

# Consideraciones para la determinación del daño patrimonial y extrapatrimonial

Luis Rodolfo Bardales Siguas

Abogado por la UNMSM

Magíster en Derecho Civil por la PUCP

# Sobre la metodología de la exposición

A efectos de ilustrar las consideraciones para la determinación del daño patrimonial y extrapatrimonial se tomará como referente el caso Lamsac en el cual se aborda el reajuste indebido del peaje.

# Sobre la metodología de la exposición

SUCESOS / Noticias

## **PJ ordena que empresa concesionaria y exfuncionario paguen reparación civil de más de S/ 25 millones por cobros irregulares de peajes**

El Poder Judicial indicó que la empresa, en coordinación con el exgerente de la Municipalidad de Lima Domingo Arzubialde, hizo cobros irregulares en los peajes de Lima entre los años 2013 y 2015.

- > [Viruela del mono en Perú: se eleva a 92 los casos confirmados en ocho regiones](#)
- > [Gremio de transportistas urbanos de Lima y Callao asegura que no incrementará precio de pasajes](#)



Conforme a los criterios de  The Trust Project

# Sobre el Hecho Generador del Daño

# Sobre el Hecho Generador del Daño

En cuanto al hecho generador tenemos que es el hecho que ocasiona el daño el cual será identificado de forma más clara con el elemento de la relación de causalidad.

El hecho generador no debe confundirse con el daño puesto que el primero es la causa y el segundo es la afectación. Por poner un ejemplo, el atropello de un carro en perjuicio de un transeúnte que le genera lesiones físicas, siendo que el primero es el hecho generador y el daño son las lesiones.

# Hecho Generador del Daño

Se ha probado el hecho generador del daño mediante los siguientes medios probatorios que fueron oralizados en el debate:

- Carta Lamsac 169-2012. de fecha 04 de diciembre del 2012. suscrita por André Giavina Bianchi mediante el cual comunica que en la fórmula de reajuste tarifario iba a aplicar el ponderador del 100% del IPC.
- Carta Lamsac-MML-N° 029-2013, de fecha 07.02.2013, suscrito por André Giavina Bianchi mediante el cual comunica que en la fórmula de reajuste tarifario iba a aplicar el ponderador del 100% del IPC.
- Carta Lamsac-MML-N° 145-2013, de fecha 09 de agosto del 2013, suscrita por André Giavina Bianchi mediante el cual comunica que en la fórmula de reajuste tarifario iba a aplicar el ponderador del 100% del IPC.

# Hecho Generador del Daño

- Oficio N° 774-2013-MML-GPIP, de fecha 27 de agosto del 2013, suscrito por Domingo Arzubialde Elorrieta Gerente de GPIP mediante el cual en respuesta a las comunicaciones anteriores el referido funcionario observa la propuesta de reajuste de tarifa de peaje requiriendo por parte del Concesionario el sustento técnico, económico y legal de su propuesta.
- Carta LAMSAC -MML-N° 154-2013 de fecha 02 de setiembre del 2013, André Giavina Bianchi, mediante la cual el concesionario presuntamente levanta las observaciones requeridas en el Oficio N° 774-2013-MML-GPIP habiéndose acreditado en el debate que no se cumplieron con subsanar las observaciones lega, lo cual fue confirmado por el testigo de descargo Juan Ramos Harapa, subgerente de la Sub Gerencia de Contratos de la GPIP, quien al ser examinado expresamente refirió que a través de esta Carta el concesionario no subsanó nada.
- Oficio N° 818-2013-MML-GPIP, de fecha 6 de setiembre del 2013, suscrito por Domingo Arzubialde Gerente de GPIP mediante el cual da inicio a la explotación de la obra aprobando la propuesta de reajuste de tarifa de peaje, no obstante, habiéndose acreditado que Lamsac no cumplió con subsanar las observaciones respectivas.
- Oficio N° 957-2013-MML-GPIP, de fecha 03 de octubre del 2013, suscrito por Domingo Arzubialde Elorrieta Gerente de GPIP se autoriza aplicar en la fórmula de reajuste tarifario el ponderador del 100% del IPC conforme a las comunicaciones precedentes enviadas por Lamsac, a pesar de no haberse subsanado las observaciones respectivas.

# Hecho Generador del Daño

En virtud de estos documentos se acreditó que el Concesionario comunicaba a Domingo Arzubialde Elorrieta, en su condición de Gerente de la GPIIP, que en la formula del reajuste tarifario previsto en la cláusula 9.9 del Contrato de concesión aplicaba únicamente el ponderador del 100% de IPC.

## Hecho Generador del Daño

En virtud de estos documentos se acreditó que Domingo Arzubialde Elorrieta, en su condición de Gerente de la GPIIP, aprobó la fórmula del reajuste tarifario propuesta por Lamsac en contra de lo previsto en la cláusula 9.9 del Contrato de concesión aceptándose la aplicación únicamente del ponderador del 100% de IPC.

# Sobre la Antijuridicidad

# Antijuridicidad

- Estos tres supuestos tendrían como lugar común, que, en caso de verificarse la producción de un daño como consecuencia del ejercicio regular de un derecho, de un acto de legítima defensa o de la remoción de un estado de necesidad, no procedería imputar la responsabilidad civil.
- En esa línea se señala que “se aleja de la esfera de influencia de la responsabilidad civil a aquellos hechos que, aun cuando son dañosos, son justificados por el ordenamiento jurídico”. PAZOS HAYASHIDA, Javier, Hechos Dañosos Justificados. En: Código Civil comentado Tomo X, Segunda Edición, Gaceta Jurídica, Lima, Agosto, 2007, 124.
- Igualmente se señala que la antijuridicidad solo se aplica para analizar si la comisión del daño producido en un caso concreto está autorizado o no por el ordenamiento jurídico. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Derecho de la responsabilidad civil. Sexta Edición, Rodhas, 2011, 97.

# Antijuridicidad

- **“Artículo 1971.-** No hay responsabilidad en los siguientes casos:
  - 1.- En el ejercicio regular de un derecho.
  - 2.- En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno.
  - 3.- En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro”.

## Cláusula 9.9 del Contrato de Concesión

“9.9. Los Peajes serán reajustados en forma ordinaria por el CONCESIONARIO, con periodicidad de doce (12) meses y se llevará a cabo de acuerdo al mecanismo de ajuste de Peajes establecido de la siguiente manera:

La tarifa será reajustada anualmente, teniendo como parámetros mínimos 50% variación del IPC - Perú y máximo de 50% variación del tipo cambio del dólar americano (promedio Superintendencia de Banca y Seguros), los parámetros finales de la fórmula de reajuste corresponderán a la estructura de financiamiento que se obtenga para la fecha de Cierre Financiero, se debe respetar los límites anteriormente indicados.

Para efectos del reajuste tarifario, se aplicará una periodicidad inferior a un año cuando la inflación acumulada supere el 3% de la variación del IPC - Perú”.

# Antijuridicidad del Hecho Generador

Se ha acreditado que la aprobación de la propuesta de reajuste tarifario constituye un hecho ilícito al contravenir de forma directa la cláusula 9.9 del Contrato de Concesión toda vez que esta dictaba con claridad que el reajuste tarifario solo podía ser efectuado tomando en cuenta el 50% de la variación del IPC Perú aplicando la estructura de financiamiento obtenida para la fecha de cierre financiero, siendo que los términos de reajuste aprobados por Domingo Arzubialde no respetaban estas condiciones.

## Vulneración de la Cláusula 9.9

El cierre financiero se produjo el 30 de diciembre de 2010, fecha en la cual la estructura de financiamiento de Lamsac tenía como acreedor a OAS Investment, siendo que la distribución de la deuda era de 13% en soles y 87% en dólares. Era esta estructura de financiamiento la que debía ser aplicada con los parámetros de 50% de variación del IPC Perú y 50% de variación del tipo de cambio del dólar americano.

## Vulneración de la Cláusula 9.9

Sin embargo Lamsac propuso a Arzubialde una reajuste de la tarifa del peaje basado en un financiamiento que no se había obtenido el 30 de diciembre de 2010 fecha de cierre financiero sino el 07 de junio de 2012, la misma cuyo acreedor era Citibank siendo que la distribución de la deuda era de 100% en soles y 0% en dólares. De igual modo, el reajuste de la tarifa propuesto por Lamsac y aprobada por Domingo Arzubialde se realizó inaplicando el parámetro del 50% de variación del IPC Perú y empleando el 100% de variación del IPC Perú.

## Vulneración de la Cláusula 9.9

En tal sentido, tanto por la estructura de financiamiento empleada que no correspondía a la obtenida en la fecha de cierre financiero así como por la inaplicación del parámetro de 50% de variación del IPC Perú se vulneró la cláusula 9.9 razones por las cuales la conducta de Arzubialde consistente en la aprobación del reajuste de peaje propuesto por Lamsac fue antijurídica, determinándose por ello la responsabilidad penal de aquel por la comisión del delito de negociación incompatible.

# Sobre el Daño

# Daño

Características generales:

-Daño Cierto

-Daño Injusto

-Daño Personal

-Daño Subsistente

# Sobre los requisitos del daño

“El daño debe contener cuatro requisitos para que sea resarcible. En primer lugar, el daño debe ser cierto (el requisito de la certeza del daño): la certeza del daño tiene que tener una certeza fáctica (daño evento) y una certeza lógica (daño consecuencia)” (Fernández, 2019, p. 54).

# Sobre los requisitos del daño

“En segundo lugar, el daño tiene que ser subsistente (el requisito de la subsistencia del daño): el daño no debe haber sido reparado por alguna vía con anterioridad, pues en tal caso, la víctima carecería de interés para obrar (entendido en términos sustantivos” (Fernández, 2019, p. 54).

# Sobre los requisitos del daño

“En tercer lugar, el daño tiene que ser especial y concreto (el requisito de la especialidad del daño: el daño tiene que afectar un interés que pertenezca a una sujeto o que afecte a un ente colectivo, es decir, que tiene que constatarse la existencia de una víctima, sea esta diádica o sistémica” (Fernández, 2019, p. 54).

# Sobre los requisitos del daño

“Finalmente, el daño tiene que ser injusto (el requisito de la injusticia del daño), ya que solamente donde la víctima sufra un daño ilegítimo podrá ser tutelada con el resarcimiento. La injusticia del daño, además, regido bajo un criterio de atipicidad, es hoy el nuevo criterio de selección de los intereses merecedores de tutela y es el elemento que decide el otorgamiento de la tutela resarcitoria” (Fernández, 2019, p. 54).



# Daño Emergente

Constituye el menoscabo consistente en la reducción del valor del patrimonio del sujeto lesionado, y por tanto el resarcimiento buscar restaurar el valor disminuido al momento anterior a la producción del daño.

# Daño Emergente

Constituye el menoscabo consistente en la reducción del valor del patrimonio del sujeto lesionado, y por tanto el resarcimiento busca restaurar el valor disminuido al momento anterior a la producción del daño.

# Daño Emergente

Al respecto se señala que “la indemnización del daño emergente es la que pretende restituir la pérdida sufrida” (De Trazegnies Granda, 2016, p. 34). Se prosigue señalando que “Paulus define el daño emergente como quantum mihi abest, es decir, el monto que para mí ya no es, lo que para mí deja de tener existencia. El daño emergente siempre es un empobrecimiento” (De Trazegnies Granda, 2016, p. 34)

# Lucro Cesante

Es el menoscabo consistente en el valor dejado de percibir como consecuencia del evento lesivo. Es decir todos aquellos ingresos patrimoniales que no han sido incorporados al patrimonio del lesionado por causa del comportamiento del dañante.

Este daño debe cumplir con el requisito de la certeza, es decir, que debe probarse que dicho ingreso, de no ser por el comportamiento dañoso, se habría incorporado al patrimonio del dañado.

No basta con una mera expectativa de ganancia.

# Lucro Cesante

Al respecto se señala que el lucro cesante comprende “aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino. La frase (...) de Pauli se completa con la idea del lucro cesante: quantum mihi abest quantumque lucrari potui. Esta última parte nos dice que es también daño aquello que hubiera podido ganar (y que no lo gané debido al daño). Por consiguiente, mientras en el daño emergente hay empobrecimiento, en el lucro cesante hay un impedimento a que me enriquezca legítimamente. Por otra, parte como dice Adriano de Cupis, el daño emergente afecta un bien o un interés actual, que ya corresponde a la persona en el instante del daño; en cambio, el lucro cesante afecta a un bien o un interés que todavía no es de la persona al momento del daño” (De Trazegnies Granda, 2016, p. 35).

# Daño a la Persona

“El daño a la persona debe ser entendido como la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales” (Espinoza, 2016, p. 31-32).

“si tenemos que convivir con la expresión hay que entenderla, simplemente, como un pleonasma, de la naturaleza resarcible del daño a la integridad psicofísica” (León, 2007, p. 186).

# Daño Moral

“una indemnización por daño moral puede entenderse como una indemnización por la aflicción, angustia, dolor o perturbación generada, figura que se asocia con el nomen del pretium doloris” (Viney & Jourdain, 2013, p. 77) o también denominado precio del dolor.

