleza extracontractual). Los supuestos que vamos a analizar a detalle son sobre todo aquellos que derivan del incumplimiento de las obligaciones que emanan del "contrato de árbitro".

2 Esta definición está inspirada en los términos que utiliza Fernández Cruz para explicar el concepto de responsabilidad civil; sin embargo, guarda cierta discrepancia. En efecto, este autor define a la responsabilidad civil como el "conjunto de consecuencias jurídico-patrimoniales a las que queda expuesto un sujeto en cuanto es titular de una situación jurídica subjetiva de desventaja" (Fernández Cruz 2019: 19). En nuestra opinión particular, creemos respetuosamente que se trata de una noción demasiado amplia de la responsabilidad civil (que la considera prácticamente un

En nuestro medio, se ha definido a la responsabilidad civil como "un fenómeno que consiste en que el ordenamiento haga de cargo de una persona el deber de resarcimiento del daño ocasionado a otro"[3]. Las normas que regulan esta institución, entonces, determinan "que, en presencia de determinados criterios [sic] de imputación, los perjuicios causados sean asumidos y resarcidos por alguien" (León Hilario 2017: 145).

Es decir, en sencillo, cuando estamos ante un problema de responsabilidad civil, nos estamos preguntando: (i) si corresponde que alguien asuma el deber de resarcir los daños que ha sufrido otra persona; y, (ii) quién y bajo qué criterios debe resarcir esos daños.

En este punto, creemos importante traer a colación una lectura económica de la responsabilidad civil, que suele estar presente sobre todo cuando se habla de la responsabilidad extracontractual (pero que será también importante tomar en consideración cuando veamos sus funciones).

En buena cuenta, cuando obligamos a una persona a resarcir los daños que ha causado a otra, en el fondo, lo que estamos haciendo es trasladar el peso económico de esos daños de un sujeto a otro[4]. Es decir, producido un accidente, se

---

sinónimo de "afectación patrimonial"), y que en realidad dicha institución debería ser entendida sobre todo cuando estamos ante la presencia de un daño (precisamente, como explica el mismo Fernández Cruz, según lo entiende la doctrina italiana). No obstante, no es materia de este trabajo problematizar sobre este tema.

3 En un sentido similar, otro sector de la doctrina nacional define a la responsabilidad civil como "una técnica de tutela (civil) de los derechos (u otras situaciones jurídicas) que tiene por finalidad imponer al responsable (no necesariamente al autor) la obligación de reparar los daños que este ha ocasionado" (Espinoza Espinoza 2019: 63).

4 Esto es explicado de forma bastante ilustrativa por Bullard González, quien señala lo siguiente:

(…) Cuando se produce un accidente ya se ha generado una pérdida social. La vida humana perdida, el brazo inmovilizado, o el automóvil dañado son pérdidas concretas y en términos sociales irrecuperables. Claro que se podrá decir que un automóvil puede ser reparado, el dolor causado por la pérdida de un bien querido aliviado con una indemnización y la rehabilitación del brazo es posible con un adecuado y costoso tratamiento. Pero ninguno de estos daños se repara sin ocasionar otro daño a alguien.

Si alguien paga la reparación del automóvil, la indemnización al pariente de la víctima o la rehabilitación del brazo del accidentado, está dejando de utilizar sus recursos en otros usos valiosos. En otras palabras, la pérdida ocasionada por un accidente nunca es reparada realmente en términos sociales. Sólo es trasladada a otro, y al hacerlo se está ocasionando un nuevo daño. Entonces el daño causado no se crea ni se destruye, solo se traslada, es decir que se desviste un santo para vestir a otro (2006: 702) (el subrayado es mío).

trata en realidad de verificar si existe alguna justificación para hacer que esa carga económica que sufre la víctima le sea desplazada a otro sujeto (por ejemplo, por haber sido él quien se la provocó).

Esto ha sido explicado de forma bastante elocuente por De Trazegnies Granda, quien al respecto señala lo siguiente:

> (…) la responsabilidad extracontractual moderna es un mecanismo que persigue ante todo reparar económicamente un daño. En otras palabras, cuando una persona ha sufrido un daño sin justificación. el Derecho quiere que los aspectos materiales de este daño le sean aliviados mediante el traslado de su carga económica a otro o a otros individuos. (…).
>
> Como puede advertirse, resarcir es desplazar el peso económico del daño: liberar de éste a la víctima y colocárselo a otra persona (el culpable, el causante, el empleador, el dueño del animal, el asegurador, etc.) (2016: 47-48) (el subrayado es mío).

Naturalmente, en este artículo en el que se busca analizar la responsabilidad civil derivada del incumplimiento del "contrato de árbitro" (la cual se enmarca en nuestro sistema dentro de la responsabilidad por inejecución de obligaciones o responsabilidad contractual), interesará entonces dilucidar si, en los supuestos que comentaremos, existe alguna razón que justifique que el árbitro asuma el coste económico de los daños que hubieran causado a las partes, al incumplir sus obligaciones frente a ellas.

Ahora bien, desde una perspectiva económica (aunque enfocándose sobre todo en la responsabilidad extracontractual), Calabresi sostiene que la función principal de la responsabilidad civil consiste en "reducir la suma de los costes de los accidentes y de los costes de evitarlos" (1984: 44).

Dicha función comprende la persecución de los siguientes tres (3) fines: (i) la reducción del número y la gravedad de los accidentes ("reducción de los costes primarios"); (ii) la reducción de los costes sociales derivados de la indemnización a las víctimas ("reducción de los costes secundarios"); y, (iii) reducción de los costes de administrar el tratamiento de los accidentes (Calabresi 1984: 44-45).

Concentrémonos por ahora solo en el primero de estos fines, y traslademos esta idea al tema materia de este artículo.

Desde esta perspectiva, lo que primordialmente estamos llamados a cumplir al establecer reglas de responsabilidad de los árbitros frente a las partes es que los árbitros "internalicen las externalidades"[5] generadas por su propia conducta. Es decir, generar incentivos para que los árbitros tomen las precauciones necesarias (allí donde estas son posibles y razonables de ser exigidas) para evitar que se repitan eventos de incumplimiento que generen perjuicios a las partes.

Esta aproximación tiene una importancia gravitante si reparamos en que el árbitro, al igual que un juez o cualquier otro ser humano, "es un actor económico racional que puede comportarse con miras a maximizar su utilidad" (Guandalini 2020: 211).

En efecto, tal y como nos explica Guandalini:

> (…) el árbitro tiene su interés personal, es decir, es un tomador de decisiones racional que buscará la maximización de la utilidad. En otras palabras, el árbitro siempre se comporta y toma decisiones con el fin de obtener la mejor utilidad personal de cualquier decisión que tome o comportamiento que adopte (2020: 212) (el subrayado es mío).

5 Esta expresión (bastante conocida y difundida por diversos estudiosos del Análisis Económico del Derecho) es acuñada en el ámbito nacional por Bullard González en: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "El sistema de responsabilidad civil extracontractual". En: *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Segunda edición corregida y aumentada. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2006, p. 708. Asimismo, es explicada de forma bastante ilustrativa por Fernández Cruz, conforme a lo siguiente:

La función de reducción de los costes primarios utiliza por esto, principalmente, una técnica de prevención general, que se materializa al internalizar dichos costes en el sujeto que está en la mejor capacidad de prevenirlo y, por ende, evitarlo. Se consigue así que el sujeto adopte una medida de prevención, si es que el costo de esta medida es menor al costo de la indemnización de daños. El razonamiento que subyace en esta primera función es que al hacer recaer la indemnización de daños en el sujeto que está en mejor posición de prevenirlos, se logra que el llamado a responder asuma los costos económicos del accidente, con lo que aquel recibe incentivos para tomar precauciones que eviten el accidente, pues el costo de internalizar la prevención será menor que el costo de la reparación del daño. Esto se grafica en la expresión «internalizar externalidades» (2019: 153) (el subrayado es mío).

Cuando una persona toma la decisión de aceptar participar como árbitro para resolver una controversia, existen diversos elementos que pueden servir como motivaciones o incentivos para ello.

Algunos incentivos (creemos, probablemente los más importantes) pueden ser de carácter pecuniario, como por ejemplo los honorarios que obtendrán los árbitros al aceptar un encargo determinado[6], así como la posibilidad de que en el futuro puedan cobrar más por este concepto, al recibir nuevas designaciones o que involucren mejores honorarios[7].

Pero, como es lógico, pueden existir incentivos que no necesariamente tengan naturaleza pecuniaria. Estos también deben ser tomados en cuenta dentro de un análisis económico, pues lo que se busca es entender el comportamiento de los árbitros, a la luz de todas las circunstancias que pueden modelar su actuar (dentro de las cuales estas también influyen).

Como señala acertadamente Guandalini:

> (…) un análisis económico puede explicar que los actores pueden tener otros incentivos positivos. Es un error reducir el análisis económico solo a incentivos financieros. El análisis económico tiene que ver con el bienestar y la utilidad, que no se limitará al dinero y, por lo tanto, puede explicar el comportamiento de los árbitros que preferirían ser árbitros que trabajar como socios en un gran bufete de abogados (2020: 220) (el subrayado es mío).

6 Para ver un análisis detallado del rol que juegan los honorarios del árbitro como uno de sus incentivos principales (de naturaleza económica o pecuniaria), véase: GUANDALINI, Bruno. "Chapter 5: The Rational Decision-Maker Arbitrator: Unveiling the Arbitrator's Utility Function". En: *Economic Analysis of the Arbitrator's Function*. International Arbitration Law Library. Volumen 55. Kluwer Law International, 2020, pp. 215-222.

7 Como explica Guandalini, la necesidad y deseo del árbitro de obtener reputación puede impactar su comportamiento, para efectos de poder cobrar más en el futuro. Así, "para tener futuros nombramientos y una mayor compensación, el árbitro se comporta de tal manera que genera y mantiene reputación" (2020: 223). Algunos de estos comportamientos pueden involucrar que el árbitro se vea incentivado a emitir un laudo válido y "aceptable", a emitir laudos "equilibrados" para las partes en controversia, o incluso a defender determinadas posiciones jurídicas en el laudo, para hacerse conocidos por ello (Guandalini 2020: 222-226).

Algunos de estos incentivos no pecuniarios podrían ser el honor, el prestigio[8] e, inclusive la obtención de algún tipo de satisfacción ideológica[9] al realizar el encargo. También se suele decir que quien acepta un nombramiento como árbitro busca tener cierto "poder"[10].

Ahora bien, evidentemente, al otro lado de todos estos incentivos positivos que pueden motivar que el árbitro acepte una designación, o que se comporte de tal o cual manera para cumplir el encargo, existen también ciertas restricciones o limitaciones que tiene el árbitro, y que de alguna manera pueden involucrar un costo para ellos al ejercer su función.

Como nos explica Guandalini, las limitaciones o restricciones (*constraints*) "son los costos que surgen de la transacción" (2020: 230) (en este caso, de ejercer la actividad del árbitro en un caso concreto).

En ese sentido, continúa este autor:

8 En cuanto al honor y al prestigio que pueden buscar los árbitros, es interesante tomar en cuenta las reflexiones de Guandalini, quien señala lo siguiente:

(…) el ejercicio de la función jurisdiccional genera un buen sentimiento en quien toma las decisiones, un sentimiento de ser reconocido por la sociedad como alguien que ejerce un poder supremo para imponer decisiones en la vida de otras personas o para regular a los individuos en una sociedad. (…).

Sin embargo, la función del árbitro en el arbitraje comercial internacional suele ser confidencial y este reconocimiento por parte de la sociedad es significativamente limitado. El reconocimiento común proviene de los pares del árbitro en la comunidad arbitral. Los arbitrajes entre inversionistas y estados, especialmente bajo el Convenio del CIADI, son una excepción y, en esos casos, dicho reconocimiento podría desempeñar un papel importante en la función de utilidad de los árbitros, ya que los laudos son públicos (2020: 228) (el subrayado es mío).

9 Sobre este punto, Guandalini sostiene lo siguiente:

La satisfacción ideológica también viene con la posibilidad que tiene el árbitro de promover la justicia. Teniendo en cuenta el mismo arbitraje de inversión antes mencionado, el mero sentimiento de poder promover la justicia o la paz puede generar una sensación muy placentera. Esto es quizás lo que provoca una cierta "seducción ideológica" en los candidatos a árbitro, que es una auténtica fascinación (2020:228-229) (el subrayado es mío).

10 Como precisa Guandalini, "el poder en este caso está mayormente relacionado al aspecto de la discrecionalidad que tiene el tomador de decisiones" (2020: 229). Sin perjuicio de ello, continúa el mismo autor, "el poder también genera satisfacción en el árbitro por ser un tomador de decisiones en la vida de otras personas. Dicho poder proviene del status superior, la posición de un individuo en relación con otro u otros, especialmente en lo que respecta a su status social o profesional" (Guandalini 2020: 229).

> "(…) los agentes racionales buscan maximizar sus intereses —su utilidad— en un determinado contexto de toma de decisiones, incluyendo las limitaciones que son incentivos negativos. El comportamiento del árbitro será tal que las motivaciones o incentivos positivos serán mayores que las limitaciones (…)" (Guandalini 2020: 230) (el subrayado es mío).

Algunos de estos "incentivos negativos" pueden ser impuestos por normas sociales o por el mercado. Y al igual que con los positivos, pueden tener naturaleza patrimonial (como la reducción de los honorarios del árbitro[11]; o, la posibilidad de que en el futuro el árbitro reciba menos designaciones a causa de la difusión de información sobre su conducta, sus sanciones disciplinarias o su trabajo en general[12]) o no tenerla (como, por ejemplo, el esfuerzo mental que requerirá el árbitro para resolver la controversia[13], o inclusive los costos emocionales que se pueden derivar de ello[14]).

Otros "incentivos negativos" pueden ser impuestos por la ley. Y, nuevamente, aquí podemos observar algunos que tienen naturaleza patrimonial y otros que no.

En cuanto a los de naturaleza patrimonial, tenemos por ejemplo la posibilidad de que se produzca la terminación anticipada del "contrato de árbitro"[15], y (para efectos particulares de esta investigación) la posibilidad de que el árbitro asuma responsabilidad civil frente a las partes.

---

11 Esta es una iniciativa que se ha adoptado por algunos centros de arbitraje como la Cámara de Comercio Internacional, normalmente aplicando esta reducción de honorarios cuando los árbitros se demoran en emitir el laudo. En nuestro país, podemos ver una práctica similar en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, que aprobó la Nota Práctica N° 3/2020, que contempla una regla en ese sentido.

12 Para ver un análisis detallado sobre todo ello, véase: GUANDALINI, Bruno. "Chapter 5: The Rational Decision-Maker Arbitrator: Unveiling the Arbitrator's Utility Function". Op. Cit., pp. 232-237.

13 Como explica Guandalini, se trata fundamentalmente de "el costo de producir la decisión o decidir o redactar el laudo. La acción de pensar y concentrarse es, en general, agotadora" (2020: 237).

14 Para ver un análisis detallado sobre ello, véase: GUANDALINI, Bruno. "Chapter 5: The Rational Decision-Maker Arbitrator: Unveiling the Arbitrator's Utility Function". Op. Cit., pp. 238-242.

15 Explicando este fenómeno, Guandalini señala que el "árbitro no cumplirá la misión ni tampoco llegará al final del encargo debido a que el contrato terminará y es posible que reciba una menor remuneración" (2020: 247).

Es decir, la eventualidad de que el árbitro pueda ser declarado responsable y, por ende, se vea obligado a pagar una indemnización por daños y perjuicios se constituye como un incentivo negativo, que puede tener gran repercusión en su decisión de aceptar el caso, y sobre todo en cómo se comporta al cumplir el encargo.

Por eso es que, precisamente, las reglas de inmunidad o limitación de responsabilidad pueden jugar un rol muy importante en cuanto a minimizar o agravar este incentivo negativo. Mientras más amplia sea la inmunidad, el árbitro tendrá menos motivos para preocuparse al respecto, pues será menos probable que asuma responsabilidad frente a las partes. Por el contrario, mientras más amplio sea el alcance de la responsabilidad, puede que esta preocupación surja con mucha más intensidad.

Adelantándonos a lo que abordaremos en un momento, es necesario reconocer, como lo hace Guandalini, que si bien la inmunidad del árbitro puede ser necesaria por el carácter jurisdiccional de la función o la misión que está llamado a cumplir, ello no significa que dicha inmunidad sea absoluta, o que el árbitro nunca percibirá ninguna consecuencia si incumple con las obligaciones que emanan del "contrato del árbitro" (2020: 248).

Prácticamente ningún país recoge (o aplica) actualmente un régimen de inmunidad absoluta a favor de los árbitros, frente a reclamos por responsabilidad civil. Incluso aquellos que en su momento pretendieron aplicar una regla en ese sentido, han contemplado ciertas excepciones que nos demuestran que la responsabilidad del árbitro es un tema que siempre está latente en la realidad.

Por ello, en nuestra opinión, los árbitros deben ser siempre conscientes de ello, y tomar las precauciones que sean necesarias (allí donde ellas sean razonablemente exigibles) para cumplir con su labor de forma adecuada, evitando así generar situaciones que potencialmente les hagan asumir responsabilidad.

Siempre y cuando podamos conseguir que los árbitros internalicen las externalidades negativas (costos) que su conducta puede generar en las partes, estaremos contribuyendo a reducir la cantidad y gravedad de estos "accidentes" (en este caso, las situaciones de incumplimiento de los árbitros que generan daños en las partes).

Sin perjuicio de ello, reiteramos que el estándar de responsabilidad aplicable (es decir, si es más o menos limitado) tendrá un rol preponderante para determinar el grado de precaución que adoptarán los árbitros, por lo que será indispensable

reflexionar respecto a cuál es el estándar más adecuado para: (i) generar incentivos en los árbitros para que cumplan con sus obligaciones de forma diligente; y, a la vez, (ii) garantizar que tengan las condiciones necesarias para resolver la controversia de forma independiente e imparcial, sin presiones de las partes.

2. Los criterios de imputación de responsabilidad civil del árbitro en la Ley de Arbitraje peruana: ¿está justificado el modelo de responsabilidad limitada en todos los casos?

La responsabilidad civil del árbitro se encuentra regulada en nuestro sistema en el artículo 32° del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje en el Perú ("Ley de Arbitraje Peruana"), bajo un esquema de responsabilidad limitada (o inmunidad relativa).

Dicha norma señala expresamente lo siguiente:

> **Artículo 32.- Responsabilidad.**
>
> La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir el encargo, incurriendo si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa inexcusable (el subrayado es mío).

Como puede observarse, bajo el Derecho Peruano, actualmente los árbitros solamente responden por los daños que causen por dolo o culpa inexcusable[16]. Es decir, como veremos en un momento, no responden por culpa leve.

Reiteramos que la responsabilidad civil del árbitro que vamos a analizar es la responsabilidad que este tiene frente a las partes, derivada del incumplimiento del

16 Es importante precisar que nuestra legislación anterior, la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, no hacía ninguna limitación a la responsabilidad de los árbitros. En efecto, el artículo 18° de dicha norma (actualmente derogada por la Ley de Arbitraje Peruana) establecía lo siguiente:

Artículo 18.- Disposición general.- Los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción. En el desempeño de sus funciones tienen plena independencia y no están sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando además del secreto profesional.

La aceptación del cargo por los árbitros, o por la institución arbitral, otorga derechos a las partes para compelerles a que cumplan el encargo dentro del plazo establecido, bajo pena de responder por los daños y perjuicios que ocasionen por su demora o por incumplir las obligaciones respectivas (el subrayado es mío).

"contrato de árbitro". Bajo ese esquema, entonces, dicha responsabilidad debe ser entendida conforme a las reglas del sistema de responsabilidad por inejecución de obligaciones (contractual), consagrado en nuestro Código Civil[17].

Es importante que seamos conscientes de ello, pues la determinación del sistema de responsabilidad aplicable (sea contractual o extracontractual) puede traer consigo diversas consecuencias prácticas.

Un ejemplo muy concreto es el plazo de prescripción para la acción destinada a reclamar el pago de una indemnización por daños y perjuicios contra un árbitro.

Recordemos que el artículo 2001° del Código Civil peruano establece los plazos de prescripción para diversos tipos de acciones civiles.

Para el caso de la acción de indemnización por responsabilidad contractual (que vendría a encuadrarse dentro de la "acción personal"), y aquella por responsabilidad extracontractual, debemos tener presente lo indicado en los numerales 1) y 4) de la referida norma, los cuales señalan lo siguiente:

> **Artículo 2001.-** Prescriben, salvo disposición diversa de la ley:
>
> 1.- A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico.
>
> (…)
>
> 4.- A los dos años, la acción de anulabilidad, la acción revocatoria, la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual y la que corresponda contra los representantes de incapaces derivadas del ejercicio del cargo.
>
> (…) (el subrayado es mío).

17 Es importante anotar que la Ley de Arbitraje Peruana hace referencia a diversos "grados de culpa" para determinar en qué medida es responsable el árbitro. Ello puede configurarse como otro indicio de que la responsabilidad del árbitro se enmarca dentro del sistema de responsabilidad por inejecución de obligaciones, pues es precisamente este sistema el que (según se sostiene) acoge normativamente la teoría de la graduación de la culpa. Esta es justamente una de las diferencias fundamentales a nivel normativo entre el sistema de responsabilidad por inejecución de obligaciones y el sistema de responsabilidad extracontractual. Al respecto, véase: FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Introducción a la Responsabilidad Civil*. Lecciones universitarias. Colección Lo Esencial del Derecho N° 46. Primera edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019, p. 41.

Como puede observarse, bajo nuestro sistema, la acción por responsabilidad contractual prescribe a los diez (10) años, mientras que la acción por responsabilidad extracontractual prescribe solo a los dos (2) años.

Entonces, si sostenemos que la responsabilidad derivada del "contrato de árbitro" es una responsabilidad de naturaleza contractual (por inejecución de obligaciones), dado que no se ha contemplado en la Ley de Arbitraje Peruana ni en ninguna otra norma especial un plazo distinto, el plazo de prescripción aplicable a dicha responsabilidad sería el de la acción personal, esto es, diez (10) años.

Ello podría parecer completamente irrazonable y excesivo, considerando que –por ejemplo– el Código Procesal Civil peruano, al regular la responsabilidad civil de los jueces, establece un plazo muy acotado de tres (3) meses para la interposición de la demanda.

Este tema ha sido advertido en nuestro entorno por De Trazegnies Granda, quien señala al respecto lo siguiente:

> Ahora bien, ¿tienen también los árbitros una responsabilidad de carácter contractual?
>
> (…)
>
> (…) una de las consecuencias más significativas estaría referida al plazo de prescripción, dado que, mientras que la responsabilidad extracontractual prescribe a los dos años, la responsabilidad del árbitro prescribiría recién a los diez años.
>
> Ciertamente, parece una aberración que el árbitro pueda ser responsabilizado durante todo ese tiempo. Esto no sucede con el juez a pesar de que la ley asimila su responsabilidad a la de inejecución de obligaciones porque, a diferencia de lo que sucede con la LA [Ley de Arbitraje Peruana], el legislador del Código Procesal Civil previó esta situación anormal y estableció una norma específica para corregirla que sólo otorga un plazo de tres meses para iniciar la acción de responsabilidad contra el juez, contado a partir del momento en que la resolución que causó el daño se encuentre ejecutoriada.
>
> Por tanto, dada la ausencia de una limitación específica para ejercer la acción de responsabilidad, que debiera haber sido contemplada en la ley, el árbitro es responsable por los daños que cause a las partes

> durante el plazo cuando menos de dos años si consideráramos que se trata de una responsabilidad extracontractual, pero que podemos pensar que llega a diez años si, por las razones antes expuestas, consideramos que se trata de una responsabilidad contractual (2011: 371) (el subrayado es mío).

Compartimos plenamente la reflexión que hace el profesor De Trazegnies Granda. En ese sentido, creemos que en una eventual reforma que se pudiera hacer a la Ley de Arbitraje Peruana en el futuro, una de las incorporaciones más importantes sería precisamente establecer un plazo de prescripción especial para la responsabilidad civil de los árbitros[18], el cual podría tomar de referencia o no el plazo que es aplicable actualmente a la responsabilidad civil de los jueces.

Ahora bien, el artículo 1321° del Código Civil peruano regula la responsabilidad por inejecución de obligaciones (contractual) conforme a lo siguiente:

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

18 Cabe agregar que, recientemente, en el Informe elaborado por el *Task Force* de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje se contempló un artículo modelo de responsabilidad civil del árbitro que contiene expresamente un plazo de caducidad de seis (6) meses para iniciar cualquier reclamo de esta naturaleza. Al respecto, véase: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Juan Manuel MARCHÁN. "La Inmunidad de los Árbitros en Latinoamérica: Lo que hay y lo que falta". En: *Revista ALARB - Asociación Latinoamericana de Arbitraje*. Volumen II, 2021, p. 18. En nuestra opinión, creemos que esta propuesta es bastante positiva, pues reconoce que no es razonable que la responsabilidad civil del árbitro esté sujeta a un plazo excesivamente largo, sobre todo considerando que, a nivel comparativo, los jueces suelen tener un plazo mucho más acotado (como en nuestro sistema).

Como podemos observar, según el régimen general de responsabilidad aplicable a este sistema, el deudor que incumple su obligación responde si dicho incumplimiento se ha producido por culpa leve, culpa inexcusable o dolo.

La diferencia práctica en dicha "graduación de culpa" radica en la extensión del resarcimiento: si el deudor incumple con culpa leve, estará obligado a indemnizar solamente los daños previsibles. Por el contrario, si incumple con culpa inexcusable o dolo, deberá resarcir además los daños imprevisibles.

En cuanto a la culpa leve, el artículo 1320° del Código Civil la define de la siguiente manera: "**Artículo 1320.-** Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar" (el subrayado es mío).

En la doctrina nacional se ha indicado sobre la culpa leve lo siguiente:

> La culpa leve constituye una especie intermedia entre la culpa lata o grave y la levísima o venial. Se presenta cuando no se presta la atención o no se tiene el cuidado que de ordinario se acostumbra, o que, en general, pondría un buen padre de familia.
>
> A grandes rasgos podemos afirmar que la culpa leve se trata de hechos que, aunque suponen una falta de diligencia, podrían ocurrirle a cualquier persona.
>
> Así, la culpa leve tiene como constituyente o regla a la falta de diligencia ordinaria. (…) (Osterling y Castillo 2008: 852) (el subrayado es mío).

Es importante mencionar que, bajo lo establecido en el artículo 1329° del Código Civil, la culpa leve se presume, conforme a lo siguiente: "**Artículo 1329.-** Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor" (el subrayado es mío).

Es decir, probado el incumplimiento, nuestro sistema opta por presumir que el mismo ha sido provocado con culpa leve. Quedará entonces de cargo del deudor demostrar que dicho incumplimiento no le es imputable.

Esto es explicado también por Fernández Cruz, quien señala al respecto lo siguiente:

> Si el acreedor invoca que el incumplimiento del deudor se produjo con culpa leve, para que éste responda, el acreedor no tiene la carga de acreditar la culpa leve en la que ha incurrido el deudor, dado que dicha culpa se presume. Por el contrario, es el deudor quien, para no responder, debe acreditar que el incumplimiento se debió a causa no imputable (esto es, que resultó vencido por caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de tercero o por el hecho del propio acreedor) (2017: 84) (el subrayado es mío).

De otro lado, la culpa inexcusable es definida por el artículo 1319° del mismo cuerpo de leyes, conforme a lo siguiente: "**Artículo 1319.-** Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación" (el subrayado es mío).

Como puede observarse, normativamente hablando, nuestro sistema equipara la culpa inexcusable a una "negligencia grave"[19].

Comentando esta norma de nuestro sistema jurídico, se señala que la culpa inexcusable "es el grado más alto de la culpa. Es lo que se conoce también con el nombre de negligencia grave, y consiste en la omisión de algunos o algún deber de diligencia" (Osterling y Castillo 2008: 851).

Con mayor profundidad, Espinoza Espinoza sostiene que este grado de culpa implica "el no uso de la diligencia que es propia de la absoluta mayoría de los hombres, es decir, quien ha tenido una conducta tal que no ha hecho lo que todos los hombres hacen comúnmente" (2019: 281).

Es importante tomar en cuenta que, en la práctica, puede ser difícil determinar con exactitud en qué supuestos estaremos ante incumplimientos provocados con culpa leve, y en cuáles otros con culpa inexcusable.

19 En la doctrina nacional se ha sostenido que, en realidad, el concepto de culpa inexcusable (que vendría a ser fundamentalmente un concepto de la responsabilidad extracontractual) implicaría un grado superlativo de culpa, superior a la sola "culpa grave" (es decir, una suerte de "culpa gravísima"). Sin embargo, al ser regulada en el Código Civil, la culpa inexcusable habría sido "reducida" a la culpa grave clásica, conforme a la redacción contenida en el artículo 1319° de dicho cuerpo de leyes. Al respecto, véase: DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*. Octava edición corregida y aumentada. Tomo I. Lima: ARA Editores E.I.R.L., 2016, pp. 242-243.

Sobre el particular, comentando los artículos 1319° y 1320° del Código Civil peruano, Vega Mere nos intenta dar una aproximación a este tema, señalando lo siguiente:

> Siempre bajo la perspectiva del análisis de la diligencia, se evalúa el comportamiento del obligado para definir si su falta de previsión, o la omisión con la que actuó, recae sobre deberes de mayor o menor exigibilidad. De esa manera, si su desatención fue sobre los más elementales deberes, es decir, si su descuido se perfila sobre los deberes de orden básico, la negligencia se califica como grave. (…).
>
> Es más compleja la determinación exacta de la llamada culpa leve. Y es que con ella se alude a la omisión de la diligencia ordinaria en el cumplimiento de la obligación; más correctamente en el incumplimiento o en la ejecución inexacta. Se trata de la no observancia de los cuidados normales, ordinarios, que provendría, en la opinión doctrinal, de un hombre precavido, atento, ordenado. (…).
>
> Creo que, a decir verdad, la graduación de la diligencia o de la negligencia, en su versión de culpa leve, es más bien producto de su contraposición con la culpa grave en tanto expresión de la seriedad en la falta de previsión y la derivada inobservancia de cautelas elementales que no debieron dejar de adoptarse (2020: 846) (el subrayado es mío).

Podemos considerar que normalmente existe culpa inexcusable cuando el deudor haya inobservado los deberes más básicos o elementales que le sean exigibles. Por oposición, nos encontraremos (en principio) ante un supuesto de culpa leve en los demás escenarios, en los que entonces la inobservancia es respecto de otro tipo de deberes, que no tengan tal grado de elementalidad.

Por su parte, el dolo es definido por el artículo 1318° del referido Código, de acuerdo a lo siguiente: "**Artículo 1318.-** Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación" (el subrayado es mío).

Es importante mencionar que, bajo lo establecido en el artículo 1330° del Código Civil, la culpa inexcusable y el dolo no se presumen, por lo que deben ser probadas por quien reclama el resarcimiento, conforme a lo siguiente: "**Artículo 1330.-** La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado

por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso" (el subrayado es mío).

Es decir, verificado el incumplimiento, si el perjudicado alega que este ha sido producido con dolo o culpa inexcusable (por ejemplo, para efectos de solicitar una indemnización que comprenda los daños imprevisibles), es él quien debe probar ello.

Esto es explicado también por Fernández Cruz, quien señala al respecto lo siguiente:

> Si el acreedor invoca que el incumplimiento del deudor se produjo con dolo o culpa inexcusable, para que éste responda por alguna de esas invocaciones, el acreedor debe acreditar el dolo o la culpa inexcusable del deudor. En este escenario, el deudor no asumirá ninguna responsabilidad por culpa inexcusable en la ejecución de sus obligaciones si: (i) el acreedor no logra superar la carga probatoria antes mencionada; o (ii) si el deudor logra acreditar la causa no imputable (esto es, que fue vencido por caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de tercero o por el hecho del propio acreedor).
>
> (…) puede apreciarse que el acreedor asume una mayor carga probatoria dado que, aun cuando se dé el supuesto de que el deudor no logre acreditar que el incumplimiento en la ejecución de sus obligaciones se debe a causa no imputable o que es imputable al acreedor, no asumirá ninguna responsabilidad por culpa inexcusable si el acreedor no logra acreditar que dicho incumplimiento se produjo con negligencia grave del deudor (2017: 84-85) (el subrayado es mío).

Adicionalmente, debe tenerse presente que, bajo nuestro ordenamiento jurídico, el umbral mínimo de responsabilidad por dolo o culpa inexcusable (que, como hemos visto, es el único aplicable a los árbitros bajo el artículo 32° de la Ley de Arbitraje Peruana) no puede ser materia de exoneración o limitación.

En efecto, el artículo 1328° del Código Civil peruano señala al respecto lo siguiente:

> **Artículo 1328.-** Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga.
>
> También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público (el subrayado es mío).

Como podemos observar, nuestro sistema establece que es nula cualquier estipulación que exonere o limite la responsabilidad del deudor por dolo o culpa inexcusable. Sin embargo, conforme deja entender el mismo artículo 1328° del Código Civil peruano, son perfectamente válidas dichas estipulaciones, siempre y cuando estas se refieran a la responsabilidad por culpa leve.

Nótese ahora los efectos prácticos importantes que se generan cuando aplicamos estas nociones de Derecho Civil Patrimonial a la responsabilidad civil del árbitro, regulada en la Ley de Arbitraje Peruana[20]:

i. Los árbitros solamente responderán frente a las partes si han incumplido alguna obligación derivada del "contrato de árbitro" de forma deliberada, intencional (dolo); o, en todo caso, si han cometido una negligencia tan grave, que implique (en principio) la inobservancia de los deberes más elementales que les sean exigibles en su condición (culpa inexcusable) (artículos 1318° y 1319° del Código Civil peruano).

ii. En tanto se requiere que el incumplimiento haya sido producido con dolo o culpa inexcusable, será la víctima (es decir, la parte afectada) quien deberá probar dicha circunstancia (artículo 1330° del Código Civil peruano).

20 Evidentemente, aquí se parte del presupuesto de que la ley aplicable al "contrato de árbitro" y, por ende, a la responsabilidad derivada del incumplimiento del mismo es la ley peruana, por ejemplo, por haberse establecido como sede del arbitraje el Perú. La doctrina mayoritaria se inclina a considerar que la ley aplicable a este tema es la ley de la sede. Según Hyder, Guy Burnett y Ferraro, "la ley de la sede del arbitraje parece ser la solución más adecuada, ya que permite mayor previsibilidad y consistencia. Esta regla toma en cuenta que tanto las partes como los árbitros han elegido libremente participar en un arbitraje en dicha sede, y además evita la aplicación de estándares distintos entre los árbitros que forman parte de un mismo tribunal arbitral" (2013: 334) (el subrayado es mío).

iii. En caso la víctima no consiga superar la carga de la prueba (que de por sí es bastante alta), no podrá otorgársele una indemnización.

iv. En caso se conceda finalmente una indemnización por responsabilidad civil de un árbitro, esta debería ser bastante amplia, pues tendrá que cubrir no solo los daños previsibles, sino también los imprevisibles (artículo 1321° del Código Civil peruano).

v. Cualquier pacto que pudieran celebrar las partes con el árbitro, o que pudiera estar contenido en el reglamento arbitral aplicable (que se integra al "contrato de árbitro"), y que pretenda exonerarlo o limitar su responsabilidad será nulo en cuanto al dolo y la culpa inexcusable, pero válido en lo que se refiere a la culpa leve.

vi. No obstante, en tanto la misma Ley de Arbitraje ya excluye la responsabilidad de los árbitros en esta última medida, no es necesario (ni útil) pactar de forma expresa la exoneración o limitación de su responsabilidad solamente por culpa leve.

vii. De hecho, lo que suelen hacer algunos reglamentos arbitrales es establecer una inmunidad absoluta del árbitro, es decir, una exoneración o limitación total de su responsabilidad (en cuanto al estándar). En caso resulte aplicable alguno de estos reglamentos en un arbitraje con sede en el Perú, entonces, deberá entenderse que la exoneración de responsabilidad es válida solamente por el umbral de la culpa leve[21], pues nunca podría cubrir también el extremo del dolo o la culpa inexcusable.

Como puede advertirse, el estándar de responsabilidad civil del árbitro en el Perú (al igual que en otros ordenamientos jurídicos con reglas similares, como España, Italia, etc.) es bastante estricto y acotado, lo que dificulta considerablemente las posibilidades de que se haga efectiva dicha responsabilidad.

En la práctica, establecer (de manera general) que el árbitro solamente responde por dolo o culpa inexcusable, implica sobre todo trasladar la carga de la prueba del criterio de imputación de responsabilidad a la víctima, cuando en circunstancias normales (bajo las reglas de la responsabilidad por inejecución de obligaciones)

21 Ello, de conformidad con lo establecido en el artículo 224° del Código Civil peruano, el cual señala lo siguiente: "**Artículo 224.-** La nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables. (…)" (el subrayado es mío).

le correspondería al deudor (en este caso, el árbitro) demostrar que el incumplimiento no le es imputable (pues, como hemos visto, la regla general es que se presuma la culpa leve, conforme al artículo 1329° del Código Civil peruano).

Por lo demás, debe tenerse presente que, en la práctica, puede llegar a ser muy difícil acreditar que el árbitro quiso intencionalmente incumplir sus obligaciones, o que dicho incumplimiento implicó una falta de previsión tan grosera que amerite que sea responsable.

Si bien la "recompensa" que se obtendría si se llega a demostrar ello debería (en teoría[22]) ser bastante gratificante para la parte afectada, el camino para llegar hasta allí parece ser bastante complicado.

En este punto, entonces, cabe preguntarnos: ¿por qué la Ley de Arbitraje Peruana (al igual que otras legislaciones en el mundo) establece un régimen especial de responsabilidad civil para los árbitros, que resulta ser tan estricto y acotado? ¿Por qué los árbitros no responden como lo haría cualquier deudor que incumple su obligación (es decir, incluso por culpa leve)?

A nivel internacional se han trazado varias respuestas al respecto, pero muchas de ellas orientadas hacia una dirección más o menos clara: es necesario limitar la responsabilidad del árbitro para permitir que este pueda cumplir con sus labores de forma imparcial e independiente, sin que se vea sujeto a presiones de las partes por eventuales reclamos de responsabilidad civil.

Así, como indica Cremades, el propósito de una regla de "inmunidad" es "muy claramente, evitar condicionar a los árbitros en el desempeño de sus funciones de toma de decisiones" (1991: 33).

Si las partes pudieran demandar a los árbitros ante cualquier circunstancia (incluso insignificante) que les generase insatisfacción, podrían provocar una presión indebida (o una amenaza de la misma) en los árbitros que les impida cumplir adecuadamente con su labor, lo que a la larga: (i) entorpece y/o dilata el arbitraje, que constituye un mecanismo al que ambas partes decidieron so-

22 Precisamos que no es materia de esta investigación profundizar sobre los diversos problemas que pueden existir en cuanto a la dificultad de probanza de la extensión de los daños derivados de la responsabilidad del árbitro, ni tampoco en cuanto a la posibilidad de que haya casos de subcompensación (*undercompensation*) en las indemnizaciones que se pueden otorgar al respecto.

meterse voluntariamente; y, (ii) puede incluso disuadir a los árbitros a aceptar futuros nombramientos.

En esa misma línea, Fernández Rozas, Sánchez Lorenzo y Stampa señalan lo siguiente:

> "La inmunidad pretende proteger la independencia de los árbitros contra acciones judiciales de la parte insatisfecha con su laudo, sin olvidar que una responsabilidad ilimitada sería un factor disuasorio para la aceptación de nombramientos. (…) El equilibrio debe establecerse con mecanismos que permitan determinar cuándo es pertinente apreciar la inmunidad y cuándo no, habilitando en este último caso las pertinentes acciones de responsabilidad" (2018: 228)[23] (el subrayado es mío).

Cabe precisar que una regla de "inmunidad" no está pensada en proteger al árbitro como "persona", sino más bien en otorgarle a dicho sujeto una "herramienta de trabajo" que le permita desempeñar adecuadamente sus funciones: está pensada en el "cargo" que cumple el árbitro cuando acepta una designación, y que consiste principalmente en resolver una controversia de forma definitiva y vinculante.

Así, refiriéndose a la justificación de dicha protección, González de Cossío señala lo siguiente:

> La justificación de dicha protección proviene del deseo de resguardar las actividades del juzgador, evitando que ponga en riesgo su habilidad para emitir un fallo correcto. Se reconoce que el árbitro realiza una función jurisdiccional, aunque no sea judicial, y de existir la posibilidad de que la parte a quien no le favorece su decisión lo demande, su independencia de criterio y libertad de funciones se vería seriamente mermada.

23 En un sentido muy similar, Hyder, Guy Burnett y Ferraro manifiestan lo siguiente:
"En ausencia de alguna protección especial para los árbitros y las instituciones arbitrales frente a este tipo de reclamos [de responsabilidad civil], ambos estarían en riesgo de ser amenazados por las partes con la posibilidad de futuros reclamos de responsabilidad civil. En consecuencia, los árbitros podrían actuar de forma excesivamente cautelosa o incluso algunos candidatos arbitrales evitarían participar en arbitrajes bajo tales circunstancias" (2013: 326) (el subrayado es mío).

> No es porque se desee dar un privilegio, sino una herramienta de trabajo (s/f: 325) (el subrayado es mío).

No obstante, se reconoce ampliamente que la referida "inmunidad" no puede ser absoluta o total a favor de los árbitros, pues ello podría también ser contraproducente. Como explica Silva Romero, "parece haber un consenso general en la actualidad de que no hay inmunidad absoluta a favor de los árbitros (…)" (2012: 89).

En efecto, otorgar una inmunidad absoluta o total a favor de los árbitros generaría más bien un efecto adverso: desincentivaría a los árbitros a cumplir con sus obligaciones de forma diligente y, en ese sentido, a adoptar medidas de prevención para evitar generar perjuicios a las partes, pues ello les generaría costos (principalmente, tener que invertir mayor tiempo y esfuerzo) sin que les reporte ningún beneficio (pues sea como sea, sin importar lo que hagan nunca responderían civilmente).

Esta idea ha sido manifestada en nuestro entorno por Judkiewicz, quien señala lo siguiente:

> Creemos que otorgar la inmunidad plena a los árbitros podría constituir un desincentivo para actuar con diligencia en la ejecución de las obligaciones contractuales. La inmunidad plena no es deseable, puesto que los árbitros deben ser responsables por sus actos u omisiones como cualquier prestador de servicios obligado por un contrato. En efecto, la conciencia de su responsabilidad implica un mayor grado de diligencia a la hora de conducir un arbitraje (2020: 154) (el subrayado es mío).

Es más, una inmunidad absoluta más bien generaría incentivos para que los árbitros incumplan abierta y deliberadamente con sus obligaciones que emanan del "contrato de árbitro", pues advertirían que dicho incumplimiento no representa ninguna consecuencia negativa para ellos.

Como todo sujeto racional, si el árbitro advierte que le reportan más beneficios incumplir el "contrato de árbitro", y además goza de una regla de inmunidad absoluta que lo exonera totalmente de cualquier responsabilidad, lo lógico es que se vea incentivado a incumplir.

Teniendo en cuenta lo anterior, entonces, queda claro que debe haber algún grado de limitación a la responsabilidad de los árbitros, aun cuando este no puede ser absoluto.

Encontrar dicho equilibrio es indispensable para, por un lado, generar incentivos para que los árbitros cumplan diligentemente con sus obligaciones y, del otro, evitar que las partes inicien acciones de responsabilidad con el único afán de generar presión indebida en los árbitros y, de esa forma, condicionarlos en su proceso de toma de decisiones.

Planteándose estos objetivos con relación a este tema, Hyder, Guy Burnett y Ferraro señalan lo siguiente:

> Para que el arbitraje sea un mecanismo efectivo y previsible de solución de controversias, es fundamental que los árbitros puedan emitir una decisión que ponga fin a la controversia sin estar sujetos a presiones indebidas de las partes y que su decisión no pueda ser cuestionada por vías distintas a las taxativamente establecidas. Al mismo tiempo, es necesario asegurar a las partes que los árbitros cuentan con incentivos suficientes para cumplir sus funciones de manera satisfactoria, y que tendrán acceso a algún tipo de remedio en caso los árbitros abusen de su posición (2013: 327) (el subrayado es mío).

Sobre la base de todo ello, la doctrina arbitral internacional se inclina entonces por considerar que los árbitros deben gozar de una inmunidad relativa o "calificada", es decir, su responsabilidad debe estar limitada a los supuestos de incumplimiento más grave, que, como hemos visto, en nuestro sistema se enmarcarían en los supuestos de dolo (incumplimiento deliberado e intencional de la obligación) y culpa inexcusable (inobservancia de la diligencia mínima y elemental que se requiere).

Así, sobre el particular, Born sostiene categóricamente lo siguiente:

> La inmunidad calificada del árbitro es apropiada y totalmente necesaria. Como se mencionó anteriormente, los árbitros cumplen funciones de adjudicación y, en principio, deberían tener derecho a los mismos tipos de inmunidad que los jueces nacionales. Las leyes nacionales otorgan inmunidad a los jueces principalmente para ga-

> rantizar su independencia e imparcialidad – atributos que también son fundamentales para el proceso arbitral. De hecho, los fundamentos limitados para la revisión judicial de los laudos arbitrales hacen que sea particularmente importante que los árbitros no sean influenciados en hacer su laudo por preocupaciones o amenazas de responsabilidad personal frente a una de las partes. Además, el litigio sobre la responsabilidad de un árbitro proporcionaría un medio fácil para ataques colaterales contra laudos, lo que socavaría los objetivos centrales de firmeza y rapidez del proceso arbitral (2021: 2188) (el subrayado es mío).

Desde la perspectiva del arbitraje internacional, el citado autor concluye entonces que:

> La mejor opinión es que la regla anterior de inmunidad calificada es un principio general del derecho internacional, de aplicación obligatoria en el arbitraje internacional (a menos que las partes y los árbitros acuerden lo contrario). Esa conclusión está respaldada por la aceptación esencialmente universal de la inmunidad calificada del árbitro en todos los sistemas legales nacionales, las disposiciones sobre inmunidad de árbitro en el Convenio CIADI y otros instrumentos adjudicativos internacionales, y la imperiosa necesidad de inmunidad de árbitro en la resolución de disputas internacionales. En ausencia de un acuerdo contrario, este principio general del derecho internacional debería aplicarse incluso en ausencia de legislación nacional o normas institucionales y debería informar la interpretación y aplicación del derecho nacional (Born 2021: 2189) (el subrayado es mío).

En un sentido similar, respaldando la idea de una inmunidad limitada o relativa, Hyder, Guy Burnett y Ferraro señalan lo siguiente:

> Una inmunidad limitada serviría para proteger la independencia de las decisiones arbitrales, sin desincentivar a candidatos competentes de asumir el encargo arbitral. En cambio, una inmunidad excesivamente amplia, sería contraproducente porque las partes percibirían al arbitraje como un procedimiento injusto o poco predecible, en particular considerando la proliferación de instituciones arbitrales y

> de profesionales que se dedican al arbitraje en los últimos tiempos. En nuestra opinión, lo más apropiado sería limitar la responsabilidad de los árbitros y las instituciones arbitrales a los casos en los cuales exista negligencia grave o conducta intencional o de mala fe (2013: 340) (el subrayado es mío).

En lo que respecta al ámbito nacional, Judkiewicz también se ha pronunciado recientemente a favor de una regla que limite la responsabilidad de los árbitros, en los siguientes términos:

> Lo anteriormente mencionado [regla de limitación de responsabilidad] es una solución óptima, puesto que los árbitros no pueden incurrir en responsabilidad por cualquier motivo o comportamiento que no le guste a una parte del proceso. Esta última aplicación conllevaría a un sinnúmero de demandas maliciosas o temerarias presentadas en contra de los árbitros por litigantes insatisfechos con el laudo arbitral. Ahora, a pesar de que los árbitros tienen ciertos deberes contractuales hacia las partes, su responsabilidad se encuentra limitada a los casos más graves (ya sea en relación con cuestiones procedimentales o con la interpretación insustentable). De esta forma, las partes realmente perjudicadas por actos u omisiones cometidos de mala fe tienen la posibilidad de reclamar daños y perjuicios. En ese sentido, el riesgo de responder económicamente por los daños ocasionados a las partes incentiva a los árbitros a cumplir con sus obligaciones de manera aplicada (2020: 153) (el subrayado es mío).

En nuestra opinión, estamos de acuerdo con que un régimen de responsabilidad limitada para los árbitros constituye la herramienta más adecuada para cumplir todos los fines anteriormente indicados. Y, precisamente, esa misma aproximación es la que recoge nuestra legislación arbitral, al limitar la responsabilidad civil del árbitro solamente a supuestos de incumplimiento causados con dolo o culpa inexcusable.

Así lo ha destacado De Trazegnies Granda, quien, comentando el artículo 32° de la Ley de Arbitraje Peruana (que contempla una regla de limitación de responsabilidad, o "inmunidad relativa"), señala lo siguiente:

> Es sumamente significativo destacar que la Ley peruana de arbitraje, en el artículo comentado [artículo 32°], ha sido muy clara cuando establece que los únicos factores de atribución, en el caso de la responsabilidad de los árbitros, son el dolo y la culpa inexcusable.
>
> Esta norma es particularmente importante para no dar apoyo a una estrategia intimidatoria con la posibilidad de demandas basadas en errores sin mayores consecuencias, pequeñas negligencias o simplemente diferencias de interpretación en materia controvertible. La ley ha querido ser muy severa y restrictiva, autorizando la reclamación de daños sólo en el caso gravísimo del dolo y, tratándose de negligencia, sólo cuando ésta es inexcusable (2011: 373)[24] (el subrayado es mío).

Sin embargo, en este punto cabe hacernos una pregunta importante: ¿es razonable que ese régimen limitado de responsabilidad resulte aplicable de manera general, ante el incumplimiento de cualquier tipo de obligación que tenga el árbitro (en virtud del "contrato de árbitro")? ¿Es razonable que los árbitros respondan solo por dolo o culpa inexcusable en todos los casos? ¿Es razonable tratar en los mismos términos, por ejemplo, el incumplimiento del deber de confidencialidad y del deber de motivación del laudo?

Estas interrogantes han sido planteadas sobre todo en el derecho español, cuya legislación arbitral contempla una regla de limitación de responsabilidad por dolo, mala fe y temeridad, pero sin hacer mayor distinción respecto a qué tipo de conductas deben estar sujetas a dichos criterios de imputación (precisamente, en términos relativamente similares a la Ley de Arbitraje Peruana).

Sobre el particular, como nos comenta Perales Viscasillas, se han esbozado hasta tres (3) interpretaciones distintas del artículo 21° de la Ley N° 60/2003, dirigidas, por un lado, a ensanchar el ámbito de responsabilidad de los árbitros y, por el otro, a restringir todavía más dicho alcance (2013: 232).

Una primera interpretación es aquella que sostiene que la regulación contenida en el artículo 21° de la Ley N° 60/2003 (relativamente similar al artículo 32° de

24 Cabe agregar que, tal como precisa este autor, "éste es el mismo criterio que rige para los daños que pudieran cometer los jueces, ya que el Código Procesal Civil restringe tal responsabilidad a los mismos factores de atribución mencionados, esto es, al dolo y a la culpa inexcusable" (De Trazegnies Granda 2011: 374).

la Ley de Arbitraje Peruana) no excluiría la aplicación del régimen general de la responsabilidad contractual y extracontractual (Perales Viscasillas 2013: 233).

Esta tesis es sostenida por Merino Merchán, quien señala expresamente que "a pesar de que la nueva Ley establece en su artículo 21.1 un determinado tipo de responsabilidad arbitral (mala fe, temeridad o dolo), ello no excluye la responsabilidad civil genérica del artículo 1101 CC y de la responsabilidad objetiva del 1902 CC" (2004: 136).

Es decir, a partir de esta primera aproximación, al margen de la limitación de responsabilidad contenida en la legislación arbitral, los árbitros serían responsables como cualquier sujeto, por cualquier conducta o daño que provoquen inclusive con culpa leve.

Concordamos con Perales Viscasillas en que, en el fondo, lo que hace esta interpretación es "vaciar de contenido y función el artículo 21 LA", ya que propone una "supuesta aplicación supletoria del artículo 21.1 LA frente al régimen general de responsabilidad, que viene a anular totalmente dicho precepto especial de la Ley de Arbitraje" (2013: 234).

Una segunda interpretación es aquella que propone distinguir entre la actividad jurisdiccional del árbitro, y su actividad no jurisdiccional.

Según esta aproximación, solamente aquellas conductas comprendidas dentro de la actividad de "juzgar" del árbitro quedarían bajo la aplicación del artículo 21° de la Ley N° 60/2003, mientras que las demás, por el contrario, se regirían bajo el régimen general de responsabilidad contractual (Perales Viscasillas 2013: 234).

Esta posición ha sido sustentada, con ciertos matices, por Gómez Jene, quien señala lo siguiente:

> (…) esta responsabilidad contractual se manifiesta en dos ámbitos, en dos planos, en dos dimensiones: el plano de la actuación cuasi-jurisdiccional y el plano de la actuación no jurisdiccional. Y ocurre también que a cada uno de estos ámbitos, planos o dimensiones le corresponde un régimen distinto de responsabilidad. Así, si nos referimos a su ámbito de actuación cuasi-jurisdiccional (el árbitro en tanto que juez), nos referimos a la muy limitada responsabilidad prevista en el artículo 21.1 de la Ley de Arbitraje (LA); responsabilidad que, en cualquier caso, dimana del contrato arbitral. Si,

> del mismo modo, nos referimos a la responsabilidad que el árbitro asume respecto de las partes; es decir, si nos referimos a ese ámbito de actuación en el que el árbitro no juzga, no «dice el derecho», no asume una función jurisdiccional, nos referimos también a una responsabilidad que dimana del mismo contrato arbitral.
>
> La anterior distinción supone, por tanto, reconocer dos regímenes distintos de responsabilidad del árbitro y, en consecuencia, negar la aplicación automática del artículo 21 LA –régimen especial de responsabilidad– a todos y cada uno de los supuestos de responsabilidad que puedan suscitarse (…). El particular régimen de responsabilidad previsto en el artículo 21 LA queda –debería queda reservado a los supuestos de responsabilidad que dimanen de una actuación cuasi-jurisdiccional del árbitro– (2013: 340) (el subrayado es mío).

Y, posteriormente, el mismo autor concluye lo siguiente:

> (…) *Antes bien, para determinar la responsabilidad del árbitro es necesario encuadrar el supuesto de responsabilidad controvertido en uno de los dos ámbitos de actuación del mismo: el ámbito cuasi-jurisdiccional y el ámbito no* jurisdiccional. Una vez delimitado el supuesto controvertido en alguno de estos dos ámbitos, podrá determinarse el régimen de responsabilidad aplicable: ordinario para los supuestos encuadrables en el ámbito no jurisdiccional (regulado en el Cc), y especial para los supuestos encuadrables en el ámbito cuasi-jurisdiccional (regulado en el art. 21 LA) (Gómez Jene 2013: 343-344)[25] (el subrayado es mío).

25 Un planteamiento relativamente similar sobre este tema ha sido formulado por Cárdenas Mejía, quien luego de comentar varias experiencias a nivel internacional sobre cómo se suele regular o entender la responsabilidad civil de los árbitros, señala lo siguiente:
"(…) en el derecho comparado existe una clara tendencia a aplicar a los árbitros el criterio de responsabilidad de los jueces, particularmente cuando el hecho que podría dar lugar a dicha responsabilidad corresponde al ejercicio de la función jurisdiccional. Cuando se trata de otro tipo de incumplimientos, como el no revelar determinados hechos o circunstancias o no cumplir su función en el plazo previsto, la tendencia es a aplicar a la responsabilidad de los árbitros las reglas generales, particularmente las de la responsabilidad contractual" (2017: 172) (el subrayado es mío).

Según Perales Viscasillas, a su juicio, los autores que sostienen esta teoría no llegan a diferenciar claramente los tipos de incumplimientos que pueden dar lugar a cada tipo de responsabilidad, por lo que incluso dentro de esos mismos autores hay varias posiciones respecto a considerar ciertas actividades como jurisdiccionales o no jurisdiccionales (2013: 236-237).

Creemos, sin embargo, que esta crítica puede ser superada precisamente si se postula una sistematización ordenada y coherente respecto a las distintas labores que debe cumplir el árbitro, y que emanan del "contrato de árbitro".

No obstante, la crítica principal a esta teoría, en nuestra opinión, radica en que "realiza una distinción que en modo alguno deriva de la Ley de Arbitraje [española] que no distingue las diversas actividades del árbitro al fijar su responsabilidad bajo el art. 21.1 LA" (Perales Viscasillas 2013: 237).

Como veremos más adelante, si la misma ley no hace ninguna distinción respecto al tipo de actividades cuyo incumplimiento se sujeta al régimen limitado de responsabilidad, difícilmente se podría sostener dicha distinción desde un punto de vista de *lege data* (aun, cuando, desde un punto de vista de *lege ferenda*, ello podría tener perfecta cabida).

Una tercera interpretación es aquella que considera que "el art. 21.1 LA regula de forma exclusiva y excluyente todo supuesto de responsabilidad de los árbitros (…), al tiempo que no otorgaría diferencias apreciables entre el dolo, la negligencia y la temeridad" (Perales Viscasillas 2013: 238-239) (el subrayado es mío).

Respecto al tema que nos interesa, esta es la interpretación a la que se adscribe por ejemplo Perales Viscasillas, no sin antes criticar "la equiparación completa entre los términos dolo, mala fe y temeridad", pues "de ser así al legislador le habría bastado con referirse al dolo sin necesidad de acompañarse de otros dos términos" (2013: 239).

Trasladando dicha discusión a nuestro sistema jurídico, debemos partir del hecho de que el artículo 32° de la Ley de Arbitraje Peruana no establece ninguna distinción con respecto al tipo de conductas que deben ser cometidas con dolo o culpa inexcusable (al igual que tampoco lo hace la legislación española, respecto del dolo, la mala fe y la temeridad) para poder dar origen a la responsabilidad civil del árbitro.

En principio, dicha norma se refiere al incumplimiento del "encargo" del árbitro, por lo que ello podría ser interpretado en el sentido de que engloba cualquier conducta que pueda cometer el árbitro y que genere un daño a las partes.

Siguiendo esa línea, entonces, todo incumplimiento de los árbitros (sin importar el tipo de conducta de que se trate) tendría (en principio) que producirse necesariamente con dolo o culpa inexcusable para que pueda existir responsabilidad civil.

Este razonamiento se aprecia más claramente cuando revisamos la regulación contenida en el artículo 32° de la Ley de Arbitraje Peruana, conjuntamente con las otras (pocas) menciones a la responsabilidad de los árbitros que aparecen en la Ley de Arbitraje Peruana de forma dispersa[26], y en las cuales no se indica expresamente si la responsabilidad en esos supuestos concretos se limita al dolo o la culpa inexcusable.

Así, por ejemplo, refiriéndose al procedimiento para la recusación de un árbitro, el numeral 3) del artículo 29° de la Ley de Arbitraje Peruana señala lo siguiente:

> **Artículo 29.- Procedimiento de recusación.**
>
> (…)
>
> 3. Salvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de un laudo, es improcedente cualquier recusación. Sin embargo, el árbitro debe considerar su renuncia, bajo responsabilidad, si se encuentra en una circunstancia que afecte su imparcialidad e independencia (el subrayado es mío)

Asimismo, refiriéndose esta vez al deber de confidencialidad, el numeral 1) del artículo 51° de la misma ley establece lo siguiente:

> **Artículo 51.- Confidencialidad y publicidad.**
>
> 1. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el

26 En el ordenamiento español, ello ocurre por ejemplo con la referencia (dispersa) a la responsabilidad del árbitro por emitir el laudo fuera del plazo establecido para tal efecto, conforme a lo indicado en el numeral 2) del artículo 37° de la Ley N° 60/2003.

> laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.
>
> (…) (el subrayado es mío).

