



Doctorado en Ciencias

Mención: Derecho

Tesis:

PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LOS ABOGADOS:
FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA UN SISTEMA DE PROTECCIÓN
POR LA INEJECUCIÓN DE LAS PRESTACIONES

Por:

María Isabel Pimentel Tello

Asesora:

Dra. Carmen Gloria Castillo Díaz

Cajamarca, Perú

Agosto de 2015

COPYRIGHT © 2015 by
MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO
Todos los derechos reservados



Doctorado en Ciencias

Mención: Derecho

Tesis:

PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LOS ABOGADOS:
FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA UN SISTEMA DE PROTECCIÓN
POR LA INEJECUCIÓN DE LAS PRESTACIONES

Por: María Isabel Pimentel Tello

Comité Científico:

Dr. Félix Chira Vargas Machuca

Dr. Elfer Miranda Valdivia

Dr. Glenn Serrano Medina

Dr. Joel Romero Mendoza

Accesitario

Dra. Carmen Castillo Díaz

Asesora

Agosto de 2015

Dedicatoria:

*A María del Socorro, Piero y Fernando,
quienes le dan sentido a mi esfuerzo.*

Agradecimiento:

*A mi familia,
por el apoyo de siempre.*

ÍNDICE

Ítem	Pág.
<i>Dedicatoria:</i>	i
<i>Agradecimiento:</i>	ii
ÍNDICE	iii
RESUMEN	vii
ABSTRACT	viii

CAPÍTULO I

PROBLEMA DE INVESTIGACION Y METODOLOGIA

1.1. Planteamiento del problema	1
1.2. Formulación del problema	4
1.3. Objetivos	4
1.3.1. Objetivo General	4
1.3.2. Objetivos Específicos	5
1.4. Justificación	5
1.5. Alcances y limitaciones	8
1.6. Estado de la cuestión	9
1.7. Hipótesis	9
1.8. Operacionalización de categorías	10
1.9. Metodología	13
1.9.1. Tipo de investigación	13
1.9.2. Diseño de la investigación	13
1.9.3. Métodos	17
1.9.4. Unidad de Análisis	20
1.9.5. Técnicas de acopio de la información	21
1.9.6. Procesamiento de datos	21

	Pág.
1.9.7. Aspectos éticos de la investigación	22
CAPÍTULO II	
MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN	
2.1. Antecedentes teóricos de la investigación	23
2.2. Bases teóricas	24
2.2.1. Fundamento Iusfilosófico de la investigación	24
2.2.2. Paradigma de la ciencia que sustenta el problema de investigación	24
2.2.3. Teorías del Derecho que fundamenta el problema de investigación	26
CAPÍTULO III	
FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y REALIDAD COMPARADA	
SOBRE EL TEMA DE INVESTIGACIÓN	
3.1. Sustento constitucional de la investigación	54
3.1.1. Derecho de contratación	599
3.1.2. Sobre los derechos de los consumidores	65
3.1.3. Sobre la libertad de trabajo	72
3.1.4. Sobre los Colegios Profesionales	76
3.2. Juicio de Ponderación: Ley de Ponderación de Robert Alexy	81
3.2.1. Juicio de Ponderación	81
3.2.2. El Tribunal Constitucional y la aplicación de la Ley de Ponderación	86
3.3. Responsabilidad civil y penal por negligencia profesional	90
3.4. Realidad comparada en materia de responsabilidad profesional	91
3.4.1. Modelo Francés	91
3.4.2. Modelo Alemán	92
3.4.3. Modelo Italiano	92

	Pág.
3.4.4. Experiencia estadounidense e inglesa	92
3.4.5. En Uruguay	93
3.4.6. En México	94

CAPÍTULO IV

DESARROLLO TEORICO DE CATEGORÍAS

4.1. Prestación de servicios	96
4.2. Sistema de protección	98
4.3. Definición de términos básicos	99
4.3.1. Daños	99
4.3.2. Distribución social del daño	100
4.3.3. Sistema de Seguro	100
4.3.4. Fundamentos jurídicos	100

CAPÍTULO V

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

5.1. Forma de prestación de los servicios de defensa de los abogados	102
5.2. Fundamentos jurídicos	103
5.2.1. Principio de reparación integral de la víctima	102
5.2.2. La responsabilidad civil plena por los daños y perjuicios ocasionados por el prestador de servicios profesionales del Derecho.	103
5.2.3. El resarcimiento por la inejecución o el cumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de la obligación de la misma.	106
5.2.4. El cumplimiento de los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe en el desempeño profesional de los abogados y las consecuencias de su incumplimiento.	111

	Pag.
5.2.5. La vigencia del sistema de protección al consumidor de los servicios legales de los abogados	112
5.2.6. La promoción de la práctica profesional responsable y ética de los abogados	113
5.3. Obligaciones generadas como parte de la prestación de servicios de los abogados	1154
5.4. Casos en los que se incumplen las obligaciones contractuales	116
CONCLUSIONES	134
SUGERENCIAS	¡Error! Marcador no definido.
LISTA DE REFERENCIAS	139
LISTA DE CUADROS	
Cuadro 1: Operacionalización de hipótesis en categorías	11
Cuadro 2: Procedimientos del diseño de investigación	16
Cuadro 3: Relación de expedientes revisados por tipo de infracción, Fundamento y sanción	116

RESUMEN

Ante la indefensión de los usuarios de los servicios profesionales de los abogados, así como la imposibilidad material de que estos profesionales afronten económicamente los gastos provenientes de una indemnización sancionadora de una defensa deficiente o defectuosa, se propone la posibilidad de contar con un sistema de protección que confiera una indemnización por daños patrimoniales sufridos a consecuencia de una mala defensa o de una defensa deficiente; la misma que sea asumida bajo un sistema de seguro que cubra contingencias referidas al ejercicio profesional del abogado sujeto a un contrato de prestación de servicios.

Para ello, nos propusimos desentrañar los casos en que los litigantes sufren las consecuencias patrimoniales de una deficiente defensa, a través de las resoluciones judiciales o administrativas que han sancionado efectivamente la práctica defectuosa de la profesión de abogado, así como comparar el comportamiento de las legislaciones de otros países al respecto.

En este sentido, presentamos algunos casos que, mediante sanciones judiciales o administrativas, pusieron en evidencia deficiencias profesionales que causaron perjuicios a los usuarios y sobre los cuales nos basamos para plantear una solución viable a través de un sistema de seguros que proteja a los usuarios frente a este problema que aún se encuentra sin resolver.

Palabras clave: Usuarios de los servicios de los abogados, sistema de seguros, resarcimiento por indefensión.

ABSTRACT

Because of the users lack of defense from the lawyers professional services, as well as the inability of these professionals face up to economic expenses from a punitive damages of poor or inadequate defense, the possibility of having a protection system is proposed conferring compensation for financial losses suffered as a result of poor or lack of defense; it is assumed that under a system of insurance coverage relating to the profession of lawyer under a contract of service contingencies.

To do this, we set out to unravel cases where litigants suffer the economic consequences of poor defense, through judicial or administrative decisions that have effectively banned the faulty practice of the legal profession, and compare the performance of laws from other countries in this regard.

Therefore, we present some cases, which through judicial or administrative sanctions revealed professional deficiencies that caused damage to users and on which we rely to propose a viable solution through an insurance system that protects users against to this problem that is still unresolved.

Keywords: Users of the services of lawyers, insurance system, compensation for helplessness.

INTRODUCCIÓN

A través de lo dispuesto por el artículo 1762 del Código Civil, relativo a contratos de Prestación de Servicios (para el caso, de los profesionales), se establece que aquellos que incumplan con sus obligaciones contractuales, asumen responsabilidad sólo en caso de que dicho incumplimiento se haya debido al dolo o culpa inexcusable; o sea, que responden únicamente por los daños y perjuicios derivados de una intención manifiesta de incumplir sus obligaciones o en el caso de un descuido gravísimo; quedando por tanto a descubierto el supuesto de responsabilidad ante los daños producidos por el incumplimiento del profesional en el que hubiese existido culpa leve.

Evidentemente esta disposición se manifiesta como una excepción al sistema general de responsabilidad contractual contemplado en el Código Civil, de acuerdo al cual el deudor que incumple sus obligaciones responde por los daños y perjuicios resultantes, siempre que ellos sean consecuencia de dolo, culpa inexcusable o culpa leve; de esta manera, se aprecia que el acreedor de un deudor común se encuentra mejor protegido que el acreedor de un deudor profesional.

Aun así, al observar los sistemas modernos adoptados por la realidad comparada, se aprecia más bien que la tendencia es la de objetivar la culpa al imponer la obligación de la adquisición de seguros profesionales que cubran los riesgos devenidos de las

relaciones contractuales de servicios profesionales, los mismos que tienden a garantizar el resarcimiento de las consecuencias negativas surgidas de la práctica profesional deficiente, posibles negligencias o descuidos, que para el caso de los abogados, se aplica en los supuestos de una deficiente defensa o un patrocinio negligente.

En nuestro país resulta evidente, ante la realidad de las relaciones jurídicas profesionales, la necesidad imperiosa de la implementación de un sistema de protección que cubra a los usuarios de los servicios legales de los abogados por la inejecución o el cumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de las prestaciones, el mismo que permita asumir los efectos negativos surgidos de las relaciones profesionales de los abogados y sus usuarios, el mismo que sostenemos, debe implementarse con la finalidad de atender a los requerimientos indemnizatorios de los afectados, así como para proteger a los abogados frente a las eventuales demandas que con tal motivo pudieran plantearseles.

Hemos observado algunos intentos por implementar este tipo de sistema protector en el ámbito médico, lamentablemente los proyectos de seguro no han tenido buenos resultados, debido, entre otras cosas, a la resistencia de los profesionales por incrementar sus obligaciones, a la falta de decisión legislativa y a la inconsistencia de las propuestas; sin embargo, se encuentra pendiente la atención de este tema por parte de los miembros del Poder Legislativo, ya que, como se puede advertir de las experiencias de los países en los que se ha implementado el sistema, se constituye como una buena alternativa tanto para los usuarios como para los propios profesionales.

Sustentamos tanto la necesidad como la viabilidad de nuestra propuesta, la misma que ha sido analizada desde el punto de vista contractual, social y constitucional. Asimismo, incluimos información sobre la realidad comparada, siendo éste un aspecto importante para considerar, ya que en otros países, como ya se tiene mencionado, se considera como una carga obligatoria para los profesionales la adquisición de seguros, encontrándose normado y organizado como un eficiente sistema de protección frente a las diversas contingencias que se presentan en las relaciones surgidas del ejercicio profesional.

Se ha estructurado la presente investigación en cinco capítulos dedicados, el primero al desarrollo del aspecto metodológico; en el segundo, se expone el marco teórico, en el que se presentan los antecedentes, bases teóricas y se definen términos básicos.

En el tercer capítulo se han desarrollado los fundamentos constitucionales y la realidad comparada sobre el tema de investigación, mientras que en el cuarto capítulo consideramos lo relativo al desarrollo teórico de las categorías, para luego ocuparnos en el capítulo quinto de los resultados de la investigación y discusión; en el capítulo sexto se desarrolla la propuesta legislativa y finalmente presentamos las conclusiones y sugerencias.

Tratándose también de una investigación de carácter propositivo, concluimos la misma con una propuesta legislativa, la misma que pretende la incorporación de un sistema de protección para los usuarios de los servicios legales de los abogados en nuestro país, la cual incluye el sustento normativo y el correspondiente análisis de los efectos de su implementación y aplicación.

CAPÍTULO I

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN Y METODOLOGÍA

1.1. Planteamiento del problema

El artículo 1762 del Código Civil, ubicado en el capítulo sobre disposiciones generales aplicables a los diversos contratos de Prestación de Servicios, establece que: “Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable”.

Esta norma dispone, en efecto, que los profesionales que incumplan con sus obligaciones contractuales, responden sólo en caso de que dicho incumplimiento se haya debido al dolo o culpa inexcusable; o sea, que responden únicamente por los daños y perjuicios derivados de una intención directa y manifiesta para incumplir su obligación o de un descuido gravísimo; en cambio no responden, cuando dichos daños derivan del incumplimiento por culpa leve.

Esta disposición establece, en consecuencia, una excepción al sistema general de responsabilidad contractual contemplado en el propio Código Civil; conforme al cual, el deudor que incumple sus obligaciones responde de los daños y perjuicios

resultantes, siempre que ellos sean consecuencia de dolo o culpa (en general), tal como se desprende de lo dispuesto en el artículo 1969.

Por esta peculiar configuración legal, el acreedor perjudicado por el incumplimiento de las obligaciones de un deudor común, resulta mejor protegido que el que lo es de un deudor profesional. Todo ello en la medida que, en el primer caso, el acreedor perjudicado puede obtener una indemnización de daños y perjuicios en todos los supuestos de incumplimiento: el dolo y la culpa, no distinguiéndose los grados de culpabilidad; mientras que en el segundo caso, el acreedor perjudicado sólo podría ser indemnizado en dos supuestos: dolo o culpa inexcusable.

El legislador se ha inclinado, por consiguiente, por un sistema de responsabilidad contractual profesional que, en vez de proteger a la parte perjudicada por el incumplimiento, se inclina por favorecer al profesional que incumple sus obligaciones, pues delimita su responsabilidad a los casos graves de incumplimiento, exonerándole de responsabilidad en los casos leves.

Podemos afirmar por tanto, que nuestro ordenamiento civil marcha en este aspecto, a contracorriente de los modernos sistemas de responsabilidad civil, que se conciben como reacción frente al daño injusto y con una clara función satisfactoria apreciada desde la perspectiva de la víctima. Tendencia moderna que partiendo de la más elemental objetivación de la culpa, termina con la imposición de seguros obligatorios que, independizados completamente de la culpa individual y asumiendo los accidentes como riesgos sociales, garantizan algún tipo de cobertura obligatoria para las víctimas.

Se ha intentado justificar la opción del legislador peruano, alegando que la norma

pretende evitar la parálisis de los profesionales, pues éstos se verían forzados a abstenerse de intervenir profesionalmente, si estuvieran expuestos a responder civilmente incluso en caso de incumplimiento por culpa leve.¹

Algo que empieza a verse entre los médicos, a quienes a pesar de la prescripción legal antes citada, que limita su responsabilidad a los daños originados por dolo o culpa inexcusable, se les viene exigiendo, cada vez más, el pago de indemnizaciones en casos de negligencias menores. Al punto mismo, que se ha discutido públicamente la idea de pasar a un sistema de seguro médico obligatorio, que aunque no ha prosperado en el ámbito legislativo, se ha reconocido como una necesidad, tanto para la protección de los usuarios, como para la de los propios profesionales que ven mermado su patrimonio cuando deben responder a las demandas indemnizatorias.

Contra esta opción, la del seguro obligatorio, se han planteado dos importantes objeciones. La primera, señala que los médicos protegidos con un seguro ya no son cuidadosos ni diligentes como los que no tienen esta cobertura. La segunda objeción, considera que este sistema encarece indebidamente los sistemas de protección social, dado que el mecanismo del seguro permite transferir el costo a los consumidores finales, quienes al exigir mejores coberturas empujan la subida de los precios de las primas, redundando en el incremento del costo de los servicios.

Empero, el debate no se ha cerrado, puesto que se trata de algo que va más allá del campo de la responsabilidad médica; ya que los clientes o usuarios de

¹ La los sistemas de protección en el ámbito internacional, nos muestra la figura de los seguros profesionales, a través de los cuales los usuarios de los servicios de distintas ramas, pueden obtener el resarcimiento de sus afectaciones; asimismo, los profesionales, evitan el pago de indemnizaciones, las cuales son cubiertas por los fondos correspondientes al seguro.

servicios profesionales, particularmente de los servicios legales, son cada vez más exigentes en el cumplimiento de las obligaciones de los profesionales a los que contratan para la satisfacción de sus diversas necesidades. Y en tal sentido se hallan más atentos frente a los posibles casos de incumplimiento de los deberes contractuales por parte de los abogados, exigiendo que se asuman las responsabilidades que correspondan.²

En ese sentido es necesario preguntarnos por la pertinencia, utilidad y capacidad protectora de los sistemas de responsabilidad civil aplicables a los casos de daños originados por incumplimiento de deberes contractuales nacidos de los servicios profesionales en general, y particularmente, de los servicios legales.