# Daño

- **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.
- **Artículo 1984.-** El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.
- **Artículo 1985.-** La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral

# Daño Patrimonial

Informe de Auditoría de cumplimiento N° 303-2017-CG/MPROY-AC mediante el cual se acredita que el daño generado al Estado asciende a la suma de S/. 20 739 527.00 la cual comprenden los siguientes conceptos:

- Ganancias ilegales obtenidas por Lamsac derivadas del reajuste ilegal de la tarifa de peaje durante el período del 05 de octubre del 2013 al 31 de enero del 2015 que asciende a la suma de S/. 14 331 334.00 sin IGV
- Obtención ilegal de la suma ascendente a S/. 6 408 193.00 por exceso de compensación por el período que va del 02 de julio del 2013 al 04 de octubre de 2013.

# Informe de Auditoría de cumplimiento N° 303-2017-CG/MPROY-AC

Desde el punto de vista económico financiero en los debates orales fue examinado, de forma rigurosa, el economista Iván Inocente Arévalo, quien ha referido:

-Que efectuó los cálculos económicos con el parámetro del 100% del IPC que el concesionario utilizaba en el reajuste tarifario y lo comparó con la fórmula de reajuste que debió aplicarse conforme al contrato utilizando los parámetros del 50% del IPC y 50% del tipo de cambio, estableciendo que la tarifa resultante en el primer caso siempre era ligeramente mayor. Que esa diferencia de S/0.20 céntimos que generó sumada por cada vehículo generaban ingresos adicionales importantes que fueron en beneficio del concesionario.

# Informe de Auditoría de cumplimiento N° 303-2017-CG/MPROY-AC

Cuadro n.º 07  
Beneficios adicionales del Concesionario por aplicar una tarifa mayor por reajuste incorrecto  
(Apéndice n.º 126)

Periodos de cambio de Tarifas	Tarifa Aplicada (S/)	Tarifa Estimada Comisión (S/)	Exceso Ingresos Estimado (S/)
<b>Desde el 05 de octubre de 2013<sup>23</sup></b>			
Vehículo liviano	3.00	3.80	
Transporte público	3.00	3.80	
Vehículo pesado (por eje cobrable)	4.00	3.80	1,718,259
<b>Desde el 29 de diciembre de 2013 hasta el 13 de diciembre de 2014</b>			
Vehículo ligero	4.00	3.80	
Vehículo pesado (por eje cobrable)	4.00	3.80	13,409,030
<b>Desde el 14 de diciembre de 2014 hasta el 31 de enero 2015</b>			
Vehículo ligero	4.50	4.30	
Vehículo pesado (por eje cobrable)	4.50	4.30	1,783,686
<b>Total Exceso de Ingresos Estimado (S/) con IGV:</b>			<b>16,910,974</b>
<b>Total Exceso de Ingresos Estimado (S/) sin IGV:</b>			<b>14,331,334</b>

Fuente: Carta LAMSAC-MML- n.º. 001-2017 (Apéndice n.º 82) de 04 de enero de 2017

Elaboración: Comisión de Auditoría

# Informe de Auditoría de cumplimiento N° 303-2017-CG/MPROY-AC

Justamente con vista del Cuadro N° 7 de su análisis económico nos ha referido que en el período de análisis que va del 05 de octubre del 2013 al 31 de octubre de 2015, los beneficios adicionales que recibió el concesionario por la aplicación ilegal del reajuste tarifario alcanzó la suma de S/. 14 331 334.00 millones de soles sin IGV.

# Sustento técnico del monto arribado por el Informe de Auditoría de cumplimiento N° 303-2017-CG/MPROY-AC

La pericia llega a la suma de los S/. 14 331 334.00 millones de soles sin IGV en base a la realización de una serie de operaciones que detallaremos a continuación.

La determinación del diferencial de los S/ 0.20.

La determinación de la frecuencia de vehículos

La determinación del monto cobrado por los vehículos que pasaron por la Vía Expresa Línea Amarilla durante los siguientes períodos:

- Desde el 05 de octubre de 2013 al 28 de diciembre de 2013
- Desde el 29 de diciembre de 2013 al 13 de diciembre de 2014
- Desde el 14 de diciembre de 2014 hasta el 31 de enero de 2015

# Cálculo de los beneficios ilegales producidos desde el 05 de octubre de 2013 al 28 de diciembre de 2013

En cuanto al cálculo de los beneficios ilegales producidos desde el 05 de octubre de 2013 al 28 de diciembre del 2013 la operación realizada ha sido efectuada de la siguiente manera:

El número total de vehículos ligeros que emplearon el servicio durante los meses de octubre, noviembre y diciembre fueron 8,591,293 vehículos.

No se han tomado en cuenta los vehículos públicos ni los vehículos pesados, toda vez que en estos casos la propia Concesionaria en base a una decisión de política comercial decidió no efectuar el reajuste tarifario respecto de estos. En tal sentido, su tarifa no sufrió modificación durante este período.

# Cálculo de los beneficios ilegales producidos desde el 05 de octubre de 2013 al 28 de diciembre de 2013

El número total de vehículos ligeros que emplearon el servicio durante los meses de octubre, noviembre y diciembre fueron 8,591,293 vehículos, conforme al siguiente detalle:

Del 5 Octubre - 29 diciembre 2013	Vehículos ligeros	Ejes cobrables	Total Unidades cobrables
Oct	2,560,268		2,560,268
Nov	2,936,420		2,936,420
Dic	3,094,605		3,094,605
De octubre a diciembre 2013	8,591,293		8,591,293

# Cálculo de los beneficios ilegales producidos desde el 05 de octubre de 2013 al 28 de diciembre de 2013

La operación realizada para determinar las ganancias ilegales durante este período implica multiplicar el número de vehículos de cada mes por la suma de S/. 0.20 dando como resultado total la cifra de S/. 1 718 259

Del 5 Octubre - 29 diciembre 2013	Vehículos ligeros	Ejes cobrables	Total Unidades cobrables	Exceso de cobro de tarifa	Exceso de beneficios
Oct	2,560,268		2,560,268	0.2	512,054
Nov	2,936,420		2,936,420	0.2	587,284
Dic	3,094,605		3,094,605	0.2	618,921
De octubre a diciembre 2013	8,591,293		8,591,293		1,718,259

# Cálculo de los beneficios ilegales producidos desde el 29 de diciembre de 2013 al 13 de diciembre de 2014

En cuanto al cálculo de los beneficios ilegales producidos en el período referido la operación realizada ha sido efectuada de la siguiente manera:

Para contabilizar los vehículos ligeros se toma cada vehículo como una unidad ascendiendo estos a la cantidad de 37 080 950

Para contabilizar los vehículos pesados se tomara cada eje como una unidad cobrable. A modo de ejemplo si un vehículo pesado tiene dos ejes en términos de cobro representa dos unidades, si tienes 3 ejes, tres unidades y así sucesivamente.

En el caso en concreto el número total de ejes cobrables por vehículos pesados fueron de 29 964 202

# Cálculo de los beneficios ilegales producidos desde el 29 de diciembre de 2013 al 13 de diciembre de 2014

Periodo	Vehículos ligeros	Ejes cobrables										
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
Del 29 dic 2013 - 13 dic 2014	37,080,950	11,022,803	3,731,309	981,890	2,633,600	11,381,595	178,560	25,644	2,849	2,225	765	2,964

# Cálculo de los beneficios ilegales producidos desde el 29 de diciembre de 2013 al 13 de diciembre de 2014

Una vez sumados el total de vehículos ligeros con los vehículos pesados se obtiene como cantidad de unidades cobrables la de 67,045,152, cifra que se multiplica por S/ 0.20 para obtener la ganancia ilegal durante el período respectivo la misma que asciende a la suma de S/. 13 409 030.00.

Periodo	Vehículos Ligeros	Total de ejes vehículos pesados	Total unidades cobrables	Exceso de cobro de tarifa S/	Exceso de beneficios S/
Del 29 dic 2013 - 13 dic 2014	37,080,950	29,964,202	67,045,152	0.2	13,409,030

# Cálculo de los beneficios ilegales producidos desde el 14 de diciembre de 2014 al 31 de enero de 2015

En cuanto al cálculo de los beneficios ilegales producidos en el período referido la operación realizada ha sido efectuada de la siguiente manera:

El número total de vehículos ligeros que emplearon el servicio durante el período referido fueron 4 939 751 vehículos.

En cuanto al número total de vehículos pesados en términos de ejes cobrables durante el período referido estos fueron 3 978 677 unidades cobrables.

La suma de estas unidades cobrables ascienden a 8 918 428 unidades cobrables.

# Cálculo de los beneficios ilegales producidos desde el 14 de diciembre de 2014 al 31 de enero de 2015

Una vez sumados el total de vehículos ligeros con los vehículos pesados se obtiene como cantidad de unidades cobrables la de 8 918 428, cifra que se multiplica por S/ 0.20 para obtener la ganancia ilegal durante el período respectivo la misma que asciende a la suma de S/. 1 783 686.00.

Periodo	Vehículos Ligeros	Total de ejes vehículos pesados	Total unidades cobrables	Exceso de cobro de tarifa S/	Exceso de beneficios S/
Total 14 Dic 2014 - 31 Ene 2015	4,939,751	3,978,677	8,918,428	0.2	1,783,686

# Cálculo de los beneficios ilegales producidos desde el 05 de octubre de 2013 al 31 de enero de 2015

Habiendo realizado el cálculo por cada uno de los períodos referidos obtenemos la cifra total de S/. 16 910 974 con IGV, dando sin IGV la suma de S/ 14 331 334.

Periodo	Vehículos ligeros	Total ejes vehículos pesados	Total unidades cobrables	Exceso de cobro de tarifa S/	Exceso de beneficios S/
Desde el 05 de octubre de 2013	8,591,293		8,591,293	0.2	1,718,259
Desde el 29 de diciembre de 2013 hasta el 13 de diciembre de 2014	37,080,950	29,964,202	67,045,152	0.2	13,409,030
Desde el 14 de diciembre de 2014 hasta el 31 de enero 2015	4,939,751	3,978,677	8,918,428	0.2	1,783,686
Total Exceso de Ingreso Estimado (S/) con IGV					16,910,974

# Informe de Auditoría de cumplimiento N° 303-2017-CG/MPROY-AC

Las operaciones que ha realizado el perito Inocente para arribar a las sumas que aparecen en el Cuadro exhibido, han sido mostradas en los debates orales toda vez que se han expuesto las Hojas de Excel, los insumos utilizados y las operaciones aritméticas realizadas las cuales no han sido cuestionadas de forma alguna por ninguna de las contrapartes.

Por el contrario, en el debate pericial, en la sesión del 28 de febrero del 2022, el perito Ariel Medvedeff manifestó su conformidad en la diferencia de los S/. 0.20 céntimos derivada de aplicar la tarifa con el 100% del IPC y no con el 50% del IPC y 50% del tipo de cambio conforme lo estipulaba el contrato de concesión.

# Informe de Auditoría de cumplimiento N° 303-2017-CG/MPROY-AC

Si bien el perito Ariel Medvedeff manifiesta está de acuerdo respecto a la diferencia de S/. 0.20 céntimos de más en el cuadro referido previamente, manifestó no estar de acuerdo con la cifra total, puesto que la Comisión no habría tomado en cuenta el valor total de ingresos que habría dejado de percibir la Concesionaria por vehículos pesados y transporte público durante el período que va 05 de octubre del 2013 al 28 de diciembre del 2013. En ambos vehículos cobro la suma de S/. 3.00 cuando debió cobrar la suma de S/. 3.80 aplicando el 50% del IPC y 50% del tipo de cambio.

# Informe de Auditoría de cumplimiento N° 303-2017-CG/MPROY-AC

Cuadro n.º 07  
Beneficios adicionales del Concesionario por aplicar una tarifa mayor por reajuste incorrecto  
(Apéndice n.º 126)

Periodos de cambio de Tarifas	Tarifa Aplicada (S/)	Tarifa Estimada Comisión (S/)	Exceso Ingresos Estimado (S/)
Desde el 05 de octubre de 2013 <sup>23</sup>			
Vehículo liviano	3.00	3.80	
Transporte público	3.00	3.80	
Vehículo pesado (por eje cobrable)	4.00	3.80	1,718,259
Desde el 29 de diciembre de 2013 hasta el 13 de diciembre de 2014			
Vehículo ligero	4.00	3.80	
Vehículo pesado (por eje cobrable)	4.00	3.80	13,409,030
Desde el 14 de diciembre de 2014 hasta el 31 de enero 2015			
Vehículo ligero	4.50	4.30	
Vehículo pesado (por eje cobrable)	4.50	4.30	1,783,686
<b>Total Exceso de Ingresos Estimado (S/) con IGV:</b>			<b>16,910,974</b>
<b>Total Exceso de Ingresos Estimado (S/) sin IGV:</b>			<b>14,331,334</b>

Fuente: Carta LAMSAC-MML- n.º 001-2017 (Apéndice n.º 82) de 04 de enero de 2017

Elaboración: Comisión de Auditoría

# Informe de Auditoría de cumplimiento N° 303-2017-CG/MPROY-AC

El perito Iván Inocente refiere que la decisión de cobrar menos constituye una decisión propia del concesionario y efectivamente en los debates orales se ha dado cuenta de la Carta Lamsac N° 187 - 2013 por la cual el concesionario en efecto por decisión propia señala que la tarifa a aplicarse a los vehículos tanto livianos como pesados iba a ser S/. 3.00 nuevos soles.