La pregunta que cabe hacerse allí es: ¿en esos supuestos concretos (no renuncia, pese a haber incurrido en un conflicto de intereses luego de fijado el plazo para laudar; y vulneración a la confidencialidad) resulta aplicable la regla general de limitación de responsabilidad prevista en el artículo 32° de la Ley de Arbitraje Peruana (responsabilidad solo por dolo o culpa inexcusable)?

Este tema en particular fue abordado por Bullard González en el IX Congreso Internacional de Arbitraje, organizado por el CARC-PUCP en el 2017, y en dicha oportunidad el autor manifestó expresamente lo siguiente:

> Mi interpretación (…) es que la norma general [el artículo 32° de la Ley de Arbitraje Peruana] debería extender sus efectos a todos estos supuestos. La norma está regulando la responsabilidad en general de los árbitros, y está estableciendo que solo bajo dolo y culpa inexcusable. Hay otros supuestos regulados, pero deben leerse conjuntamente con la limitación contenida en la norma[27] (2017: s/n) (el subrayado es mío).

En nuestra opinión particular, aun cuando dicha posición (muy respetable, por cierto) nos parezca correcta desde un punto de vista de *lege data*, no nos deja completamente satisfechos para efectos de delimitar los alcances de la responsabilidad civil del árbitro. Nos explicamos.

En efecto, como reconocíamos hace un momento, nuestra legislación arbitral (al igual que la española) no hace ninguna distinción respecto al tipo de incumplimientos que deben ser provocados con dolo o culpa inexcusable para generar responsabilidad del árbitro.

27 Para acceder a la interesante disertación del profesor Bullard González, véase: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "La Responsabilidad Civil del Árbitro". En: *XI Congreso Internacional de Arbitraje – 2017*. Lima: Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Consulta: 01 de diciembre de 2021.
<https://www.youtube.com/watch?v=NYekgIplHA4>

Allí donde la ley no distingue, no cabe (o. por lo menos, resultaría discutible) que se pretenda hacer una distinción en cuanto a qué tipo de conductas están cubiertas por la inmunidad relativa, y cuáles otras no.

Ahora bien, podría también afirmarse (quizá) que para entender los alcances de la responsabilidad regulada en el artículo 32° de la Ley de Arbitraje Peruana sería necesario remitirse a la regulación contenida en la responsabilidad por asuntos profesionales y técnicos de especial dificultad, regulada en el artículo 1762° de nuestro Código Civil.

Sobre la base de ello, se podría pretender argumentar que el régimen de responsabilidad limitada de los árbitros solamente aplica ante labores de su actividad que sean especialmente difíciles, es decir, que requieran algún tipo de pericia o técnica[28].

No obstante, creemos que este argumento tampoco podría ser acogido para sostener una interpretación restrictiva del artículo 32° de la Ley de Arbitraje Peruana, pues, en nuestra opinión, la remisión al artículo 1762° del Código Civil peruano solo correspondería si es que no se hubiera regulado la responsabilidad del árbitro en nuestra legislación arbitral (legislación especial, para estos efectos).

Si bien el "contrato de árbitro" puede ser catalogado a grandes rasgos como un contrato atípico de prestación de servicios bajo el artículo 1757° del Código Ci-

28 Ello, sin perjuicio de que la redacción del artículo 1762° del Código Civil es poco precisa, y hace discutible afirmar que este régimen de responsabilidad aplica solamente ante problemas de especial dificultad (pues se ha incorporado la referencia a "asuntos profesionales" a través de la disyunción "o"). Esta problemática ha sido retratada por De Trazegnies Granda, quien al respecto señala lo siguiente:

La redacción no deja en claro si la calificación «de especial dificultad» se refiere tanto a los problemas técnicos como también a los asuntos profesionales, puede pensarse que esa norma se refiere a todos los daños en asuntos profesionales y en los problemas técnicos sólo cuando estos involucren especial dificultad; como puede leerse también que el calificativo de «especial dificultad» restringe tanto el concepto de daño profesional como el de daño técnico. En realidad, la distinción entre daño profesional y daño técnico no parece tampoco evidente: los problemas técnicos son resueltos por profesionales. Podemos pensar que el Código simplemente ha hablado de asuntos profesionales y de problemas técnicos como sinónimos, por lo que la calificación de «especial dificultad» se aplica a ambas expresiones que no significan sino una y la misma situación. Pero es mala técnica legislativa usar sinónimos y reiteraciones porque no aclaran sino que confunden. Y como debemos suponer que los Códigos están bien hechos y no que están mal hechos, tenemos que concluir que se trata de dos hipótesis distintas, la profesional y la técnica (2006: 388) (el subrayado es mío).

vil[29], no sería posible recurrir supletoriamente a dicha norma, pues en este caso ya existe una disposición especial que regula la responsabilidad civil del árbitro, y lo hace sin efectuar mayor distinción respecto al tipo de conductas que pueden dar lugar a esa responsabilidad.

Por tanto, a nuestro parecer, queda claro que el dato legislativo apunta más a considerar que solo habría responsabilidad civil del árbitro en casos de dolo o culpa inexcusable. Y, en ese sentido, para que exista dicha responsabilidad, cualquier incumplimiento del "contrato de árbitro" (sin importar cuál sea) debe producirse necesariamente bajo esos criterios de imputación.

No obstante, si regresamos a cuáles son las razones que motivaron inicialmente la aparición de reglas de inmunidad y que justifican actualmente que se contemplen límites a la responsabilidad de los árbitros, nos daremos cuenta de que dichas limitaciones solamente tienen sentido cuando estamos ante la labor decisional del árbitro.

Como hemos visto al momento de hacer referencia a los autores que defienden la necesidad de una "inmunidad calificada", o una regla de limitación de responsabilidad de los árbitros, lo que busca dicha protección fundamentalmente es permitir que el árbitro pueda cumplir con sus labores de forma imparcial e independiente, sin que se vea sujeto a presiones de las partes por eventuales reclamos de responsabilidad civil.

Pero, nuevamente, ¿cuáles son esas labores que cumple el árbitro? ¿Acaso todas esas obligaciones son iguales o tienen las mismas características?

Las obligaciones que emanan del "contrato de árbitro" son bastante diversas, y no solo se limitan al hecho de emitir un laudo válido y, en la medida de lo posible, ejecutable. Por un lado, los árbitros también deben decidir cuestiones incidentales de naturaleza procesal durante el arbitraje; mientras que, por otro,

29 Esta posición es seguida por Lohmann Luca de Tena, quien señala expresamente lo siguiente: (…) podemos considerar al contrato de encargo arbitral [es decir, al "contrato de árbitro"] como una modalidad singular entre los de prestación de servicios. Es un contrato especial perteneciente, en la medida que se pacte retribución, a la especie 'doy para que hagas', aunque es necesario manifestar que el deber de los compromitentes excede de las obligaciones de dar. El correcto desempeño de la tarea arbitral implica, también, deberes de hacer a cargo los sujetos arbitrados (1989: 132) (el subrayado es mío).

están obligados también a mantener la confidencialidad del arbitraje, a respetar el principio de colegialidad, etc.

Podemos organizar las obligaciones de los árbitros en: (i) aquellas que tienen que ver con la labor decisional del árbitro; y, (ii) aquellas que no tienen que ver con dicha labor decisional.

Nótese que preferimos utilizar el lenguaje de "labor decisional" antes que "jurisdiccional", pues, en nuestra opinión, creemos que el "punto clave" para determinar cuándo estamos ante una obligación de cada grupo no radica solo en verificar qué obligaciones tienen que ver directamente con la emisión del laudo, sino en general en qué escenarios el árbitro debe tomar decisiones (para las cuales emplea su raciocinio e intelecto) que tengan un impacto importante en la tramitación de la controversia que ha sido sometida a su conocimiento.

En nuestra opinión, aun cuando la Ley de Arbitraje Peruana no haga ninguna distinción expresa, creemos (desde un punto de vista más de *lege ferenda*) que la regla de responsabilidad limitada del artículo 32° debería aplicar solamente ante la responsabilidad derivada del incumplimiento de obligaciones que tienen que ver con la labor decisional de los árbitros. Fuera de dichos supuestos, a nuestro parecer, las reglas de responsabilidad aplicables deberían ser las mismas reglas generales de responsabilidad por inejecución de obligaciones (contractual) contenidas en el artículo 1321° del Código Civil peruano.

Lógicamente, esto también tiene una razón de ser: en los casos en que estamos frente a la labor decisional de los árbitros (por ejemplo, la interpretación de la ley aplicable, el deber de motivación, la resolución de solicitudes cautelares, etc.) es donde:

i. El árbitro cuenta con cierto margen de discrecionalidad para tomar decisiones sobre la controversia que se les ha puesto en conocimiento.

   Por ende, se requiere precisamente que el juicio del árbitro no se vea afectado por presiones indebidas que pudieran ejercer las partes, para procurar que las decisiones que adopte sean lo más imparciales posibles.

ii. Es mucho más difícil que el árbitro pueda adoptar medidas de prevención para evitar incumplimientos que generen daños en las partes.

   Normalmente, estamos ante actividades que requieren de cierto grado de instrucción, sofisticación o pericia. En ese sentido, aplicar las reglas

> generales de la responsabilidad por inejecución de obligaciones (como si se tratara de cualquier otro deudor) podría ser contraproducente, pues podría generar incentivos para que los árbitros adopten una actitud demasiado "cuidadosa" o "a la defensiva" para evitar incurrir en responsabilidad civil frente a las partes, o incluso para que dejen de aceptar nombramientos en casos "sensibles" o en los que las partes son demasiado "conflictivas".

Reiteramos que esta es solamente nuestra posición personal (vía *lege ferenda*) sobre cómo deberían entenderse los alcances del régimen de responsabilidad limitada contemplado en el artículo 32° de la Ley de Arbitraje Peruana. No obstante, dado que actualmente la referida norma no establece ninguna distinción sobre el tipo de actividades de los árbitros, reconocemos (siguiendo a Perales Viscasillas, en España) que es discutible postular dicha diferenciación sobre la base del marco normativo vigente.

Ahora bien, para finalizar esta parte, es importante mencionar que los reglamentos arbitrales de algunos de los más importantes centros de arbitraje del Perú (en línea más o menos similar a la de los reglamentos más importantes a nivel internacional) también recogen reglas que limitan o exoneran de responsabilidad a los árbitros.

Lógicamente, como ya hemos explicado, en nuestro sistema dichas disposiciones solamente serán válidas en cuanto a la responsabilidad por culpa leve (pues, conforme al artículo 1328° del Código Civil peruano, es inválido cualquier estipulación que pretenda limitar o exonerar de responsabilidad por dolo o culpa inexcusable).

Así, por ejemplo, el artículo 44° del Reglamento de la CCL de 2025 señala lo siguiente:

> **Artículo 44: Limitación de responsabilidad**
>
> Los árbitros, los peritos o cualquier persona nombrada por el Tribunal Arbitral o que interviene en el procedimiento de escrutinio del laudo, el Árbitro de Emergencia, el Consejo y sus miembros, la Secretaría General y los secretarios, y en general el Centro, sus directivos y empleados no son responsables, frente a persona o autoridad alguna, de hechos, actos u omisiones relacionados con el arbitraje,

> excepto en la medida en que dicha limitación de responsabilidad esté prohibida por la ley aplicable (el subrayado es mío).

En términos bastante similares, el artículo 51° del Reglamento de Amcham Perú de 2021 indica lo siguiente:

> **Artículo 51: Limitación de responsabilidad**
>
> Los árbitros, peritos o expertos y otras personas designadas por el tribunal arbitral, el Árbitro de Emergencia, la Corte y sus miembros, los funcionarios de la Secretaría, AmCham Perú y sus empleados, no serán responsables frente a persona ni autoridad alguna, de hechos, actos u omisiones relacionados con el arbitraje, excepto en la medida en que dicha limitación de responsabilidad esté prohibida por la ley aplicable (el subrayado es mío).

Como puede observarse, en ambos casos se establece una exoneración de responsabilidad a favor de los árbitros (así como el centro de arbitraje, y determinados otros actores), por actos u omisiones relacionados con el arbitraje, salvo en el extremo en que dicha exoneración esté prohibida por la ley aplicable.

En casos en que resulte de aplicación la ley peruana al "contrato de árbitro", como dijimos, en tanto se prohíbe la limitación o exoneración de responsabilidad por dolo o culpa inexcusable, la exoneración solamente operará por el umbral de la culpa leve.

3. Supuestos potenciales de responsabilidad civil de los árbitros frente a las partes

Luego de haber analizado la necesidad de que exista una regla que limite la responsabilidad de los árbitros (aunque con un alcance más limitado al que se desprende de la regulación en nuestra legislación arbitral), resulta necesario aterrizar estas nociones en supuestos de hecho concretos, es decir, en situaciones fácticas que potencialmente podrían dar lugar a este tipo de responsabilidad.

Cabe indicar que, en realidad, actualmente en el Perú no hemos tomado conocimiento de que se hayan presentado casos reales en materia de responsabilidad civil de los árbitros.

Ello, sin embargo, no impide que más adelante, sobre todo a la luz de la cada vez más creciente presión que se ejerce contra el arbitraje y quienes lo practican

(debido a los "sonados" escándalos de corrupción y delitos similares), se presenten casos concretos en los que se pueda demandar a árbitros por el pago de indemnizaciones por daños y perjuicios.

Frente a esta eventualidad (que en realidad, creemos, cada vez es más inminente), resulta indispensable que contemos con un *set* de reglas claras para saber cómo afrontar adecuadamente esta problemática, en las distintas variantes que se puede presentar.

En nuestra opinión, creemos que ese es, precisamente, el aporte más significativo de este artículo: brindar una guía enunciativa de al menos nueve (9) situaciones hipotéticas (inspiradas, en la mayor medida posible, en casos reales y problemáticas que se han presentado en otras jurisdicciones), y sus respectivas variantes, en las que bajo Derecho Peruano un árbitro podría verse obligado a asumir responsabilidad civil frente a las partes, y analizar las aristas más importantes de cada una de dichas situaciones a la luz de nuestra legislación arbitral.

Evidentemente, reconocemos que puede haber muchos más casos en los que potencialmente puede existir responsabilidad civil del árbitro. No obstante, hemos querido tomar algunos de los más importantes, sea porque responden a situaciones concretas que han ocurrido efectivamente en otras latitudes (y cuyas experiencias sirven para enriquecer nuestro análisis) o porque son de las más comentadas a nivel académico por la doctrina arbitral de diversos países en todo el mundo.

Por lo demás, la intención de elaborar esta pequeña guía de supuestos es servir de base para fomentar posteriormente el análisis y la discusión sobre estos temas en la comunidad arbitral, tanto nacional como internacional.

Cabe precisar desde ya que la posición que vamos a manifestar en cada uno de los casos y/o ejemplos de cada supuesto de responsabilidad constituye nuestra opinión y/o apreciación particular en función a los hechos que se narren, la cual evidentemente no pretendemos que revista la calidad de "verdad absoluta" a la hora de determinar si un árbitro debe o no asumir responsabilidad civil.

En ese sentido, queremos dejar en claro que cualquier análisis que pretenda determinar dicha responsabilidad deberá hacerse siempre caso por caso, en función a las circunstancias o hechos concretos que se presenten.

Como habíamos adelantado, el derrotero principal a seguir en cuanto a los casos que analizaremos a continuación viene marcado por determinar si la responsa-

bilidad deriva del incumplimiento de una obligación del árbitro que tiene que ver o no con su labor decisional.

Así, por un lado, tenemos tres (3) primeros escenarios que, en nuestra opinión, tienen que ver con la labor decisional del árbitro: (i) responsabilidad civil por "error sustantivo" en el laudo; (ii) responsabilidad civil por falta o deficiencias en la motivación del laudo; y, (iii) responsabilidad civil por vulneración al trato igualitario entre las partes.

Por otro lado, tenemos cinco (5) escenarios más que, a nuestro parecer, no tienen que ver con dicha labor decisional: (i) responsabilidad civil por renuncia injustificada; (ii) responsabilidad civil por vencimiento del plazo para laudar; (iii) responsabilidad civil por vulneración a la confidencialidad del arbitraje; (iv) responsabilidad civil por impedir la participación de un árbitro en la deliberación; y, (v) responsabilidad civil por retrasar injustificadamente las actuaciones arbitrales.

Como un supuesto especial a analizar, tenemos también a la responsabilidad civil por actos de corrupción.

En cada supuesto se plantea también la interrogante sobre si es (o, en todo caso, si debe ser) necesario, como requisito previo para plantear un reclamo de responsabilidad civil contra el árbitro, que el laudo haya sido previamente anulado. Y no solamente ello, sino que dicha anulación se haya producido por la misma causal que motiva el reclamo de responsabilidad.
Finalmente, se analiza si la parte afectada puede, en su situación, hacer algo para evitar o (por lo menos) disminuir los daños que ocasiona el incumplimiento por parte del árbitro, por ejemplo, haciendo uso de las solicitudes contra el laudo o de algún otro mecanismo previsto en la ley.

3.1 Responsabilidad civil por "error sustantivo" en el laudo

Este primer supuesto de responsabilidad civil del árbitro está vinculado con el incumplimiento de la obligación de emitir un laudo válido y (en la medida de lo posible) ejecutable para resolver la controversia de forma definitiva[30].

30 Según Born, el objetivo básico de cualquier convenio arbitral y la razón esencial por la que las partes designan un árbitro y le derivan sus casos es para que resuelva la controversia de forma definitiva (2021: 2129).

Esta obligación (que es la principal que se asume al aceptar una designación) comprende el deber de los árbitros de aplicar la ley de fondo que corresponda para la resolución de la controversia, el cual en nuestro sistema aparece consagrado en los numerales 1) y 2) del artículo 57° de la Ley de Arbitraje Peruana.

Este deber implica las siguientes operaciones: (i) aplicar la ley a los hechos que se discuten en el arbitraje; (ii) interpretar la ley, conforme a los criterios que resulten aplicables; y, (iii) evitar incurrir en errores de naturaleza sustantiva[31].

Precisamente en el marco de estas operaciones intelectuales es que puede ocurrir que el árbitro (como todo ser humano) cometa algún tipo de equivocación. Y, dependiendo del caso concreto, el "error" que se cometa puede tener consecuencias más o menos graves en las partes.

Para explicar el concepto de "error" en la actividad que desarrolla el árbitro, Merino Merchán se basa sobre todo en las nociones del error judicial, conforme a lo siguiente:

> El error (…) en sentido jurídico implica el conocimiento equivocado o juicio falso, basado en el desconocimiento o la ignorancia de un hecho o de una norma jurídica sobre lo que se está obligado a conocer y a aplicar correctamente (…). Por tanto, todo error judicial implica un juicio equivocado sobre hechos, sobre el procedimiento o sobre el derecho aplicable.
>
> Trasladando estas ideas a sede arbitral, puede mantenerse que la responsabilidad por error arbitral no deja de ser una forma de responsabilidad profesional que se produce cuando al desplegar su actividad, el árbitro incurre por desconocimiento o ignorancia fáctica o jurídica en un juicio equivocado del cual derivan daños para terceros (2004: 173) (el subrayado es mío).

Podemos afirmar entonces que el árbitro comete un error cuando, al momento de emitir el laudo, adopta su decisión sobre la base de un desconocimiento o

31 Es por ello que Alessi precisa lo siguiente:
Incluso si, de acuerdo con los principales tratados internacionales y muchas leyes nacionales de arbitraje, un laudo no puede anularse sobre la base de un error sustantivo, este hecho no autoriza a los árbitros a ignorar por completo la ley vigente ni a aplicar incorrectamente la ley a los hechos (2014: 775) (el subrayado es mío).

representación equivocada sobre los hechos del caso, o sobre la interpretación o aplicación de una norma jurídica.

Para efectos del supuesto de responsabilidad que estamos comentando, nos vamos a enfocar sobre todo en aquellos errores que pudiera cometer un árbitro que: (i) reposen sobre el proceso de interpretación o aplicación del derecho de fondo (es decir, "errores sustantivos"); y, lógicamente, (ii) que tengan la cualidad de generar daños en las partes.

En nuestra opinión, la eventual responsabilidad derivada de incurrir en un error sustantivo debe analizarse necesariamente bajo el umbral del dolo o la culpa inexcusable, pues estamos ante una clara manifestación (quizá la principal y más evidente) de la labor decisional del árbitro.

Como adelantamos, el evitar incurrir en errores forma parte de la obligación del árbitro de emitir un laudo válido y (en la medida de lo posible) ejecutable. Y para cumplir con dicha obligación, el árbitro debe desempeñar una labor intelectual que requiere cierto grado de sofisticación, pues debe analizar e interpretar la ley como parte de su proceso de toma de decisiones para resolver la controversia de forma definitiva (es decir, para determinar discrecionalmente los derechos y obligaciones de las partes en el caso concreto).

Esto es importante de ser tenido en cuenta, pues como se sabe, en el Derecho es muy común que existan diversas teorías o interpretaciones sobre casi cualquier problema jurídico (y el ámbito de los contratos y el arbitraje no son la excepción), por lo que no necesariamente todos los operadores jurídicos (abogados, árbitros, jueces, juristas, etc.) tendrán el mismo criterio, opinión o parecer sobre tal o cual interrogante.

Y, es más, en muchas circunstancias, dentro de las diversas posiciones que pudiera haber sobre un tema determinado, no es que exista una única interpretación correcta y que las demás sean absolutamente equivocadas, sino que pueden existir varios matices a tomar en cuenta, pues finalmente en la disciplina jurídica lo importante será qué tesis logra ser más convincente en un tiempo y contexto determinado, en atención a la solidez y vigencia de sus argumentos.

En vista de ello, pareciera lógico que no basta que el árbitro tenga una mera interpretación de la ley diferente a la que pudieran tener las partes (o terceras personas) para que se considere que estamos ante un "error" pasible de generar responsabilidad civil.

Por el contrario, para que pueda hacerse efectiva dicha responsabilidad, será necesario que estemos ante una equivocación de carácter sustantivo que sea evidente, manifiesta[32] o, empleando los términos utilizados en el artículo 32° de la Ley de Arbitraje Peruana, que haya sido cometida con dolo (de manera intencional) o culpa inexcusable (negligencia grave).

Sobre este tema en particular, con una argumentación bastante similar a la que hemos expresado, Merino Merchán sostiene lo siguiente:

> (…) el error arbitral como en el caso del error judicial ha de ser siempre indudable, patente y objetivo, es decir, que no proceda de una mera interpretación diferente, y por tanto subjetiva, a la que el árbitro haya dado a una norma o a un hecho. La mera divergencia en la interpretación fáctica o jurídica entre el árbitro y la parte (o un tercero) no genera sin más el error (2004: 174) (el subrayado es mío).

Ahora bien, resulta importante tomar en cuenta que no necesariamente un laudo que contenga un error sustantivo (o de derecho) podrá ser anulado, bajo nuestra legislación arbitral. Como hemos explicado anteriormente, ello solo será procedente si es posible encauzar el "error arbitral" en alguna de las causales de anulación reguladas de forma taxativa en el artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje Peruana.

---

32 Es importante agregar que, en vía crítica, la doctrina italiana ha señalado sobre este tema que, aun cuando traslademos la discusión de la responsabilidad a si el error es "manifiesto" o no, siempre queda todavía un margen de opinión sobre si efectivamente el error en el caso concreto cumple con dicha cualidad. Así, en palabras de Rordorf:

La circunstancia de que la violación de la ley, para ser fuente de responsabilidad, debe resultar «manifiesta» y que la eventual tergiversación debe referirse a hechos «incontrovertibles», en definitiva, que el error debe parecer inexcusable, debería poder evitar en parte el riesgo de desviación del criterio atributivo de responsabilidad sobre la base de la inevitable y legítima discrecionalidad que a menudo permea el juicio de hecho o de derecho, haciéndolo casi siempre en cierta medida discutible. Pero el riesgo sólo se evita parcialmente, porque todavía hay un gran margen de opinión para efectos de establecer lo que es o no manifiesto, incontrovertible o inexcusable (2021: 379) (el subrayado es mío).

No obstante, en cualquier caso, resulta claro que el grado de responsabilidad en este supuesto debe ser limitado y, aun cuando pueda todavía haber cierta discusión sobre la terminología exacta a utilizar, el establecer para dicha limitación que la responsabilidad del árbitro solamente surgirá ante casos de dolo o culpa inexcusable cumple, aunque sea en parte, con dicho objetivo.

En nuestra opinión, resulta difícil que pueda llegarse a anular un laudo por haber cometido un error sustantivo, pues (como decía De Trazegnies Granda al comentar el artículo 32° de la Ley de Arbitraje Peruana) ninguna de las causales taxativas de anulación permite entender de forma clara que un laudo con una interpretación incorrecta, equivocada o *contra legem* puede ser anulado. No obstante, ello no impide que ese mismo laudo (pese a ser formalmente válido) pueda potencialmente generar afectaciones en las partes que merezcan ser indemnizadas a través de la responsabilidad civil.

En ese sentido, en lo que respecta a este supuesto de responsabilidad, la "relación" con la anulación del laudo es muy contingente[33] y, por ende, a nuestro parecer, no resulta razonable exigir de manera general, como un requisito para reclamar responsabilidad, que el laudo haya sido previamente anulado por la misma causal que motiva el reclamo[34].

Finalmente, tampoco pareciera ser razonable exigir, como requisito para reclamar responsabilidad, que la parte perjudicada haya presentado solicitudes contra el laudo (rectificación, interpretación, integración o exclusión) que contiene el error sustantivo.

En efecto, a través de las solicitudes contra el laudo no es posible que se haga un reexamen de la controversia por parte del tribunal arbitral; así que creemos muy difícil que, al resolver estos pedidos, el tribunal pueda "corregir" el error sustantivo que habría cometido, pues ello implicaría modificar lo resuelto sobre el fondo en el laudo.

---

33 Lógicamente, ello funciona también "al revés"; es decir, la sola anulación del laudo por este motivo (asumiendo que fuera posible anular el laudo por "error arbitral") no necesariamente determina de forma automática que el árbitro incurrirá en responsabilidad civil por error sustantivo. Así, sobre este tema, Merino Merchán sostiene lo siguiente:

(…) el error no dimana necesariamente de la simple revocación o anulación del laudo arbitral; ni, por tanto, ello presupone por sí solo derecho a indemnización. El error arbitral procede, con o sin anulación (o revocación) del laudo, cuando el árbitro emite un juicio equivocado, craso, palmario y manifiesto en la fijación de los hechos o en aplicación de la norma sustantiva o procesal que resulte pertinente, de forma tal que al no hacerlo así, el árbitro se separa de los cauces legales (2004: 176) (el subrayado es mío).

34 Cabe precisar que lo antes indicado era diferente en el ámbito de las Contrataciones con el Estado, donde la legislación anterior exigía de forma imperativa la aplicación de esa normativa en un orden de preferencia determinado (por sobre las normas de derecho privado), bajo sanción de que el laudo sea nulo.

Sin perjuicio de ello, lo que queda claro en nuestra opinión es que cualquier acción de responsabilidad civil contra los árbitros por haber incurrido en "error sustantivo", tendría que iniciarse por lo menos luego de haberse emitido el laudo, pues:

i. Es precisamente en el laudo donde constará el error que, dependiendo del caso, puede dar origen a la responsabilidad civil; y, además,

ii. Al haber emitido ya el laudo, los árbitros no tendrán pendiente la resolución de ningún aspecto de fondo o incidente sobre la controversia (salvo las eventuales solicitudes contra el laudo que se pudieran presentar), por lo que ya no habría posibilidad de generar presión indebida si las partes pretenden iniciar acciones judiciales contra ellos.

En cuanto a experiencias de otros países sobre casos vinculados a este supuesto potencial de responsabilidad, podemos traer a colación dos (2) casos en los que se discutió sobre la eventual responsabilidad por "error arbitral", aun cuando no se hayan tratado exactamente de errores sustantivos.

El primero es el Caso *Bompard v. Consorts C. y otros*[35], que dio origen a la Sentencia de fecha 13 de junio de 1990, emitida por el Alto Tribunal de París, en el cual se analizó si un supuesto "error de cálculo" cometido en el laudo, que no fue "corregido" por el tribunal arbitral, podía dar lugar a responsabilidad civil de los árbitros.

En este caso una de las partes presentó una solicitud de rectificación contra el laudo, al considerar que el tribunal había incurrido en error al calcular la suma que debía pagarle su contraparte. Esta solicitud fue rechazada por el tribunal porque, a su entender, dicha solicitud pretendía modificar el razonamiento del colegiado.

En vista de ello, se interpuso una demanda de responsabilidad civil contra los árbitros, alegando que habrían cometido falta grave. No obstante, dichos reclamos fueron desestimados, al considerarse que no había pruebas de culpa grave imputable a los árbitros.

35 Para mayor detalle sobre este caso, véase: BASALDÚA CHINCHA, Christian. "Panorama General sobre la Responsabilidad Civil del Árbitro en diversos países a nivel internacional". En: *Revista Especializada en Responsabilidad Civil*, N° 1, 2023, pp. 86-87.

En dicha decisión, además, el Alto Tribunal de París estableció que la responsabilidad civil de los árbitros solo podría verse comprometida ante situaciones de dolo, fraude o culpa grave.

Un segundo caso vinculado al supuesto de responsabilidad que estamos comentando ("error arbitral"), aunque tampoco se trata en estricto de un error sustantivo, es el Caso *Wasyl Inc. v. First Boston Corp.* (813 F.2d 1579) (EE.UU.)[36], que dio lugar a la decisión de fecha 09 de abril de 1987, emitida por el Noveno Circuito de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos.

En este caso se inició un arbitraje para determinar el valor en que se iban a adquirir las participaciones de una empresa, por lo que se emitió un informe final para fijar dicho valor.

Las partes del arbitraje manifestaron que el informe tenía errores graves y que, como consecuencia de ello, había subvaluado las participaciones en $ 10'000,000.

En vista de ello, demandaron al tasador alegando incumplimiento contractual, negligencia grave, e incluso falta intencional al momento de elaborar el informe de valorización. No obstante, sus reclamos fueron desestimados, alegándose que el tasador gozaba de inmunidad arbitral.

Dicha decisión fue además confirmada por la Corte de Apelaciones, la cual se pronunció sobre la responsabilidad civil de los árbitros, estableciendo que estos, al igual que los jueces, deben gozar de inmunidad por actos cometidos dentro de su jurisdicción, para efectos de resguardar el proceso de toma de decisiones de amenazas por parte de litigantes insatisfechos.

3.2. Responsabilidad civil por falta o deficiencias en la motivación del laudo

Este segundo supuesto de responsabilidad civil del árbitro está también asociado al incumplimiento de la obligación de emitir un laudo válido y (en la medida de lo posible) ejecutable para resolver la controversia de forma definitiva.

Esta obligación comprende también el deber de motivar dicho laudo, recogido en el numeral 1) del artículo 56° de la Ley de Arbitraje Peruana, el cual surge

36 Para mayor detalle sobre este caso, véase: BASALDÚA CHINCHA, Christian. "Panorama General sobre la Responsabilidad Civil del Árbitro en diversos países a nivel internacional". En: *Revista Especializada en Responsabilidad Civil*, N° 1, 2023, pp. 79-81.

como correlato a esa discrecionalidad de la que goza el árbitro para tomar sus decisiones. Además, aun cuando pueda ser discutible, el incumplimiento (o cumplimiento defectuoso) de dicha obligación puede traer como consecuencia que el laudo sea anulado, bajo la causal contemplada en el literal b) o el literal c) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje Peruana.

Cabe precisar que, para este supuesto concreto de responsabilidad, las consecuencias generadas por la anulación del laudo vendrían a ser similares, independientemente de si esta se produce bajo el literal b) o bajo el literal c) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje Peruana.

En efecto, de aplicarse la primera causal, conforme a lo establecido en el literal b) del artículo 65.1 de la Ley de Arbitraje Peruana, la consecuencia sería que el arbitraje debe reiniciarse desde el momento en que se cometió la violación del derecho de defensa. Si el laudo se anula por falta o defectos en la motivación, lo que ocurrirá en la práctica es que el tribunal arbitral deberá emitir un nuevo laudo, pues fue el laudo original el que habría generado la afectación al derecho de defensa.

Asimismo, de aplicarse la segunda causal, conforme a lo establecido en el literal c) del artículo 65.1 de la Ley de Arbitraje Peruana, la consecuencia sería que el arbitraje debe reiniciarse desde el momento en que se no se observó el acuerdo de las partes, el reglamento o la norma aplicable. Nuevamente, si el laudo se anula por falta o defectos en la motivación, lo que ocurrirá en la práctica es que el tribunal arbitral deberá emitir un nuevo laudo, pues fue el laudo original el que se emitió sin respetar la normativa aplicable (que exige como regla general que todo laudo debe ser motivado).

Es decir, en ambos casos, la consecuencia será que el tribunal debe emitir un nuevo laudo, esta vez motivando adecuadamente.

En nuestra opinión, la eventual responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación debe analizarse bajo el umbral del dolo o la culpa inexcusable, pues estamos ante una manifestación de la labor decisional del árbitro.

Como veremos en un momento, la motivación forma parte del razonamiento que sigue el tribunal arbitral para arribar a la decisión que adopta discrecionalmente (es decir, según su propio criterio) para resolver la controversia de manera definitiva.

A través de la motivación, el colegiado expresa las razones, los argumentos de fondo (sea de carácter jurídico o fáctico) por los cuales sustenta su posición contenida en el laudo. Por ello, el deber de motivación constituye parte indispensable de su proceso intelectual o de toma de decisiones y, como tal, reviste un grado de sofisticación particular que debe ser tomado en cuenta a la hora de determinar el estándar de la responsabilidad derivada de su incumplimiento.

Dicho grado de sofisticación se ve acrecentado, en nuestra opinión, con la incertidumbre generada por el hecho de que las salas comerciales suelen utilizar diversos criterios al momento de analizar las demandas de anulación de laudo, imponiendo estándares de motivación que en varias oportunidades, según la opinión de las salas, los laudos no llegan a satisfacer.

Esto es importante de ser observado, pues si existe esta problemática, ¿es razonable acaso exigir que los árbitros respondan civilmente en toda su extensión (bajo las reglas generales de la responsabilidad por inejecución de obligaciones), incluyendo por culpa leve, si se produce la anulación del laudo por este motivo?

A nuestro parecer, no existiendo estándares de motivación claros al respecto, y siendo un dato de la realidad que las salas comerciales anulan laudos por esta circunstancia, debe concluirse que los árbitros solo pueden ser responsables en este supuesto si incurren en dolo o culpa inexcusable, es decir, si se demuestra de forma fehaciente que han incurrido en una negligencia grave al momento de motivar el laudo, o que deliberadamente han omitido motivar el laudo para terminar perjudicando a alguna de las partes.

En cuanto a la discusión sobre la necesidad de exigir la anulación previa del laudo como requisito para reclamar responsabilidad civil, para este supuesto concreto, consideramos que ello sí resulta atendible.

Como hemos explicado, en el ámbito nacional es muy común que se anulen laudos por falta o defectos en la motivación. En nuestra opinión, en este tipo de casos casi siempre el daño que sufrirán las partes estará asociado a que el laudo haya sido anulado, precisamente por haber incurrido en estos vicios.

En efecto, en principio, nos parece (cuando menos) discutible que un laudo inmotivado, contradictorio, o que tenga en general algún defecto en la motivación, pueda por sí mismo generar un daño en las partes, sin que haya sido todavía anulado.

Probablemente, alguien podría decir que un laudo con defectos en la motivación podría generar algún tipo de incertidumbre o desconcierto entre las partes, respecto a la justificación de la decisión adoptada por el tribunal. No obstante, a nuestro parecer, sería difícil que esa sola circunstancia pueda generar algún daño relevante en las partes.

Más bien, pareciera ser claro que, al producirse la anulación del laudo, la parte perjudicada podrá reclamar los costos incurridos en el proceso de anulación, así como los costos que represente esperar a la emisión de un nuevo laudo por el tribunal arbitral.

Adicionalmente, pareciera ser también razonable que, en clave de mitigación y/o evitación de los daños, se exija para este supuesto concreto que la parte perjudicada haya presentado una solicitud de interpretación o integración, como requisito para reclamar responsabilidad[37].

Si bien somos conscientes de que en el ámbito nacional existe discusión sobre si estos pedidos son idóneos para que el tribunal arbitral pueda "subsanar" un defecto en la motivación del laudo[38], creemos que de todas maneras debería exigirse a la parte perjudicada presentar alguna de esas solicitudes (dependiendo

37 Cabe precisar que, bajo nuestro sistema, no necesariamente se exigirá que la parte haya presentado alguna de estas solicitudes para luego iniciar un proceso de anulación de laudo. Como explica Campos García, existe cierto sector de la jurisprudencia nacional que (aparentemente) sostiene que las solicitudes contra el laudo no serían idóneas para subsanar un vicio de motivación del laudo y, por ende, no sería necesario presentar reclamo previo en esos casos, conforme exige normalmente el artículo 63.2 de la Ley de Arbitraje Peruana. Sobre el particular, véase: CAMPOS GARCÍA, Héctor. "Apuntes respecto de la procedencia de la demanda de anulación por cuestionamientos a la motivación del laudo en el Ordenamiento Jurídico Peruano". En: *Derecho de Arbitraje*. Estudios en Homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su Centenario. Colección Centenario. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019, pp. 285-289. No obstante, más allá de esta discusión para efectos de la procedencia de la demanda de anulación de laudo, resulta relevante plantearnos si es razonable exigir ello de cara a iniciarse una acción de responsabilidad civil, en clave de mitigación y/o evitación de los daños.

38 Esta discusión ha sido desarrollada por Campos García en: CAMPOS GARCÍA, Héctor. "Apuntes respecto de la procedencia de la demanda de anulación por cuestionamientos a la motivación del laudo en el Ordenamiento Jurídico Peruano". Op. Cit., pp. 294-297; donde el referido autor sostiene (en posición que compartimos) que la solicitud de interpretación puede ser útil para que el tribunal subsane defectos de motivación en casos de contradicción (siempre que ello no modifique la decisión adoptada sobre el fondo de la controversia), mientras que la solicitud de integración puede servir para que el tribunal subsane defectos de falta (o inexistencia) de motivación.

del caso), pues ello puede potencialmente evitar que el laudo sea anulado por las salas comerciales del Poder Judicial (evitándose así todos los costos en tiempo y dinero que implica llegar hasta esas instancias).

3.3. Responsabilidad civil por vulneración al trato igualitario entre las partes

Este tercer supuesto de responsabilidad civil del árbitro está vinculado con el deber de los árbitros de respetar el trato igualitario entre las partes, como base del debido proceso en sede arbitral, durante el curso de las actuaciones arbitrales.

Esta obligación implica que, en cualquier etapa del proceso arbitral, y ante cualquier incidente procesal que se pudiera generar, los árbitros deben procurar dar a las partes iguales oportunidades para que puedan hacer valer sus derechos y sustentar su caso de la mejor manera posible.

Esta obligación se encuentra consagrada en nuestro sistema en el numeral 2) del artículo 34 de la Ley de Arbitraje Peruana, y su incumplimiento puede traer como consecuencia que el laudo sea anulado, bajo la causal contemplada en el literal b) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje Peruana.

En nuestra opinión, la eventual responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación debe analizarse bajo el umbral del dolo o la culpa inexcusable, pues estamos ante una manifestación de la labor decisional del árbitro, de cara a los aspectos procedimentales del arbitraje.

Como veremos en un momento, la vulneración al trato igualitario entre las partes se materializa a través de pequeñas (o grandes) decisiones que adoptan los árbitros de forma discrecional (es decir, según su propio criterio) durante la tramitación del proceso, y que pueden implicar que se otorgue en la práctica más ventajas a una de las partes en perjuicio de la otra.

Cuestiones como, por ejemplo, el otorgamiento de plazos, la oportunidad de presentar y contradecir alegaciones nuevas, la amplitud que se permite a las partes para presentar las pruebas que estimen pertinentes y la oportunidad para ello, etc., dan lugar a pronunciamientos del tribunal (normalmente) a través de órdenes procesales que, si bien no resuelven de forma definitiva la controversia (pues eso solo ocurrirá con el laudo) pueden implicar que una parte tenga al final más oportunidades que la otra para presentar su caso. Y, de ocurrir ello, como decíamos, existe un riesgo patente de que el laudo que emita el tribunal

en dicho arbitraje pueda ser anulado bajo la causal contemplada en el literal b) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje Peruana.

De acuerdo a lo establecido en el literal b) del artículo 65.1 de la Ley de Arbitraje Peruana, en caso el laudo sea anulado bajo dicha causal, la consecuencia sería que el arbitraje debe reiniciarse desde el momento en que se cometió la violación del derecho de defensa.

Dependiendo entonces del momento que en que se haya producido (en este caso) el trato desigual, las consecuencias serán más o menos gravosas: si estamos hablando, por ejemplo, de que en la etapa postulatoria el árbitro concedió plazos diferentes a las partes para la presentación de sus respectivos escritos, probablemente los daños (representados en costos por más tiempo y dinero) que sufriría la parte que debe reiniciar el arbitraje serían bastante significativos, pues estaría obligada a "repetir" prácticamente todo el arbitraje.

En cuanto a la discusión sobre la necesidad de exigir la anulación previa del laudo como requisito para reclamar responsabilidad civil, para este supuesto concreto, consideramos que ello sí resulta atendible.

En nuestra opinión, en este tipo de casos el daño que sufrirán las partes estará asociado normalmente a que el laudo haya sido anulado, precisamente por haberse generado un trato desigual.

En efecto, en principio, nos parece discutible que el solo trato desigual entre las partes en alguna de las actuaciones arbitrales pueda por sí mismo generar un daño, sin que el laudo a emitirse en dicho arbitraje haya sido anulado.

Es más, somos de la opinión de que el impacto relevante que se genera por haberse producido un supuesto de trato desigual es, precisamente, que el laudo emitido en el seno de dicho arbitraje haya terminado siendo anulado por una sala comercial.

Pareciera ser claro, entonces, que al producirse la anulación del laudo, la parte perjudicada podrá reclamar los costos incurridos en el proceso de anulación, así como los costos que represente esperar a la emisión de un nuevo laudo por el tribunal arbitral.

No obstante, no pareciera ser razonable que se exija que la parte perjudicada haya presentado alguna de las solicitudes contra el laudo (rectificación, interpretación, integración o exclusión) como requisito para reclamar responsabilidad en este

supuesto concreto, pues a través de dichas solicitudes no es posible que se pueda "corregir" el vicio de nulidad generado por el trato desigual.

Otra discusión, para este supuesto concreto, sería si es posible exigir que la parte perjudicada haya interpuesto reconsideración o formulada objeción, de forma oportuna, cuando se emitió la orden procesal a través de la cual se materializó el trato desigual[39].

En nuestra opinión, creemos que, en clave de mitigación y/o evitación de los daños, sí podría ser razonable exigir ello, pues en estos casos puede ser posible que, a través de alguno de esos recursos, el tribunal arbitral advierta esta circunstancia y, en ese sentido, adopte las medidas que sean necesarias para remediar el trato desigual entre las partes. De esta forma, se puede evitar potencialmente que el laudo sea anulado por las salas comerciales del Poder Judicial (evitándose así todos los costos en tiempo y dinero que implica llegar hasta esas instancias).

En cuanto a experiencias de otros países sobre casos vinculados a este supuesto potencial de responsabilidad, podemos traer a colación el caso que dio origen a la Sentencia de fecha 06 de junio de 2005, emitida por la Corte Suprema de Justicia de Austria (OGH – 9 Ob 126/04a)[40].

Este caso se trató de una demanda de responsabilidad civil contra los árbitros que resolvieron una controversia, por ciertas irregularidades que habrían cometido en materia probatoria, pues se habrían excluido ciertas pruebas del demandante que supuestamente eran relevantes (es decir, en forma más o menos similar a los hechos del segundo caso que hemos propuesto).

No obstante, la razón principal por la cual la Corte Suprema austriaca desestimó la demanda radicó en que el laudo no había sido anulado. Por tanto, lamentable-

39 Cabe precisar que, bajo nuestra legislación arbitral, de todas maneras, se exigirá que la parte haya formulado objeción dentro del plazo correspondiente, como requisito de procedibilidad, si luego pretende iniciar un proceso de anulación de laudo. En efecto, en aplicación del artículo 63.2 de la Ley de Arbitraje Peruana, solo será procedente la anulación por la causal regulada en el literal b) del artículo 63.1 si el vicio fue materia de reclamo expreso en su momento y dicha objeción fue desestimada por el tribunal. De lo contrario, aplicará la renuncia al derecho de objetar, conforme al artículo 11° de la Ley de Arbitraje Peruana.

40 Para mayor detalle sobre este caso, véase: BASALDÚA CHINCHA, Christian. "Panorama General sobre la Responsabilidad Civil del Árbitro en diversos países a nivel internacional". En: *Revista Especializada en Responsabilidad Civil*, N° 1, 2023, pp. 115-116.

mente en este caso no hubo un análisis exhaustivo sobre si se había configurado o no la responsabilidad de los árbitros.

Otro caso vinculado al supuesto de responsabilidad que estamos comentando, aunque sobre una aparente vulneración del principio de contradictorio, es el Caso *Blow Pack S.A.R.L. v. M.C. y otros*[41], que dio lugar a la Sentencia de fecha 22 de mayo de 2017, emitida por el Alto Tribunal de París.

Blow Pack S.A.R.L. presentó un recurso de anulación contra el laudo que emitió el tribunal arbitral para resolver su controversia, alegando que se había violado el principio de contradictorio, ya que el colegiado examinó documentos que estaban (en cuanto a ciertas secciones) solamente en idioma alemán, cuando la cláusula arbitral disponía que el idioma del arbitraje era el francés.

Como el laudo fue anulado parcialmente, Blow Pack S.A.R.L. interpuso una demanda de responsabilidad civil contra los miembros del tribunal arbitral. Sin embargo, esta demanda fue desestimada por el Alto Tribunal de París, manifestando que las faltas alegadas no revestían la gravedad suficiente como para comprometer la responsabilidad de los árbitros.

Es decir, el Alto Tribunal de París ratificó el criterio (propuesto por nosotros para analizar la vulneración al trato igualitario entre las partes) de que no basta una mera infracción al principio del contradictorio, sino que es necesario que dicha falta sea grave (lo que vendría a ser, culpa inexcusable) para que exista responsabilidad del árbitro.

3.4. Responsabilidad civil por renuncia injustificada

Este cuarto supuesto de responsabilidad civil del árbitro está vinculado con el incumplimiento de su obligación de cumplir con el encargo hasta su culminación.

Esta obligación se traduce en el compromiso que asume el árbitro de no renunciar a menos a que se presente una circunstancia que realmente haga que ello sea imperativo. Asimismo, se encuentra consagrada en nuestro sistema en el artículo 32° de la Ley de Arbitraje Peruana.

41 Para mayor detalle sobre este caso, véase: BASALDÚA CHINCHA, Christian. "Panorama General sobre la Responsabilidad Civil del Árbitro en diversos países a nivel internacional". En: *Revista Especializada en Responsabilidad Civil*, N° 1, 2023, pp. 90-92.

Para efectos de entender en qué consiste la renuncia de un árbitro, resulta pertinente remitirnos a lo indicado por Fernández Rozas, Sánchez Lorenzo y Stampa, quienes señalan lo siguiente:

> La renuncia es una decisión unilateral del árbitro de abandonar las funciones a las que se había comprometido, bien a iniciativa propia, bien ante la alegación de alguna de las partes de la existencia de motivos que provoquen tal reacción. En el primer caso, requiere la existencia de causa justificada (…) (2018: 240) (el subrayado es mío).

Podemos afirmar entonces que la renuncia constituye una decisión que adopta el árbitro unilateralmente para retirarse de un caso en el que estaba participando. Es decir, mediante la renuncia el árbitro pretende poner fin de manera anticipada al "contrato de árbitro" y, en ese sentido, se inhibe y deja de conocer la controversia para la cual había sido designado anteriormente.

Como señalan los autores antes citados, para que la renuncia sea procedente es necesario que exista una causa justificada que la motive (lo cual en arbitrajes institucionales inclusive podrá requerir la "aprobación" del centro arbitral).

En caso no haya causa justificada alguna, la decisión del árbitro de, pese a ello, querer abandonar el arbitraje "a la mitad" constituirá un incumplimiento de su obligación de realizar el encargo hasta su culminación, el cual puede evidentemente generar responsabilidad civil frente a las partes[42].

En nuestra opinión, la eventual responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación debería analizarse inclusive bajo el umbral de la culpa leve

42 Cabe precisar que, al analizar la responsabilidad por renuncia injustificada del árbitro, la doctrina italiana ha hecho énfasis en que la consecuencia prevista en su normativa (en este caso, el artículo 813-*ter* del Código Procesal Civil italiano) no es exactamente la ineficacia de la renuncia, sino directamente la responsabilidad civil del árbitro, pues en este contexto en que el árbitro pretende apartarse sin justificación no resulta lógico que se pretenda una ejecución en forma específica. Así, Pascucci señala lo siguiente:

Al respecto, se advierte que la regla, como consecuencia de la falta de un justo motivo, no prevé la ineficacia de la renuncia sino que prevé, directa y adecuadamente, la obligación resarcitoria del árbitro. Considerando, de hecho, el carácter complejo, infungible, fiduciario y urgente que casi siempre asumen el pronunciamiento del laudo y los cumplimientos instrumentales para ello, no son ni siquiera concebibles remedios conservativos de la relación entre las partes litigantes y los árbitros, ni mucho menos una ejecución en forma específica (2021: 305, pie de página 14) (el subrayado es mío).

(aun cuando la Ley de Arbitraje Peruana limita la responsabilidad en general a supuestos de dolo o culpa inexcusable); pues, propiamente hablando, no estamos ante una manifestación de la labor decisional del árbitro.

Como hemos desarrollado, la misión que se encomienda al árbitro consiste sobre todo en resolver la controversia de forma definitiva y vinculante mediante un laudo. En ello constituye precisamente su obligación principal. No obstante, la obligación de cumplir con ese encargo hasta su culminación (es decir, hasta que se emita efectivamente el laudo y, de ser el caso, se resuelvan las solicitudes contra el mismo) y, por ende, de no renunciar antes de tiempo, no tiene la misma naturaleza que aquella.

Aquí estamos hablando solamente de mantenerse en el cumplimiento del encargo hasta el final, lo cual a nuestro entender no compromete de ninguna manera el proceso intelectual o de toma de decisiones del árbitro (y, por ende, no requiere ningún grado de sofisticación), sino que se trata de una obligación como la que tiene cualquier otro deudor, de continuar ejecutando el trabajo que se le ha encargado hasta su culminación.

De acuerdo a lo establecido en el numeral 3) del artículo 31° de la Ley de Arbitraje Peruana, las consecuencias de la renuncia injustificada del árbitro podrán ser más o menos gravosas dependiendo del momento en que se efectúe la renuncia, pues dicha decisión generará sobrecostos en las partes (traducibles sobre todo en mayor tiempo que puede demorar el arbitraje) al tener que designar a un nuevo árbitro y, dependiendo del caso, al tener inclusive que repetir algunas actuaciones arbitrales.

En cuanto a la discusión sobre la necesidad de exigir la anulación previa del laudo como requisito para reclamar responsabilidad civil, para este supuesto concreto, consideramos que ello no resulta razonable.

En efecto, además del hecho evidente de que la renuncia injustificada de un árbitro no está contemplada como una causal de anulación del laudo en la Ley de Arbitraje Peruana (ni tampoco podría encauzarse en ninguna de ellas), no vemos ningún sentido en exigir ello para reclamar responsabilidad contra el árbitro renunciante, pues:

i. A partir del momento en que dicho árbitro se aparta del caso, ya no tiene pendiente frente a las partes la resolución de ningún aspecto de

fondo o incidente sobre la controversia, por lo que ya no habría posibilidad de generar presión indebida con una acción de responsabilidad; y,

ii. Con su "salida" del caso, es evidente que el árbitro renunciante ya no va a participar en la emisión del laudo, con lo cual no tiene lógica alguna que se exija la anulación de ese futuro laudo para reclamar la responsabilidad del árbitro renunciante.

Precisamente bajo esa misma línea, tampoco resulta razonable exigir, como requisito para reclamar responsabilidad, que la parte perjudicada presente solicitudes contra el laudo (rectificación, interpretación, integración o exclusión) que se emita, pues: (i) ninguno de dichos pedidos permite resolver el problema de la renuncia injustificada; y, lo más importante, (ii) nuevamente, el árbitro renunciante no participará en la emisión del mismo.

Teniendo en cuenta todo ello, desde un punto de vista de la temporalidad, en nuestra opinión, cualquier acción de responsabilidad civil por renuncia injustificada podrá ser iniciada contra el árbitro renunciante apenas este se haya retirado del arbitraje.

Ahora bien, en línea con lo que decíamos anteriormente, el punto clave para determinar si existirá responsabilidad en este supuesto consiste en analizar si estamos o no ante una causa justificada, que amerite que el árbitro se aparte del caso de forma sobrevenida.

En ese sentido, pareciera ser evidente que si, por ejemplo, el árbitro contrae (de forma sobrevenida) una grave enfermedad que le impide realizar sus labores, dicho motivo podrá calificar sin mayor inconveniente como una causa justificada que le permitirá renunciar a su cargo[43], sin incurrir en responsabilidad alguna.

43 En ese mismo sentido se suele pronunciar la doctrina italiana, particularmente: ORLANDI, Chiara Giovannucci. "Commentario all'Articolo 813-*ter*". En: *Arbitrato. Titolo VIII del libro IV codice di procedura civile – artt. 806-840*. Commentario diretto da Federico Carpi. Le riforme del diritto italiano. Tercera edición. Zanichelli Editore. 2016, pp. 318-319. Más recientemente: BENEDETTELLI, Massimo. "Chapter 4: The Arbitral Tribunal". En: *International Arbitration in Italy*. Kluwer Law International, 2020, p. 235. Asimismo: GRAZIOSI, Andrea y Alessandro NASCOSI. "Capitolo XV: Decadenza e Responsabilità degli Arbitri". En: *L'Arbitrato. Forme e riforme del processo civile*. A cura di Laura Salvaneschi e Andrea Graziosi. Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A., 2020, pp. 407-408.

Sin embargo, resulta importante plantearnos esta interrogante en escenarios que pueden llegar a ser más "grises" en la práctica. Por ejemplo, ¿qué ocurre si el motivo de la renuncia del árbitro radica en que está incurso en una situación de conflicto de interés que, bajo la legislación aplicable, sustentaría una recusación en su contra?

Este escenario en particular ha sido analizado por la doctrina italiana, y a partir de ahí nos brindan algunas directrices a seguir para verificar si la causa que motiva la renuncia es justificada o no.

Como regla general, se suele afirmar que la renuncia será justificada, siempre y cuando la situación de conflicto: (i) haya surgido de forma sobrevenida; y, (ii) se haya producido independientemente de la voluntad del árbitro.

Así, Orlandi sostiene lo siguiente:

> En primer lugar, doctrina y jurisprudencia coinciden en considerar como motivo de renuncia la ocurrencia de situaciones que requieran la abstención del juez o que hagan legítima la solicitud de recusación proveniente de las partes[44].
>
> Al respecto es a mi juicio importante precisar que esta situación debe haberse dado independientemente de la voluntad del sujeto. De hecho, no creo que podamos considerar justificada la renuncia de quien, en el curso del arbitraje, decida aceptar una oferta más conveniente para una actividad profesional propuesta por una de las partes[45] (2016: 318) (el subrayado es mío).

44 Siguiendo esta misma línea, Bove señala lo siguiente:

(…) en general, puede considerarse que existe causa justificada de renuncia ante la concurrencia de situaciones involuntarias que hagan irrazonable que el árbitro continúe en su cargo y justifiquen por tanto su receso del contrato. Así, entre las situaciones que pueden darse, la renuncia puede estar justificada por un motivo de salud, un motivo (posterior) de recusación o la revocación de una autorización previamente otorgada (2014: 268) (el subrayado es mío).

En un sentido similar, Benedettelli sostiene que: "también puede existir una causa justificada de renuncia cuando: (…) ocurra o llegue a ser conocido un evento sobrevenido que justificaría la recusación del árbitro conforme al art. 815° del Código Procesal Civil italiano, siempre que no haya sido causado por la propia actuación del árbitro" (2020: 235) (el subrayado es mío).

45 Pronunciándose sobre este mismo supuesto, en línea bastante similar, Salvaneschi señala lo siguiente:

Lógicamente, precisa la doctrina, seguirá siendo justificada la renuncia incluso si la situación de conflicto es preexistente, siempre que: (i) se haya evidenciado o materializado luego de la aceptación del árbitro; y, (ii) que, al momento de dicha aceptación, el árbitro no haya estado en posibilidad de advertir o detectar la existencia de la situación de conflicto mediante una averiguación diligente. Sobre el particular, Pascucci afirma lo siguiente:

> En este sentido, es pacífico que la recusabilidad por causas independientes a la voluntad del árbitro legitima el receso. De hecho, no es concebible que, en tales circunstancias, el árbitro deba verse obligado a sufrir el peso de un proceso judicial.
>
> La misma solución debería aplicarse también si el motivo de la recusación fuera preexistente a la aceptación, pero hubiera sido conocido solo después sin culpa. Evidentemente, queda excluido el caso en que el árbitro haya aceptado el nombramiento a pesar de conocer o haber debido conocer, mediante un diligente *conflict check*, la existencia de tales motivos (2021: 321) (el subrayado es mío).

Integrando ambas ideas, en vía conclusiva, Rordorf manifiesta lo siguiente:

> Siempre de manera general, creo que se puede convenir sobre el hecho de que la aparición sobrevenida de una causa de incompatibilidad, que compromete la independencia e imparcialidad del árbitro, constituye un motivo justificado de renuncia, y que lo mismo ocurre cuando una causa de incompatibilidad preexistente, no perceptible por el árbitro al momento de la aceptación del encargo, se descubre en un momento posterior. No obstante, si la incompatibilidad

---

No sólo eso, la situación de incompatibilidad sucesiva, o sucesivamente conocida, deberá ser independiente de la voluntad del árbitro renunciante, quien ciertamente no podrá aceptar un encargo profesional más remunerado en el curso del trabajo, invocando el motivo justificado de renuncia regulado en el contexto ahora bajo examen (2014: 289) (el subrayado es mío).

Asimismo, y de forma más reciente, Graziosi y Nascosi sostienen lo siguiente:

No debería, en cambio, ser considerada como justa causa de receso de la relación contractual entre el árbitro y la parte, la aceptación del juez privado de un ulterior encargo que resulta más remunerado que los honorarios pactados por el juicio arbitral, en la medida que en tal hipótesis se evidenciaría un motivo de carácter subjetivo que afecta a la figura del árbitro (2020: 408) (el subrayado es mío).

> deriva de encargos (o en todo caso de conductas) asumidos por el árbitro con posterioridad a la instauración de la relación arbitral, es necesario distinguir la hipótesis en la que la aceptación se asumió voluntariamente de aquella en la que el árbitro no fue capaz de sustraerse de ella. En este último caso, la negativa a desempeñar el propio trabajo como árbitro aparece evidentemente justificada, pero probablemente no podría decirse lo mismo en el otro caso, es decir, cuando fue el propio árbitro, con su propia libre elección, quien se colocó en condición de no poder seguir cumpliendo la obligación previamente asumida hacia las partes (2021: 374) (el subrayado es mío).

Nótese el énfasis que se hace en que el árbitro no haya intervenido voluntariamente para generar el conflicto de interés, sino que más bien la situación debe generarse sin que el árbitro haya estado en posibilidad de evitarlo. De otra forma, como es evidente, se estaría permitiendo que el mismo árbitro se "autogenere" una situación de conflicto de interés para poder salir del caso cuando lo vea conveniente.

En cuanto a experiencias de otras jurisdicciones sobre este supuesto potencial de responsabilidad, podemos traer a colación el Caso *Morgan Phillips Inc. v. JAMS/ Endispute* (140 Cal.App.4th 795)[46], que dio origen a la decisión de fecha 20 de junio de 2006, emitida por el Segundo Distrito de la Corte de Apelaciones de California.

Este caso trata de una demanda de responsabilidad civil interpuesta por una de las partes de un arbitraje contra el árbitro encargado de resolver su controversia, por haber este renunciado a su cargo de forma injustificada para evitar expedir el laudo.