1.2. Formulación del problema

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para establecer un sistema de protección por la inejecución o el cumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de las prestaciones de servicios de los abogados?

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo General

Establecer los fundamentos jurídicos para implementar un sistema de protección en casos de responsabilidad por daños originados por la inejecución o el cumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de las prestaciones derivadas de los contratos de prestación de servicios profesionales suscritos por los abogados.

² La propuesta del Seguro Médico Obligatorio, inicialmente formulada por el Congresista Renzo Reggiardo, no logró su aprobación; asimismo, las propuestas formuladas por el Ejecutivo, han encontrado una serie de trabas entre los legisladores. Sin embargo, se insiste en la necesidad de implementar un sistema de protección a los usuarios de los servicios médicos.

1.3.2. Objetivos Específicos

- a. Determinar las obligaciones derivadas de la prestación de servicios profesionales de los abogados.
- b. Identificar los casos en que se incumplen las obligaciones contractuales
- c. Analizar los sistemas de protección por responsabilidad civil contractual y establecer cuál es el más conveniente para la protección de los usuarios de los servicios legales en el Perú.
- d. Proponer una regulación normativa para permitir la implementación de un sistema de protección en casos de responsabilidad por daños originados por la inejecución o el cumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso, de las obligaciones derivadas de los contratos de prestación de servicios suscritos por los abogados en el Perú.

1.4. Justificación

Cuando analizamos la norma contenida en el artículo 1762 del Código Civil, advertimos que la posibilidad de resarcimiento que se ofrece al usuario de los contratos de prestación de servicios profesionales de los abogados, presenta un margen muy estrecho de posibilidades para hacer efectivo un resarcimiento, ya que únicamente contempla los casos en que por dolo o culpa inexcusable causa daños y perjuicios al usuario.

Si bien esta norma dispone, que los profesionales que no cumplan adecuadamente con la prestación de sus servicios profesionales, deberán responder ante sus usuarios, se requiere de la presencia de la intencionalidad puntual de no cumplir con sus obligaciones contractuales, o de un grado de negligencia o impericia graves en el desempeño de su trabajo.

Estas posibilidades, liberan de responsabilidad al profesional cuando los daños y perjuicios ocasionados, se producen por una mera negligencia o impericia leve, teniendo como resultado un vacío en cuanto a la posibilidad de cubrir los daños que efectivamente se presentan para los usuarios bajo estas circunstancias; de esta manera se configura una excepción de la regla aplicada al sistema de responsabilidad contractual que busca más bien el resarcimiento absoluto del dañado y aplicar siempre la responsabilidad al obligado, frente a la efectiva producción del daño, independientemente de que la causa haya sido atribuible al dolo, culpa inexcusable o leve.

La preocupación mayor surge al observar que en resumen, para nuestra legislación, el acreedor perjudicado o el que sufre un daño de carácter físico, patrimonial o de otra índole, se encuentra mejor protegido por nuestro sistema, pues al amparo de las ya citadas normas, pueden reclamar de su deudor o del causante del daño, una indemnización, independientemente de que la causa del daño fuera el dolo, la culpa inexcusable o la culpa leve.

Es por eso que sustentamos la necesidad de establecer un sistema de protección que permita a los usuarios de los servicios profesionales de los abogados, obtener una compensación por el daño sufrido, el mismo que sirva para implementar un seguro que se sustente en los aportes de los propios profesionales y que de esta manera se coberturen estas contingencias, sin perjudicar a ninguna de las partes en la relación contractual, ya que se aplicaría la distribución social de los costos, sin afectar más la mellada economía de los usuarios.

De esta manera además, se busca también establecer un sistema más equilibrado,

que en vez de proteger al incumplido, resulte beneficioso al perjudicado, conforme ocurre en la mayoría de legislaciones del mundo, en las que mediante modernos sistemas de responsabilidad civil, buscan enfrentar al daño injusto y satisfacer a la víctima, independientemente de la causa subjetiva del daño.

Cabe recordar que este sistema objetivo de responsabilidad, ya se aplica en el artículo 1970 y podemos advertir su eficacia también en la experiencia con el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, que se viene aplicando con relativo éxito ya que por lo menos, ante el vertiginoso incremento de este tipo de accidentes, se brinda la posibilidad de acceder a atención médica y hospitalaria, así como atender ciertos gastos de sepelio de las víctimas de estos terribles accidentes, sin mediar consideraciones relativas al origen del daño (dolo o culpa).

Otro ejemplo, como ya lo dijéramos, es el de los médicos, quienes ven cada vez más cerca la implementación del seguro médico obligatorio (mal llamado SOAT médico), ante la también creciente ola de accidentes médicos irreversibles que ocurren por lo general con personas de los sectores menos favorecidos.

Es pertinente además, efectuar una mirada hacia la realidad comparada, encontrando que en diversos países existe un sistema de protección muy parecido al que proponemos, con la diferencia que este se plantea como una posibilidad de protección de los profesionales, que por el ejercicio regular de su carrera, son pasibles de demandas por responsabilidad civil y que con la implementación de un seguro de responsabilidad civil profesional, ven cubiertas las contingencias por las cuales podrían verse afectados económicamente ante el pago de indemnizaciones que por lo general son muy altas, permitiéndoles afrontar tales demandas con los seguros contratados. Si bien, como se ha dicho, este es un

enfoque desde el punto de vista de los profesionales, bien se puede reconocer las bondades desde la posición de los afectados.

Estamos seguros que esta propuesta tendrá una repercusión social notable, ya que los usuarios de los servicios legales, verán amparados sus reclamos por una prestación ineficiente, independientemente de su origen y verán satisfechas sus expectativas respecto de la protección del sistema de justicia; por otro lado los profesionales podrán contar con un fondo de compensación que les evitará asumir personalmente las consecuencias económicas de su incumplimiento, siendo estas independientes de las sanciones éticas que se les debiera aplicar.

Siendo el espíritu de nuestra propuesta la protección de la parte afectada de la relación abogado – cliente, debe advertirse también que como consecuencia de la aplicación del sistema de protección propuesto, se protegerán también los profesionales ya que no tendrán que asumir las consecuencias patrimoniales de los reclamos o eventuales demandas que se interpongan debido al incumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de sus contratos de prestación de servicios.

1.5. Alcances y limitaciones

Nuestra investigación permite determinar la factibilidad y utilidad de la implementación de un sistema de protección para la actividad profesional de los abogados, el mismo que estará orientado, de un lado al resarcimiento de los usuarios afectados con una mala o deficiente defensa y por otro, al amparo del profesional del Derecho que no se afectará económicamente ante posibles demandas de indemnización propuestas por usuarios insatisfechos.

Las limitaciones se han presentado sobre todo a nivel de la generación de conclusiones, ya que se contó con una unidad de análisis reducida, la misma que sin embargo, permitió observar con claridad el problema desde los aspectos jurídico, administrativo y ético; siendo estos los que fueron abordados en esta investigación, también se establecen parangones desde la perspectiva normativa internacional.

Nuestra propuesta lo que pretende es armonizar las normas existentes, únicamente aportará a la posibilidad de generar un sistema protector de los usuarios de los servicios legales, contribuyendo a uniformizar el sistema de responsabilidad civil en un sentido objetivo, lo que se ha sustentado en la propuesta legislativa.

1.6. Estado de la cuestión o antecedentes de la investigación

Efectuadas las indagaciones sobre el tema, en los registros de las Escuelas de Post Grado de las universidades del Perú no se han identificado trabajos de investigación previos que tengan relación con él, por lo tanto, no existen antecedentes específicos vinculados al mismo.

1.7. Hipótesis

La implementación de un sistema de protección por la inejecución o el cumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de las prestaciones de los servicios de los abogados, se sustenta en los siguientes fundamentos jurídicos:

- a) La vigencia efectiva del principio de reparación integral de la víctima
- b) La responsabilidad civil plena por los daños y perjuicios ocasionados por el prestador de servicios profesionales del Derecho.

- c) El resarcimiento por la inejecución o el cumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de la obligación.
- d) El cumplimiento de los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe en el desempeño profesional de los abogados y las consecuencias de su incumplimiento.
- e) La vigencia del sistema de protección al consumidor de los servicios legales de los abogados.
- f) La promoción de la práctica profesional responsable y ética de los abogados.

1.8. Operacionalización de hipótesis en categorías (ver Cuadro 1)

- a) Sistema de responsabilidad limitada del profesional del Derecho
- b) Implementación de un sistema de protección especial
- c) Indefensión de los usuarios de los servicios legales.
- d) Deberes y obligaciones de los abogados en la prestación de sus servicios

Cuadro 1. OPERACIONALIZACIÓN DE LA HIPÓTESIS EN CATEGORÍAS

FORMULACIÓN	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	CATEGORÍAS	CUALIDADES	FUENTE GENERADORA DEL DATO
<p>¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para la implementación de un sistema de protección por la inejecución o el cumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de las prestaciones de servicios de los abogados?</p>	<p>Objetivos Generales</p> <p>Determinar los fundamentos jurídicos para establecer un sistema de protección en casos de responsabilidad por daños originados por la inejecución o el cumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de las obligaciones derivadas de los contratos de prestación de servicios suscritos por los abogados.</p>	<p>La implementación de un sistema de protección por la inejecución o el cumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de las prestaciones de los servicios de los abogados, se sustenta en los siguientes fundamentos jurídicos:</p> <p>a) La vigencia efectiva del principio de reparación integral de la víctima</p> <p>b) La responsabilidad civil plena por los daños y perjuicios ocasionados por el prestador de servicios profesionales del Derecho.</p> <p>c) El resarcimiento por la inejecución o el cumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de la obligación.</p> <p>d) El cumplimiento de los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe en el desempeño profesional de los abogados y las consecuencias de su incumplimiento.</p>	<p>a) La vigencia efectiva del principio de reparación integral de la víctima.</p> <p>b) La responsabilidad civil plena por los daños y perjuicios ocasionados por el prestador de servicios profesionales del Derecho.</p> <p>c) El resarcimiento por la inejecución o el cumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso.</p> <p>d) El cumplimiento de los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe en el desempeño profesional de los abogados y las consecuencias de su incumplimiento.</p>	<p>Solo sanciona al profesional por dolo o culpa inexcusable</p> <p>Incoherencia con el sistema general de responsabilidad civil</p>	<p>Legislación vigente</p> <p>Doctrina</p>

Cuadro 1. OPERACIONALIZACIÓN DE LA HIPÓTESIS EN CATEGORÍAS

FORMULACIÓN	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	CATEGORÍAS	CUALIDADES	FUENTE GENERADORA DEL DATO
	<p>Objetivos Específicos</p> <p>a) Determinar cuáles son las obligaciones que se generan como parte de la prestación de servicios de los abogados.</p> <p>b) Identificar los casos en que se incumplen las obligaciones contractuales</p> <p>c) Analizar los sistemas de protección por responsabilidad civil contractual y establecer cuál es el más conveniente para la protección de los usuarios de los servicios legales en el Perú.</p> <p>d) Proponer una regulación normativa para la implementación de un sistema de protección en casos de responsabilidad por daños originados por la inejecución o el cumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de las obligaciones derivadas de los contratos de prestación de servicios suscritos por los abogados en el Perú.</p>	<p>e) La vigencia del sistema de protección al consumidor de los servicios legales de los abogados.</p> <p>f) La promoción de la práctica profesional responsable y ética de los abogados.</p>	<p>e) a vigencia del sistema de protección al consumidor de los servicios legales de los abogados.</p> <p>f) La promoción de la práctica profesional responsable y ética de los abogados.</p>	<p>Falta de capacidad económica de los abogados para afrontar indemnizaciones</p> <p>Inejecución de los contratos de prestación de servicios de los abogados.</p> <p>Proliferación de profesionales del Derecho con una inadecuada preparación jurídica</p> <p>Informalidad en los contratos de prestación de servicios legales.</p>	<p>Realidad comparada</p> <p>Sentencias desfavorables por defensa defectuosa</p> <p>Sanciones Administrativas a los abogados</p>

Continúa...

1.9. Metodología

1.9.1. Tipo de investigación

La presente investigación fue de tipo no experimental, de naturaleza teórica. El diseño de contrastación de la hipótesis fue analítico – descriptivo e interpretativo porque el objeto de estudio fue separado en componentes, los mismos que fueron descritos y caracterizados para buscar una correcta interpretación de las categorías.

Fue también propositiva, pues como parte de los resultados, se elaboró una propuesta legislativa para regular el sistema de protección propuesto.

1.9.2. Diseño de la investigación

La investigación fue de análisis documental, debido a que analizamos la documentación existente, a fin de determinar los fundamentos jurídicos para un sistema de protección por inejecución en las prestaciones de servicios de los abogados, para analizar la forma cómo los abogados vienen ejerciendo la prestación de servicios de defensa, y determinar los fundamentos jurídicos para establecer un sistema de protección en casos de responsabilidad por daños originados por los abogados, por la inejecución o el cumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de un contrato de prestación de servicios de los abogados.

Además se hizo un análisis de la doctrina correspondiente a la responsabilidad civil y a las obligaciones contractuales derivadas de la defensa por parte de los abogados, para tener una base teórica sólida que nos permitió desentrañar y explicar los casos en que los litigantes sufren las

consecuencias patrimoniales de una deficiente defensa debido a la práctica defectuosa de la profesión de abogado, y a partir de ello proponer un tratamiento que proteja a los usuarios y abogados en caso de dolo o culpa inexcusable.

De otro lado, se analizaron los sistemas de seguro profesionales en la realidad comparada, identificando la figura en países de Europa y Latinoamérica, en los cuales se establecen estos seguros de manera obligatoria, protegiendo a los usuarios y profesionales de eventuales reclamos de los clientes como consecuencia la inejecución o el cumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de sus prestaciones.

En la presente investigación, mediante el análisis de resoluciones judiciales y administrativas (análisis documental) en las cuales se han sancionado a los abogados por negligencia en la defensa, se encaró el mundo empírico, demostrando que:

- a) La investigación cualitativa es inductiva: Porque se desarrollaron conceptos, intelecciones y comprensiones partiendo de las pautas que nos proporcionaron los datos obtenidos con la investigación.
- b) Se vio a las personas y a los escenarios con una perspectiva holística, de la que se extrajeron resultados y conclusiones afines a nuestro problema de investigación.

La mayor parte de los estudios cualitativos están preocupados por el contexto de los acontecimientos, y centran su indagación en aquellos entornos en los que los seres humanos se implican e interesan, evalúan y experimentan

directamente (Dewey 1934, 1938, 119-161). Esto es lo que significa calidad: lo real, más que lo abstracto; lo global y concreto, más que lo disgregado y cuantificado. Es más, la investigación cualitativa investiga contextos que son naturales, o tomados tal y como se encuentran, más que reconstruidos o modificados por el investigador (Sherman y Webb 1988, 2-22). Esta es la clase de diseño de investigación que se pretendió realizar, puesto que no se buscó modificar la realidad, sino se hizo un análisis documental de resoluciones en las que se sancionan a los abogados, pudiendo analizar las causas y motivos de tales sanciones³.

Para ello se ha diseñado la siguiente matriz (ver Cuadro 2):

³ Tomado de: *La investigación acción y su inherencia en las ciencias sociales*. Disponible en la web: <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/mempol8/8-9.pdf> Consulta 26 de marzo de 2014.