Siendo por tanto que ahora no puede alegar que dicha falta de reajuste deba ser tomada en cuenta toda vez que estaría contradiciendo sus propios actos en cuanto que fue la propia empresa la que en el período referido renunció a efectuar el reajuste por una decisión de política comercial

# Informe de Auditoría de cumplimiento N° 303-2017-CG/MPROY-AC

El perito Iván Inocente refiere como un segundo aspecto del informe el exceso de compensaciones otorgados al concesionario por reajuste incorrecto de peaje

# Informe de Auditoría de cumplimiento N° 303-2017-CG/MPROY-AC

Cuadro n.º 08  
Exceso de compensación otorgada al Concesionario por un reajuste incorrecto de peaje  
(Apéndice n.º 126)

Periodos de cálculo de Tarifas del 2 de Julio al 04 de octubre de 2013	Compensación con Peaje Aplicado de S/ 3,39 (a)	Compensación con Peaje Estimado Comisión S/ 3,13 (b)	Exceso Compensación Estimado (S/ (a)-(b))
Transporte Público	2 729 486	2 520 145	209 341
Vehículo Ligero	33 296 322	30 742 622	2 553 700
Vehículo pesado (por eje cobrable)	27 965 070	24 339 919	3 645 151
<b>Ingresos por cobro de Peaje (S/)</b>	<b>64 010 878</b>	<b>57 602 686</b>	<b>6 408 193</b>

Fuente: Informe Final "Revisión de los expedientes y la documentación adjunta relacionados a trabajos desarrollados en el proyecto Vía Parque Rímac" del Consultor Jorge Tantaleán G.

Solicitud IV: Reconocimiento y pago de pérdidas sufridas por Lamsac por menores ingresos por concepto de recaudación debido al retraso en el inicio del cobro de la tarifa reajustada a través de las unidades de peaje existentes. Proyecto Línea Amarilla (Proyecto Vía Parque Rímac). Agosto 2014. (Apéndice n.º 75)

Elaboración: Comisión Auditora

# Informe de Auditoría de cumplimiento N° 303-2017-CG/MPROY-AC

El perito Iván Inocente refiere al respecto que este período de análisis abarca del 02 de julio al 04 de octubre del 2013 que es el período que el concesionario dejó de percibir ingresos porque todavía no iniciaba la explotación de la concesión. Nos ha señalado que el parámetro que se utilizó en este reconocimiento de compensación fue el 100% del IPC y que los parámetros que correspondían eran el 50% del IPC y del 50% del tipo de cambio y que la sumatoria de estos excesos en el período de análisis abarcó la suma de S/. 6 408 193.00 que finalmente fue en beneficio del concesionario.

Este aspecto del informe no fue cuestionado desde el punto de vista técnico, tan es así que no fue objeto de debate pericial.

# Informe de Auditoría de cumplimiento N° 303-2017-CG/MPROY-AC

Respecto de este punto la contraparte señalará que esta suma deriva del Acta de Trato Directo del 20 de octubre de 2014 la cual es objeto de otra investigación que se encuentra en la etapa de investigación preparatoria. Respecto de esto se debe tener en cuenta que el análisis de la Comisión no se centró en establecer si el reconocimiento de las compensaciones son debidas o indebidas. El análisis de la Comisión se centró en determinar cuáles son los parámetros aplicables a la tarifa reajustada como consecuencia del reconocimiento de las compensaciones y determinó que se utilizó el 100% del IPC y no el 50% del IPC y el 50% del tipo de cambio.

# Informe de Auditoría de cumplimiento N° 303-2017-CG/MPROY-AC

En consecuencia desde el punto de vista técnico queda plenamente demostrado que en el período que va del 05 de octubre del 2013 al 31 de enero de 2015 el concesionario obtuvo beneficios indebidos de S/. 14 331 334.00 millones de soles y por exceso de compensación la suma de S/. 6 408 193.00 millones de soles, lo que hace un total de S/. 20 738 527.00.

# Sobre el daño extrapatrimonial producido en contra del Estado

El Estado como persona jurídica y sujeto derecho es titular de determinados derechos extrapatrimoniales así como de específicos derechos constitucionales. Esto se ha dejado en claro mediante la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0905-2001-AA/TC la misma que reafirma esta posición en su numeral 5 el cual establece de forma explícita que:

“(... )En ese sentido, entiende el Tribunal que, en la medida en que las organizaciones conformadas por personas naturales se constituyen con el objeto de que se realicen y defiendan sus intereses, esto es, actúan en representación y sustitución de las personas naturales, muchos derechos de éstos últimos se extienden sobre las personas jurídicas. Una interpretación contraria concluiría con la incoherencia de, por un lado, habilitar el ejercicio de facultades a toda asociación –entendida en términos constitucionales y no en sus reducidos alcances civiles– y, por otro, negar las garantías necesarias para que tal derecho se ejerza y, sobre todo, puedan ser susceptibles de protección.

(...)

Por tanto, considera el Tribunal, que la ausencia de una cláusula, como la del artículo 3° de la Constitución de 1979, no debe interpretarse en el sentido de negar que las personas jurídicas puedan ser titulares de algunos derechos fundamentales o, acaso, que no puedan solicitar su tutela mediante los procesos constitucionales y, entre ellos, el amparo”.

# Sobre el daño producido en contra del Derecho a la Identidad Institucional del Estado

El Estado como persona jurídica y sujeto de derecho es titular del derecho a la identidad tal como consta el artículo 2.1. de la Constitución Política del Perú, el mismo que establece que:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

En tal sentido, el derecho a la identidad institucional del Estado constituye un derecho de la personalidad, cuya lesión se encuentra comprendida en nuestro Código Civil (artículo 1321 y artículo 1985) como un caso de daño a la persona. El daño a la persona es considerado como la vulneración o lesión de uno de los atributos extrapatrimoniales de los sujetos de derecho, ya sea uno de los atributos vinculados a la naturaleza psicosomática o al libre desarrollo de la personalidad.

El derecho a la identidad es una situación jurídica en la que se tutela la identificación de los sujetos (identidad estática), en la que se encuentran datos como el nombre, el domicilio, las generalidades de ley, entre otros, así como su proyección social (identidad dinámica) vale decir, la imagen y percepción que este genera dentro de la comunidad en la que se desarrolla. En tal medida, lo que se tutela es el correcto juicio de valor que la sociedad tiene sobre la persona, sea esta una persona natural o jurídica.

# Sobre el daño a la identidad institucional

En cuanto a la producción del daño a la identidad institucional derivado de acto de corrupción la Corte Suprema ha señalado en la Casación N° 189 - 2019 Lima Norte lo siguiente:

“DECIMOCTAVO. Los actos de corrupción afectan la imagen institucional de los organismos públicos pues menoscaban la credibilidad de los ciudadanos respecto a los funcionarios públicos y desencadenan una pérdida de confianza en el correcto funcionamiento de la Administración Pública, ya que se logra proyectar sobre la sociedad un juicio negativo y una falsa apreciación sobre el modo en que el Estado desarrolla sus funciones. Como correlato, se produce la pérdida de respeto a la autoridad pública, y se corre el riesgo de que los funcionarios se desincentiven y no ajusten su conducta conforme a ley”

# Sobre el daño a la identidad institucional

Sobre el carácter in re ipsa los daños generados a los atributos de la personalidad como el derecho de la identidad se ha señalado que se debe “apreciar que existen supuestos en los cuales la tutela resarcitoria no surge como el resultado de un análisis de las consecuencias de un evento. Hay circunstancias en las cuales el juzgador está comprometido a conceder la tutela resarcitoria por el solo hecho de comprobar el daño, o sea, la lesión al interés. Cuando esto tiene lugar se sostiene que el daño está in re ipsa (en las cosas mismas) y que, por lo tanto, el evento en sí debe ser considerado como premisa suficiente para el resarcimiento que se concederá”

LEÓN, LEYSSER L, Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual Material autoinstructivo, Academia de la Magistratura, Lima, Julio, 2016, 56.

# Sobre el daño a la identidad institucional

Al respecto se refiere que existen “daños no patrimoniales in re ipsa, daños cuya existencia presupone la sola lesión de un derecho constitucionalmente garantizado y que por consiguiente prescinden de cualquier materialización concreta sobre las repercusiones concretas que tal lesión ha tenido sobre la vida de la víctima (...) esta tesis se funda sobre la aceptación que el daño consista en la mera lesión de un interés protegido por el ordenamiento jurídico. La corriente en examen no niega que eventuales repercusiones negativas del daño no patrimonial, concretamente probadas deban ser tenidas en consideración para una correcta cuantificación del resarcimiento, pero niega que tal repercusión deba subsistir siempre y de cualquier modo para adquirir el derecho al resarcimiento. El daño subsistirá por consiguiente solamente con ser demostrada la existencia de la lesión del derecho en abstracto: si luego de tal lesión se han derivado en concreto consecuencias perjudiciales de esta se tendrán cuenta a fin de variar el monto resarcitorio, si no se derivan de aquel, el resarcimiento será sin embargo debido en la medida standart”

ROSSETTI, Marco, *Il danno non patrimoniale*, Primera Edición, Giuffrè Editore, 2010, 105.

## Sobre el daño a la identidad institucional

En el mismo sentido se señala que “que para los daños derivados de los derechos de la personalidad, cuando la víctima sea la persona misma que sufrió la lesión, se comprueba la existencia del daño moral in re ipsa. En tal sentido, el autor solo deberá probar el hecho que constituye la lesión la violación al derecho de la personalidad sufrida”

MONATERI, Pier Giuseppe, *Le fonti delle obbligazioni La responsabilità Civile*. Tomo III, UTET, Torino, 1998, 307.

# Sobre la cuantificación del daño extrapatrimonial

Respecto a la cuantificación del daño extrapatrimonial se ha tomado en cuenta lo siguiente:

- Criterio de equidad
- Funciones de la responsabilidad civil
- Criterios de cuantificación del daño a la identidad institucional del Estado

# Sobre el criterio de equidad

En cuanto a la aplicación del criterio de equidad para cuantificar la reparación civil la Corte Suprema ha señalado en la Casación N° 189 - 2019 Lima Norte lo siguiente:

“DECIMONOVENO. Para determinar el quantum resarcitorio por el daño extrapatrimonial causado a las entidades u organismos del Estado con las conductas dañosas desplegadas por los funcionarios, servidores públicos y particulares –a diferencia del daño patrimonial– no se requiere de una fórmula exacta o matemática sino de una medición con base en el principio de equidad, consagrado en el artículo 1332 del CC, conforme con el cual: “Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”.

# Sobre el criterio de equidad

En cuanto a la aplicación del criterio de equidad para cuantificar la reparación civil la Corte Suprema ha señalado en la Casación N° 189 - 2019 Lima Norte lo siguiente:

“DECIMONOVENO (...) Asimismo, con el principio de proporcionalidad, los que permiten al juez realizar una valoración equitativa o prudencial del daño. De igual modo, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 1984 del CC, el cual establece que el juez, en caso de daño moral, determina el monto indemnizatorio considerando su magnitud y el menoscabo producido en la víctima”

## Sobre el criterio de equidad

Artículo 1332.- Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.

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

# Sobre el criterio de equidad

En doctrina se ha señalado que “sin embargo, debe tenerse en cuenta, sobre la base de información histórica y de las experiencias jurídicas comparadas, que la equidad como criterio excepcional de cuantificación del resarcimiento ha sido propuesta, especialmente, para la valorización de los daños morales, es decir, de aquellos que no admiten una estimación directa”

LEÓN, LEYSSER L, Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual Material autoinstructivo, Academia de la Magistratura, Lima, Julio, 2016, 60.

# Sobre el criterio de equidad

También se ha señalado que “sin embargo, debe tenerse en cuenta, sobre la base de información histórica y de las experiencias jurídicas comparadas, que la equidad como criterio excepcional de cuantificación del resarcimiento ha sido propuesta, especialmente, para la valorización de los daños morales, es decir, de aquellos que no admiten una estimación directa”

LEÓN, LEYSSER L, Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual Material autoinstructivo, Academia de la Magistratura, Lima, Julio, 2016, 60.