En este caso, luego de que se habían presentado las pruebas y los alegatos de las partes (es decir, estando el caso expedito para que se emita el laudo), el árbitro Bates les comunicó repentinamente y sin mayor justificación que había decidido renunciar a su cargo.

46 Para mayor detalle sobre este caso, véase: BASALDÚA CHINCHA, Christian. "Panorama General sobre la Responsabilidad Civil del Árbitro en diversos países a nivel internacional". En: *Revista Especializada en Responsabilidad Civil*, N° 1, 2023, pp. 82-84.

Frente a ello, se interpuso una demanda de responsabilidad civil contra el señor Bates, alegando incumplimiento contractual y negligencia en proporcionar los servicios de arbitraje a los que se comprometió.

La Corte de Apelaciones de California determinó finalmente que, si bien el señor Bates gozaba de inmunidad, ello no lo eximía de responsabilidad por renunciar de forma injustificada, pues esta conducta se encontraba totalmente fuera del alcance de la labor decisional que tenía como árbitro.

Otra referencia que podemos hacer en cuanto a experiencias internacionales sería a la regulación específica que tienen sobre este tema los siguientes dos (2) países: Italia e Inglaterra.

En lo que respecta a Italia, el artículo 813-*ter* del Código Procesal Civil italiano contempla como un supuesto de responsabilidad el hecho de que el árbitro haya renunciado a su cargo sin motivo justificado. Y se trata precisamente de un supuesto en el cual no aplica la regla general, exigida por la misma norma, de que el laudo haya sido previamente anulado (por el mismo motivo que sustenta el reclamo de responsabilidad).

No obstante, la norma italiana también contempla, aunque de forma inorgánica, algunos supuestos puntuales en los que estaríamos ante una renuncia justificada del árbitro[47].

Uno de ellos es el caso previsto en el artículo 816-*sexies* del Código Procesal Civil italiano, el cual faculta expresamente al árbitro a renunciar al cargo si es que, habiendo ocurrido un suceso de muerte o pérdida de capacidad legal de una de las partes, y habiendo los árbitros hecho lo posible para asegurar la aplicación

47 Los primeros dos (2) supuestos que se explican a continuación (artículos 816-*sexies* y 816-*septies* del Código Procesal Civil italiano) han sido explicados por: BOVE, Mauro. "Responsabilità degli arbitri". En: *Rivista dell'Arbitrato*. N° 2. Associazione Italiana per l'Arbitrato. Giuffrè Editore, 2014, pp. 269-270. Asimismo, por: SALVANESCHI, Laura. "Art. 813-ter. (Responsabilità degli arbitri)". En: *Arbitrato*. Commentario del Codice di Procedura Civile a cura di Sergio Chiarloni. Libro quarto: Procedimenti speciali art. 806-840, Bologna: Zanichelli Editore, 2014, pp. 289-290. Más recientemente, por: GRAZIOSI, Andrea y Alessandro NASCOSI. "Capitolo XV: Decadenza e Responsabilità degli Arbitri". Op. Cit., pp. 408-409. Finalmente, de forma más exhaustiva: PASCUCCI, Federico. "Capitolo IX: Il recesso degli àrbitri". En: MANTUCCI, Daniele (ed.) *Trattato di Diritto dell'Arbitrato*. Volumen III: Il Tribunale Arbitrale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane. 2021, pp. 310-312 y 313-314.

del principio de contradictorio, de cara a la continuación del proceso arbitral, las partes se rehúsan a cumplir con las disposiciones del tribunal.

Otro supuesto que se suele considerar como de renuncia justificada (al menos de forma indirecta[48]), también previsto en la legislación italiana, es el del artículo 816-*septies* del mismo código, que permite a los árbitros supeditar la continuación de un arbitraje a que las partes paguen un anticipo de los honorarios arbitrales. Según la norma, si las partes no pagan el anticipo dentro del plazo previsto, dejan de estar vinculadas por el convenio arbitral a la controversia que dio lugar al arbitraje, con lo cual en la práctica los árbitros también dejarían de cumplir su función.

Adicionalmente, cierto sector de la doctrina italiana discute sobre si pueden considerarse también otros supuestos que habilitarían la renuncia justificada del árbitro, como por ejemplo: (i) cuando las partes se rehúsan (de forma irrazonable) a conceder una prórroga del plazo para laudar, pese a que los árbitros la solicitaron por causa no imputable a ellos[49]; (ii) cuando se pretende la intervención de un tercero al arbitraje, y el árbitro no ha prestado su consentimiento para ello (artículo 816-*quinquies* del Código Procesal Civil italiano)[50]; y, (iii) cuando las partes acuerdan cambiar las reglas que rigen el arbitraje, en un modo más gravoso o inconveniente para los árbitros[51].

En lo que respecta a Inglaterra, la Sección 29 de la Ley de Arbitraje inglesa contiene una regla de limitación de responsabilidad, pero hace la salvedad de que

48 Cabe precisar que, tal como nos explica Pascucci, es discutible sostener que el artículo 816-*septies* del Código Procesal Civil italiano regula en estricto un supuesto de renuncia justificada. Más bien, pareciera ser simplemente un supuesto de terminación anticipada de las actuaciones arbitrales (en este caso, por falta de pago). Sobre el particular, dicho autor señala lo siguiente:

Según la perspectiva más rigurosa, en caso de falta de pago de los anticipos de los honorarios, los árbitros cesan automáticamente en sus funciones, por lo que cualquier renuncia es superflua, dado que no tiene sentido renunciar a algo que ya ha cesado. En el plano operativo, sin embargo, el procedimiento continuará, cuando en este sentido exista una voluntad convergente de todas las partes y de los árbitros (Pascucci 2021: 314) (el subrayado es mío).

49 Ver, al respecto: SALVANESCHI, Laura. "Art. 813-ter. (Responsabilità degli arbitri)". Op. Cit., pp. 290-291. Asimismo: ORLANDI, Chiara Giovannucci. "Commentario all'Articolo 813-*ter*". Op. Cit., p. 319. Más recientemente: PASCUCCI, Federico. "Capitolo IX: Il recesso degli àrbitri". Op. Cit., pp. 315-316.

50 Ídem, pp. 316-317.

51 Ídem, pp. 317-319.

dicha sección no afecta ninguna responsabilidad en la que pudiera incurrir un árbitro debido a su renuncia.

3.5. Responsabilidad civil por vencimiento del plazo para laudar

Este quinto supuesto de responsabilidad civil del árbitro está vinculado con el incumplimiento de la obligación de cumplir los plazos que pudieran haberse fijado para determinadas actuaciones arbitrales, en este caso en particular, para el laudo.

El plazo para laudar puede estar establecido en el reglamento arbitral o ley aplicable, o incluso puede haber sido fijado por las partes en el convenio arbitral.

La obligación de respetar este plazo está consagrada en nuestro sistema en el artículo 53° de la Ley de Arbitraje Peruana, y su incumplimiento puede acarrear la nulidad del laudo bajo la causal contemplada en el literal g) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje Peruana.

En nuestra opinión, la eventual responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación debería analizarse inclusive bajo el umbral de la culpa leve (aun cuando la Ley de Arbitraje Peruana limita la responsabilidad en general a supuestos de dolo o culpa inexcusable); pues, propiamente hablando, no estamos ante una manifestación de la labor decisional del árbitro.

Si bien, como hemos desarrollado, el árbitro tiene la obligación de resolver la controversia de forma definitiva y vinculante mediante un laudo, la obligación de cumplir con el plazo para laudar (que implica emitir y, de ser el caso, notificar el laudo dentro del plazo fijado en el convenio arbitral, el reglamento o incluso la ley aplicable) no tiene la misma naturaleza que aquella.

Aquí estamos hablando solamente de cumplir con el plazo, lo cual a nuestro entender no compromete de ninguna manera el proceso intelectual o de toma de decisiones del árbitro (y, por ende, no requiere ningún grado de sofisticación), sino que se trata de una obligación como la que tiene cualquier otro deudor, de ejecutar su prestación dentro del término que se ha previsto.

De acuerdo a lo establecido en el literal f) del artículo 65.1 de la Ley de Arbitraje Peruana, en caso el laudo sea anulado bajo la causal antes indicada, la consecuencia podría ser alguna de las siguientes: (i) que se inicie un nuevo arbitraje; (ii) que las partes acuerden componer un nuevo tribunal arbitral para que sobre la base de las actuaciones resuelva la controversia; o, (iii) que, dentro de los quince (15)

días siguientes de notificada la resolución que anula el laudo, las partes acuerden que la Corte Superior que conoció del recurso de anulación resuelva en única instancia sobre el fondo de la controversia.

Evidentemente, en caso las partes no se pudieran poner de acuerdo en alguna de las alternativas indicadas en los puntos (ii) o (iii), probablemente los daños (representados en costos por más tiempo y dinero) que sufriría la parte que debe iniciar nuevamente el arbitraje ("desde cero") serían bastante más significativos.

En cuanto a la discusión sobre la necesidad de exigir la anulación previa del laudo como requisito para reclamar responsabilidad civil, para este supuesto concreto, nos inclinamos a considerar que ello no es razonable en todas las circunstancias.

En principio, como hemos dicho, la Ley de Arbitraje Peruana prevé expresamente la posibilidad de que un laudo sea declarado nulo por haberse vencido el plazo para laudar pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral o establecido por el tribunal.

En nuestra opinión, estos serían precisamente los casos más típicos para este supuesto de responsabilidad, pues normalmente el daño que sufrirán aquí las partes estará asociado a que el laudo haya sido anulado, precisamente por haber sido emitido fuera del plazo previsto, y que más bien tendrán que iniciar un nuevo proceso (con las atingencias que hace la ley) para que se resuelva la controversia de forma definitiva.

No obstante, podría plantearse la discusión sobre qué ocurre con los casos en que el laudo se emitiera extemporáneamente, pero este no llegara a ser anulado (por ejemplo, porque ninguna de las partes inició el proceso de anulación). En ese sentido, podría discutirse si la demora en sí misma en la emisión del laudo, independientemente de si este haya sido anulado o no, podría generar daños en las partes pasibles de ser indemnizados bajo la responsabilidad civil[52].

Sobre este tema, en nuestra opinión, si bien los casos serían un poco más raros, sí es teóricamente posible que las partes puedan sufrir algún daño por la sola extemporaneidad del laudo (más allá de si termina siendo anulado o no). Dichos

52 Como veremos en un momento, esta es precisamente una posibilidad que teóricamente admite la legislación arbitral española, la cual si bien ya no considera que el vencimiento del plazo para laudar es una causal de anulación de laudo, deja abierta la posibilidad de reclamar responsabilidad civil frente a los árbitros por esta circunstancia.

daños deberían ser también indemnizados bajo la responsabilidad civil (aun cuando probablemente no tendrán la misma magnitud que cuando se anula el laudo), independientemente de si se ha producido o no la anulación del laudo.

Sin embargo, no pareciera ser razonable exigir, como requisito para reclamar responsabilidad, que la parte perjudicada haya presentado solicitudes contra el laudo (rectificación, interpretación, integración o exclusión) que se ha emitido fuera del plazo.

En efecto, a través de las solicitudes contra el laudo no es posible "subsanar" el hecho de que el laudo se ha emitido de forma extemporánea.

De otro lado, tampoco pareciera razonable exigir que se haya cumplido con lo establecido en el artículo 63.4 de la Ley de Arbitraje Peruana, según el cual la parte que pretende solicitar la anulación del laudo debe haber manifestado por escrito (y de forma inequívoca) ante el tribunal arbitral que el laudo fue emitido extemporáneamente.

Lógicamente, ello será necesario como requisito de procedibilidad, si la parte afectada quiere iniciar un proceso de anulación de laudo. Pero para efectos de un eventual reclamo por responsabilidad civil, pareciera ser que dicha comunicación no tendría mayor relevancia.

Teniendo en cuenta todo ello, desde un punto de vista de la temporalidad, somos de la opinión de que cualquier acción de responsabilidad por este supuesto podrá iniciarse conforme a lo siguiente:

i. Por lo menos, luego de haberse emitido el laudo, pues solo a partir de ese momento se sabrá con certeza si dicha emisión fue extemporánea; o,

ii. En todo caso, si se pretende anular primero el laudo, la acción de responsabilidad se iniciaría luego de que se haya producido la anulación.

En cuanto a experiencias de otros países sobre casos vinculados a este supuesto potencial de responsabilidad, podemos traer a colación el Caso *Baar v. Tigerman* (140 Cal. App. 3d 979), resuelto por la División 3 del Segundo Distrito de la Corte de Apelaciones de California en 1983, el cual trata de una demanda de responsabilidad civil contra un árbitro que nunca emitió el laudo.

En este caso, la AAA (luego de haberse solicitado y concedido una prórroga) había fijado como fecha límite para la emisión del laudo el día 30 de noviembre de 1980. Sin embargo, el árbitro único nunca emitió el referido laudo.

Las partes demandaron al árbitro único alegando incumplimiento contractual y negligencia, y reclamaron el pago de una indemnización que comprendía los honorarios de abogados, costos y gastos arbitrales por los cinco (5) años que duró el arbitraje sin emitirse el laudo.

La Corte de Apelaciones de California rechazó la defensa del árbitro único basada en la inmunidad, indicando que, si bien debe protegerse a un árbitro que actúa en una capacidad quasi-judicial, también deben respetarse las obligaciones contractuales que este ha asumido frente a las partes.

De esta forma, si bien la Corte reconoció que, bajo el derecho norteamericano, la inmunidad de los árbitros es importante para proteger su labor quasi-judicial, se aclara (en línea similar a la tesis que sostenemos nosotros, para la responsabilidad limitada) que esta no cubre absolutamente todas las faltas que puede cometer el árbitro, en ejercicio de sus funciones. Allí donde no haya una conducta de la árbitro vinculada con su labor decisional, pueden generarse espacios en los que no se necesite (y, por ende, donde no se deba) aplicar la regla de inmunidad.

Otro caso vinculado con este supuesto de responsabilidad es el Caso *Louis y Benoît Juliet v. Paul Castagnet, Pierre Couilleaux y Adolphe Biotteau*[53], que dio origen a la Sentencia N° 1660 FS-P+B de fecha 06 de diciembre de 2005, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte de Casación de Francia.

En este caso se presentó una demanda de responsabilidad civil contra los árbitros que emitieron el laudo fuera del plazo previsto para ello, ocasionando que este sea anulado.

La Corte de Casación de Francia determinó que los árbitros eran responsables, bajo la consideración de que estos tenían una "obligación de resultado" de obtener una ampliación del plazo (por parte del juez correspondiente) para emitir el laudo. De esta forma, al emitir el laudo dejando expirar el plazo del arbitraje (y sin solicitar su prórroga al juez), lo que condujo finalmente a su anulación, los

53 Para mayor detalle sobre este caso, véase: BASALDÚA CHINCHA, Christian. "Panorama General sobre la Responsabilidad Civil del Árbitro en diversos países a nivel internacional". En: *Revista Especializada en Responsabilidad Civil*, N° 1, 2023, pp. 89-90.

árbitros incurrieron en responsabilidad frente a las partes por el incumplimiento de esta obligación.

Finalmente, otro caso también vinculado con el supuesto de responsabilidad que estamos comentando es el que dio origen a la Sentencia N° 4A_76/2018 de fecha 08 de octubre de 2018[54], emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Suprema Federal de Suiza.

Este caso trata de una demanda de responsabilidad civil entablada por una de las partes de un arbitraje contra el árbitro único encargado de resolver su controversia, cuyo laudo fue anulado por haber sido emitido fuera del plazo máximo establecido para tal efecto.

En este caso, se había acordado (luego de haberse concedido una prórroga) que el laudo debía ser emitido hasta cierta fecha (02 de setiembre de 2013). No obstante, el laudo fue notificado a las partes en los días siguientes (a una el 03 y a la otra el 04 de setiembre de 2013). El laudo fue anulado por la Corte Suprema Federal Suiza en el 2014 (mediante la Sentencia N° 4A_490/2013 de fecha 28 de enero de 2014), por haber sido dictado fuera del plazo establecido.

La empresa suiza A. S.A. interpuso una demanda de responsabilidad civil contra el árbitro único; y la Corte Suprema Federal de Suiza finalmente le dio la razón, indicando que tenía derecho a reclamar al árbitro único la diferencia entre los costos reales sufridos y aquellos que fueron reconocidos en el proceso de anulación de laudo (que fueron pagados por su contraparte, la empresa francesa B S.A., quien fue la demandada en el proceso de anulación de laudo).

De esta forma, la Corte reconoció que la empresa suiza A. S.A. tenía derecho a reclamar al árbitro único el pago de una indemnización por todos daños causados por este, bajo las reglas de la responsabilidad contractual.

Otra referencia que podemos hacer en cuanto a experiencias internacionales, es la regulación contenida en el artículo 813-*ter* del Código Procesal Civil italiano, el cual establece expresamente la responsabilidad de los árbitros por omitir o impedir (con dolo o culpa grave) el pronunciamiento del laudo dentro del plazo fijado de conformidad con los artículos 820° u 826° del mismo cuerpo normativo.

54 Para mayor detalle sobre este caso, véase: BASALDÚA CHINCHA, Christian. "Panorama General sobre la Responsabilidad Civil del Árbitro en diversos países a nivel internacional". En: *Revista Especializada en Responsabilidad Civil*, N° 1, 2023, pp. 112-113.

Según el numeral 6) del artículo 829° del Código Procesal Civil italiano, constituye causal de anulación el hecho de que el laudo haya sido pronunciado luego del vencimiento del plazo establecido. Por lo que, en aplicación de lo indicado en el cuarto párrafo del artículo 813-*ter* del mismo código, para que se pueda iniciar la acción de responsabilidad es necesario que previamente se haya anulado el laudo precisamente por este motivo.

Otra regulación que podemos traer a colación sobre este supuesto de responsabilidad, es la contenida en el artículo 37° de la Ley N° 60/2003, Ley de Arbitraje española, el cual señala expresamente que "la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros".

Como nos explica Perales Viscasillas, el artículo 37° de la Ley de Arbitraje española preveía originalmente que la expiración del plazo para laudar producía la terminación de las actuaciones arbitrales y el cese de los árbitros; no obstante, ello fue modificado mediante la Ley 11/2011, para dejar en claro que la consecuencia era solamente la responsabilidad de los árbitros[55].

En vista de ello, la doctrina española reconoce que puede haber responsabilidad cuando el laudo se emite de forma extemporánea, aun cuando ello no implique que dicho laudo pueda ser anulado[56].

55 En palabras de la referida autora:

Este precepto debe su actual redacción a la modificación operada en la Ley de Arbitraje por virtud de la Ley 11/2011, de 20 de mayo. Se modifica el art.37.2 en el sentido de variar las consecuencias jurídicas que provoca la no emisión del laudo en los plazos previstos en la Ley o fijados por las partes que bajo la Ley 60/2003 en su redacción original consistían en la terminación de las actuaciones y el cese de los árbitros. Con la reforma, la expiración del plazo no afecta a la validez del convenio arbitral, pero se mantiene la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros (Perales Viscasillas 2013: 196-197) (el subrayado es mío).

En un sentido similar, comentando el referido artículo 37°, Alonso Puig señala que "tras la reforma operada por la Ley 11/2011 el plazo para resolver la controversia sigue teniendo carácter vinculante para los árbitros pero solo determina la posible existencia de responsabilidad (y esto dentro de los límites del art. 21) sin afectar al laudo o al convenio arbitral" (2014: 746).

56 Así, Iriarte Ángel sostiene que este supuesto de responsabilidad "para nada requiere la previa anulación del laudo; es más, el laudo puede ser perfectamente legal, válido y correcto desde todos los puntos de vista y, sin embargo, derivarse responsabilidad para los árbitros por la tardanza en el cumplimiento de su obligación" (2017: 587).

Finalmente, según suele entender la doctrina española, la responsabilidad derivada de la extemporaneidad del laudo, conforme al artículo 37° de la Ley de Arbitraje española, deberá regirse bajo el mismo estándar de responsabilidad limitado contemplado en el artículo 21° del mismo cuerpo normativo[57] (aun cuando, como hemos dicho, desde nuestra posición en vía de *lege ferenda*, este supuesto de responsabilidad debería analizarse también desde la culpa leve, por tratarse del incumplimiento de una obligación que no corresponde propiamente a la labor decisional del árbitro).

3.6. Responsabilidad civil por vulneración a la confidencialidad del arbitraje

Este sexto supuesto de responsabilidad civil del árbitro está vinculado con el incumplimiento de su obligación de mantener la confidencialidad del arbitraje.

Esta obligación comprende fundamentalmente el deber de abstenerse de divulgar a terceros cualquier información que pudieran haber conocido a través de las actuaciones arbitrales.

Asimismo, se encuentra consagrada en nuestro sistema en el numeral 1) del artículo 51° de la Ley de Arbitraje, el cual además hace una referencia puntual a la eventual responsabilidad en la que se incurriría (en este caso, el árbitro) frente a su incumplimiento.

En nuestra opinión, la eventual responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación debería analizarse inclusive bajo el umbral de la culpa leve (aun cuando la Ley de Arbitraje Peruana limita la responsabilidad en general a

57 Sobre el particular, Perales Viscasillas manifiesta lo siguiente:

> En nuestra opinión no existen razones de peso para apartarse del régimen general de responsabilidad bajo el art. 21.1 LA. Además, el que el art.37.2 LA se refiera a la responsabilidad, sin mayores calificativos, no es suficiente para la inaplicación de la norma general del art. 21.1 LA. Las reglas generales de interpretación de las normas jurídicas dictan que se aplique la norma general ante el silencio del art.37.2 LA (2013: 198) (el subrayado es mío).

En un sentido similar, Alonso Puig señala lo siguiente:

> La responsabilidad de los árbitros por el incumplimiento del plazo, sin embargo, no puede entenderse automática, de forma que el incumplimiento del plazo determine su responsabilidad. Por el contrario, quien pretenda la responsabilidad de los árbitros por esta razón deberá demostrar no solo que el retraso en la emisión del laudo le ha ocasionado un perjuicio sino también que se cumplen los requisitos del art. 21. Esto es, la existencia de mala fe, dolo o temeridad por parte de los árbitros en la emisión tardía del laudo (2014: 746-747) (el subrayado es mío).

supuestos de dolo o culpa inexcusable); pues no estamos ante una manifestación de la labor decisional del árbitro.

En este caso, nos estamos refiriendo, concretamente, a la obligación que tiene el árbitro de evitar revelar información del arbitraje (que, en principio, es confidencial) a terceros. Evidentemente, ello no compromete de ninguna manera el proceso intelectual o de toma de decisiones del árbitro (y, por ende, no requiere ningún grado de sofisticación).

En cuanto a la discusión sobre la necesidad de exigir la anulación previa del laudo como requisito para reclamar responsabilidad civil, para este supuesto concreto, consideramos que ello no resulta razonable.

En efecto, para empezar, la infracción a la confidencialidad por parte de un árbitro no está contemplada como una causal de anulación de laudo en la Ley de Arbitraje Peruana, por lo que no tendría mayor sentido exigir ello para recién poder reclamar responsabilidad civil.

Adicionalmente, debe tomarse en cuenta que la vulneración a l en ese escenario simplemente no será posible cumplir con dicha exigencia.

Ahora bien, también puede ocurrir que la vulneración a la confidencialidad se produzca durante la tramitación del arbitraje. En ese escenario, sin embargo, lo que probablemente ocurrirá es que las partes acuerden la remoción del árbitro, o que intenten recusarlo para que sea apartado del caso.

En cualquiera de esos supuestos, queda claro que el árbitro ya no seguirá participando en el caso, por lo que sigue sin tener justificación que se exija la anulación del laudo, en tanto:

i. A partir del momento en que el árbitro es apartado del caso, ya no tiene pendiente frente a las partes la resolución de ningún aspecto de fondo o incidente sobre la controversia, por lo que ya no habría posibilidad de generar presión indebida con una acción de responsabilidad; y,

ii. Con su "salida" del caso, es evidente que el árbitro infractor de la confidencialidad ya no va a participar en la emisión del laudo, con lo cual no tiene lógica alguna que se exija la anulación de ese futuro laudo para reclamar la responsabilidad del árbitro que ya fue retirado del proceso.

Precisamente bajo esa misma línea, tampoco resulta razonable exigir, como requisito para reclamar responsabilidad, que la parte perjudicada presente solicitudes contra el laudo (rectificación, interpretación, integración o exclusión) que se emita, pues:

i. Ninguno de dichos pedidos permite resolver el problema de la infracción a la confidencialidad;

ii. En caso la infracción a la confidencialidad se produzca durante el arbitraje, muy probablemente el árbitro infractor no participará en la emisión del laudo; y,

iii. En caso la infracción a la confidencialidad se produzca luego de culminado el arbitraje, y habiéndose vencido todos los plazos correspondientes, no será posible presentar solicitud alguna contra el laudo.

Teniendo en cuenta ello, en nuestra opinión, cualquier acción de responsabilidad civil por vulneración a la confidencialidad podrá ser iniciada conforme a lo siguiente: (i) cuando la infracción se haya producido durante el arbitraje, apenas el árbitro haya sido apartado del mismo; y, (ii) cuando la infracción se haya producido luego de culminado el arbitraje, a partir del momento de ocurrencia de la infracción.

Cabe agregar que, muy ligado a este supuesto de responsabilidad del árbitro, la doctrina también suele referirse a la violación del secreto de las deliberaciones como un escenario más de vulneración a la confidencialidad[58] por parte de los árbitros.

Así, Fernández Rozas, Sánchez Lorenzo y Stampa señalan lo siguiente:

> "Entre las distintas posibilidades que entraña esta prohibición figuran las comunicaciones o reuniones de los árbitros con una parte en ausencia de la otra, las filtraciones de un árbitro a la parte que le designó o la recepción habitual de instrucciones de esta última para que adopte una determinada estrategia a lo largo de las audiencias

58 De hecho, González-Soria y Moreno de la Santa manifiesta expresamente que el secreto de las deliberaciones constituye "una consecuencia inevitable del deber de confidencialidad de las informaciones contenidas en las actuaciones arbitrales" (2015: 930).

> o en las deliberaciones en el seno del tribunal arbitral" (2018: 242) (el subrayado es mío).

Dependiendo del caso, estas situaciones también podrían dar lugar a responsabilidad civil del árbitro.

3.7. Responsabilidad civil por impedir la participación de un árbitro en la deliberación

Este sétimo supuesto de responsabilidad civil del árbitro está vinculado con el incumplimiento de su obligación de permitir la participación de los demás árbitros en las deliberaciones.

Esta obligación está presente cuando el tribunal arbitral es colegiado, e implica básicamente que: (i) todos los árbitros tienen la obligación de participar en las deliberaciones del tribunal; y, como contrapartida, (ii) deben permitir la participación de los demás miembros (es decir, no pueden excluirlos de las deliberaciones).

Debe tenerse presente, asimismo, que esta obligación surge del "principio de colegialidad"[59] que nuestro sistema recoge en el artículo 52° de la Ley de Arbitraje Peruana, concordado con el numeral 1) del artículo 55° de la misma ley.

En nuestra opinión, la eventual responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación debería analizarse inclusive bajo el umbral de la culpa leve (aun cuando la Ley de Arbitraje Peruana limita la responsabilidad en general a supuestos de dolo o culpa inexcusable); pues, propiamente hablando, no estamos ante una manifestación de la labor decisional del árbitro.

Si bien el árbitro tiene la obligación de resolver la controversia de forma definitiva y vinculante mediante un laudo, la obligación de respetar el principio de colegialidad y, en ese sentido, permitir la participación de los demás árbitros en la deliberación de dicho laudo, no tiene la misma naturaleza que aquella.

---

59 Comentando el "principio de colegialidad" en la adopción de decisiones arbitrales, desde la experiencia española, Blanco García señala lo siguiente:

> (…) la esencia de la colegialidad reside no tanto en la necesidad de alcanzar una decisión por unanimidad, sino en la concurrencia de todos los miembros del colegio arbitral al proceso de deliberación y fallo, lo que permitiría, sin invalidar el título, que el mismo fuera firmado solo por la mayoría (2014: 479) (el subrayado es mío).

Aquí estamos hablando solamente de procurar dar a todos los árbitros la oportunidad de expresar sus diversos puntos de vista y discutir con los demás sobre el sentido del laudo (al margen de si se llega o no a un acuerdo unánime al respecto), lo cual a nuestro entender no compromete de ninguna manera el proceso intelectual o de toma de decisiones del árbitro (y, por ende, no requiere ningún grado de sofisticación).

En cuanto a la discusión sobre la necesidad de exigir la anulación previa del laudo como requisito para reclamar responsabilidad civil, para este supuesto concreto, consideramos que ello sí puede resultar atendible.

Aun cuando la Ley de Arbitraje Peruana no contiene expresamente la posibilidad de anular un laudo por haberse infringido el principio de colegialidad, creemos que dicha circunstancia puede encauzarse perfectamente en la causal recogida en el literal c) del artículo 63.1 de dicha Ley de Arbitraje Peruana, pues conforme a lo establecido en los artículos artículo 52° y 55.1 de la Ley de Arbitraje Peruana, el laudo debe (en principio) haber sido emitido producto de la deliberación de todos los miembros del tribunal.

Además, en nuestra opinión, en este tipo de casos el daño que sufrirán las partes estará asociado normalmente a que el laudo haya sido anulado, precisamente por haber sido emitido excluyendo a uno de los árbitros de la deliberación.

Por el contrario, nos parece (en principio) discutible que el solo hecho de que el laudo haya sido emitido de esa forma pueda por sí mismo, y sin que el laudo haya sido todavía anulado, generar un daño relevante en las partes[60].

Es más, somos de la opinión de que el impacto relevante que se genera por haberse vulnerado el principio de colegialidad es, precisamente, que el laudo emitido en dicha forma haya terminado siendo anulado por una sala comercial.

Pareciera ser claro, entonces, que al producirse la anulación del laudo, la parte perjudicada podrá reclamar los costos incurridos en el proceso de anulación, así

60 Repárese en que si nos guiáramos solamente por los votos de los árbitros, aun si el árbitro excluido hubiera participado en la deliberación, habría sido perfectamente posible que los otros dos (2) árbitros emitan el laudo en mayoría, con lo cual es muy probable que el sentido de la decisión no haya variado. En realidad, creemos, el problema es formal, y radica en que al haberse excluido a uno de los árbitros de la deliberación del tribunal (privándosele de la oportunidad de manifestar su posición), ello puede generar que el laudo sea anulado (con todas las consecuencias negativas que ello implica).

como los costos que represente esperar a la emisión de un nuevo laudo por el tribunal arbitral.

No obstante, no pareciera ser razonable que se exija que la parte perjudicada haya presentado alguna de las solicitudes contra el laudo (rectificación, interpretación, integración o exclusión) como requisito para reclamar responsabilidad en este supuesto concreto, pues a través de dichas solicitudes no es posible que se pueda "corregir" el vicio generado por la exclusión de uno de los árbitros en la deliberación del tribunal.

De otro lado, tampoco pareciera razonable exigir que se haya cumplido con el reclamo previo indicado en el artículo 63.2 de la Ley de Arbitraje Peruana.

Lógicamente, ello será necesario como requisito de procedibilidad, si la parte afectada quiere iniciar un proceso de anulación de laudo. Pero para efectos de un eventual reclamo por responsabilidad civil, pareciera ser que dicho reclamo previo no tendría mayor relevancia, pues aun cuando se formule, ya no se podría "subsanar" el hecho de que el laudo haya sido emitido en vulneración al principio de colegialidad.

En cuanto a experiencias de otros países sobre casos vinculados a este supuesto potencial de responsabilidad, podemos traer a colación el *Caso Puma S.E.*[61], que dio origen a la Sentencia N° 102/2017, emitida por la Primera Sala en lo Civil del Tribunal Supremo Español con fecha 15 de febrero de 2017.

Este caso trata de una demanda de responsabilidad civil entablada contra dos (2) de los árbitros que conformaban el tribunal arbitral, por haber excluido de la deliberación al tercer árbitro, ocasionando con ello que el laudo emitido en mayoría sea anulado.

El laudo fue expedido el 02 de junio de 2010 con el voto del árbitro designado por la contraparte de Puma S.E. (Estudio 2000 S.A.) y el presidente del tribunal arbitral, quienes ese mismo día se habían reunido solo ellos, sabiendo que el tercer árbitro (designado por Puma S.E.) se encontraba en ese momento de viaje y, por lo tanto, no podía intervenir.

61 Para mayor detalle sobre este caso, véase: BASALDÚA CHINCHA, Christian. "Panorama General sobre la Responsabilidad Civil del Árbitro en diversos países a nivel internacional". En: *Revista Especializada en Responsabilidad Civil*, N° 1, 2023, pp. 106-108.

Puma S.E. demandó la anulación del laudo arbitral por infracción al principio de colegialidad y, como consecuencia de ello, la Audiencia Provincial de Madrid anuló el referido laudo, en atención a la no convocatoria y la exclusión del tercer árbitro[62].

Posteriormente, Puma S.E. interpuso demanda de responsabilidad civil contra los dos (2) árbitros que emitieron el laudo, solicitando que le pagaran una cierta suma dineraria, equivalente al importe de los honorarios percibidos por cada uno de ellos.

El Tribunal Supremo Español confirmó lo decidido en instancias inferiores, determinando la existencia de responsabilidad civil de los árbitros demandados, por haber actuado con temeridad (es decir, lo que bajo nuestra legislación vendría a ser a grandes rasgos la culpa inexcusable).

3.8. Responsabilidad civil por retrasar injustificadamente las actuaciones arbitrales

Este octavo supuesto de responsabilidad civil del árbitro está vinculado con el incumplimiento de su obligación de conducir el arbitraje sin incurrir en demoras indebidas.

Esta obligación consiste básicamente en que, cuando no sea aplicable ningún plazo específico, los árbitros deben procurar llevar adelante las actuaciones arbitrales sin incurrir en retrasos innecesarios, tratando de que el caso llegue a su culminación lo más pronto posible.

En nuestra opinión, la eventual responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación debería analizarse inclusive bajo el umbral de la culpa leve (aun cuando la Ley de Arbitraje Peruana limita la responsabilidad en general a supuestos de dolo o culpa inexcusable); pues no estamos ante una manifestación de la labor decisional del árbitro.

62 Cabe reiterar que la causal de nulidad concreta de la Ley de Arbitraje española que fue invocada por la Audiencia Provincial de Madrid para anular el laudo fue la recogida en el literal f) del artículo 41.1 de dicha norma, es decir, la vulneración al orden público, pues dicha normativa (al igual que la nuestra) tampoco contempla la infracción al principio de colegialidad como una causal concreta de anulación de laudo.

En este caso, nos estamos refiriendo, concretamente, a la obligación que tiene el árbitro de conducir el arbitraje sin incurrir en retrasos innecesarios para efectos de que este culmine lo más pronto posible. Evidentemente, ello no compromete de ninguna manera el proceso intelectual o de toma de decisiones del árbitro (y, por ende, no requiere ningún grado de sofisticación).

Respecto a la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación, resultan importantes las apreciaciones de Okekeifere, quien señala que "cuando un árbitro ocasiona una demora para su propio beneficio material y en detrimento de las partes eso, por supuesto, equivale a un abuso de su cargo". Asimismo, "cuando la indiferencia o el letargo culposo (derivado, por ejemplo, del desprendimiento de la debida importancia a un determinado arbitraje) ocasiona una demora perjudicial del procedimiento, abusa igualmente de su cargo" (1998: 133).

Sobre la base de ello, entonces, podemos afirmar que si el árbitro busca retrasar las actuaciones arbitrales para su propio beneficio o, inclusive, con el afán de querer perjudicar a alguna de las partes, es probable que termine asumiendo responsabilidad.

En cuanto a la discusión sobre la necesidad de exigir la anulación previa del laudo como requisito para reclamar responsabilidad civil, para este supuesto concreto, consideramos que ello no resulta razonable.

En efecto, además del hecho evidente de que la demora injustificada de un árbitro en cumplir con sus labores no está contemplada como una causal de anulación del laudo en la Ley de Arbitraje Peruana (ni tampoco podría encauzarse en ninguna de ellas), debe tenerse presente que lo que normalmente ocurrirá en la práctica si un árbitro retrasa injustificadamente las actuaciones arbitrales es que este será removido por las partes.

Siendo ello así, no vemos ningún sentido en exigir la anulación previa del laudo para reclamar responsabilidad contra el árbitro infractor, pues:

i. A partir del momento en que dicho árbitro sea removido del caso, ya no tiene pendiente frente a las partes la resolución de ningún aspecto de fondo o incidente sobre la controversia, por lo que ya no habría posibilidad de generar presión indebida con una acción de responsabilidad; y,

ii. Con su "salida" del caso, es evidente que el árbitro removido ya no va a participar en la emisión del laudo, con lo cual no tiene lógica alguna que se exija la anulación de ese futuro laudo para reclamar la responsabilidad del árbitro que generó el retraso injustificado.

Precisamente bajo esa misma línea, tampoco resulta razonable exigir, como requisito para reclamar responsabilidad, que la parte perjudicada presente solicitudes contra el laudo (rectificación, interpretación, integración o exclusión) que se emita, pues: (i) ninguno de dichos pedidos permite resolver el problema de la demora injustificada; y, lo más importante, (ii) nuevamente, el árbitro que es removido no participará en la emisión del mismo.

Teniendo en cuenta todo ello, desde un punto de vista de la temporalidad, en nuestra opinión, cualquier acción de responsabilidad civil contra un árbitro por retrasar injustificadamente las actuaciones arbitrales podrá ser iniciada apenas este haya sido removido del arbitraje.

En cuanto a experiencias internacionales sobre este supuesto potencial de responsabilidad, aun cuando no hemos encontrado casos puntuales al respecto, resulta pertinente hacer referencia a la regulación contenida en el artículo 813-*ter* del Código Procesal Civil italiano, el cual regula como un supuesto de responsabilidad el hecho de que el árbitro haya omitido o retrasado los actos debidos con dolo o culpa grave y, por ende, haya sido destituido de su cargo. Y se trata precisamente de un supuesto en el cual no aplica la regla general, exigida por la misma norma, de que el laudo haya sido previamente anulado (por el mismo motivo que sustenta el reclamo de responsabilidad).

Según explica cierto sector de la doctrina italiana, si bien la norma antes indicada exige expresamente el dolo o culpa grave para que exista responsabilidad, no pareciera estar justificado dicho estándar limitado de responsabilidad para el supuesto de retraso en el cumplimiento de los actos debidos.

En palabras de Rordorf:

> (…) no cualquier demora u omisión referida al cumplimiento de los debidos actos genera obviamente la responsabilidad del árbitro. En primer lugar, es necesario que la conducta omisiva del árbitro esté connotada con dolo o que, en caso de negligencia, ésta sea grave, no diferente a las disposiciones generales del ar. 2236 del Código Civil

> italiano para la realización de trabajos que impliquen la solución de problemas técnicos de especial dificultad. Pero, si el planteamiento de la responsabilidad del contratista es plausible, por las razones ya aclaradas anteriormente, y si ciertamente el pronunciamiento del laudo resolutivo de la controversia es una tarea técnicamente difícil, no puede decirse lo mismo del mero cumplimiento oportuno de los actos debidos en el contexto del procedimiento de arbitraje: por tanto, la limitación a los casos de dolo o negligencia grave no está plenamente justificada en este caso (2021: 371-372) (el subrayado es mío).

Nótese que el autor antes citado sustenta su razonamiento en una interpretación del artículo 813-*ter* del Código Procesal Civil italiano, en concordancia con lo establecido en el artículo 2236° del Código Civil italiano (cuyo "equivalente" sería el artículo 1762° de nuestro Código Civil), referido a los asuntos técnicos de especial dificultad.

Aun cuando la forma de llegar a dicha posición pueda ser discutible, estamos de acuerdo en que, para este supuesto de responsabilidad (como para todos los demás que no tienen que ver con la labor decisional del árbitro), no se justifica el estándar limitado a casos de dolo o culpa inexcusable.

Cabe precisar que en Italia, se suele precisar que la "destitución" del árbitro a la que se refiere dicha norma no es igual a la remoción del árbitro por acuerdo de las partes[63].

No obstante, más allá de la forma particular en que se haya regulado este supuesto de responsabilidad en dicha jurisdicción, es evidente que los retrasos injustificados provocados por un árbitro, que además pueden producir daños (costos en tiempo o dinero) en las partes son pasibles de generar responsabilidad civil, pudiéndose hacer efectivos a partir de la remoción del árbitro.

63 Sobre el particular, Rordorf señala lo siguiente:

> La destitución no es, sin embargo, una consecuencia necesaria del retraso u omisión imputable al árbitro, no solo porque las partes podrían tolerarlos, sino también porque podrían acordar la sustitución del árbitro incumplidor, como expresamente prevé el art. 813 *bis* del Código Civil italiano, en cuyo caso la responsabilidad de este último no parece configurable, no pudiéndose para tal efecto equiparar la posición del árbitro sustituido a la del árbitro destituido (2021: 372) (el subrayado es mío).

3.9. Responsabilidad civil por actos de corrupción

Este noveno supuesto de responsabilidad civil del árbitro está vinculado principalmente con el incumplimiento de su obligación de mantenerse independiente e imparcial durante toda la duración del proceso arbitral, obligación regulada en el numeral 1) del artículo 28° de la Ley de Arbitraje Peruana.

No obstante, como veremos en un momento, se trata de un supuesto de responsabilidad que en realidad irradia toda la actuación del árbitro, de cara a la realización del encargo que asume frente a las partes.

Este es, sin duda, uno de los supuestos de responsabilidad más delicados en los que puede incurrir un árbitro, y más aún en un país como el nuestro, en el cual tenemos experiencias muy dramáticas sobre escándalos de corrupción que han "contaminado" la institución del arbitraje: principalmente, el caso de la red de Orellana y el caso *Lava Jato*, sobre todo de la empresa Odebrecht.

Como nos explica Hanotiau, los árbitros pueden cometer diversos tipos de faltas, pero quizá la más grave y evidente es la de incurrir en corrupción, es decir, "la aceptación del pago por parte de una de las partes para balancear el caso a su favor" (2003: 262).

Es importante mencionar que, aun cuando esta investigación se restringe a los alcances civiles de la responsabilidad del árbitro, el Código Penal peruano tipifica algunos delitos que son aplicables a los árbitros, dentro de los cuales se contemplan delitos vinculados a casos de corrupción.

El artículo 386° del Código Penal peruano, por ejemplo, se refiere a la responsabilidad de los peritos, árbitros y contadores particulares de la siguiente manera:

> Artículo 386.- Las disposiciones de los Artículos 384 y 385 son aplicables a los Peritos, Árbitros y Contadores Particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen; y, a los tutores, curadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a incapaces o testamentarías (el subrayado es mío).

Como puede observarse, la norma antes citada establece que a los árbitros le son aplicables las disposiciones de los artículos 384° y 385° del mismo Código. Dichos artículos regulan los delitos de colusión simple y agravada, y el patrocinio ilegal, respectivamente.

Adicionalmente, el artículo 395° del Código Penal peruano tipifica el delito de cohecho pasivo específico haciendo referencia expresa a los árbitros, conforme a lo siguiente:

> **Artículo 395.- Cohecho pasivo específico**
>
> El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.
>
> El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos días-multa (el subrayado es mío).

Es decir, en buena cuenta, si un árbitro acepta o solicita cualquier tipo de soborno para influir (por ejemplo) en la decisión que adoptará en el laudo, seguramente será sancionado con las penas establecidas en el artículo 395° antes citado. Sin embargo, y más allá de las consecuencias penales que puedan producirse, es evidente que en un caso de esa naturaleza la parte perjudicada podrá también reclamar una indemnización por los daños y perjuicios que le sean causados.

Ahora bien, decíamos anteriormente que la responsabilidad del árbitro por corrupción vendría a ser un supuesto "especial", dentro de todos los demás. Y ello se debe a que, en nuestra opinión, no es posible catalogarlo solamente como un supuesto que tiene que ver con la labor decisional del árbitro o que, por el contrario, que no tiene que ver con ello.

En realidad, el hecho de que el árbitro haya aceptado un soborno y que, por ende, se vea condicionado a actuar de cierta manera frente a las partes puede manifestarse en el incumplimiento de casi cualquiera de las obligaciones que hemos desarrollado anteriormente.

Lo más común podría ser, quizá, que el árbitro haya aceptado un soborno para que el sentido del laudo sea de determinada manera, para efectos de favorecer a una de las partes en desmedro de la otra. Pero puede ocurrir también que el árbitro haya sido sobornado para que rechace las pruebas de una de las partes, o para que retrase injustificadamente las actuaciones arbitrales, o para que deliberadamente excluya a uno de los árbitros de la deliberación, etc.

En suma, la corrupción en el arbitraje puede potencialmente estar presente en prácticamente todos los supuestos que hemos tratado, siendo la diferencia fundamental que en un caso de corrupción seguramente el árbitro habrá actuado con dolo.

Dentro del ámbito nacional, refiriéndose a la eventual responsabilidad civil de los árbitros por casos de corrupción, y resaltando que en este supuesto estaríamos ante un escenario de dolo, Talavera Cano señala lo siguiente:

> Los árbitros corruptos deben hacerse responsables de los daños que puedan haber generado con sus laudos de origen espurio. Los usuarios deberán ejercer regularmente su derecho a reclamar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, en estos casos, doloso de la función arbitral. La aplicación del artículo 32 de la Ley de Arbitraje para sancionar este tipo de casos, será clave para desincentivar este tipo de actuaciones contrarias a la administración de justicia en nuestro querido Perú (2017: 193) (el subrayado es mío).

Una pregunta importante que cabe formularse dentro de este supuesto de responsabilidad es si sería necesario contar previamente con una sentencia penal que determine fehacientemente que el árbitro cometió un delito de corrupción para que se pueda reclamar responsabilidad civil.

Sobre el particular, se ha sostenido en nuestro medio (en opinión que compartimos) que si bien ello podría tener importancia a nivel probatorio, no resulta necesario contar con una sentencia penal para poder reclamar responsabilidad

civil. Por el contrario, bastaría con que se demuestre en los hechos que el árbitro haya aceptado un soborno para condicionar su actuación como tal.

Así, Judkiewicz sostiene lo siguiente:

> La responsabilidad penal del árbitro y su responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados a una o ambas partes son dos ámbitos de responsabilidad distintos. Para reclamar los daños, no hay necesidad de iniciar primero un proceso penal por un acto cometido para favorecer a una parte de un arbitraje y perjudicar a la otra. No obstante, una sentencia penal condenatoria ayuda a podrá probar el hecho antijurídico en un proceso civil (2020: 154) (el subrayado es mío).

En cuanto a la discusión sobre la necesidad de exigir la anulación previa del laudo como requisito para reclamar responsabilidad civil, para este supuesto concreto, consideramos que ello no resulta razonable.

Centrándonos en los casos en que la corrupción se manifiesta en la decisión contenida en el laudo, debe tenerse presente que, en principio, es posible que ese laudo sea anulado en el Perú. Como veremos en un momento, ya ha habido (al menos) un caso peruano en el que un laudo de este tipo fue anulado por una sala comercial invocando la causal contenida en el literal b) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje Peruana.

Adicionalmente, consideramos que para un caso de corrupción sería posible anular el laudo invocando (sobre todo) el literal c) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje Peruana, pues finalmente si el árbitro ha aceptado un soborno que lo predispone a actuar de cierta manera en favor de una de las partes, ello afectaría claramente su imparcialidad e independencia, con lo cual el laudo se habría emitido en vulneración de una norma imperativa de la Ley de Arbitraje Peruana, como es el numeral 1) de su artículo 28° (que, como hemos dicho, obliga a los árbitros a mantener su independencia e imparcialidad durante todo el arbitraje).

Sin embargo, en casos de corrupción puede ocurrir (como de hecho, ha ocurrido en varios casos de esta naturaleza que están siendo investigados en el Perú para efectos penales) que esta circunstancia se descubra mucho tiempo después (luego de haber transcurrido varios años, inclusive) de haberse emitido el laudo, cuando inclusive se ha vencido ya el plazo establecido en la Ley de Arbitraje Peruana para la acción de anulación.

Frente a ese escenario puntual, ¿tiene sentido que se impida a la parte afectada reclamar responsabilidad contra el árbitro solo porque el laudo emitido con corrupción ya no podría ser anulado? En nuestra opinión, creemos rotundamente que no.

De otro lado, creemos que tampoco resulta razonable exigir, como requisito para reclamar responsabilidad, que la parte perjudicada presente solicitudes contra el laudo (rectificación, interpretación, integración o exclusión) que se emita, pues ninguno de dichos pedidos permite resolver el problema de que el laudo haya sido emitido por un árbitro corrupto.

4. Conclusiones

Luego de todo lo desarrollado, podemos señalar las siguientes conclusiones:

i. La responsabilidad civil es el conjunto de consecuencias jurídico-patrimoniales a las que queda expuesto un sujeto como consecuencia de un daño que ha ocasionado a otro.

   La eventualidad de que el árbitro pueda ser declarado responsable y, por ende, se vea obligado a pagar una indemnización por daños y perjuicios constituye un incentivo negativo, que puede tener gran repercusión en su decisión de aceptar el caso, y sobre todo en cómo se comporta al cumplir el encargo.

ii. Por eso es que, precisamente, las reglas de inmunidad o limitación de responsabilidad pueden jugar un rol muy importante en cuanto a minimizar o agravar este incentivo negativo.

iii. La responsabilidad civil del árbitro debe ser entendida conforme a las reglas del sistema de responsabilidad por inejecución de obligaciones (contractual) de nuestro Código Civil.

   Aplicando dichas reglas, tenemos lo siguiente: (a) los árbitros solamente responderán frente a las partes si han incumplido alguna obligación derivada del "contrato de árbitro" de forma deliberada, intencional (dolo); o, en todo caso, si han cometido una negligencia tan grave (culpa inexcusable) (artículos 1318° y 1319° del Código Civil peruano); (b) la carga de la prueba de dichos criterios de imputación corresponderá a la parte afectada (artículo 1330° del Código Civil peruano);

(c) de otorgarse finalmente una indemnización por responsabilidad civil de un árbitro, esta debería ser bastante amplia, pues tendrá que cubrir también los daños imprevisibles (artículo 1321° del Código Civil peruano); y, (d) cualquier pacto que pudieran celebrar las partes con el árbitro (o que pudiera estar contenido en el reglamento arbitral aplicable) y que pretenda exonerarlo o limitar su responsabilidad será nulo en cuanto al dolo y la culpa inexcusable, pero válido en lo que se refiere a la culpa leve.

iv. Resulta necesario limitar la responsabilidad del árbitro para permitir que este pueda cumplir con sus labores de forma imparcial e independiente, sin que se vea sujeto a presiones de las partes por eventuales reclamos de responsabilidad civil.

Dicha regla de "inmunidad" no está pensada en proteger al árbitro como "persona", sino más bien en otorgarle a dicho sujeto una "herramienta de trabajo": está pensada en el "cargo" que cumple el árbitro cuando acepta una designación, y que consiste principalmente en resolver una controversia de forma definitiva y vinculante.

Sin embargo, otorgar una inmunidad absoluta o total generaría un efecto adverso: desincentivaría a los árbitros a cumplir con sus obligaciones de forma diligente y, en ese sentido, a adoptar medidas de prevención para evitar generar perjuicios a las partes, pues ello les generaría costos (principalmente, tener que invertir mayor tiempo y esfuerzo) sin que les reporte ningún beneficio (pues sea como sea, sin importar lo que hagan nunca responderían civilmente).

v. El artículo 32° de la Ley de Arbitraje Peruana no establece ninguna distinción con respecto al tipo de conductas que deben ser cometidas con dolo o culpa inexcusable para poder dar origen a la responsabilidad civil del árbitro.

Siendo ello así, todo incumplimiento de los árbitros (sin importar el tipo de conducta de que se trate) tendría (en principio) que producirse necesariamente con dolo o culpa inexcusable para que pueda existir responsabilidad civil.

vi. Aun cuando la Ley de Arbitraje Peruana no haga ninguna distinción expresa, creemos (desde un punto de vista más de *lege ferenda*) que

la regla de responsabilidad limitada del artículo 32° debería aplicar solamente ante la responsabilidad derivada del incumplimiento de obligaciones que tienen que ver con la labor decisional de los árbitros, que son los supuestos en los cuales: (a) el árbitro cuenta con cierto margen de discrecionalidad para tomar decisiones sobre la controversia que se les ha puesto en conocimiento, por lo que se requiere precisamente que el juicio del árbitro no se vea afectado por presiones indebidas que pudieran ejercer las partes; y, (b) es mucho más difícil que el árbitro pueda adoptar medidas de prevención para evitar incumplimientos que generen daños en las partes, en tanto estas actividades normalmente requieren de cierto grado de instrucción, sofisticación o pericia.

Fuera de dichos supuestos, a nuestro parecer, las reglas de responsabilidad aplicables deberían ser las mismas reglas generales de responsabilidad por inejecución de obligaciones (contractual) contenidas en el artículo 1321° del Código Civil peruano.

vii. Del total de nueve (9) supuestos de responsabilidad analizados en este artículo, existen tres (3) de ellos que tienen que ver con la labor decisional del árbitro y en los cuales, por ende, está justificada la regla de limitación de responsabilidad: (a) responsabilidad civil por "error sustantivo" en el laudo; (b) responsabilidad civil por falta o deficiencias en la motivación del laudo; y, (c) responsabilidad civil por vulneración al trato igualitario entre las partes.

De otro lado, existen cinco (5) supuestos que no tienen que ver con dicha labor decisional y en los cuales, por ende, no está justificada la regla de limitación de responsabilidad: (a) responsabilidad civil por renuncia injustificada; (b) responsabilidad civil por vencimiento del plazo para laudar; (c) responsabilidad civil por vulneración a la confidencialidad del arbitraje; (d) responsabilidad civil por impedir la participación de un árbitro en la deliberación; y, (e) responsabilidad civil por retrasar injustificadamente las actuaciones arbitrales.

La responsabilidad civil del árbitro por actos de corrupción es un supuesto especial que en realidad no es posible circunscribirlo a los grupos anteriores, pues irradia toda la actuación del árbitro, de cara a la realización del encargo que asume frente a las partes.

Referencias bibliografícas

ALESSI, Dario. "Enforcing Arbitrator's Obligations: Rethinking International Commercial Arbitrators' Liability". En: *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, Volumen 31, N° 6, 2014, pp. 735-784.

ALONSO PUIG, José María. "Ley de Arbitraje, Artículo 37 [Plazo, forma, contenido y notificación del laudo]". En: GONZÁLEZ-BUENO, Carlos. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Consejo General del Notariado, 2014, pp. 737-755.

BASALDÚA CHINCHA, Christian. "Panorama General sobre la Responsabilidad Civil del Árbitro en diversos países a nivel internacional". En: *Revista Especializada en Responsabilidad Civil*, N° 1, 2023, pp. 67-144.

BENEDETTELLI, Massimo. "Chapter 4: The Arbitral Tribunal". En: *International Arbitration in Italy*. Kluwer Law International, 2020, pp. 181-240.

BLANCO GARCÍA, Ana Isabel. "Responsabilidad de los árbitros por vulnerar el principio de colegialidad. Comentario a la STS Núm. 102/2017, de 15 de febrero (ROJ 362/2017)". En: *Revista Boliviana de Derecho*, N° 24, 2017, pp. 474-481.

BORN, Gary B. "Chapter 13: Rights and Duties of International Arbitrators". En: *International Commercial Arbitration*. Tercera edición. Kluwer Law International, 2021, pp. 2105-2204.

BOVE, Mauro. "Responsabilità degli arbitri". En: *Rivista dell'Arbitrato*. N° 2. Associazione Italiana per l'Arbitrato. Giuffrè Editore, 2014, pp. 265-280.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "La Responsabilidad Civil del Árbitro". En: *XI Congreso Internacional de Arbitraje – 2017*. Lima: Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Consulta: 01 de diciembre de 2021.

<https://www.youtube.com/watch?v=NYekgIplHA4>

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "El sistema de responsabilidad civil extracontractual". En: *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Segunda edición corregida y aumentada. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2006, pp. 701-714.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Juan Manuel MARCHÁN. "La Inmunidad de los Árbitros en Latinoamérica: Lo que hay y lo que falta". En: *Revista ALARB - Asociación Latinoamericana de Arbitraje*. Volumen II, 2021, pp. 12-62.

CALABRESI, Guido. "Capítulo 3: Funciones y Fines de la Responsabilidad Civil". En: *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Traducción de la edición norteamericana de 1970. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1984.

CAMPOS GARCÍA, Héctor. "Apuntes respecto de la procedencia de la demanda de anulación por cuestionamientos a la motivación del laudo en el Ordenamiento Jurídico Peruano". En: *Derecho de Arbitraje*. Estudios en Homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su Centenario. Colección Centenario. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019, pp. 259-306.

CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. "La Responsabilidad Civil del Árbitro". En: HERRERA MERCADO, Hernando y Fabricio Mantilla ESPINOSA (dir.) *El Árbitro y la Función Arbitral. Régimen Obligacional*. Tomo I. Volumen 2. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2017, pp. 155-198.

CREMADES, Bernardo M. "Should arbitrators be immune from liability?" En: *International Financial Law Review*, Volumen 10, N° 3, 1991, pp. 32-35.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*. Octava edición corregida y aumentada. Tomo I. Lima: ARA Editores E.I.R.L., 2016.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "Comentario al artículo 32° de la Ley de Arbitraje". En: SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ. *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Primera edición, Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones, Tomo I (arts. 1° al 73°), 2011, pp. 369-381.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "La Responsabilidad Profesional no existe". En: DE LOS MOZOS, José Luis y Carlos Alberto SOTO COAGUILA (dir.) *Responsabilidad Civil. Derecho de Daños*. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. 2006, pp. 357-393.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Tomo I. Novena edición corregida y aumentada. Lima: Instituto Pacífico S.A.C. 2019.

FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Introducción a la Responsabilidad Civil. Lecciones universitarias*. Colección Lo Esencial del Derecho N° 46. Primera edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019.

FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *La Cláusula Penal. Tutela contra el Incumplimiento vs. Tutela Resarcitoria. La Problemática de su encuadramiento*. Primera edición. Lima: ARA Editores E.I.R.L. 2017.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos; SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A. y Gonzalo STAMPA. "Capítulo III: Principios relativos a la función arbitral y a la relación con las partes". En: *Principios Generales del Arbitraje*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2018, pp. 193-245.

GÓMEZ JENE, Miguel. "La Responsabilidad Civil del Árbitro: Cuestiones de Derecho Internacional Privado". En: *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Volumen 5, N° 2, 2013, pp. 335-349.

GONZÁLEZ-SORIA Y MORENO DE LA SANTA, Javier. "Las responsabilidades de los árbitros". En: *Revista de Derecho UNED*. N° 17, 2015, pp. 869-958.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. "El árbitro". Homenaje al Doctor Rodolfo Cruz Miramontes. En: *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. s/f, pp. 297-341.

GRAZIOSI, Andrea y Alessandro NASCOSI. "Capitolo XV: Decadenza e Responsabilità degli Arbitri". En: *L'Arbitrato. Forme e riforme del processo civile*. A cura di Laura Salvaneschi e Andrea Graziosi. Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A., 2020, pp. 399-413.

GUANDALINI, Bruno. "Chapter 5: The Rational Decision-Maker Arbitrator: Unveiling the Arbitrator's Utility Function". En: *Economic Analysis of the Arbitrator's Function.* International Arbitration Law Library. Volumen 55. Kluwer Law International, 2020, pp. 211-272.

HANOTIAU, Bernard. "Misdeeds, Wrongful Conduct and Illegality in Arbitral Proceedings". En: VAN DEN BERG, Albert Jan. *International Commercial Arbitration: Important Contemporany Questions*, ICCA Congress Series, Kluwer Law International, Volumen 11, 2003, pp. 261-287.

HYDER ALI, Arif; GUY BURNETT, Henry y Cristina FERRARO. "La responsabilidad civil de los árbitros y las instituciones arbitrales". En: *Arbitraje*

Internacional: Pasado, Presente y Futuro. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains. Tomo I. Primera edición. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje. 2013, pp. 325-340.