Cuadro 2: Procedimientos del diseño de investigación

¿Qué necesito conocer?	¿Qué datos responderán a esta cuestión?	¿De qué fuentes obtendré los datos?	Responsable
Forma de prestación de servicios de los abogados.	Resoluciones Sentencias	Análisis Documental	Investigadora
Obligaciones generadas como parte de la prestación de servicios de los abogados.	Doctrina y jurisprudencia	Análisis Documental Revisión Bibliográfica	Investigadora
Casos en los que incumplen las obligaciones contractuales.	Resoluciones Sentencias	Análisis Documental	Investigadora
Sistemas de protección por responsabilidad civil contractual.	Doctrina y jurisprudencia	Análisis Documental Revisión Bibliográfica	Investigadora
Principios que inspiran el ejercicio del Derecho	Doctrina y jurisprudencia	Análisis Documental Revisión Bibliográfica	Investigadora
Fundamentos jurídicos del sistema de protección	Doctrina y jurisprudencia	Análisis Documental Revisión Bibliográfica	Investigadora

Fuente: Elaboración Propia

1.9.3. Métodos

Teniendo en cuenta la naturaleza de nuestro objeto de estudio, los métodos utilizados fueron:

A. Métodos generales

a. Analítico - sintético

Mediante el análisis de las normas se propuso determinar y establecer generalizaciones dentro del marco jurídico para identificar los fundamentos jurídicos que permitan establecer un sistema de protección en caso de daños provenientes del incumplimiento de un contrato de prestación; asimismo, mediante el análisis de las resoluciones sancionadoras de los abogados, se pudo establecer las causas relacionadas con el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las prestaciones de servicios.

Este método dualista permite llegar a la verdad de las cosas separando los elementos que tienen relación lógica entre sí hasta completar y demostrar la verdad del conocimiento.

Disgregándolo, el método analítico se refiere al análisis de las cosas o de los fenómenos descomponiéndolos, examinándolos para estudiarlos minuciosamente; mientras, el método sintético se refiere a la composición de un todo mediante la unión de sus partes, procede de lo simple a lo completo de las partes que se separaron en el análisis, permitiendo completar nuevamente el todo (Taylor y

Bogdan, 1987).⁴

b. Inductivo – deductivo

Nos permitió observar individualmente la realidad existente en relación a los servicios profesionales de los abogados, planteando generalizaciones y a partir de ello, identificamos la necesidad y los fundamentos para la implementación de un sistema de protección por la inejecución o el cumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de las obligaciones surgidas de los contratos de servicios de los abogados.

La deducción permite ir de lo general a lo particular, parte de los datos generales aceptados como valederos para deducir por medio del razonamiento lógico, varias suposiciones es decir, parte de verdades previamente establecidas como principios generales, para luego aplicarlo a casos individuales y comprobar así su validez. Se puede decir también que el aplicar el resultado de la inducción a casos nuevos es deducción.

La inducción va de lo particular a lo general, se emplea cuando de la observación de los hechos particulares obtenemos proposiciones generales, o sea, es aquél que establece un principio general una vez realizado el estudio y análisis de hechos y fenómenos en particular.

La inducción es un proceso mental que consiste en inferir de algunos casos particulares observados la ley general que los rige y que vale

⁴ Citados en: *El paradigma cualitativo en la investigación socioeducativa*. En la web: <http://web.ua.es/en/ice/documentos/recursos/materiales/el-paradigma-cualitativo-en-la-investigacion-socio-educativa.pdf>

para todos los de la misma especie (Taylor y Bogdan, 1987).⁵

B. Métodos específicos

a. Exegético

Necesario para el análisis e interpretación de la norma y doctrina correspondiente, respondió a una concepción donde se exalta el valor del Derecho Positivo, esto es, las normas escritas; consiste en un estudio directo y analítico de los textos especializados considerando las diversas normas requeridas para el presente estudio.

Este método jurídico permite la agrupación de normas que tengan un mismo fin, el conocimiento de la estructura de la norma, el análisis de la estructura en cuanto a los requisitos, elementos, efectos y la explicación de la naturaleza jurídica.

b. Interpretativo

Relativo a los instrumentos interpretativos para formular y justificar una investigación. Se utilizó este método al momento de analizar la normatividad y los documentos existentes, verificando de estos guarden relación con el objeto de estudio; igualmente, por medio de este método se logró arribar a las conclusiones de la investigación.

El método interpretativo fue imprescindible en esta investigación ya que se analizaron normas del ámbito nacional e internacional que

⁵ Citados en *Investigación cualitativa*. Ubicado en la web: http://epistemologia-doctoradoune-rmb.bligoo.es/media/users/16/812365/files/142090/INVESTIGACION_CUALITATIVA.pdf

permitió identificar el sentido de estas en relación al tema desarrollado, lo que nos permitió obtener el resultado de nuestra investigación sustentado en la realidad comparada.

c. Dogmático

Tiene por objeto integrar el material positivo o derecho positivo sobre el que van a operar los conceptos jurídicos, para luego fijar en principios generales o dogmas que van a señalar las líneas dominantes del conjunto en forma inductiva o deductiva, permitiendo comprender el contenido de la doctrina y de las instituciones jurídicas relacionadas con el tema propuesto.

Los dogmas jurídicos se extraen de las normas jurídicas positivas mediante la abstracción y siguiendo operaciones lógicas que le atribuyen al método dogmático un carácter sistemático.

1.9.4. Unidad de Análisis

La Unidad de Análisis estuvo constituida por los artículos 1321, 1762, 1969 y 1970 del Código Civil, el artículo 288 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; los sistemas de protección aplicados en algunos países de Europa y América y resoluciones resultantes de los procedimientos administrativos en los cuáles se han aplicado sanciones a los abogados por haber incurrido en faltas pasibles de la aplicación de medidas disciplinarias, así como resoluciones judiciales desfavorables por una defensa inadecuada o deficiente, en las cuales se ha aplicado una sanción al abogado patrocinante.

En cuanto a las resoluciones antes mencionadas, tienen carácter meramente

referencial puesto que se trata de una investigación de tipo no experimental, como se señaló, de naturaleza teórica en la que las fuentes documentales nos brindaron un alcance de la realidad sobre la problemática investigada.

1.9.5. Técnicas de acopio de la información

Dado que nuestra investigación fue de tipo cualitativo, se utilizó como instrumento fundamental el análisis documental, para recolectar información pertinente a nuestras categorías de estudio; para ello el acopio de la información se efectuó a través de fuentes primarias y secundarias, clasificadas de acuerdo a la importancia de nuestro análisis documental:

A. Fuentes primarias:

- a. Normas jurídicas vigentes
- b. Normas administrativas
- c. Doctrina y teorías
- d. Resoluciones judiciales y administrativas

B. Fuentes secundarias:

- a. Bibliografía respecto a la responsabilidad civil, contratos, Derecho Constitucional, Derecho Civil, etc.
- b. Fuentes virtuales
- c. Artículos científicos, etc.

1.9.6. Procesamiento de datos

En vista de que el trabajo de investigación fue esencialmente teórico, se utilizó el análisis del contenido y la hermenéutica, para realizar una apreciación cualitativa, analítica y descriptiva de los hallazgos obtenidos y a

partir de ello proponer una solución al problema planteado. Además se contó con una unidad de análisis consistente en resoluciones sancionadoras, que si bien no se apreciaron estadísticamente, nos permitió tener un panorama real de la problemática investigada.

1.9.7. Aspectos éticos de la investigación

En tanto que se tomaron como muestra algunas resoluciones judiciales y administrativas en las cuales se han sancionado a los abogados por un actuar doloso o negligente en la defensa, teniendo en consideración que ya han sido sancionados, se les preservó su identidad ya que la finalidad principal es identificar los casos más no a las personas que hayan sido ya sancionadas; por otro lado, se tuvo en consideración la reserva de la información obtenida, toda vez que los abogados sancionados se encuentran en ejercicio de la profesión.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. Antecedentes teóricos de la investigación

Sobre responsabilidad civil contractual se ha escrito y dicho mucho; sin embargo, sobre el tema particular, se realizó un trabajo original, ya que consultadas las bases de datos de investigaciones a nivel de postgrado, no se cuenta con trabajos similares. Lo que sí abunda, como se dijo, son los trabajos relativos a la responsabilidad civil en general y la responsabilidad contractual, que en cierta medida nos sirvieron de referente conceptual; además recogimos experiencias de otros países en los que se encuentra regulado el seguro por responsabilidad civil profesional, que se encuentra orientado más bien a la protección de los profesionales frente a eventuales demandas por responsabilidad civil, apreciándose la vigencia de un sistema sustancialmente diverso al nuestro, el mismo que además se orienta a la cobertura integral de los sucesos derivados del tracto profesional a través del resarcimiento pecuniario de los daños, el mismo que no afecta al profesional, ya que éste se encuentra únicamente obligado a la contratación de un seguro y al pago de las correspondientes primas periódicas.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Fundamento iusfilosófico de la investigación

De acuerdo al enfoque moderno de la investigación jurídica, nuestra investigación se basó en el enfoque neoconstitucionalista jurídico, conocido también como antipositivista, el mismo que adopta como objeto de investigación, el modelo descriptivo de la constitución como norma, entiende un conjunto de reglas jurídicas positivas, contenidas en un documento o consuetudinarias, que son, respecto a otras reglas jurídicas, fundamentales del ordenamiento jurídico, superiores a otras reglas y les atribuye un contenido axiológico.

Metodológicamente hablando, el neoconstitucionalismo puede entenderse si se lo contrasta con el positivismo metodológico, siguiendo análisis de Bobbio, éste afirma que “es posible identificar y describir el Derecho como es, y distinguirlo por tanto del Derecho como debería ser”. Sostiene la tesis de la no conexión necesaria entre Derecho y moral e incluso la conveniencia de estudiar de esa forma el Derecho, desde un punto de vista exclusivamente interno.

Otro aspecto a destacar, y que ha señalado Gustavo Zagrebelsky, corresponde al carácter dúctil del Derecho desde esta perspectiva, los valores y principios constitucionales permiten la interpretación dinámica históricamente y pluralista, es decir, abierta a los cambios en la política constitucional y en valoración moral de la comunidad. A esta posibilidad de flexibilidad y apertura Zagrebelsky la ha denominado como una dogmática constitucional “líquida” o “fluida” “...que pueda contener los elementos del derecho

constitucional de nuestra época, aunque sean heterogéneos, agrupándolos en una construcción necesariamente no rígida que dé cabida a las combinaciones que deriven no ya del derecho constitucional, sino de la política constitucional...El único contenido sólido que la ciencia de una constitución pluralista debería difundir rigurosa y decididamente contra las agresiones de sus enemigos es el de la pluralidad de valores y principios” (2011, 17).

Identificamos por tanto nuestra investigación con este enfoque, en el que planteamos, que es lo que ciudadanos racionales con concepciones del bien distintas consideran como condiciones de cooperación social justa, presentando para ello la posibilidad de implementar el sistema de protección propuesto, el cual propende a la satisfacción de las partes frente a una contingencia de inejecución de prestaciones.

2.2.2. Paradigma de la ciencia que sustenta el problema de investigación

Es el paradigma cualitativo, pues nos centramos en el estudio del significado de las acciones humanas y de la vida social, buscamos profundizar en el conocimiento y comprensión de cómo se percibe y experimenta esta. Se buscó fijar conceptos, establecer regularidades y desarrollar el conocimiento ideográfico.

Basándonos en los principios de este paradigma, se analizó el caso concreto de la relación de los abogados con los usuarios de sus servicios legales y establecimos los lineamientos para la aplicación de un seguro profesional que cubriera las contingencias que pudieran surgir en torno al incumplimiento o cumplimiento deficiente de las prestaciones de servicio por parte de los profesionales del Derecho.

En este sentido, se debe tener en cuenta que la metodología cualitativa se refiere en su más amplio sentido a la investigación que produce datos descriptivos, a partir de observaciones que adoptan la forma de entrevistas, narraciones, notas de campo, grabaciones, transcripciones de audio y vídeo, registros escritos de todo tipo, fotografías o películas y artefactos.

2.2.3. Teorías del Derecho que fundamenta el problema de investigación

A. Teoría general del acto jurídico

Sobre el Acto Jurídico, existen muchas teorías; **las subjetivas** que contemplan a la voluntad y a la declaración como ejes de la consolidación del acto o negocio jurídico, apoyadas en el pensamiento de Savigny, Windscheid e Iering, que constituyen la posición de Francesco Ferrara, Giuseppe Stolfi etc. De otro lado, encontramos a las teorías **objetivistas** que son sostenidas por Brinz, Rudolf Henle, Friedrich Endemann etc. que concentran su atención en el tema de los efectos del acto jurídico (Ferri 2002, 93-160).

Conforme lo define el Código Civil Peruano, “el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas”.⁶ Esta constituye la definición tradicional del acto jurídico, debiendo estar presentes además, ciertos requisitos para su validez, los mismos que igualmente son enumerados por la norma antes citada como: a) Agente capaz, b) objeto física y jurídicamente posible, c) fin lícito, d) observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Este representa el elemento fundamental de la investigación propuesta, pues es la base de la relación jurídica que se genera entre el abogado y su

⁶ Artículo 140 del Código Civil Peruano.

cliente, ambos deciden voluntariamente someterse a los efectos de ésta y aceptan las condiciones en la que deberá darse.

Pero, el acto jurídico es en realidad, una noción que abarca una generalidad de conceptos, los mismos que derivan de reglas de aplicación uniforme, lo cual facilita su aprendizaje y la aplicación del Derecho; es así que se puede afirmar que la Teoría del acto jurídico, si bien se encuentra plasmada en el Código Civil, se puede aplicar a todo el derecho objetivo, trascendiendo el ámbito del derecho civil y el derecho privado, para introducirse incluso en el derecho público.

Partimos de la definición normativa que sobre el Acto Jurídico proporciona el Código Civil en el artículo 140 del Código Civil, pero es necesario esclarecer este concepto, pues debemos entender que deriva de un hecho jurídico, que, a decir de Vidal Ramírez, vendría a ser el género, siendo por tanto el acto jurídico, la especie. (2010, 463-464).

Partimos entonces de la definición del hecho jurídico, que es todo hecho susceptible de producir efectos jurídicos, pudiendo ser éste natural o humano; pero para producir efectos jurídicos se requiere de la voluntariedad humana y que se trate además de un hecho lícito; esta a su vez no resulta ser suficiente, pues se requiere además que la voluntad se ponga de manifiesto y corresponder a lo querido por el sujeto en cuanto a los efectos que pretenda lograr; por tanto, un acto jurídico se perfecciona cuando el hecho jurídico que lo genera es voluntario, lícito, con voluntad manifiesta de quien lo produce y correlacionada con los efectos que el sujeto pretende producir.

Actualmente, las modernas corrientes tienden a asimilar el concepto del “acto” en el de “negocio jurídico”, tal como lo postula nuestra legislación, oponiéndose a las doctrinas que sostienen que existen diferencias entre ellos, como el considerar al acto como un mero hecho jurídico voluntario que puede ser lícito o ilícito.

Es así que, conforme lo afirma Battista Ferri, “en las tendencias predominantes de la doctrina, la figura del acto jurídico está destinada a quedar oscilando entre el mero hecho jurídico (con el que comparte la naturaleza de presupuesto de efectos jurídicos preestablecidos legislativamente) y el negocio jurídico (por la presencia en ambas figuras, si bien con distintos papeles del elemento volitivo) (Battista 2002, 192).

En torno a los elementos del acto jurídico, se presentan:

- a. **El volitivo**, que se refiere a la voluntad privada manifiesta, que es la expresión de la autonomía privada; es requisito que se trate de una manifestación de voluntad libre y plena, es decir que esté carente de vicios, los cuales invalidan el acto. Por tanto es el primer requisito de validez del acto jurídico; debe entonces ser emanado por agente capaz, su finalidad debe ser lícita, tener un objeto jurídica y físicamente posible, también estar determinado o por lo menos, ser determinable y finalmente debe observarse la forma prescrita por la ley (Vidal 2010, 465-466).
- b. En torno a **la capacidad del agente**, podemos decir que éste podrá ser una persona natural o jurídica, la cual debe tener, en el caso de la persona natural, capacidad de ejercicio (o representación), y en el de la

persona jurídica, se hará a través de la representación, ya que se trata de un ente abstracto; en torno a él la doctrina se divide en cuanto a considerarle capacidad de ejercicio; una parte, sostiene que no la tiene y que requiere por tanto de la representación, y la otra moderna sostiene que es precisamente a través de sus órganos estatutarios que las personas jurídicas ejercen su capacidad.