# Etimología

“El término *respondere* nos remite a su vez a *sponsio*, institución que tuvo un lugar cardinal en el Derecho romano arcaico, y a *spondere* (de donde deriva *sponsus*, esposo, novio). El *sponsor* es un deudor, esto es, el hombre que en el diálogo de la *stipulation* y mediante una respuesta afirmativa a la propuesta formulada por el *stipulant*, futuro acreedor, se compromete a realizar una prestación. Por ejemplo, a contraer nupcias con una determinada mujer. El *responsor* constituía especialmente el fiador (*caution*), así pues, se obligaba a responder por la deuda principal de otro” (Villey 2013: 54)

# Funciones de la Responsabilidad Civil

- Función compensatoria
- Función preventiva
- Función sancionadora

# Funciones de la Responsabilidad Civil

Junto con la misión de resarcir a los damnificados, o sea, de restituir el equilibrio roto con el evento dañoso, el resarcimiento persigue:

- a) Fines de desincentivo contra comportamientos riesgosos, cuando el beneficio que estos persigan sea exclusivamente unilateral.
- b) Fines de incentivo para la toma de medidas de previsión, cuando se trate de comportamientos riesgosos, pero necesarios para el bienestar de la colectividad, o fines de internalización de los costos de dicho bienestar (daños a terceros).
- c) Fines de sanción contra el dañador, con vistas a la enmienda de su conducta, en caso de recurrencia o si del análisis del caso resulta que la continuación de sus actividades implicará, inevitablemente y porque no puede prohibirse, ulteriores riesgos para terceros (León 2016: 35)

# Funciones de la responsabilidad civil

Función preventiva, en virtud de la cual se busca que la reparación civil impuesta sobre el dañante desincentive las conductas de potenciales dañantes que puedan producir una lesión similar a la cometida por el sujeto responsable, y de este modo se prevengan futuros perjuicios.

Función sancionadora, esta función tiene como finalidad ejercer a través de la imposición de la reparación civil una sanción sobre el sujeto que conlleve una suma tal que ejerza un nivel de reproche proporcional al grado de culpabilidad en el que ha incurrido el dañante. De este modo, se busca aplacar cualquier cálculo malicioso que puedan efectuar los agentes dañosos sobre la indemnización impuesta en su contra a efectos de que no sigan considerando atractiva, en términos de rentabilidad, la comisión de los ilícitos civiles aparentemente sancionados.

# Función compensatoria y el pretendido principio de reparación integral del daño

- “Il sistema di responsabilita civile italiano si fonda sulla regola risarcitoria improntata al principio di integrale riparazione del danno secondo cui e necessario, nel modo piu preciso ed accurato possibilile, ripristinare l´equilibrio che e stato alterato a causa del´inadempimento o dell´illecito. La centralita nel nostro ordinamiento di tale principio e altresì confermata dalla preminenza della funzione compensativa nella responsabilita civile”

**(Valentina Vincenza Cuocci, Dall´assicurazione obbligatoria R.C. Auto alla No Fault Insurance, Giuffre Editore, Milano, 2013, 219)**

- Problemas de Undercompensation y Overcompensation

# Critica del denominado principio de “reparación integral del daño”

- (...) este pseudo principio es un espejismo ante el cual –lo reconozco– es fácil sucumbir, debido a la lamentable desinformación de los jueces y al abuso del argumentum ad misericordiam en las sentencias de responsabilidad civil (...)
- El auge y la difusión a nivel mundial de la expresión afrancesada “réparation intégrale des dommages” se consolidan durante la década del 70, a partir de históricos debates escenificados en el seno de la Comunidad Europea, muchos de ellos nacidos, precisamente, de iniciativas francesas. En Francia existía un sentimiento de descontento generalizado ante la magistratura, que en los casos de lesiones a la integridad física y daños a la persona en general (dommage corporel) concedían, invariablemente, resarcimientos exiguos.

**(Inflando los resarcimientos con automatismos el daño al proyecto de vida y otros espejismos de nuestra magistratura, Leysser León)**

# Critica del denominado principio de “reparación integral del daño”

- El perseverante activismo francés, entonces, con el antiguo impulso de la doctrina jurídica y humanitaria, y de la mano con la legislación especial en materia de accidentes de tránsito y de accidentes de trabajo, abrazó la causa de que la “reparación” económica concedida a las víctimas tenía que ser de tal dimensión que las personas recuperaran, en la mayor medida posible, la situación que tenían antes del evento dañoso

**(Inflando los resarcimientos con automatismos el daño al proyecto de vida y otros espejismos de nuestra magistratura, Leysser León)**

# Crítica del denominado principio de reparación integral del daño

Sobre el límite que representa el principio de reparación integral del daño que podría obstaculizar la idea de una punición se ha señalado que “el principio de la reparación integral es evidentemente, un sin sentido para aquellos daños que no pueden ser realmente reparados, y para las víctimas a las cuales, por lo tanto jamás existirá la posibilidad de brindar más que una compensación. Tal es, por excelencia, el caso de los perjuicios corporales y morales”.

HEUZE, Vincent, Une reconsidération du principe de la réparation intégrale, Colloques, 2005

# Expediente N° 707-2011

Al respecto es de interés lo señalado por el Vigésimo Octavo Juzgado Penal en la sentencia recaída en el Expediente N° 707-2011 a propósito del caso Ivo Dutra. De este modo, en su Considerando Vigésimo Octavo se refiere:

“VIGÉSIMO OCTAVO: Que, en esta oportunidad se hace necesario mencionar que si bien es cierto en la mayoría de los casos, el responsable tanto penal como civil, es el propio causante del daño u obligado directo, existen supuestos en los que se pueden comprender como responsables civil a personas distintas de los causantes, tal es el caso de los llamados terceros civiles(...) En ese sentido, como quiera que en ciertos casos el obligado directo o causante del daño, no se encuentra en la posibilidad material de correr con el costo del mismo, y dado que la responsabilidad se ha creado precisamente para buscar y lograr la reparación de daños, el propio ordenamiento jurídico es el que impone a ciertas personas la calidad de garantes de la reparación de los daños ocasionados por las personas con quienes se encuentra especialmente vinculadas, a los que como en todos los casos de garantía les impone la obligación solidaria de responder conjuntamente con el causante directo”.

# Expediente N° 707-2011

“TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, para la imposición de la reparación civil en el presente caso, debe tenerse en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado reiteradamente que el derecho a la vida juega un papel fundamental en la Convención Americana por ser corolario esencial para la realización de los demás derechos. Al no ser respetado el derecho a la vida, todos los demás derechos carecen de sentido. En consecuencia la vida es el derecho de mayor magnitud dentro del sistema de jerarquía y valoración de los bienes jurídicos, y cualquier daño que se infrinja sobre ella debe ser considerado como daño moral, no existiendo una manera de reparar o resarcir la pérdida de una vida pues su extinción es irreversible”.

# Expediente N° 707-2011

“TRIGÉSIMO PRIMERO: (...) Siendo que en el caso de autos ha quedado acreditado que la conducta del acusado en la forma y circunstancias expuestas a lo largo de la presente resolución, produjo la muerte del agraviado Ivo Johao Dutra Camargo y que a consecuencia de ello se ha producido daño moral y económico a los deudos. Debiendo tenerse presente que el agraviado occiso era una persona joven que se desempeñaba como fotógrafo en el Semanario “Hildebrant en su trece” y en la Revista Integración, conforme así lo han sostenido los padres del agraviado en sus respectivas declaraciones obrantes de folios cuatrocientos cuarenta y tres a cuatrocientos cincuenta y uno, siendo el sostenimiento económico de su menor hijo de tres años; de igual manera hay que considerar el dolor y el impacto emocional que su muerte causó a sus padres, mas aún teniendo en cuenta las graves circunstancias en las que se produjo el delito”

# Expediente N° 707-2011

“TRIGÉSIMO PRIMERO: Si bien es cierto la vida humana es patrimonialmente inapreciable, también lo es que su pérdida se debe reparar de modo equitativo, atendiendo a las circunstancias y al caso concreto, motivo por el cual esta judicatura se permite fijar un monto dentro del principio de equidad que permitan de alguna manera resarcir el daño ocasionado con la muerte del agraviado Ivo Johao Dutra Camargo, debiendo la parte civil percibir dicho monto”

# Expediente N° 707-2011

“FIJO: En la suma de CIENTO CINCUENTA MIL NUEVOS SOLES; el monto de la Reparación Civil que deberá abonar el sentenciado solidariamente con el Tercero Civilmente Responsable, Empresa de Transportes ORION URBANUS S.A., a favor de la parte civil”

# Función preventiva de la responsabilidad civil

- “non e tanto quella di sanzionare la condotta, né di procurare indennita alla vittima, ma invero di fornire un meccanismo sociale autoregolativa delle attivita umane, cioe di indurre i vari soggetti a regularsi. La responsabilita civile, dando dei segnali monetari, fa si che in qualche modo i consociati si strutturino da se cosi da evitare di trovarsi a pagare dei danni in conseguenza del loro comportamento”.

**(Monateri, 1999, 9 citado por Sella, Mauro, I Danni Non Patrimoniali, UTET Giuridica, Torino, 2012, 323 ).**

## Una aplicación dudosa de la función preventiva Expediente N° 1853-2006 Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima

Tenemos que con fecha 24.07.07 en la Sentencia recaída en el Expediente 1853-2006 la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima compuesta en ese entonces por los vocales superiores Ortiz Portilla, Romero Roca y Céspedes Cabala emitió sentencia en un proceso de indemnización por daños y perjuicios a favor de un ex magistrado, destituido de su cargo de juez en lo civil del distrito judicial de la capital, a comienzos de los años 90, concediendo una reparación de cuatrocientos mil nuevos soles (más intereses legales a computarse desde 1992), a cuenta del Estado y distribuido del siguiente modo: S/ 200 000.00 mil por vulneración del proyecto de vida y otros S/ 200 000.00 mil por daño moral

# Una aplicación dudosa de la función preventiva

## Expediente N° 1853-2006 Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima

- **Sentencia:** Reparación de **cuatrocientos mil nuevos soles (más intereses legales a computarse desde 1992)**

**a. Doscientos mil nuevos soles por Daño al Proyecto de Vida**, señalándose al respecto que:

“si bien no se ha afectado de forma definitiva el proyecto de vida del demandante, sí es cierto que se han afectado seriamente las mejores oportunidades de acceder a un cargo superior, dentro del área de desempeño profesional por la que había optado”; más otros doscientos mil nuevos soles por “daño moral”, en atención a que los vocales superiores han considerado este montos ajustado a razones de equidad y dada la manifiesta afectación del buen nombre y a la dignidad del demandante”

Esta sentencia aparece citada en: LEON HILARIO, Leysser, Inflando los resarcimientos con automatismos. En: *Advocatus* N° 18, Revista editada por los estudiantes de la Universidad de Lima, Lima, Agosto 2008, 229-244.

# Una aplicación dudosa de la función preventiva

## Expediente N° 1853-2006 Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima

- **Sentencia:** Reparación de **cuatrocientos mil nuevos soles (más intereses legales a computarse desde 1992).**

### **b. Doscientos mil nuevos soles por Daño Moral**

Se confunde la función de desincentivo con la función punitiva señalando al respecto que:

**“debe tenerse presente no sólo la función resarcitoria-típica de una visión diádica de los sistemas de responsabilidad civil-de los procesos en los que se pretende el pago de la indemnización por el daño inferido, sino también funciones que derivan de una visión sistémica, como la función preventiva (y en sistemas como el americano la función punitiva); en tal sentido, no solo debe verificarse que exista daño, sino que este debe ser injusto, a efectos de que la señal hacia la sociedad sea efectivamente el reproche de conductas ilícitas y no la restricción injustificada del ejercicio de los propios derechos subjetivos”.**

Esta sentencia aparece citada en: LEON HILARIO, Leysser, Inflando los resarcimientos con automatismos. En: *Advocatus* N° 18, Revista editada por los estudiantes de la Universidad de Lima, Lima, Agosto 2008, 229-244.

# Función sancionadora de la responsabilidad civil

- “Sotto altro verso, la funzione punitiva della responsabilita civile puo essere richiamata al fine di tutelare tutte quelle “zone d’ombra” che rimarrebbero scoperte nel caso de adozione delle tesi differenti. In sostanza, si trata di sanzionare in maniera piu energica determinati comportamenti caratterizzati da un elevato grado di intensita sotto il profilo della colpevolezza oppure posti in essere da soggetti in posizione dominante, riconducendo ad essi lesioni di posizioni soggettive non compiutamente delineate”.

**(Sella, Mauro, La Responsabilita Civile, Giufre Editore)**

# Función sancionadora de la responsabilidad civil

Se señala que “a fin de que la responsabilidad civil cumpla no sólo la función resarcitoria sino también la preventiva y la punitiva, la sentencia debería tomar en cuenta el grado de descuido del agente o la intención de aquel de causar el daño”.

ROSAS BERASTAIN, Verónica, La responsabilidad extracontractual a la luz de sus funciones: utilidad de los daños punitivos como medida de sanción y prevención. En: Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi, Volumen II, Primera Edición, Palestra Editores, Diciembre 2008, 1046.