IRIARTE ÁNGEL, Francisco de Borja. "Capítulo 24: ¿Es requisito indispensable la previa anulación del laudo para que se derive responsabilidad civil para el árbitro?". En: PRATS ALBENTOSA, Lorenzo y Gema TOMÁS MARTÍNEZ (coord.) *Culpa y Responsabilidad*. Primera edición. Navarra: Editorial Aranzadi S.A.U. Thomson Reuters (Legal) Limited. 2017, pp. 575-595.

JUDKIEWICZ, Małgorzata. "La Responsabilidad de los Árbitros por los incumplimientos de sus obligaciones en el Arbitraje". En: *Themis*. N° 77, 2020, pp. 147-160.

LEÓN HILARIO, Leysser. *La Responsabilidad Civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Tercera edición corregida y aumentada. Lima: Instituto Pacífico S.A.C., 2017.

LOHMANN LUCA DE TENA, Juan G. "Capítulo Sexto: El contrato para arbitrar". En: *El Arbitraje*. Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen V. Tercera edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989, pp. 127-146.

MERINO MERCHÁN, José Fernando. "Capítulo VII. Responsabilidad Civil del Árbitro: Alcance y Supuestos de imputación". En: *Estatuto y Responsabilidad del Árbitro. Ley 60/2003 de Arbitraje*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2004, pp. 169-200.

OKEKEIFERE, Andrew I. "The Parties' Rights Against a Dilatory or Unskilled Arbitrator". En: *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, Volumen 15, N° 2, 1998, pp. 129-144.

ORLANDI, Chiara Giovannucci. "Commentario all'Articolo 813-*ter*". En: *Arbitrato. Titolo VIII del libro IV codice di procedura civile – artt. 806-840.* Commentario diretto da Federico Carpi. Le riforme del diritto italiano. Tercera edición. Zanichelli Editore. 2016, pp. 315-325.

OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. "Título IX: Inejecución de obligaciones. Capítulo Primero: Disposiciones generales". En: *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Primera edición. Lima: Palestra Editores S.A.C. 2008, pp. 815-902.

PASCUCCI, Federico. "Capitolo IX: Il recesso degli àrbitri". En: MANTUCCI, Daniele (ed.) *Trattato di Diritto dell'Arbitrato*. Volumen III: Il Tribunale Arbitrale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane. 2021, pp. 303-332.

PERALES VISCASILLAS, Pilar. *El seguro de responsabilidad civil en el arbitraje (El seguro de responsabilidad civil de los árbitros y de las instituciones arbitrales)*. Madrid: Fundación Mapfre, 2013.

RORDORF, Renato. "Capitolo XI: La responsabilità degli àrbitri". En: MANTUCCI, Daniele (ed.) *Trattato di Diritto dell'Arbitrato*. Volumen III: Il Tribunale Arbitrale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane. 2021, pp. 365-395.

SALVANESCHI, Laura. "Art. 813-*ter*. (Responsabilità degli arbitri)". En: *Arbitrato*. Commentario del Codice di Procedura Civile a cura di Sergio Chiarloni. Libro quarto: Procedimenti speciali art. 806-840, Bologna: Zanichelli Editore, 2014, pp. 285-313.

SILVA ROMERO, Eduardo. "Chapter 8. Immunity and Liability of Arbitrators: What is the Proper Balance?". En: HANOTIAU, Bernard y MOURRE, Alexis. *Players Interaction in International Arbitration*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Kluwer Law International, International Chamber of Commerce, Volumen 9, 2012, pp. 89-93.

TALAVERA CANO, Andrés. "¿Cómo lograr la anulación de un Laudo por corrupción en sus tribunales?: Lecciones aprendidas del caso ONCOSERV". En: *Themis*. N° 72, 2017, pp. 185-194.

VEGA MERE, Yuri. "Comentarios a los artículos 1319° y 1320° del Código Civil peruano". En: *Código Civil Comentado*. Comentan más de 200 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil. Tomo VI. Cuarta edición. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2020, pp. 844-848.

Doctrina Extranjera

Año III, N.° 3
Diciembre, 2025
ISSN: 2961-2853

El daño no patrimonial contractual

Un estudio a la luz del límite de la previsibilidad del daño

Manuela Canal Silva*,**

Sumario

Introducción; Capitulo 1: el daño no patrimonial contractual como daño indemnizable; 1.1 Concepto de daño no patrimonial contractual; 1.2 Reparación del daño no patrimonial contractual; 1.2.1 Casos fáciles y casos difíciles; 1.2.2 Relectura de la indemnización del daño no patrimonial contractual con base en los elementos de la responsabilidad contractual y sus límites; Capitulo 2: El criterio de la previsibilidad del daño como presupuesto de la reparación del daño no patrimonial contractual; 2.1 La regla de la previsibilidad del daño. Características generales; 2.2 La regla de la previsibilidad del daño. Características particulares; 2.2.1 Previsibilidad desde el punto de vista del deudor; 2.2.2 La celebración del contrato como referente temporal para la evaluación de la previsibilidad del daño; 2.2.3 Previsibilidad subjetiva y previsibilidad objetiva; 2.2.4 Valoración del daño conforme al criterio de la previsibilidad; Capitulo 3: La previsibilidad del daño como límite de la reparación del daño no patrimonial contractual; Conclusión.

Resumen:

La compensación del daño no patrimonial, relativo a las dimensiones más íntimas del ser humano y al prestigio de la persona jurídica, es un tema en evolución dentro de la responsabilidad civil. Si bien su indemnización ha sido aceptada en

* Docente investigadora del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Máster en Derecho de Daños de la *Universitat de Girona*. Correo-e: manuela.canal.silva@gmail.com. Código ORCID 0009-0004-5733-1940.

** Canal, M. (2025). El daño no patrimonial contractual. *Revista Especializada en Responsabilidad Civil. (3), 173-214.*

diversos ordenamientos jurídicos, persisten vacíos sobre los límites de su reparación específicamente en el ámbito contractual. Este artículo analiza si la previsibilidad del daño opera como criterio para determinar la procedencia de la indemnización del daño no patrimonial derivado del incumplimiento contractual. Para estudiar el referido problema jurídico, se usan como fuentes los ordenamientos de Francia, España y el Reino Unido, como ejemplos de las tradiciones jurídicas del *civil law* y del *common law*.

La presente investigación se propone consolidar la previsibilidad como un límite funcional frente a la reparación del daño no patrimonial contractual. Un filtro que evite tanto la falta de resarcimiento como la sobrecompensación de este daño y que brinde mayor seguridad jurídica y coherencia en relación con su resarcimiento.

Palabras clave: daño no patrimonial, previsibilidad, responsabilidad civil contractual, incumplimiento.

Introducción

El daño no patrimonial ha sido desde hace tiempo uno de los temas más apasionantes para los estudiosos de la responsabilidad civil. Es indudablemente interesante ahondar en cómo el derecho vuelca su atención hacia lo más íntimo de la persona, lo cual se traduce en la protección a través de medios jurídicos de las dimensiones corporal, emocional y espiritual del ser humano. Es así como los sentimientos de la persona natural y el prestigio o *goodwill* de la persona jurídica se vuelven objetos de protección para la justicia. Si bien el derecho dirige su atención hacia los intereses extrapatrimoniales de los individuos desde la antigua Roma (García López, 1990, p. 28), la consolidación doctrinal al respecto es muy reciente y puede afirmarse que la responsabilidad civil por daños no patrimoniales es una materia en plena evolución (García López, 1990, p. 47).

La reparación del daño no patrimonial constituye un problema extenso, pues es transversal a las áreas de la responsabilidad extracontractual y contractual. Tal como sucede con muchas otras materias, en lo atinente a la reparación de este tipo de daño, resulta evidente la falta de armonía respecto de la producción doctrinal en los ámbitos de la responsabilidad extracontractual y contractual, al ser la primera mucho más cuantiosa y profunda que la segunda. De cara a este desbalance, la presente investigación se centrará en el análisis del daño no patrimonial contractual.

Luego de considerar superado el carácter indemnizable del daño no patrimonial contractual, ya que el derecho interno de diversos ordenamientos tiende cada vez más a favorecer su reparación, nuestro problema jurídico se basará en esclarecer si la previsibilidad del daño constituye un límite de la responsabilidad por daños no patrimoniales derivados del incumplimiento de un contrato[1]. Este límite debe entenderse como un criterio para determinar la procedencia o no del deber de indemnizar dicho daño y no como una frontera del *quantum* indemnizatorio. Estudiaremos, entonces, en qué supuestos resultan indemnizables dichos daños, a la luz de la regla de la previsibilidad del daño.

1 La expresión "daño no patrimonial contractual" se utilizará como sinónimo del "daño no pecuniario contractual", del "daño inmaterial contractual" y del denominado "daño moral contractual". Por otra parte, la presente investigación no hará alusión a las distintas categorías incluidas en el concepto de *daño no patrimonial*, que han sido desarrollas por varios ordenamientos nacionales.

El análisis del problema jurídico se hará con fundamento en la doctrina y la jurisprudencia de Francia, España y Reino Unido, como muestra de las tradiciones del *civil law* y del *common law*[2].

1. El Daño No Patrimonial Contractual Como Daño Indemnizable

En el presente capítulo, se presentará una definición del daño no patrimonial contractual y se mostrará qué sistemas están abiertos a su reparación y cuáles se mantienen reacios a considerarlo como un daño indemnizable o plantean hipótesis restrictivas al respecto. A propósito de estos dos puntos, estudiaremos ordenamientos nacionales del *civil law* y del *common law*. Ahondaremos exclusivamente en los sistemas de Francia, España y el Reino Unido, los cuales tomaremos como modelos de las tradiciones jurídicas mencionadas. Para concluir la referida exposición, presentaremos lo que, a nuestro juicio, corresponde al correcto abordaje de la figura del daño no patrimonial contractual, el cual coincide con estudiar el mencionado daño bajo la lumbre de la responsabilidad contractual.

1.1. Concepto de daño no patrimonial contractual

En la mayoría de los ordenamientos de la tradición del *civil law* la delimitación de este concepto y la fijación de los contornos de su reparación han sido producto del poder creador de la jurisprudencia y de la doctrina. Para el profesor Carrasco Perera existen dos versiones del concepto de daño no patrimonial. Por una parte, la concepción objetiva de este, según la cual tal pérdida corresponde a todo "daño que se produce en una serie (limitada) de bienes jurídicos" (Carrasco, 2024, p. 1192), y, por otra, la concepción subjetiva, que lo define como todo "daño susceptible de afectar a cualquier interés jurídico del acreedor, desde la propiedad hasta la salud mental; todo daño que no tenga consecuencias patrimoniales, por no ser conmensurable en dinero" (Carrasco, 2024, p. 1193).

En el *civil law*, la jurisprudencia se ha inclinado hacia la adopción de un concepto amplio de este tipo de daño y, por lo tanto, hacia la admisión de su concepción

2 El presente estudio toma como base el trabajo de investigación (trabajo final de máster [TFM]) desarrollado por la autora para obtener el título de máster en Derecho de Daños de la *Universitat de Girona* (UDG) de Cataluña (España). El referido trabajo fue presentado y sustentado en el 2018. En el año 2021, la autora publicó un libro con el mismo título, cuyo fundamento fue dicho trabajo de investigación.

subjetiva (Carrasco, 2024, pp. 1193 y ss.; Rodríguez Guitián, 2007, pp. 252-255; Pérez de Ontiveros, 2006, pp. 47-48).

Sin embargo, consideramos que adoptar la concepción subjetiva no implica, de manera alguna, concluir que el incumplimiento de un contrato siempre va a dar vía a la reparación de un daño no patrimonial. Por consiguiente, la definición de dicho daño no puede entenderse de forma aislada frente a los límites de la responsabilidad contractual, pues con base en estos se discriminarán los casos en los cuales la víctima de dicho daño resulta protegida o inerme.

Por otra parte, en relación con la tradición del *common law*, ya que sus ordenamientos jurídicos son reacios a la adopción de definiciones absolutas, nos limitaremos a presentar las distintas "categorías" de daños no patrimoniales contractuales presentadas por la doctrina. De esta forma, McGregor distingue cinco tipos de daños no patrimoniales, a saber: (i) padecimiento físico o malestar, (ii) dolor, sufrimiento y pérdida del disfrute de la vida, (iii) afectación a la reputación, (iv) trastorno mental y (v) pérdida de un ser querido (McGregor, 2014, pp. 67-87). Igualmente, puede resultar demostrativo el caso inglés *Watts v. Morrow*[3] que, al tratar posibles tipos de daños no patrimoniales contractuales, se refiere a "cualquier sufrimiento, frustración, ansiedad, desagrado, irritación, tensión o agravio" que pueda causar al acreedor el incumplimiento de un contrato por parte del deudor.

En la presente investigación adoptaremos una definición amplia de la noción, pues optaremos por concebir al daño no patrimonial como una categoría residual o negativa del daño patrimonial. Ya que el presente estudio se limitará a analizar el daño no patrimonial como fuente de responsabilidad contractual, el daño al que se hará referencia constituye una consecuencia del incumplimiento de un contrato. No obstante, más allá de ese punto, no consideramos que el concepto de este tipo de daño sea distinto en los ámbitos de la responsabilidad extracontractual y contractual.

1.2. Reparación del daño no patrimonial contractual

En el presente subcapítulo abordaremos la reparación del daño no patrimonial contractual, mediante la comparación de las posturas de algunos ordenamientos

3 Inglaterra, *Watts v. Morrow* [1991] 1 WLR 1421, [1991] EWCA Civ. 9, 4 All ER 939.

jurídicos nacionales. Por último, catalogaremos los supuestos en los que resulta reparable este daño como "casos fáciles" y "casos difíciles" y examinaremos las diferencias entre estas dos categorías.

Para hablar de la reparación del daño no patrimonial, tanto en el ámbito de la responsabilidad extracontractual como contractual, es indispensable partir del estudio de dicha materia en el derecho francés. Francia, de hecho, fue el primer sistema jurídico europeo en reconocer abiertamente el carácter resarcible de este tipo de daño. El Código Civil francés no incluía, pero tampoco excluía la posibilidad de resarcir daños no patrimoniales en el evento en que estos fueran la consecuencia de un acto ilícito o del incumplimiento de un contrato. No obstante, a partir del siglo xv, la jurisprudencia gala interpretó de manera amplia los artículos del *Code civil* y comenzó a indemnizar a las víctimas de daños no patrimoniales, por sucesos, tales como difamación, calumnia, promesa de matrimonio o adulterio (Palmer, 2015, p. 60). Sin embargo, solo desde el siglo xix se adoptó en la doctrina francesa la expresión de "daño moral".

Luego del desarrollo de la figura en el terreno de la responsabilidad extracontractual, esta migró al campo de la responsabilidad contractual. El caso de Rosa Bonheur[4], que data de 1865, representa uno de los más antiguos ejemplos de la reparación del daño no patrimonial contractual en el ordenamiento francés. Mediante tal providencia, la referida artista fue condenada a reparar los daños patrimoniales y no patrimoniales por el incumplimiento de un contrato que la obligaba a realizar y entregar una obra. Otros de los primeros casos en los que se indemnizó el daño no patrimonial contractual durante el siglo xix corresponden a los supuestos en los que estilistas fueron condenados, en vista de las alegaciones de sus clientes que afirmaron haber visto afectado su *look* por una mala ejecución de su trabajo (Givord, 1938, p. 83; Pradel, 2004, núm. 107, pp. 125-126; Palmer, 2015, p. 73).

No obstante, los citados casos fueron aislados dentro de la jurisprudencia francesa. La verdadera consolidación de la reparación del daño no patrimonial contractual en este ámbito se dio a comienzos del siglo xx, cuando se multiplicaron los daños provocados por accidentes ferroviarios. De cara a dichos eventos, los jueces se vieron en la encrucijada de determinar la reparación del daño no patrimonial

4 París, 1ere, 4 de julio de 1865, D. 1865.2.201 citado por Palmer (2015, p. 73).

extracontractual y contractual derivado de los mismos supuestos fácticos. El juez galo entonces consideró como arbitrario que la responsabilidad producto de la culpa extracontractual fuera más estricta que aquella derivada de la culpa contractual (Palmer, 2015, p. 74).

El derecho francés contemporáneo se proclama como un sistema abierto a la reparación del daño no patrimonial contractual. El fundamento normativo corresponde al artículo 1231-1 del *Code civil*, conforme al cual "el deudor debe indemnizar los daños y perjuicios ya sea por el incumplimiento de la obligación, ya sea por su retardada ejecución", y al artículo 1231-2 del *Code civil*, conforme al cual son indemnizables el daño emergente y el lucro cesante. De acuerdo con la doctrina mayoritaria, una interpretación abierta permite concluir que el Código no excluye la indemnización del daño no patrimonial (ni extracontractual, ni contractual) (Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, 2024, núm. 961, p. 551; De Vita, 2022, p. 147; Palmer, 2015, p. 60).

Tales disposiciones son ampliamente empleadas por la jurisprudencia actual[5]. La Sentencia del Tribunal de Apelación de París del 12 de enero de 2023 es muestra de lo anterior[6]. Dicha decisión surgió por la demanda presentada por un pasajero en contra de la aerolínea Corsair, cuyo vuelo se retrasó un día. El actor alegó haber padecido daños patrimoniales y no patrimoniales. En relación con estos últimos adujo que pretendía hacer un viaje de trabajo y el retraso del vuelo afectó su credibilidad frente a sus socios, quienes reaccionaron con enojo y decepción. El Tribunal rechazó el reconocimiento del daño no patrimonial alegado pues no lo consideró previsible de acuerdo con los artículos 1231-1 y 1231-3 del Código Civil.

Otro ejemplo reciente en donde el juez francés reconoció el padecimiento de daños no patrimoniales corresponde a la decisión del 28 de junio de 2022 de la Corte de Apelaciones de Pau[7]. En este caso, la Corte resolvió un conflicto sucedido a raíz de la construcción de una residencia colectiva. Una vez fueron

5 Francia, *Cour d'appel de Pau*, 28.06.2022, [20/00980]; Francia, *Cour de cassation, première chambre civile,* 25.03.2020, [19-14.462]; Francia, *Cour de Cassation, Première Chambre Civile*, 18.04.2011 [10-15.056]; Francia, *Cour de Cassation, Première Chambre Civile*, 2.10.2013 [12-26.975]; Francia, *Cour de cassation, troisième chambre civile,* 19.12.2019, [18-22.155]; Francia, *Cour de Cassation*, *Première Chambre Civile*, 17.07.1990 [87-18584].

6 Francia, *Cour d'appel de Paris*, 12.01.2023 [21/02564].

7 Francia, *Cour d'appel de Pau*, 28.06.2022, [20/00980].

entregados los apartamentos, varios de los compradores denunciaron molestias sonoras, pues en sus apartamentos no se había incluido el aislamiento acústico exigido legalmente. Los propietarios acudieron a la aseguradora de la obra, quien se negó a declarar el siniestro. Posteriormente, demandaron a la aseguradora y pidieron la indemnización de los perjuicios patrimoniales y no patrimoniales.

La Corte reconoció expresamente el daño no patrimonial causado a los copropietarios y obligó a la aseguradora a repararlo por el monto de 3.000 euros a cada uno, luego de calificar al daño como grave. Por otra parte, el juez colegiado condenó a la aseguradora a pagar a cada uno de los demandantes 3.000 euros adicionales por concepto de los daños padecidos por la negativa abusiva e injustificada de la aseguradora de hacer efectiva la garantía. A juicio de la Corte, esto generó para los propietarios una carga adicional de estrés y dilaciones indebidas.

La experiencia francesa en lo relativo al daño no patrimonial, tanto en sede extracontractual como contractual, tuvo una profunda influencia en España. Desde Las Siete Partidas, se evidencia en este ordenamiento una formulación normativa del concepto de *daño*, la cual es forzosa citar debido a su importancia y pertinencia incluso en la actualidad: "daño es empeoramiento, ó menoscabo, ó destruimiento que home rescibe en sí mesmo ó en sus cosas por culpa dotri"[8]. De la lectura del texto se desprende que Las Partidas ya diferencian entre el daño patrimonial y el no patrimonial. La definición provista es plenamente aplicable en el actual derecho español, donde, si bien no existe una definición codificada de daño no patrimonial, las vías doctrinal y jurisprudencial han llenado este vacío. En referencia al artículo 1902 del Código Civil, que dispone que "el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado", compartimos la postura doctrinal que afirma que este es un precepto general en el tema de la responsabilidad y abarca tanto daños patrimoniales como no patrimoniales (Mate Satué, 2021, p. 281; García López, 1990, pp. 46-47).

El primer caso en el que un juez español declaró la responsabilidad por un daño no patrimonial contractual data de 1984[9]. Mediante una providencia, el Tribunal Supremo reconoció la indemnización a favor de un abogado en consecuencia del

8 Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio cotejadas con varios Codices Antiguos por la Real Academia de la Historia (1807).

9 España, STS 9.5.1984 [RJ 1984\2403].

incumplimiento de la Compañía Telefónica Nacional de España de un contrato que había celebrado con el letrado, ya que esta había omitido incluir sus datos en una guía telefónica. El Tribunal consideró que en este caso era forzoso matizar la tesis que excluye la reparación del daño no patrimonial contractual, pues cuando hay negligencia de una de las partes es posible sacar de forma lógica los daños no patrimoniales que pudieron ser causados a raíz del incumplimiento. La sentencia introdujo el tema de la previsibilidad del daño como límite de la responsabilidad por daño no patrimonial contractual.

Cabe citar también la sentencia del 2 de febrero de 2015 del Tribunal Supremo[10]. La disputa resuelta por esta providencia tuvo origen en la demanda interpuesta por la Confederación Intersindical Galega en contra del Banco BBVA. La actora adujo la vulneración por parte de la empresa de sus derechos fundamentales y de su libertad sindical. Inicialmente, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia había condenado al banco a indemnizar los daños no patrimoniales sufridos por la demandante, en virtud del menoscabo de su imagen. El Tribunal Supremo confirmó en su integridad la providencia recurrida y basó su decisión en un "criterio aperturista que actualmente informa el resarcimiento del daño moral", el cual, a su juicio, se materializa en los Principios Unidroit y en otros ordenamientos de carácter internacional.

La sentencia del 11 de marzo de 2020 del Tribunal Supremo español también resulta ilustrativa[11]. Este pleito se originó con ocasión de la compra de la demandante de un vehículo Seat Ibiza en el concesionario oficial del grupo Volkswagen en Maó (Menorca). Dada la repercusión pública que tuvieron los hechos, la compradora tuvo conocimiento de que el motor de su automóvil llevaba instalado un *software* que desactivaba las emisiones de NOx cuando detectaba que este estaba siendo sometido al control de emisiones contaminantes y, de este modo, manipulaba los resultados de las mediciones de tales emisiones.

La compradora demandó al concesionario y a Seat S. A. y alegó que los citados vicios del vehículo le habían causado perjuicios patrimoniales y no patrimoniales. Mientras que el juzgado de primera instancia desestimó la demanda, el Tribunal de apelación condenó únicamente a Talleres Menorca S. A. por el daño no patrimonial padecido por la demandante, el cual se había materializado en la "zozobra

10 España, sts 2.2.2015 [RJ 279\2013].
11 España, sts 11.03.2020, [RJ 735/2020].

derivada de la aparición de un defecto oculto en su coche, la incertidumbre respecto del alcance del fraude, [...] así como por las molestias provocadas por el incumplimiento contractual".

Por último, la sentencia del 27 de febrero de 2024[12] es muestra del entendimiento judicial del concepto de *daño no patrimonial*. En dicha decisión el Tribunal Supremo resolvió un caso en el cual, luego de la terminación de un contrato con una empresa de distribución de telefonía digital, un usuario se rehusó a devolver el equipo. Este argumentó que las opciones ofrecidas por la empresa para este supuesto eran abusivas, pues lo obligaba a acercarse hasta un punto oficial de la empresa dispuesto para recibir los equipos. Debido a la negativa del usuario, la empresa le impuso una multa de 300 euros y lo incluyó en un fichero de morosos, lo cual le causó graves daños tanto patrimoniales como no patrimoniales. El usuario resaltó que el incumplimiento por parte de la empresa causó una intromisión ilegítima en su derecho al honor.

El Tribunal consideró que, al incluir al demandante en el fichero de morosos, la empresa le provocó un daño patrimonial y un daño no patrimonial y este último tenía una intrínseca conexión con su derecho fundamental al honor, el cual se consagra en el artículo 18.1 de la Constitución española. El daño fue causado debido a que la deuda se originó producto de una controversia contractual razonable, y no a un incumplimiento ilegítimo por parte del usuario, por lo que el juez colegiado consideró que la acción de la empresa de telefonía no fue pertinente ni proporcional. El Tribunal concluyó que, según lo establecido en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, siempre que ocurre una intromisión ilegítima se presume un perjuicio, no solo patrimonial sino también no patrimonial, pues este se deriva de una vulneración a un derecho fundamental. Finalmente, el Tribunal concedió las peticiones al usuario y probó la existencia del daño no patrimonial, el cual estimó en 8.000 euros. El caso presentado evidencia la especial protección que existe en España frente a la ocurrencia de daños no patrimoniales cuando hay un derecho fundamental vulnerado y la parte afectada es un consumidor (Lara, 2024, pp.5-6).

En virtud de los expuestos pronunciamientos, se evidencia que, luego de la publicación de la decisión del Tribunal Supremo de 1984, dicha sentencia se

12 España STS 27.02.2024 [RJ 977/2024]

convirtió en un hito en la materia, pues abrió la puerta a la reparación del daño no patrimonial derivado del incumplimiento de un contrato.

Por otra parte, como ejemplo de la tradición jurídica del *common law*, estudiaremos la reparación del daño no patrimonial contractual en el ámbito del derecho del Reino Unido. Este ordenamiento es muy restrictivo respecto del resarcimiento del daño no patrimonial de índole contractual. Analizaremos a continuación los motivos de dicha postura y su cambio en el tiempo.

La regla general en derecho inglés consiste en la negación de la reparación del daño no patrimonial contractual. De hecho, la jurisprudencia ha sido dominada por el *leading case Addis v. Gramophone Co. Ltd.*[13] (1909). En dicha providencia la *House of Lords* negó la indemnización de este daño a un trabajador que había sido despedido de forma injusta y humillante. El juez sostuvo que había que distinguir entre la responsabilidad derivada de la responsabilidad extracontractual (*torts*) y aquella derivada del incumplimiento contractual y concluyó que en el segundo caso no había lugar al resarcimiento de daños no patrimoniales[14].

No obstante, desde hace algunas décadas la concepción restrictiva frente a la reparación del daño no patrimonial contractual ha ido mutando hacia la aceptación del resarcimiento de tal daño en excepcionales y limitados casos. Consideramos que hay unanimidad en cuanto a la determinación de al menos dos categorías en las que el referido daño resulta indemnizable, a saber: los padecimientos o sufrimientos físicos y la pérdida del disfrute de la vida por el incumplimiento de un contrato cuyo objeto consistía en la satisfacción de un interés extrapatrimonial (Chen-Wishart, 2022, pp. 515-530; McGregor, 2014, pp. 67-87; Collins, 2003, pp. 414-418; Treitel, 2003, pp. 987-993).

El caso comúnmente citado por la doctrina del *common law* (Chen-Wishart, 2022, p. 520; McGregor, 2014, p. 74) para describir la categoría de padecimientos o sufrimientos físicos producidos por el incumplimiento contractual es *Hobbs v. L. &*

13 Inglaterra, *Addis v. Gramophone Co. Ltd.* [1909] AC 488, HL.

14 Ver *Farley v. Skinner*, en la que la *House of Lords* reafirmó que "el principio general es que la indemnización solo se concede por los daños patrimoniales que derivan del incumplimiento" (Inglaterra, *Farley v. Skinner* [2001] *House of Lords* 49, [2002] 2 AC 732, [2001] 4 All ER 801) y, en el mismo sentido, *Johnson v. Gore Wood & Co.,* en el cual la *House of Lords* desestimó las pretensiones de daños no patrimoniales alegados por el demandante, en virtud de la supuesta negligencia de la firma de abogados demandada y citó al famoso precedente (Inglaterra, *Johnson v. Gore Wood & Co.*, [2000] UKHL J1214-3).

S.W. Railway Co.[15], en el cual una compañía ferroviaria fue obligada a indemnizar a una familia por haberla depositado en una estación distinta de la convenida, razón por la cual los demandantes debieron caminar varias millas hacia su casa de noche y bajo la lluvia. También constituye un buen ejemplo el citado caso de *Farley v. Skinner*[16]. Según los hechos del caso, el demandante contrató a un perito para que estudiara el nivel de ruido provocado por los aviones, que podría sentirse en una vivienda que quería adquirir. Dado que en el informe el perito concluyó que las molestias producidas por el ruido resultaban improbables, el demandante compró la casa y gastó una cuantiosa suma de dinero en arreglos. Desafortunadamente, al ocupar la vivienda, el comprador tuvo que padecer molestias sustanciales por el paso de los aviones. La *House of Lords* condenó al perito a reparar los padecimientos físicos sufridos.

En la misma línea, cabe citar el caso *Shaw v. Leigh Day*[17], que surgió en virtud de que el padre de la demandante murió como consecuencia de una falla médica. La mujer acudió a una firma de abogados para iniciar un proceso legal de negligencia médica, pero el bufete no realizó su labor correctamente. El juez de primera instancia negó la reparación del daño no patrimonial, pero la Corte Suprema de Justicia (*Queen's Bench Division-Manchester District Registry*) determinó que dentro del objeto del contrato se encontraba la satisfacción de cierto grado de paz mental, por lo que condenó a la firma de abogados a indemnizar a la demandante por este concepto.

Otro caso interesante y reciente corresponde a la sentencia del 21 de junio de 2022 emitida en el caso *Khan v. Mehmood*[18], en el cual la Corte de Apelación resolvió sobre un contrato de arrendamiento en el cual, debido al incumplimiento del arrendador al no reparar los daños de humedad en la vivienda, el arrendatario sufrió graves daños en su salud, lo que causó que no pudiera ir a trabajar e incurriera en mora en el pago del canon. La Corte reconoció los perjuicios no patrimoniales causados por la incomodidad que sufrió el arrendatario y le aplicó un aumento del 10% a la suma establecida como indemnización. El juez colegiado afirmó que el daño no patrimonial podía ser evaluado sin necesidad de prueba pericial y que puede expresarse de varias maneras. Este es uno de los

15 Inglaterra, *Hobbs v. L. & S.W. Railway Co.* [1875] L.R. 10 Q.B. 111.
16 Inglaterra, *Farley v. Skinner* [2001] *House of Lords* 49, [2002] 2 AC 732, [2001] 4 All ER 801.
17 Inglaterra, *Shaw v. Leigh Day* [2017] EWHC 825 (QB).
18 Inglaterra, *Khan v. Mehmood* [2022] EWCA Civ 791.

casos en los que el ordenamiento inglés ha mostrado apertura frente a la reparación del daño no patrimonial en casos de construcción y afectación residencial (Jaberi, 2023, p. 100).

En este orden de ideas, es claro, especialmente en comparación con los ordenamientos francés y español, que el derecho del Reino Unido es restrictivo frente a la reparación del daño no patrimonial contractual. No obstante, también se ha mostrado una evolución respecto de los supuestos en los cuales se permite su reparación (Jaberi, 2023, p. 100; Chen-Wishart, 2022, pp. 515-530; Solé, 2009, pp. 9-14).

1.2.1. Casos fáciles y casos difíciles

Una vez presentados los diversos casos en los que resulta indemnizable el daño no patrimonial contractual en las tradiciones del *common law* y del *civil law*, pretendemos hacer una reflexión final respecto de estos. A nuestro juicio, los supuestos en los que resulta indemnizable este tipo de daño pueden clasificarse en dos categorías: casos fáciles y casos difíciles.

Denominamos "caso fácil" a aquel que incluye dentro de sus supuestos fácticos la celebración de un contrato que tiene como prestación la satisfacción de un interés extrapatrimonial, tal es el supuesto de un contrato de viaje combinado[19] o aquel cuyo objeto consiste en satisfacer el servicio de salud o el servicio funerario. En estos casos la indemnización del daño no patrimonial contractual no supone problemas, pues, en principio, basta con valerse de la regla de la previsibilidad objetiva para determinar la responsabilidad del deudor.

A contrario sensu, denominamos "caso difícil" al que surge de la suscripción de un contrato, cuya prestación pretende satisfacer un interés patrimonial del acreedor. Determinar la protección respecto de los daños no patrimoniales en este tipo de supuestos es mucho más complicado que en los primeros casos reseñados. Lo anterior, puesto que el incumplimiento de este tipo de contratos no causa directamente un daño no patrimonial en cabeza de la parte perjudicada. En consecuencia, por lo general, no puede probarse la regla de la previsibilidad objetiva del daño. De ahí que al juez le compete realizar un juicio de previsibilidad

19 En España, léanse, por ejemplo, la STS 31.5.2000 [RJ 2000\5089], la STS 14.2.1995 [RJ 1995\1104] y la SAP de Lleida 12.3.1998 [AC 1998\356]. En Inglaterra, léanse los casos de *Jarvis v. Swan's Tours* [1973] QB 233, [1973] All ER 71, CA y *Stedman v. Swan's Tour* [1951] 95 S.J. 727, CA.

objetiva y subjetiva –que se estudiarán en el próximo capítulo– y usualmente debe acudir al casuismo y a la discrecionalidad. Un ejemplo clásico de un caso difícil lo constituye el incumplimiento de un contrato inmobiliario (Rodríguez Guitián, 2008b).

1.2.2. Relectura de la indemnización del daño no patrimonial contractual con base en los elementos de la responsabilidad contractual y sus límites

Con respecto al panorama apenas presentado sobre la reparación del daño no patrimonial contractual, y la peligrosa conclusión conforme a la cual dicho daño pueda resultar indemnizado siempre que se incumpla un contrato, consideramos que deben delimitarse los supuestos en los que procede su indemnización. Así, estimamos perentoria una relectura de la indemnización del daño no patrimonial contractual con fundamento en las normas atinentes a la responsabilidad. A nuestro juicio, el juez debe estudiar cada uno de los elementos y límites de la responsabilidad contractual para así determinar si efectivamente se configura responsabilidad en cabeza del deudor.

Así las cosas, para que la parte incumplida sea condenada a reparar el daño no patrimonial contractual sufrido por el acreedor resulta esencial que concurran efectivamente dicho daño, el incumplimiento del deudor y el nexo causal entre tal incumplimiento y el alegado daño (Pérez Velásquez, 2016, p. 128; Pérez de Ontiveros, 2006, p. 49). Igualmente, es indispensable que se superen los distintos límites de la responsabilidad fijados o bien por la legislación, o bien por la doctrina o la jurisprudencia.

En cualquier régimen de responsabilidad y cualquiera que sea el tipo de perjuicio que se estudie, el primer elemento que deberá analizarse será el daño (Henao, 2015, p. 280). En lo concerniente al daño no patrimonial contractual, aunque se haya reconocido su carácter indemnizable, ello no implica que dicho daño no deba probarse (Morán, 1998, p. 360). En segundo lugar, debe demostrarse el incumplimiento del contrato por parte del deudor y, por último, debe probarse la relación causal entre el referido incumplimiento contractual y el daño no patrimonial padecido. Además, debe demostrarse que este se halla protegido por los intereses del contrato.

En lo atinente al resarcimiento del daño no patrimonial contractual, la doctrina y la jurisprudencia han establecido tres límites para que dicho daño se consi-

dere como indemnizable. En primer lugar, el límite de la relevancia del daño no patrimonial, que nace de la negación de que a raíz de cualquier molestia provocada por el incumplimiento de un contrato surja un daño no patrimonial indemnizable. En segundo lugar, el límite del nexo de causalidad, que exige que cuando se reclame la indemnización de un daño contractual este sea consecuencia del incumplimiento del contrato. Por último, la previsibilidad del daño de cara a la responsabilidad por el daño no patrimonial contractual. De conformidad con lo anterior, para que un daño no patrimonial sea indemnizable a la luz de este límite, se exige que tal daño haya sido previsto o hubiera podido preverse por parte del deudor al momento de la celebración del contrato. En el siguiente capítulo, pretendemos estudiar el mencionado criterio.

A partir del estudio de variadas fuentes del derecho, este capítulo pretendió ilustrar al lector sobre cómo se aborda actualmente la reparación del daño no patrimonial contractual en algunos ordenamientos jurídicos nacionales. Comenzamos por el estudio de la noción misma de daño no patrimonial contractual, para luego adentrarnos en las particularidades propuestas por cada texto jurídico de cara a su reparación. Demostramos así que el problema del carácter resarcible del daño no patrimonial contractual constituye un debate que habita en el pasado. Una vez claro el panorama frente a la responsabilidad contractual por daños no patrimoniales, pretendemos profundizar próximamente en el límite de la previsibilidad de dicho daño con el fin de contribuir a la delimitación de la reparación de tal pérdida.

2. El Criterio De La Previsibilidad Del Daño Como Presupuesto De La Reparación Del Daño No Patrimonial Contractual

La regla de la previsibilidad, introducida en el capítulo anterior, constituye un límite explícito del resarcimiento del daño contractual (Carrasco, 2024, p. 1128) conforme al cual la reparación no comprende cualquier daño causado por el incumplimiento, sino exclusivamente el daño que resulta previsible (Bonelli, 1997, p. 311). Con el fin de delimitar el daño resarcible, corresponde al juez evaluar las circunstancias particulares del caso para definir el daño que era previsible para la parte incumplida al momento de la celebración del contrato o el que pudo haber razonablemente previsto como consecuencia del incumplimiento. A continuación, se estudiarán las características generales y particulares de la regla de la previsibilidad de cara a algunos ordenamientos nacionales.

2.1 La regla de la previsibilidad del daño. Características generales

Esta regla fue adoptada por primera vez en el artículo 1150 del Código Civil francés como una limitación de la responsabilidad contractual (Bénabent, 2016, núm. 422, pp. 324-325; Viney y Jourdain, 2011, núm. 319-333, pp. 706-726). Según este, "el deudor solo estará obligado al pago de daños e intereses previstos o que hubieran podido preverse en el momento del contrato, cuando en el incumplimiento de la obligación no existiera dolo por su parte".

Así, se establece por vía legislativa que la responsabilidad contractual del deudor está limitada al daño que dicha parte incumplida anticipó o hubiera podido anticipar al momento de suscribir el contrato. El artículo 1150 fue reemplazado por el artículo 1231-3, vigente en la actualidad. La nueva disposición conserva la esencia de la norma derogada, pero asimila el dolo a la culpa grave, por lo cual, hoy en día, la parte incumplida que actúe con culpa grave tampoco podrá ampararse bajo el límite de la previsibilidad.

La referida tradición francesa constituyó una fuente de inspiración para España. De hecho, el artículo 1106 del Código Civil español contempla las partidas del daño resarcible, mientras que el artículo 1107 define los límites de la admisión de cualquier partida indemnizatoria en el campo de la responsabilidad contractual (Carrasco, 2024, p. 1128) así:

> Artículo 1107
>
> Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.
>
> En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.

El Código español mantiene la regla de la previsibilidad contemplada en el *Code civil*, ya que limita los daños y perjuicios resarcibles a aquellos que el deudor hubiera previsto o podido prever al tiempo de constituirse la obligación y conserva el tratamiento especial en cabeza del deudor doloso.

Al analizar la regla de la previsibilidad en el *common law*, encontramos diversas teorías en la doctrina y jurisprudencia asimilables a la regla latina. Comúnmente,

los tratadistas ahondan en el límite denominado *remoteness of loss* (Chen-Wishart, 2022, pp. 540-547; Stone, 2013, pp. 482-487); sin embargo, también se estudia la *contemplation of the parties* (McGregor, 2014, pp. 209-244) o la *foreseeability* (Treitel, 2003, pp. 901-904). Todas estas teorías apuntan a evitar la reparación de un daño contractual que resulte demasiado remoto o imprevisible.

Dicha regla fue construida por vía jurisprudencial en 1854, mediante el caso *Hadley v. Baxendale*[20] y surgió a partir de un contrato de transporte suscrito entre unos transportadores y los propietarios de un molino, quienes buscaban que aquellos llevaran una pieza rota al fabricante para que fuese sustituida. Los transportadores entregaron la nueva pieza con varios días de retraso, por lo cual los propietarios reclamaron el lucro cesante causado por la paralización del molino. El Tribunal desestimó la demanda y adujo que el deudor desconocía el hecho de que el molino no iba a poder operar hasta la llegada de la pieza. Por tanto, el lucro cesante resultaba demasiado remoto para los transportadores y no había fundamento jurídico para que fuese reparado.

Del caso citado emergen dos reglas. Una se refiere a que el daño será indemnizable siempre y cuando este hubiera podido ser razonablemente contemplado por las partes al momento de la celebración del contrato. La segunda exige que si el demandante notifica expresamente a la parte incumplida sobre circunstancias de las cuales pudiese surgir un eventual daño por el incumplimiento, tal daño también debe ser reparado (Collins, 2003, p. 411).

2.2 La regla de la previsibilidad del daño. Características particulares

Luego de estudiar las generalidades de la regla de la previsibilidad del daño, nos proponemos analizar las características particulares de este límite de la responsabilidad contractual. Presentaremos de manera transversal las particularidades de esta regla con el fin de evaluar cómo se manifiestan en cada uno de los ordenamientos estudiados.

2.3 Previsibilidad desde el punto de vista del deudor

Para empezar, es pertinente estudiar el sujeto de la previsibilidad. Es decir, determinar a quién se le exige que prevea o pueda prever el daño para que opere la

20 Inglaterra, *Hadley v. Baxendale* [1854] 156 Eng. Rep. 145.

regla de la previsibilidad, como límite de la responsabilidad. Existen tres posibles respuestas. En primer lugar, que dicha exigencia se hiciese respecto del acreedor, en segundo lugar, que se hiciese respecto del deudor o, por último, que fuera exigible que los dos hubieran previsto o hubieran debido prever la pérdida.

En principio, en los ordenamientos del *civil law* existe unanimidad en que el análisis sobre la previsibilidad de las pérdidas debe realizarse exclusivamente respecto de la parte incumplida. No se precisa, en consecuencia, que también la parte afectada por el incumplimiento deba haber previsto o debido prever las pérdidas cuya indemnización pretende.

Esta característica difiere de las teorías *remoteness of loss* (Collins, 2003, pp. 410-413; Stone, 2013, pp. 482-487; Chen-Wishart, 2022, pp. 540-547), *contemplation of the parties* (McGregor, 2014, pp. 209-244) o *foreseeability* (Treitel, 2003, pp. 901-904) del *common law*. En efecto, dicha tradición jurídica exige que se estudie la previsibilidad desde el punto de vista de las dos partes (Gillette y Walt, 2016, p. 344; Schwenzer, 2011, p. 1706; Gotanda, 2011, p. 1003). Sin embargo, de acuerdo con Gillette y Walt (2016, p. 345) dicha diferencia no es significativa, pues en la práctica es probable que si el daño resultaba previsible para el deudor, este también era previsible para el acreedor.

2.4 La celebración del contrato como referente temporal para la evaluación de la previsibilidad del daño

Sobre este supuesto, lo importante a resaltar es que la parte incumplida haya previsto o debido prever las posibles pérdidas derivadas de un eventual incumplimiento del contrato para el momento de la suscripción del acuerdo, que no es otro que aquel en que produce efectos la aceptación de la oferta. El estudio de la previsibilidad en dicho momento es relevante, ya que corresponde a la fecha en la cual las partes distribuyen también los riesgos contractuales.

Para la doctrina, la regla es justa, pues se basa en que antes de la celebración del contrato las partes tienen la oportunidad de protegerse a sí mismas, por ejemplo, subiendo el precio del contrato de conformidad con los riesgos asumidos, adquiriendo seguros para el cumplimiento, excluyendo los riesgos mediante cláusulas de exoneración, limitando o excluyendo su responsabilidad o, en su defecto, absteniéndose de suscribir el acuerdo (Díez-Picazo, Roca y Morales, 2002, p. 378; Gotanda, 2011, pp. 1002-1003; Gillette y Walt, 2016, p. 340).

Se señala entonces que, si después del día de la firma del contrato, el acreedor transmite una información al deudor de la cual este no tenía conocimiento o este la adquiere de otro modo, aquello no cambia, de forma alguna, el balance de riesgos contemplado en el contrato.

2.5 Previsibilidad subjetiva y previsibilidad objetiva

Los ordenamientos bajo estudio establecen que habrá responsabilidad contractual en cabeza del deudor incumplido por el daño padecido por el acreedor, siempre y cuando se cumpla una de las dos siguientes condiciones: la primera, que el deudor hubiera previsto dicho daño o, la segunda, que el deudor lo debiera haber previsto o, lo hubiera podido prever razonablemente.

Cada una de las dos referidas condiciones denota un matiz distinto de la regla de la previsibilidad. La primera, que exige que la parte incumplida hubiera previsto la pérdida sufrida por el acreedor, corresponde a la denominada "previsibilidad subjetiva", mientras que la segunda, que exige que el deudor debía razonablemente haber previsto el daño, concierne a la denominada "previsibilidad objetiva". Así, el juez deberá determinar lo que era efectivamente previsible para la parte incumplida ("previsibilidad subjetiva") o para otra persona puesta en su posición ("previsibilidad objetiva") (McKendrick, 2009c, p. 886).

Ahora, al analizar estos conceptos a la luz de los "casos fáciles" y los "casos difíciles" ya estudiados, concluiríamos que en los "casos fáciles" (aquellos que incluyen la celebración de un contrato que tiene como prestación la satisfacción de un interés extrapatrimonial), para definir la indemnización del daño no patrimonial al juez le basta con valerse de la regla de la previsibilidad objetiva. En cambio, declarar la indemnización de los daños no patrimoniales en los "casos difíciles" (aquellos que incluyen la suscripción de un contrato, cuya prestación pretende satisfacer un interés patrimonial del acreedor) es mucho más complicado para el juez, pues, en general, le compete realizar un juicio de previsibilidad objetiva y subjetiva del deudor. Le corresponderá entonces evaluar si cualquier deudor razonable hubiera previsto la concreción de un daño no patrimonial en caso de incumplimiento y si la parte incumplida había efectivamente anticipado la ocurrencia de dicha pérdida como efecto de su incumplimiento.

2.6 Valoración del daño conforme al criterio de la previsibilidad

Dentro de los matices de la utilidad de la regla de la previsibilidad del daño, destaca el empleo de esta como herramienta para que el juez pueda valorar el daño por el que debe responder la parte que incumple un contrato. Es así como a partir de la evaluación del daño que el deudor previó o debía haber previsto al momento de la celebración del contrato, el juez debe determinar el *quantum* de la indemnización.

En lo atinente al estudiado daño no patrimonial, se resalta que su valoración constituye un tema clave a la hora de ahondar en los problemas que suscita su reparación. Así, la valoración de este tipo de daño ha sido desde antaño un proceso difícil, pues la tarea de determinar la cuantía del daño indemnizable estará siempre acompañada de una cierta discrecionalidad del juez, ya que no existe un elemento objetivo que sirva como parámetro para valorar el *quantum* de la deuda resarcitoria. Por lo anterior, se recalca la importancia de que el juez pueda acudir a la regla de la previsibilidad como herramienta para cuantificar dicha pérdida. Consideramos que tratar a la regla de la previsibilidad como un instrumento para la valoración del daño tiene una función que merece la pena resaltar. Dicha concepción brinda seguridad jurídica a las partes, pues da certeza tanto al deudor como al acreedor respecto de la valoración de la indemnización de cara a un eventual incumplimiento.

Mediante la ilustración de la adaptación de la regla de la previsibilidad del daño por parte de ordenamientos nacionales, pertenecientes a diversas tradiciones jurídicas, demostramos que, pese a las diferencias entre los sistemas, existe una esencia de dicha regla que se mantiene transversal, independientemente del derecho que la aplique. Consideramos que luego de dominar las características básicas de dicho límite, podemos emplear esta herramienta en el próximo capítulo y analizar a fondo la conexión de la regla de la previsibilidad con la reparación del daño no patrimonial contractual.

3. La Previsibilidad Del Daño Como Límite De La Reparación Del Daño No Patrimonial Contractual.

Con fundamento en los conceptos básicos ya estudiados, ahondaremos en la solución al problema principal propuesto por la presente investigación, que busca esclarecer que en los ordenamientos nacionales estudiados la previsibilidad del

daño constituye un presupuesto esencial para determinar la procedencia de la reparación del daño no patrimonial contractual.

En primer lugar, la tradición jurídica francesa corresponde a un referente obligatorio para ahondar en la reparación del daño no patrimonial provocado por el incumplimiento de un contrato y se le atribuye la adopción de la regla de la previsibilidad del derecho romano en su *Code civil*, razón por la cual esta hace parte de la mayoría de los códigos de tradición latina (Carrasco, 1989, pp. 710-720).

Pese a que el derecho francés contemporáneo se proclama como un sistema abierto a la reparación del daño no patrimonial contractual y la regla de la previsibilidad del daño limita la indemnización a las pérdidas previstas o previsibles (Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, 2024, núm. 964-966, pp. 553-555; Bénabent, 2016, núm. 422, pp. 324-325; Viney y Jourdain, 2011, núm. 319-333, pp. 706-726), a diferencia de la jurisprudencia, la doctrina francesa no se ha preocupado particularmente por estudiar la relación existente entre la responsabilidad derivada del daño no patrimonial contractual y el límite de la previsibilidad (Giaoui, 2023, p. 22).

A continuación, presentaremos cuatro providencias de la Corte de Casación francesa que dan cuenta del análisis judicial de la reparación del daño no patrimonial contractual bajo la lumbre del límite de la previsibilidad del daño.

El primer caso, que data de 1990[21], surgió porque el demandante le entregó a la sociedad *Wilco-Maxicolor*, laboratorio demandado, cuatro películas fotográficas para que fueran reveladas. El laboratorio perdió las películas y devolvió al demandante cuatro películas vírgenes y 432 francos, correspondientes a la suma que había inicialmente pagado por la revelación. El demandado se amparó en una cláusula limitativa de la responsabilidad incluida en el contrato suscrito. Dicha cláusula citaba al (antiguo) artículo 1150 del *Code civil* y restringía la responsabilidad del laboratorio, en caso de pérdida de una película entregada por un cliente, a la reposición de una película virgen. Lo anterior salvo pacto escrito en contrario en el que el cliente declarara el valor particular que le atribuía a las películas, lo cual incrementaría el precio del servicio.

El Tribunal calificó a la referida cláusula como nula. Además, ya que, según el artículo 1150 del *Code civil,* para el laboratorio era previsible el daño no patrimo-

21 Francia, *Cour de Cassation*, *Première Chambre Civile*, 17.07.1990 [87-18584].

nial que iba a padecer un cliente en caso de pérdida de una película fotográfica, el Tribunal condenó a la demandada a reparar dicho daño por un total de 1.500 francos. La Corte de Casación, sin embargo, casó la sentencia y calificó a la cláusula como válida, pues consideró que esta ofrecía al cliente la oportunidad de asignarle a sus películas un valor mayor que el de una película virgen. En este orden, consideró que el contrato no iba en contravía de lo dispuesto por el artículo 1150 del *Code civil.*

El supuesto presentado es altamente interesante, pues pone de presente que el límite de la previsibilidad del daño constituye un supuesto fundamental para determinar si hay lugar o no a la reparación del daño no patrimonial contractual. También cabe estudiar la decisión del acreedor en relación con la transmisión de la información relevante respecto del interés que tenía frente a la prestación. La cláusula limitativa de la responsabilidad incluida en el contrato invitaba al cliente a manifestar cualquier apego emocional que tuviera respecto de una película para así garantizarle que, en caso de pérdida, recibiría una compensación acorde al daño causado. Evidentemente, la transmisión de esa información implicaría un pago extra en cabeza del acreedor, motivo por el cual probablemente este se negó a comunicar su situación particular en el caso concreto y se vio así privado de la reparación del daño no patrimonial. Por otra parte, es claro que para el laboratorio era efectivamente previsible el daño no patrimonial que podía sufrir su contraparte en caso de pérdida de las películas. En consecuencia, hábilmente, el demandado decidió blindarse frente a ese riesgo al incluir una cláusula limitativa de la responsabilidad en el contrato.

El segundo y el tercer caso que traeremos a colación tienen supuestos fácticos y jurídicos muy similares. El primero se resolvió el 18 de abril de 2011[22] y surgió a partir del proyecto de una pareja de disfrutar de unas vacaciones en Cuba. Los demandantes pretendían tomar un tren de la compañía *Société Nationale des Chemins de fer Français* (en adelante, SNCF) desde Saint-Nazaire hasta la estación de Montparnasse, luego de lo cual abordarían un vuelo a la isla desde París. Sin embargo, el tren se retrasó tres horas, por lo cual les fue imposible tomar el avión y se vieron truncadas sus vacaciones.

22 Francia, *Cour de Cassation*, *Première Chambre Civile*, 18.04.2011 [10-15.056].

El Tribunal condenó a la SNCF a reparar tanto los daños patrimoniales como los daños no patrimoniales provocados a los demandantes, al considerar que el incumplimiento del contrato de transporte los había privado de hacer un "viaje excepcional". La Corte de Casación casó la providencia y argumentó que esta atentaba contra los (antiguos) artículos 1147, 1149 y 1150 del *Code civil.* La providencia hizo especial alusión al límite de la previsibilidad del daño y señaló que en la sentencia del Tribunal no estaba acreditado que la SNCF hubiera previsto o podido prever que la estación de Montparnasse no era el destino final de los viajeros y que el retraso del tren les impediría tomar su vuelo. El juez colegiado sostuvo que los daños alegados eran "totalmente imprevisibles" para la demandada.

El razonamiento jurídico de la referida sentencia fue reafirmado por la Corte de Casación en la providencia del 2 de octubre de 2013[23]. Dicha decisión tuvo lugar porque la demandante compró un billete para viajar en un tren de la SNCF desde Marsella hasta Lyon, pero luego planeaba abordar un avión que la llevaría a Brest. No obstante, el tren presentó más de cinco horas de retraso por lo que perdió el vuelo. El Tribunal reconoció daños patrimoniales y no patrimoniales en cabeza de la demandante. Luego, la Corte de Casación, una vez más, casó la sentencia, pues sostuvo que esta no había considerado el límite de la previsibilidad contemplado en el *Code civil,* ya que para la SNCF era imposible prever que Lyon no era el destino final de la demandante.

Aplaudimos las apenas expuestas decisiones de la *Cour de Cassation*, pues consideramos que estas hicieron valer los límites de la responsabilidad contractual consagrados en el *Code civil*. Es así como la Corte ahondó en las particularidades de los casos concretos para determinar si los alegados daños eran una consecuencia "inmediata y directa" del incumplimiento y, además, si estos habían sido previstos o eran previsibles para la parte demandada.

Por último, examinaremos la reciente sentencia del 13 de julio de 2022 de la Corte de Casación[24]. En este caso, la Corte resolvió un conflicto en el cual la actora celebró un contrato de obra para la reparación de daños estructurales en su inmueble. El contratista abandonó la obra sin terminarla, razón por la cual la contratante lo demandó para solicitar la reparación de los perjuicios patrimoniales

23 Francia, *Cour de Cassation*, *Première Chambre Civile*, 2.10.2013 [12-26.975].
24 Francia *Cour de cassation, troisième chambre civile,* 13.07.2022 [21-13.567]

y no patrimoniales causados por la frustración que le generó el no poder alquilar su inmueble. Si bien la Corte reconoció el padecimiento de daños patrimoniales, no reconoció aquellos no patrimoniales, pues adujo que la demandante no logró probar que su frustración se derivara directamente de la imposibilidad de alquilar su inmueble. Aunque en este caso no se condenó a indemnizar el daño no patrimonial, aplaudimos que el límite utilizado para esta decisión haya sido la regla de la previsibilidad.

Los referidos pronunciamientos demuestran la armonía existente entre las posturas doctrinales que estudian el contenido y la interpretación del artículo 1231-3 del *Code civil* (antiguo artículo 1150) y las decisiones jurisprudenciales francesas que ahondan en la conexión entre el límite de la previsibilidad del daño, consagrado por tal disposición, y la reparación del daño no patrimonial.

Por otra parte, en el ámbito del derecho español existe una postura armónica en la doctrina que establece una coordinación entre la reparación del daño no patrimonial contractual y la regla de la previsibilidad del daño, consagrada en el artículo 1107 del Código Civil. En efecto, Carrasco Perera ha profundizado sobre el tema en diversas obras. Sostuvo, en 1989, que el problema de la reparación del daño no patrimonial contractual no debe estudiarse de cara al artículo 1106 del Código Civil, atinente a las partidas del daño resarcible, sino a la luz del artículo 1107 del mismo cuerpo normativo, relacionado con la previsibilidad del daño (Carrasco, 1989, p. 747).

Para Díez-Picazo (1996), el artículo 1107 delimita el concepto de daño no patrimonial, ya que "no puede excluirse la indemnización de los daños morales por el hecho de que la relación entre las partes sea de naturaleza contractual. Lo que debe determinarse es si tal daño era previsible para el deudor" (p. 688). En el mismo sentido, Rodríguez Guitián (2007, p. 256; 2008a; 2008b) García López (1990, p. 323) y Pérez de Ontiveros (2006, pp. 52-53) sostienen que para determinar si un daño no patrimonial es resarcible, es esencial preguntarse si la angustia o las molestias sufridas por el acreedor entran dentro de lo que podría haber pronosticado el deudor.

Serrano Ruiz presenta una postura disidente al respecto, pues a su juicio, "una aplicación restrictiva del contenido del artículo 1107 podría suponer una eliminación tácita del daño moral por incumplimiento del contrato [...] nos encontraríamos ante un caso de *probatio* diabólica". (Serrano Ruiz, 2016, p. 235). Rechazamos

plenamente la postura presentada, pues, en primer lugar, el doctrinante olvida que el límite de la previsibilidad del daño es un límite legal. En segundo lugar, desconoce que, según la legislación española, la carga de la prueba en cabeza del demandante puede consistir en acreditar que la parte incumplida efectivamente haya previsto el daño causado (previsibilidad subjetiva) o puede limitarse a probar que el deudor lo debió haber previsto (previsibilidad objetiva) y en este último supuesto no se le impone al demandante una carga probatoria, sino argumentativa. Por último, a nuestro juicio, su reflexión apunta a un fin loable: la efectiva reparación por vía judicial del daño no patrimonial contractual. Sin embargo, el medio propuesto para lograr ese fin es equivocado, pues los límites de la responsabilidad, lejos de pretender "eliminar tácitamente" el daño no patrimonial contractual, garantizan la demarcación de las fronteras de su adecuada reparación. Si el juez es indiferente a tales límites, podríamos alcanzar otro panorama indeseado, consistente en la absoluta discrecionalidad judicial y la eventual reparación de cualquier molestia derivada del incumplimiento de un contrato.

Comentaremos, a continuación, algunos casos de la jurisprudencia española que ilustran la aplicación de la regla de la previsibilidad del daño como límite de la responsabilidad por daños no patrimoniales contractuales.

Recordemos que, en 1984, por primera vez en la jurisprudencia española, se declaró la responsabilidad por un daño no patrimonial contractual[25]. En dicha providencia, el Tribunal Supremo reconoció la indemnización a favor de un abogado en consecuencia del incumplimiento de un contrato que había celebrado con la Compañía Telefónica Nacional de España, ya que esta había omitido incluir sus datos en una guía telefónica.

Es de suma relevancia resaltar que, aunque tangencialmente, la sentencia introdujo el tema de la previsibilidad como límite de la responsabilidad por el daño no patrimonial contractual, pues el Tribunal Supremo afirmó que la celebración del contrato de publicidad determinó para la compañía telefónica la previsión del padecimiento de dicho daño en cabeza del abogado, en caso de incumplimiento (García López, 1990, pp. 328-329). Consideramos que esta corresponde a una manifestación de la previsibilidad objetiva.