- c. En cuanto a **la posibilidad física y jurídica del objeto**, suele confundirse con el elemento material del acto jurídico, sobre todo en los de carácter patrimonial; sin embargo, cabe aclarar que el objeto del acto jurídico comprende tanto el contenido patrimonial, como el que no tiene ese contenido, por lo que se puede definir al objeto conforme lo propone Vidal Ramírez, “como la relación jurídica a la que el acto jurídico da creación, o la que regula, modifica o extingue, conforme la misma noción incorporada al artículo 140” (Vidal 2010, 466).
- d. Es pertinente además entender a la relación jurídica que da origen a través del acto jurídico, como aquel conjunto de deberes, derechos u obligaciones que nacen de la manifestación de voluntad y se modifican, regulan o se extinguen por ella.
- e. Debemos referirnos también a la **finalidad**, la cual debe estar arreglada a ley, para cumplir la exigencia de ser lícita y finalmente a
- f. **La forma prescrita**, es decir, que debe ser establecida conforme a lo dispuesto por el ordenamiento legal vigente.

Uno de los grandes inconvenientes que presenta el acto jurídico, es sin duda el de su interpretación, y sobre esto debemos mencionar que se trata de la correcta atribución del sentido de las manifestaciones de voluntad que lo contienen, ya que los actos jurídicos, por lo general, están compuestos de una serie de cláusulas que recogen lo querido por las partes, por lo que se precisa de una actividad lógica de pensamiento, que dé como resultado buscar y fijar el significado de las expresiones de voluntad, sin modificar su real sentido.

Estos actos de interpretación, sin duda, serán necesarios en tanto la expresión oral o escrita de las manifestaciones de voluntad, presenten cierto grado de dificultad en su comprensión y tanto más, si se trata de expresiones oscuras o ambiguas.

Si bien, nos hemos referido a la manifestación de voluntad como el ejercicio de la autonomía privada, es conveniente que, a la luz de lo que refiere Emilio Betti, recordemos que “autonomía” significa actividad y potestad de darse un ordenamiento, de ordenar; entonces, la autonomía de un ente puede ser reconocida sobre todo como fuente de normas, destinadas a formar parte integrante del mismo ordenamiento jurídico que la reconoce y que realiza a través de ella una suerte de descentralización de la función generadora de normas; asimismo, puede ser reconocida como presupuesto de relaciones jurídicas, previstas o reguladas con antelación. Conforme lo afirma, es aconsejable una especial cautela cuando se considera la autonomía que los particulares manifiestan cada vez que dictan reglas para sus propios intereses en las relaciones recíprocas y mucho menos reconocer

que éstas facultades se puedan equiparar a las funciones y poderes estatales.

Pese a esto, “no está llamada a crear ni a integrar una norma jurídica, sino únicamente a realizar las hipótesis de hecho de normas existentes, dando vida y desarrollo a relaciones del tipo que las normas prevén y disponen” (Betti 1958, 1560). Por tanto, la autonomía privada regula las relaciones en las esferas de intereses privados, las cuales son vinculantes para sus propios intereses; con las restricciones y condiciones que las normas establecen, las cuales podríamos afirmar, son el orden público, la moral y las buenas costumbres.

La jurisprudencia existente define por ejemplo, los actos jurídicos como creadores de situaciones o relaciones jurídicas determinadas entre sus celebrantes, a su vez, dichos actos pueden ser objeto de invalidación cuando les falta el consentimiento o alguno de los requisitos esenciales que prescribe el artículo 140 del Código Civil.⁷

B. Teoría general de las obligaciones

Las obligaciones se enmarcan en el basamento de los derechos personales, y estas nacen antes que el derecho personal, debido a que solo se puede exigir a una persona en virtud de una obligación. (Cisternas y Pastorini 2005, 1).

La obligación es un vínculo jurídico entre dos o más personas

⁷ Casación N° 2068-1999- Cuzco, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 02 de mayo de 2002, p. 695.

determinadas, que coloca a una de ellas en la necesidad de dar, hacer o no hacer una cosa respecto de otra. Es decir la obligación crea derechos personales y su respectiva obligación.

Las obligaciones son importantes en el Derecho Civil porque el ejemplo típico del acto jurídico es el contrato y el derecho de las obligaciones se extiende a todos los actos jurídicos reglamentados por el Código; basada en las relaciones de intercambio, necesarias para la satisfacción de necesidades mediante la cooperación ajena, intercambio que puede darse sobre bienes (cosas), de bienes por servicios o de servicios exclusivamente. De esta manera surgen el mercado y los agentes económicos, y es en este mecanismo en el que se presentan las relaciones llamadas obligatorias, encargadas de regular las operaciones de las personas con los bienes o servicios.

Sin embargo, para que las relaciones de intercambio se encuentren bajo el ámbito del Derecho, éstas deben cumplir una serie de requisitos que el Estado impone, lo que posteriormente se traducirá en protección que éste brindará a aquellas que cumplan con los mencionados requisitos.

Entendamos nuevamente que, la relación jurídica, conforme la define Díez Picazo, es “la relación jurídica establecida entre dos o más personas, dirigida a que una de ellas obtenga determinados bienes y servicios mediante la cooperación de la otra, o bien de intercambio recíproco de bienes y servicios mediante la recíproca cooperación” (1986, 391).

Entonces, la relación obligacional es una relación jurídica entre dos o más personas, que se genera por la necesidad y voluntad de obtener

determinados bienes y servicios a través de la cooperación recíproca para la satisfacción de necesidades. Cuando esta relación adquiere “juridicidad” es cuando, conforme lo recalca Barchi Velaochaga, los agentes pueden exigirse mutuamente el cumplimiento de lo prometido (2010, 15). Es el enlace que existe entre el acreedor y el deudor, por el cual el deudor debe cumplir – ejecutar una prestación a favor del acreedor y éste adquiere el derecho – facultad de exigir al deudor el cumplimiento de la prestación, pues en caso de incumplimiento tiene expedito su derecho de exigirlo en la vía correspondiente.

Por otro lado, la relación obligacional es una relación jurídica intersubjetiva, cuyo contenido puede ser patrimonial, y lo es en la mayoría de casos; en ella se produce como se ha dicho, actividades de cooperación y reciprocidad entre las partes y se traduce en el intercambio de bienes y servicios de naturaleza económica; entonces, es función del Derecho de Obligaciones, el procurar que estos intercambios se produzcan de manera segura, proporcionando para ello, un conjunto de normas y mecanismos que cumplan con esa función.

La doctrina señala que esta labor se cumple efectivamente por medio de dos tareas: a) reduciendo costos de transacción y b) asegurando el cumplimiento de las prestaciones; estas tareas son descritas de la siguiente manera:

a. Reducción de costos de transacción

Reduciendo las complicaciones y complejidades innecesarias, que no serían sino costos adicionales que dificultan el intercambio.

Suministrando reglas de aplicación para el caso de contingencias no previstas por las partes.

b. Asegurar el cumplimiento

El derecho de obligaciones tiene como objeto el cumplimiento de las relaciones obligatorias, puesto que de lo contrario se estaría disuadiendo el intercambio; se asegura el cumplimiento proporcionando medios para el caso de lesiones al crédito (Barchi 2010, 21).

En relación a la clasificación de las obligaciones, podemos decir que se distinguen como: 1) Obligaciones de dar, 2) Obligaciones de hacer, 3) Obligaciones de no hacer, 4) Obligaciones alternativas o facultativas, 5) Obligaciones divisibles e indivisibles, y 6) Obligaciones mancomunadas y solidarias.

Se debe tener en cuenta además los efectos de las obligaciones, como sería la transmisión, la cual se produce como forma de garantizar su cumplimiento, se traslada a los herederos del obligado, quienes tendrán que satisfacer las obligaciones con los bienes que conforman la masa hereditaria mientras que la herencia permanezca indivisa; y cuando se haya partido, cada heredero responderá por las obligaciones de su causante en proporción atribuible a su cuota hereditaria.

Otro efecto a considerar es la posibilidad que el acreedor obtenga acciones y derechos como consecuencia de las obligaciones, establecido en el ordenamiento como un mecanismo de tutela de los créditos; pero además se regulan otros mecanismos como serían, según Giovanni Priori (2010, 326-333):

- i) Emplear las medidas legales a efectos de que el deudor le procure aquello a que está obligado.
- ii) Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro a costa del deudor.
- iii) Obtener del deudor la indemnización correspondiente.
- iv) Ejercer los derechos de su deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa.

Cisternas y Pastorini definen la Teoría general de obligaciones como el conjunto de principios y reglas que sirven para determinar el concepto de obligación, sus diferentes elementos, sus características, sus fuentes, sus diferentes clases sus modos de extinción y sus medios de prueba.

C. Teoría de los contratos

En la Teoría general de los contratos existe el principio de la autonomía de la voluntad, es decir, aquellas posibilidades de que las partes puedan contratar libremente y de la mejor manera que convengan, siempre y cuando no contravengan normas jurídicas o de orden público, así como los principios generales del derecho.⁸

⁸ Existen los contratos de adhesión en los que no se da la autonomía de la voluntad como los que serían los de suministro de energía eléctrica, el de teléfono, etc. pues quien contrata sólo se adhiere a lo ya previamente establecido.

En nuestro país, son exponentes de la teoría contractual, Manuel de La Puente y Lavalle, Max Arias Schreiber Pezet, Luis Echeopar García, José León Barandiarán y entre los extranjeros resulta innegable reconocer los aportes de Francesco Messineo, Luis Diez-Picazo, los hermanos Mazeaud, etc.

El contrato es, conforme lo establece nuestra legislación, una fuente de las obligaciones y por tanto, obedece a un acuerdo entre dos o más partes que se destina a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial; así descrito se constituye fundamentalmente en un acto jurídico, y es que el contrato, parte de ser un acto jurídico generador de obligaciones entre las partes que lo suscriben, siendo el carácter de estas principalmente patrimonial. En torno a la definición contenida en nuestra codificación civil.⁹

De la Puente, citando a Andrea Belvedere, indica que se trata de una definición del instituto contractual, asimilable a la definición nominal, pero que no abarca el contrato en todos sus aspectos, pues falta la referencia a los otros elementos distintos del acuerdo, como lo son la causa, el objeto y la forma, que solo se presentan en el artículo 1325 del Código Civil¹⁰, que establece cuáles son los requisitos del contrato (De la Puente 2010, 17-21).

Cuando se habla de contratos, necesariamente se debe tener en cuenta las fases de formación del contrato en las que se observa la presencia de una

⁹ Artículo 1351 del código Civil Peruano.

¹⁰ En alusión al Código Civil Italiano

voluntad interna, que constituye el lado interno del consentimiento que es lo que las partes desean individualmente para obtener en el contrato, y está presente incluso antes de la fase de la negociación, en la propia negociación, los contratos preparatorios, la etapa de concreción del contrato y la de ejecución del mismo; dentro de estas etapas es importante destacar el papel preponderante del consentimiento, el mismo que como dijimos, puede pasar por una fase interna, que representa el querer de las partes y la fase externa o de manifestación, que se puede confundir con el consentimiento. Entiéndase que el consentimiento no puede darse de un solo lado, sino que es necesariamente un concurso de voluntades, las voluntades de las partes deben ser coincidentes para que finalmente se pueda concretar el contrato.

Existe gran confusión acerca de la Teoría de los contratos hoy en día, especialmente en los contratos que involucran aspectos económicos; Enrique Ghersi explica esta teoría con base en tres temas principales: el análisis económico del Derecho, fundado por el profesor Ronald Howard Coase, en el que se reconcilia la economía y el Derecho siendo ello esencial para la resolución de problemas contractuales; el problema del sinalagma, en que se cree comúnmente que un intercambio, ya sea de bienes o titularidades, debe ser equivalente; siendo esto errado, ya que si surge tal intercambio las prestaciones no deben ser equivalentes; y finalmente, la relevancia económica de los contratos, en la que se determina si el incumplimiento de un contrato es perjudicial a la teoría económica o no lo es, planteando la discusión del problema del intercambio de titularidades (Ghersi 2009, Clase Magistral).

Al respecto, somos de la opinión que los contratos, en el sentido de un intercambio de prestaciones, no requiere, necesariamente de la equivalencia de estas, ya que suelen presentarse contratos en los que, si bien las prestaciones no resultan equivalentes, son perfectamente satisfactorias.

El ordenamiento jurídico peruano no recoge la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado que se postula en otros países influidos por el derecho administrativo francés, y por ende no se consagra en forma expresa un concepto de contrato administrativo como una categoría específica que potencie las prerrogativas de la administración en la ejecución de los contratos que celebra, se pueden encontrar diversas manifestaciones de potestades públicas otorgadas a la Administración, lo que demuestra que finalmente el derecho administrativo no está ausente en la regulación de la fase de ejecución de los contratos estatales (Danós 2000, 63-105).

El mismo autor manifiesta que en la evolución del régimen jurídico de la contratación estatal en el Perú, se pueden mencionar:

En el primer período que abarca hasta comienzos de la década de los 80 rigió una absoluta dispersión normativa en la materia, no existía un ordenamiento que regulase con carácter general para todos los organismos del sector público el régimen de los contratos de adquisiciones de bienes y servicios o de obra pública por parte de las entidades estatales. Las escasas reglas existentes sobre la materia, casi exclusivamente referidas a los procedimientos administrativos de selección (licitaciones, concursos

públicos), estaban establecidas en normas dispersas, principalmente de carácter presupuestario y con carácter asistemático, porque en la práctica la mayor parte de las entidades del sector público tenían sus propios reglamentos de adquisiciones. El régimen legal de las concesiones, especialmente las referidas a la explotación de algunos recursos naturales, como es el caso de la minería, solo era regulado por algunas leyes sectoriales, careciéndose de un mínimo denominador común sobre la materia.

La segunda etapa comienza en la década de los 80, con la entrada en vigencia de la Carta Política de 1979, que consagró a nivel constitucional en su artículo 143 la obligación del Estado de realizar la contratación de servicios, obras y suministros mediante los procedimientos administrativos de licitación y concurso público, con el propósito de garantizar la eficiencia y el manejo transparente de los recursos públicos.

D. Teoría de la responsabilidad civil contractual

Aquí predominan los postulados de la doctrina formalista, la lógica económica asume un papel central desconocido, como protagonista del fenómeno. La responsabilidad civil contractual vendría a ser la consecuencia o consecuencias que se aplican al incumplimiento de una obligación nacida de un contrato; implica además el cumplimiento defectuoso del mismo.

Los alcances o efectos de la responsabilidad contractual son fundamentales en la ciencia jurídica, ya que esta figura surgió en el Derecho Romano y ha trascendido hasta nuestros días debido a su

importancia en torno al establecimiento de un régimen compensatorio o de protección frente a la posibilidad de incumplimiento de los términos contractuales.

Más que hablar de teorías sobre la responsabilidad civil, debemos hablar de sistemas: objetivo y subjetivo, los mismos que están recogidos por el Código Civil vigente, específicamente en los artículos 1969 (responsabilidad subjetiva), que junto con lo normado por el artículo 1970 sostienen, conforme lo señala Fernández Cruz, la afirmación del sistema bipolar de la responsabilidad, además la culpa ha dejado de ser considerada al único criterio de selección de los intereses merecedores de la tutela resarcitoria, cumpliendo un rol diferenciado como criterio de imputación, a la par del otro objetivo de igual rango, que es el riesgo¹¹ (Fernández 2010, 54-56); además, se establece, como en el caso de la prestación de servicios profesionales, un sistema de responsabilidad limitada, en el artículo 1762;¹² según el cual, el prestador de servicios únicamente responde por daños causados por dolo o culpa inexcusable.

En su desarrollo sobre la Responsabilidad Civil en el Perú, el maestro Felipe Osterling Parodi, quien junto con Lizardo Taboada, son los más notables exponentes de la teoría de la responsabilidad civil contractual y la extracontractual, en las corrientes de responsabilidad objetiva y subjetiva; señala que la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de

¹¹ Art. 1969: El 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.

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

¹² Artículo 1762: Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable.

indemnizar los daños ocasionados a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria (principalmente contractual) o como resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional.