# Sobre los Punitive Damages

# Punitive Damages

Los punitive damages son entendidos como “daños que no son compensatory damages o nominal damages concedidos en contra de una persona para castigarla por su conducta deshonrosa y desincentivarlo a él y a otros como él de realizar similares conductas en el futuro. Un jurado o un juez puede, bajo su descripción, otorgar punitive damage en casos en los cuales el demandado ha lesionado al demandante intencional y maliciosamente o en el cual la conducta del demandado refleja un consciente, temerario, premeditado, inmotivado u opresivo desprecio de los derechos o intereses del demandante.

SEBOK, Anthony, Punitive Damages in the United States. En: Punitive Damages Common Law and Civil Law Perspectives, SpringerWienNewYork, Vienna,2009, 155.

# Punitive Damages

De esta manera se ha indicado que “los punitive damages no son realmente daños aun cuando son pagados al demandante desde que presumiblemente el demandante ha sido ya resarcido en su totalidad por el compensatory damage en la misma acción”

KIONKA, Edward, Torts in a Nutshell, Injuries to persons and property, West Publishing Co., St. Paul Minnesota, 1977, 371

# Etapas de los Punitive Damages

**Primera Etapa**, esta etapa corre desde el siglo XVIII hasta el siglo XIX, lapso durante el cual los punitive damages surgen como una reacción al carácter humillante o insultante del acto del dañante. Son dos famosos casos los que ejemplifican esta etapa: el caso **Genay v Norris** (1784) y el caso **Coryell v Colbaugh** (1791). El primero se produjo a propósito de una pelea arreglada entre dos personas para solucionar sus conflictos, la cual sin embargo no pudo llevarse a cabo toda vez que antes que se diera esta el demandado propuso un acuerdo pacífico envenenando a su vez la copa de vino del demandante. La Corte Suprema de Carolina del Sur concedió en ese entonces **vindictive damages** contra el envenenador.

SHANDER, Barbara, Punitive Damages Addressing the Constitutionality of Punitive Damages in the Third Circuit. En: Villanova Law Review Volument 39, 1994, 1105.

# Etapas de los Punitive Damages

**Primera Etapa**, esta etapa corre desde el siglo XVIII hasta el siglo XIX, lapso durante el cual los punitive damages surgen como una reacción al carácter humillante o insultante del acto del dañante. Son dos famosos casos los que ejemplifican esta etapa: el caso **Genay v Norris** (1784) y el caso **Coryell v Colbaugh** (1791). El primero se produjo a propósito de una pelea arreglada entre dos personas para solucionar sus conflictos, la cual sin embargo no pudo llevarse a cabo toda vez que antes que se diera esta el demandado propuso un acuerdo pacífico envenenando a su vez la copa de vino del demandante. La Corte Suprema de Carolina del Sur concedió en ese entonces **vindictive damages** contra el envenenador.

SHANDER, Barbara, Punitive Damages Addressing the Constitutionality of Punitive Damages in the Third Circuit. En: Villanova Law Review Volument 39, 1994, 1105.

# Etapas de los Punitive Damages

**Segunda Etapa**, esta segunda fase opera en los comienzos del Siglo XX. Los litigantes comenzaron a solicitar, y las Cortes a conceder, punitive damages en conflictos envueltos en la actividad de los ferrocarriles y las transacciones comerciales. Esto fue el resultado de algunos cambios en el American Law. Primero (...) las cortes fueron incrementando el alcance de la **Corporate liability** bajo la doctrina del **respondeat superior**. Segundo (...) con el crecimiento del movimiento obrero y del progresismo, las Cortes cada vez más estuvieron dispuestas a fiscalizar las transacciones privadas y ver más allá de los términos de los acuerdos laborales y de consumo. Como resultado de ellos los punitive damages comenzaron a ser concedidos en las relaciones comerciales que eran usadas como un vehículo para el abuso del poder económico.

SEBOK Anthony, Op. Cit., 163.

# Etapas de los Punitive Damages

Claramente en esta etapa los punitive damage siguen reprimiendo el agravamiento de la conducta del dañante sin embargo se centran en el hecho del dependiente y en la asimetría económica de la que se beneficiaba la empresa expresada a través este. Así con respecto a la actividad de los ferrocarriles se ha dicho que un histórico estudio de algunos años de veredictos efectuados en Mississippi sobre casos de empresas ferroviarias revela que estas eran habitualmente demandadas. Así punitive damages fueron concedidos por injustas expulsiones de pasajeros perpetradas por conductas maliciosas de los conductores, por llevar a los pasajeros más allá de sus estaciones, por acosar a los pasajeros de una manera insultante, por no parar donde estaba señalado el paradero, por no atender a las personas que se sabía estaban enfermas, por rechazar llevar a ciegos, por permitir insultos y peleas, entre otras tantas acusaciones.

KOENING, Thomas y RUSTAD, Michael, In defense of Tort Law New York University Press, New York and London, 2001, 40.

## Etapas de los Punitive Damages

En tal sentido los punitive damages van ampliando su espectro de mero castigo a los daños insultantes para empezar a cubrir el espectro de las relaciones comerciales enfocándose en el abuso de poder. Un caso que puede ilustrar este salto es el de *Greene v. Keithley*, 86 F.2d 238 (8th Cir. 1936) en virtud del cual se planteo daños punitivos donde los demandados habían conspirado para vender al demandante una propiedad petrolera devaluada.

## Etapas de los Punitive Damages

**Tercera Etapa**, en esta etapa los punitive damages se extendieron a los casos de **products liability**. La primera reacción a este intento de expansión fue naturalmente que no cabría aplicar un análisis de daños punitivos a litigios sobre products liability pues en este tipo de casos se aplica la strict liability y no se toma en cuenta el grado de culpa del dañante, sin embargo con el paso de los años cada vez fue mayor el número de casos en los que se imponían punitive damages de importante consideración.

SEBOK Anthony, Op. Cit., 165.

# Etapas de los Punitive Damages

Un caso simbólico en esta etapa es la litis **Grimshaw v Ford Motor Co (1981)** en virtud de la cual se concedió \$4.5 millones en compensatory damages y \$125 millones por punitive damages por defectos de diseño en un tanque de gas. De este modo el automóvil adquirido había sido susceptible a una ruptura del tanque, lo cual finalmente desencadenó que Lilly Gray, la conductora de 51 años falleciera y Richard Grimshaw, un pequeño de trece años, sufriera extremadas quemaduras.

BRION, Denis, Torts and Gods: Idolatry in the Law. En: Taking Responsibility Comparative Perspectives, Edited by Winston Davis, University Press of Virginia, Virginia, 2001,63.

# Caso Liebeck v. McDonald's Restaurants

Solo como ejemplo de este modo de pensar la responsabilidad civil podemos analizar el conocido caso *Liebeck v. McDonald's Restaurants*. Los hechos son bastante conocidos: se trata de una señora que derramó un café de McDonald's sobre sus piernas lo cual le ocasiono serias lesiones dada la alta temperatura del café. Al momento en que el **Jury** decidió el caso se fijó una suma por **compensatory damages** ascendente a \$160 000.00 (esto fue consecuencia de restar \$40 000.00 a la entidad total de daño valorada en \$200 000.00 dada la propia imprudencia de la víctima) y habiendo encontrado necesaria la activación de la función punitiva fijó la suma de \$ 2 700 000.00 millones por concepto de **punitive damages**.

A pesar de que luego este concepto indemnizatorio fuera reducido a \$480 000.00 por las instancias superiores queda claro que en el Common Law la sobrecompensación está permitida para efectos de punición, no siendo necesario volver al dañado al exacto estado anterior al daño si no pudiendo incluso enriquecerlo a expensas del dañante, lo cual no concuerda con la lógica del Civil Law

RUSCHMANN, Paul, Tort Reform, Primera Edición, Chelsea House Publishers, Philadelphia, 2006, 48.

# State Farm Mut. Automobile Ins. Co. v. Campbell

Sobre la forma en que se cuantifican los punitive damages en el Common Law la propia Corte Suprema de Estados Unidos determinó a propósito del caso State Farm Mut. Automobile Ins. Co. v. Campbell, 538 U.S. 408 (2003) en el cual se había otorgado como compensatory damages la suma de \$1 millón de dólares y como punitive damages la suma de \$ 145 millones de dólares, un método razonable para cuantificar los punitive damages consistente en el denominado “single digit multiplier” o también denominado multiplicador de un solo dígito, en virtud de la cual la suma a otorgar en concepto de punitive damages no puede exceder a la multiplicación por un solo dígito de la suma otorgada por compensatory damages. Al respecto en la sentencia la Corte Suprema de Estados Unidos señaló expresamente que “un multiplicador de un solo dígito es más acorde con las consideraciones del debido proceso y los objetivos de la función de desincentivo y compensación, de lo concedido en una relación de 145 a 1, como en este caso” .

# State Farm Mut. Automobile Ins. Co. v. Campbell

Al respecto incluso se refiere que “en el 2003 la Corte fue más allá y previno que muy pocos casos de indemnizaciones que excedan la proporción de un solo dígito de punitive damages respecto de los compensatory damages estarían acordes con el debido proceso. La Corte basándose en el caso BMW, declaró, sin embargo, que las indemnizaciones que excedan una proporción de un solo dígito pueden concordar con el debido proceso si se produce un acto atroz que solo resulta en un pequeño perjuicio económico, si el daño es difícil de detectar o si el valor monetario del daño no económico es difícil de determinar”

Klass, Alexandra, Punitive Damages and Valuing Harm. En: Minnesota Law Review Volume 92, 2007,86.

# State Farm Mut. Automobile Ins. Co. v. Campbell

Al respecto incluso se refiere que “en el 2003 la Corte fue más allá y previno que muy pocos casos de indemnizaciones que excedan la proporción de un solo dígito de punitive damages respecto de los compensatory damages estarían acordes con el debido proceso. La Corte basándose en el caso BMW, declaró, sin embargo, que las indemnizaciones que excedan una proporción de un solo dígito pueden concordar con el debido proceso si se produce un acto atroz que solo resulta en un pequeño perjuicio económico, si el daño es difícil de detectar o si el valor monetario del daño no económico es difícil de determinar”

Klass, Alexandra, Punitive Damages and Valuing Harm. En: Minnesota Law Review Volume 92, 2007,86.

# State Farm Mut. Automobile Ins. Co. v. Campbell

Es decir, la Corte posibilitaba aún que se pueda multiplicar el compensatory damage por una cifra de más de un dígito siempre que se hayan corroborado los supuestos referidos a daños difíciles de determinar, por su poca incidencia económica, por la dificultad de su detección o por la complejidad de su cuantificación dada la naturaleza extrapatrimonial del derecho lesionado.

# Caso Exxon Shipping CO. v. Baker 554 U.S. 471(2008)

Tenemos el famoso caso **Exxon Shipping CO. v. Baker 554 U.S. 471(2008)** en el cual se dilucidó la responsabilidad de la compañía petrolera por el derrame de petróleo perpetrado a causa de la negligencia de Joseph Hazelwood, hombre conocido por su alcoholismo y aún así hecho capitán del Exxon Valdez, buque petrolero de la compañía, que en 1989 embarrancó en Bligh Reef, Alaska, rompiendo su quilla y vertió miles de toneladas de crudo que causaron daños graves en Prince William Sound. En términos indemnizatorios se evaluó reprochabilidad de la conducta de los demandados, su condición financiera, la magnitud del daño con lo cual el jurado concedió la **suma de \$5 billones de dólares por conceptos de daños punitivos contra Exxon** mientras a Hazelwood solo la suma de \$5000.00 dólares bajo el mismo concepto. Luego esta suma sería reducida sustantivamente a \$500 millones de dólares por la Suprema Corte Federal de Estados Unidos LAYCOK, Douglas, Modern American Remedies Cases and Materiales, Fourth Edition, Aspen Casebook Series, New York, 2012,171-172.

# El intento de trasplante de los Punitive Damage y el Quinto Pleno Jurisdiccional en lo Laboral y Previsional

En la jurisprudencia laboral ya se ha asumido el criterio de los punitive damages como factor a tomar en cuenta para cuantificar la reparación civil, de este modo en la página 21 del Quinto Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional emitido por la Corte Suprema de Justicia de la República se señala expresamente que:

“Como se conoce el propósito general de las acciones indemnizatorias es reparar el perjuicio causado al demandante, pero a diferencia de ello, los daños punitivos tienen como propósito castigar a quien produce un daño y disuadir tanto al causante del perjuicio como a otros posibles infractores de repetir la misma acción dañina”

Se cita a este respecto en el Quinto Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional a Flórez Fernández, José Gregorio, El daño y la responsabilidad en el derecho norteamericano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 146-182.

# El intento de trasplante de los Punitive Damage y el Quinto Pleno Jurisdiccional en lo Laboral y Previsional

En la página 22 se agrega al respecto que:

“Por lo que puede entenderse a los daños punitivos como la suma de dinero que el Juez ordenará pagar, no con la finalidad compensatoria, sino como una sanción con fines ejemplarizantes. En otras palabras, los daños punitivos son una forma de pena privada, donde el beneficiario de esas sumas de dinero es la víctima del daño causado. Así, dicha suma de dinero reconocida por el juez, por encima de aquella que corresponde a la reparación del perjuicio, se otorga en los casos en que el acto causante del perjuicio ha estado rodeado de circunstancias que lo hacen particularmente ultrajante, vejatorio o penoso para la víctima”

Se cita a este respecto en el Quinto Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional a Garcia Matamoros, Laura Victoria y Herrera Lozano, María Carolina. El concepto de los daños punitivos o p damages. Estudios Socio-Jurídicos, [S.I.], v. 5, n. 1, p. 211-229, ene. 2010.