25 España, STS 9.5.1984 [RJ 1984\2403].

Por otra parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona del 7 de junio de 2002[26] es relevante para el tema estudiado. Dicha providencia se originó por el incumplimiento de un profesional obligado a realizar un reportaje fotográfico de una boda. El día del evento, en vez de acudir el profesional, acudió su esposa. La sentencia confirmó la decisión del juzgado de primera instancia que había condenado al fotógrafo a reparar los daños no patrimoniales causados a la pareja e hizo referencia a la "falta de calidad de las fotografías y del revelado". Lo anterior daba cuenta de la entidad del daño sufrido. Por otra parte, la audiencia puso de presente el cumplimiento de la regla de la previsibilidad al indicar que el trabajo del demandado "no alcanza(ba) las expectativas de calidad, orden, presentación y cobertura general del acontecimiento, requeridas razonablemente de un profesional al que se le encarga el reportaje". Si bien la providencia no se refirió expresamente al artículo 1107 del Código Civil, es claro que el juez sí evaluó el límite de la previsibilidad del daño, pues determinó qué podían esperar los novios del profesional.

Consideramos esta providencia como un buen ejemplo del camino que debe recorrer el juez para evaluar si hay lugar o no a la reparación del daño no patrimonial por incumplimiento contractual. La sentencia estudia los tres elementos de la responsabilidad contractual y luego analiza sus límites: la entidad del daño no patrimonial, el nexo causal y la previsibilidad del daño.

Traemos también a colación la STS 28.3.2005[27], un caso clásicamente empleado por la doctrina española para ilustrar el límite de la previsibilidad del daño (Gómez Pomar, 2007, p. 27; Rodríguez Guitián, 2007, pp. 259-260; Díez-Picazo, 2008, pp. 39-42; Solé, 2009, pp. 27-28). Dicho supuesto surgió en vista de que el Banco Santander celebró con el demandante un contrato de cambio de moneda y le entregó seiscientos dólares estadounidenses. Posteriormente, el demandante viajó a Ohio, EE. UU., donde mantenía una relación sentimental con una ciudadana estadounidense. Luego, la pareja intentó ingresar el dinero en una entidad de crédito, la cual detectó que los billetes eran falsos, por lo que la pareja fue detenida, registrada e interrogada en público por agentes del Departamento del Tesoro norteamericano. Aunque esta quedó en libertad al

26 (AC 2002/1154); Audiencia Provincial de Baleares de 22 de junio de 2004 (AC 2004/959).
27 España, sts 28.3.2005 [RJ 2005\2614].

mostrar la prueba de la adquisición de los dólares en el banco español, dicho evento provocó la ruptura de la relación sentimental.

La primera y la segunda instancia condenaron a la entidad bancaria. El juzgado de primera instancia calificó los daños padecidos como no patrimoniales y condenó a la demandada por 5.000.000 de pesetas. La Audiencia Provincial, sin embargo, consideró que el demandante había sufrido solo meras molestias y, por ende, rebajó la cuantía de la indemnización a 650.000 pesetas. Finalmente, el Tribunal Supremo condenó al banco a indemnizar los daños no patrimoniales por todos los conceptos alegados por el demandante, los cuales incluían la ruptura de relación sentimental y fijó un importe de 360.000 euros.

Para resolver el tema de la reparación del daño no patrimonial contractual, consideramos que al juez le correspondía preguntarse si el sufrimiento y la congoja padecidos por el demandante eran previsibles para el banco. Por un lado, es claro que el demandante era titular del derecho a ser indemnizado por el sufrimiento y la angustia que padeció de cara a su detención y a la de su pareja por parte de los agentes del Departamento del Tesoro norteamericano. Se evidencia entonces que no sufrió una mera molestia, sino un impacto emocional de una alta magnitud, de conformidad con el límite de la entidad del daño. Tal consecuencia del incumplimiento, además, resultaba previsible para el Banco Santander como deudor de la obligación, ya que es natural que el demandante quisiera usar el dinero o depositarlo en una entidad financiera y que la posesión de billetes falsos le conllevara problemas legales. Ahora, respecto de la indemnización por la congoja que le generó la ruptura de su relación sentimental, no consideramos que tal evento supere los límites estudiados de la responsabilidad. El Tribunal, sin embargo, condenó al banco por tal concepto, pues consideró que le había sido vulnerado al demandante su "derecho al libre desarrollo de la personalidad". No obstante, incluso bajo la hipótesis de que la entidad de tal sufrimiento era alta, resulta imposible demostrar que para el banco resultara previsible que el demandante iba a finalizar su relación con ocasión de la entrega de billetes falsos por su parte.

Para terminar, nos referiremos a la sentencia del Tribunal Supremo del 23 de julio de 2021[28], en esta se resolvió sobre la venta de un vehículo automotor

28 España, sts 3068.2021 [RJ 561\2021].

que fue modificado en su software para que las emisiones de NOx que emitía el auto fueran menores a las verdaderas. El comprador de este vehículo, ocho años después de la compraventa, interpuso una demanda en la que solicitó el reconocimiento del daño patrimonial y no patrimonial. Este último derivado del engaño de la vendedora en relación con las especificaciones del auto, pues hubo una "comercialización fraudulenta y/o dolosa del vehículo". Pese a que, tanto en el fallo en primera instancia como en el fallo en la apelación, se negaron las pretensiones del demandante, en la sentencia del Tribunal Supremo se reconocieron los daños patrimonial y no patrimonial. Acerca del daño no patrimonial, el Tribunal consideró que "el empleo de un dispositivo de software ilegal constituye un incumplimiento contractual que entraña un daño moral *ex re ipsa*", ya que este se deduce necesariamente del incumplimiento. El juez colegiado se refirió, además, a la previsibilidad del daño no patrimonial, consagrada en el artículo 1107 del Código Civil.

Del anterior análisis se desprende que aunque son variadas las providencias en las que la jurisprudencia española trata la correlación entre el daño no patrimonial contractual y la previsibilidad del daño, lo cierto es que, desafortunadamente, la regla general en los casos en los que se estudia la reparación de este tipo de daño, el juez omite cualquier referencia al artículo 1107 del Código Civil (García Gutiérrez, 2023, pp. 64-65).

Por último, en la esfera del derecho del Reino Unido, como ejemplo de los sistemas del *common law*, el panorama es muy similar a aquel presentado respecto de la tradición del *civil law*. Desde el punto de vista doctrinal, McGregor, al igual que la mayoría de la doctrina de la familia del *common law,* concibe a la regla de la previsibilidad –*remoteness of loss* (Collins, 2003, pp. 410-413; Stone, 2013, pp. 482-487; Chen-Wishart, 2022, pp. 540-547), *contemplation of the parties* (McGregor, 2014, pp. pp. 209-244) o *foreseeability* (Treitel, 2003, pp. 901-904)– como un parámetro o límite primordial para la configuración de la responsabilidad contractual (McGregor, 2014, pp. pp. 209-244). El autor expone que la regla general en derecho inglés consiste en la negación de la reparación del daño no patrimonial contractual, pues usualmente, en los contratos comerciales las partes no contemplan la materialización de un daño no patrimonial como consecuencia del incumplimiento (McGregor, 2014, p. 73).

La postura de McGregor es refutada por Harder, quien se aparta de la idea según la cual la angustia o el padecimiento psicológico no puedan ser previstos

como potenciales consecuencias del incumplimiento de un contrato (Harder, 2010, p. 106). Por su parte, Chen-Wishart señala que para que un daño no patrimonial contractual sea indemnizado, este no puede ser una consecuencia remota del incumplimiento. A juicio de la autora, tal requisito obliga a que el demandado haya previsto el daño como efecto del incumplimiento contractual (Chen-Wishart, 2022, p. 519).

Es claro entonces que en el universo del *common law* existen diferentes líneas de pensamiento que se debaten entre mantener la clásica regla del no resarcimiento del daño no patrimonial contractual o evolucionar hacia un tratamiento más abierto del tema y permitir su reparación en determinados supuestos. Pese a las referidas discrepancias, es claro que todas las corrientes presentadas basan su argumentación en la regla de la previsibilidad del daño, pues su fundamento es la posibilidad del deudor de anticipar la materialización de tal daño como consecuencia de su incumplimiento.

Pasaremos ahora a estudiar la materia en el ámbito jurisprudencial. Antes de ahondar en los supuestos del *common law* en los cuales podemos evidenciar la relación entre el límite de la previsibilidad del daño y el resarcimiento del daño no patrimonial contractual, recordemos que la regla general en la jurisprudencia del Reino Unido consiste en la negación de la reparación de este tipo de daño. No obstante, desde hace algunas décadas, la concepción cerrada frente a la reparación del daño no patrimonial contractual en el seno del derecho del Reino Unido ha ido mutando hacia la aceptación del resarcimiento de tal daño en determinados y excepcionales supuestos.

Comentaremos a continuación el caso *Wiseman v. Virgin Atlantic Airways Ltd*[29], que tiene su origen en la demanda presentada por el señor Wiseman en contra de la aerolínea, en la cual exigió la reparación de los daños patrimoniales y no patrimoniales que alegó haber padecido por el incumplimiento de un contrato. El demandante había comprado a la compañía un billete de regreso de Nigeria a Inglaterra. No obstante, la aerolínea se negó a dejarlo abordar el vuelo, acusándolo de tener un pasaporte falso y haciéndolo quedar en ridículo frente a un grupo de amigos de su iglesia. Doce días después, una vez probado que su documentación estaba en regla, el demandante pudo viajar. Sin embargo, durante su estadía en

29 Inglaterra, *Wiseman v. Virgin Atlantic Airways Ltd* [2006] EWHC 1566 (QB).

Nigeria, el señor Wiseman fue asaltado. Además, la relación sentimental que mantenía con su prometida se rompió ya que no pudo ir a visitarla, como lo tenía previsto. Los daños patrimoniales alegados por el demandante correspondieron a los gastos que tuvo que asumir durante su estancia en Nigeria. Por otra parte, el demandante pidió que se le repararan los daños no patrimoniales, traducidos en el "trauma mental" que le provocó el asalto, la ruptura de su relación sentimental y los malos tratos y la humillación que padeció en el aeropuerto frente a sus amigos.

El juez Eady fundamentó el estudio de los daños reparables en cabeza del demandante con base en el análisis de la *remoteness rule*, asimilable a la regla de la previsibilidad en el *civil law*. El juez condenó a la aerolínea a la reparación de los daños patrimoniales alegados. En cambio, arguyó que no tenían asidero jurídico los daños no patrimoniales. En cuanto al asalto, concluyó que si bien el incumplimiento dio lugar a este, pues si el demandante hubiera viajado, no lo hubieran asaltado, lo anterior no era un fundamento suficiente para hacer de las consecuencias del robo un daño resarcible. A propósito de la terminación de la relación sentimental, la providencia no consideró como probable que tal daño hubiera sido causado por el incumplimiento del contrato. Respecto del daño alegado por el humillante trato recibido en el aeropuerto y la vergüenza que sufrió el señor Wiseman frente a sus amigos, la sentencia señaló que debía negarse la indemnización en virtud de que las partes no contemplaron que el hecho de no permitir el abordaje del demandante generaría una afectación en su salud.

El supuesto estudiado es altamente interesante, pues trata varias materias relativas a la reparación del daño no patrimonial, por lo cual merece la pena hacer un breve comentario al respecto. Para empezar, nos adherimos a los argumentos presentados por la providencia para fundamentar la no reparación de los daños derivados del asalto y de la ruptura de la relación sentimental del demandante. Sin embargo, consideramos que debe analizarse cuidadosamente la fundamentación de la negación del resarcimiento de este tipo de daño sufrido por el señor Wiseman en vista de los malos tratos recibidos en el aeropuerto por parte de los trabajadores de *Virgin Atlantic Airways Ltd.* Afirma la sentencia que el impacto alegado por el demandante no era previsible para las partes, pues estas no podían anticipar que "el solo hecho de no permitir que un pasajero abordara una aeronave [...] daría lugar a una avería en su salud". Consideramos que dicho razonamiento sería correcto si los hechos en los que se fundamenta fueran ciertos, pues el juez no concibió la totalidad de las

circunstancias en las que se desarrolló el incumplimiento. En efecto, la aerolínea no se limitó a "no permitir que un pasajero abordara una aeronave", sino que sus empleados trataron de forma impropia al demandante, acusándolo erróneamente de tener un pasaporte falso. A nuestro juicio, sí resultaba previsible para las partes que de este incumplimiento se derivaría un daño no patrimonial indemnizable.

Otra sentencia que da cuenta de la coordinación entre la reparación del daño no patrimonial contractual y el límite de la previsibilidad es el caso escocés *Diesen v. Samson*[30], el cual surge a partir del incumplimiento de un contrato celebrado entre un fotógrafo y una pareja de novios que quería tener un recuerdo del día de su boda. La providencia argumentó que, si bien la prestación principal del contrato no era satisfacer un interés no patrimonial en cabeza de los demandantes, el daño no patrimonial padecido por estos se fundamentó y fue indemnizado con base en el hecho de que el contrato tampoco tenía un contenido puramente comercial a raíz del valor sentimental de las fotografías.

Watts v. Morrow[31] también ilustra el tema tratado. Mediante esta providencia, la Corte de apelación (*England & Wales*-División Civil) decidió sobre el resarcimiento del daño no patrimonial contractual a una pareja que tuvo que sufrir extensas reparaciones de su vivienda por vicios que no conocía. En las consideraciones de la decisión, el juez aclaró que, si bien la reparación de este tipo de daño en el *common law* es excepcional, este podría ser indemnizado en los contratos cuyo interés fuera no patrimonial o en aquellos en los cuales dicho daño fuera previsible.

Watts v. Morrow[32] fue citado por el caso escocés *Peebles & Anor v. Rembrand Builders Merchants Ltd.*[33] del 18 de abril de 2017. Dicho conflicto surgió de la compra que hizo una pareja de los materiales para el recubrimiento del techo de su vivienda. Los demandantes buscaron elegir un material de calidad que brindara un color estético por un periodo de 15 a 20 años después de su instalación, pues manifestaron que para ellos era importante su apariencia. La compañía demandada les ofreció un material de estas calidades y su instalación finalizó en 2005. Sin embargo, cuatro años después, los techos empezaron a decolorarse por defectos de fábrica. En 2012, luego de una restauración fallida, los compradores

30 Escocia, *Diesen v. Samson* [1971] SLT (Sh Ct) 49.
31 Inglaterra, *Watts v. Morrow* [1991] 1 WLR 1421, [1991] EWCA Civ. 9, 4 All ER 939.
32 Inglaterra, *Watts v. Morrow* [1991] 1 WLR 1421, [1991] EWCA Civ. 9, 4 All ER 939.
33 Escocia, *Peebles & Anor v. Rembrand Builders Merchants Ltd.* [2017] SC DUN 28.

emprendieron acciones legales. En la demanda, solicitaron la indemnización de daños patrimoniales y no patrimoniales; estos últimos, por los inconvenientes relacionados con la mala apariencia del techo, la cual afectó el disfrute de su casa.

Al analizar los daños no patrimoniales, la Corte señaló que, aunque inicialmente y a partir de *Addis v. Gramophone Co.* se entendió que el incumplimiento del contrato no daba lugar a la indemnización de daños no patrimoniales, esta posición fue cambiando a lo largo de los años[34]. Si bien el objeto del contrato de compraventa era la satisfacción de un interés patrimonial, la Corte afirmó que el color y los acabados de los materiales habían sido esenciales para los actores al escoger el producto. Es por ello que el referido incumplimiento había causado molestia en los demandantes, tanto por el hecho de tener que vivir en una casa con un techo que les desagradaba como por los múltiples desgastes que sufrieron al tratar de restaurarlo. En virtud de lo anterior, el juez reconoció el padecimiento de un daño no patrimonial. (Abed, 2024, p. 96).

Aplaudimos la citada decisión, pues cuenta con varios de los lineamientos para estudiar el daño no patrimonial contractual establecido en este escrito. Según la clasificación ya presentada, este caso puede calificarse como un "caso difícil", ya que el objeto del contrato pretendía satisfacer, en principio, un interés meramente patrimonial. Sin embargo, el juez decidió condenar al demandado a reparar el daño no patrimonial en virtud del análisis de la previsibilidad subjetiva. Conforme al estudio de los hechos del caso, la Corte ahondó en la información transmitida por parte de los demandantes al vendedor demandado y concluyó que el interés no patrimonial de los compradores se había incorporado al contrato, de manera que el vendedor había asumido el riesgo de tener que reparar ese interés en caso de incumplimiento.

Si bien la tradición del *common law* se ha mostrado, a lo largo de la historia, renuente frente a la posibilidad de reparar el daño no patrimonial por el incumplimiento contractual, a partir del estudio de los diversos casos presentados, demostramos que en los supuestos en los que dicha reparación tiene cabida, la jurisprudencia utiliza teorías, tales como *remoteness of loss* (Chen-Wishart,

34 *Addis v. Gramophone Co. Ltd.* [1909] AC 488, HL.; *Watts v. Morrow* [1991] 1 WLR 1421, [1991] EWCA Civ. 9, 4 All ER 939; *Ruxley Electronics Ltd* v. *Forsyth* [1996] AC 344; *Farley v. Skinner* [2001] *House of Lords* 49, [2002] 2 AC 732, [2001] 4 All ER 801; *Mack* v. *Glasgow City Council* [2006] SC 543.

2022, pp. 540-547; Stone, 2013, pp. 482-487; Collins, 2003, pp. 410-413), *contemplation of the parties* (McGregor, 2014, pp. pp. 209-244) o *foreseeability* (Treitel, 2003, pp. 901-904), asimilables al límite de la previsibilidad del *civil law,* para determinar si hay lugar o no a la responsabilidad contractual por daños no patrimoniales.

Una vez estudiada la doctrina de diversos ordenamientos nacionales respecto de la coordinación entre la reparación del daño no patrimonial contractual y la regla de la previsibilidad, se evidencia que, a nivel teórico, el ordenamiento en el que se ha ahondado más en el tema corresponde al sistema español. En contraste con lo anterior, en todos los sistemas estudiados encontramos ejemplos jurisprudenciales de la referida coordinación, incluso en el derecho del Reino Unido, sistema reacio a la reparación del daño no patrimonial.

En referencia a los casos concretos analizados, reiteramos que, si bien varios de ellos ilustran enteramente el problema jurídico estudiado, lo que demuestra que en los ordenamientos nacionales expuestos se ha afianzado el estudio del daño no patrimonial a la luz del límite de la previsibilidad, no es menos cierto que el empleo de dicho límite para estudiar este tipo de daño no es la regla general en la jurisprudencia europea.

Por otra parte, ponemos de presente que las providencias presentadas no fueron escogidas al azar. Buscamos, en cambio, presentar decisiones que plantearan problemas similares para que se hicieran tangibles para el lector las similitudes y diferencias de los enfoques de los diversos sistemas respecto de la reparación del daño no patrimonial contractual a la luz del criterio de la previsibilidad.

En primer lugar, estudiamos que a diferencia de lo que sucedió en la esfera de la jurisprudencia española, en la jurisprudencia inglesa la ruptura de una relación sentimental como consecuencia del incumplimiento de un contrato no se consideró como un daño no patrimonial indemnizable, en cuanto esta no se catalogó como una consecuencia previsible del incumplimiento contractual. Al respecto, cabe reiterar que la providencia STS 28.3.2005[35] ha sido duramente criticada por la doctrina española por esa particular decisión (Díez-Picazo, 2008, pp. 39-42; Gómez Pomar, 2007, p. 27; Rodríguez Guitián, 2007, pp. 259-260).

35 España, sts 28.3.2005 [RJ 2005\2614].

Asimismo, se analizaron las soluciones provistas por estos dos ordenamientos frente a los malos tratos recibidos por demandantes acusados falsamente de haber cometido actos ilícitos. Mientras en el caso español se indemnizó al demandante por haber sido detenido y fichado por parte de las autoridades estadounidenses por la posesión de billetes falsos, que le había entregado una entidad bancaria[36], en el caso inglés se negó la condena al demandante que fue humillado y acusado de tener un pasaporte falso por lo cual se le impidió abordar un vuelo de regreso a Londres[37].

Para terminar, examinamos en Francia[38], en España[39] y en Escocia[40] la solución provista por estos ordenamientos frente a la afectación de la satisfacción emocional que siente una persona al poseer fotografías, las cuales no son más que recuerdos de sus vivencias. En el caso francés se reconoció el apego sentimental que podía tener el demandante frente a unas películas fotográficas que fueron perdidas por el laboratorio donde las envió para que fueran reveladas. Aquí se catalogó el daño no patrimonial padecido por el demandante como previsible. Sin embargo, no se condenó al laboratorio, ya que estaba amparado por una cláusula limitativa de la responsabilidad. En los casos españoles y escocés, en cambio, los mismos supuestos fácticos, correspondientes al incumplimiento de un profesional obligado a realizar un reportaje fotográfico de una boda, dieron lugar a la condena del demandado a reparar el daño no patrimonial sufrido por la pareja demandante. Ello, en virtud de que resultó claro para los distintos jueces que la prestación contractual no era exclusivamente patrimonial, sino que incluía el interés inmaterial y sentimental de los novios de tener las fotografías como recuerdo de su boda. Por tanto, el daño no patrimonial padecido se catalogó como previsible al momento de la celebración del contrato. Lo anterior da cuenta de que, pese a las características intrínsecas de cada sistema jurídico, que hacen único a cada modelo, la aplicación de la regla de la previsibilidad en el ámbito de la responsabilidad contractual por daños no patrimoniales puede dar vía a similares soluciones.

36 España, STS 28.3.2005 [RJ 2005\2614].
37 Inglaterra, *Wiseman v. Virgin Atlantic Airways Ltd.* [2006] EWHC 1566 (QB).
38 Francia, *Cour de Cassation*, *Première Chambre Civile*, 17.07.1990 [87-18584].
39 España, SAP de Gerona 07.06.2002 [AC 2002\1154]; SAP de Baleares 22.06.2004 [AC 2004/959].
40 Escocia, *Diesen v. Samson* [1971] SLT (Sh Ct) 49.

Llegados a este punto, consideramos resuelto el problema jurídico planteado al inicio de esta investigación correspondiente a esclarecer si la previsibilidad del daño constituye un límite de la responsabilidad por daños no patrimoniales derivados del incumplimiento de un contrato. Pese a que los ordenamientos nacionales tanto de la tradición del *civil law* como del *common law,* no contienen una disposición legal que provea la reparación del daño no patrimonial contractual, se ha demostrado que su jurisprudencia ha ahondado en este tema y ha planteado argumentos contundentes al respecto, los cuales dan cuenta del poder creativo de esta fuente del derecho.

Conclusiones

Es conveniente ahora hacer un pequeño recuento del camino recorrido. El problema jurídico de la presente investigación se dirigió a demostrar que la regla de la previsibilidad del daño constituye un límite de la responsabilidad por daños no patrimoniales derivados del incumplimiento de un contrato. Este fue analizado y resuelto con base en varios ordenamientos nacionales.

Pese a las conclusiones presentadas en el desarrollo de este escrito respecto del entendimiento de la previsibilidad como límite de la reparación del daño no patrimonial contractual, no consideramos que las respuestas formuladas correspondan al punto final del objeto de investigación planteado. Al contrario, a nuestro parecer, todavía falta mucho camino por recorrer alrededor de la materia, especialmente, por parte de la doctrina y, más aún, de la jurisprudencia, que ha demostrado ser una fuente primordial en materia de responsabilidad civil.

Si bien hay un camino trazado en los diversos sistemas jurídicos que defiende el rol de la previsibilidad como límite del resarcimiento del daño no patrimonial contractual, no existe una contundencia o clara coherencia en sus fuentes de derecho. Por lo tanto, resulta indispensable una regla sólida, bien sea a nivel jurisprudencial o doctrinal que permita garantizar una seguridad jurídica respecto de la utilización del criterio de la previsibilidad del daño como presupuesto para determinar la reparación del daño no patrimonial.

Recordemos el hecho según el cual, si bien se encuentran infinidad de casos (especialmente en la jurisprudencia de la tradición del *civil law* (Carrasco, 2024, pp. 1194-1195; Chen-Wishart, 2022, pp. 515-530; McGregor, 2014, pp. 67-87;

Solé, 2009, pp. 21-29; Collins, 2003, pp. 414-418; Treitel, 2003, pp. 987-993; García López, 1990, pp. 323-331) en los cuales se condena a la parte incumplida a indemnizar un daño no patrimonial, pocos de tales supuestos hacen referencia a la previsibilidad del daño y son apenas contados aquellos en los que se hace expresa mención a la regla de la previsibilidad como límite de la responsabilidad contractual derivada del daño no patrimonial.

El autor francés Bénabent sostiene en su última publicación a propósito del criterio de la previsibilidad, que "se puede observar que esta regla, sin duda un poco olvidada en la práctica, no se invoca muy a menudo". Desafortunadamente, la posición del doctrinante es cierta más allá de las fronteras galas, en vista del reducido número de decisiones jurisprudenciales que aplican el límite de la previsibilidad en el ámbito de la responsabilidad por daños no patrimoniales contractuales, tanto en los sistemas adheridos al *civil law* como en aquellos adheridos al *common law*. Lo anterior puede ser interpretado de dos formas opuestas. En primer lugar, podría plantearse que la reducida invocación de la regla lleva a su total desuso. La segunda interpretación llevaría a entender que si bien las decisiones que se valen de la regla son pocas, estas corresponden a un referente obligatorio para futuras providencias y a una fuente de inspiración para doctrinantes apasionados por la materia.

Confiamos en que la interpretación correcta sea la segunda presentada. Sin embargo, no nos aferramos a dicha postura llevados únicamente por una visión idealista de la relevancia de la regla de la previsibilidad del daño, en cambio, consideramos que el hecho de que dicho criterio esté presente con diversos matices, pero manteniendo una única esencia, en el derecho romano, en los códigos de tradición latina, en la jurisprudencia angloamericana e incluso en las reglas y principios más importantes de derecho de los contratos aprobadas en el ámbito internacional, corresponde a una fiel muestra de la utilidad práctica de la limitación.

En este sentido, no consideramos que el uso reducido del límite de la previsibilidad del daño como presupuesto de la responsabilidad contractual por daños no patrimoniales corresponda a una sentencia de muerte de dicha limitación. Concebimos, en cambio, las referidas decisiones que, a nuestro juicio, aplican adecuadamente la regla para limitar el daño no patrimonial como una fuente de inspiración para que en un futuro se siga aplicando la regla de la previsibilidad en esa dirección.

Por otra parte, creemos que la actual falta de armonía respecto de los supuestos en los cuales se indemniza el daño no patrimonial contractual y, concretamente, respecto de los límites de la noción y de su reparación llevan a un inevitable casuismo y discrecionalidad del juez a la hora de resolver a favor o en contra de su resarcimiento (Carrasco, 2024, p. 1194). Lo anterior sumerge a los contratistas que se someten a la justicia en una total incertidumbre, pues les resulta casi imposible determinar cuándo un daño no patrimonial padecido será reparado a su favor.

Otro problema repetidamente señalado por la doctrina como consecuencia de la ausencia de unificación en cuanto a las fronteras de la reparación del daño no patrimonial corresponde a la instrumentalización de dicho daño para indemnizar pérdidas patrimoniales no acreditadas (García López, 1990, p. 151; Pérez de Ontiveros, 2006, pp. 28-29; Díez-Picazo, 2008, p. 14) o para resolver los problemas derivados del cálculo de la indemnización (Gómez Pomar, 2007, p. 26; Marín y Milà, 2017, pp. 204-205).

Consideramos que el hecho de concebir a la regla de la previsibilidad como un límite de la reparación del daño no patrimonial puede resolver, al menos en parte, la falta de armonía respecto de los supuestos en los cuales se indemniza dicho daño para así dar vía a la resolución de los referidos problemas.

Esperamos entonces haber satisfecho la función principal de este trabajo, que consistía en la definición de la regla de la previsibilidad y la exaltación del rol de esta como límite de la responsabilidad contractual por el daño no patrimonial. Así, se pretendió mostrar a la previsibilidad como una de las puertas de entrada y, a la vez, una de las puertas de salida del juez para la determinación de la responsabilidad del deudor por el daño no patrimonial provocado por el incumplimiento de un contrato. Lo anterior evita la infracompensación o la falta de compensación del daño no patrimonial contractual, en cuanto obliga al juez a declarar su reparación cuando se acrediten los elementos y se estudien los límites de la responsabilidad, entre los cuales encontramos la previsibilidad. Asimismo, obliga al juez a no declarar la responsabilidad cuando el daño no resulte previsible, de acuerdo con los parámetros presentados.

Referencias bibliográficas

Abed, M. (2024). Damages for non-pecuniary losses derived from contractual breach: A comparative study of English & Palestinian civil law [Doctoral dissertation, University of Zurich]. ZORA. https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/260274/[1](https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/260274/1/260274.pdf)

Bénabent, A. (2016). *Droit des obligations*. lgdj, Issy-les-Moulineaux.

Bonelli, F. (1997). La responsabilità per danni. En M. Bonell y F. Bonelli (dirs.), *Contratti Commerciali Internazionali e Principi unidroit* (pp. 307-338). Giuffrè.

Carrasco Perera, Á. (1989). Comentario al art. 1107 CC. En M. Albaladejo García, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, T. xv, vol. 1. Edersa.

Carrasco Perera, A. (2024). *Derecho de contratos*. 4.ª ed. Aranzadi.

Collins, H. (2003). *The law of contract*. 4.ª ed. Lexis Nexis.

Chen-Wishart, M. (2022). *Contract Law*. 7.ª ed. Oxford University Press.

De Vita, M. G. (2022). El daño no patrimonial en el derecho contractual comparado. *Revista Facultad de Jurisprudencia*, 11(2), 121–175. https://doi.org/10.26807/rfj.vi11.448.

Díez-Picazo, L. (2008). *El escándalo del daño moral*. Civitas.

Díez-Picazo, L., Roca, E. y Morales, A. M. (2002). *Los principios del derecho europeo de contratos.* Civitas.

Domínguez Águila, R. (2010). Los límites al principio de reparación integral. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (15), 9-28.

Esteve pardo, A. (2015). El retraso en la entrega de un inmueble como daño indemnizable por incumplimiento defectuoso del contrato. *Revista adc*, tomo lxviii, fasc. ii, 601-624.

García López, R. (1990). *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*. José María Bosch Editores.

García, G. (2023). *Daños morales derivados de los defectos de la edificación.* Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. 9 (88), 60 – 81.

Giaoui, F. S. (2023). *Damage to reputation: A comparative analysis of pecuniary compensation for non-pecuniary harm.* Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, 46(1), 1–43. https://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol46/iss1/1.

Gillette, C. y Walt, S. (2016). *The UN convention on contracts for the international sale of goods*. Cambridge University Press.

Gómez Pomar, F. (2007). El incumplimiento contractual en derecho español. *Revista InDret,* (3), 1-49.

Gómez Pomar, F. (2015). *El daño moral y su cuantificación*. Bosch.

Gotanda, J. (2011). Damages. En S. Kröll, L. Mistelis y P. Perales, *Un Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (pp. 990-1011). C. H. Beck, Hart, Nomos.

Harder, S. (2010). *Measuring damages in the law of obligations: the search for harmonized principles,* Bloomsbury Publishing, Oxford and Portland, Oregon.

Henao, J. C. (2015). Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. *Revista de Derecho Privado*, (28), 277-366.

Jaberi, S. (2023). *Non-pecuniary Damages in Construction Contract Claims: Looking for principles.* International Construction Law Review.a

Lara, M. (2024). *Indemnización de los daños morales.* Tirant prime.

Malaurie, P., Aynès, L. y Stoffel-Munck, P. (2024). *Droit des Obligations*. 13.ª ed., lgdj, Issy les Moulineaux.

Mate Satué, L. C. (2021). La delimitación del concepto de daño moral: Un estudio de la cuestión en el ordenamiento jurídico español. *Revista Boliviana de Derecho*, (32), 278–313. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8055224.

McGregor, H. (2014). *McGregor on Damages*. 19.ª ed. Sweet & Maxwell.

McKendrick, E. (2009c). Comentario al artículo 7.4.4 picc. En S. Vogenauer y J. Kleinheisterkamp (eds.), *Commentary on the Unidroit Principles of*

International Commercial Contracts (PICC) (pp. 885-888). Oxford University Press.

Morán, D. (1998). Comentario al artículo 7.4.4. En D. Morán (coord.), *Comentario a los principios de Unidroit para los contratos de comercio internacional* (pp. 363-365). Aranzadi.

Palmer, V. (2015). The French awakening in the nineteenth century. En V. V. Palmer (ed.), *The Recovery of non-pecuniary loss y European Contract Law* (pp. 58-76). Cambridge University Press.

Pérez De Ontiveros, C. (2006). *Daño moral por incumplimiento de contrato*. Aranzadi.

Pérez Velásquez, J. P. (2016). *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo.* Boletín Oficial del Estado.

Pothier, R.-J. (1861). Traite des obligations. En J. J. Bugnet, *Œuvres de Pothier*, vol. ii.

Rodríguez Guitián, A. M. (2007). La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual. *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, (15), 239-263.

Schwenzer, I. (2011). Comentario al artículo 74 de la Convención de Viena. En I. Schwenzer y E. Muñoz (dirs.), *Comentarios sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de* mercaderías (pp. 1679-1716). Aranzadi.

Serrano Ruiz, M. Á. (2016). *El daño moral por incumplimiento del contrato*. Universidad Pablo De Olavide.

Solé, J. (2009). El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español. *Revista InDret*, (1), 1-42.

Stone, R. (2013). *The modern law of contract*. 10.ª ed. Routledge.

Treitel, G. (2003). *The law of contracts*. 11.ª ed. Sweet & Mawell.

Viney, G. y Jourdain, P. (2011). *Les effets de la responsabilité*. 3.ª ed. lgdj.

Jurisprudencia citada

País	Sentencia	Año	Referencia
Escocia	Diesen v Samson	1971	[1971] SLT (Sh Ct) 49.
Escocia	Peebles & Anor v. Rembrand Builders Merchants Ltd	2017	*Scotish Sheriff Court Decisions, Sheriffdom Of Tayside Central And Fife At Dundee,* 18.04.2017, SC DUN 28.
España	Adolfo S. B c. Compañía Telefónica Nacional de España	1984	STS, 1.ª, 9.5.1984, RJ 2403
España	D. Aurelio c. Banco de Santander Central Hispano, SA	2005	STS, 1.ª, 28.3.2005, RJ 2614
España	Parte anónima c. M. Conde Premium y Volkswagen Audi España S.A.	2021	STS, 23.07.2021, RJ 561/2021
España	D. Luis Pablo c. Telefónica de España S.A.U.	2024	STS 27.02.24, RJ 977/2024
Francia	Parte anónima contra *Wilco-Maxicolor*	1990	*Cour de Cassation, Première Chambre Civile*, 17.07.1990, 87-18584
Francia	Parte anónima contra *Société Nationale des Chemins de fer Français*	2011	*Cour de Cassation, Première Chambre Civile*, 18.04.2011, 10-15.056
Francia	Parte anónima contra *Société Nationale des Chemins de fer Français*	2013	*Cour de Cassation, Première Chambre Civile*, 2.10.2013, 12-26.975
Francia	Monsieur et Madame L c. Monsieur et Madame C, et leur fils D.	2019	*Cour de cassation, troisième chambre civile,* 19.12.2019, 18-22.155

Francia	*Bouygues Immobilier* et *Allianz* contra Parte anónima	2022	*Cour d'appel de Pau.* 28.06.2022, 20/00980.
Francia	*Public Works* et Parte anónima contra Parte anónima	2022	*Cour de cassation, troisième chambre civile,* 13.07.2022, 21-13.567
Francia	Monsieur D H contra *Corsair*	2023	*Cour d'appel de Paris,* 12.01.2023 [21/02564].
Inglaterra	Hadley v. Baxendale	1854	156 Eng. Rep. 145 [1854]
Inglaterra	Hobbs v. L. & S. W. Railway Co.	1875	[1875] L.R. 10 Q.B. 111
Inglaterra	Addis v. Gramophone Co. Ltd.	1909	[1909] AC 488, HL
Inglaterra	Watts v Morrow	1991	[1991] 1 WLR 1421, [1991] EWCA Civ 9, 4 All ER 939
Inglaterra	Johnson v. Gore Wood & Co	2000	[2000] UKHL J1214-3.
Inglaterra	Wiseman v. Virgin Atlantic Airways Ltd.	2006	[2006] EWHC 1566 (QB)
Inglaterra	Khan v. Mehmood	2022	[2022] EWCA Civ 791.

Año III, N.° 3
Diciembre, 2025
ISSN: 2961-2853

Concepto normativo de daño: en busca de un contenido eficaz propio[*] [**]

Rafael Peteffi da Silva[***] [****]

Sumario

Introducción. 1. El punto de partida terminológico y las teorías del daño con enfoque en la lesión a bienes. 1.1. Los varios sentidos de la expresión "daño indemnizable": acepción amplia y estricta. 1.2. El daño indemnizable como menoscabo de bienes. 1.2.1. Nociones Generales. 1.2.2. Aún la división entre las acepciones estricta y amplia de daño indemnizable, especialmente en relación a la noción de daño por el prisma de la lesión a bienes. 2. La construcción histórica de la noción de interés (id quod interest) y sus múltiples acepciones contemporáneas. 2.1. Los primeros desarrollos de la noción de interés: id quod interest y la teoría de la diferencia. 2.2. Las múltiples acepciones del término interés: las posibilidades de entendimiento del daño como lesión a interés. 3. El interés como soporte para la noción de daño normativo en sentido estricto: operacionalidad de los conceptos. 3.1. Daño como interés y daño entendido como lesión a interés. 3.1.1. La noción de daño como interés. 3.1.2. La noción de daño como lesión a interés. 3.2. Injury as such, daño per se y daño in re ipsa: desafíos para el encuadramiento

---

* Traducción del artículo publicado en la *Revista de Direito Civil Contemporáneo*, vol. 38, año 11, p. 33-111.San Pablo: Ed. RT, enero – marzo 2024.

** Traducción de César Carranza Álvarez, Profesor universitario e investigador RENACYT – CONCYTEC.

*** Doctor en Derecho Civil por la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo – USP. Maestro en Derecho por la Universidad Federal del Estado de Rio Grande do Sul. Profesor de la Universidad Federal de Santa Catarina – UFSC. Editor Asociado de la Revista de Derecho Civil Contemporáneo. Miembro de la Red de Derecho Civil Contemporáneo. rpeteffi@gmail.com

**** Peteffi, R. (2025). Concepto normativo de daño: en busca de un contenido eficaz propio. *Revista Especializada en Responsabilidad Civil. (3), 215-292.*

de algunas figuras en la teoría contemporánea del daño. 3.2.1. La problemática del daño per se, especialmente en relación a los trasplantes del Derecho italiano. 3.2.2. Los problemas relacionados al injury as such, a los daños autónomos y a la posibilidad de recepción de nuevos tipos de daño en el ordenamiento jurídico brasileño. 3.2.3. El adecuado abordaje de las manifestaciones de las subjetividades humanas de la víctima. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

Resumen

El presente estudio tiene por objetivo analizar el concepto jurídico o normativo de daño como requisito esencial e independiente de la responsabilidad civil. En primer lugar, teniendo en vista la gran incertidumbre con relación al contenido del término "daño indemnizable", se presenta una acepción amplia y otra estricta del instituto. Tras la delimitación de los principales términos utilizados en el trabajo, se estudiarán las más importantes teorías que respaldan el concepto de daño, confiriendo destaque a las teorías que se conectan con la evolución del *id quod interest*, concluyéndose por la posibilidad de un concepto de daño como interés o como lesión a interés. Por último, se analizarán las posibilidades de convivencia entre el concepto jurídico de daño encontrado en el trabajo con las figuras del daño *per se*, *injury as such* y daño *in re ipsa*.

Palabras clave: Daño – Perjuicio – Responsabilidad civil – Requisitos de la responsabilidad civil.

"En los sistemas jurídicos no se pueden injertar teorías; las teorías, aunque extendentes, tienen que estar contenidas en el sistema."[1]

1 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Direito das Obrigações. Extinção das obrigações.. Actual. Nelson Nery Jr.; Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Ed. RT, 2012. t. 25. p. 285-286.

Introducción

Un sistema justo y adecuado de responsabilidad civil debe limitar, basado en criterios claros, excesos indemnizatorios[2]. Con el objetivo de restringir esos excesos, una de las funciones principales del instituto es seleccionar, por intermedio de un rol de requisitos, los daños resarcibles. La imposición de filtros o balizamientos al deber de indemnizar se armoniza con la noción contemporánea de responsabilidad civil, armonizándose con la idea de autonomía de los sujetos de derecho y evitando el "ensanchamiento desmesurado de la responsabilidad ante cada actuación concreta"[3].

El daño es el alfa y el omega de la responsabilidad civil[4], presentándose como uno de sus requisitos fundantes, esencial para el nacimiento del deber de indemnizar. Es en ese contexto que Clóvis do Couto e Silva afirmaba que solo se conoce la responsabilidad civil en un determinado ordenamiento jurídico cuando se conoce su concepto de daño[5].

A pesar de la existencia de recientes y controvertidos abordajes que arrojan luces sobre la relevancia de funciones pedagógicas e incluso punitivas de la responsabilidad civil, lo que conferiría renovado destaque para la conducta del agente, la doctrina contemporánea repite, hasta el cansancio, que el eje de la responsabi-

2 VON BAR, Christian. *The common European law of torts*. Oxford: Oxford University Press, v. 2, 2000. p. 1. En el original: "The law of delict can only operate as an effective, sensible and fair system of compensation if excessive liability is avoided".

3 BARBOSA, Mafalda Miranda. *Liberdade v. Responsabilidade*: a precaução como fundamento da imputação delitual? Coimbra: Almedina, 2006. p. 194. En el mismo sentido, PAPAYANNIS, Diego. Manual de Daños Extracontractuales. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022. p. 61.

4 Usándose exactamente esta expresión, confírmese: LE TOURNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité Et des contrats*. 12. ed. París: Dalloz, 2021-2022. p. 554; AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil.* 10. ed. Río de Janeiro: Forense, 1997. v. 1. p. 713 e YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Responsabilidad civil extracontractual*: parte general. Madrid: Dykinson, 2015. p. 159. Para el autor, "que el daño o perjuicio se presenta como primer elemento constitutivo de la responsabilidad civil es algo fuera de toda duda. En efecto, si se trata de reparar, es necesario que exista algo que reparar".

5 COUTO e SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado. En: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto*. Porto Alegre: Librería del Abogado, 1997. p. 217.

lidad civil fue modificado: del comportamiento del agente para el daño sufrido por la víctima[6].

Incluso los autores que imputan múltiples funciones a la responsabilidad civil comprenden que el movimiento de objetivación del instituto y el consecuente desprestigio de la culpa acabó por aumentar el protagonismo del daño y de la función reparatoria[7]. Por tanto, la importancia del daño como requisito de la responsabilidad civil, esto es, como filtro a diferenciar los meros menoscabos sufridos por la víctima de los efectivos daños resarcibles, es innegable[8].

A pesar del creciente protagonismo, parte considerable de la doctrina clásica trató el daño como un elemento cuyo contenido y cuyos límites podrían ser descubiertos naturalmente, "como si la necesidad evidente del perjuicio dispensase toda discusión sobre su definición"[9]. En las últimas décadas, sin embargo, el debate sobre lo que sería un daño pasible de reparación viene atrayendo creciente atención de los juristas con visión comparatista[10].

6 SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 139; LE TOURNEAU, Philippe. Op. cit., p. 554; y BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Río de Janeiro: Renovar, 2003. p. 12.

7 MEKKI, Mustapha. La place du préjudice en droit de la responsabilité civile. *Hokkaïdo Journal of New Global Law and Policy,* v. 5, p. 150-200, 2000. p. 157; CALVO COSTA, Carlos A. Las nuevas fronteras del daño resarcible, La Ley, 2005. p. 1413-1430. Disponible en: [www.calvocosta.com.ar/articulos.php]. Acceso en: 30.06.2020. p. 1-2. En sentido semejante, véase: TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2. ed. París: Economica, 1989. p. 133. Sin embargo, este autor, al contrario de Mekki, entiende que las funciones de punición, venganza y de restablecimiento del orden social ya no se sustentan contemporáneamente. Con la misma opinión, en el derecho brasileño, consúltese: PUSHEL, Flavia Portella. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil.. *Revista Derecho FGV*, v. 1, n. 1, p. 91-107, 2005. p. 92.

8 BORGHETTI, Jean-Sébastien, Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civil extracontractuelle, In: BORGHETTI, Jean-Sébastien; DESHAYES, Olivier y PÉRÈS, Cécile. Estudios en homenaje a Geneviève Viney. París: LGDJ. 2008. p. 145-171. Para el autor, "[...] le centre de gravité de la responsabilité civile semble s'être déplacé du comportement de l'auteur du dommage vers la situation de la victime. En conséquence, il n'est pas illogique de chercher à borner l'étendue de la responsabilité en jouant sur ce qui est désormais son élément premier, tant du point de vue de la genèse du droit à réparation que du point de vue théorique, c'est-à-dire le préjudice".

9 LE TOURNEAU, Philippe. Op. cit., p. 555.

10 WINIGER, Bénédict; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *Digest of European Tort Law*. Berlín: De Gruyter. 2011. v. 2. Essential cases on damage.

La búsqueda por los límites del llamado "daño indemnizable" en un determinado ordenamiento jurídico, no obstante, es comúnmente investigada de una manera amplia, utilizándose todos los requisitos clásicos de la responsabilidad civil. De acuerdo con ese abordaje, podrían colmatar el marco del "daño resarcible" requisitos como los factores de atribución, la antijuridicidad de la conducta del agente y, de forma muy destacada en ordenamientos con cláusula general de responsabilidad civil extracontractual, el nexo de causalidad.

Optando por camino opuesto, el presente estudio se aparta del abordaje de los demás requisitos de la responsabilidad civil y restringe el análisis de las fronteras del deber de indemnizar a los aspectos directamente relacionados con la teoría del daño. De ese modo, el primer capítulo del presente trabajo se dedicará a analizar, ante un mosaico de significados que la expresión "daño indemnizable" puede presentar, un concepto jurídico o normativo de daño que posea contenido eficaz propio, sin la necesidad de someterse a una interfaz conceptual con los otros requisitos de la responsabilidad civil.

Tras el apartamiento de los demás requisitos clásicos de la responsabilidad civil, es menester investigar la posibilidad del daño revestirse de normatividad, marcando su papel como un importante filtro de la responsabilidad civil. Así, en la segunda parte del primer capítulo, se analizarán algunas teorías sobre el concepto de daño que desarrollan un abordaje por muchos considerado como "naturalístico" o "vulgar", o sea, alineadas con el pensamiento que entiende el daño como simple menoscabo de bienes o como mera manifestación fenoménica.

El segundo capítulo del presente trabajo se dedicará a la comprensión de la trayectoria del término "interés" en la configuración de las teorías sobre el concepto normativo de daño. En una primera parte, la evolución de la noción de *id quod interest* será presentada, realzándose su conexión teórica con las modernas teorías que utilizan la "hipótesis diferencial" como fundamento para la conceptuación normativa del daño.

Considerando la impresionante polisemia que el término "interés" puede presentar, imprescindible centrar esfuerzos, en la segunda parte del segundo capítulo, en la específica conceptuación de interés como elemento de la teoría del daño, separándolo de los muy comunes análisis del interés jurídicamente protegido como elemento íntimamente imbricado con otros institutos o con otros requisitos de la responsabilidad civil, como la antijuridicidad.

El tercer y último capítulo abordará la construcción contemporánea de un concepto normativo de daño. Las posibilidades conceptuales presentadas poseen consecuencias directas en la operacionalidad de la responsabilidad civil, tanto en relación a los daños patrimoniales cuanto con relación a los daños extrapatrimoniales, descubiertas por la noción de interés. En ese sentido, en la segunda parte del tercer capítulo, se analizará la compatibilidad del concepto jurídico de daño con algunas figuras observadas en la doctrina y en la jurisprudencia, tales como el daño per se, el daño *in re ipsa* y el *injury as such*.

Así, recorriendo el camino señalado, el presente estudio pretende trazar una noción de daño que posea contenido normativo propio, permitiendo que el daño reafirme su protagonismo como uno de los principales requisitos de la responsabilidad civil.

1. El punto de partida terminológico y las teorías del daño con enfoque en la lesión a bienes

1.1. Los varios sentidos de la expresión "daño indemnizable": acepción amplia y estricta

Es fundamental, para un trabajo que visa analizar el concepto de daño, que la utilización consistente y precisa de la terminología sea observada. La multiplicidad de acepciones relacionadas con el término "daño indemnizable", genera, en muchos aspectos, la ya denunciada "plurivocidad cacofónica"[11], impidiendo un denominador común lingüístico. Terminología imprecisa al mismo tiempo refleja y genera un pensamiento impreciso[12].

El delineamiento de un panorama general terminológico[13] de las expresiones utilizadas en la construcción de la teoría del daño, especialmente en lo que se

11 MARTINS-COSTA, Judith. A linguagem da responsabilidade civil. En: BIANCHI, José Flávio; MENDONÇA PINHEIRO. Rodrigo Gomes de; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coords.). *Jurisdição e direito Privado*: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ. São Paulo: Ed. RT, 2020. p. 392.

12 NOLAN, Donal. Rights, Damage and Loss. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 37, p. 255-275, Issue 2, Summer 2017. p. 275. El autor advierte sobre los peligros de la utilización indiscriminada de términos como 'damage', 'loss', 'injury' y 'harm', afirmando que "loose terminology both reflects and generates loose thinking."

13 Se realizó semejante esfuerzo de identificación de un panorama general terminológico, pero con relación a la antijuridicidad, en PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito

refiere a los términos "daño indemnizable" y "daño resarcible", será el primer paso de este capítulo.

Sinde Monteiro afirma, dentro de la perspectiva del Derecho portugués, que "los bienes jurídicos generales persona y patrimonio son demasiado extensos para que toda y cualquier injerencia o ataque (Eingriff) pueda dar lugar a una obligación de indemnización"[14].

La lección indica la función principal de la responsabilidad civil: la identificación, en abstracto y en concreto, de los requisitos necesarios para que el perjuicio sufrido por la víctima pueda configurar un daño resarcible.

El término "daño resarcible" o "daño indemnizable", por tanto, en una de sus acepciones posibles, puede traducir esa preocupación general con los extensos límites impuestos al deber de indemnizar, relacionándose directamente con los múltiples elementos de la responsabilidad civil. Aquí, la configuración del daño indemnizable puede ser entendida como la creación de la relación jurídica obligacional entre agente y víctima, o sea, equivale a la verificación de todos los requisitos de la responsabilidad civil para propiciar que la víctima, queriendo, pueda ejercer su pretensión indemnizatoria contra el causador del perjuicio.

En esa circunstancia, el término "daño indemnizable" ultrapasa los límites de la teoría del daño y desplaza su centro de atención para la interfaz con los demás factores de la responsabilidad civil. Podríase notar la inexistencia de un "daño indemnizable" simplemente porque faltaría, por ejemplo, la comprobación de la antijuridicidad de la conducta del agente o de un vínculo causal entre esta y el perjuicio sufrido por la víctima. Dentro de los límites del presente trabajo, esa noción de daño indemnizable será denominada de "noción amplia".

En sistemas jurídicos munidos de grandes cláusulas generales de responsabilidad civil extracontractual (como Brasil y Francia, por ejemplo)[15], el nexo de causalidad puede, en diversos momentos, servir de criterio para delimitar la extensión de los

da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 18, año 6, p.169-214, ene.-mar. 2019. p. 172 y ss.

14 MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina. 1989. p. 175.

15 WAGNER, Gerhard. Comparative Tort Law. En: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. New York: Oxford University Press. 2008. p. 1013.

"daños indemnizables". No se admiten como indemnizables todos los perjuicios "en cascada"[16] pues solamente los daños en relación de causalidad adecuada con la acción u omisión del agente pueden ser reparados.

En el rico ejemplo de los daños por rebote, la cadena de los que poseen legitimidad activa para proponer demandas visando a la indemnización del daño reflejo o por rebote puede estar ligada al nexo de causalidad[17]. Al contrario de lo que ocurre en países como Portugal, que poseen roles específicos positivados en su legislación nacional, países como Francia y Brasil modulan sus roles de legitimados con el auxilio de la teoría del nexo de causalidad, según la proximidad de la víctima directa con la víctima indirecta o por rebote[18].

La ausencia de un factor de atribución[19] también puede influenciar en la colmatación de la acepción amplia de daño indemnizable. En hipótesis regidas por

16 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 603; BARBOSA, 2006, p. 26 – La autora enseña que la limitación de la responsabilidad civil ocurre por criterios desarrollados por la doctrina y por la jurisprudencia, "designadamente a través del nexo de causalidad, hecho que lleva a que raramente sean indemnizados todos los daños en cascada".

17 PETEFFI DA SILVA, Rafael. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Dano reflexo ou por ricochete: ponto de partida para a diferenciação dos sistemas brasileiro e português de responsabilidade civil extracontratual. En: PETEFFI DA SILVA, Rafael; GRAZIEIRO CELLA, José Renato (Org.). *Direito mercantil, direito civil, direito do consumidor e novas tecnologias*. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015. v. 1. p. 51; NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 603. "Todos los daños, sean directos o indirectos, inclusive los daños por rebote, deben ser reparados. Lo que es necesario es que todos sean ciertos y que aún sean, de acuerdo con el curso normal de las cosas, consecuencia adecuada del hecho generador. Solo no serán reparados los daños inciertos y los que no sean consecuencia adecuada del hecho lesivo".

18 PETEFFI DA SILVA, Rafael. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Op cit.p. 51.

19 A pesar de la expresión "factores de atribución" no ser tan común en gran parte de la doctrina brasileña, ella expresa las maneras de justificar la atribución de responsabilidad civil, verificadas, de acuerdo con el caso concreto, en elementos como la culpa, el defecto del producto y el riesgo de la actividad. Para la identificación de autores que se utilizan expresamente de esta expresión, consúltese PAPAYANNIS, Diego. Op. cit.2022, p. 14. Para el autor: "Además de haber sufrido un daño jurídicamente relevante, este debe haber sido causado por una acción, actividad o riesgo perteneciente a la esfera de la parte demandada que pueda subsumirse en alguna de las categorías de condiciones a las cuales el ordenamiento atribuye responsabilidad. La manera en que los sistemas jurídicos identifican el tipo de acción apropiada a este respecto es mediante normas que definen lo que llamaré "factores de atribución" (Ibidem, p. 14). Judith Martins-Costa, a pesar de admitir la utilización del término "factores de atribución", se utiliza de la expresión "factores de imputación", indicando que "nexo de imputación" también es utilizado por la doctrina (MARTINS-COSTA, Judith. Op cit., 2020, p. 391). El actual Código Civil argentino se utiliza de la expresión factores de atribución en innumerables pasajes, véase: "Artículo 1721. Factores de atribución. La atribu-

la responsabilidad subjetiva, la ausencia del requisito culpa podrá hacer con que el perjuicio sufrido por la víctima no se convierta en un daño indemnizable. En muchas situaciones, por ejemplo, la acción u omisión del médico que causa perjuicio al paciente no generará deber de indemnizar si el error médico, caracterizando la conducta culposa, no fuere observado. Fenómeno idéntico puede ser constatado en hipótesis de responsabilidad civil por el hecho del producto, caso el defecto no sea verificado[20].

A pesar de la importancia de los requisitos ya referidos para la configuración de esa noción amplia del llamado daño indemnizable, la antijuridicidad posee el papel más destacado en ese escenario, pues es común que los sujetos de derecho sufran innumerables consecuencias negativas, causadas por conductas expresa o implícitamente autorizadas por el Derecho. Daños causados por regular ejercicio de derechos – como la competencia leal, el lícito protesto de un determinado título cambiario y la normal ruptura de una relación amorosa – poseen el potencial de causar considerables consecuencias negativas, sin que estas se configuren en "daños indemnizables", exactamente por la falta de conducta antijurídica por parte del causador del perjuicio. Incluso los perjuicios observados cuando de la lesión a bienes o intereses jurídicos largamente protegidos, como la vida o la integridad física, podrán no ser reparados si alguna pre-excluyente de la antijuridicidad (ilicitud)[21] se hiciere presente, tal como la legítima defensa[22].

Esa situación puede ser fácilmente notada en el Derecho inglés, en que la tradición jurídica centró su preocupación en las conductas antijurídicas (injuria), generando

---

ción de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa."

20 BASTOS, Daniel Deggau. *Responsabilidade pelos riscos e o defeito do produto*: uma análise comparada com o Direito norte-americano. Tesis (Doctorado). Florianópolis: Curso de Derecho, Universidad Federal de Santa Catarina, 2020.

21 Para la identificación de la legítima defensa dentro de la categoría de pre-excluyente de la ilicitud, véase: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. *Bens. Fatos Jurídicos*. Actualización de Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 2012. t. 2. p. 351 y ss. Para un estudio de la correlación de los términos antijuridicidad e ilicitud, véase: PETEFFI DA SILVA, Rafael. Op. cit., p. 172-177.

22 GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil. *Anuario de Derecho Civil*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2013. t. 66. p. 1539. En sentido semejante, véase: PONTES DE MIRANDA, Francisco. Op. cit., t. 2, p. 351-353; BUERES, Alberto. *Derecho de Daños*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001. P. 500 y PETEFFI DA SILVA, Rafael. Op. cit., p. 191.

un desarrollo atrofiado de la teoría del daño, lo que también propició destacada relevancia a los demás requisitos de la responsabilidad civil. La falta de desarrollo de un sofisticado concepto específico de daño acabó por intensificar el protagonismo de requisitos como el nexo de causalidad y la ilicitud (antijuridicidad)[23].

Como los sistemas jurídicos incluidos en la tradición del Common Law cuentan con una multiplicidad de *torts,* cada cual con su especificidad, no se puede afirmar que existe un concepto único de daño, pues límites y características pueden variar dependiendo del tort a ser analizado. La doctrina apunta que podría haber más de 70 conceptos distintos de daño, relativos a cada uno de los *torts* observados en el Derecho inglés[24].

En algunos trabajos de armonización de la Responsabilidad Civil europea se observa la utilización de ese abordaje amplio de daño indemnizable, en que la imposibilidad de la víctima exigir reparación por las consecuencias negativas sufridas ocurre por la falta de otros requisitos de la responsabilidad civil.

El Draft Common Frame of Reference, de 2009, utiliza la noción de daño indemnizable o del "daño jurídicamente relevante" (legally relevant damage) en un

23 En las palabras de los autores: "[t]hough one finds a great deal of case law and literature on damages, little effort has been devoted to defining damage. The common lawyer, unlike the civil lawyer, rarely asks himself the question 'What damage is redressable in a tort action?' since his system, for a long time, concentrated not on damnum but on injuria. The reason for this different emphasis is historical: damage awards lay, until comparatively recently, within the exclusive control of juries once the defendant's behaviour had been found to be tortious. Only where damage was an element of tort itself could judges formulate rules in terms of damage. So the task of fixing the boundaries of liability had to be achieved through those concepts over which the judge had exclusive control. Causation, remoteness and, later, duty, were the obvious devices. This inheritance has still left its mark on modern law with the result that many issues of damages still receive – and have received in this book – their main attention under the general heading of causation" (DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil. *Markesinis & Deakin's Tort Law*. 6. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 940).

24 En las palabras del autor: "There is no general concept of 'damage' in English tort law, and academic discussions of the topic have been few in number, but damage does play an important role in most torts recognised by English law. As there are, according to one estimate, some 70 or more torts recognised by the common law, it could be said that there are in fact 70 or more different conceptions of damage in English tort law. That is to overstate the case somewhat, but it gives some indication of the difficulty facing an English lawyer in this area. It by no means follows that what is recognized as damage in Tort A is so recognized in Tort B." (OLIPHANT, Ken. England and Wales (Introduction). In: WINIGER, Bénédict; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *Digest of European Tort Law*. Berlín: De Gruyter, 2011. v. 2 (Essential cases on damage). p. 36).

abordaje en que daño y antijuridicidad aparecen imbricados. De esta manera, al dedicar su art. VI- 2:101[25]al llamado daño jurídicamente relevante, Menezes Cordeiro apunta que, en el DCFR, ocurrió el "hábil"[26] desplazamiento de los cuestionamientos inherentes a la antijuridicidad para el concepto de daño[27]. Por las dificultades del tratamiento de la antijuridicidad en trabajos de armonización de varios ordenamientos jurídicos, la elección se justifica, aún que los sustitutos del instituto de la antijuridicidad cuenten con menor tradición jurídica[28].