En el primero de los casos, es decir, cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se estaría hablando de responsabilidad civil contractual, conforme a la terminología recogida por el Código Civil peruano, mientras que cuando se trata de obligaciones que surgen de situaciones comunes, que no dependen de una relación jurídica previa, en la que no media la expresión de voluntad del obligado, y en la que además se requiere de la existencia de los requisitos establecidos por la ley; estamos frente a responsabilidad civil extracontractual.

En el ámbito de la responsabilidad civil contractual, mal llamada así en nuestro sistema jurídico que no reconoce al contrato como única fuente voluntaria de obligaciones, si bien existe y está siempre presente la antijuricidad como requisito fundamental del sistema, al igual que el concepto de daño, de relación de causalidad, de la imputabilidad y la culpabilidad; se trata siempre de una antijuricidad típica, que puede consistir en:

- a) Incumplimiento total.
- b) Cumplimiento parcial.
- c) Cumplimiento defectuoso
- d) Cumplimiento tardío o moroso (Taboada 2003, 33-34).

En el artículo 1321 del Código Civil peruano, norma fundamental en materia de responsabilidad obligacional, al igual que los artículos 1314, 1315, 1317, 1329, 1330 y 1331; podemos apreciar que en materia de responsabilidad obligacional la antijuricidad es siempre típica, pues en todas las disposiciones normativas mencionadas líneas arriba se hace referencia a la “inejecución de la obligación” aludiendo al incumplimiento tardío o moroso es decir, a lo que doctrinariamente se conoce como incumplimiento absoluto (total, parcial y defectuoso) e incumplimiento relativo (tardío o moroso).

Los requisitos de la responsabilidad civil en general son: la **antijuricidad**, que implica que la conducta del obligado se encuentre fuera de lo establecido, ya por las normas legales o por el contrato. El **daño causado**, que puede manifestarse de modo objetivo como sería el caso del daño a la persona, el daño patrimonial (lucro cesante o daño emergente), o el daño moral, que es la afectación a los sentimientos de la persona. **La relación de causalidad** que vendría a ser la vinculación entre la conducta atribuida al obligado y el daño ocasionado; y **Los factores de atribución** que son aquellos factores que le son imputables al productor del daño.

a. Antijuricidad o Ilícitud

La antijuricidad debe ser consecuencia de un comportamiento humano, sea este una acción o una omisión. El punto de origen de todo el fenómeno de la responsabilidad civil es un comportamiento, un acto humano al que se le pueda considerar como causante del daño.

La doctrina argentina distingue la antijuricidad formal de la material; la primera se identifica con la ilegalidad y la segunda con la contrariedad a las prohibiciones que surgen de los principios que sostiene el orden público: político, social y económico, las buenas costumbres, etc.

Entonces, se distingue dos tipos de antijuricidad:

- i) La antijuricidad formal: se identifica con la ilegalidad.
- ii) La antijuricidad material: se identifica con la contrariedad a las prohibiciones que surgen de los principios que sostiene el orden público.

En materia de responsabilidad civil contractual, la cuestión se presenta con bastante sencillez, dado que preexiste una obligación entre las partes y el comportamiento dañoso es el comportamiento de un deudor que contraviene su obligación y con ello viola al mismo tiempo el derecho del acreedor. Este análisis resulta sencillo, pues preexiste una obligación entre los intervinientes.

Se tiene por conducta antijurídica a la cual se opone a una disposición normativa impuesta por el ordenamiento jurídico, este igualmente se opone con el Derecho.

El significado normativo de ilicitud o de hecho ilícito no puede ser otra cosa que un concepto de síntesis para indicar una causalidad requerida por la ley para todos los hechos productivos de un daño resarcible. En el artículo 1382 del *Code* se precisa que: “Cualquier hecho del hombre que ocasione un daño a los demás, obliga a aquel por cuya culpa se ha

producido, a resarcir el daño causado” (Espinoza 2002, 68-69).

b. Daño

Es otro de los presupuestos necesarios para que surja la obligación de reparar, atendiendo a esa amplitud, el daño puede conceptuarse como la lesión de un bien jurídico, cuando el daño se origina por lesión de los bienes y derechos de la persona se le suele denominar daño moral, y se indemnizan prescindiendo que la lesión repercuta en el patrimonio del dañado.

El daño no puede ser entendido solo como la lesión de un interés protegido, por cuanto ello resulta equívoco y sustancialmente impreciso, el daño incide más bien en las consecuencias, aquellos efectos negativos que derivan de la lesión del interés protegido. En sustancia, interés lesionado y consecuencias negativas de la lesión son momentos vinculados entre sí, pero “autónomas conceptualmente, en cuanto al contenido y a la naturaleza” (Espinoza 2002, 157).

La Jurisprudencia ha reconocido de manera reiterada la obligación del resarcimiento de los daños morales en sí mismos, por lo que consideramos prudente que en materia de daños morales no es adecuado hablar de resarcimiento ni de reparación, porque en efecto se trata de daños de naturaleza inestimable; por lo que, corresponde en su caso señalar una compensación.

El daño puede ser clasificado en:

i) Daño patrimonial

Es el que recae sobre el patrimonio, ya sea en forma directa sobre las cosas que lo componen o indirecta como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma en sus derechos o facultades: así, es daño material o patrimonial directo el que sufren bienes económicos destruidos o deteriorados; y daño patrimonial indirecto; por ejemplo, los gastos realizados (daño emergente) para la curación de las lesiones corporales, o las ganancias que se frustran (lucro cesante) por la incapacidad para el trabajo sobrevenida a la víctima. Así será daño patrimonial y no moral, el perjuicio económico por las lesiones deformantes sufridas en el rostro de una modelo, o las lesiones en la capacidad física de un deportista profesional.

Son lesiones a los derechos patrimoniales siendo aplicables tanto en el campo contractual como en el extracontractual, se dividen a su vez en: daño emergente y lucro cesante, éstas lesiones son de naturaleza patrimonial o material, pudiendo ser actuales o futuros y en esencia, denotados de un menoscabo patrimonial y son susceptibles de apreciación pecuniaria toda vez que, tiene un equivalente en dinero.

ii) Lucro cesante

O *lucrum cessans*, configura la frustración de ventajas económicas esperadas, esto es, la no obtención de ganancias previstas; consiste en términos sencillos, en la renta o ganancia dejada de percibir a resacas del suceso dañosos; por ello, en el mismo ejemplo que se

precisó, el lucro cesante estará constituido por el dinero que dejará de percibir el usuario del vehículo quien lo utilizaba como medio de transporte privado. Se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado (sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito). Espinoza Espinoza, manifiesta que los intereses dejados de percibir no son lucro cesante, tampoco lo constituye la imposibilidad de mejorar los servicios por la indebida aplicación de los fondos del demandante.

La Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima, en resolución del 23 de marzo de 2001, observa que: “Nada permite establecer que los servicios que ésta presta constituyan una actividad lucrativa (en este caso, el Banco de la Nación), de modo tal que al no haberlos podido implementar mejor le haya causado un detrimento patrimonial; en todo caso la actora no ha demostrado que este perjuicio, por cualquier otra causa, se haya producido como consecuencia directa de la conducta de la demandada” (Espinoza 2002, 179)

iii) **Daño emergente**

Conocido doctrinariamente como *damnum emergens*, es el empobrecimiento del patrimonio, pérdida o detrimento patrimonial efectivamente sufridos; comúnmente se señala el ejemplo del accidente de tránsito en el que la persona que utilizaba el vehículo como instrumento de trabajo, sufre daño emergente consistente en el costo del vehículo siniestrado. Es la pérdida que sobreviene en el patrimonio

del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito, o como sostiene un sector autorizado de la doctrina italiana, “la disminución de la esfera patrimonial del dañado”.

iv) **Daño extrapatrimonial**

Son aquellos daños de disímil naturaleza no propios de la connotación eminentemente patrimonial o pecuniaria. Estas lesiones se dividen a su vez en: daño moral y daño a la persona, destacándose que contrariamente a lo que ocurre con los daños patrimoniales, en esta categoría no es posible calcular la afectación en dinero; sin embargo, como quiera que no es posible dejar sin reparación un daño extrapatrimonial, se recurre al dinero como medio imperfecto para salvar tal situación” (Espinoza 2002, 179).

La asignación de daño extrapatrimonial, sirve para designar los casos en que el daño afecta a la persona en sí misma, independientemente de que pueda también hacerlo o no al patrimonio de ésta; recae sobre el patrimonio, ya sea en forma directa sobre las cosas que lo componen, o indirecta, como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma, en sus derechos o facultades.

v) **Daño Moral**

Afecta la vida sentimental del ser humano, consistiendo en el dolor, pena o sufrimiento de la víctima, manifestando dicho estado anímico en el quebrantamiento de la paz y la tranquilidad del espíritu, existe

consenso de otro lado, en que el daño moral aborda la afectación de aquellos sentimientos considerados socialmente dignos, legítimos, y por tanto merecedores de tutela jurídica (Espinoza 2002, 179).

La autorizada doctrina argentina propugna que hay que dejar la categoría del daño moral, hay que omitirla de los códigos para sustituirla por la del daño a la persona.¹³

A nivel jurisdiccional, de manera más específica, se ha entendido como daño moral aquel “traducido en el dolor y el sufrimiento que significa someterse a tratamiento médico y quirúrgico”.¹⁴

vi) **Daño a la persona**

Comprende las lesiones a la integridad física propiamente, la indemnidad psicológica y el proyecto de vida de la víctima. Es conocido también como daño subjetivo implicando el agravio a algunos de los derechos personalísimos como la vida, la integridad física, atentados contra el honor, la libertad personal, entre otros similares. Doctrinariamente, el daño a la persona es catalogado como la lesión a su integridad física, conllevando una lesión a su aspecto o integridad psicósomática, mientras que para otros estudiosos de la materia, este daño se manifiesta en la frustración del proyecto de vida de la víctima, cobrando especial importancia esta apreciación, en razón que el ser humano, es el único que en ejercicio irrestricto de su libertad,

¹³ Mosset Iturraspe, sostiene que más allá del daño moral: el daño a la persona, en Código Civil peruano. Diez años, cit. 406. El autor afirma que “el daño moral, en primer lugar. Es absolutamente impreciso desde sus orígenes, desde su denominación, desde su comprensión. ¿Qué significa aquello de daño moral? Mentiras porque no es un daño moral, es un daño jurídico, es un daño a la vida de la relación que otro me causa.”

¹⁴ Resolución veintitrés del Vigésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, de fecha 28.08.98 (Exp. N° 1997-55729-0-100-J-CI-23°)

puede trazar su proyecto de vida conforme a cierta escala de valores por él internalizado.¹⁵

c. Relación de causalidad entre el daño y el hecho

Entre el daño sufrido y el hecho que lo causó se requiere la existencia de una relación de la cual se pueda decir que aquél es producto de este. Para un sector de la doctrina argentina, cuando hablamos de un hecho aludimos a una modificación del mundo exterior que sucede en un momento dado y en cierto lugar, con la intervención de personas y cosas que constituyen los elementos actuantes; sin embargo cada hecho no es sino un eslabón en una cadena causal en la que se suceden inexorablemente hechos que son antecedentes de aquel y hechos que son su consecuencia (León 2007, 106). De esto se puede desprender que el objeto del nexo causal tiene doble relevancia (Enciclopedia del Diritto XI. Giuffré, Milano, 1989. 171)

- i)** Para el aspecto del evento lesivo (causalidad de hecho o fáctica), se procede a la reconstrucción del hecho a los efectos de imputación de la responsabilidad.
- ii)** Para el aspecto del daño resarcible (causalidad jurídica), se determinan las consecuencias dañosas que el responsable deberá resarcir.

La doctrina civilista, en materia de responsabilidad civil, ha mutado las nociones de causalidad que han circulado en materia penal, dentro de las principales teorías se tiene: (Espinoza 2002, 135-136).

¹⁵ Exp. N° 1997-55729-0-100-J-CI-23°).

i) Teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*

La causa es entendida como el conjunto de todas las condiciones necesarias para que se produzca un hecho. Para esta teoría es causa toda condición positiva o negativa, a falta de la cual el evento no se habría realizado, de ahí la locución *conditio sine qua non*.

ii) Teoría de la causa próxima

Esta teoría corresponde a la experiencia del *common law*, la evolución de la responsabilidad civil, que nació siendo exclusivamente subjetiva y se transformó, no sin pocas dificultades, en una responsabilidad civil que admite supuestos de responsabilidad objetiva.

Esta teoría fue utilizada por los operadores jurídicos como producto de una *policy* tendiente a proteger los intereses económicos de los dueños de las fábricas o de las empresas ferroviarias, haciendo que sean responsables (únicamente) sus dependientes como causantes directos o próximos del daño ocurrido, teniendo como consecuencia que la víctima terminaba por asumir los costos de sus daños. (Espinoza 2002, 137)

iii) Teoría de la causa adecuada

Esta teoría entiende como causa de un evento, aquella conducta que, según un juicio *ex ante*, resulte adecuada para determinar el efecto sobre la base del *id quod prelumque accidit*.

La relación de causalidad no puede agotarse en una relación de tipo naturalista entre causa y consecuencias, sino se debe conducir y resolver, en los términos de un juicio idóneo a expresar la carga de los valores, incide en la afirmación de la responsabilidad.

Al ser el nexo causal un elemento del supuesto de responsabilidad civil (objetiva o subjetiva) se puede formular la siguiente interrogante: ¿también podría configurarse en la responsabilidad subjetiva (contractual o extracontractual) la ruptura del mismo? Los supuestos de ruptura del nexo causal se pueden emplear, incluso, en la responsabilidad subjetiva. Por cierto, es en función del parámetro de la diligencia (artículo 1314 CC.) o el del descargo del dolo o de la culpa (artículo 1972 CC.) que el dañante (presunto o no) empleará en estos supuestos (Espinoza 2002, 137).

d. Factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad

Es entendida como la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona. Los factores se resumen en dos; el subjetivo (dolo y culpa), y el objetivo (realizar actividades o ser titular de determinadas situaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico considera objetivamente); es este el básico criterio legal de imputación, que se sustancia en la obligación de prever los sucesos y tomar las medidas correspondientes para evitar el resultado dañoso que originaría su acaecimiento. También forman parte de los factores de atribución, el abuso del derecho y la inequidad.

i) Culpa

De acuerdo a lo afirmado por Espinoza, “históricamente, si nos remontamos a los albores de la responsabilidad civil moderna, uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual fue la culpa, entendida como ‘el estado anímico que, con relación a un daño concreto, puede apreciarse de reprobable’. Para un sector de la Doctrina italiana, la culpa ‘no debe ser entendida como un juicio de reproche subjetivo del comportamiento (y por consiguiente del examen del comportamiento psicológico del agente y de sus dotes personales de inteligencia y prudencia); sino como la relación entre el comportamiento dañino y aquel requerido por el ordenamiento, en las mismas circunstancias concretas, con el fin de evitar la lesión de intereses ajenos” (Espinoza 2009, 287).

Debe distinguirse el elemento de imputabilidad de la culpa (como perteneciente al elemento factor de atribución), el análisis de la culpa, entendiéndose a la misma de manera objetiva, no tiene como fundamento “el componente psíquico de la conducta del autor.” (León 2007, 319).

Desde otra perspectiva, se entiende por culpa, a la “creación de un riesgo injustificado, y para evaluar si ese riesgo es justificado o no, se necesitará confrontarlo con la utilidad social de la actividad a la cual éste se refiere, teniendo en cuenta el costo de la remoción de éste; cuanto más grandes son la utilidad social y el costo de remoción, tanto más lo es el riesgo justificado”.

ii) Dolo

La doctrina trata a estos dos últimos como subtipos de factores de atribución objetivos (porque no se basan en la culpa).

Este elemento contesta a la pregunta ¿a título de qué se es responsable?, vale decir, que constituye la esencia del deber de resarcir los daños a través de la indemnización.

Para la responsabilidad civil la imputabilidad o capacidad de imputación es la aptitud del sujeto de derecho de ser responsable por los daños que ocasiona, lo cual para el ordenamiento jurídico se da cuando el sujeto tenga discernimiento.