# El intento de trasplante de los Punitive Damage y el Quinto Pleno Jurisdiccional en lo Laboral y Previsional

## 3.6. Acuerdo Plenario en Mayoría

*En los casos de despido incausado y despido fraudulento, el trabajador tiene derecho a demandar la reposición en el empleo, además podrá acumular simultáneamente el pago de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, las que incluyen el daño emergente, lucro cesante y el daño moral.*

*La indemnización de daños y perjuicios sustituye cualquier pretensión por remuneraciones devengadas.*

*El juez valorará los medios probatorios para determinar la existencia del daño, la relación de causalidad con el despido, el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, y el cálculo de la suma indemnizatoria, según el petitorio y los hechos; asimismo, en caso se le reconozca al trabajador un monto indemnizatorio por daños y perjuicios, el juez de oficio ordenará pagar una suma por daños punitivos, la misma cuyo monto máximo será equivalente al monto que hubiera correspondido al trabajador aportar al Sistema Privado de Pensiones, Sistema Nacional de Pensiones o cualquier otro régimen previsional que corresponda.*

# Criterios de cuantificación del daño a la identidad institucional del Estado

Los criterios de cuantificación aplicables a efectos de determinar el daño extrapatrimonial producido al derecho a la identidad institucional del Estado son los siguientes:

- a. Grado de culpabilidad en el que incurrió el dañante
- b. Grado de difusión mediática del acto de corrupción
- c. Grado de jerarquía de los funcionarios públicos involucrados
- d. Grado de importancia social de la función pública defraudada
- e. Grado de envergadura del proyecto involucrado

# Grado de culpabilidad

Es importante señalar, a este propósito, que es reiterada y difundida la idea en doctrina nacional que uno de los criterios para cuantificar el daño no patrimonial debe ser el análisis de “la culpa con que ha procedido el agresor”(1). Es decir el problema del desincentivo se puede solucionar tomando en consideración como criterio de cuantificación del daño moral la gravedad del comportamiento del agente dañoso en la comisión del hecho ilícito. Así por ejemplo para el caso del daño a la persona se ha señalado que se puede tomar como criterio de cuantificación la “gravedad del acto que ocasionó el daño”(2)

1. MORALES GODO, Juan, Naturaleza del Daño Moral ¿Punitiva o Resarcitoria? y Criterios de Cuantificación. En: Responsabilidad Civil II, Editorial Rodhas, Lima, 2006, 201
2. ESPINOZA ESPINOZA, Juan; Derecho de la Responsabilidad Civil, Sexta Edición, Editorial Rodhas, 2011, 341.

# Grado de culpabilidad

Se señala que “a fin de que la responsabilidad civil cumpla no sólo la función resarcitoria sino también la preventiva y la punitiva, la sentencia debería tomar en cuenta el grado de descuido del agente o la intención de aquel de causar el daño”(3)

3. ROSAS BERASTAIN, Verónica, La responsabilidad extracontractual a la luz de sus funciones: utilidad de los daños punitivos como medida de sanción y prevención. En: Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi, Volumen II, Primera Edición, Palestra Editores, Diciembre 2008, 1046.

# Grado de culpabilidad

Este criterio se relaciona normativamente con una escala de graduación de la culpabilidad, que está basada en la propia normativa del Código Civil, el mismo que se encarga de regular los grados de culpabilidad de la acción del dañante, dentro de los artículos 1318, 1319 Y 1320 que al respecto señalan lo siguiente:

## Dolo

Artículo 1318.- Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación.

## Culpa inexcusable

Artículo 1319.- Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.

## Culpa leve

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.

# Grado de difusión mediática del acto de corrupción

En cuanto a la aplicación del criterio de grado de difusión mediática del acto de corrupción para cuantificar la reparación civil la Corte Suprema ha señalado en su Considerando 20.4 la Casación N° 189 - 2019 Lima Norte lo siguiente:

**“20.4. El nivel de difusión pública del hecho ilícito** referida a la trascendencia y extensión social o conocimiento público de la conducta ilícita (difundida por medios de comunicación). La defraudación de los deberes institucionales en el ejercicio de la función pública por parte de sus integrantes o particulares proyecta en la sociedad la imagen de un Estado corrupto e ineficaz. Este criterio está vinculado a la dimensión del impacto mediático que puede tener la difusión a través de medios escritos, radiales y audiovisuales de un acto de corrupción, el mismo que por su propia naturaleza afecta la correcta Administración Pública y, por tanto, genera un importante descrédito social de la población en el normal y eficiente funcionamiento del Estado en sus diversas funciones(...)”

# Grado de difusión mediática del acto de corrupción

En cuanto a la aplicación del criterio de grado de difusión mediática del acto de corrupción para cuantificar la reparación civil la Corte Suprema ha señalado en su Considerando 20.4 la Casación N° 189 - 2019 Lima Norte lo siguiente:

**“20.4. El nivel de difusión pública del hecho ilícito (...)** En tal medida, a mayor difusión y publicación del ilícito cometido en contra del Estado claramente es mayor también el incremento de la percepción negativa del público sobre la falta de institucionalidad estatal. Como consecuencia de ello, a mayor ofensa a la imagen institucional mayor debe ser el monto indemnizatorio a imponer”

# Grado de jerarquía de los funcionarios públicos involucrados

En cuanto a la aplicación del criterio de grado de difusión mediática del acto de corrupción para cuantificar la reparación civil la Corte Suprema ha señalado en su Considerando 20.8 la Casación N° 189 - 2019 Lima Norte lo siguiente:

**“20.8. El cargo o posición de los funcionarios públicos.** Hay que tener en cuenta la jerarquía del cargo que ocupaba el funcionario público. No es lo mismo que el hecho haya sido cometido por el titular de una entidad o que ocupa un cargo de dirección que un integrante que cumple una labor ordinaria. Asimismo, un punto a considerar es el número de sujetos públicos responsables, pues si se trata de una pluralidad de agentes el descrédito a la institución se acrecienta”

# Grado de importancia social de la función pública defraudada

En cuanto a la aplicación del criterio de grado de difusión mediática del acto de corrupción para cuantificar la reparación civil la Corte Suprema ha señalado en su Considerando 20.5 la Casación N° 189 - 2019 Lima Norte lo siguiente:

**“20.5. La afectación o impacto social del hecho ilícito.** La función pública tiene una naturaleza y relevancia social pues influye en las condiciones de vida de la población. La actividad estatal está estrechamente vinculada con la realización de servicios públicos indispensables para la calidad de vida de la ciudadanía. El acto de corrupción afecta el bienestar e impide el desarrollo de las mejores condiciones de vida de la ciudadanía. En tal sentido, por ejemplo, el acto será más lesivo si el hecho ilícito afecta los servicios públicos de urgente atención como la salud pública, a diferencia de la ejecución de una obra de esparcimiento que si bien tiene también un carácter social el grado de afectación es menor(...)”

# Grado de importancia social de la función pública defraudada

En cuanto a la aplicación del criterio de grado de difusión mediática del acto de corrupción para cuantificar la reparación civil la Corte Suprema ha señalado en su Considerando 20.5 la Casación N° 189 - 2019 Lima Norte lo siguiente:

**“20.5. La afectación o impacto social del hecho ilícito.** (...) Un referente metodológico son las NBI (necesidades básicas insatisfechas), que recogen la información de los censos demográficos y de vivienda, en la caracterización de la pobreza. Bajo este método se elige una serie de indicadores que permiten constatar si los hogares satisfacen o no algunas de sus necesidades principales. Una vez establecida la satisfacción o insatisfacción de esas necesidades, se puede construir “mapas de pobreza”, que ubican geográficamente las carencias anotadas”. En tal sentido, la metodología de las NBI nos puede mostrar cuáles son las necesidades más urgentes de la población y, por tanto, dimensionar si la frustración por actos de corrupción de una determinada función estatal o servicio público genera una mayor o menor lesión a la identidad del Estado”

# Grado de envergadura del proyecto involucrado

Es necesario evaluar a efectos de determinar el grado de intensidad del daño a la identidad estatal es el nivel de envergadura del proyecto, el cual se refiere a la trascendencia económica y social que tiene para el país el proyecto que es materia de los delitos de corrupción y posteriores delitos de lavado de activos perpetrados en contra del Estado, así mientras el proyecto tenga mayor incidencia en el desarrollo nacional e incluso, internacional, del país, mucho mayor será la afectación que cualquier acto de corrupción o lavado produzca contra el Estado peruano. Consideramos que el nivel de envergadura se puede identificar a partir del análisis de dos aspectos del proyecto materia de análisis. Así estos aspectos son los siguientes:

**Nivel de alcance territorial del proyecto**, el nivel del alcance territorial del proyecto está relacionado con las dimensiones espaciales donde el mismo prestará los servicios públicos previstos para su funcionamiento, y por ende también el alcance de los posibles beneficiarios de dicho proyecto.

**Nivel de inversión planeado en el proyecto**, el nivel de inversión planeado en el proyecto está relacionado con las dimensiones de cuánto se tiene planeado invertir en la ejecución del proyecto materia de análisis en un caso en concreto, para que este pueda funcionar de modo eficiente. De tal modo, es claro que en base al nivel de inversión requerido para poner en ejecución y en funcionamiento un proyecto, se puede estimar el grado de importancia que tiene el mismo. Así a un mayor nivel de inversión requerida, se tiene una mayor nivel importancia y a un menor nivel de inversión, de igual modo un menor nivel de importancia. Como correlato de este razonamiento si el acto de corrupción es efectuado en un proyecto cuyo nivel de inversión planeado es alto, claramente el daño a la identidad estatal será mayor mientras si el nivel de inversión planeado en el proyecto es menor, el daño a la identidad estatal también será menor en la misma proporción.

# Grado de importancia social de la función pública defraudada

En cuanto a la aplicación del criterio mencionado para cuantificar la reparación civil la Corte Suprema ha señalado en su Considerando 20.7 la Casación N° 189 - 2019 Lima Norte lo siguiente:

**“20.7. El alcance competencial de la entidad pública perjudicada.** Es menester considerar si la institución pública agraviada tiene un alcance local, regional o nacional”

# Sobre el Nexo de Causalidad

# Nexo de Causalidad

**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.

# Nexo de Causalidad

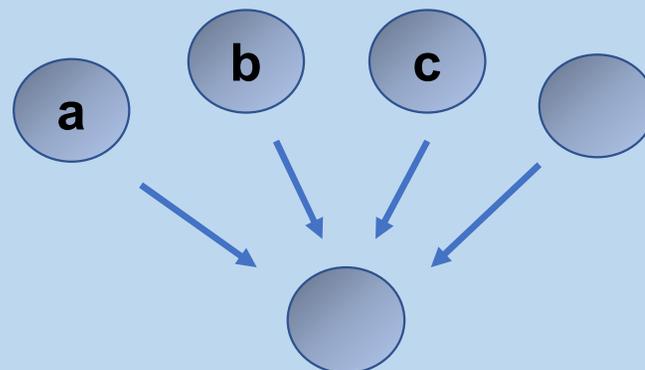
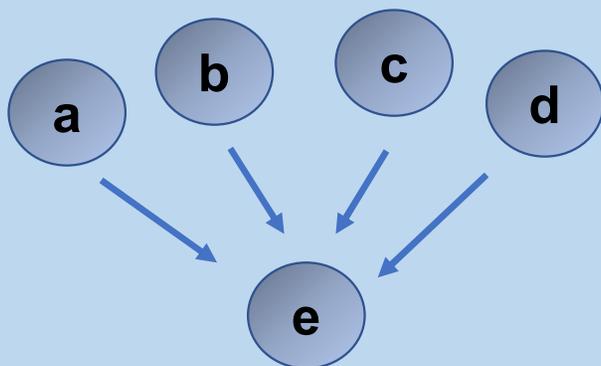
**Artículo 1985.-** La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, **debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.** El monto de la indemnización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

# Teorías sobre el Nexo de Causalidad

- Condición sine qua non
- Causalidad próxima
- Causalidad Adecuada
- Causalidad Probabilística

# Teorías de la conditio sine qua non

- Si a través de una ejercicio abstracto se suprime uno de los eventos que se considera habría causado el daño, y este desaparece, entonces tal evento debe ser considerado como causa del daño imputado.