Se puede encontrar un panorama semejante en relación a los Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil. En ese diploma de armonización de la Responsabilidad Civil se utilizó el concepto de "daño resarcible"[29]. La traducción portuguesa para el artículo correspondiente dispone que "el daño consiste en una lesión material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido". En la traducción oficial del documento para otras lenguas latinas, como el español, la traducción de la palabra inglesa *harm* se conecta de manera más directa con una visión más consecuente del daño: "El daño requiere un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido".

Helmut Koziol enfatizó que la lesión a intereses protegidos se relaciona directamente con el campo de la antijuridicidad y cumple un papel fundamental en la

25 Draft Common Frame of Reference VI. – 2: 101: "Meaning of legally relevant damage: (I) loss, whether economic or non-economic, or injury is legally relevant damage if: (a) one of the following rules of this Chapter so provides; (b) the loss or injury results from a violation of a right otherwise conferred by the law; or (c) the loss or injury results from a violation of an interest worthy of legal protection. VI.-2:101 (2) In any case covered only by sub-paragraphs (b) or (c) of paragraph (I) loss or injury constitutes legally relevant damage only if it would be fair and reasonable for there to be a right to reparation or prevention, as the case may be, under V!. – I; !D! (Basic rule) or I: 102 (Prevention). (3) In considering whether it would be fair and reasonable for there to be a right to reparation or prevention regard is to be had to the ground of accountability. To the nature and proximity of the damage or impending damage, to the reasonable expectations of the person who suffers or would suffer the damage, and to considerations of public policy. (4) In this Book: (a) economic loss includes loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property: (b) non-economic loss includes pain and suffering and impairment of the quality of life.".

26 MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português*. Coimbra: Almedina, 2010. V. 2. T. 3.p. 352.

27 PETEFFI DA SILVA, Rafael. Op. cit., p. 193.

28 REGLERO CAMPOS, Luis Fernando. BUSTO LAGO, José Manuel (Coord.). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Actualizado por Fernando Peña Lopez. 5. ed. Madrid: Arandiz, 2014. T. 1. p. 80.

29 Artículo 2:101. Recoverable Damage: "Damage requires material or immaterial harm to a legally protected interest."

sistemática de los "Principios", pues representa solución adecuada para resolver la dificultad en traducir, en un documento de armonización, las innumerables diferencias y matices que la antijuridicidad desempeña en los más variados países[30]. La idea de que la antijuridicidad es fundamental para la observación de una noción amplia de "daño resarcible" es ineludible en cualquier ordenamiento jurídico europeo[31]. Queda claro que, en ese diploma, la noción de interés protegido no se presta para demarcar los contornos de los perjuicios indemnizables o de su remedio específico, sino para "delimitar el campo de protección, con una función próxima de la 'ilicitud'"[32].

No quedan dudas que el instituto del *danno ingiusto*, estructurado por el legislador italiano del Código Civil de 1942, podría ilustrar la utilización del "daño indemnizable" en su sentido amplio, esto es, utilizándose de los demás requisitos de la responsabilidad en su caracterización. No obstante, por el destaque que la importación de la figura del "daño injusto" recibió de la doctrina brasileña en las últimas décadas, se entiende adecuado dedicar un análisis más atento para ese concepto en momento posterior.

En el delineamiento de la noción de "daño indemnizable" en su sentido amplio, realizada en este capítulo, quedó evidente su capacidad de realizar la operación de selección de los perjuicios pasibles de indemnización, lo que justifica su existencia en la ciencia del Derecho. Sin embargo, ese abordaje del daño indemnizable parece apenas tener el papel de destacar las conexiones del daño con los otros requisitos necesarios para la génesis del deber de indemnizar, poniendo en duda la existencia de una relevancia normativa propia del daño como requisito de la responsabilidad civil[33].

30 EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principles of European Tort Law*. Viena: Springer, 2005. p. 26. Comentarios por KOZIOL, Helmut.

31 Ibidem, p. 25. "The idea behind placing the emphasis on 'legally protected interest", is of importance for the understanding of the fundamental concept of the Principles. Underlying the notion of interference with protected interests is one aspect of the concept which the European Group on Tort Law in its discussions has called 'wrongfulness'." En sentido semejante, REGLERO CAMPOS, Luis Fernando. Op. cit., p. 80.

32 MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. V. 1. p. 503.

33 Autores que entienden el "concepto normativo de daño" en la línea presentada, o sea, de acuerdo con la acepción amplia de daño indemnizable, admiten un problema de falta de contenido eficacial propio. En ese sentido, CARNEIRO DA FRADA, Manuel. *Direito civil/responsabilidade civil*: o método do caso. Coimbra: Almedina, 2010. p. 90: "el concepto normativo de daño no resuelve

En la secuencia del trabajo, por tanto, se observará la tentativa de demostrar la posibilidad de la teoría del daño, de acuerdo con una noción estricta, contribuir de forma efectiva para ese trabajo de selección de perjuicios indemnizables.

1.2. El daño indemnizable como menoscabo de bienes

En el presente subcapítulo se observará el inicio de una tentativa, que acabará por permear la integralidad del presente trabajo: el tratamiento del daño de una forma independiente, sin inmiscuirse, en la medida de lo posible, con otros requisitos de la responsabilidad civil, consubstanciando una "visión estricta" del daño. Así, será verificada la construcción de posibles conceptos de daño, todos con contenido eficaz propio. En este ítem 1.2 será estudiado un abordaje que no parece ser el más adecuado para componer una teoría contemporánea del daño, pero, por aún ser utilizado de manera bastante frecuente, necesita tener sus elementos analizados.

1.2.1. Nociones Generales

Parte de la doctrina defiende que el daño representaría el deterioro o el menoscabo sufrido en los propios bienes de la víctima. Gran parte del pensamiento jurídico que se relaciona con esa noción de daño suele sentirse cómodo con la sinonimia entre daño y perjuicio y acepta que la noción jurídica de daño esté bastante conectada con una noción vulgar o naturalística. A esta idea también estaría vinculada la noción de desventaja, de una modificación fenoménica, sea en el campo patrimonial, sea en el campo extrapatrimonial[34].

el problema de su llenado. Aunque evita las dificultades de una comprensión social o empírica de perjuicio, *por sí solo es inoperante*. Para el aludido llenado se revelan los otros presupuestos de la responsabilidad, particularmente la ilicitud". (se resaltó)

34 Doctrinarios entienden posible separar las corrientes que consideran el daño como la lesión o deterioro de algún bien jurídico y las corrientes que lo vinculan a una simple manifestación fenoménica o consecuencia negativa, en ese sentido, BUERES, Alberto. Op. cit., p. 290-292; CALVO COSTA, Carlos A. Daño resarcible. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 79. El autor relaciona la idea de daño como consecuencia negativa a gran parte de la doctrina argentina, englobando nombres como Iturraspe, Alterini, y Bustamante Alsina. En Brasil, con posicionamiento semejante, véase: BASTOS, Daniel Deggau. *Responsabilidade civil pela perda do tempo*: dano ressarcível e categorias indenizatórias. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

Hay parte de la doctrina[35] que entiende que ese abordaje de daño se contrapone a la idea de daño como lesión a interés protegido, que se encuentra ampliamente difundida en la doctrina brasileña[36].

Para la evaluación adecuada de esa corriente, que considera el daño como lesión a bienes, es importante recordar que el entendimiento de bien es, para Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, "aproximadamente el de objeto del Derecho; más amplio, pues, que el de cosa"[37]. La amplitud de esa categoría jurídica alberga nociones como la que establece ser el bien jurídico "cualquier objeto de satisfacción"[38] o «todo lo que nos agrada»[39]. Para Jorge Bustamante Alsina, bien jurídico es todo objeto material o inmaterial, sea de valor económico o no, que sirve al hombre para satisfacer sus necesidades[40].

El bien jurídico, como objeto de Derecho, puede representar simplemente una promesa, cuando relacionado con los derechos de crédito, o un simple objeto, o hasta incluso elementos más amplios y sin satisfacción patrimonial como la vida, la libertad, el nombre, el honor, la salud, la integridad física, la intimidad y la propia persona[41].

Una visión rígida de daño como mero menoscabo de bienes gozó de gran prestigio en el Derecho Romano clásico, cuando se consideraba que el daño estaba

35 Ejemplificativamente, véase: AGUIAR DIAS, José de. Op. cit., p. 715.

36 El abordaje doctrinario que acoge esa noción de daño será analizado en el próximo capítulo.

37 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. 2, p. 80-81.

38 ZANNONI, Eduardo. A. *El daño en la responsabilidad civil*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea: 2005. p. 51; BASTOS, Daniel Deggau. Op. cit., 2019, p. 14-15.

39 PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Río de Janeiro: Forense. 1995. v. 1. p. 345.

40 BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la responsabilidad civil*. 9. ed. Abeledo Perrot: Buenos Aires, 1993. p. 238. En palabras del autor: "Bien jurídico es todo objeto material o inmaterial, sea de valor económico o no, que sirve al hombre para satisfacer sus necesidades" (Ibidem, p. 238). En el mismo sentido, DE CUPIS, Adriano. *El Daño:* teoría general de la responsabilidad civil. 2. ed. Barcelona: Bosch. 1975. p. 109.

41 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. 2, 2012, p. 74; PEREIRA, Caio Mario da Silva. Op. cit., p. 345, BUERES, Alberto. Op. cit., p. 285; ZANNONI, Eduardo. Op. cit., 2005, p. 51. BASTOS, Daniel Deggau. Op. cit., p. 14-15. Esta visión de bien no es unánime y pueden ser encontradas importantes voces con pensamiento distinto. En ese sentido, ejemplificativamente, véase: RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 116. "Con efecto, cosa es el género del cual bien es especie. La diferencia específica está en el hecho de esta última incluir en su comprensión la idea de utilidad y rareza, o sea, la de tener valor económico" (cursivas en el original)

íntimamente vinculado con el valor del bien lesionado, normalmente entendido como cosa (*quanti aea res est*)[42]. Ese abordaje con relación al daño poseía, en la concepción de los juristas de la época, la ventaja de la practicidad y de la certeza en la cuantificación del perjuicio[43], teniendo en vista soportar una visión estática del daño, sobre todo en un ambiente que normalmente establecía la sinonimia entre bien y cosa. Esa noción de daño se alinea con la observación naturalística del fenómeno dañoso, equivaliéndose a la acepción dominante de lo que sería el daño.

Se admite, sin embargo, que ese período del Derecho Romano ya convivía con la idea de un abordaje subjetivo y relacional del daño, representada por el *id quod interest*[44], noción que está en la base del desarrollo del concepto de "interés" y que será mejor desarrollada en los capítulos posteriores.

Semejante a la línea de desarrollo observada en el Derecho Romano, la crítica de los autores modernos a la noción de daño como menoscabo de bienes se centra exactamente en la contraposición con la noción de daño como interés o como lesión a interés[45]. En la hipótesis de destrucción de una residencia, por ejemplo, el valor de mercado del bien no sería obligatoriamente el único criterio para demarcar el daño, sino el valor que esa casa tendría para su propietario, o sea, un valor subjetivo extraído de una condición relacional y particular entre el bien lesionado y su titular[46], traducida por la noción de interés. Un mismo objeto (bien) lesionado, como una casa o un apartamento, puede generar, por ejemplo, daños distintos para su propietario y para su locatario, pues ellos poseen intereses distintos con relación a ese bien[47].

42 ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations*: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Ciudad del Cabo: Juta & Co, 1990. p. 824, 970 y ss.

43 REINIG, Guilherme Henrique Lima. *O problema da causalidade na responsabilidade civil*: a teoria do escopo de proteção da norma (*Schutzzwecktheorie*) e sua aplicabilidade no Direito Civil brasileiro. São Paulo: Tesis de Doctorado – Universidad de São Paulo, 2015. p. 43.

44 REINIG, Guilherme Henrique Lima. Op. cit., p. 43.

45 Todo el desarrollo de la teoría del daño relacionada al interés será abordado en los próximos capítulos del presente trabajo.

46 BUERES, Alberto. Op. cit., p. 303.

47 NOLAN, Donal. Op. cit., 2017, p. 261. Para el autor, "While the issue of exactly what interest is required need not detain us here, the fact that more than one person may have a sufficient interest to bring a claim in respect of damaged property–bailor and bailee, legal and equitable owner–shows us *that 'damage' in this context is a normative concept* associated with a person, not a factual concept associated with a particular physical entity." (se resaltó). En sentido semejante, véase: CALVO COSTA, Carlos A. Op. cit., p. 73.

Cuando de la sustracción o destrucción de determinado numerario del bolsillo de la víctima, el daño no estaría representado por esa noción naturalística de menoscabo (*pretium commune*), sino exactamente en la noción de interés, entendido como la idoneidad que ese bien poseía para satisfacer la necesidad específica de su titular[48] (*pretium singolare*).

A pesar de las críticas relatadas, la visión de daño como menoscabo de bienes es compartida por gran parte de la doctrina brasileña[49], ocurriendo en otros países que influenciaron largamente la cultura jurídica de Brasil[50].

48 BASTOS, Daniel Deggau. Op. cit., p. 17.

49 La propia noción de daño de Agostinho Alvim parece llevar en consideración esa especie de daño íntimamente conectado con el deterioro de bienes y con las consecuencias negativas para la víctima, véase: "Nosotros entendemos que el término daño, en sentido amplio, viene a ser la lesión de cualquier bien jurídico, y ahí se incluye el daño moral. Pero, en sentido estricto, el daño es, para nosotros, la lesión del patrimonio; el patrimonio es el conjunto de las relaciones jurídicas de una persona, apreciables en dinero. Se aprecia el daño teniendo en vista la disminución sufrida en el patrimonio" (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 187). Hay autores contemporáneos que replican el entendimiento del maestro, en ese sentido, véase el comentario de Carlos Roberto Gonçalves a la posición de Alvim, "Esa opinión sintetiza bien el asunto, pues, mientras el concepto clásico de daño es el de que constituye él una 'disminución del patrimonio', algunos autores lo definen como la disminución o sustracción de un 'bien jurídico', para abarcar no solo el patrimonio, sino el honor, la salud, la vida, susceptibles de protección." (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. v. 4. p. 362). En sentido semejante se tiene la opinión de Maria Helena Diniz: "Como nos enseña Carlos Alberto Bittar, el daño es perjuicio resarcible experimentado por el lesionado, traduciéndose, si patrimonial, por la disminución patrimonial sufrida por alguien en razón de la acción desencadenada por el agente, pero puede alcanzar elementos de cuño pecuniario y moral". Para la autora, la noción de disminución o destrucción de bienes (aún que acrecida de la lesión a "intereses jurídicos") se armoniza con el trecho transcrito, como se puede notar del siguiente pasaje: "el daño puede ser definido como la lesión (disminución o destrucción) que, debido a un cierto evento, sufre una persona, contra su voluntad, y cualquier bien o interés jurídico, patrimonial o moral" (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil*: responsabilidade civil. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 63).

50 El autor, haciendo referencia al Derecho portugués, enseña que en las últimas décadas no hubo grandes trabajos monográficos sobre el tema y entiende que "normalmente la doctrina fornece una noción general de daño – como la lesión o perjuicio real, bajo la forma de destrucción, sustracción o deterioro de un cierto bien, lesión de bienes jurídicamente protegidos del lesionado, patrimoniales o no, o simplemente una desventaja de una persona que es jurídicamente relevante, por ser tutelada por el Derecho – y se refiere, después, específicamente para el daño patrimonial que el daño es la 'desventaja que es causada a alguien en su patrimonio, derechos o en la persona' (formulación del parágrafo 1293 del ABGB austríaco)" (MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 539-540).

Es importante notar que parte de la doctrina brasileña acaba por aliar la noción de daño como lesión a bien jurídico con la comparación entre la situación fáctica en que la víctima se encontraba antes del hecho dañoso y la situación fáctica observada "inmediatamente después de su práctica"[51]. En el próximo capítulo será demostrado que ese abordaje, que apenas compara dos situaciones fácticas, no se confunde con la "hipótesis diferencial" encontrada en la teoría de la diferencia, que es normativamente construida.

En Francia, la distinción entre daño y perjuicio posee relación con este estudio, pues puede presentar conexiones conceptuales y funcionales con una visión naturalística de lesión, deterioración o menoscabo de bienes. La visión que identifica el daño a la lesión a una cosa, a una persona o a una situación, mientras el perjuicio sería apenas la consecuencia de esta lesión, pasó a ser considerada con mayor seriedad después de la década de 50 del siglo pasado. El perjuicio podría ser patrimonial o extrapatrimonial, independientemente de la naturaleza del bien lesionado. Sin embargo, considerable parte doctrinaria no ve cualquier utilidad práctica en la distinción entre los dos conceptos[52].

Geneviève Viney y Patrice Jourdain entienden que la distinción entre daño y perjuicio no trae mayor interés práctico, siendo que ambos términos son tratados, en su obra, como "les conséquences d'une atteinte a une personne ou a un bien, qu'on les nomme préjudice ou dommage"[53].

51 En ese sentido, enseña Araken de Assis: "el daño patrimonial consiste en la pérdida, destrucción o deterioración de algún bien insertado en el patrimonio de alguien. Él decurre de la comparación entre el estado patrimonial antes de la ocurrencia del ilícito y después de su práctica" (ASSIS, Araken de. Liquidación del daño. *Revista dos Tribunais*, n. 759, p. 11-23, ene. 1999). Esa visión difiere de la sistemática pregonada por la teoría de la diferencia. Como será explicado en el próximo capítulo, la teoría de la diferencia se apoya en la "hipótesis diferencial" constituida por la comparación del estado en que se encuentra la víctima después del evento dañoso y el estado en que ella estaría si este mismo evento no hubiera existido. Esa comparación no puede ser confundida con la que se efectúa entre los estados de la víctima observados inmediatamente antes y después del estado dañoso, una comparación fáctica que apenas retrata la deterioración del bien jurídico.

52 BORGHETTI, Jean-Sébastien. Op. Cit., p. 4; LE TOURNEAU, Philippe. Op. cit., p. 556 "[...] Il est d'usage, en droit français, de tenir pour synonyme les termes de dommage et de préjudice." Alértese que ambos autores apenas traen una visión panorámica del Derecho francés, ya que son algunos de los mayores críticos de la sinonimia entre daño y perjuicio.

53 VINEY, Geneviéve; JOURDAIN, Patrice. Traité de Droit Civil. 4. ed. París: L.G.D.J., 2013. V. Les conditions de la responsabilité, p. 4.

Esa visión del daño podría parecer contradictoria con la afirmación hecha en momento posterior de la obra de los autores, en que encontramos la expresión "el perjuicio es la lesión a un interés"[54], pero es importante notar que la noción de interés utilizada por los autores guarda relación con el id quod interest que será desarrollado en el próximo capítulo[55].

Así, los autores se apartan de la llamada "fórmula" del "interés legítimo jurídicamente protegido"[56] más conectada al ámbito de la ilicitud[57] y utilizada esporádicamente por la jurisprudencia francesa para limitar la protección a algunas situaciones jurídicas, como lo que ocurrió con el perjuicio reflejo sufrido por la concubina en las hipótesis de muerte de su concubino[58].

Ante este contexto complejo, los autores afirman que el daño, en Francia, es normalmente entendido, por los jueces, con el mismo significado contenido en el lenguaje común, es decir, como sinónimo de perjuicio[59]. Así, defienden que, a pesar de importantes voces disidentes[60], también es razonable considerar que la noción de pérdida o desventaja sea, para muchos, suficiente para caracterizar la noción jurídica de daño indemnizable[61]. Parte de la doctrina considera que esta visión de daño naturalístico coincidiría con la visión normativa de daño[62].

En el próximo capítulo serán examinadas corrientes doctrinarias que presentarán conceptos normativos de daño que se apartan de la mera lesión de bienes (concepción normalmente vinculada a una visión naturalística del instituto), generalmente utilizándose de la noción de interés como fundamento teórico para sustentar tal cambio.

---

54 VINEY, Geneviéve; JOURDAIN, Patrice. Op. cit., p. 25. En el original: "Le préjudice est la lésion d'un intèrêt".

55 VINEY, Geneviéve; JOURDAIN, Patrice. Op. cit., p. 26.

56 VINEY, Geneviéve; JOURDAIN, Patrice. Op. cit., p. 19. En el original: "la lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé".

57 Las múltiples acepciones del término interés en el ámbito de la responsabilidad civil serán abordadas en el próximo capítulo.

58 VINEY, Geneviéve; JOURDAIN, Patrice. Op. cit., p. 18.

59 VINEY, Geneviéve; JOURDAIN, Patrice. Op. cit., p. 17. "En effet notre Code Civil n'a donné aucune definition du dommage, ce qui a incité les juges à se référer au concept que désigne le langage courant".

60 BORGHETTI, Jean-Sébastien. Op. cit., 2008, p. 4; LE TOURNEAU, Philippe. Op. cit., p. 556.

61 VINEY, Geneviéve; JOURDAIN, Patrice. Op. cit., p. 20.

62 DOMINGO, Elena Vicente. El Daño. In: REGLERO CAMPOS, Luis Fernando. BUSTO LAGO, José Manuel (Coord.). *Lecciones de Responsabilidad Civil*. 2. ed. Navarra: Aranzadi. 2013. p. 82.

1.2.2. Aún la división entre las acepciones estricta y amplia de daño indemnizable, especialmente con relación a la noción de daño por el prisma de la lesión a bienes

Realizando críticas específicas a las ideas carneluttianas sobre el daño como lesión a interés[6363], José de Aguiar Dias enseña que

> "como, para nosotros, es posible, como ya insinuamos, exigirse que la noción de daño se restrinja a la idea de perjuicio, esto es, el resultado de la lesión, solo por eso se muestra más adecuada que la de Carnelutti la definición de Fischer, que considera el daño en sus dos acepciones, a) vulgar, de perjuicio que alguien sufre, en su alma, en su cuerpo o sus bienes, sin indagación de quién sea el autor de la lesión de que resulta; b) la jurídica, que*, aunque partiendo de la misma concepción fundamental*, es delimitada por su concepción de pena o deber de indemnizar, y viene a ser el perjuicio sufrido por el sujeto de derechos en consecuencias de la violación de estos por hecho ajeno"[6464].

La lección del autor citado aborda el daño como lesión a bienes en una noción ampliada (alma, cuerpo y bienes), pero próxima a la idea de manifestación fenoménica[65], y, luego, emprende la distinción entre un concepto vulgar y un concepto jurídico de daño.

Interesa notar que autores como Adriano De Cupis, al contrario de Aguiar Dias, apoyan su abordaje del daño en la noción de interés, pues este sería el objeto del daño. Sin embargo, ambos poseen algunos entendimientos similares, pues el autor italiano realiza la diferenciación entre un elemento material y sustancial del daño, relacionado a una manifestación fenoménica o vulgar, y el elemento formal, advenido de la norma jurídica[66].

La unión de esos dos elementos bastaría para que el daño consubstanciara verdadero hecho jurídico, apto a atraer la atención del jurista[67]. En efecto, De

63 El desarrollo de la noción de interés será abordado en el próximo capítulo.
64 AGUIAR DIAS, José de. Op. cit., p. 715 (cursiva nuestra).
65 AGUIAR DIAS, José de. Op. cit., p. 715 (cursiva nuestra).
66 DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 8.
67 DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 81.

Cupis afirma que no todo daño recibiría la atención del Derecho y, por tanto, solamente serían considerados como hechos jurídicos aquellos daños físicos que normalmente advienen de actos antijurídicos[68].

El autor italiano de forma correcta afirma que los perjuicios derivados de actos lícitos, en la inmensa mayoría de las hipótesis, no generarán sanción jurídica, esto es, no estarán aptos a generar el deber de indemnizar en favor de la víctima[69], exactamente por no llenar la integralidad del soporte fáctico de las normas que regulan el sistema de responsabilidad civil, como los arts. 186, 187, 188 y 927 del Código Civil brasileño. Muchas manifestaciones dañosas, por tanto, no se consubstancian en hechos jurídicos[70]. Pero, el daño podrá tener un sentido jurídico aún si considerado solamente como elemento de la hipótesis de incidencia de una norma jurídica.

Ante las delimitaciones conceptuales que fueron realizadas en el ítem anterior, puede verificarse que el concepto jurídico de daño apuntado por esos autores se relaciona con el sentido amplio de "daño indemnizable". El propio Aguiar Dias admite que su concepto jurídico de daño parte de la "misma concepción fundamental" de la noción de daño vulgar y centra la diferenciación entre esas dos nociones exactamente en la posibilidad de que el daño genere el deber de indemnizar. Ilustrando su pensamiento, el autor asevera que, como no hay norma jurídica que prohíba a los sujetos de derecho disminuir su propio patrimonio, se estaría ante un mero daño vulgar cuando la disminución patrimonial parta del propio titular de bienes y derechos[7171].

68 DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 83-84. De forma semejante, consúltese CALVO COSTA, Carlos A. Op. cit., p. 62. Regístrese que se concuerda con la afirmación de que el daño, en diversas situaciones, solamente genera consecuencias jurídicas cuando conjugado con los demás requisitos de la responsabilidad civil, como ya demostrado en el subcapítulo anterior, momento en que la acepción amplia del "daño indemnizable" fue estudiada. Sin embargo, el daño puede presentar un carácter jurídico o normativo aún considerado aisladamente, tal como acontece con otros requisitos, como el nexo de causalidad.

69 En ese sentido, PETEFFI DA SILVA, Rafael. Op. cit., p. 169-214 y MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit.2020, p. 400.

70 DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 92-94. El autor entiende que, en los excepcionalísimos casos en que el daño reparable puede advenir de actos lícitos, como en el ejemplo del estado de necesidad, habría daño en sentido jurídico porque el ordenamiento confiere relevancia jurídica a ese tipo de perjuicio.

71 AGUIAR DIAS, José de. Op. cit., 1997, p. 715; y DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 84. El autor italiano se utiliza, para realizar la diferenciación de daño en sentido amplio y daño en sentido

Se opina que esa situación jurídica sería verificada porque la conducta del sujeto de derecho que disminuye su propio patrimonio no se reviste, en la mayoría de las veces, de antijuridicidad o, dependiendo del contexto, por albergar una de las hipótesis de excluyentes de causalidad (hecho exclusivo de la víctima) y es incapaz, por tanto, de generar el deber de indemnizar, exactamente por ausencia de otros requisitos de la responsabilidad civil, distintos del daño[7272].

¿Podría, por tanto, afirmarse que la noción de daño solamente podría ser considerada jurídica o normativa si fuera admitida la comunión del daño con algún otro requisito de la responsabilidad civil, principalmente la antijuridicidad (ilicitud)?

La respuesta es negativa, pues, conforme señalo en el punto 1.1. del presente trabajo, solamente una noción estricta del daño podrá garantizarle contenido eficaz propio. En ese sentido, existen categorías jurídicas que, analizadas aisladamente, pueden no llenar la integralidad del soporte fáctico de determinada norma y, consecuentemente, no atraer sanción jurídica de ninguna especie. Aún así, los elementos integrantes de la hipótesis de incidencia de un determinado dispositivo jurídico pueden ser analizados de acuerdo con su concepto jurídico o normativo, apartándose de nociones vulgares o naturalísticas[73].

Son innumerables los ejemplos que podrían ser proporcionados, pero es elocuente el análisis del término "defecto" del producto o del servicio, que se coloca como elemento esencial de algunas normas del Código de Defensa del Consumidor brasileño y tiene el significado construido jurídicamente por la doctrina y por la jurisprudencia, apartándose de cualquier noción vulgar. La conceptuación de defecto, inclusive, es objeto de sofisticados "tests" y modelados de verificación[74]. El

jurídico, exactamente del mismo ejemplo recordado por Aguiar Dias. "El perjuicio que se sufre por causa de uno mismo, se considera daño, en la acepción usual de la palabra; pero fácilmente se descubre que tal perjuicio no tiene el valor de daño (entiéndase, por supuesto, en sentido jurídico)" (Ibidem, p. 84).

72 GAMARRA, Jorge. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Montevideo: Fundación de La Cultura Universitaria, 1992. T. XIX. P. 332-336. En sentido semejante CALVO COSTA, Carlos A. Op. cit., p. 71. El propio De Cupis admite que el daño, en la situación narrada, no sería jurídico exactamente porque la conducta de su autor, que aquí se confunde con la figura de la "víctima", no sería antijurídica. (DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 92).

73 MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 540.

74 Es muy interesante la discusión doctrinaria y jurisprudencial respecto de los criterios para la identificación del defecto en los productos. El análisis de las ventajas y desventajas entre el criterio de las legítimas expectativas del consumidor y los criterios del *risk-utility test* y del *reasonable alternative design* dan cuenta de la importancia del debate previo sobre el contenido normativo de uno de

llenado de la hipótesis de incidencia de esas normas y sus consecuentes sanciones indemnizatorias solamente ocurre con la observancia, ex ante, de la categoría de defecto, normativamente construida por la ciencia jurídica para ser el factor de atribución de la responsabilidad civil por hecho del producto[75].

Además, condicionar la existencia del daño en sentido normativo al surgimiento del hecho jurídico (relación jurídica obligacional entre ofensor y víctima) tropieza en una imposibilidad lógica. Si el daño es uno de los elementos para el propio llenado de la hipótesis de incidencia de las normas encontradas en el ordenamiento jurídico nacional (designadamente el art. 927 del Código Civil) que darán sustentación para el surgimiento del hecho jurídico, el concepto normativo de daño, detentador de contenido eficaz propio, necesariamente precisa ser conocido *ex ante*, bajo pena de nunca se poder verificar la propia ocurrencia de la hipótesis de incidencia. Además, la aceptación de un concepto vulgar de daño como apto a llenar la hipótesis de incidencia de la norma puede generar algunas inequidades evidentes[76].

Lo mismo podría ser observado con relación a otros requisitos de la responsabilidad civil. El nexo de causalidad, por ejemplo, es definido por las más diversas teorías jurídicas aptas a conformar un concepto normativo y será utilizado como parámetro para la verificación del llenado de la hipótesis de incidencia de algunas normas (art. 927 del CC brasileño, por ejemplo, exige que el acto ilícito haya causado daño para generar sus consecuencias jurídicas). Sin embargo, el nexo de causalidad, observado de forma aislada, sin la compañía de otros requisitos de la responsabilidad civil, podrá no generar cualquier efecto o hecho jurídico.

---

los elementos de la hipótesis de incidencia de la norma. Para esa discusión, especialmente en los Estados Unidos, véase: BASTOS, Daniel Deggau. Op. cit., p. 89 y ss.

75 SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 120 y ss. BASTOS, Daniel Deggau. Op. cit., p. 212 y ss.

76 Véase el ejemplo que será presentado en el ítem 3.1.1, respaldado por la doctrina nacional e internacional, en que se presenta la situación de una casa destruida por tercero un poco antes de darse su destrucción, ya previamente contratada por su dueño. En ese caso, se observa todos los elementos del soporte fáctico de la norma del art. 927 del Código Civil, excepto el daño. Y existencia de un concepto normativo y jurídico de daño, que se aparta de una mera manifestación fenoménica, es el único factor a impedir el nacimiento del deber de indemnizar (hecho jurídico), exactamente por el no llenado integral de la fattispecie apuntada (art. 927). Por tanto, se tiene como necesario el conocimiento, *ex ante*, del concepto normativo de daño.

Semejante situación se encuentra en el análisis de los factores de atribución. Aún en hipótesis en que el hecho que causó el daño también se constituir en conducta ilícita, por alcanzar situación jurídica de la víctima tutelada por el ordenamiento, el deber de indemnizar puede no ser generado por la falta de conducta culposa[77], en situaciones reguladas por la responsabilidad civil subjetiva.

En esas hipótesis, el abordaje por intermedio de la dinámica procesal típica de una demanda indemnizatoria podrá facilitar el entendimiento de este punto: la reforma de una sentencia judicial, motivada por la opinión de la Corte de Apelación que admite la existencia de la culpa del ofensor, no tendría el condón de reconocer carácter normativo al daño o al nexo de causalidad, cuya existencia ya fuera admitida, según parámetros jurídicos, por la decisión reformada. La decisión de segundo grado, al verificar la culpa del ofensor, apenas concluiría por la observancia de la integralidad de los elementos necesarios para llenar la hipótesis de incidencia de las normas que compone el sistema de responsabilidad civil, ratificando, en el caso concreto, la existencia del daño y del nexo de causalidad, en su acepción jurídica o normativa, además de admitir la culpa (también en su acepción normativa), cuya existencia había sido negada por la instancia inferior.

El daño integra el soporte fáctico de las normas más basilares para la conformación del sistema de responsabilidad civil brasileño, en especial la norma positivada en el art. 927 del Código Civil. El llenado meramente parcial de la *fattispecie* de esas normas, por intermedio de la verificación concreta del daño, en su acepción jurídica o normativa, puede no ser suficiente para generar su consecuencia jurídica típica (creación del hecho jurídico lato sensu representado por la relación jurídica obligacional entre víctima y ofensor y el consecuente deber de indemnizar), pero no posee el condón de imponer al daño la condición de elemento meramente vulgar o naturalístico.

Concerniente a la interacción entre daño y antijuridicidad, muy destacada en el pensamiento de los autores citados en este subcapítulo, piénsese en el caso de una acción indemnizatoria movida contra una persona que causó la tetraplejia del autor de la demanda. Podría imaginarse un nexo etiológico ampliamente comprobado, analizado dentro de las balizas conceptuales establecidas por las teorías

77 Puede concebirse el ejemplo de posible aplicabilidad de responsabilidad subjetiva cuando el médico cirujano causa secuela física en paciente, pero no es condenado a indemnizar el daño porque este fue causado con ausencia de negligencia, imprudencia o impericia.

jurídicas sobre causalidad. Sin embargo, si verificado que el perjuicio sufrido por la víctima ocurrió debido a un acto del demandado realizado en legítima defensa, la demanda no generaría ninguna consecuencia jurídica.

La pre-excluyente de ilicitud (legítima defensa) impide el nacimiento de la relación jurídica obligacional entre las partes, caracterizada por el deber de indemnizar del ofensor y el correspondiente derecho de crédito de la víctima. Aún así, el nexo de causalidad y el daño, analizados por el juzgador en el caso concreto, se mantendrían con el *status* de categoría jurídica, informada por un correspondiente concepto normativo. La observancia de la legítima defensa, por tanto, no tendría el condón de transformar esos elementos en una mera manifestación vulgar o naturalística, pues su existencia previa fue confirmada de acuerdo con patrones normativos.

Si posicionamiento distinto fuera defendido, el criterio para distinguir la noción vulgar de la noción normativa de daño sería exclusivamente dependiente de factores casuísticos y exógenos al propio daño, como, en los ejemplos examinados, la ilicitud (legítima defensa) o la culpa. Irónicamente, el daño específico y concreto (tetraplejia) transitaría entre la noción vulgar y la noción jurídica de acuerdo con el sabor de las opiniones de las varias instancias decisorias respecto de la existencia de otros requisitos de la responsabilidad civil, imposibilitando una verdadera teoría del daño.

Teorías relacionadas con la acepción estricta de daño indemnizable, como la *compensatio lucri cum damno*, demuestran que una sofisticada teoría del daño, imbricada con un concepto normativo o jurídico, puede ser desarrollada sin la dependencia lógica y dogmática de los otros requisitos de la responsabilidad civil, comprobando la viabilidad teórica de un concepto jurídico de daño, apartado de la noción amplia de "daño indemnizable".

Importante subrayar que no se está defendiendo que la noción de daño como sinónimo de consecuencias negativa o de menoscabo de bienes sería la mejor conformación de un concepto normativo de daño, apenas se está afirmando, por ahora, que un concepto normativo de daño no puede depender de otros requisitos de la responsabilidad civil, bajo pena de estarse, una vez más, utilizándose de un concepto amplio de "daño indemnizable", relegándolo a un estado "inerte" y apartándolo de un contenido eficaz propio[78].

78 Recuérdese la lección de Carneiro da Frada contenida en la nota 33.

Sin embargo, se repudia, desde luego, la creación de un dualismo radical entre visiones fácticas o naturalísticas y nociones jurídicas de daño, pues parece evidente que no existe una noción puramente normativa del instituto, aislada de una base fáctica[79].

Una vez más se afirma que la noción amplia de daño indemnizable no sufre de ningún vicio ontológico y puede mostrarse muy útil, principalmente en estudios de derecho comparado, cuando será utilizada para determinar si algún daño específico (*wrongful conception*, por ejemplo) puede ser "indemnizable" en determinado ordenamiento jurídico. La visión amplia apenas no es verdaderamente útil para albergar un concepto jurídico de daño en cuanto requisito autónomo de la responsabilidad civil.

2. La construcción histórica de la noción de interés (*id quod interest*) y sus múltiples acepciones contemporáneas

En el primer capítulo fueron trazados los parámetros para una noción estricta de daño, necesarios para el establecimiento de los contornos de un concepto jurídico con contenido eficacial propio, además de esclarecer una de sus posibles manifestaciones: el daño como menoscabo de bienes. En el capítulo que se inicia, serán exploradas teorías más complejas y sofisticadas, que respaldan conceptos jurídicos de daño, en su visión estricta, utilizándose de la noción de interés.

2.1. Los primeros desarrollos de la noción de interés: *id quod interest* y la teoría de la diferencia

El desarrollo histórico de la noción del *id quod interest* es fundamental para una correcta comprensión de la teoría de la diferencia y sustenta la inexistencia de oposición conceptual entre esta y la noción de interés.

Originalmente, el Derecho Romano, en las hipótesis de daños advenidos de incumplimiento contractual, se guiaba largamente por una tendencia objetiva de indemnización de perjuicios, basada en el *quanti ea res est*, o sea, en el valor

79 MOTA PINTO, Paulo. Op. Cit., p. 546, nota de pie de página 1586. El propio De Cupis entiende que no hay antinomia entre las especies de daño. En las palabras del autor: "En cuanto hecho jurídico, el daño constituye, como se ha expresado, una especie del daño entendido simplemente como fenómeno de orden físico" (DE CUPIS, Adriano. Op. Cit., p. 82-84).

objetivo del bien lesionado, poco importando si la víctima pudiera presentar algún otro tipo de perjuicio específico decurrente de la lesión[80].

También con relación al daño decurrente del hurto de algún objeto, se notaba específica tendencia objetiva de cuantificación de la indemnización, con la adición de evidente factor punitivo: el *duplum* obligaba al causador del daño a indemnizar el doble del valor del bien hurtado, apartándose de un abordaje subjetivo e individual del daño[81].

Sin embargo, el Derecho Romano pasó a convivir con la noción de *id quod interest*, época en que no se conoció un concepto general y abstracto de daño indemnizable[82], que era, muchas veces, casuísticamente determinado de acuerdo con el tipo de la *actio*[83].

A pesar de que el Derecho Romano se haya mantenido lejos de una conceptuación rigurosa del *id quod interest*, puede afirmarse, de una manera general, que esa categoría significó la introducción de un abordaje sofisticado, subjetivo y relacional en dirección al concepto de daño indemnizable, representando firme contrapunto a la noción más simple y basada exclusivamente en el valor objetivo del bien lesionado[84]. Como bien recordado por Pontes de Miranda, un mismo microscopio quebrado puede generar daños absolutamente diversos, caso su propietario sea un microbiólogo o una persona que lo tenga en sus pertenencias para simple recreación[85].

80 ZIMMERMANN, Reinhard. Op. Cit., 1990, p. 825.

81 ZIMMERMANN, Reinhard. Op. Cit., 1990, p. 932. En el original: "The thief was liable for double, and what had to be doubled was, generally speaking, not the plaintiff's interest in the object not being stolen (his 'damages', as we would put it), but the value of the stolen object at the time of the commission of the delict".

82 REINIG, Guilherme Henrique Lima. Op. cit., p. 42-43.

83 Con relación a los daños advenidos de incumplimiento contractual, véase: ZIMMERMANN, Reinhard. Op. Cit., 1990, p. 824-826.

84 REINIG, Guilherme Henrique Lima. Op. cit., p. 43; ZIMMERMANN, Reinhard. Op. cit., 1990, p. 826.

85 Pontes de Miranda ofrece ejemplo análogo: "El daño es relativo, depende de las circunstancias objetivas y subjetivas. El daño que se causa al microbiólogo, quebrándosele el microscopio, no es el mismo que se causaría al sertanejo, o al trabajador del campo, que, sin usarlo prácticamente, tuviera un microscopio entre los objetos de su casa" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. 53, p. 154). En sentido semejante, Mariano Izquierdo, utilizando las expresiones daño común y daño propio, siendo este último el daño como fenómeno relacional (YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Op. cit., 2015, p. 161).

Aún en relación a los daños tipificados en la Lex Aquilia, que originalmente estipulaban un abordaje objetivo de los daños, puede afirmarse que, al final del período clásico, el cambio en dirección a la utilización del *id quod interest* ya podía ser notado y la noción de daño ya no estaba más restrita a formas basadas en standards objetivos rígidos, pero había mayoritariamente avanzado para una noción relacional. El *id quod interest*, por tanto, abría la posibilidad de la indemnización específica del daño particular sufrido por cada una de las víctimas en decurrencia del evento dañoso, dando guarida "para lo que los juristas del *ius commune denominaban de damnum emergens y lucrum cessans*"[86].

Durante la edad media, no se vislumbró un avance considerable en el concepto de interés, siendo imposible identificar un contenido estable para el instituto, pero la característica subjetiva y relacional del *id quod interest* permanecía presente[87].

La pandectística alemana constituye el período histórico de importancia más evidente para el *id quod interest* y para la teoría de la diferencia, pues concibió la idea de interés de la víctima libre de las amarras objetivas de los períodos pretéritos y, por consiguiente, vinculada a una noción de reparación integral del perjuicio. Como método para la averiguación concreta de la reparación integral, la doctrina se aproximó de una "hipótesis diferencial", caracterizada por la comparación de la situación patrimonial real en que la víctima se encuentra después del daño y de la situación hipotética en la cual ella estaría si el evento dañoso no hubiera ocurrido[88].

86 ZIMMERMANN, Reinhard. Op. Cit., p. 972. En el original: "The same development from a standardized way of evaluating merely the diminution in value of the damaged object to a refined evaluation of the individual plaintiff's damages took place with regard to the 'quanti ea res erit' clause in chapter three. Generally speaking, the plaintiff received compensation for what the jurists of the ius commune dubbed damnum emergens and lucrum cessans".

87 REINIG, Guilherme Henrique Lima. Op. cit., p. 48. Para el autor: "los glosadores elaboraron un concepto de interés pormenorizado, tomando como punto de partida las relaciones personales del lesionado" (Ibidem, p. 48).

88 ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 596; ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2011. V. 1. P. 599. La teoría fue expresamente adoptada en algunos diplomas jurídicos, como el Código Civil portugués, art. 566, cuyo número 02 dispone que "la indemnización en dinero tiene como medida la diferencia entre la situación patrimonial del lesionado, en la fecha más reciente que pueda ser atendida por el tribunal, y la que tendría en esa fecha si no existieran daños". Igualmente, el BGB, en su parágrafo 249, número 01, define que "la persona responsable por los daños debe restaurar la posición que existiría si la circunstancia que la obliga a reparar los daños no hubiera ocurrido" (Section 249 – Nature and extent of damages. (1) A person who is

Como exponente mayor de esa idea comparativa aparece Friedrich Mommsen, creador de la *Differenztheorie*, para quien el concepto de *id quod interest* consubstancia exactamente la hipótesis diferencial referida[89].

Por ser una teoría creada en el siglo XIX y, por tanto, solamente dedicada a los daños patrimoniales, la aplicación concreta de la teoría de la diferencia se encuentra muy vinculada a la admisión de las categorías de daño emergente y lucros cesantes, que representaban "la extensión posible del interés a ser averiguado concretamente"[90]. En efecto, la noción de daño balizada por la situación concreta de la víctima, refrendada por la teoría de la diferencia, se muestra fundamental para respaldar algunas manifestaciones contemporáneas del daño, como la categoría de lucros cesantes[91]. El daño entendido meramente como observación de una manifestación fenoménica, esto es, dentro de una noción

liable in damages must restore the position that would exist if the circumstance obliging him to pay damages had not occurred. (2) Where damages are payable for injury to a person or damage to a thing, the obligee may demand the required monetary amount in lieu of restoration. When a thing is damaged, the monetary amount required under sentence 1 only includes value-added tax if and to the extent that it is actually incurred. (ALEMANIA. Bürgerliches Gesetzbuch. 1900. Disponible en: [www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html]. Acceso en: 29.03.2023). Para una noción de la teoría de la diferencia en la en la hipótesis de daños causados por incumplimiento contractual, véase: LARENZ, Karl. *Derecho Civil-Parte General*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1978. p. 820).

89 ANTUNES VARELA, João de Matos. Op. cit., p. 907 y REINIG, Guilherme Henrique Lima. Op. cit., p. 61.

90 REINIG, Guilherme Henrique Lima. Op. cit., p. 66-67. "La teoría del interés es la condensación formal del principio de la reparación integral. [...] El *damnum emergens* y el *lucrum cessans* designan, de esa forma, la extensión posible del interés a ser averiguado concretamente").

91 En la doctrina contemporánea, relacionado expresamente a indemnización de los lucros cesantes con la teoría de la diferencia, véase: WINIGER, Bénédict. Comparative Report (Subjective Value). In: WINIGER, Bénédict; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *Digest of European Tort Law*. Berlin: De Gruyter. 2011. V. 2: essential cases on damage. P.165. "Several reports establish a link between subjective damage and loss of profit. [...] Subjective damage can also serve the general principle that the victim should be placed into the situation in which he or she would be without the damaging"; PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina. 1998. p. 200 y ss.; y Parte de la doctrina brasileña posee una noción diversa y peculiar de la Teoría de la Diferencia, identificando una incompatibilidad entre esta y la categoría de los lucros cesantes. En ese sentido, véase: SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit., p. 141. Considerando que la Teoría de la Diferencia representaría un óbice no apenas para la categoría de lucros cesantes, sino también para la responsabilidad por la pérdida de una chance, véase: SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007. p. 98.

naturalística, no es suficiente para albergar la pre-exclusión de lucros (lucros cesantes) como elemento a ser indemnizado. Aún que la noción de daño como mero menoscabo objetivo de bienes pueda albergar algunas manifestaciones de daños emergentes[92], la hipótesis diferencial será importante para la identificación de situaciones más complejas[93].

Exactamente como se ha observado en los primeros desarrollos del *id quod interest* por los Romanos, la doctrina contemporánea atestigua que en hipótesis de daños representados por destrucción de bienes materiales, "aún que el valor venal del bien constituya un daño de inescusable referencia, es necesario adecuar la estimación al valor que dicho bien tenga para la víctima"[94].

Fue utilizándose de la noción relacional inmanente a la fórmula comparativa de Mommsen que Rudolf von Ihering, algunos años después, forjó las categorías de interés contractual positivo e interés contractual negativo, las cuales representaban el daño indemnizable sufrido por los actores de la relación obligacional en dos distintas situaciones[95].

La *diferencia* buscada por la teoría solamente puede ser extraída de una operación de comparación entre una situación fáctica, observada después del daño, y una situación contrafáctica e hipotética, que advendrá de una suposición, más o menos precisa, del estado en que estaría la víctima caso el evento dañoso no hubiera ocurrido. Se tiene, por tanto, como resultado de esa operación, una "hipótesis diferencial", resultante de la comparación "entre una grandeza fáctica y una normativa"[96]. En el ítem 1.1 del presente trabajo se demostró la dificultad que los sistemas ligados a la tradición de la *Common Law* poseen para presentar con un concepto unitario de daño, teniendo en vista la multiplicidad de *torts*. Sin embargo, puede afirmarse que la concepción mayoritaria y la Suprema Corte de Inglaterra, al enfrentar casos que poseen el *loss* con uno de los requisitos para

92 DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Civitas/Thomson Reuters, 2011. v. 5. p. 330.

93 De manera correcta, defendiendo la aplicación de una situación hipotética para la identificación de los daños emergentes, véase: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes*: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 67.

94 BUSTO LAGO, José Manuel. *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Tecnos, 1998. p. 71.

95 STEINER, Renata. *Reparação de danos*: interesse positivo e interesse negativo São Paulo: Quartier Latin. 2018. p. 43 y ss.

96 MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 541.

el surgimiento del deber de indemnizar, afirman la presencia de una hipótesis diferencial, en que uno de los elementos surge de un análisis contrafáctico[97].

Ante lo expuesto, se nota que el contenido normativo es inmanente a la noción de daño vinculado a la teoría de la diferencia. No es correcto afirmar, por tanto, que la aplicación de esa teoría, muy atrelada a la noción de consecuencias negativas, estaría obligatoriamente vinculada a un concepto naturalístico o vulgar de daño[98], pues la "diferencia es, por lo menos por uno de sus términos, normativamente construida"[99].

De ese modo, la teoría de la diferencia es capaz de conferir un tratamiento normativo sofisticado a los perjuicios sufridos por la víctima como consecuencia del evento dañoso, armonizándose con un concepto jurídico de daño. La consecuencia dañosa sufrida por la víctima, traducida por el concepto jurídico y normativo de hipótesis diferencial, no se restringe o se iguala a la mera manifestación fenoménica típica del concepto naturalístico de daño y, por tanto, no se restringe a la idea de daño como mera destrucción, deterioración o perecimiento de bienes[100]. Como bien apuntado por Pontes de Miranda en el recién recordado ejemplo del microscopio quebrado, importa lo que determinado bien lesionado producía de valor para una víctima determinada, subjetivamente considerada.

97 En ese sentido, STEEL, Sandy. Damages without loss. *Law Quarterly Review*, v. 139, p. 129-242, abr. 2023. p. 220 "First, it is comparative and counterfactual. It involves a comparison between two conditions: an actual condition, and a counterfactual condition, the latter being the condition the person would have been in had the wrong not occurred". (...) "This counterfactual concept of loss is adopted for two reasons. First, it can claim to be the dominant conception in the law and has recently been endorsed by the Supreme Court".

98 PIRES, Thatiane Cristina Fontão. *Vorteilsausgleichung:* la compensatio lucri cum damno en la responsabilidad civil alemana. Monografía (Graduación en Derecho) – Universidad Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. p. 55 y STEINER, Renata. Op. cit., p 54 y 55. Para quien: "El alcance de esa afirmación puede ser elucidada en la doctrina de Hans Fisher, bastante citada en el Derecho Brasileño por fuerza de su traducción al portugués de 1938. Para Fisher – *conforme lección hasta hoy predominante en Alemania* – la construcción de la teoría de la diferencia es *aclamada por la superación de la visión estricta del perjuicio natural*, el cual confundía el *damnum* con el perjuicio concreto sufrido por un bien específico;" (se subrayó). En sentido contrario, SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 97; MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense 2009. t. 2. p. 168-169; y SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit., p. 140).

99 MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 544.

100 DÍEZ-PICAZO, Luis. Op. cit., p. 330.

Es importante indicar, conforme lo anunciado en el capítulo anterior, que el desarrollo de la teoría de la diferencia se aparta y no se confunde con la idea de indemnización de la víctima mediante su recolocación al llamado *status quo ante*[101]. La mera evaluación de la situación fáctica de la víctima en el momento anterior del hecho dañoso, comparada con la situación fáctica encontrada después del evento, empíricamente constatada, se acerca a una noción objetiva, incapaz de considerar especies de perjuicios vinculados a un abordaje relacional[102].

Los desafíos contemporáneos de la responsabilidad civil estimulan parte de la doctrina a denunciar una alegada insuficiencia de la teoría de la diferencia para establecerse como mejor opción para conformar un concepto normativo de daño[103]. El análisis de la teoría de manera más atrelada a su construcción originaria suele intensificar las críticas a su actual relevancia.

Sin embargo, admitir un concepto de daño basado en una idea comparativa, esto es, en la diferencia entre la actual situación real de la víctima después del evento dañoso y la situación hipotética, normativamente construida, en que esta víctima estaría en la hipótesis de ausencia del hecho dañoso, no significa suscribir integralmente todos los aspectos de la teoría de Friedrich Mommsen, construida y desarrollada en pleno siglo XIX[104]. Se pasa ahora a analizar algunas de las críticas más frecuentes a la aplicabilidad de la teoría de la diferencia, así como la eventual posibilidad de su superación.

101 En sentido contrario, véase: SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 97 "Esta identificación del daño jurídico con el daño natural (perjuicio) no se reveló tan problemática en la fase inicial de la responsabilidad civil brasileña, marcadamente patrimonialista, en que la cuantificación del daño se vincula exclusivamente a la teoría de la diferencia. De hecho, siendo averiguado por una simple ecuación matemática entre el patrimonio de la víctima anteriormente a la lesión y el mismo patrimonio en el momento que le es posterior, el daño patrimonial equivale, sustancialmente, al sentido material o vulgar de daño (daño como perjuicio). En otras palabras, habiendo decrecimiento económico, hay daño en sentido patrimonial y su resarcibilidad solamente queda excluida por la ausencia de los demás presupuestos del acto ilícito, esto es, por la ausencia de la ilicitud de la conducta o de nexo causal entre la conducta y el daño" (SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 97).

102 Para un amplio análisis de las implicaciones prácticas de una correcta aplicación de la teoría de la diferencia, véase: PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. Op. cit., p. 195-198. En el derecho brasileño, en el mismo sentido CARNAÚBA, Daniel. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: a álea e a técnica. São Paulo: Método, 2013. P. 53 y STEINER, Renata. Op. cit., p. 47.

103 DÍEZ-PICAZO, Luis. Op. Cit., 2011, p. 335.

104 MOTA PINTO, Paulo. Op. Cit., p. 555-552.

La alegación de inadecuación de la teoría de la diferencia a algunas facetas de las pretensiones indemnizatorias, como ocurre en los casos de indemnización *in natura*, puede ser apartada al constatarse que la comparación, ínsita a la hipótesis diferencial, no necesita ser realizada entre "grandezas patrimoniales", sino puede ser efectuada entre los llamados "estados reales del lesionado"[105].

Es exactamente esa noción de comparación entre situaciones de la víctima, una de ellas construida normativamente a partir de un análisis contrafáctico, que podría hasta mismo flexibilizar la principal crítica que se observa con relación a la teoría de la diferencia: su aplicabilidad a los daños extrapatrimoniales. De acuerdo con los dictámenes del art. 944 del Código Civil brasileño, se necesita evaluar la indemnización, inclusive de los daños extrapatrimoniales, conforme la "extensión del daño" y, por tanto, puede entenderse que "una fórmula comparativa también sea en ellos observable"[106].

Además, no se puede admitir que la noción de hipótesis diferencial debería ser apartada en los conocidos casos de indemnización equitativa, que pueden ser observadas, en el Derecho Brasileño, en las hipótesis de los arts. 928, parágrafo único, y 944, parágrafo único, ambos del Código Civil. Efectivamente, esos casos se apartan de la aplicación de uno de los principios más directamente relacionado a la teoría de la diferencia: el principio de la reparación integral del perjuicio[107]. Sin embargo, se observa aquí apenas una modificación en el cálculo de la indemnización, que solamente podrá ser implementada después de conocerse la integral extensión del daño en los casos concretos, no apartando, por tanto, la teoría de la diferencia "en cuanto método de determinación del daño"[108]. Ora, la indemnización equitativa, que podrá considerar innumerables elementos para la adecuada medida de la indemnización, obligatoriamente necesita partir de la determinación del daño integral en el caso concreto, obtenida por intermedio de la aludida comparación entre dos estados del lesionado.

105 MOTA PINTO, Paulo. Op. Cit., p. 559.

106 STEINER, Renata. Op. cit., p. 51. Apuntando que parte de la doctrina indica hasta mismo la aplicabilidad de los conceptos de daño emergente y de lucro cesante al área de los daños extrapatrimoniales, véase: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Op. cit, p. 68-69.

107 Para la comprensión de la indemnización equitativa en el derecho brasileño como expresión de excepción al principio de la reparación integral del perjuicio, véase: SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit., p. 80 y ss.

108 MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 54-55.

Hay gran discusión sobre la posibilidad de que la teoría de la diferencia pueda abarcar toda la complejidad del mecanismo de la *compensatio lucri cum damno*[109]. Ulrich Magnus[110] adopta posicionamiento intermediario, pues entiende que, en la actual conformación del Derecho alemán, la frontera entre la *compensatio lucri cum damno* y la operación usual de cuantificación de daños es aún vaga y posee un interés preponderantemente teórico, pues ni mismo cuestiones prácticas concernientes al *onus* probatorio advendrían de esa distinción[111]. Todavía, afirma estar bastante difundida la opinión, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, de que el instituto se distancia del simple cálculo de daños[112].

De ahí, una aplicación automática y simplista de la teoría de la diferencia haría con que todas las ventajas advenidas del acto dañoso debiesen ser descontadas en el momento de la valoración del daño. Esa utilización de la *compensatio lucri cum damno* causaría enormes injusticias en variados casos concretos, como en el ejemplo de los parientes de la víctima asesinada que posiblemente no podrían reclamar los perjuicios patrimoniales advenidos del hecho dañoso, porque fueron agraciados con una parte de la herencia[113]. Para evitarse ese tipo de injusticia, el

109 Se trató de ese tema en PETEFFI DA SILVA, Rafael; LUIZ, Fernando Vieira. *La compensatio lucri cum damno*: contornos essenciais do instituto e a necessidade de sua revisão nos casos de benefícios previdenciários. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 13, año 4, p. 281-312, oct.-dic. 2017. Entre los autores que admiten la necesidad de la teoría de la diferencia llevar en cuenta la *compensatio* está DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas. 1999. p. 319. Para el autor, "Los sostenedores de la teoría de la diferencia en materia de conceptuación del daño, no tiene más remedio que admitir la computación de beneficios." Sin embargo, el mismo autor advierte que la teoría de la diferencia propiciaría utilización automática y abstracta de la *compensatio*, incompatible con su correcta aplicación (DÍEZ-PICAZO, Luis. Op. cit., 1999, p. 335). En el mismo sentido, PANTALEÓN, Ángel Fernando. Comentario al art. 1029 del Código Civil. En: *Comentario del Código Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991. T. III, p. 1989 y ss.).

110 (MAGNUS, Ulrich. "Vorteilsausgleichung" – a typical German institute of the law of damages?. En: VAN DIJK, Chris; MAGNUS, Ulrich (Coord.). *Voordeelstoerekening naar Duits en Nederlands recht*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Nederland, 2015. P. 1. Importante recordar que, en el Derecho alemán, el instituto de la *compensatio lucri cum damno viene siendo analizado bajo el término Vorteilsausgleichung).*

111 MAGNUS, Ulrich. Op. cit., p. 3. Texto original: "A further and more precise borderline between Vorteilsausgleichung and damages calculation may be of theoretical interest but appears to be practically unnecessary. Even under the aspect of burden of proof there probably is – and should be – no difference".

112 MAGNUS, Ulrich. Op. cit., p. 2.

113 PIRES, Thatiane Cristina Fontão. Op. cit., p. 118.

instituto viene presentando criterios propios, intensamente caracterizados por nociones valorativas y casuísticas[114].

Por lo que fue expuesto, puede considerarse que la teoría de la diferencia no se coloca como efectivo fundamento primordial de la teoría de la *compensatio lucri cum damno*, pero tampoco se muestra antinómica o incompatible con la compensación de los perjuicios con las ventajas sufridas por la víctima, teniendo en vista que la hipótesis diferencial no es necesariamente construida bajo el punto de vista estrictamente "matemático", sino puede y debe llevar en cuenta elementos de orden valorativo. Por tanto, la construcción normativa de la hipótesis diferencial, llevándose en cuenta el patrimonio global de la víctima, "existe apenas en la medida en que una determinada ventaja individual pueda ser atribuida a una correspondiente desventaja independiente"[115][115], en la lección de la jurisprudencia germánica. Eventual ventaja económica, objetivamente obtenida por la víctima como consecuencia del daño, solamente será considerada en la determinación de su estado patrimonial global, observado después del evento dañoso, si satisfacer los criterios erigidos por la teoría de la *compensatio lucri cum damno*.