Hay que diferenciar entre imputación penal e imputación civil, la primera es a partir de los 18 años, mientras que la segunda a partir de que el menor tenga discernimiento. En efecto el artículo 458 del CC. modificado por la ley 27184, del 18 de octubre de 1999, precisa que “el menor capaz de discernimiento responde por los daños y perjuicios que causa” (Espinoza 2002, 61).

CAPÍTULO III

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y REALIDAD COMPARADA SOBRE EL TEMA DE INVESTIGACIÓN

3.1. Sustento constitucional de la investigación

Reconocemos que la Constitución no solo es una norma, sino que es precisamente la primera de las normas del ordenamiento jurídico, es la norma fundamental, la ley superior. Al hacer tal afirmación, debemos sustentarla en que la Constitución define el sistema de fuentes formales del Derecho, es decir que se constituye como el marco dentro del cual se deben basar desde las ordenanzas y directivas, hasta las leyes y tratados internacionales, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución, una Ley será válida o un reglamento vinculante; es por tal motivo que se le considera como la primera de las normas de producción, es decir, “es la fuente de fuentes”. Debe reconocerse también en la Constitución, aquella norma permanente o perdurable (en la medida de lo posible), ya que esta característica le confiere la posibilidad de constituirse como referente sobre el cual se basa todo el sistema jurídico del país, ya que los principios que ella recoge y su propia estructura la coloca en una posición de superioridad sobre las demás normas.

Considerando entonces que la Constitución es no solamente la norma

fundamental, sino también el marco normativo por antonomasia; debemos tener en cuenta los principios a los que nos referimos y los aspectos regulados por ella que se encuentran involucrados en el tema de nuestro trabajo, y de esta manera sustentar el mismo en la “fuente de fuentes”, de manera que al pretender la implementación de un sistema de protección para los usuarios de los servicios de los abogados diferente al ya establecido, la propuesta sea compatible con las normas constitucionales y encuentre el respaldo que esta brinda.

La jurisdicción constitucional es aquella parte de esta disciplina que, teniendo como presupuestos la supremacía jerárquica de la Constitución sobre cualquier otra norma del sistema jurídico y la necesidad de someter el ejercicio de la fuerza estatal a la racionalidad del derecho, se ocupa de garantizar el pleno respeto de los principios, valores y normas establecidas en el texto fundamental. (García 2002, 1).

Dentro de la jurisdicción constitucional es donde se ejerce la actividad del control constitucional. Por ende, viabiliza la utilización del conjunto de procesos que permiten asegurar la plena vigencia y respeto del orden constitucional, al cual se encuentra sometida toda la normatividad que emane de los poderes constituidos y la conducta funcional de sus apoderados políticos.

Dicha tutela, como advierte Pablo Lucas Murillo de la Cueva, necesariamente se revierte en la protección de los derechos fundamentales de la persona; más aún, como afirma el propio Murillo, tal actividad contralora implica la culminación del Estado de Derecho, en la medida que constituye la máxima expresión del proceso de justificación y racionalización de la vida política. (Citado por García Toma 2002, 1).

La jurisdicción constitucional solo cobra sentido plenario en el seno del Estado de Derecho, ya que este último tiene como objetivos verificar la consagración de la seguridad jurídica en la relación entre gobernantes y gobernados; el eliminar cualquier rastro de arbitrariedad en el funcionamiento del Estado; el asegurar el sometimiento de este al derecho; y el velar por la afirmación de los derechos de la persona.

En este sentido, corresponde incorporar a nuestro análisis, lo regulado respecto a la libertad de contratación, porque con nuestra propuesta se introduce a la relación jurídica nacida de la contratación de servicios profesionales de los abogados, mecanismos de protección que, aplicados a estas relaciones, permiten cubrir contingencias surgidas por la indefensión, defensa deficiente o negligente de los abogados.

En cuanto a la autonomía privada o libertad de contratación, es el derecho que tienen las personas para decidir celebrar contratos y con quién hacerlo, así como la libertad para determinar el contenido de los mismos. Por consiguiente, las personas son libres para negociar la celebración de sus contratos (libertad de contratar) y las condiciones, limitaciones, modalidades, formalidades, plazos, y demás particularidades que regirán la relación jurídica creada por el contrato (libertad contractual). Esta libertad de contratación es un derecho fundamental de la persona reconocido por la Constitución Política en el inciso 14) del artículo 21 y garantizado también por el artículo 62 del texto constitucional.

No obstante, la autonomía privada no es irrestricta o ilimitada; ella actúa dentro del marco legal que el Estado, en aras del bien común, ha establecido a efecto de

que los particulares se relacionen jurídicamente; la propia Constitución Política señala que es lícito celebrar toda clase de contratos siempre que no se contravengan leyes de orden público (inc. 14) del artículo 2); por su parte, el Código Civil también impone como límites de la libertad de contratación de las personas a las normas que interesan al orden público, a las buenas costumbres (artículo V del Título Preliminar), así como las normas legales de carácter imperativo (artículo 1354).

Por otro lado, tendremos en cuenta lo normado en relación a la libertad de trabajo, porque en el ejercicio profesional, los abogados cuentan con el respaldo constitucional y la protección a la actividad que realizan, entendiendo a la libertad de trabajo como aquella actividad no obligatoria que se ejerce con sujeción a la ley.

Considerando que los litigantes son usuarios de los servicios de los abogados, debemos ocuparnos también de los derechos de los que gozan tanto los consumidores, en este caso de los usuarios, frente a los proveedores de bienes o servicios, la normatividad constitucional que los ampara y las normas especiales que han sido establecidas para tutelar sus derechos.

El contenido de nuestra propuesta, en cuanto a su efectividad y materialización, establece la necesidad del concurso de los Colegios de Abogados, quienes se constituirían como entes de retención de los aportes de los profesionales y quienes además se encargarían de administrar los fondos mediante la implementación de un sistema de seguro que establezca coberturas y fije el pago de primas.

Resulta conveniente también, recordar que en nuestro país, ante el incremento de los casos de negligencia médica y el incremento del riesgo en la práctica de esta

profesión, se intentó, con poco éxito, la implementación del llamado “SOAT médico”, propuesta que lamentablemente no prosperó en el legislativo debido al conflicto de intereses que evidentemente se puso de manifiesto a través del gremio médico y provocó el fracaso de la propuesta legislativa; por su cercanía con nuestra propuesta, en este acápite también nos ocuparemos de los criterios que fueron adoptados tanto en el planteamiento legislativo, como en la oposición de sus detractores.

Asimismo, es preciso tener en consideración que los contratos preparatorios regulados por el Código Civil son, el compromiso de contratar y el contrato de opción, regulados en los artículos 1414 y 1419 respectivamente. El compromiso de contratar es el contrato por el cual ambos contratantes se obligan a celebrar en el futuro otro contrato, que será el definitivo, cuyos elementos esenciales se encuentran en el contrato preparatorio; asimismo, deberán estipular el plazo de vigencia del compromiso y las condiciones para su celebración, de ser el caso. La Corte Suprema¹⁶ a fin de distinguir un contrato preparatorio de compromiso de contratar de un contrato definitivo de compraventa, ha señalado que "el compromiso de contratar un contrato definitivo de compraventa, crea la obligación de celebrar este contrato, el cual, a su vez, genera la obligación de transferir la propiedad de un bien y la obligación de pagar su precio en dinero", agregando que "el pago de una parte del precio importa la ejecución del contrato definitivo, por cuanto en el contrato preparatorio sólo se determinan los elementos esenciales del contrato definitivo" y que "las partes en un compromiso de contratar un contrato definitivo de compraventa no se denominan comprador ni vendedor". Ante el incumplimiento de cualquiera de los contratantes en celebrar

¹⁶ Ver Sentencia de Casación N° 1751-97-Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 9 de diciembre de 1998, p. 2187.

el contrato definitivo, nuestro Código Civil faculta al contratante perjudicado a exigir judicialmente la celebración del contrato o solicitar se deje sin efecto el compromiso de contratar, todo ello, sin perjuicio de la correspondiente indemnización por los daños causados (Oré 2007,167).

Así por ejemplo, en el contrato de opción de la compraventa de un bien inmueble deberán incluirse las cláusulas relativas a la determinación del bien y su entrega, el precio y la forma de pago, entre otras. El ordenamiento jurídico también permite que el contrato de opción, cuando recaiga sobre bienes inmuebles, pueda inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble de los Registros Públicos, con lo cual la parte contratante, titular del derecho de opción, tendrá preferencia sobre todo derecho real o personal que recaiga sobre el bien materia del contrato preparatorio de opción y que se inscriba con posterioridad, lo que, desde luego, otorga mayor seguridad a las partes contratantes.

3.1.1. Derecho de contratación

Conforme a lo establecido por el numeral 14) del artículo 2, toda persona puede contratar con fines lícitos, a condición de que no se contravengan las leyes de orden público¹⁷; en consecuencia, la libertad de contratar sólo está subordinada a que el fin u objeto del contrato sea lícito y siempre que el contenido de la relación contractual no sea contrario a leyes ni al orden público.

Para De la Puente, este artículo se descompone en dos proposiciones: que toda persona tiene derecho a contratar lícitamente (colocando una barrera a la libertad de contratación), según dice “porque el contrato no puede

¹⁷ Así lo establece el artículo 2 numeral 14 de la Constitución Política del Perú.

exceder tal límite”, y la segunda que el derecho de contratar no debe contravenir el orden público.

Respecto del primer aspecto planteado, debe concordarse con lo establecido en el artículo 2 inciso 24) de la Constitución, por el cual toda persona tiene derecho a la libertad, cuya consecuencia es que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni está impedido de hacer lo que ella no prohíbe; por lo que a la persona se le permite actuar según su libre albedrío, respetando el ordenamiento jurídico.

En este postulado se consagra la libertad de contratar como la concedida a las personas para que, de común acuerdo, puedan crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales entre sí.

De este modo, se afirma que el contrato es el producto de 2 poderes, el particular (autonomía privada), que decide lo relativo a la formación del contrato y el poder del Estado, que limita al poder particular para que discorra solamente dentro del campo de la licitud (De La Puente 2005, 162).

En torno al segundo aspecto, se tiene que contratar dentro de lo dispuesto por las leyes de orden público, en torno a lo etéreo que suele ser el concepto, De La Puente sugiere que se modifique el inciso para que únicamente se refiera al derecho de contratar “con fines no prohibidos imperativamente por la ley” (De la Puente 2005, 165).

Concurriendo a la Jurisprudencia del Tribunal constitucional, ésta refiere que “este artículo reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. Por consiguiente y

a despecho de lo que pueda suponer una conclusión apresurada, es necesaria una lectura sistemática de la Constitución que acorde con lo citado, permita considerar que el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances, incluso, no sólo por límites explícitos, sino también implícitos a la contratación, conforme a la norma pertinente, son la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público. Límites implícitos en cambio, serían las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos. Asumir que un acuerdo de voluntades, por más respetable que parezca, puede operar sin ningún referente valorativo, significaría no precisamente reconocer un derecho fundamental, sino un mecanismo de eventual desnaturalización de los derechos...”¹⁸

Se sugiere que, a través de la interpretación sistemática, se distinga entre los límites explícitos (que son los referidos expresamente en el artículo, sea licitud y orden público) y los implícitos, que se describen como los relativos a derechos indisponibles para el Estado y los particulares.

Por otro lado, se señala que “El derecho a la libre contratación establecido en el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución, ha sido enunciado por este Tribunal como (...) el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo – fruto de la concertación de voluntades – debe versar sobre bienes o intereses que

¹⁸ En el fundamento jurídico 3 de la Sentencia del Exp. 2670-2002-AA/TC.

poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público”.¹⁹

En una descripción puntual de lo que esto significa, el Tribunal establece lo que se debe considerar como este derecho de contratar, partiendo de las garantías que este implica, refiere:

“Tal derecho garantiza, *prima facie*:

- a) Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante.
- b) Autodeterminación para decidir de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual.

Estos elementos constituirían en abstracto, el contenido mínimo o esencial de la libertad contractual; desde esta perspectiva, no formaría parte de dicho contenido el medio de pago a través del cual la obligación contenida en el contrato deba cumplirse de modo que tocará ahora determinar si tal limitación resulta justificada para alcanzar un fin constitucionalmente relevante”.

Consecuentes con el deber de interpretar sistemáticamente lo normado por la Constitución, debemos volver la página hasta el artículo 62 en el cual se contempla que el Estado ha de garantizar “...que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato...”²⁰. Además propugna que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones, asimismo, que los conflictos derivados de la relación

¹⁹ En el fundamento jurídico N° 8 de la sentencia del Exp. 0011-2004-AI/TC.

²⁰ Revisar el artículo 62 de la Constitución Política del Perú.

contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Estableciendo con ello que son los propios contratantes los que deben establecer los términos de la contratación y los mecanismos de solución de los conflictos.

Según Walter Gutiérrez “...los conceptos de libertad de contratación y de contrato no pueden estar desligados de la operación económica que entraña toda relación contractual. En el fondo, todo contrato es un acto de mercado, un acuerdo que las partes adoptan sobre su economía una decisión libre sobre su patrimonio.

El contrato es en esencia una decisión económica y cualquier cosa que se diga sobre él deberá tener presente esta realidad” (Gutierrez 2005, 851).

Refiere además que “la autonomía privada es el principio de autoconfiguración de las relaciones jurídicas de los particulares conforme a su voluntad. La autonomía privada es una parte del principio de autodeterminación de las cosas que, según la Constitución alemana es un principio del ordenamiento jurídico y el valor que con él debe realizarse está reconocido por los derechos fundamentales...”, lo que en nuestra Constitución está reconocido mediante la expresión de que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”, al respecto también la Constitución deja en claro que en materia económica, la iniciativa privada es libre, debiendo interpretarse el favorecimiento de la aplicación del régimen económico (Gutierrez 2005, 851).

Según se indica, la libertad de contratación la componen dos libertades:

A. Libertad contractual o de configuración, referida a la determinación del contenido del contrato e incluye las siguientes facultades:

- a. Decidir el tipo de contrato, tarea que resulta del consenso entre las partes y por la cual pueden elegir entre la vasta gama de contratos, nominados e innominados, la forma que más se ajuste a sus necesidades y expectativas respecto de la relación jurídica que ha de nacer.
- b. La forma de contrato
- c. Para determinar el objeto del contrato, vale decir, el conjunto de obligaciones que adoptarán las partes.
- d. Para decidir la jurisdicción que eventualmente resolverá los conflictos generados por la ejecución e interpretación del contrato, la misma que deberá ajustarse a los intereses de las partes.

B. Libertad de contratar o de conclusión, facultad que se traduce en la posibilidad de que una persona celebre o no un contrato y si finalmente decide contratar, determinar con quién lo hace.

Sin embargo, la libertad de contratación enfrenta ciertos límites, los mismos que podrían interpretarse como un contrasentido frente a la libertad proclamada ya que, según la modalidad contractual, las partes deben ajustar sus prestaciones y obligaciones a las preestablecidas en los a) contratos sobre servicios públicos, b) contratos reglados, c) contratos masivos, d) contratos forzosos (entre los que se contaría el contrato de seguro profesional que se propone), formas estas que contienen de

antemano el conjunto de cláusulas a las cuales el contratante debe tratar, al llamado contrato forzoso, el mismo que goza de un amplio debate doctrinal, dentro del cual incluso se niega la posibilidad de llamarlo contrato, ya que es el que ocurre por mandato legal; también se puede mencionar a los contratos reglados, dictados o reglamentados, en los cuales también se observan limitaciones a la autonomía privada. Y en la cumbre de la limitación los contratos a cláusulas generales, que exigen únicamente la firma del adherente sin la posibilidad de que él modifique lo ya estipulado.

Es por tanto menester que se tenga presente que la libertad de contratación consagrada en la Constitución, encuentra una sensible regulación en el tráfico contractual de nuestros días, con la presencia de la contratación en masa y con los casos en que se hace necesaria la intervención del Estado para conseguir el equilibrio de intereses.