# Teorías de la Causa Próxima

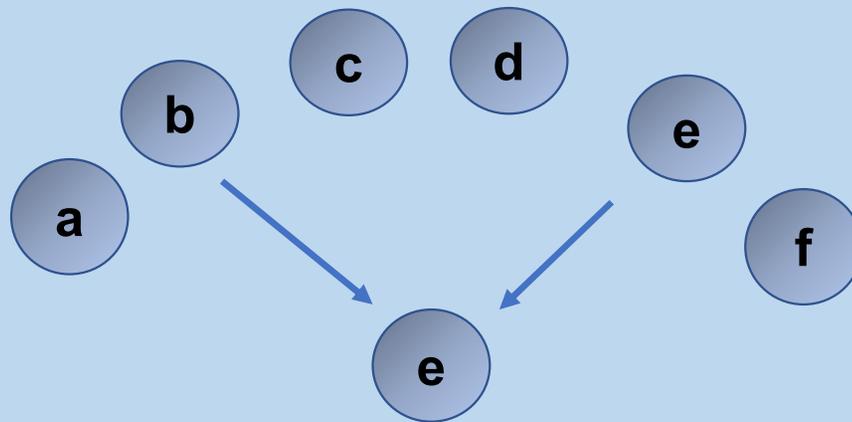
- Se imputa la causa del daño a aquel comportamiento que se haya verificado como antecedente inmediato a la producción del daño, por lo cual el autor de dicho comportamiento debe ser considerado responsable del mismo.



# Teorías de la causalidad adecuada

- Hay causalidad adecuada, “entre un acto o actividad y un daño, cuando concluimos, sobre la base de la evidencia disponible, que la recurrencia de ese acto o actividad incrementará las posibilidades de que el daño también ocurrirá”.  
Fuente: Guido CALABRESI, *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, traducido por Joaquim BISBAL, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, 192.
- Así, “para establecer cuál es la causa de un daño conforme a esta teoría es necesario formular un juicio de probabilidad, o sea considerar si tal acción u omisión del presunto responsable era idónea para producir o regular normalmente, un resultado; y ese juicio de probabilidad no puede hacerse sino en función de lo que un hombre de mentalidad normal, juzgada ella en abstracto, hubiese podido prever como resultado de su acto”.  
Fuente: Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, novena edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, 270.

# Teorías de la causalidad adecuada



# Pluralidad de Causantes

- **Artículo 1983.-** Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales.

# Sobre el nexo de causalidad

Se ha acreditado la relación de causalidad adecuada entre la actuación de Domingo Arzubialde Elorrieta consistente en la aprobación de la propuesta de reajuste de la tarifa de peaje de la Vía Expresa Línea Amarilla efectuada por Lamsac y el daño patrimonial generado ascendente a la suma de S/. 52,008, 533. 28 toda vez que si Domingo Arzubialde Elorrieta no hubiera aprobado la propuesta de reajuste ilegal de la tarifa de peaje realizada por Lamsac es probable que esta no se habría incrementado en contra de lo establecido por la cláusula 9.9 del Contrato de Concesión y por tanto no se habrían realizado cobros indebidos en la Vía Expresa Línea Amarilla.

# Sobre el nexo de causalidad

Se ha acreditado una relación de causalidad adecuada entre la actuación de Domingo Arzubialde Elorrieta consistente en la aprobación de la propuesta de reajuste de la tarifa de peaje de la Vía Expresa Línea Amarilla efectuada por Lamsac y el daño extrapatrimonial generado ascendente a la suma de S/. 52,008, 533. 28 toda vez que si Domingo Arzubialde Elorrieta en su condición de Gerente de Promoción de la Inversión Privada de la Municipalidad Metropolitana de Lima no hubiera aprobado la propuesta del reajuste ilegal de la tarifa del peaje propuesta por Lamsac en contra de lo establecido por la cláusula 9.9 del Contrato de Concesión es claro que no habría vulnerado sus deberes funcionales y por tanto no se habría desprestigiado la función pública proyectando en la sociedad la imagen de un Estado parcializado, ineficiente y corrupto.

# Sobre el nexo de causalidad

Queda acreditado el nexo de causalidad respecto del daño patrimonial y extrapatrimonial con las documentales que hemos dado cuenta para el caso del hecho generado del daño y además con lo referido por los órganos de prueba en el plenario, y específicamente lo declarado por el señor Iván Inocente Arévalo y el señor Germán Desa Nazi, miembros de la Comisión Auditora.

# Sobre el Criterio de Imputación

# Criterio de Imputación

## **Dos Regímenes de Criterio de Imputación**

- Criterio de Imputación Subjetivo
- Criterio de Imputación Objetivo

# Criterio de Imputación Subjetivo

- **Artículo 1314.-** Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.
- **Artículo 1969.-** Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

# Criterio de Imputación Subjetivo

## Grados de Culpa

### **Dolo**

**Artículo 1318.-** Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación.

### **Culpa inexcusable**

**Artículo 1319.-** Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.

### **Culpa leve**

**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.

# Diligencia Ordinaria

“E]l Código Civil peruano de 1984 como se sabe ha codificado también en el Libro de Las Obligaciones un criterio de valorización de la culpa, con el agravante de haberlo hecho con ocasión de la regulación de la temática referida a la inejecución de obligaciones, consagrando en el artículo 1320 una clara referencia a la culpa in concreto: “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” (Fernández Cruz, 2007, 29)

# Criterio de Imputación Subjetivo

## Inversión de la Carga de la Prueba y Prueba de Liberación

- **Artículo 1329.-** Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.
- **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.
- **Artículo 1969.-** Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.
- La liberación de responsabilidad se da con la acreditación de la Diligencia Ordinaria en el cumplimiento de las obligaciones (responsabilidad por inejecución de obligaciones) o en el desarrollo de la actividad dañosa (responsabilidad extracontractual)

# Recurso de Nulidad N° 1358-2018/Lima



RECURSO NULIDAD N.º 1358-2018/LIMA

Rodriguez, a partir de lo cual agregó que *“ha nacido una nueva Candy, como si el patio no estuviera ya atiborrado”*.

Empero, el Diario “Ajá” no identificó a la mujer en esa escena [véase fojas treinta y seis] y tampoco lo hizo la conductora Magaly Medina en su programa televisivo, como consta de la transcripción de fojas treinta y dos –se hizo referencia a una “desconocida”–.

Por consiguiente, la afirmación es objetivamente falsa –las fuentes en cuestión no confirmaban lo que se aseveró–. Si bien a efectos penales solo se exige una falsedad desde una perspectiva subjetiva, para lo cual ha de establecerse si se llevó a cabo una indagación razonable para determinar si lo que se expresó podía ser verdadero o razonablemente cierto –es lo que se denomina “diligencia en la averiguación de la verdad”–. El encausado Gonzalez Lupis exhibió el diario “Ajá” como fundamento de su afirmación, pero es el caso que este diario no identificó a la misteriosa mujer que tendría sexo con Gino Barbieri –tampoco la individualizó la señora Magaly Medina–; luego, es evidente que no se tuvo tal diligencia para corroborar fuentes, más aún si las que se tenía no abonaban la sindicación: se lanzó una afirmación temerariamente, a partir de la cual se formularon comentarios abiertamente ofensivos sobre la conducta sexual de la querellante.

# Criterio de Imputación Objetivo

- Se refiere a todos aquellos supuestos en los cuales la responsabilidad civil se impone a los sujetos determinados por la norma, una vez verificado el nexo de causalidad. Es decir, es una responsabilidad por mera causación.

# Criterios de Imputación Objetivo Supuestos

- **Artículo 1970.-** Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.
- **Artículo 1979.-** El dueño de un animal o aquel que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que éste cause, aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero.
- **Artículo 1980.-** El dueño de un edificio es responsable del daño que origine su caída, si ésta ha provenido por falta de conservación o de construcción
- **Artículo 1981.-** Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria

# Responsabilidad por Actividades Peligrosas

## Artículo 1970

[E]l Código Civil peruano se ha apartado del camino ordinario descrito y ha consagrado, inmediatamente después de la cláusula normativa general de responsabilidad extracontractual por culpa, una cláusula de responsabilidad donde la culpabilidad, así de simple, no aparece; una cláusula que es aplicable a los daños cometidos por la realización de actividades riesgosas o, incoherentemente (...) por medio de bienes riesgosos o peligrosos. (Fernández Cruz & León, 2007, p. 67)

[E]l legislador peruano que ya había invertido la carga de la prueba como regla general (artículo 1969 *in fine*), requería de una medida más enérgica respecto de los daños por cosas o actividades peligrosas: la responsabilidad objetiva. Por eso en el artículo 1970, no se menciona el dolo ni la culpa como en el caso del artículo 1969, sino que se limita a señalar la relación causal: si se produce un daño por estas causas, exista o no exista o no culpa, el causante responde. (De Trazegnies Granda, 2016, p. 178)

# Bien Riesgoso

- La discusión acerca de lo que debe ser entendido por actividad riesgosa o incluso si es correcto hablar de un bien “riesgoso” es vastísima. Para simplificar esta problemática consideraremos a la actividad riesgosa como toda aquella actividad que incrementa la probabilidad de la producción de un daño por encima del promedio.

# Caso Casación N° 86 - 2008

- Casación N° 86-2008 La Libertad emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia la misma que se pronuncia sobre los daños sufridos por un menor, al interior de una fábrica, a causa del contacto directo con una máquina de picado. De este modo al momento de aplicar la responsabilidad objetiva se señala:
- “Quinto.- (...) En este caso, nos encontramos frente a una responsabilidad objetiva estipulada en el artículo mil novecientos setenta del Código Civil, siendo que en autos se encuentra acreditado que el accidente se produjo cuando el menor se encontraba dentro de las instalaciones de la empresa demandada, manipulando la máquina de picado de chala, lo cual constituye una actividad riesgosa, es decir, **la teoría del riesgo creado, en virtud del cual cuando se produce un daño como consecuencia de la utilización o un quehacer riesgoso o peligroso no es necesario determinar la culpa o dolo del agente, sino sólo el daño ocasionado a la víctima(...)**”

# Caso Trilergan

- La historia es bastante conocida. En **1974**, gran número de pacientes que usaban este fármaco antialérgico, producido por la compañía farmacéutica Crinos, desarrollaron **hepatitis B (las estimaciones de la prensa oscilaban entre 150 y 500 casos)**. El fármaco contenía entre sus compuestos, la sustancia denominada **gamma globulinas** las cuales eran suministradas por un productor italiano de derivados de sangre el que a su vez importaba las inmunoglobulinas de la **American Company Armour Pharmaceutical. ¿Cuál fue el problema?** El problema técnico estaba asociado con la naturaleza de la propia **gamma globulina** y es que tratándose esta de un compuesto “**hemoderivado**”, (esto es, de una sustancia sanguínea derivada), lo que ocurrió fue que al momento de su preparación se integró a la composición el conocido **antígeno** denominado **Australia**, que no es otro que el virus que lleva en sí la **hepatitis b**.
- IZZO, Umberto, Blood, Bureaucracy and Law: Responding to HIV - Tainted Blood in Italy. En: Blood Feuds: Aids, Blood and the Politics of Medical Disaster, Edited by Eric A. Feldman y Ronald Bayer, First Edition, Oxford University Press, New York Oxford, 1999, 217.

# Sentenza 20 Luglio 1993

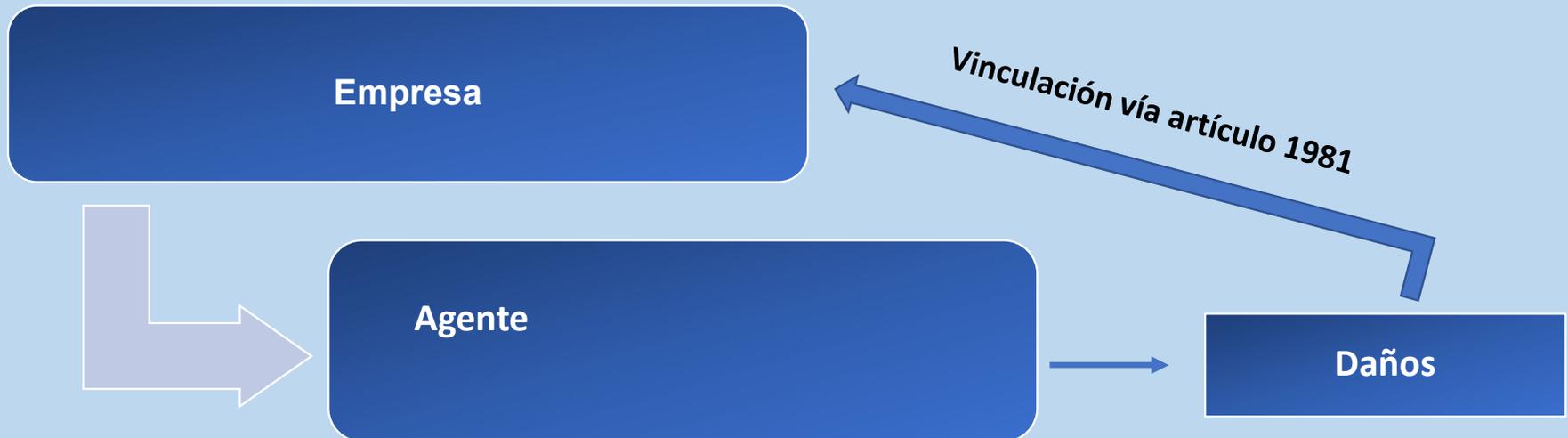
De igual modo se establece en la **Sentenza 20 Luglio 1993** en la cual se señala que:

*“ai fini della responsabilità sancita dall’art. 2050 c.c. debbono essere ritenute pericolose, oltre alle attività prese in considerazione per la prevenzione infortuni e la tutela dell’incolumità pubblica, anche tutte quelle altre che, pur non essendo specificate e disciplinate, abbiano Tuttavia una pericolosità intrínseca o comunque dipendente dalla modalità di esercizio o dai mezzi di lavoro impiegati; per tanto la Produzione dell’immissione in commercio di farmaci, contenenti gammaglobuline umane e destinati all’inoculazione dell’organismo umano, **costituisce attività dotata di potenziale nocività intrínseca, stante il rischio di contagio del virus dell’epatite di tipo b non espressamente previsto dalla normativa riguardante gli emoderivati**”*

DI GIANDOMENIC, Marco Eugenio y CASSANO, Giuseppe, Il Diritto dei Consumatori Profili Applicativi e Strategie Processuali, Tomo Primo La Struttura, CEDAM Casa Editrice Dott, Antonio Milani, 2010, 30.