Durante el análisis de su aplicabilidad práctica, se observó que la teoría de la diferencia es dependiente de una hipótesis normativa y contrafáctica, fundamentándose en una

114 PETEFFI DA SILVA; LUIZ, 2017. Soportando ese entendimiento MAGNUS, Ulrich. Op. cit., 2015, p. 3 y ss.; LANGE, Hermann; SCHIEMANN, Gottfried. *Schadensersatz*. 3. Ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003. P. 486, Texto original: "*Da der Schadensersatzanspruch nach der Differenzhypothese auf den im maßgeblichen Zeitpunkt* vorhandenen Vermögenssaldo gerichtet ist, könnte man die Berücksichtigung entstandener Vorteile als Frage der Schadensberechnung qualifizieren, für die die auch im übringen geltenden Grundsätze den Ausschlag zu geben hätten. Es besteht heute weitestgehend Einigkeit, daß die Problematik der Vorteilsausgleichung nicht auf diesem Wege, sondern nur mittels wertender Entscheidungen zu bewältigen ist. Dieser Umstand erfordert eine Abgrenzung von *Vorteilsausgleichung* im eigentlichen Sinne und Schadensberechnung". Trad. De Thatiane Fontão Pires: "una vez que la pretensión indemnizatoria es dirigida, conforme la teoría de la diferencia, al balance patrimonial existente en un momento dado, podría calificarse la consideración de las ventajas resultantes como una cuestión del cálculo de los daños, para lo que los principios, de otro modo alegados, también habrían sido decisivos. Hay, hoy, consenso generalizado de que la problemática de la *Vorteilsausgleichung* [*compensatio lucri cum damno*] no debe ir por ese camino, y sí ser realizada solamente por medio de decisiones de mérito valorativas. Esa circunstancia exige una delimitación de la *Vorteilsausgleichung* en sentido estricto y del cálculo de daños" (PIRES, Thatiane Cristina Fontão. Op. cit., p. 118).

115 BGH V ZR 115/96, j. 06.06.1997. Trad. Pires a partir del original: Ein solcher Zusammenhang besteht nur insoweit, als sich ein bestimmter einzelner Vorteil auch einem bestimmten einzelnen Nachteil zuordnen l"ßt" (apud PIRES, Thatiane Cristina Fontão. Op. cit., p. 125.

visión relacional de daño, que será igualmente observada cuando se averigüe, en el próximo ítem, otros abordajes contemporáneos de la noción de interés.

Por tanto, se admite que la teoría de la diferencia traduce una noción normativa de daño con contenido eficaz propio, pues consubstancia uno de los principales marcos en el desarrollo de la teoría de la responsabilidad civil, responsable por un apartamiento de la idea de daño como mera manifestación fenoménica (naturalística), normalmente vinculada a una noción de deterioración, perecimiento o destrucción de bienes.

Parte de la doctrina alerta que el concepto contemporáneo de interés, en el ámbito de la responsabilidad civil, no se aparta de la noción relacionada a la evolución del *id quod interest*[116], íntimamente conectada con la teoría de la diferencia[117]. En países como Alemania, la noción de interés también se asocia a distintos enfoques del aspecto relacional encontrado en la teoría del daño, tal como el interés como daño patrimonial global y como contraposición al carácter objetivo de verificación del daño (*estimatio rei*), consagrando la metodología subjetiva de identificación del daño indemnizable en su concepto estricto[118]. En Inglaterra, en las hipótesis de indemnizaciones compensatorias[119] (*compensatory damages*), la comprobación de la hipótesis diferencial, consubstanciada en la idea de *loss*[120], suele ser uno de los requisitos más prestigiados[121].

116 ZIMMERMANN, Reinhard, Op.Cit.1990, p. 826, señala que "Quod actoris interest refers to the plaintiff's 'interest' (*in the modern sense of the Word*") (cursivas nuestras).

117 STEINER, Renata. Op. cit., p. 43. Respecto al daño patrimonial, esta también fue la opinión de Aguiar Dias: "La idea de interés (*id quod interest*) se une, en el sistema de indemnización, a la noción de activos como unidad de valor. El daño se establece comparando los activos realmente existentes después del daño con los que posiblemente existirían si el daño no se hubiera causado: el daño se expresa por la diferencia negativa encontrada en esta transacción" (AGUIAR DIAS, José de. Op. cit., p. 718).

118 MOTA PINTO, Paulo. Op.Cit.520-529, explica que en el Derecho portugués, la noción de interés goza de poco prestigio en la teoría general de la responsabilidad civil, pero identifica en la doctrina alemana "una predominancia para la *identificación del 'interés'* con el daño, medido en los términos de la fórmula mommseniana de la diferencia, o como medida de indemnización (esto es, la propia diferencia)".

119 Se sabe que en la tradición del *Common Law* se admiten otras modalidades de indemnizaciones, como las meramente punitivas, llamadas *punitive damage.*

120 La exacta definición de términos como *damage, loss, injury* y *harm* está lejos de ser consensual en el Derecho inglés. Algunos fallos muy conocidos de la House of Lords admiten la hipótesis de la diferencia siendo albergada bajo el concepto de *damage*. En este sentido, véase: NOLAN, Nolan. Op.Cit., 2017, p.256.

121 STEEL, Sandy. Op.Cit., p. 242.

Se nota, por tanto, que la compatibilidad de la teoría de la diferencia con los modernos desafíos impuestos por la responsabilidad civil contemporánea depende, en gran parte, de la flexibilización, actualización o comprensión más sofisticada de algunas directrices observadas en la génesis de la teoría, ocurrida en el siglo XIX.

Sin embargo, aun con el trabajo de actualización de la teoría de la diferencia, algunas soluciones observadas en diversos países, en el ámbito de la responsabilidad civil, pueden mostrarse desarmónicas con la estructura lógica de la hipótesis diferencial. Innegablemente, esta desarmonía, en la visión de respetados autores, es especialmente ilustrada por los desafíos impuestos por la problemática de la irrelevancia negativa de la causa virtual[122].

Aun no existiendo consenso doctrinario sobre la efectiva irrelevancia de la causa virtual y ni siquiera sobre constituir problemática relacionada al daño o al nexo de causalidad[123], se nota posicionamiento que sustenta que la aplicación tradicional de la teoría de la diferencia, especialmente en lo que toca a la situación contrafáctica en que estaría la víctima en la ausencia del hecho dañoso, tendría que obligatoriamente llevar en consideración la causa virtual, algo que solamente acontecería en situaciones específicas[124]. Por tanto, parte de la doctrina que acoge la tesis de la irrelevancia negativa de la causa virtual sustenta que el deber de indemnizar nacería en desfavor del causador del deterioro de un bien de la víctima, aunque no se cause un daño "entendido como 'diferencia' en el patrimonio del lesionado"[125].

Un análisis objetivo del daño, basado en el deterioro del bien jurídico afectado y alejado de la noción subjetiva concreta y dinámica[126], tendría que ser observado para admitir la indemnización de la víctima que fue muerta por el ofensor (causa directa), aun que el daño muerte fuese seguramente causado por algún tipo de

122 PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. Op.Cit., 1998, p-7-8; CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo de causalidade na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005, p. 207 y ss.

123 Véase, para un amplio análisis del problema en Portugal y Alemania, MOTA PINTO Paulo. Op.Cit., p. 639-710.

124 En el Derecho Brasileño, de acuerdo con lo dicho por Gisela Sampaio da Cruz Guedes, son ejemplos de las pocas situaciones en que el legislador confiere relevancia a la causa virtual los arts. 399, 667, 862 y 1218 del Código Civil. (CRUZ, Gisela Sampaio da. Op. Cit. 2005, p. 250-251).

125 PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. Op. Cit., 1998, p. 8.

126 MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 622.

causa virtual posterior (colapso del edificio en que la víctima estaría momentos después). De ese modo, aun admitiendo la posibilidad de considerarse la problemática de la causa virtual como una excepción que comprobaría la regla de aplicabilidad de la teoría de la diferencia, se nota que su aplicación debe ser siempre precedida de cuidadoso análisis crítico.

En este ítem se mostró el desarrollo de la noción de *id quod interest* en la tradición del Derecho Civil, consubstanciando una noción relacional y subjetiva del daño que aún hoy, en algunos ordenamientos, representa la noción jurídica contemporánea de daño indemnizable, considerado en su sentido estricto.

Aunque la contundencia de los desafíos conceptuales impuestos a la teoría de la diferencia pueda abrir espacio para renovadas nociones de interés, los modelos de comprensión de la teoría del daño basados en hipótesis diferenciales mantendrán su importancia en la contemporaneidad, contribuyendo para soportar un concepto jurídico de daño con contenido eficaz propio.

Sin embargo, por las complejidades impuestas por la aplicación contemporánea de la teoría de la diferencia y por la amplísima utilización del término "interés" en el Derecho de las Obligaciones, se hace necesario el análisis de las aplicaciones más destacadas, con el ánimo de verificar su potencialidad para consubstanciar un concepto normativo de daño.

2.2. Las múltiples acepciones del término interés: las posibilidades de entender al daño como lesión de un interés

Hasta el momento, se observó una tentativa de identificación de conceptos normativos de daño que pudiesen garantizar un contenido normativo propio para el instituto, o sea, que no transformasen el daño en mero elemento estéril, dependiente de un análisis conjunto con otros requisitos de la responsabilidad civil para alcanzar relevancia jurídica.

Se demostró que la noción de daño como interés (interés como representación del propio daño) se presenta como seria candidata para concretar el concepto jurídico contemporáneo de daño indemnizable en su acepción estricta. Hoy en día, la noción de daño como "lesión de un interés" goza de igual o mayor prestigio. Sin embargo, infelizmente, la mera enunciación de la locución "lesión de un interés" no posee el don de demarcar completamente

los límites del concepto jurídico de daño, necesitándose una profunda tarea de contextualización[127].

A pesar de que el interés es considerado una noción confusa e imprecisa[128] – especialmente por ser utilizado por innumerables áreas del Derecho, siempre con significados distintos – las posibles idiosincrasias observadas en relación con la aplicación del concepto serán profundizadas en el próximo capítulo de este trabajo.

Emilio Betti denuncia que la confusión entre una visión meramente psicológica y un abordaje normativo del interés contribuye para que se tenga una noción poco precisa de esa categoría. Debe alejarse la primera, vinculada al deseo del sujeto, y abordar el interés como la relación entre un sujeto, que ansía satisfacer sus necesidades, y el bien capaz de proveer esos anhelos y carencias[129].

Siguiendo esa línea de entendimiento, algunos autores identifican los elementos principales en la constitución de lo que se podría llamar de una noción general de interés: (i) el sujeto, (ii) la necesidad o carencia perteneciente al sujeto y (iii) el bien, detentor de la idoneidad o aptitud para satisfacer la necesidad perteneciente al sujeto. Algunos autores añaden, a estos elementos básicos, el "vínculo relacional", que sería observado "entre la facultad de apetencia o la inclinación volitiva, para la satisfacción de la necesidad con el bien; y el bien, considerado idóneo para la satisfacción de la necesidad"[130].

127 LE TOURNEAU, Philippe. Op. Cit., p. 556. En palabras del autor: "Les auteurs saisissent les préjudices à travers ses multiples variétés (préjudice matériel, moral, corporel, commercial...) plutôt que dans son essence, sauf à affirmer qu'il peut être défini d'une façon large comme étant l'atteinte à un intérêt, ce qui ne fait que déplacer la difficulté conceptuelle sans la résoudre".

128 BETTI, Emilio. Interesse. En: *Novissimo Digesto Italiano*. Traducción de Antonio Azara e Ernesto Eula. Torino: Editrice Torinense, 1962. P. 838. Para una relación entre motivo, fin e interés en el Derecho Civil, véase: SACCO, Rodolfo. *Motivo, fine, interesse*. 2012. Acesso em: [http://bddx.leggiditalia.it/cgi-bin/FulShow]. Acceso el: 03.09.2018.

129 BETTI, Emilio. Interesse. En: Novissimo Digesto Italiano. Diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula. Torino: Editrice Torinense, 1962. P. 838. "Certamente esatta è l'intuizione che muove dalla relazione di un soggetto (immaginato carente) con un bene o con una situazione prospettati siccome ad esso accessibili e valutati come idonei a colmarne la carenza e soddisfarne l'esigenza. Di qui nasce l'idea di una inclinazione o vocazione di un soggetto verso un oggetto stimato idoneo a soddisfarlo"). Para una relación entre motivo, fin e interés en el Derecho Civil, véase: SACCO, Rodolfo. *Motivo, fine, interesse*. 2012. Disponible en: [http://bddx.leggiditalia.it/cgi-bin/FulShow]. Acceso el: 03.09.2018.

130 MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 494.

Aunque circunscritos al ámbito jurídico, la multiplicidad de significados vinculados al interés es considerable, bastando recordar, inicialmente, la utilización de esa categoría en otras áreas del Derecho, como en el Derecho Público (interés público) y en el Derecho Procesal (interés de actuar). Si bien limitado al Derecho Civil, el intérprete se encuentra ante una utilización amplia de la noción de interés[131].

No se discute, por ejemplo, que el análisis del interés del acreedor en la prestación contractual es elemento fundante para el manejo de algunas posiciones jurídicas[132], como la retratada en el derecho potestativo de resolución contractual[133]. Al ilustrarse la multiplicidad de usos del interés relacionados al Derecho Civil, se descortina el problema central para el objetivo del presente trabajo: la existencia de algunos intereses que no generan el deber de indemnizar cuando violados, o sea, intereses jurídicamente tutelados que, ante una lesión, no ofrecen a su titular la pretensión reparatoria.

Considérese la hipótesis del tercero interesado en el incumplimiento de una obligación, regulada por el art. 304 del Código Civil brasileño. El ordenamiento jurídico califica como interesado aquel tercero que puede, como resultado del incumplimiento del deudor, sufrir algún tipo de efecto negativo en su propia

131 STEINER, Renata. Op. cit., p. 29-30. "Se refiere, por ejemplo, al interés del sujeto como substrato de la legitimidad – como ocurre con el interés en la anulación del negocio jurídico (art. 168, CC), en sentido análogo a la legitimidad procesal (art. 17, Código de Proceso Civil de 2015) –, al interés como objeto contractual del mandato y del seguro (p.e, la actuación y el aseguramiento de un interés), lo mismo pasándose en la gestión de negocios (arts. 653, 757 y 861, CC), y a las innumerables calificaciones de los intereses ligados a los derechos reales (interés social, legítimo, del condominio y de los poseedores, por ejemplos). En ninguna de esas menciones el legislador se preocupó – ni se considera que debería haberlo hecho – en definir el término 'interés'".

132 SACCO, Rodolfo. Op. cit., p. 6-8; y FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Adimplemento das obrigações*. São Paulo: Ed. RT, 2006.p. 43. Para el último autor: "La prestación visa primordialmente a suplir la necesidad de alguien (acreedor) de obtención de un bien o de realización de un hecho. Hasta la ocurrencia del pago, hay, de un lado, la necesidad del acreedor (decurrente de su carencia, de sus deseos, curiosidades, aspiraciones o cualquier otro móvil subjetivo) y, de otro lado, un bien o un hecho que, proveniente de otra persona (el deudor), es capaz de satisfacer esa necesidad. Entre el bien o el hecho y la necesidad se encuentra el interés, palabra que, como demuestra su origen latino (*inter est*), porta en sí el significado de estar entre algo, en el medio. Hasta la realización de la prestación, hay el interés; con ella, hay el llenado del espacio que media la necesidad y el bien o el hecho. A ello se le suele denominar 'satisfacción del interés'. (Ibidem, p. 43).

133 AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A extinção dos contratos por incumprimento do devedor; *resolução*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. P. 114 e 132; e MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 523.

esfera jurídica[134], observándose la situación del subarrendatario o del avalista como ejemplos clásicos[135]. Hay criterio normativo para la selección de los intereses tutelados: no se tutelan los meramente emocionales, observados, por ejemplo, cuando el padre o la novia del deudor intentan saldar la deuda de este para con el acreedor, en la esperanza de satisfacer sus "intereses", meramente afectivos[136].

Piénsese, por tanto, en la situación del subarrendatario que tiene como objetivo realizar el pago de los alquileres atrasados, en la tentativa de evitar una acción de desalojo, y es ilícitamente impedido por el acreedor (arrendador), el cual solamente acepta recibir la prestación directamente del arrendatario. La "lesión al interés jurídicamente tutelado" del tercero interesado, en este caso, ilícitamente perpetrada por la conducta del arrendador, abriría la posibilidad para la tutela del interés lesionado, mediante provocación del Estado-Juez y por intermedio de acciones consignatorias. Sin embargo, una eventual tutela típica de las demandas indemnizatorias solamente se ofrecería al subarrendatario lesionado en caso de efectivo daño, materializado, posiblemente, en el eventual futuro desalojo.

En caso de que el arrendatario (deudor) pudiese posteriormente saldar las obligaciones con el arrendador (acreedor) o el subarrendatario obtuviese éxito en sus demandas consignatorias, evitando el desalojo o cualquier otra consecuencia nefasta en su esfera jurídica, el desrespeto a la situación jurídica del subarrendatario, o la "lesión al interés jurídicamente tutelado", perpetrada por el arrendador, no sería fuente de un daño indemnizable.

Otros innumerables ejemplos podrían ser expuestos, como en el caso de la invasión de un inmueble comercial desactivado. En esa hipótesis, evidente es la existencia de interés jurídico del titular del derecho de propiedad en gozar de su bien con exclusividad, cuya lesión podrá ser legítimamente tutelada por el Estado-Juez, refrendando pretensiones posesorias. Una vez más, caso la invasión no genere ningún perjuicio, una "hipótesis diferencial", o la lesión a la concreta idoneidad del bien para satisfacer las necesidades de su titular, no habrá daño indemnizable a ser reparado[137].

134 FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Op. cit., p. 76.
135 FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Op. cit., p. 76.
136 FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Op. cit., p. 76.
137 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Parte especial. Direito das obrigações. Fatos ilícitos absolutos*. Atualização de Rui Stoco. São Paulo: Ed. RT, 2012. T. 53.

Teniendo en vista los ejemplos proporcionados, se nota que, en algunos Códigos Civiles, a pesar de ser encontrada innumerables veces[138], la palabra interés acaba por no respaldar el significado empleado en este texto[139]. El derecho privado se utiliza del término interés, por tanto, en "contextos *variados*, con sentidos ni siempre coincidentes, y para efectos *diversos*"[140], debiendo su significado ser revelado en cada ámbito jurídico.

¿Cómo resolver los problemas traídos por esos ejemplos, en que la lesión a un interés es observada, pero no se verifica el surgimiento de un daño a ser indemnizado? Existe la necesidad de identificarse el sentido exacto de la «lesión a interés» en el ambiente de la responsabilidad civil, estableciendo una demarcación complementaria a los límites del concepto de daño indemnizable, necesarios para amenizar la vaguedad semántica y operacional de la noción de interés, que, como ya alertado, es «aproximativa e imprecisa»[141].

En obras dedicadas al "interés contractual negativo" y al "interés contractual positivo", categorías identificadas con los daños generados en la esfera de los incumplimientos localizados en el ámbito contractual y precontractual, algunos autores dan noticia de dos significados posibles para el interés, siendo el primero afecto al ámbito de la ilicitud (antijuridicidad), o sea, referente a la situación jurídica tutelada; mientras el segundo estaría íntimamente relacionado con el daño o con su forma de cuantificación[142], pudiéndose admitir la creación de

P. 262. "El hecho puede ser hecho ilícito absoluto sin causar daño. Entró B en la casa de A, sin permiso, pero ningún perjuicio patrimonial o no-patrimonial resultó de su acto imprudente".

138 MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 488. El autor indica que la palabra interés aparece más de ochenta veces en el diploma civil portugués, pero en ningún momento con el sentido de daño o perjuicio, que sería "el candidato más relevante para densificación del substantivo presente en la expresión 'interés contractual negativo' o 'interés contractual positivo'. (MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 492 y 493).

139 STEINER, Renata. Op. cit., p. 28-30. Afirma que el término interés aparece 54 veces en el Código Civil brasileño. Aun así, las normas relacionadas a la responsabilidad civil no se utilizan de la expresión "interés" de manera expresa.

140 MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 491.

141 BETTI, Emilio. Op. Cit., p. 838.

142 MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 502. A pesar de constituir tema lateral al presente trabajo, importa notar que la simple lesión a interés jurídicamente tutelado, aunque en su conformación de "situación jurídica", no es suficiente, en algunas situaciones, para caracterizar la conducta ilícita o antijurídica del lesionante. Con efecto, la lesión a intereses innegablemente tutelados, como la vida, puede no viciar de ilicitud la conducta del lesionante, caso este esté protegido por

una dicotomía entre un "interés-posición jurídica" y el "interés-perjuicio" o "interés-daño"[143].

A pesar de la duda expuesta por la doctrina sobre la necesidad de esos conceptos para la correcta explicación de la génesis del interés-negativo y del interés-positivo, parece que la diferenciación entre las dos facetas del interés, ya conectado con la antijuridicidad (interés-posición jurídica), ya conectado con el daño, se presenta como "indubitablemente interesante"[144]. La utilización original del término interés positivo e interés negativo, en las lecciones seminales de Jhering, se restringían a la idea de perjuicio, vinculada a la noción comparativa del *id quod interest*, no inmiscuyéndose con la noción de "interés-situación jurídica" o de derecho subjetivo[145].

Ampliando el campo de análisis y alejándose de un estudio circunscrito a las categorías de interés contractual negativo y positivo, se observa que la lesión a algunos intereses vinculados a la situación jurídica de su titular puede no sancionar el "interés-daño", o sea, pueden no atraer la pretensión indemnizatoria, como ilustrado por el ya analizado ejemplo del tercero interesado. Hasta los mismos dispositivos legales específicamente dedicados a la responsabilidad civil pueden hacer referencia al interés en su acepción de mera situación jurídica[146], lo mismo

---

alguna de las pre-excluyentes, tal como la legítima defensa. Puede verse, al respecto: PETEFFI DA SILVA, Rafael. Op. cit.

143 MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 507. La presentación de la dicotomía entre "interés-situación jurídica" e "interés-daño" es grandemente basada en la obra de Claudio Turco. *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano: Giuffré. 1990.

144 MOTA PINTO, Paulo. Op. Cit., p. 517. El autor cree que referenciar el interés negativo como situación jurídica y no apenas como manifestación perjudicial puede ser interesante en el contexto italiano, "en que la noción de interés es autonomizada desde hace mucho como *situación jurídica tutelada y objeto del daño*". Pero, el autor entiende que, ante las especificidades del derecho positivo portugués, la noción de interés negativo como situación jurídica no se hace necesaria. Steiner, a pesar de igualmente alejar la solución propuesta por Claudio Turco, entiende interesante la relación de simbiosis que existiría entre las dos acepciones de interés. (STEINER, Renata. Op. cit., p. 63-64).

145 STEINER, Renata. Op. cit., p. 42-43. Las correlaciones entre el interés jurídico y los derechos subjetivos serían desarrolladas posteriormente por el autor alemán. En sentido semejante, lo confirma MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 519.

146 Véase el art. 483 del Código Civil portugués, con la interpretación encontrada en PIRES DE LIMA, Fernando Andrade; ANTUNES VARELA, João de Matos. *Código Civil anotado*. 4. Ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2011. P. 472. "La ilicitud puede consistir también en la *violación de una disposición destinada a proteger intereses ajenos*" (cursivas originales).

puede ocurrir con reglas de armonización legal, como ocurrió con la hipótesis del art. 2:101 de los Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil, de acuerdo con lo explicitado en el primer capítulo del presente trabajo.

En el Derecho Brasileño, puede recordarse del art. 81 del Código de Defensa del Consumidor, en que los "intereses y derechos de los consumidores" aparecen como "objetos de protección de la norma, al lado o en substitución a la noción de derecho subjetivo"[147], y, por tanto, alejada de la noción de daño o perjuicio.

Aún dentro de las múltiples posibilidades jurídicas del término interés en el ambiente de la responsabilidad civil, parcela de la doctrina notó fenómeno típico de la doctrina brasileña: la existencia de una llamada "teoría del interés", detentora de características particulares, capaces de sugerir una contraposición con la teoría de la diferencia[148], que alegadamente sustentaría un concepto meramente naturalístico de daño[149]. El desarrollo del presente trabajo ya demostró que la teoría de la diferencia se muestra alineada con la evolución del concepto de interés (*id quod interest*), bien como consubstancia una teoría normativa del daño, alejada de una idea meramente vulgar o naturalística. No habría, por tanto, espacio para la referida contraposición.

Sin embargo, Renata Steiner bien indica la falta de antinomia entre la teoría de la diferencia y la aludida "teoría del interés", mientras esta estuviere vinculada al "interés situación jurídica"[150]. De esta manera, las dos teorías aludidas apenas

147 STEINER, Renata. Op. cit., p. 30.

148 Con esta opinión, MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 528.

149 A pesar de presentar distinciones en sus análisis, es posible identificar, con ese abordaje, autores como SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 97; MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 168-169. Con visión parcialmente conciliadora, véase: Sanseverino "la teoría del interés es aquella que explica de modo más completo la noción moderna de daño, abriendo puertas para el reconocimiento de nuevas modalidades de perjuicio, atendiendo a una exigencia del principio de la reparación integral. Ni por eso retira la utilidad de la teoría de la diferencia, que continúa a desempeñar un importante papel en el resarcimiento de parcela expresiva de los daños materiales". (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit., p. 137-145).

150 STEINER, Renata. Op. cit., p. 64. Según la autora "Con efecto, no basta comprender lo que acontece cuando de la ocurrencia del daño – o sea, la conducción del lesionado a una situación hipotética positiva o negativa, marca de la teoría de la diferencia –, sino, antes, determinar cuándo y por cuál razón la tutela recaerá sobre el interés positivo o negativo. Eso dice respecto, esencialmente, a la comprensión de la situación jurídica tutelada, lo cual se confunde con el interés protegido en cada caso. En otras palabras, la percepción del problema a la luz de la noción de interés como objeto de protección de la norma no coloca los acentos sobre la cuestión de la consecuencia reparatoria – no sirve a su cuantificación –, y sí en el fundamento del deber de

tendrían sus eficacias notadas en momentos distintos del proceso de formación de la relación obligacional entre víctima (acreedor) y el causador del daño (deudor), presentando una relación de complementariedad.

Sin embargo, como ya se demostró, no se puede olvidar que la lesión al "interés situación jurídica" puede generar diversas formas de tutela, absolutamente distintas de la tutela indemnizatoria que caracteriza la responsabilidad civil, exactamente por no constituirse en elemento de la noción jurídica de daño, mientras este fuere entendido en su concepción estricta, dotado de contenido eficaz propio[151]. La aludida complementariedad entre las teorías referidas solamente puede ser aceptada, por tanto, dentro de los límites de la noción amplia del llamado daño indemnizable, que se confunde con la observancia de un conjunto de requisitos relacionados con la responsabilidad civil y, por tanto, con la formación del vínculo obligacional entre víctima y causador del daño.

Algo semejante podría ser observado en la doctrina italiana mayoritaria, que entiende la lesión al "interés situación jurídica" como un elemento del concepto normativo de daño (daño evento), debido a la peculiar introducción de la categoría de *danno ingiusto* por el legislador de 1942, solamente admitiendo la creación del deber de indemnizar después de la verificación de un perjuicio concreto y efectivo (daño consecuencia)[152].

---

reparar, algo que se muestra tan relevante cuanto la primera concepción antes vista". (Ibidem, p. 64).

151 ANTUNES VARELA, João de Matos. Op. cit., p. 532. El autor separa la esfera de la ilicitud, en que hay la lesión a intereses o "valores" tutelados por el derecho y el ámbito del daño, en que la consecuencia de esa lesión es observada: "una cosa es, con efecto, la calumnia o la injuria (la difamación de un facto que hiere el honor o afecta el buen nombre de una persona) y otra el daño que la calumnia o injuria causó (el despido del empleado; la pérdida de la clientela, el rompimiento del noviazgo, etc.). Y la ilicitud se reporta al hecho del agente, a su actuación, no al efecto (dañoso) que de él promana, aunque la ilicitud del hecho pueda provenir (y provenga hasta las más de las veces) del resultado (lesión o amenaza de lesión de ciertos valores tutelados por el derecho) que él produce". (Ibidem, p. 532).

152 SALVI, Cesare. *La Responsabilitá Civile*. In: IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo. *Trattato di Diritto Privato*. 2. ed. Giuffrè: Milão. 2005. p. 48 e 50; VISINTINI, Giovanna. *Trattato breve della responsabilitá civile*. 3. Ed. Padova: Cedam. 2005. p. 435; y SIRENA, Pietro. O conceito de dano na disciplina italiana e francesa da responsabilidade civil. *Revista Ajuris*, v. 47, n. 149, p. 383-408. "Configurándose, pero, apenas el daño injusto (daño-evento), otros recursos civiles (autoprotección, precaución etc.) podrán ser ejercidos, pero no subsistirá ninguna obligación de resarcimiento. La base de ese abordaje conceptual es, una vez más, establecida en la función de responsabilidad civil, que, de acuerdo con la opinión más difundida, no podría consistir en

Ese panorama sistemático italiano fue responsable por la creación de la igualmente peculiar diferenciación entre "daño evento" y "daño consecuencia"[153], siendo la primera categoría responsable por la identificación de la *ingiustizia* del daño (verificación del interés jurídicamente tutelado), relegando para la categoría de "daño consecuencia" el análisis del efectivo perjuicio sufrido por la víctima[154].

Sin embargo, dentro de las señas del ordenamiento jurídico brasileño, no se puede admitir que la lesión al "interés-daño" sea apenas un fenómeno relegado a la fase de cuantificación[155], pues la lesión de esa especie de interés es elemento esencial de la propia constitución del consecuente deber de indemnizar (relación jurídica obligacional típica del ámbito de la responsabilidad civil). Como observamos en el ejemplo del tercero interesado en la prestación contractual, donde se verificó la lesión a la situación jurídica del subarrendatario, el surgimiento de la tutela indemnizatoria en favor del lesionado fue obstado no apenas por problemas de cuantificación, sino por la propia inexistencia del *an debeatur*. Ese esclarecimiento

---

punir al infractor o impedir el acto ilícito, sino exclusivamente en la reparación de la pérdida sufrida por la víctima o por otras personas próximas a ella, como sus parientes".

153 Parte de la doctrina brasileña parece haber adoptado la lógica observada en el Derecho italiano, utilizándose del binomio daño-evento y daño-perjuicio. Según este entendimiento, el deber de indemnizar necesitaría del daño-perjuicio. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Cadastros de restrição ao crédito: dano moral. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 36, p.45-53, out./dez. 2000. p. 45-53. "El daño-evento es, pues, el daño inmediato, mientras que el daño-perjuicio es el daño mediato. *Ora, cuando se habla en daño moral, es al daño mediato, que se tiene en vista*." Complementariamente, también es posible evidenciar que ese pensamiento vincula del daño-evento al evento lesivo, en la línea del pensamiento italiano, en ese sentido, JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. O direito como sistema complexo e de 2ª Ordem; sua Autonomia, Ato nulo e Ato Ilícito, Diferença de Espírito entre Responsabilidade Civil e Penal, Necessidade de Prejuízo para Haver Direito de Indenização na Responsabilidade Civil. En: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 34.

154 VISINTINI, Giovanna. Op. Cit., p. 435; y SIRENA, Pietro. Op. Cit., p. 395. "Con base en ese abordaje conceptual, el daño-evento (daño injusto) constituye un requisito del acto ilícito como tal, siendo que el daño-consecuencia (la pérdida sufrida por la parte lesionada) constituye un otro requisito de responsabilidad civil strictu sensu, cual sea, la obligación de resarcimiento. Para que el reo sea condenado a pagar una indemnización, es necesario, por tanto, que dos requisitos distintos sean atendidos: primero, el hecho que le es imputado (generalmente a título de dolo o culpa) debe haber causado a otros daños injustos (daño–evento), en los términos del art. 2.043 del Código Civil italiano; además, como consecuencia de ese evento, el autor debe haber sufrido una pérdida (patrimonial o no patrimonial), conforme lo dispuesto en el art. 1.223 del Código Civil de 1942".

155 En sentido contrario, STEINER, Renata. Op. Cit., p. 68.

es importante para mantener un concepto de daño con contenido eficaz propio, sin que el daño pierda su función dogmática y acabe por "colapsar en la noción de acto ilícito"[156].

A pesar de las dificultades observadas, la noción de daño relacionada a la lesión a interés jurídicamente protegido se muestra fuertemente prestigiada en la doctrina contemporánea[157]. Sin embargo, la vinculación del interés protegido al ámbito de las situaciones jurídicas (antijuridicidad) hace con que importante doctrina entienda que el daño estaría localizado en las consecuencias a los intereses protegidos[158]. Esta noción es compartida por importante parcela de la doctrina sudamericana, fuertemente influenciada por la doctrina peninsular, que no se utiliza del término "daño evento", pero entiende que en las hipótesis de lesión a interés jurídicamente tutelado como un mero *daño lato sensu*, importante para respaldar algunas tutelas de garantías de derechos, como la inhibitoria, pero insuficiente para generar el daño resarcible como fenómeno típico de la pretensión indemnizatoria, que sería dependiente de las consecuencias negativas[159].

156 NOLAN, Donal. Op. cit., p. 260. En el original: "The first is that one occasionally comes across instances where the word 'damage' is in effect being used (like 'injury') as a synonym for a rights violation–in other words, a wrong. Again, this kind of usage is to be deprecated as, when 'damage' is collapsed into 'wrong', the utility of the damage concept as a distinct element of the cause of action for negligence is lost" (cursivas nuestras).

157 Véase, CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; CARRÁ, Denise Sá Vieira. Dano in re ipsa, responsabilidade civil sem dano e o feitiço de Áquila: ou de como coisas distintas podem coexistir sem se tocar. *Revista Jurídica da FA7*, v. 16, n. 2, p. 115-131, jul.-dez. 2019. P. 123; SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 97; MARINO, Francisco De Crescenzo. Perdas e danos. En: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Orgs). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 655 (el autor utiliza la división entre daño evento y daño perjuicio para señalar la diversa eficacia del interés).

158 En una obra reciente, Judith Martins-Costa comprende esos aspectos, visualizando el daño como la consecuencia de la lesión de interés y no como lesión de interés: "Se trata, pues, del efecto (disminución o sustracción) de la lesión a un interés tutelado por el derecho" y "[...] el daño extrapatrimonial dice respecto a las repercusiones no patrimoniales de lesiones a intereses y a bienes jurídicos integrantes de la esfera del lesionado [...]" (cursivas nuestras). (MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 407 y 409). En el mismo sentido, CARBONAR, Dante O. Frazon. Dano: uma nova abordagem para a Responsabilidade Civil contemporânea. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 31, ano 9, p. 155-192, abr.-jun. 2022. p. 164.

159 En ese sentido, CALVO COSTA, Carlos A. Op. cit., p. 74 y 79; BUERES, Alberto. Op. cit., p. 291.

En un primer momento, las delimitaciones conceptuales aquí propuestas pueden parecer alimentar un academicismo estéril, ya que tanto el "interés-situación jurídica" (entendido en conexión con la antijuridicidad) como el "interés-daño" deben hacer parte de la miríada de elementos integrantes de la responsabilidad civil, necesarios para posibilitar el surgimiento del deber de indemnizar.

Sin embargo, se cree que una limitación más rigorosa de la noción de daño, advenida de la diferenciación de las innumerables acepciones del término interés, representa el instrumental teórico más apto a densificar los límites conceptuales del instituto en sentido estricto, aceptado dentro de las balizas del ordenamiento jurídico brasileño. Como se verá en el próximo ítem, algunas diferencias operacionales podrán ser notadas dependiendo del abordaje a ser adoptado.

Así, la diferenciación rigorosa de la lesión a derechos subjetivos o de situaciones jurídicas, relacionadas al ámbito de la ilicitud, con relación al concepto normativo de daño, necesita ser realizada para que un debate sobre las nuevas fronteras del daño en la responsabilidad civil pueda ser realizado de forma racional, restituyendo el papel del daño como efectivo requisito o "filtro" de la responsabilidad civil, con contenido eficaz propio.

3. El interés como soporte para la noción de daño normativo en sentido estricto: operacionalidad de los conceptos

Después de la identificación de las múltiples acepciones de interés, expuestas en el capítulo anterior, se pasa a abordar la noción de interés como elemento apto a definir y operacionalizar la noción de daño en sentido estricto, dentro de una perspectiva subjetiva y relacional.

3.1. Daño como interés y daño entendido como lesión a un interés

Aunque la tentativa de identificarse un concepto único de daño pueda ser visto por algunos autores como una aspiración juvenil[160], los dos abordajes que serán analizados en la primera parte del presente capítulo se presentan como los candidatos más sólidos para basar un concepto jurídico de daño, alineados con la tradición del *id quod interest*.

160 MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 815. O autor se refiere a un "pecado de juventud".

3.1.1. La noción de daño como interés

En el primer ítem del capítulo anterior se abordó el desarrollo de la noción de *id quod interest* hasta la construcción de la teoría de la diferencia, bien como se analizó la eventual capacidad de una adecuada interpretación de esta teoría ser capaz de enfrentar los desafíos impuestos por la responsabilidad civil contemporánea. Ante esa perspectiva, el concepto de daño se confundiría con el propio interés, traducido por la visión de la ya analizada "hipótesis diferencial", o sea, se tiene la noción de *daño como interés*.

Para ilustrar la aplicabilidad práctica de esa noción de daño en sentido estricto, recuérdese que la responsabilidad civil no tutela un bien del punto de vista estático, sino de manera relativa[161]. Además de los ejemplos del microbiólogo y del arrendatario, ya recordados en este trabajo, se tiene que la víctima que utilizaba su automóvil ilícitamente destruido por otro apenas para actividades de ocio sufrirá determinado daño, generalmente restricto a la categoría de los daños emergentes y eventuales daños extrapatrimoniales. Por otro lado, el titular del vehículo utilizado para emprender actividades comerciales observará un daño (interés) distinto, posiblemente relacionados con la categoría del lucro cesante[162].

La "hipótesis diferencial", en ambas situaciones, es sensiblemente diversa, pues las víctimas pueden encontrarse, después del evento dañoso, en situación fáctica semejante, pero la posición en que estarían sin la observancia de este mismo evento (obtenida por un pensamiento contrafáctico) es bastante dispar, pues la segunda víctima, además de contar con el vehículo inalterado, habría obtenido los lucros que la utilización del automóvil le habría proporcionado.

161 NOLAN, Donal. Op. cit., p. 261. Para el autor: "While the issue of exactly what interest is required need not detain us here, the fact that more than one person may have a sufficient interest to bring a claim in respect of damaged property–bailor and bailee, legal and equitable owner–shows us *that 'damage' in this context is a normative concept* associated with a person, not a factual concept associated with a particular physical entity." (cursivas nuestras). En sentido semejante, véase CALVO COSTA, Carlos A. Op. cit., p. 73.

162 "El daño es relativo, depende de las circunstancias objetivas y subjetivas. El daño que se causa al microbiólogo, quebrándosele el microscopio, no es semejante al que se causaría al sertanejo, o al trabajador del campo, que, sin usarlo prácticamente, tuviese un microscopio entre los objetos de su casa" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. 53, p. 154). En sentido semejante, Mariano Izquierdo, utilizando las expresiones daño común y daño propio, siendo este último el daño como fenómeno relacional. (YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Op. cit., p. 161).

La referida perspectiva relacional y subjetiva respaldada por la noción de *daño como interés* se hace notar hasta mismo en situaciones en que existe grave lesión a un determinado bien perteneciente a la esfera jurídica de la alegada víctima. Se ilustra esa característica operacional con el muy conocido ejemplo de una casa en la orilla de una carretera que es culposamente destruida por un camión descontrolado, pero que ya estaba con su demolición contratada para el día siguiente al accidente[163]. En ese caso, la destrucción definitiva del bien (casa) podría hasta mismo generar apenas una ventaja para su titular[164].

En esa hipótesis, se nota la utilidad de la noción de daño como interés para el concepto de daño, pues una visión distinta del instituto, relacionada al mero menoscabo de bienes, podría generar la incorrecta conclusión de que el responsable por la destrucción de la casa se tornaría igualmente responsable por una obligación de indemnizar. El mismo raciocinio es utilizado en la hipótesis en que un acto ilícito absoluto causa la destrucción de plantas que serían necesariamente segadas por el propietario, pues ya no más darían frutos[165]: la destrucción del bien no generó hipótesis diferencial y, por tanto, no hay daño, en el sentido jurídico, a ser reparado. Siguiéndose el raciocinio que soporta la formación del interés (*id quod interest*), se nota que no hay diferencia entre la situación fáctica del propietario del inmueble destruido o de las plantas segadas después del evento

163 DÍEZ-PICAZO, Luis. Op. Cit., p. 336. Valiéndose exactamente del mismo ejemplo. véase: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. 22, p. 296-297; BASTOS, Daniel Deggau. Op. cit., p. 17; LE TOURNEAU, Philippe. *Droit de la Responsabilité*. Action Dalloz. Paris: Dalloz, 2021-2022. p. 557.

164 LE TOURNEAU, Philippe. Op. cit., p. 557. "A la limite, un dommage peut même être source de [...] bénéfice pour la 'victime': je devais procéder à la démolition d'un vieux bâtiment, quand un poids lourd sort de la route [...] et m'évite de le faire". Evidentemente que aún se podrá observar la lesión de interés mismo en algunos casos en que el titular no pueda más disfrutar o gozar del bien. Si el dueño de una bicicleta se tornó tetrapléjico después de un accidente, este aún podrá venderla, satisfaciendo, de este modo, alguna necesidad específica suya. En la hipótesis de la casa destruida, por tratarse de bien inmueble destinado a la demolición, la posibilidad de la venta era inexistente.

165 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. 53, p. 264. "Lo que es alcanzable no son apenas derechos sobre cosas. Cualesquier derechos e intereses tales, que, heridos, disminuyan el patrimonio en que se aglutinan. Si el hecho ilícito absoluto, lato sensu, destruye o deteriora algo que es de alguien, pero tal destrucción o deterioro de ningún modo causó perjuicio (por ejemplo, la piedra arrojada rodó por un acantilado sin afectar a cualquier planta, *o sólo afectó la planta que iba a ser o debía ser cortada, porque no daría más frutos),* no hay daño que se deba resarcir" (cursivas nuestras).

causado por el indicado responsable y la situación proyectada (contrafáctica) en que él estaría en la ausencia del referido evento.

En los ejemplos presentados, los requisitos clásicos de la responsabilidad civil están presentes: acto antijurídico y hasta mismo culposo del ofensor y el nexo de causalidad entre este acto y la destrucción material de la casa o de las plantas (que equivaldría a la noción naturalística de daño, como menoscabo de bienes o como mera manifestación fenoménica). La hipótesis de incidencia de algunas normas del ordenamiento jurídico, especialmente el art. 927 del Código Civil, solamente no serán llenados por la existencia de un concepto normativamente construido de daño, basado en la noción de interés. Como la destrucción material del bien, además de los demás requisitos de la responsabilidad civil, fue observada, solamente la admisión de un daño con contenido eficaz propio puede justificar la inexistencia de indemnización. Una vez más se nota que no se trata de un problema de cuantificación, sino de afirmación del daño como requisito de la responsabilidad civil, admitiéndose la ausencia del *an debeatur*.

Este análisis está alineado con el desarrollo de la noción de interés y de la teoría de la diferencia, enfocado en el ítem 3.1, en que se demostró que la "hipótesis diferencial" extraída de la aplicación de esta teoría también depende de un análisis contrafáctico y, por tanto, distanciada de una mera noción naturalística, consubstanciando un "concepto subjetivo y una evaluación concreta del daño"[166].

Sin embargo, con relación al ejemplo de la casa destruida por el camión descontrolado, se encuentra una posición doctrinaria inclinada a considerar la teoría de la diferencia insuficiente para regular la especie. Para Díez-Picazo, la hipótesis diferencial estaría verificada, pues el bien estaba en el patrimonio antes del acto ilícito del conductor del camión, que fue responsable por su desaparecimiento (aunque parcial)[167].

166 PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. Op. cit., p. 194-195. Recuérdese que otras construcciones igualmente normativas pueden ser consideradas pertenecientes a la teoría del daño, tal como la *compensatio lucri cum damno*, que tendrá el don de obstar la creación del deber de indemnizar (sanción jurídica) mismo cuando observados todos los otros requisitos de la responsabilidad civil. Se nota, por tanto, que la construcción normativa o jurídica del concepto de daño posee amplio contenido eficaz, aunque alejada de un análisis conjunto de los otros requisitos de la responsabilidad civil.

167 DÍEZ-PICAZO, Luis. Op. Cit., p. 336.

Pereira Coelho, con acierto, contesta esa visión, al apuntar la suficiencia de la teoría de la diferencia para producir el resultado adecuado en situaciones como la narrada, concluyendo por la inexistencia de daño indemnizable. La correcta construcción de la hipótesis diferencial ocurre entre la "situación real y la situación hipotética actual del patrimonio del lesionado"[168]. No se admite, por tanto, que la diferencia sea obtenida considerando dos situaciones fácticas: la que fue verificada antes de la destrucción del bien y la situación inmediatamente posterior al acto del ofensor. Una vez más, es imperioso alejar esa noción, tan común en nuestra doctrina y jurisprudencia, de creer que la indemnización debería colocar a la víctima en *el status quo ante*, cuando lo correcto es restituir la situación patrimonial que existiría sin la ocurrencia del evento dañoso[169].

El presente ítem demostró que la teoría de la diferencia se presenta como herramienta útil y adecuada para informar un concepto normativo de daño. Sin embargo, llevándose en cuenta el raciocinio desarrollado en el ítem 2.1 del presente trabajo, se nota que algunas situaciones, como la representada por el problema de la irrelevancia negativa de la causa virtual, imponen desafíos innegables.

Además, se nota el posicionamiento visceralmente refractario a la teoría de la diferencia por parte de la mayoría de la doctrina nacional, llevando a aproximaciones con una noción vulgar de daño. Aunque no se concuerde con el núcleo de las críticas dirigidas a la teoría, normalmente provenientes de su mala comprensión[170], se reconoce que el Derecho es un fenómeno cultural y la *opinión general* sobre la teoría de la diferencia se constituye en barrera importante para su aplicación.

Ante lo expuesto, aunque se continúe considerando que el concepto jurídico de daño permanezca alineado con el racional basado en hipótesis diferenciales, los motivos declinados, más conectados a cuestiones pragmáticas que científicas, apuntan para considerar el concepto normativo de daño como *lesión* a interés

168 PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. Op. cit., p. 197. "En síntesis, habrá que proceder al apuramiento de la 'diferencia' entre la situación real y la situación hipotética actuales del patrimonio del lesionado – esto es, en la fecha más reciente posible –, debiendo el monto de la indemnización apagar o compensar la exacta separación entre ellas" (cursivas nuestras). (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. n. 65.3, B,. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. p. 529). En el derecho brasileño puede consultarse: AGUIAR DIAS, José de. Op. cit., 1997, p. 718.

169 Este tema ya se abordó en el apartado 2.1 de este artículo. En el mismo sentido, en el derecho brasileño CARNAÚBA, 2013, p. 53; STEINER, Renata. Op. cit., p. 47.

170 Ese análisis fue realizado en el ítem 201 del presente artículo.

el candidato con importantes chances de aceptación por la doctrina y por la jurisprudencia brasileñas.

3.1.2. La noción de daño como lesión a interés

Como se vio, la noción de daño como lesión a interés es bastante difundida en la doctrina contemporánea. Entre los autores latinos responsables por propagar la vinculación de un concepto normativo de daño a la acepción de interés, pero sin hacer alusión a la hipótesis diferencial, es innegable la influencia de Francesco Carnelutti. En una primera mirada, dentro de un aspecto operacional, puede verificarse que el abordaje de Carnelutti también causa la impresión de subrayar un carácter relacional y subjetivo como esencial al concepto jurídico de daño.

El maestro italiano entendía ser equivocado considerar el daño de una manera estática, como simple menoscabo a bienes. Al contrario, un pensamiento relacional debería ser forzosamente llevado en cuenta[171], pues la ofensa a un determinado bien podría lesionar diferentes intereses, dependiendo de la idoneidad de este bien para satisfacer necesidades específicas de determinada víctima.

Para los autores que tienen en Carnelutti una inspiración fuerte, mientras el bien posee la capacidad de satisfacer necesidades humanas, el interés representa la posibilidad de un sujeto de derecho específico satisfacer sus necesidades por intermedio de determinado bien[172], siguiendo la idea general de interés ya enfrentada en el ítem 2.2 del presente trabajo[173]. El bien, por tanto, se conecta con la aptitud genérica para satisfacer necesidades, de modo abstracto, mientras el interés aporta especificidad a esa aptitud, consubstanciando un análisis que obligatoriamente incluye uno o varios sujetos determinados y la idoneidad del bien para satisfacer sus necesidades. Un bien no es tutelado de manera abstracta, pues solamente sus propietarios poseen intereses tutelados que se conectan con el

171 Según Francesco Carnelutti, "[...] in altre parole il danno riguarda sempre la situazione della persona rispetto al bene, non il bene in sè. Appunto il concetto di lesione si attaglia all'interesse, non invece al bene (considerato al di fuori dal suo rapporto con un uomo). Questo è il motivo, per cui la formula può e deve essere semplificata in queste parole brevi: lesioni di interesse. Non credo che il danno possa essere definito più precisamente di così" (CARNELUTTI, Francesco. *Il danno e il reato*. 2. Milão: Cedam, 1930. p. 14).

172 BUERES, Alberto. Op. cit., 2001, p. 290; CALVO COSTA, Carlos A. Op. cit., p. 65.

173 Véase, específicamente, las notas a pie 127 y 128.

bien[174]. Según el clásico ejemplo de Carnelutti, el pan es el bien, el hambre es la necesidad y la capacidad o aptitud del pan satisfacer esa necesidad es el interés[175]. Ante lo expuesto, podría afirmarse que mientras los adeptos de las modernas visiones de la teoría de la diferencia entienden el **daño como interés**, los autores alineados con la visión carneluttiana vislumbran el daño como **lesión a interés.**

Sin embargo, algunas alertas necesitan ser hechas, pues no es posible ignorar que importante doctrina indica que las lecciones de Carnelutti sobre el interés no se conectan específicamente con la noción de perjuicio esbozada en este trabajo, antes relacionado con el con el interés como situación jurídica, es decir, como elemento objetivo del acto ilícito[176], algo que en nuestra tradición jurídica se convino llamar de antijuridicidad[177].

Como ya apuntado en el ítem 2.2, el desarrollo de la peculiar figura del *danno ingiusto*[178], en el Derecho italiano, acabó por atraer para la esfera del daño la tarea de la selección de los "intereses jurídicamente tutelados" (interés-situación jurídica), íntimamente relacionados con el elemento objetivo del acto ilícito[179].

174 DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 111; CALVO COSTA, p. 73.

175 CARNELUTTI, 1930, p. 30. Según su texto original: "La fame è un bisogno; il pane è un bene; poter mangiare il pane, questo è un interesse".

176 Nesse sentido, em relação à abordagem de Carnelutti, veja-se: Visintini: "Egli peró non disconosceva affatto que la parola 'danno'potesse venire usata anche per indicare il danno risarcibile, cioè la perdita, il mancato guadagno e in genere il depauperamento di cui può essere chiesto il risarcimento, ma aveva una chiara nozione della struttura del fatto illecito, caraterizzata, da un lato, dall'elemento soggetivo della condotta antigiuridica, alias della colpa come disobbedienza all comando, *e dall'altro lato*, *dell'elemento oggettivo*, l'atto contra ius, ovverosia la lesione di un interese giuridicamente rilevante" (cursivas nuestras) (VISINTINI, Giovanna. Op. cit., p.431-432). De igual forma, MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 530. Véase de CARNELUTTI, Francesco. *Pserseverare Diabolicum*. Foro Italiano, 1952. IV. p. 97-101.

177 BIANCA, Massimo. *Diritto Civile:* La Responsabilità. 2 ed. Milão: Giuffrè. 2012. v. 5. p. 551, nota 22. Puede verse el análisis hecho a raíz de la mención del interés hecha por la legislación de armonización de la responsabilidad civil, en el ítem 2.1 de este texto.

178 El actual Código Civil italiano no se promulgó hasta 1942. Por lo tanto, las ideas originales de Carnelutti preceden a esta legislación.

179 VISINTINI, Giovanna. op. cit., pág. 430 y siguientes. La mayor parte de la doctrina jurídica italiana entiende que el artículo 2043 eficazmente desplazó el análisis de ilegalidad al lugar del daño en sí mismo, con el advenimiento de la noción de *danno ingiusto*. En este sentido, BUSNELLI, Francesco D.; COMMANDÉ, Giovanni. Wrongfulness in the Italian Legal System. En: KOZIOL, Helmut (Coord.). *Unification of Tort Law*: Wrongfulness. Haia: Kluwer International, 1998. p. 69 e ss.; SIRENA, Pietro. Op. cit., p. 395 e LUDOVICO, Giuseppe. Danos não patrimoniais (direito italiano). En: MANUS, Pedro Paulo Teixeira; GITELMAN,

Por tanto, la noción de daño como **lesión a interés**, en la línea de la doctrina capitaneada por Carnelutti, puede presentar una diferencia bastante importante, desde el punto de vista operacional, con relación a la visión de **daño como interés**, ya desarrollada en este ítem. En efecto, ya se demostró que, en la hipótesis de una invasión de inmueble ajeno, sin que ningún perjuicio pueda ser observado como consecuencia de esta invasión, se tiene apenas la configuración de un acto ilícito absoluto[180]. Autores que entienden que el daño consubstancia una lesión a un interés jurídico como situación jurídica poseen un entendimiento diverso, creyendo encontrar, en situación idéntica, un **daño lato sensu**[181] (daño evento).

Aunque estos mismos autores admitan que ese **daño lato sensu**, carente de verdadera consecuencia lesiva, podría apenas atraer otras tutelas en favor del titular del interés lesionado, no siendo capaz de generar el deber de indemnizar (tutela resarcitoria en favor de la víctima), la diferenciación no está restringida a un academicismo estéril. Con efecto, al centrar el análisis en la situación jurídica de la víctima, el examen del eventual y efectivo perjuicio por esta sufrido acaba por ser relegado a una mera verificación de un menoscabo de bienes o de una mera manifestación fenoménica. Como afirmaba De Cupis, el criterio para considerar el daño como jurídico se encuentra en la antijuridicidad de su acto causador, siendo que lo que resta para la configuración del daño resarcible sería apenas un "simple fenómeno de orden físico"[182]. Así, según la doctrina que acoge esta noción de daño, después de verificada la lesión a la situación jurídica de la víctima (interés-situación jurídica) restaría apenas la observación de la "consecuencia negativa", de la mera manifestación naturalística y fenoménica[183] o, aún, de la "pérdida", del "ganancia no obtenida" o del "empobrecimiento"[184], o sea, algo

Suely (Orgs.). *Enciclopédia jurídica da PUCSP*. São Paulo: Editora PUCSP, 2020. t. 7 (Direito do Trabalho e Processo do Trabalho), p. 4. "[...] El artículo 2.043 identificó en el criterio de injusticia el requisito indefectible de un daño civilmente indemnizable, vinculando el concepto de daño jurídicamente relevante con la ilicitud del acto lesivo."

180 Según Pontes de Miranda: "El acto puede ser absolutamente ilícito sin causar daños. B entró en la casa de A sin permiso, pero su acto imprudente no causó daños materiales ni morales" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., vol. 53, p. 262).

181 DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 91; CALVO COSTA, Carlos A. Op. cit., p. 75 y 79.

182 DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 83 y 84. En el mismo sentido, CALVO COSTA, Carlos A. Op. cit., p. 62.

183 BUERES, Alberto. Prólogo. En: CALVO COSTA, Carlos. *Daño resarcible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 23-27.

184 VISINTINI, Giovanna. Op. cit., p. 431-432.

apartado de la noción relacional, subjetiva y concreta ligada al *id quod interest*. Centrar el análisis del interés en la situación jurídica del lesionado crea el riesgo, por tanto, de nuevamente descuidar el estudio del daño en sentido estricto, que volvería a ostentar contornos meramente naturalísticos[185].

Este tipo de abordaje podría llevar al intérprete a pensar equivocadamente el ejemplo de la casa destruida por tercero en momento en que su demolición ya estaba contratada. Según la concepción de algunos autores citados, por analizar el interés en cuanto este está vinculado a la esfera de la ilicitud, la invasión del inmueble ajeno ya sería una lesión al interés del titular del inmueble de ejercer su goce con exclusividad[186]. Por tanto, con la verificación del simple menoscabo de bien (casa destruida), esto es, con la evidente transformación fenoménica y naturalística del inmueble, los requisitos del daño en sentido "jurídico" estarían observados. Este resultado es diametralmente opuesto al encontrado con la utilización de la noción de **daño como interés**, anteriormente analizada.

A pesar del análisis emprendido en los párrafos anteriores, no se ignora que la visión de la corriente **carneluttiana**, en el análisis de la situación jurídica de la víctima, se pauta por un racional subjetivo y relacional, apartándose, aunque en el campo de la antijuridicidad (elemento objetivo del acto ilícito), de una mera lesión de bienes o de derechos subjetivos. Se cree que esta mirada comulga de los mismos criterios y principios de la noción del daño como interés, siendo que algunos autores llegan mismo a hacer alusión al *id quod interest*[187]. Por tanto, se

185 Un análisis similar se realizó en el punto 2.2, al mencionar el contraste entre la teoría de la diferencia y la llamada "teoría del interés".

186 De acuerdo con De Cupis, "Aun en los supuestos en que a primera vista, el daño no parece derivarse de la violación del derecho, una atenta reflexión induce a reparar en su presencia. Así, por ejemplo, la entrada abusiva en el fundo ajeno constituye siempre una violación dañosa de la norma protectora del interés del propietario, aunque no se haya ocasionado perjuicio alguno al cultivo, que pueda repercutir en la producción, sin embargo, con ello se ha lesionado el interés del propietario del fundo, que no debe sufrir inmisiones o invasiones en la cosa propia, por cuanto está reservada a su uso exclusivo. Se ha perjudicado, por lo expuesto, el interés al goce exclusivo, que constituye precisamente el interés protegido" (DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 91). En la misma línea, CALVO COSTA, Carlos A. Op. cit., p. 75 y 79.

187 CALVO COSTA, Carlos A. Op. cit., p. 72. El autor, al adoptar el enfoque carnelutiano del interés, enseña que "el interés —que etimológicamente significa que el interés: relación, conexión— no es más que la relación entre el sujeto que experimenta esa necesidad y la persona capaz de satisfacerla". DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 110, también hace mención directa al *id quod interés* en sus manifestaciones.

considera posible aprovechar elementos de la justificación encontrada en la línea de pensamiento de Carnelutti, en que la visión de idoneidad de determinado bien para satisfacer las necesidades de determinada víctima podría ser analizada de manera concreta y transportada para la esfera del daño, posibilitando que el **daño como lesión a interés** tuviera capacidad operacional suficiente para sustentar un concepto normativo de daño[188].

La posibilidad de relacionar el concepto jurídico de daño en sentido estricto con la lesión a interés no pasó desapercibida por parte de la doctrina. Fernando Pantaleón, al referirse al daño patrimonial, entiende que la lesión al interés que se conecta con el daño debe ser denominada de "real-concreto"[189]. Este interés "real-concreto" también puede ser entendido como un interés "subjetivo-histórico", resaltando el carácter relacional entre daño y las especificidades de la víctima lesionada. A este respecto, así se manifiesta el autor:

> "Puede definirse el daño patrimonial como la lesión de un interés valorable en dinero. Pero entendiendo 'interés' como el interés 'subjetivo-histórico' del concreto dañado en la existencia o integridad de la cosa destruida o deteriorada, o en la realización de la actividad impedida, o en la omisión de la actividad impuesta por la conducta del dañante; no como el interés 'objetivo-típico' --del que se habla cuando se define el derecho subjetivo como 'interés jurídicamente protegido'."[190]

188 Aunque se basa en premisas distintas, ya que coincide con las críticas de la doctrina española a la teoría de la diferencia, existe en el derecho brasileño una idea que sustenta la idea del daño a un interés limitado a la teoría del daño, sin interferir con la acción causante del daño. FLUMINGAM, Silvano José Gomes. *Dano-evento e dano-prejuízo*. Disertación de Maestría –USP. Orient. Antonio Junqueira de Azevedo. 2009. p. 136 y ss.