Podemos por tanto afirmar, que el problema de la libertad de contratación se manifiesta a través de las restricciones que se les imponen a los particulares, por lo que es fácil concluir que no existe libertad de contratación absoluta, y que por otro lado, los límites establecidos se consideran como la expresión de los derechos que se reserva el Estado frente al poder económico de ciertos actores del mercado y aquel, entonces la libertad de contratación, sigue siendo el principio básico inspirador de la contratación en el Perú.

3.1.2. Sobre los derechos de los consumidores

En su artículo 65 la Carta Magna establece la protección del Estado a los

intereses de los consumidores y usuarios, partiendo de la garantía que presta sobre la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. De igual forma, se compromete a velar por la salud y la seguridad de la población.

Al respecto Juan Espinoza (2005, 897), recogiendo la definición que acoge Alpa, señala que “el consumidor, entendido como aquel que no hace comercio ni desenvuelve una profesión funcional al intercambio de bienes, ha dejado de ser el aislado comprador en un mercado local de modestas dimensiones y se ha transformado en un elemento de masa, objeto de campañas publicitarias y de presión por parte de grupos de producción y distribución organizados”.

Se debe considerar que la “Carta Europea de protección de los consumidores”, establece que los consumidores se encuentran garantizados en los siguientes derechos:

- a. De protección y asistencia de los consumidores que se ha de materializar en un efectivo acceso a la justicia y una adecuada administración de la misma, protegiendo a los mismos de cualquier tipo de daño.
- b. Al resarcimiento del daño soportado por el consumidor debido a la circulación de productos defectuosos, o por la difusión de mensajes erróneos o que inducen a engaño.
- c. A la información y a la educación, entendido como la adquisición por parte del consumidor, de informaciones correctas sobre la calidad de los productos y de quienes los suministran.

d. A la representación a través de organismos legitimados para ello.

El ser consumidor implica entonces, participar en el proceso productivo, económico, social, político y más que de derecho de consumo, se habla del derecho de los consumidores. (Alpa 1992, 147).

En relación al artículo 65 de la Constitución, Juan Espinoza se plantea la interrogante de si es una cláusula abierta o lo es cerrada, y al contestar presenta la sentencia de la Sala Corporativa Transitoria especializada en Derecho Público, que le negó al INDECOPI la competencia de velar por la protección de los derechos fundamentales constitucionales, al establecer que esta institución debía “abstenerse de practicar publicaciones y realizar actos, inspecciones, investigaciones, procedimientos y/o imponer sanciones, que contengan o se sustenten en la calificación y regulación al libre ejercicio del derecho de contratación y determinación con quienes la demandante decida prestarles sus servicios de discotecas que brinda en su negocio” (A propósito de la intervención del INDECOPI debido a los actos de discriminación que realizaban ciertos locales abiertos al público) (Espinoza 2005, 899).

Agrega esta sentencia “que, la existencia de una política de discriminación no puede comprobarse mediante la simple constatación de la vía administrativa, sobre hechos relacionados a consumidores individuales, que no representan necesariamente la integridad de un grupo social determinado, más aun si este fenómeno social está relacionado a un derecho fundamental de la persona, que no le corresponde conocer al aparato administrador, pues de conformidad con el artículo 65 de la Constitución, la defensa del consumidor y usuario está referida al derecho de información sobre los bienes y ser-

vicios que se encuentran a su disposición en el mercado, así como a la salud y seguridad de la población, consecuentemente, tal norma no le asigna al Estado en su parte administrativa la protección de los derechos fundamentales constitucionales, que están reservados por su trascendencia, necesidad de discusión e independencia al Poder Judicial a través de sus órganos competentes, lo cual se corrobora con lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 716 – Ley de Protección al Consumidor – artículo 51 que señala que en caso de patrocinio de intereses difusos a favor de los consumidores, INDECOPI debe recurrir al Poder Judicial”.

En torno a esta decisión, el Tribunal Constitucional mediante decisión vertida en el Exp. 0008-2003-AI/TC, afirmó que: “De acuerdo a lo establecido por el artículo 65 de la Constitución, el Estado mantiene con los consumidores o usuarios dos obligaciones genéricas a saber:

- a. Garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que estén a su disposición en el mercado. Ello implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles.
- b. Vela por la salud y la seguridad de las personas en su condición de consumidoras o usuarias.

(...) Pese a que existe un reconocimiento expreso del derecho a la información y a la protección de la salud y la seguridad de los consumidores o usuarios, estos no son los únicos que traducen la real dimensión de la defensa y tuitividad consagrada en la Constitución. Es de verse que en la Constitución existe una pluralidad de casos referidos a ciertos atributos que, siendo genéricos en su naturaleza, y admitiendo manifestaciones objetivamente incor-

poradas en el mismo texto fundamental, suponen un *numerus apertus* a otras expresiones sucedáneas.

Así el artículo 3 de la Constitución prevé la individualización de ‘nuevos’ derechos, en función de la aplicación de la teoría de los ‘derechos innominados’, allí expuesta y sustentada.

El Estado a través de la Ley de Protección al Consumidor, no solo ha regulado los derechos vinculados con la información, salud y seguridad, sino que ha comprendido a otros de naturaleza análoga para los fines que contrae el artículo 65 de la Constitución. Por ello, los derechos de acceso al mercado, a la protección de los intereses económicos, a la reparación por daños y perjuicios y a la defensa corporativa del consumidor, se erigen también en derechos fundamentales reconocidos a los consumidores y usuarios.”²¹ Conforme a lo hasta ahora dicho, haciendo una interpretación sistemática entre los artículos 3 y 65 de la Constitución, se concluye que la tutela jurídica del consumidor se extiende a todos los derechos de “naturaleza análoga”, por lo que nos encontraríamos ante situaciones cerradas en las que se deben tutelar los derechos del consumidor que igual pueden atender a situaciones emergentes.

La reflexión que plantea Espinoza Espinoza, también transita por el análisis de posiciones entre el consumidor y el proveedor, aceptando una situación de disparidad entre ambos, ya que muchas veces el consumidor carece de información, por lo que se tiende a protegerlo. Se trae a colación lo dispuesto por la legislación brasilera, que reconoce como principio recogido en el

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de noviembre de 2003 en el Exp. N° 008-2003-AI/TC.

Código de Protección y Defensa del Consumidor de Brasil, al de “vulnerabilidad del consumidor en el mercado de consumo”, a la cual define como “un estado de la persona, un estado inherente de riesgo o una señal de confrontación excesiva de interés identificado en el mercado, es una situación permanente o provisoria, individual o colectiva, que fragiliza, debilita al sujeto de derecho, desequilibrando la relación. La vulnerabilidad no es pues, el fundamento de las reglas de protección del sujeto más débil, es apenas el desarrollo de esas reglas o de la actuación del legislador, es la técnica para aplicarlas bien, es la noción instrumental que guía e ilumina la aplicación de estas normas protectoras y re equilibradoras, en busca del fundamento de igualdad y de justicia equitativa” (Espinoza 2002, 269).

Es así que se pueden identificar, según afirma Lima Marques, tres tipos de vulnerabilidad: la técnica cuando el comprador no posee conocimientos específicos sobre el objeto que está adquiriendo y por tanto, es fácilmente engañado tanto por las características del bien como en su utilidad, lo mismo ocurre en materia de servicios; la fáctica que corresponde a la desproporción fáctica de fuerzas, intelectuales y económicas, que caracteriza la relación de consumo y por último la jurídica entendida como la falta de conocimientos jurídicos específicos, conocimientos de contabilidad o de economía. De lo que se puede identificar la identidad de conceptos de vulnerabilidad técnica y jurídica con el de asimetría informativa. En ese sentido este principio de vulnerabilidad opera como una presunción a favor del consumidor, lo mismo que ocurre en el caso de la asimetría informativa ya mencionada (Espinoza 2002, 270).

Por su parte, Gutiérrez Camacho, reafirma que la debilidad del consumidor no es una contingencia, sino es más bien estructural, ya que el consumidor se mantiene al margen de la variedad y cantidad de información que se halla en manos de las empresas que actúan en el mercado, por lo que se produce la asimetría informativa, con lo que se confirma además su debilidad, tanto más cuando las empresas falsean las relaciones de igualdad en las que concurren los actores del mercado.

Evidentemente el consumidor es un contratante débil, esto, a decir de Gutiérrez Camacho, se debe, en primer lugar debido a que es un contratante ocasional, que acude al mercado para satisfacer sus necesidades o las de su entorno familiar, no lo hace como profesional, tampoco adquiere bienes o servicios para reingresarlos al mercado, sino que agota el destino del bien o servicio en su uso o consumo. En caso de que la conducta del consumidor fuera la de reingresar lo adquirido al mercado, cambiaría su condición de consumidor a la de proveedor (profesional del mercado) (Gutierrez 2005, 904).

En el devenir de sus sentencias, INDECOPI señala que la actuación de los proveedores en el mercado no es descuidada ni se encuentra librada al azar sino, más bien, es una actuación planificada y desarrollada de acuerdo con las estrategias básicas de la mercadotecnia. En otras palabras, es una actuación profesional.²²

Debe entenderse, por tanto, que el consumidor como contratante débil es una categoría, la calidad con la que el sujeto acude al contrato, se entiende

²² Véase: *Ampliación del concepto de consumidor*, En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Tomo N° 62.

que es débil, en principio, por su falta de información y formación para procesar todas las ofertas que se encuentran en el mercado lo que a su turno genera una desigualdad manifiesta en la negociación (cuando la haya), en la conclusión y ejecución del contrato.

3.1.3. Sobre la libertad de trabajo

El Estado, conforme a lo normado por la Constitución, debe garantizar el ejercicio del trabajo siempre que este se desarrolle de acuerdo a Ley, este derecho se encuentra consagrado en el numeral 15) del artículo 2 y se constituye como un derecho fundamental. Aunque esta declaración pueda parecer, en un país como el nuestro, ya que a muchos no se les está dado el poder escoger libremente su trabajo, debiendo en la mayoría de casos aceptar el primero que se le ofrezca, debe entenderse más bien que la norma constitucional lo que propugna es que el trabajo no es obligatorio, además, debe entenderse que el trabajo no es gratuito y quien efectúa una labor tiene derecho a ser remunerado por ello.

Este derecho es de los más importantes que reconoce la Constitución, y se encuentra, en nuestro caso, reforzado con lo normado en el artículo 59 de la misma Carta Magna, ya que en él se establece el compromiso del Estado como garante del cumplimiento de esta libertad que es a la vez un deber – derecho consagrado.

Es innegable la trascendencia que el trabajo tiene para la realización humana, ya que se constituye como un medio para alcanzar los fines de la persona y para el sostenimiento de la misma y de sus familias, es por tanto un medio de desarrollo de la persona, por el trabajo, los seres humanos

recurren a su esfuerzo como medio de subsistencia y para la satisfacción de sus necesidades.

Conforme lo afirma Fernando Elías (2005, 166-167), este derecho se manifiesta de la siguiente manera:

- a. Elegir el tipo de trabajo que se quiere realizar, teniendo para ello que observar las aptitudes del trabajador y su proyecto de vida, dedicación al trabajo, capacitación, riesgos en la ejecución y demás consideraciones.
- b. Cambiar el tipo de trabajo cuando lo considere el trabajador, cumpliendo previamente con lo previsto en la ley respecto de sus obligaciones con el empleador, evitando una continuación forzada o coercitiva de un contrato de trabajo a plazo fijo, cuya continuación no desea el trabajador.
- c. El oponerse a los trabajos forzosos.
- d. Que el trabajo no sea contrario al ordenamiento legal vigente, es decir que su cumplimiento no implique el infringir las normas ni el orden público.

Pero la libertad de trabajo no solo ampara el ejercicio de una actividad subordinada, sino que también lo hace sobre las actividades autónomas o independientes, ya que partimos de la idea de que la libertad, implica el escoger la actividad que se va a desarrollar, toda vez que esta servirá para proveer al individuo de lo necesario para su sostenimiento y el de su familia, por lo que no puede el Estado injerir en la elección del trabajador, asimismo, debe interpretarse como la posibilidad de que la persona elija interrumpir la actividad que esté desarrollando en atención a sus

necesidades, cuando lo estime conveniente, bajo la única condición de que cumpla con lo establecido por la ley en relación al vínculo anterior.

Nuestra Constitución también considera al trabajo (como ya lo mencionáramos), como un deber – derecho, esto se consagra en el artículo 22 de la Norma Suprema, y se le considera además como la base del bienestar social, así como un medio de realización de la persona. Esta condición le concede a este derecho la condición del más utilizado por el Tribunal Constitucional ya que se invoca en las sentencias de amparo laborales, destacando su importancia y trascendencia para la vida y desarrollo de las personas y de los pueblos.

En este sentido resulta provechoso recoger la opinión del reconocido laboralista Jorge Toyama, que en su análisis sobre este precepto constitucional, precisa que el deber de trabajo deberá ser entendido como una obligación general a los ciudadanos sin una sanción concreta, es una suerte de llamada a la participación en el interés general de la nación (Toyama 2005, 512).

Además, señala Toyama, se debe distinguir entre la libertad de trabajo, que comprende la posibilidad de toda persona de elegir, escoger las condiciones, forma y lugar donde realiza su trabajo, así como el compromiso del Estado de no interferir en la determinación de las personas; mientras que el derecho de trabajo, compromete más bien al Estado en la tarea de brindar y garantizar las condiciones de trabajo para que las personas lo puedan hacer (2005, 513).

Retornando al análisis de lo que el derecho de trabajo contiene, podemos sostener que (a la luz de lo normado y de lo resuelto por el Tribunal Constitucional), comprende: **el acceso al trabajo:** cuyo contenido concreto y exigible sería la aplicación del principio de primacía de la realidad; **el desarrollo,** del cual lo exigible sería el derecho a promociones y ascensos y **la extinción,** que permite la exigencia de la reposición ante despidos arbitrarios.

Debemos por tanto tener en consideración, que al ser las normas sobre derechos y libertades que la Constitución reconoce, necesariamente interpretadas teniendo como marcos interpretativos a la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados y acuerdos internacionales ratificados por el Perú, las normas citadas en el párrafo anterior, forman parte de la Constitución, por tanto, el derecho que se comenta está plenamente garantizado normativamente.

Debemos por recordar que con motivo de la evolución del Estado Social de Derecho y de su actuación frente a los individuos, los derechos fundamentales del ser humano se clasifican en los denominados derechos de libertad, derechos civiles y políticos, o derechos de primera generación y derechos de justicia, derechos, económicos sociales y culturales, o derechos de segunda generación.

De este modo, a fin de dar respuesta a la pregunta que hemos planteado en este punto de nuestra investigación consideramos de sumo interés la opinión que, respecto de la clasificación a la que venimos aludiendo, ha sostenido el reconocido jurista Gustavo Zagrebelsky, citado por García Pino. En su opinión, todos los derechos del hombre se sitúan en dos grandes horizontes de

la vida colectiva, ambos bastante exigentes y no fácilmente dispuestos a ceder para dejarse sitio: la libertad y la justicia. Complementa dicha idea precisando que a cada uno de los referidos horizontes corresponden dos grandes corrientes del pensamiento político moderno: el liberalismo y el cristianismo social, respectivamente:

«(...) Tomemos aquí el humanismo laico y el humanismo cristiano (...) Estas tradiciones ponen a los derechos en relación con dos valores que aparecen inevitablemente vinculados a ellas, pero cuya coexistencia está lejos de ser pacífica: la libertad y la justicia. Cabe decirlo así: el humanismo laico habla de aquellos derechos con cuya violación se frustra la pretensión de libertad del hombre; el humanismo cristiano de aquellos otros con cuya violación se frustra su aspiración a la justicia. (...) Ambas concepciones pueden hablar en nombre de la dignidad del hombre, pero mientras para la primera la naturaleza digna consiste en la libertad, para la segunda consiste en la justicia.» (García 2009, 75-77).

“La idea de los derechos como pretensiones de la voluntad o derechos de libertad concuerda con una visión «negativa» o defensiva de éstos, como instrumentos de defensa frente a la arbitrariedad del poder, como ámbitos infranqueables de autodeterminación del individuo; mientras que la idea de los derechos concebidos como aspiraciones de justicia concuerda con una visión «positiva» de ellos, como exigencias de actuación al poder, como requerimientos de intervención estatal con carácter prestacional”. (Quiñonez 2007. 78-80).