# Sobre la Responsabilidad Vicaria

Artículo 1981.- Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.



# Responsabilidad Vicaria Artículo 1981

El artículo 1981 regula la responsabilidad vicaria en virtud de la cual una persona jurídica responde objetivamente por los daños cometidos por otra persona, siempre que esta los haya producido en el ejercicio del cargo que ostenta en la organización de la persona jurídica, como en el caso de los accionistas, directores, gerentes, ejecutivos, funcionarios, representantes, apoderados, trabajadores de la empresa o los haya generado durante el cumplimiento del servicio realizado en favor de esta.

Al respecto la doctrina ha desarrollado los siguientes tipos de vinculación contenidos en el artículo 1981 del Código Civil:

- Vinculación de Derecho, si se basa en una relación contractual del dañante con el tercero, sea que se trate de un supuesto en el que no exista subordinación como en las relaciones comerciales, civiles o contractuales o sea que se trate de un supuesto de subordinación, como la relación laboral.
- Vinculación de Hecho, cuando la tarea, actividad o servicio que realizó el agente beneficia directa o indirectamente al tercero, a pesar de no existir un vínculo contractual previo.

# POSICIÓN DE GIOVANNA VISINTINI

- La jurista italiana Giovanna Visintini, señala que lo importante “no es la calificación formal que las partes le dan a la relación, sino la valoración de la existencia efectiva de una relación sobre la cual una persona actúa (...) por cuenta de otro, quien por ser titular de la actividad, en cuya ocasión se ha verificado el hecho ilícito, es el sujeto que está en situación de controlar las condiciones del riesgo inherente a esa actividad”.

VISINTINI, Giovanna. Tratado de la responsabilidad civil. Tomo 2. Traducción de Aída Kemelajer de Carlucci, Astrea Editores, Buenos Aires, 1999, 335.

# POSICIÓN DE FERNANDO DE TRAZEGNIES

- La posición de este jurista es que “no se debe intentar encontrar una relación de derecho entre el responsable civil y el agente que coloque a este último en actuación de subordinación. (...) Por eso, más allá de las formas contractuales, es preciso examinar las circunstancias concretas en las que se presenta la relación entre uno y otro”.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, la Responsabilidad Extracontractual, Tomo I, ARA Editores, Lima, 2016, 514.

# POSICIÓN DE JUAN ESPINOZA

Posición de Juan Espinoza, este jurista nacional, especializado en responsabilidad civil, señala sobre el problema de la responsabilidad vicaria “que la dependencia civil no coincide con la subordinación laboral (...) En efecto, la responsabilidad se basa en el hecho objetivo que una persona actúa por cuenta de otra, independientemente si es a título gratuito, oneroso, mera cortesía o de relaciones familiares; si uno se beneficia con la actuación de un tercero tendrá que asumir los costos por los daños que se generen de esa actuación”.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Derecho de la Responsabilidad Civil, Instituto Pacífico, 8<sup>o</sup> Edición, Lima, 2016, 556 – 557.

# Principio Cuius Commoda

La vinculación civil de la responsabilidad vicaria, en aplicación del artículo 1981 del Código Civil se basa en el “principio cuius commoda eius et incommoda” en virtud del cual si una persona, ya sea natural o jurídica, se beneficia de las actividades de otra, así como se aprovecha de los beneficios generados por esta, igualmente debe asumir los costos derivados de dicha conducta, incluyéndose dentro de este, el pago de la reparación civil producida por los daños derivados del actuar ilícito del sujeto que la venía beneficiando de forma irregular. Ahora bien, el desarrollo teórico efectuado se ha materializado en la jurisprudencia peruana.

# Resolución Judicial N° 16 del Expediente N° 0016 - 2017

En tal sentido, podemos apreciar la resolución judicial N° 16 de fecha 14 de diciembre del 2018 emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional recaída en el Expediente N° 0016-2017 que declara fundada la solicitud de incorporación de terceros civilmente responsables formulada por la Procuraduría Ad Hoc, incorporando al proceso tanto a las empresas concesionarias del proyecto IIRSA Sur Tramo 2 y Tramo 3, así como a las 4 empresas accionistas de dichas concesionarias. De este modo, en numeral 10.2.3.1 y en el numeral 10.2.3.3 se determina de forma expresa lo siguiente:

# Resolución Judicial N° 16 del Expediente N° 0016 - 2017

“10.2.3.1. – (...) el factor atributivo de responsabilidad que justificaría la incorporación del tercero civil dentro del proceso penal sería la denominada responsabilidad vicaria normada en el artículo 1981 del Código Civil, el cual exige una relación de dependencia entre el principal y el subordinado, visto este término en su sentido lato, no restringido, constituyéndose esté en un criterio objetivo de asignación de responsabilidad civil, cuyo ámbito de acción es amplio, sin que se restrinja a una simple relación formal o material, laboral o civil, de carácter permanente, temporal o circunstancial. En efecto, uno de los supuestos de la relación de dependencia comprendería el caso, en donde el imputado es un funcionario público que se relaciona directamente con la empresa beneficiándola con las consecuencias del delito, de tal suerte que dicha empresa, bajo la misma lógica, debería responder civilmente por los riesgos que ello lleve aparejado (principio de cuius commodas)”

# Resolución Judicial N° 16 del Expediente N° 0016 - 2017

“10.2.3.3. - (...) b) Dicho vínculo jurídico graficaría una relación de dependencia existente entre el imputado Alejandro Toledo Manrique con las siete empresas emplazadas, normado en el artículo en el artículo 1981 del CC, el cual ha consagrado un tipo de responsabilidad objetiva, y que debe ser entendido en el sentido más amplio posible, al tratarse de una relación de facto, circunstancial, y de naturaleza civil (debido a que comprendería toda actividad realizada por el imputado en beneficio de las empresas emplazadas).

c) De lo anterior se desprende que con las conductas desplegadas por el imputado Alejandro Toledo Manrique se habría favorecido a las siete empresas emplazadas, es por ello que debe asumir los daños causados por los delitos, bajo la regla según el cual quien se beneficia con una actividad, igualmente debe asumir los riesgos que la misma trae aparejada (bajo el principio del cuius commodas)”.

# Responsabilidad vicaria por actuación irregular del funcionario público

Aun cuando el imputado al que se vincula el tercero, es un funcionario público, la actuación irregular de este en beneficio del tercero, genera la vinculación civil a través de la aplicación del artículo 1981 y del principio cuius commodas. Así además del caso citado, en la cual la actuación irregular proviene del propio Presidente de la República, el funcionario público con mayor jerarquía administrativa dentro de nuestro ordenamiento, la jurisprudencia ha actuado con el mismo criterio en los siguientes casos:

-Resolución N° 4 del 03 de noviembre del 2017 recaída en el Expediente N° 75-2017-14, proceso penal seguido contra Félix y otros, mediante la cual se incorporan como terceros civilmente responsables a dos personas jurídicas basadas en su relación con el mencionado imputado, basándose para ello en el vínculo de hecho y en el principio comoda eius et incommoda.

-Resolución N° 06 del 06 de noviembre del 2017 recaída en el Expediente N° 11-2017-17, proceso penal seguido contra Jorge Isaacs Acurio Tito y otros, mediante la cual se incorporan, también, como terceros civilmente responsables a dos personas jurídicas basadas en su relación de hecho con el imputado Jorge Isaacs Acurio Tito.

# Ruptura del Nexo Causal y Prueba Liberatoria

**Artículo 1972.-** En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño.

# Sobre la presunción de dolo

Es importante remarcar que a diferencia del juicio de responsabilidad penal en la cual la Fiscalía tiene la carga de probar el dolo o la culpa con el cual comete el delito el investigado, en el proceso civil la carga de la prueba se invierte en favor del actor civil y se traslada al dañante, toda vez que conforme al artículo 1969 del Código Civil previamente mencionado se presume el dolo o la culpa del dañante, siendo entonces Domingo Arzubialde el que debe acreditar que no actuó con dolo al momento de producir el daño al afectado.

# Sobre las razones que acreditan el dolo

Al respecto tenemos que Domingo Arzubialde conocía la forma legal de efectuar el reajuste de la tarifa de peaje al haber suscrito el Contrato de Concesión y dentro de este lo establecido en la cláusula 9.9.

De igual modo conocía que la propuesta de reajuste de la tarifa de peaje efectuada por Lamsac era ilegal puesto que uso una estructura de financiamiento no vinculada al cierre financiero y aplicó el 100% de variación del IPC lo cual no está contemplado por la fórmula establecida en la cláusula 9.9.

A pesar de tener este conocimiento decidió vulnerar lo establecido por la cláusula 9.9 aprobando el reajuste ilegal propuesto por Lamsac causando así deliberadamente el daño patrimonial consistente en el aumento ilegal de ganancias de Lamsac derivada del cobro excesivo del peaje y un daño extrapatrimonial consistente en el desprestigio de la imagen del Estado frente a la sociedad derivado de la defraudación de sus deberes funcionales.

# Considerando Vigésimo Sétimo de la Sentencia de la Sala

“Vigésimo Sétimo: (...) En efecto, se encontraba en plena capacidad de poder determinar y establecer los cauces administrativos pertinentes y posibles a efectos de denegar o suspender el inicio de la explotación de la concesión al transgredirse las cláusulas del contrato de concesión en específico la signada con el número 9.9, vulneración que a la luz de la valoración de la prueba actuada, se consumó no obstante la experticia en el cargo y en las funciones encargadas al procesado Arzubialde Elorrieta, evidenciándose con ello el interés directo en favorecer al tercero como es LAMSAC con su proceder doloso que lo hace merecedor a la sanción penal respectiva”

# Sobre la verificación del dolo

Se ha acreditado que Domingo Arzubialde actúo con el conocimiento y la intención de generar el daño patrimonial expresado en ganancias ilegales en favor de la empresa Lamsac derivadas de la aprobación de los términos ilegales de reajuste de la tarifa de peaje conducta por la cual se le condenó por el delito de negociación incompatible.

Se ha acreditado que Domingo Arzubialde actúo con el conocimiento y la intención de generar el daño extrapatrimonial expresado en el desprestigio de la imagen del Estado frente a la sociedad derivado de la vulneración de sus deberes funcionales al aprobar los términos ilegales de reajuste de la tarifa de peaje conducta por la cual se le condenó por el delito de negociación incompatible

# Sobre la verificación del dolo

Se ha acreditado que Domingo Arzubialde actúo con dolo al aprobar el reajuste de la tarifa de peaje habiendo tomado conocimiento que Lamsac había realizado su propuesta aplicando el 100% de la variación del IPC Perú, con lo cual se tuvo la intención deliberada de vulnerar la cláusula 9.9 del Contrato de Concesión, y en consecuencia de producir el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial, de los cuales ya hemos dado cuenta, en perjuicio del Estado.

# Sobre la verificación del dolo

Queda acreditado el dolo de Domingo Arzubialde con las documentales que hemos dado referencia específicamente con:

Oficio 774 - 2013

Carta Lamsac 154 – 2013

Oficio 957 - 2013

Documentales de las cuales se desprende que Domingo Arzubialde cuestionó la aplicación indebida del reajuste de la tarifa solicitando que se justifique desde el punto de vista legal, técnico y económico, lo cual no fue cumplido por el concesionario mediante Carta Lamsac 154 - 2013, no obstante ello autorizó que el cobro de las tarifas por parte del concesionario sea aplicando el ponderador del 100% del IPC.

# Determinación de Responsabilidad

Habiéndose corroborados los elementos de:

- Hecho Generador
- Daño
- Imputabilidad
- Antijuridicidad
- Nexo Causal
- Criterio de Imputación

Se puede concluir la determinación de responsabilidad civil

# Forma de Responsabilidad

La responsabilidad puede ser:

- Mancomunada (Artículo 1978) Instigación y Ayuda
- Solidaria (Artículo 1983) Pluralidad de causantes