189 PANTALEÓN, Ángel Fernando. *Comentario al Código Civil. Madrid*: Ministerio de Justicia, 1991. Vol. 3, pág. 1991. Admitiendo igualmente que la noción de daño debe guiarse por un criterio subjetivo o concreto, véanse otras manifestaciones de la doctrina española: YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Op. cit., 2016, p. 162; MARTÍN-CASALS, Miquel; RIBOT, Jordi. General Overview (Spain). En: WINIGER, Bénédict; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *Digest of European Tort Law*. Berlin: De Gruyter. 2011. v. 2 (essential cases on damage). p. 31. "the prevailing idea is that damage corresponds to the loss of the real or specific interest the victim had in the damaged property, although the objective value of this property can be taken as a valid yardstick for compensation unless specific circumstances changing the measure of damages upward or downward are proven."

190 PANTALEÓN, Ángel Fernando. Op. cit.,1991, p. 1991.

Al identificar la lesión a interés en la esfera del daño, el autor permitió la visualización de un interés como idoneidad de un bien para satisfacer las necesidades específicas y concretas de una víctima determinada como posible noción normativa de daño. En esta perspectiva, el daño podría ostentar un contenido eficaz propio, fundamental para el nacimiento del deber de indemnizar, vinculado a una tutela indemnizatoria.

Esta concepción de daño está alineada con los mismos patrones relacionales, concretos y subjetivos ya cimentados por la construcción histórica del *id quod interest*, alcanzando resultados operacionales adecuados[191]. Se nota que la lesión del "interés real-concreto" (interés-daño) estará vinculada al nacimiento de una pretensión indemnizatoria, distinta de la pléyade de tutelas capaces de ser observadas cuando de la lesión a una cualquier situación jurídica de la víctima (interés "objetivo-típico", en el lenguaje de Pantaleón).

Emilio Betti, que entiende el interés como la relación del sujeto con un bien o una situación apta a satisfacer sus necesidades o carencias, no identifica antagonismo entre la noción de interés y de diferencia, ya que esta ocurre entre la "situación de carencia o de expectativa insatisfecha de un lado, y la situación proyectada idónea a satisfacer la expectativa insatisfecha, con la cual el interés restaría satisfecho"[192]. La contraposición entre la situación fáctica en que se encuentra la víctima después del evento dañoso y la situación contrafáctica en que ella se encontraría sin el referido evento (hipótesis diferencial) se armoniza con la posibilidad concreta y específica de determinado bien satisfacer las necesidades de determinada víctima, frustrada por el evento dañoso, responsable por la indeseada situación fáctica que impuso la víctima[193].

---

191 De acuerdo con Zimmermann, "Quod actoris interest refers to the plaintiff 's 'interest' (*in the modern sense of the word*): he has to get what he was interested in, what concerned him, what was of consequence to him; for, interestingly, the expression is not derived from interesse (– to be in between) but from the phrase 'quod mea, tua, nostra etc.) in re est' (what is in it for me, you, us, etc.). Generally speaking, quod interest was the more modern and flexible counterconcept to the somewhat crude and limiting idea of awarding "quanti ea res est", and it signified a shift from an objective, standardized point of view to a more sophisticated and equitable approach, characterized by individualizing and, on the whole, subjective criteria." (cursivas nuestras) (ZIMMERMANN, Reinhard. Op. cit., 1990, p. 826).

192 BETTI, Emilio. Op. cit., p. 839.

193 MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 521, cita la opinión de Planck/Siber (BGB, II, 1, 1914, cit., párr. 249, anotación 2, p. 67): "La diferencia entre ambas situaciones fácticas determina el

Por tanto, puede admitirse la noción de daño en sentido estricto **como lesión a interés**, desde que comprendido en la visión real-concreta circunscrita a la teoría del daño, consubstanciando un concepto jurídico de daño con contenido normativo propio y con innegables puntos de contacto con la tradición dogmática de la construcción de una hipótesis diferencial.

El abordaje de la noción de interés aquí presentada solamente descubre una continua evolución del concepto normativo de daño, siempre alineada con las características relacionales, subjetivas y concretas, que caracterizan el desarrollo de la idea de *id quod interest*[194] desde el Derecho Romano hasta la actualidad, propiciando la concreción del principio de la reparación integral, una mejor convivencia con elementos de la responsabilidad civil contemporánea y la identificación del *locus* operacional de la tutela indemnizatoria.

3.2. Injury as such, daño per se y daño in re ipsa*: desafíos para el encuadramiento de algunas figuras en la teoría contemporánea del daño*

En los ítems anteriores, se intentó establecer la noción jurídica de daño, así como analizar algunas posibilidades y límites operacionales que ese concepto descortina. A pesar de ser imposible realizar, dentro de los límites del presente trabajo, un amplio y completo examen de todos los reflejos prácticos del concepto normativo de daño presentado, se cree que explorar las relaciones de este concepto con

interés que la parte perjudicada tenía en que no se produjera el hecho dañoso. Por lo tanto, la indemnización por daños y perjuicios es también una indemnización por intereses".

194 MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., págs. 520-529. Mota Pinto entiende que la visión ampliamente aceptada en el derecho alemán, impulsada por la comprensión moderna de la teoría de la diferencia y, por lo tanto, por el enfoque del daño como interés, coexiste con enfoques doctrinales que solo vinculan el interés con una visión subjetiva que los bienes tienen para las víctimas, en contraste con la visión estática y objetiva del daño a los bienes. Este autor advierte que, en el derecho portugués, el concepto de interés goza de escaso prestigio en la teoría general de la responsabilidad civil, pero «actualmente, en la doctrina alemana, se distinguen varios significados del concepto de interés: el de «daño patrimonial global» (Gesamtvermogensshaden), determinado bajo la hipótesis de la diferencia, mediante la comparación de situaciones patrimoniales; el del valor subjetivo de los bienes dañados para la parte perjudicada (en contraposición a su valor objetivo); y el de las expectativas jurídicamente protegidas que la (futura) parte perjudicada tiene en relación con sus bienes afectados por el hecho lesivo». Si bien nociones tan diversas son a veces criticadas e incluso consideradas como un obstáculo para una "teoría general del interés", junto con la teoría del daño o en lugar de ella, con aplicación a la responsabilidad civil, hay sin duda un predominio de la *identificación del "interés" con el daño*, medido en términos de la fórmula de la diferencia de Mommsen, o como medida de la compensación (es decir, la diferencia misma).

algunas hipótesis, normalmente identificadas con los daños extrapatrimoniales, sea particularmente provechoso, principalmente por su importancia práctica.

Figuras como el **daño per se**, el **injury as such** y el **daño in re ipsa** pueden desafiar las fronteras del daño indemnizable, aproximándose a la mera antijuridicidad[195]. La dificultad para caracterizar algunos perjuicios en el campo extrapatrimonial --conjugada con la creencia[196] de que la Responsabilidad Civil sería el remedio jurídico más adecuado o eficiente para evitar o punir la lesión a algunos derechos-- es responsable por la aparición de movimientos que pueden coquetear conceptualmente con una responsabilidad civil sin daños.

Dentro de las posiciones dogmáticas del Derecho Brasileño, esta posibilidad sería impensable[197], pues, siguiendo sólida tradición de los sistemas romano-germá-

195 NOLAN, Donald. Op. cit., p. 260; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M. *Disminuciones psicofísicas*. Buenos Aires: Astrea, 2009. p. 5; y DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 83 "Si se quiere considerar que el hecho productor del daño y el daño en sí, son elementos de un proceso complejo, hay que convenir en que el elemento principal, determinante para la producción del efecto jurídico – reacción del derecho – está constituido por el daño. La reacción del derecho, de hecho, estando encaminada a reprimir el daño, se realiza solamente en cuanto aparece allí el daño en sí; cierto, que es necesario que este daño derive de un hecho humano, pero lo decisivo, para que actúe la reacción jurídica, es su existencia concreta" (Ibidem, p. 83). En sentido semejante a lo que enseña Fernando Noronha: "En la relación entre el daño y la propiedad vulnerada, conviene destacar: que el primero no es exactamente la violación del segundo, sino más bien la consecuencia perjudicial resultante de dicha violación. La violación del bien, en sí misma, constituye un acto ilícito, considerado así como cualquier acto que contradiga el ordenamiento jurídico, afectando así negativamente cualquier situación legalmente protegida (NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 580).

196 Esta creencia es cuestionada con mucha fuerza por la doctrina contemporánea. En ese sentido, ver: PAPAYANNIS, Diego. Op. cit. p. xxxx y CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; CARRÁ, Denise Sá Vieira. Dano in re ipsa, responsabilidade civil sem dano e o feitiço de Áquila: ou de como coisas distintas podem coexistir sem se tocar. *Revista Jurídica da FA7*, v. 16, n. 2, p. 115-131, jul.-dez. 2019. p. 120-121.

197 En este trabajo, ya se ha predicho que el daño es el alfa y omega de la responsabilidad civil, con el respaldo de la doctrina clásica y contemporánea. Para oponerse específicamente al surgimiento de cualquier rama de la responsabilidad civil sin daño, véase MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., 2020, p. 406; JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Op. cit., p. 32; CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidad civil sin daño*: un análisis crítico. São Paulo: Atlas, 2015 y ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre la teoría de la responsabilidad civil sin daño. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 6.º año 3, p. 89-103, enero-marzo de 2016. Incluso autores que entienden que la responsabilidad civil debe cumplir una función puramente punitiva, en paralelo a la reparatoria, admiten que el ordenamiento jurídico brasileño necesitaría una modificación legislativa para admitir la hipótesis. (ROSENVALD, Nelson. O

nicos[198], el Derecho brasileño realiza clara separación entre el daño y la acción que lo haya causado[199], generalmente también caracterizada como ilícita. Con efecto, los arts. 186 y 187 del Código Civil Brasileño definen, en gran parte, los límites del acto ilícito[200], pero el surgimiento del deber de indemnizar solamente ocurre en los casos en que esta ilicitud sea causadora de daño efectivo, como bien definido por el *caput* del art. 927 del mismo diploma.

Además, el art. 944 establece el principio de la reparación integral, resaltando que el daño será cuantificado por su extensión. No hay margen, por tanto, para la aceptación de figuras que se consubstancien en simple acto atentatorio a derechos, sin cualquier tipo de daño asequible, aunque por intermedio de presunciones[201].

---

dano moral coletivo como uma pena civil. In: ROSENVALD, Nelson (Coord.); TEIXEIRA NETO, Felipe (Coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba: Foco, 2018. p. 122).

198 REINIG, Guilherme Henrique Lima. Op. cit., p. 64. El autor, al abordar la construcción de la idea de interés en la pandectística alemana, afirma: «La descripción del hecho del que resulta el deber de compensar el interés no forma parte, según MOMMSEN, de este concepto». En este sentido, su obra separa el interés del fundamento de la obligación de compensar: «Se trata de dos cuestiones completamente diferentes y separables: si existe un interés en general y si la reclamación de compensación por dicho interés está legalmente fundada». En la misma línea, ANTUNES VARELA, João de Matos. Op. cit., p. 532.

199 JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Op. cit., p 32-34. Para Atalá Correa, "una separación más clara entre conducta ilícita y daño impide, al mismo tiempo, (i) ver daño donde no existe y (ii) usar la situación como pretexto para imponer un castigo cuando la ley no lo establece previamente. (CORREA, Atalá. Dano Moral: 20 anos de jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça. En: BIANCHI, José Flávio; MENDONÇA PINHEIRO. Rodrigo Gomes de; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coords.). *Jurisdição e direito privado*: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ. São Paulo: Ed. RT, 2020. P. 85).

200 Es importante destacar que la mención del daño en el artículo 186 es inapropiada, según Fernando Noronha: «El artículo 159 del Código de 1916 se refería a la necesidad de que se produjera el daño, pero esto claramente no se enmarca en el concepto de acto ilícito, como se indica en el texto. Sin embargo, en ese Código la referencia era comprensible, ya que la disposición, al definir el acto ilícito, establecía la obligación de reparar el daño resultante. Sin embargo, en el artículo 186 del Código de 2002, que se limita a definir un acto ilícito, sin abordar sus consecuencias jurídicas, que posteriormente se han establecido en otra parte (artículo 927, caput), la referencia al daño es injustificada» (NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 387).

201 ZIMMERMANN, Reinhard. Non-pecuniary damage without harm (Comparative Report). (en) WINIGER, Bénédict; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *Digest of European Tort Law*. Berlin: De Gruyter. 2011. V. 2: essential cases on damage, pág. 709. Si bien se admite que algunos países europeos aceptan una función punitiva para el daño moral, la primacía de la función compensatoria parece ser uno de los pocos consensos en el panorama europeo en lo que respecta al daño moral. "In most countries covered in this survey the damages award serves the purpose of compensation. This is supposed to be the case also

Como ya se ha explicado en los ítems anteriores, aun en los ordenamientos jurídicos en que una noción de "daño evento" fue aceptada, el deber de indemnizar surge solamente en la hipótesis de real verificación de daño (daño consecuencia). La respuesta del ordenamiento jurídico al acto ilícito o a la "lesión a interés" que no da origen a perjuicio resta circunscrita a otras tutelas, tales como inhibitoria, posesoria, restitutoria, entre otras[202].

En el Derecho Brasileño, también se observa la misma pléyade de tutelas para dar guarda a lesiones de situaciones jurídicas (intereses jurídicamente tutelados), reservándose la tutela indemnizatoria para los casos de efectiva presencia de daño. Fundamental ejemplo es proporcionado por la Súmula 385 del Superior Tribunal de Justicia, que así anuncia: "de la anotación irregular en catastro de protección al crédito, no cabe indemnización por daño moral, cuando preexistente legítima inscripción, resguardado el derecho al cancelamiento".

Nótese que el STJ admite que hubo una lesión a derecho subjetivo o interés en cuanto situación jurídica, tanto que concede a la víctima la tutela jurídica necesaria para realizar la cancelación del catastro indebido. La posibilidad de indemnización, sin embargo, solamente ocurrirá cuando un daño efectivo sea comprobado[203].

3.2.1. La problemática del daño per se, especialmente con relación a los trasplantes del Derecho italiano

Limitaciones observadas en el Derecho italiano (art. 2059 del Código Civil) con relación a la posibilidad de indemnizar daños extrapatrimoniales fueron responsables por crear, en cierto momento histórico, osados y creativos movimientos jurisprudenciales[204], que tuvieron impacto en el Derecho brasileño. La Corte de

---

with regard to nonpecuniary damage, even if it is widely acknowledged that a sum of money can hardly 'compensate' for the loss of an eye or a limb."

202 SALVI, Cesare. Op. cit., p. 48; VISINTINI, Giovanna. Op. cit., p. 435; SIRENA, Pietro. Op. cit., p. 396. En el mismo sentido, con relación al Derecho brasileño, véase: ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Pauli de. Op. cit., p. 98.

203 JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Cadastros de restrição ao crédito: dano moral. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 36, p. 45-53, out./dez. 2000. Utilizando la distinción entre daño-evento y daño-pérdida, el autor entiende que «el daño-evento es, por tanto, daño inmediato, mientras que el daño-pérdida es daño indirecto. Ahora bien, cuando hablamos de daño moral, se refiere al daño indirecto».

204 BIANCA, Massimo. Op. cit., p. 186-203; LUDOVICO, Giuseppe. Op. cit., p. 6 y ss.

Casación admitió la reparación de las categorías del daño biológico y del daño existencial[205], caracterizados por la simple violación proveniente de la lesión a derechos constitucionalmente resguardados (daño-evento)[206], dando cabida a la creación de figuras de **daño per se**, cuya tutela indemnizatoria se daría por la simple lesión a un derecho subjetivo (interés-situación jurídica).

La evolución jurisprudencial, sin embargo, hizo que la Corte de Casación italiana reconociera la necesidad de ratificar la función reparatoria como primera propulsora de la Responsabilidad Civil, en detrimento de su eventual función punitiva. Así, en un movimiento jurisprudencial iniciado en la última década del siglo pasado, la jurisprudencia pasó a exigir la prueba del efectivo perjuicio y recalificó los daños biológicos "como una especie de daño-consecuencia"[207]. Con relación a los daños existenciales, son observadas las presunciones naturalmente admitidas en sede de daño extrapatrimonial, pero la prueba del daño existencial concreto es igualmente imprescindible, acorde con su naturaleza actual de daño que no se caracteriza como mera violación de derecho subjetivo[208].

Efectivamente, esta es la posición contemporánea en relación a cualquier daño extrapatrimonial, siguiendo los dictámenes del art. 2.697, 1, del Código Civil italiano, que aparta la aceptación de los llamados daño **in re ipsa** en su configuración *iure et iure*, esto es, considerados como sinónimos de daño **per se**[209].

---

205 No es posible, dentro de los límites de este trabajo, realizar un análisis detallado respecto del largo y complejo camino de creación doctrinal y jurisprudencial de las categorías de daño biológico y daño existencial.

206 SIRENA, Pietro. Op. cit., p. 398-399; LUDOVICO, Giuseppe. Op. cit., p. 7. Así lo afirma el autor en relación con el caso principal del Tribunal Constitucional italiano sobre daños biológicos: «Según esta perspectiva, el daño a la integridad psicofísica constituiría el evento causado por la infracción, mientras que otros tipos de daño representarían su consecuencia. En otros términos, la posibilidad de indemnización por daños a la salud existiría independientemente de que el daño hubiera causado una pérdida real, cuya indemnización sería, por lo tanto, el propio daño al interés constitucionalmente protegido» (ídem).

207 SIRENA, Pietro. Op. cit., p. 398.

208 "La giurisprudenza ravviza un danno conseguenza nel danno esistenziale, che comunque dev'essere provato, seppire con l'ausilio di presunzioni" (BIANCA, Massimo. Op. cit., p. 187, nota 209).

209 Salvi afirma que la decisión de la Corte de Casación del 31 de julio de 2003 destacó la necesidad probatoria del daño sufrido, descartando la modalidad del daño *in re ipsa*, abandonando la "superada teoría del daño como evento" (SALVI, Cesare. Op. cit., p. 56). Sirena afirma además que, según lo establecido en el artículo 2.697, 1, del Código Civil, la carga de la prueba del daño reparable recae en la parte perjudicada, y no se reconocen los daños normativos o *in re ipsa* que sean reparables independientemente de la prueba de su existencia o cuantía. Sin embargo, si se

Aun en esferas con evidente desigualdad entre las partes, como la encontrada en las relaciones laborales, la Corte de Casación entendió la posibilidad de la violación de los intereses protegidos (derechos subjetivos) en el ámbito de la relación contractual de trabajo no generar consecuencias indemnizables. Discusiones muy semejantes pueden hoy ser observadas en algunas decisiones del Tribunal Superior del Trabajo brasileño[210].

Así como el Derecho italiano abandonó la posibilidad de admitir la configuración de una noción de daño extrapatrimonial objetivo, basado meramente en la violación de derechos constitucionalmente admitidos (daño biológico), autores sudamericanos directamente vinculados a las nociones carneluttianas de interés poseen abordajes semejantes. En el contexto de los daños extrapatrimoniales, es coherente con el aspecto relacional inmanente al concepto jurídico de daño la visión que entiende que no basta la mera lesión a bienes o derechos como la intimidad, integridad física u honra para la caracterización del daño indemnizable, aunque fundamentales para "defender la dignidad humana"[211]. Como efecto, se hace necesario analizar la idoneidad de estos bienes y derechos personalísimos

prueba la lesión de un derecho de la persona constitucionalmente garantizado, la jurisprudencia presume, hasta que se pruebe lo contrario, que el demandante ha sufrido el correspondiente daño no patrimonial (sin perjuicio de recurrir a un médico forense). evaluación, si se trata de una lesión psicofísica" (SIRENA, Pietro. Op. cit., p. 401).

210 Ludovico afirma: "En este sentido, las Secciones Unidas de Casación se expresaron en 2006, las cuales fueron llamadas a resolver el conflicto surgido entre la directriz que, en caso de inhabilitación, consideraba *in re ipsa* el daño existencial sufrido por el trabajador, y la directriz que consideraba necesaria la demostración de la existencia efectiva del daño. (...) La necesidad de probar la existencia efectiva del daño es evidente especialmente en relación con el daño existencial, razón por la que –como acertadamente señalan las Secciones Unidas– este tipo de daño no puede deducirse automáticamente de la inhabilitación profesional, y no es posible excluir que "la lesión de Los intereses relacionales, vinculados a la relación laboral, permanecen esencialmente sin efectos, es decir, no tienen consecuencias perjudiciales para la esfera subjetiva del trabajador (LUDOVICO, Giuseppe. Op. cit., p. 32). La doctrina brasileña explica la divergencia al respecto. En este sentido, véase TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo das Guia. Notas sobre Daños morales en el derecho brasileño. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 30, p. 33-60, oct.-dic. 2021, p. 42: "A pesar del amplio reconocimiento de la posibilidad, en teoría, de configurar un daño existencial debido a la reiterada imposición de jornada excesiva al trabajador, se identifica una controversia relevante, dentro del propio TST, respecto a la necesidad de que el trabajador demandante pruebe los daños concretos que la jornada excesiva le haya podido causar".

211 BUERES, Alberto. Op. cit., p. 287.

para satisfacer las necesidades particulares y concretas de la víctima[212] (interés real-concreto), en los moldes de la Súmula 385 del STJ.

3.2.2. Los problemas relacionados al *injury as such*, a los daños autónomos y a la posibilidad de recepción de nuevos tipos de daño en el ordenamiento jurídico brasileño

Con relación a los grandes trabajos de armonización de la responsabilidad civil europea, el prestigio de la noción de daño **per se** no se hizo notar en los Principios Europeos de Responsabilidad civil (PETLS), pero no pasó desapercibido en otros estudios de derecho comparado[213]. Con relación al "Draft Common Frame of Reference (DCFR)", el contenido del dispositivo VI.-6:204[214] produjo una crítica severa en la doctrina germánica, por establecer que habría espacio para indemnización de un llamado **injury as such**, independientemente de la indemnización de daños patrimoniales y extrapatrimoniales (*economic or non-economic loss*).

En artículo escrito por 6 prestigiosos autores alemanes, Reinhard Zimmermann, Nils Jansen, Gerhard Wagner, Horst Eidenmüller, Florian Faust y Hans Christoph Grigoleit, existe la advertencia sobre la irrelevancia de la prescripción respecto del **injury as such**, pues el dispositivo 2:201 de la armonización ya garantiza la indemnización integral de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales posiblemente sufridos por la víctima. Como, en el contexto del DCFR, no se notan las restricciones del Derecho italiano a la reparación de daños extrapatrimoniales específicos, ninguna necesidad existe para importar una figura semejante al daño biológico, sin hablar del gran riesgo de una doble indemnización de un mismo perjuicio. Si la indemnización de la integralidad de los daños ya está garantizada,

212 "En tal sentido, observamos que en el daño moral, por caso, es falso que la lesión a un bien o a un derecho de la personalidad genere, de suyo, un daño moral. La imagen, la intimidad, el honor, etcétera, *si bien se tutelan para defender la dignidad humana*, lo cierto es que *no tienen un valor a los efectos resarcitorios per se*. Por ende, el perjuicio moral adviene debido a que esos bienes o derechos de la personalidad satisfacen *necesidades –intereses-* del espíritu, el cual está asentado en otro bien: la integridad psicofísica" (BUERES, Alberto. Op. cit., 2001, p. 287). (Cursivas nuestras)

213 INFANTINO, Marta. Diffusing Law Softly: Insights into the European Travels of Italian Tort Law. *Journal of European Tort Law,* v. 6, n. 3, p. 260-281, 2015. p. 278-280.

214 Art VI.-6:204: "Injury as such is to be compensated independent of compensation for economic or non-economic loss"

¿qué sobraría para ser indemnizado bajo el manto del **injury as such (daño per se)**?[215]

La tentativa de creación de ciertos daños "autónomos", distanciados de las categorías de daño patrimonial y de daño extrapatrimonial, también ha servido para fomentar la creación de ciertas hipótesis indemnizatorias (*heads of damages*) desprovistas de cualquier consecuencia para la víctima, apartándose del concepto jurídico de daño. Tal situación fue observada en la construcción de la indemnización del daño "por la pérdida del tiempo útil". No hay dudas que la pérdida del tiempo puede causar severos perjuicios, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, que deben ser ampliamente indemnizados cuando probados, pero no se puede admitir responsabilidad civil proveniente de mera lesión a bien jurídico (¿tiempo?), bajo pena de contemplar una hipótesis de responsabilidad civil sin daño, con el intuito único de punir al ofensor[216].

Es imperioso resaltar que la necesidad de existencia de un daño, dentro de un paradigma relacional, subjetivo y concreto, normativamente construido, es un requisito del ordenamiento jurídico nacional y no representa una limitación a la admisión de nuevos daños indemnizables o a la protección a las víctimas. Son constantemente reconocidas por el Derecho nuevas situaciones jurídicamente protegidas (intereses)[217], cuya lesión podrá generar daños patrimoniales o extrapatrimoniales, dependiendo del caso concreto.

---

215 EIDENMULLER, Horst Eidenmu et al. The Common Frame of Reference for European Private Law: Policy Choices and Codification Problems. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 28, n. 4, p. 659-708, 2008. p. 683-684 "In contrast to Italian law, however, the DCFR does not limit compensation for non-economic loss to the category of pain and suffering: Art VI.-2:101 (4) expressly declares loss of amenities–impairment of the quality of life–to be worthy of redress independent of, and in addition to, pain and suffering in the narrow sense of the term. Therefore, other than Italian law, the DCFR simply does not need the concept of 'injury as such' on top of a broad concept of non-pecuniary loss that goes well beyond the pain actually felt by the victim. In allowing compensation both for impairment of the quality of life (loss of amenities) and for injury as such, the DCFR is in serious danger of reproducing identical loss under two separate heads of damage. The risk of double compensation is imminent."

216 Se hizo similar abordaje en BASTOS, Daniel Deggau; PETEFFI DA SILVA, Rafael. A busca pela autonomia do dano pela perda do tempo e a crítica ao *compensation for injury as such*. *Civilistica.com*, a. 9, n. 2, p.1-27, set. 2020.

217 En la tradición del *Civil Law*, la antijuridicidad siempre fue el filtro para admitir nuevas situaciones jurídicas protegidas (intereses). En ese sentido, véase: PETEFFI DA SILVA, Rafael. Op. cit., p.185-186 y DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 93. Para el último autor: "La antijuridicidad, repetimos, es la expresión de la prevalencia concedida por el derecho a un interés opuesto." En

La noción de daño defendida en el presente trabajo soporta la construcción de "nuevas" categorías patrimoniales y extrapatrimoniales como la pérdida de la chance, el daño reflejo o por rebote, el daño proveniente de *wrongful conception* y *wrongful birth* e incluso el daño por la pérdida del tiempo útil, siempre que sea fundamentado de manera adecuada[218]. El movimiento de continua expansión de la responsabilidad civil, tanto en la esfera patrimonial como en la esfera extrapatrimonial, es ampliamente compatible con la imposición legal de observancia de un daño efectivo sufrido por la víctima.

3.2.3. El abordaje adecuado de las manifestaciones de las subjetividades humanas de la víctima

Se ha observado, en la doctrina brasileña, una cierta obsesión por desvincular el daño extrapatrimonial de cualquier noción relacionada con las consecuencias concretamente observadas en la subjetividad de la víctima, como su sufrimiento, consternación o vergüenza, apuntando la lesión a interés (situación jurídica) como único cimiento jurídico para la definición de ese tipo de daño, como si fuese posible sustentar una antinomia absoluta entre los dos fenómenos. Sin embargo, si la mera lesión al derecho subjetivo o al "interés situación-jurídica", aunque constitucionalmente garantizado, fuese suficiente para el surgimiento del deber de indemnizar, el fenómeno tendría que ser observado de manera uniforme, como solución sistémica, inclusive en los casos de ofensa a otros derechos subjetivos o intereses legítimos constitucionalmente resguardados, como el del propietario. No se tiene noticia de doctrina o jurisprudencia que defiendan esa

sentido semejante, ZANNONI, Eduardo. Op. cit., 2005, p. 55. "No es objeto de esta obra el estudio de la tipificación del ilícito relativo a la lesión o agravio a los derechos de la personalidad. Este estudio corresponde, específicamente, a otra área del tema de la responsabilidad civil: la antijuridicidad."

218 PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013; PETEFFI DA SILVA, Rafael Peteffi da; RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Daño reflejo o por rebote: pautas para un análisis de derecho comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 7, ano 3, p. 207-240, abr.-jun. 2016; PETEFFI DA SILVA, Rafael. Wrongful conception, wrongful birth e wrongful life: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro. *Revista Ajuris*, n. 117, p. 311-341, mar. 2010; BASTOS, Daniel Deggau; SILVA, Rafael Peteffi. A busca pela autonomia do dano pela perda do tempo e a crítica ao *compensation for injury as such*. *Civilistica.com*, a. 9, n. 2, p.1-27, set. 2020.

posibilidad[219]. Como he defendido en el presente trabajo, la mera invasión de propiedad ajena, sin la comprobación de una consecuencia dañosa, no genera el deber de indemnizar, aunque un derecho constitucionalmente resguardado haya sido lesionado (propiedad).

Tanto una hipótesis diferencial observada en la esfera extrapatrimonial, así como la capacidad concreta y subjetiva de un bien extrapatrimonial satisfacer necesidades humanas (daño como lesión a interés real-concreto) acaban por frecuentemente aproximarse de las variadas manifestaciones del espíritu humano, seguidamente traducidas como angustia, humillación, incomodidad, vergüenza, sufrimiento o dolor. En innumerables hipótesis, la situación fáctica en que la víctima se encuentra después de la ofensa a sus bienes jurídicos extrapatrimoniales -como los derechos de la personalidad, por ejemplo- se presenta **concretamente diferente** de la situación contrafáctica y normativamente construida en que la víctima estaría sin la ofensa (hipótesis diferencial) exactamente por la observancia de las citadas consecuencias negativas relacionadas al espíritu humano[220] La lesión a esos bienes jurídicos (situaciones jurídicas) les retiró la aptitud o idoneidad para, analizadas las subjetividades de la víctima, satisfacer una concreta necesidad humana básica: mantener a su titular apartado de consecuencias negativas como la vergüenza, humillación, frustración, vergüenza, dolor, la falta de amenidades de la vida, entre otros.

Munido de esa concepción, el Superior Tribunal de Justicia entiende que no se puede indemnizar la divulgación de falsa y desacreditadora información si esta no agrava la situación generada por información pretérita, igualmente contraria al honor de la víctima, pero divulgada legítimamente, por intermedio de la lícita inscripción en los catastros de restricción al crédito (Súmula 385). La situación de la víctima después de la lesión a su derecho subjetivo no parece más gravosa

219 Esto mismo ha sido señalado por Borghetti: "On pourrait certes faire valoir que la violation du droit constitue en elle-même un préjudice. *Il s'agit cependant d'un préjudice abstrait, pour ne pas dire virtuel*. En tout état de cause, cette explication n'est guère satisfaisante, car elle ne dit pas pourquoi cette solution ne s'applique qu'à certains droits bien particuliers. Ainsi, la jurisprudence n'a jamais affirmé, à notre connaissance, que la violation d'un droit de propriété entraî-nait nécessairement un préjudice pour le titulaire de ce droit" (BORGHETTI, Jean-Sébastien. Op. cit., p. 6, nota 32, cursivas agregadas).

220 A favor de la posibilidad de utilizar una fórmula comparativa en el análisis de los daños extrapatrimoniales, véase: STEINER, Renata. Op. cit., p. 51.

que aquella en que ella estaría si la divulgación de una noticia falsa no hubiera ocurrido, pues la calidad de mala pagadora ya le había sido impuesta, lícitamente.

Es absolutamente legítimo que pareceres contrarios sobre la situación fáctica de la víctima después del acto ilícito sean presentados, pero, para que se sitúen en los límites dogmáticos del Derecho Brasileño, no podrán estar centrados en una argumentación exclusivamente basada en la lesión a situaciones jurídicas o a derechos subjetivos, aptas a apenas atestiguar la ilicitud de la conducta del ofensor. El efectivo perjuicio de la víctima no es mera consecuencia del daño, sino que se presenta como su núcleo significativo y existencial, vinculado al *an debeatur*.[221] En 2014, el Superior Tribunal de Justicia juzgó uno de los precedentes[222] más recordados por la doctrina brasileña[223], distinguiendo el daño de la mera ilicitud.

A pesar de sostenerse que el daño extrapatrimonial necesita de verificación de algún tipo de consecuencia efectiva para la víctima, es evidente que esta puede distanciarse del mero dolor o sufrimiento y manifestarse en situaciones más complejas. Es más, ni siquiera se puede afirmar que la noción de daño presentada en este trabajo imponga la necesidad de una total consciencia de la víctima con relación al daño sufrido. Uno de los temas más debatidos en Europa se refiere a la posibilidad de indemnizar severos daños sufridos por la víctima, que resta en estado de coma después del evento dañoso. Como la víctima no posee

221 De acuerdo con Zavala de González, "La objeción fundamental que suscitan las teorías que hacen coincidir el daño con la materia lesionada -sea que se atienda al derecho violado o al interés menoscabado- es que no atienden al perjuicio en sí mismo, sino a su proveniencia; con ello y de algún modo, el daño resarcible quedaría reducido a la antijuridicidad. Sin embargo, cuando el Derecho se ocupa de reparar, no es relevante el exclusivo mal que entraña la lesión, intrínsecamente considerada, sino las concretas consecuencias -económicas o espirituales- que aquélla infiere a la víctima" (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M. Op. cit., p. 5); y JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Op. cit., p. 33-34 y ss.

222 Superior Tribunal de Justicia. Agravio Regimental en el Recurso Especial 1.269.246/RS, rel. Min. Luís Felipe Salomão, Órgano Juzgador: 4ª T., j. 20.05.2014, Publicación: *DJe* 27.05.2014. "La verificación del daño moral no reside exactamente en la simple ocurrencia del ilícito, de suerte que ni todo acto desconforme al ordenamiento jurídico conlleva indemnización por daño moral. Lo importante es que el acto ilícito sea capaz de irradiarse para la esfera de la dignidad de la persona, *ofendiéndola de manera relevante*" (cursivas nuestras).

223 CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; CARRÁ, Denise Sá Vieira. Op. cit., 2019, p. 122; ALMEIDA, F. C. Inversão do ônus da prova, lesão a direitos de personalidade e dano imaterial: análise do REsp 1.269.246/RS. *Revista IBERC*, v. 6, n. 1, p. 175-193, 2023.

consciencia del penoso estado en que se encuentra, algunas posiciones, tanto doctrinarias como jurisprudenciales, se inclinaron para una imposibilidad de indemnización, por no existir efectivo efecto dañoso y por el hecho de la víctima no tener condiciones de gozar de las compensaciones financieras provenientes de la indemnización[224]. Otros abordajes, apoyando la indemnización de los daños sufridos por la víctima a su integridad física, recurren a la idea de **injury as such** o de daño **per se**[225].

Se cree que ambos abordajes están equivocados. Se aboga por la indemnización de la víctima lesionada, exactamente en los moldes de la jurisprudencia de Gran Bretaña, que admite no existir la posibilidad de *pain and suffering*, como resultado del estado comatoso, pero defiende la inequívoca existencia de daño efectivo consubstanciado en el *loss of amenity*[226]. El análisis de la situación de la víctima en coma descortina innegable hipótesis diferencial, teniendo en vista que el estado comatoso observado después del daño es diametralmente opuesto a la situación en que la víctima estaría (gozando de manera plena de su vida) caso el evento dañoso no hubiera sido observado[227]. Existe lesión a un interés específico y concreto de la víctima.

---

224 En ese sentido, parte de la doctrina suiza que pensó que habría habido una pura punición para el médico anestesista que culposamente administró una sobredosis de medicamentos que acabó por dejar a la víctima en un estado vegetativo. WINIGER, Bénédict; FLEURY, Patrick; FEHR, Pierre-Emmanuel/ AVRAMOV, Philippe. Non-pecuniary damage without harm (Switzerland). (en) WINIGER, Bénédict; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *Digest of European Tort Law*. Berlín: De Gruyter. 2011. v. 2: essential cases on damage. p. 663. Se discrepa frontalmente de la visión de la doctrina suiza.

225 Esa es la lectura hecha por parte de la doctrina alemana en casos de lesión a la salud de la víctima que, además de las lesiones a su integridad física, genera estado de coma. MARTENS, Sebastian; ZIMMERMANN, Reinhard. Non-pecuniary damage without harm (Germany). (en) WINIGER, Bénédict; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *Digest of European Tort Law*. Berlín: De Gruyter. 2011. v 2: essential cases on damage. p. 659.

226 ZIMMERMANN, Reinhard. Non-pecuniary damage without harm (Comparative Report). (en) WINIGER, Bénédict; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *Digest of European Tort Law*. Berlín: De Gruyter. 2011. v. 2: essential cases on damage. p. 716.

227 En sentido semejante, la correcta decisión de la Suprema Corte de Justicia de Austria (Oberster Gerichtshof). "A person who is deprived of his ability to perceive experiences suffers harm which is at least as significant in liability law terms as interference with his well-being through pain" (KARNER, Ernst. Non-pecuniary damage without harm (Austria). En: WINIGER, Bénédict; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *Digest of European Tor t Law*. Berlin: De Gruyter. 2011. v. 2: essential cases on damage. p. 661.

Nótese que el derecho extranjero, al contrario de lo que se observa a menudo en la escena jurídica brasileña, no posee pruritos y ni vergüenza al hacer referencia a aspectos relacionales y concretos de la subjetividad de la víctima cuando trata del daño extrapatrimonial: dolor y sufrimiento (*pain and suffering*) y pérdida de las amenidades de la vida (*loss of amenity*) son términos que balizan el discurso en obras de derecho comparado sobre la responsabilidad civil[228], honrando las mejores tradiciones de las nociones normativas de daño, basadas en el *id quod interest* y apartadas de una rudimentaria visión naturalística.

Como se ha visto, en los casos en que la víctima adentra estado comatoso inmediatamente después del acto dañoso, la ausencia de elementos como el dolor y el sufrimiento (*pain and suffering*) no representan impedimento para la configuración del daño extrapatrimonial resarcible. Sin embargo, en algunas situaciones, la falta de alguna capacidad sensorial de la víctima, esto es, la incapacidad de estar expuesta a sentimientos como dolor y sufrimiento podrá mitigar o hasta mismo apartar cualquier tipo de indemnización[229].

El Tribunal de Apelación de Porto disminuyó la indemnización que normalmente es concedida en hipótesis de daño reflejo extrapatrimonial en consecuencia de muerte de cónyuge porque el cónyuge sobreviviente (víctima refleja) presentaba serios problemas de demencia, aunque en los raros momentos de lucidez fuese posible aquilatar la muerte del ex-marido[230]. Una argumentación basada en las subjetividades de la víctima también fue elaborada por la Suprema Corte de Austria, que admitió la indemnización por la fractura en las dos piernas de la víctima en silla de ruedas, a pesar de esta no poder sentir dolor en consecuencia de la fractura. Esta situación tendría el condón de disminuir la indemnización

228 MARTENS, Sebastian; ZIMMERMANN, Reinhard. Op. cit., 2011, p. 659. Esa es la lectura hecha por parte de la doctrina alemana para los casos de lesión a la salud de la víctima que, además de las lesiones a su integridad física, generan estados de coma.

229 En ese sentido, la lectura del Enunciado 445, de la V Jornada de Derecho Civil, debe realizarse de manera muy cuidadosa "El daño moral indemnizable no presupone necesariamente la verificación de sentimientos humanos desagradables como dolor o sufrimiento". El ejemplo del estado comatoso muestra que sentimientos como dolor y sufrimiento no son requisitos para la indemnización del daño moral en todas las situaciones, pero seguidamente será exactamente ese tipo de manifestación humana que consubstanciará el daño resarcible.

230 PEREIRA, André; MANUEL VELOSO, Maria. Non-pecuniary damage without harm (Portugal). En: WINIGER, Bénédict; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *Digest of European Tort Law.* Berlín: De Gruyter. 2011. v. 2: essential cases on damage. p. 679.

concedida a la víctima, pero el caso concreto demostró que la víctima sufrió con fiebres y vómito en el día del accidente, así como tuvo que someterse a penosas cirugías posteriores y algunos malestares relacionados con su deficiencia física. Por tanto, el análisis de la condición concreta y subjetiva de la víctima pautó la *ratio decidendi*[231] del Tribunal.

No se puede ignorar que muchas cortes parecen admitir la existencia de daño utilizándose las expresiones cuestionadas "daño normativo" o "daño objetivo", en situaciones de lesión de intereses-situaciones jurídicas en el campo extrapatrimonial, como en algunas hipótesis de lesión de derecho de la personalidad[232], o hasta mismo en el campo patrimonial, como se reconoce en algunas jurisdicciones en hipótesis de daño por violación a la competencia[233] o en el caso del llamado "daño de uso"[234], aunque sea complejo extraer de la *ratio decidendi* de muchas

231 KARNER, Ernst. Non-pecuniary damage without harm (Austria). En: WINIGER, Bénédict; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *Digest of European Tort Law*. Berlín: De Gruyter. 2011. v. 2: essential cases on damage. p. 662. La Suprema Corte de Austria, sin embargo, admitió que una suma mínima podría ser diferida a título de indemnización, por la violación del derecho de personalidad *as such.* Se entiende que situación totalmente diferente ocurriría si la víctima lesionada ya se encontrase en estado de coma cuando del acto dañoso. Imagínese un paciente que se encuentra en coma debido a una patología. Durante su estado de inconsciencia, una enfermera, por impericia, deja caer un bisturí que acaba por causar un corte en la pierna del paciente. Imagínese que ningún dolor o malestar haya sido sentido por la víctima y ni siquiera cualquier tipo de daño estético puede ser verificado en el momento en que la víctima recobra la consciencia, un año después del hecho dañoso. La lesión a un derecho de la personalidad parece innegable, permitiendo, dependiendo de las circunstancias del caso, imaginarse hasta consecuencias penales para la enfermera. Sin embargo, en este caso, no se vislumbra un daño efectivo como lesión a interés real y concreto.

232 LE TOURNEAU, Philippe. Op. cit., p. 558. Al criticar la "desintegración del daño" en relación a una "teoría de los derechos subjetivos", observada en la actual jurisprudencia francesa en caso de responsabilidad civil por lesión a derechos de la personalidad, así se manifiesta el autor "il est vrai qu'une mesure de cessation d'illicite peut être prononcée sans necéssité d'un préjudice, et que la violation du droit consomme une illicéité, cependant, des dommages et intérêt présupposent l'existence d'un préjudice et s'y mesurent, il fait donc remplir à la condamnation pécuniaire une fonction autre que réparatrice"; para una crítica semejante, puede verse: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Op. cit., p. 33-34 y ss.

233 BORGHETTI, Jean-Sébastien. Op. cit., p. 6, nota 32; LE TOURNEAU, Philippe. Op. cit., p. 557.

234 MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 583-590. Se concuerda con la crítica del autor a la alusión a un llamado "daño normativo" o "daño objetivo" para sustentar la indemnización de un daño ocurrido por la privación de uso de determinado bien. Paulo Mota Pinto afirma que las consecuencias específicas de la privación del bien es que caracterizan el daño y no la mera lesión al derecho subjetivo: "como concretizaciones dependientes de elementos subjetivos y contextuales,

decisiones si existe una verdadera indemnización por mero hecho antijurídico o se existiría una fuerte presunción *iuris tantum*[235] en relación al daño pretendidamente sufrido por la víctima[236].

En ese sentido deben establecerse presunciones relativas que se admite, a pesar de los evidentes problemas terminológicos, la utilización de la expresión daño **in re ipsa** en conformidad con las pautas del ordenamiento jurídico brasileño, pues se puede fácilmente presumir, en algunas situaciones de daños extrapatrimoniales, el daño efectivo sufrido por la víctima. Parte de la doctrina identifica y critica una contemporánea tendencia del Superior Tribunal de Justicia en respaldar lo que sería una "vertiente subjetiva del daño moral"[237], caracterizada por la "dolor

---

las *ventajas concretas del goce* se autonomizan, sea del derecho personal de goce, por ejemplo, de un arrendatario, sea de aquel *ius utendi e fruendi* del propietario en que se traduce la facultad de utilización" (MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 588).

235 Algunos autores entienden que los daños, en los casos de competencia desleal, serían apenas presumidos, *en raison des difficultés que susciterait sa preuve directe,* aunque esa ausencia de probar pueda conferir a esas hipótesis un aspecto de pena privada. (VINEY, Geneviéve; JOURDAIN, Patrice. Op. cit., p. 11-13).

236 Aun con relación a los daños morales colectivos, existe la necesidad de verificarse una efectiva consecuencia para la verificación del daño. Con relación a esa compleja categoría jurídica, algunos autores entienden que la configuración del daño moral en perspectiva colectiva ni siquiera sería posible. (Es este sentido, ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 48 e ss. y ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 117 y ss.). Otros autores apoyan su indemnización, pero indican que el daño moral colectivo no podría confundirse con la mera antijuridicidad (En esta línea, TEIXEIRA NETO, Felipe. Ainda sobre o conceito de dano moral coletivo. En: ROSENVALD, Nelson (Coord.); TEIXEIRA NETO, Felipe (Coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba: Foco, 2018. p. 44 y ss.), entendiendo por la necesidad de efectos concretos sobre el patrimonio moral de la colectividad, (En este sentido, CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; CARRÁ, Denise Sá Vieira. Op. cit., p. 128). A pesar de contar con jurisprudencia pacífica, es interesante la mención del autor al juzgado: Superior Tribunal de Justicia. REsp 1.726.270/BA, rel. Min. Nancy Andrighi, rel. p/ Acuerdo Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Órgano Juzgador: 3ª T., j. 27.11.2018, *DJe* 07.02.2019, en que el Ministro Ricardo Villas Boas Cueva entiende que no basta la mera lesión a la situación jurídica (interés) de los consumidores garantizado por el § 2º del art. 43 del CDC, aseverando expresamente que, a pesar de la ofensa al comando legal, el acto ilícito "pasó al margen de producir *sufrimientos, intranquilidad social* o alteraciones relevantes en el orden extrapatrimonial colectiva, caracterizando erróneamente, así, el daño moral colectivo." (cursivas nuestras)

237 TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo das Guia. Op. cit., p. 45-46 citan las siguientes decisiones del STJ confirmando su afirmación: STJ, 4ª T. AgInt en el REsp 1.827.470/PR, j. 15.10.2019. En sentido similar, v., ilustrativamente, STJ, 3ª T. AgInt en el REsp 1.795.421/SP, j. 27.5.2019; y STJ, 3ª T. REsp nº 1.605.466/SP, j. 16.8.2016; STJ, 4ª T. AgInt en el AREsp 1.701.482/RJ,

psicológico sufrido por la víctima"[238]. De acuerdo con el ejemplo de la víctima que adentra en estado comatoso luego después del evento dañoso, se cree que la jurisprudencia no adopta una noción simplista caracterizada solamente por el dolor psicológico sufrido por la víctima. Al contrario, acierta la Corte brasileña al adoptar un concepto subjetivo, relacional y sofisticado para la verificación del daño moral, en la línea de los parámetros impuestos por el ordenamiento jurídico nacional y por la tradición del *id quod interest*[239].

Durante el presente trabajo se presentaron posibilidades de nociones normativas de daño, apartadas de una mera noción naturalística, pero vinculadas a un

rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 30.11.2020. En sentido similar, v., ilustrativamente, STJ, 4ª T. AgInt en el AREsp 1.692.558/AL, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 23.11.2020; y STJ, 3ª T. AgInt en el AREsp 1.506.584/RJ rel. Min. Moura Ribeiro, j. 10.8.2020.

238 TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo das Guia. Op. cit., p. 46.

239 Si bien no se aclara completamente la *ratio decidendi*, se pueden observar sentencias recientes del Tribunal Superior de Justicia que confirman las tesis presentadas en este trabajo. Puntualmente, existen sentencias que vinculan el concepto de daño *in re ipsa* al ámbito probatorio, dada la presunción de consecuencias perjudiciales para la víctima. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia (STJ) en la Resp. 1.512.001/SP, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Sala 4, 27 de abril de 2021, DJe 30 de abril de 2021, en la que no se condenó al responsable de un accidente de tránsito al pago de daños morales, a pesar de haberse dado a la fuga del lugar del accidente, ya que, en este caso específico, la víctima recibió asistencia inmediata del SAMU, impidiendo que el acto reprobable del agente le causara un daño real. Según el voto del Relator de Justicia, el daño *in re ipsa* sólo se admite cuando «ciertos actos ilícitos siempre causan dolor y sufrimiento, eliminando así la necesidad de cualquier prueba del daño, posibilidad prevista en el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil de 2015». Felipe Teixeira Neto, al comentar la sentencia, se expresa de manera similar: «En la situación presentada, el Tribunal consideró dos posibles hipótesis: aunque reprensible, la evasión del lugar de los hechos por parte del acusado (conductor del vehículo), dependiendo de las consecuencias concretas que se deriven de ella, podría o no generar daño moral, incluso si se trata de [*in re ipsa*]. Y, en el caso específico, ante la falta de consecuencias directas y específicas derivadas de la evasión del lugar de los hechos, incluso si se infieren del máximo Por experiencia común, concluyó que no existía daño moral indemnizable.

Por lo tanto, la sentencia reconoció dos tesis que promueven mejoras en la aplicación de la categoría jurídica en cuestión. La primera es que el daño surge invariablemente de las consecuencias del acto atribuible al agente y no de su gravedad en sí misma, ya sea abstracta o concreta; la segunda, que el daño moral, para presumirse *in re ipsa*, presupone un examen preciso de las circunstancias del hecho y la demostración, incluso en teoría, de su potencial abstracto para comprometer atributos inherentes a la personalidad, alterando su situación *ex ante* (énfasis añadido) (TEIXEIRA NETO, Felipe. Dano moral *in re ipsa* e daño por mera conduta: comentários ao Recurso Especial 1.512.001/SP. *Revista de Direito Civil Contemporáneo*, v. 36, año 10, p. 323-345, jul.-sep. 2023).

perjuicio efectivo sufrido por la víctima. Llevándose en cuenta el marco jurídico brasileño, examinando las **normas** dedicadas a la responsabilidad civil, se cree que la noción de daño basado en una mera lesión de derechos (situaciones jurídicas), sin la presencia de daño efectivo sufrido por la víctima, sería admitir un "daño anti-normativo"[240].

Conclusiones

Ante los argumentos expuestos en el presente trabajo se cree que se puedan extraer algunas conclusiones principales, que posibilitan la construcción de un concepto normativo de daño para el derecho civil contemporáneo:

1. Aunque se haya admitido que la noción amplia del término "daño indemnizable" posee utilidad dogmática, pues traduce la observancia de la totalidad de los requisitos para la formación del deber de indemnizar, la construcción de una noción estricta de daño indemnizable se mostró fundamental para la fijación de un concepto de daño con grado relevante de autonomía y con contenido eficaz propio.
2. La noción de daño como mera lesión o menoscabo de bienes se aproxima a una noción naturalística, incapaz de absorber la riqueza y la multiplicidad de las manifestaciones dañosas indemnizables. Se observó, por tanto, desde el Derecho Romano, la tentativa de construcción

240 En sentido semejante, ZIMMERMANN, Reinhard. Op. cit., p. 716, ao comentar as decisões que admitiam a reparação sem uma efetiva consequência danosa para a vítima: "These are all somewhat helpless, occasionally speculative, and ultimately unconvincing attempts to rationalise a decision that is based, ultimately, on a feeling of compassion with persons who have been particularly severely injured rather than on strictly legal argument". ". En el Derecho Brasileño también no pasaron desapercibidos por la doctrina los riesgos en admitirse una responsabilidad civil apartada de sus elementos esenciales, determinados por el ordenamiento jurídico nacional. En ese sentido, TEPEDINO, Gustavo. Editorial. *Revista Trimestral de Direito Civil -- RTDC*, v.6, n. 24, oct./dic. 2005): "Y ni siquiera la caótica intervención del Estado en áreas sociales críticas- como salud, transporte, seguridad pública -autoriza el sobredimensionamiento del deber de reparar para la promoción de justicia retributiva entre particulares. Tan grave cuanto la ausencia de reparación por un daño injusto se muestra la imputación del deber de reparar sin la configuración de sus elementos esenciales, haciéndose del agente una nueva víctima". En sentido semejante, pugnando por el respeto a los elementos esenciales de la Responsabilidad Civil, véase: RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Nexo causal probabilístico: elementos para la crítica de un concepto. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 8, año 3, p. 115-137, jul.-sep. 2016.

de una noción sofisticada y relacional, basada en el *id quod interest* (interés), apta para recibir los distintos y relativos efectos sentidos por las víctimas ante la lesión a bienes tutelados.

3. De acuerdo con el contexto de la época, la pandectística alemana del siglo XIX tradujo esa noción de interés en la llamada teoría de la diferencia, en la que el daño en su sentido jurídico sería definido por la comparación de la situación patrimonial real en la que se encuentra la víctima después del daño y de la situación hipotética (normativamente construida) en la cual ella estaría si el evento dañoso no hubiese ocurrido.
4. Esta "hipótesis diferencial" representó la respuesta de la época para un distanciamiento definitivo de una noción naturalística de daño, capaz de conferir la respuesta para los desafíos observados en el momento histórico de su creación. Aunque los contornos de la teoría de la diferencia, ambientados en el s. XIX, puedan parecer insuficientes para recepcionar la amplia gama de manifestaciones dañosas de la contemporaneidad, se mostró que la idea de una "hipótesis diferencial" continúa actualísima y útil para configurar y cuantificar los daños actualmente verificados, inclusive con relación a los daños extrapatrimoniales. La "hipótesis diferencial" se confunde con la propia noción de daño, respaldando un concepto normativo de daño **como** interés.
5. A pesar de la innegable importancia del interés en la configuración de un concepto normativo de daño, se encontró que se trata de una expresión utilizada en "diversos contextos, con significados no siempre coincidentes y para *distintos* fines",[241] y su significado debe ser revelado en cada ámbito jurídico.
6. En este sentido, se hizo una distinción entre el interés cuando está relacionado con la situación jurídica de la víctima y cuando dicho interés está efectivamente conectado con el daño, permitiéndose las expresiones "interés-situación jurídica" e "interés-daño".
7. La lesión al "interés situación jurídica" puede generar diversas formas de tutela, absolutamente distintas de la tutela indemnizatoria que ca-

241 MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 491.

racteriza la responsabilidad civil, exactamente por no constituirse en elemento de la noción jurídica de daño, mientras este sea entendido en su concepción estricta, dotado de contenido eficaz propio.

8. Se abordó la noción de interés como elemento apto a definir y operacionalizar la noción de daño en sentido estricto, dentro de una perspectiva subjetiva y relacional. Por tanto, se demostró que la noción de daño como interés, atada a una hipótesis diferencial, aún representa una justificación útil para la identificación de daños indemnizables, resaltando la importancia del daño como requisito autónomo e indesligable para el surgimiento del deber de indemnizar.

9. La noción de daño como **lesión a interés real-concreto** se mostró apta a configurar el concepto jurídico de daño con contenido eficaz propio, desde que el interés sea entendido como la idoneidad de determinado bien jurídico para satisfacer necesidades **específicas y concretas** de la víctima y apartado de la esfera de la ilicitud, donde apenas se identifican situaciones jurídicas protegidas por el derecho, sin conferir tratamiento a los perjuicios sufridos por las víctimas.

10. Se reafirmó que el daño es indesligable como requisito impuesto por el ordenamiento jurídico brasileño para el surgimiento deber de indemnizar. Se alertó que figuras como el **daño per se**, el **injury as such** y el **daño in re ipsa** pueden desafiar las fronteras del daño indemnizable, aproximándose a la mera antijuridicidad.

11. Siguiendo la sólida tradición de los sistemas romano-germánicos, el Derecho brasileño realiza clara separación entre el daño y la acción que lo haya causado. En efecto, los arts. 186 y 187 del Código Civil Brasileño definen, en gran parte, los límites del acto ilícito, cuya verificación puede proporcionar, para la víctima, el manejo de tutelas posesorias, inhibitorias y restitutorias, entre otras. El surgimiento del deber de indemnizar, sin embargo, solamente ocurre en los casos en que esa ilicitud sea causante de daño efectivo, como queda definido por el *caput* del art. 927 del mismo cuerpo legal y por la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia.

12. Los daños no son configurados por la simple violación a derechos constitucionalmente resguardados (daño-evento), apartándose la aceptación

de figuras como el **daño per se** y el **injury as such**, ya rechazadas hasta por la jurisprudencia italiana, cuna de figuras como el daño biológico y el daño existencial.

13. La noción de daño defendida en el presente trabajo soporta la construcción de "nuevas" categorías patrimoniales y extrapatrimoniales como la pérdida de la chance, el daño reflejo o por rebote, el daño proveniente de *wrongful conception* y *wrongful birth*, el daño existencial e incluso el daño por la pérdida del tiempo útil, desde que sea debidamente fundamentado.

14. La configuración del daño extrapatrimonial puede ocurrir sin la observancia de sentimientos como el dolor o el sufrimiento de la víctima (ejemplo de la víctima que se encuentra en estado comatoso). Pero, en innumerables hipótesis, la situación fáctica en que la víctima se encuentra después de la ofensa a sus bienes jurídicos extrapatrimoniales -como los derechos de la personalidad, por ejemplo- se presenta **concretamente diferente** de la situación contrafáctica y normativamente construida en que la víctima estaría sin la ofensa (hipótesis diferencial) exactamente por la observancia de las consecuencias negativas relacionadas al espíritu humano. Así, manifestaciones humanas como la vergüenza, humillación, dolor y pérdida de amenidades de la vida pueden no ser mera consecuencia del daño, sino representar su núcleo significativo y existencial, vinculado al *an debeatur*.

15. Es en el sentido de establecer presunciones relativas que se admite, a pesar de los evidentes problemas terminológicos, la utilización de la expresión daño **in re ipsa** en conformidad con las señas del ordenamiento jurídico brasileño.

16. El concepto jurídico de daño como lesión a interés real-concreto es capaz de conferir contenido normativo propio al instituto, respaldando una noción relacional, dinámica y concreta, alineada a las normas fundamentales de la Responsabilidad Civil en el ordenamiento jurídico brasileño.

Normas de publicación para la cuarta edición de la Revista Especializada en Responsabilidad Civil del Instituto Peruano de Responsabilidad Civil 2026

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. **Tema Central de la Revista número 4**

   "Desafíos jurisprudenciales de la responsabilidad civil".

5. **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.

6. **Estructura de los artículos:**

6.1 Título: No más de 60 caracteres.

6.2 Nombre del autor: En nota al pie debe incorporar: Su filiación institucional, trayectoria académica & profesional, País, correo institucional & Código ORCID.

6.3. Resumen: No más de 350 palabras.

6.4. Contenido: Sumilla de capítulos y subcapítulos.

6.5. Palabras clave: Mínimo 4- Máximo 8.

6.6. En caso haya sido presentado de forma parcial en otro medio, es obligatorio expresarlo.

7. **Cuestiones formales del texto:**

7.1 Número de palabras. No menos de 8 000 palabras ni más de 14 000 palabras. *Excluyendo primera página del artículo & Referencias bibliográficas.

7.2 Tipo de letra: Time New Roman 12.

7.3. Consignar las citas conforme APA. Las notas a pie de página deben ser muy excepcionales.

7.4. Las referencias bibliográficas serán únicamente las que se han utilizado en el texto & debe ser ordenada alfabéticamente.

7.4.1. 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.

8. Plazo máximo de entrega: 30 de agosto del 2026.
9. Correo de recepción: brunotapia.procesal@hotmail.com
10. 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 III, N° 3,
se imprimió en la República del Perú en diciembre 2025.