3.1.4. Sobre los Colegios Profesionales

La Constitución, como parte del capítulo II de los Derechos sociales y económicos, se ocupa de los Colegios Profesionales, describiéndolos como instituciones autónomas con personalidad de derecho público; sin embargo, no será la única mención que tendrán estas instituciones, ya que en el artículo 107 se les confiere derecho a iniciativa legislativa, en el caso del artículo 179, inc. 3, los legitima activamente para interponer recursos de inconstitucionalidad contra normas con rango de ley, de acuerdo a lo previsto en el inc. 7 del artículo 203.

Cada colegio profesional se rige por su ley de creación, sus estatutos, sus reglamentos y código de ética profesional que rige el ejercicio profesional de los Colegidos (artículo 76 del Código Civil).

Estas múltiples referencias no hacen sino confirmar la importancia que tienen los colegios profesionales como parte del Estado, son por tanto instituciones constitucionalizadas, tanto más cuando es la propia Constitución la que establece los casos en que la colegiación es obligatoria para los profesionales.

Sobre el particular, Fernando Velezmoro (2005, 498) describe a los colegios profesionales como “...corporaciones de trabajadores asociados que tienen en común un conocimiento especializado, y que, además, tienen las siguientes características que le son propias: a) Son representativos y cumplen una labor de defensa gremial, b) Promueven el bienestar social de sus socios y c) Son una garantía para el medio social, puesto que velan por el cumplimiento de normas técnicas y éticas del ejercicio profesional”.

La Constitución también les reconoce a los Colegios Profesionales personalidad de derecho público, de esta manera podría asumirse su pertenencia al aparato estatal, lo que de alguna manera se contradice a la idea de autonomía de los colegios profesionales, la cual es absolutamente necesaria, por lo que la expresión de “autonomía” que expresamente se hace a continuación excluye cualquier intervención estatal.

En su “Estudio de la Constitución”, Marcial Rubio señala que entre los rasgos que le dan contenido a la autonomía se pueden señalar: a) Que los colegios profesionales determinan autónomamente los requisitos para sus nuevos miembros. b) fijan sus propios órganos de administración y control (Rubio 1999, 191). A esto debemos agregar que efectivamente, los colegios profesionales establecen su régimen económico y se autofinancian con los aportes de sus miembros, amén de que algunos de ellos desarrollan actividades alternas en beneficio de sus agremiados, prestaciones de salud, previsionales, de recreación, etc. Todos estos atributos han aportado a la importancia de los gremios profesionales, al punto de que el Estado, a través de la Constitución, ha establecido su obligatoriedad.

Los colegios profesionales han incorporado en su organización, la elección democrática de sus directivos, la toma de decisiones consensuadas y mayoritarias, el debido proceso en los casos de procesos disciplinarios, la autoridad fiscalizadora de los miembros respecto de la gestión de las juntas directivas, el respaldo de los agremiados a través de pronunciamientos, todo ello en el marco de la libertad de asociación también protegida por la norma constitucional.

Se ha llegado a cuestionar la obligatoriedad de la colegiación para el ejercicio de ciertas profesiones, toda vez que de esta forma se estaría limitando el derecho al trabajo, sin embargo, a nuestro entender, al establecer este requisito, se ordena y formaliza el ejercicio profesional, ya que de esa manera se puede establecer cierto grado de control sobre los profesionales y un registro de los mismos, que proporciona a los usuarios de los servicios profesionales, cierta garantía frente a fraudes o suplantaciones, así como la posibilidad de sancionar la mala *praxis* a través de procesos disciplinarios internos.

En la jurisprudencia constitucional, los colegios profesionales han merecido el pronunciamiento de nuestro alto tribunal en relación a los alcances y competencias de estas instituciones de carácter gremial. En la causa N° 456-1998-AA/TC, en su fundamento jurídico 3 al referir que: “...considera que cuando el artículo 20 de la Constitución Política del Estado reconoce que **“Los Colegios Profesionales son instituciones autónomas con personalidad de derecho público...”**, no está imponiendo de manera restrictiva que los Colegios Profesionales no puedan conformar instituciones u organismos representativos entre ellos mismos ni que respecto de tales instituciones u organismos no pueda predicarse la existencia de determinadas facultades como la invocada autonomía”.

Con tales expresiones se determinan que el atributo de autonomía, la cual extiende a las asociaciones de los colegios profesionales, como lo sería la Junta de Decanos de los Colegios. Esta autonomía se viola cuando una norma legal o de rango inferior a ella pretende normar la estructura y organización de las asociaciones de colegios profesionales y no solo la de estos organismos individualmente considerados.

Por otro lado, por medio del fundamento jurídico 5, esta misma sentencia señala que: “si bien la parte demandada invoca el artículo 6 de la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia o Decreto Ley 25993, en el sentido de que a dicho sector le corresponde la responsabilidad de normar, supervisar y evaluar la función notarial, dicho dispositivo no puede ni debe entenderse como una facultad normativa abierta y general, sino tan sólo como circunscrita o limitada al ámbito de la **función notarial**, término que por cierto, no se refiere en modo alguno a **la estructura u organización de los organismos representativos del notariado**. Para este Colegiado una cosa es la función o responsabilidad, otra distinta la conformación que adopta un órgano gremial. Y así, mientras resulta plenamente legítimo que el Estado norme sobre la función notarial, ya que la misma tiene por su contenido y caracteres repercusiones al interior del mismo Estado y la sociedad, no es pertinente, constitucionalmente hablando, que regule sobre un asunto que resulta de exclusiva incumbencia de quienes conforman los Colegios de Notarios y sus órganos de representación. Corresponde entonces así declararlo, aunque conforme al fundamento tercero, solo sea para los efectos particulares del presente proceso de amparo”.

Si bien en el caso concreto se refiere a la inconstitucionalidad del artículo 6 de la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia, que señala como funciones el normar, supervisar y evaluar la función notarial, lo cual no significa, a juicio del Tribunal, interferir con la estructura organizativa de los Colegios de Notarios ni con sus órganos representativos.

El TC también considera que se violan los derechos a la asociación y a la colegiación profesional o de los representantes de un colegio profesional,

cuando se le despoja del cargo representativo en aplicación de normas inconstitucionales.

3.2. Juicio de Ponderación: Ley de Ponderación de Robert Alexy

3.2.1. Juicio de Ponderación

La ponderación, como método de resolución de controversias en sede constitucional, presupone un conflicto o una colisión entre derechos fundamentales.

En la teoría jurídica el llamado “Juicio de Ponderación” ha sido considerado como un método de interpretación constitucional dirigido hacia la resolución de los conflictos surgidos entre principios constitucionales que poseen el mismo rango y que por lo tanto, exigen ser realizados en la mayor medida posible atendiendo a las posibilidades materiales y jurídicas. (Gómez 2011, 171)

La ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que pueden presentarse entre ellos y los principios o razones que jueguen en sentido contrario. Por la ley de ponderación se asume que cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios se les puede atribuir un valor en la escala tríadica: leve, medio, intenso.

La denominada ponderación se entiende y opera en un doble ámbito en la interpretación constitucional actual. En un sentido general ponderación se opone a la subsunción; para Alexy, mientras que la subsunción ha sido analizada y clarificada en un grado considerable, no sucede lo mismo con la ponderación, sobre la que recaen numerosas críticas. La cuestión más im-

portante en torno a ella es si constituye, o mejor aún, si puede llegar a constituir un procedimiento racional.

Así, el juicio de ponderación es utilizado en la actualidad con mayor frecuencia en nuestro sistema jurídico, en forma opuesta a la subsunción que se basa en meta-reglas jurídicas para resolver conflictos entre normas, tales como “ley superior deroga a la ley inferior”, “la ley especial deroga la ley general” o “ley posterior deroga a la ley anterior”, pues cuando se trata de normas constitucionales dichas meta-reglas resultan ineficaces para la resolución del conflicto de principios constitucionales, que no puede solucionarse bajo la simple aplicación de una regla de prioridad temporal, ni de especialidad o rango, ya que existe una tensión de principios que no puede dirimirse estableciendo una prioridad absoluta de una sobre otra. (Gómez 2011, 171).

En un sentido más preciso, la ponderación es un momento, para algunos incluso un sinónimo de una técnica hermenéutica compleja, el denominado juicio o máxima de proporcionalidad o razonabilidad. Alexy y otros autores sostienen que cuando dos principios entran en colisión, uno de ellos tiene que ceder ante el otro, si bien el principio desplazado no queda invalidado ni se introduce una cláusula de excepción en él. Una relación de tensión entre principios no puede solucionarse estableciendo una prioridad absoluta uno sobre otro, ya que al menos si se trata de principios constitucionales ambos poseen abstractamente el mismo rango y exigen ser realizados en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas. (Alexy 1997, 89).

La ley de ponderación en cuanto tal, no formula ninguna pauta con cuya ayuda pudiera ser resuelta los casos; sin embargo, el modelo de ponderación como un todo, proporciona un criterio al vincular la ley de ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional. La ley de ponderación dice qué es lo que tiene que ser fundamentado racionalmente, y por tanto, para Alexy, no se trata de una fórmula vacía. (1993, 167).

En relación con los límites de ponderación, debemos señalar que no existe un criterio objetivo para determinar los valores determinantes del peso que tienen los principios en la ley de ponderación y que conforman la fórmula del peso; el peso abstracto es una variable muy singular, que remite siempre a consideraciones ideológicas y hace necesaria una postura por parte del intérprete.

En la argumentación jurídica, su importancia destaca cuando Alexy afirma que las reglas y principios de un sistema jurídico constituyen su dimensión estática, y por ende, para conocer completamente al mismo se necesita identificar su dimensión dinámica constituida por la teoría o el modo en que los juristas operan aquellas normas y justifican sus respuestas jurídicas; dicha justificación comprende la "interna o lógica" que regula las conexiones entre enunciados o premisas, pero las discusiones se centran básicamente en la "justificación externa", o sea en las razones que los juristas usan para fundarlas; la presencia de normas jurídicas no asegura la solución a todos los problemas dada la vaguedad del lenguaje, la posibilidad de conflictos normativos, la ausencia de normas o la necesidad de resolver casos contra el tenor literal de las normas; el discurso jurídico implica exigencias propias tales como: la sujeción a la ley, la consideración de los precedentes, el en-

cuadre en la ciencia jurídica y las limitaciones de las reglas procesales (Saiz 2011, 2).

El resultado de la ponderación de principio es un enunciado de preferencia sobre una relación de precedencia condicionada, del cual se sigue una regla que prescribe la consecuencia jurídica del principio que tiene preferencia cuando se dan las condiciones de preferencia; de este modo, las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente. Esta formulación es denominada por Alexy como “ley de colisión” (Alexy 1993, 90-95).

El aspecto más práctico de aplicación del juicio de ponderación se establece al resolver las cuestiones relativas a la constitucionalidad de leyes, pues aun cuando se pudiera pensar en forma apresurada que la jerarquía de normas pudiera dar solución a la cuestión de constitucionalidad, dicho método de solución resulta inaplicable en atención a que precisamente la contradicción se actualiza entre principios constitucionales y no en la jerarquía de normas, pues la ley que se tilde de inconstitucional habrá de estar reglamentando un principio constitucional y posiblemente al mismo tiempo contravendrá a otro principio del mismo rango (Gómez 2011, 172).

Con estas referencias, se puede mencionar en forma breve el método y requisitos más o menos definidos, conforme los que se lleva a cabo el juicio

de ponderación mediante el cual se evalúa el principio que deberá prevalecer:²³

A. **Fin legítimo**

Que podría explicarse como el hecho de que el motivo que implica la colisión de principios constitucionales resulte de un fin constitucionalmente legítimo que lo fundamente, esto quiere decir, que la medida de restricción que impondrá un aspecto constitucional a otro, no resulte gratuita o caprichosa, pues de lo contrario no habría forma de realizar una ponderación válida.

B. **Idoneidad o adecuación**

Que la medida restrictiva resulte adecuada para cumplir el fin legítimo, pues de lo contrario se estaría afectando o limitando un derecho fundamental sin lograr nada a cambio.

C. **Necesidad**

La medida cuestionada debe ser dentro de las alternativas posibles la que menos restrinja al derecho fundamental que se afecta.

D. **Proporcionalidad en sentido estricto**

²³ Afirmaciones del Presidente del Colegio de Profesionales en Derecho del Estado de Jalisco – México.

Se podría decir que este aspecto resulta el núcleo del juicio de ponderación y consiste en que la medida debe ser proporcional, lo que implica respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales; en nuestra opinión es en esta fase donde se da el verdadero juicio de ponderación, pues aun cuando el fin sea legítimo, la idoneidad y la necesidad resultan factores que van dando luz al juicio de ponderación, es en la proporcionalidad donde atendiendo a los requisitos previos se da el verdadero juicio de valor que habrá de determinar cuál es el principio constitucional que debe prevalecer.

En la jurisprudencia no se encuentran divergencias sensibles en punto a la calificación de la relación entre abogado y cliente, ni acerca de los deberes de conducta que al primero incumben; sin embargo, los fallos son muy divergentes en función de en qué consistió en cada caso la culpa imputada al profesional; del mismo modo que son variados los criterios adoptados por los Tribunales a la hora de determinar cuál fue el daño experimentado por el cliente, lo que lleva a encontrar sentencias en las que se condena al abogado a indemnizar al cliente, *(i)* en la totalidad del interés económico que estaba en juego en el asunto, *(ii)* el daño patrimonial sufrido por el cliente, sobre la base de un “juicio de prosperabilidad” efectuado por el propio Tribunal (en definitiva, una estimación, producto de un “juicio dentro de un juicio”), *(iii)* el daño moral sufrido por el cliente por haber visto frustrado su derecho de acceso a la justicia, o *(iv)* el daño del cliente consistente en la pérdida de oportunidad. (De Ángel Yáñez, 2008,1)

3.2.2. El Tribunal Constitucional y la aplicación de la Ley de Ponderación

En el desarrollo jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha venido marcando una posición orientadora basada en el desarrollo de las técnicas de ponderación y proporcionalidad, como métodos con una base aplicativa jurisprudencial. Nuestro supremo intérprete ha seguido parte de las ideas de Bernal Pullido y Robert Alexy, sin embargo ha introducido algunas variantes en concordancia con el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional Alemán.

Podemos citar por ejemplo el caso de Magaly Medina, como ejemplo enriquecedor en la medida que el Tribunal Constitucional desarrolla la técnica de ponderación en un proceso de habeas corpus, determinando el derecho a la vida privada frente al derecho a la información; este caso supone un juicio de adecuación o idoneidad de necesidad (a fin de determinar si no existieron medidas menos gravosas que la conducta o norma objeto de acción constitucional), y finalmente un examen denominado de proporcionalidad. En este juicio de ponderación prevalece el derecho a la intimidad.

En este caso podemos destacar:

A. El juicio de adecuación

A través de la adecuación, la conclusión a la cual se arribe debe ser lo más ajustada posible a la finalidad de la Constitución, explícita o implícitamente reconocida.

B. El juicio de necesidad

El criterio de necesidad importa la ausencia de una solución más efectiva y adecuada de la que se esté tomando. En este caso lo que se busca es elegir, entre las medidas posibles, la mejor que exista.

C. El juicio de proporcionalidad

A través de la proporcionalidad se procura que cada solución a la cual se arribe responda al objeto perseguido por la ponderación realizada.

Si bien la relación existente entre los derechos a la vida privada y a la información es una de las más clásicas en el Derecho, en muchos casos se ha dado una respuesta poco idónea a la teoría de los derechos fundamentales; así, se ha propuesto la primacía de la información en virtud de la aplicación equívoca de la teoría valorativa de las *preferred freedoms* al sistema constitucional, postura doctrinal que propendería a una jerarquía entre los derechos fundamentales; pero, de otro lado, también se manifiesta y se presencia la efectiva prevalencia de la información basándose en el efecto irradiante que posee respecto del resto de derechos. Pero no hay que olvidar que los derechos fundamentales (todos, sin excluir ninguno) están en igualdad de condiciones dentro de la Constitución. (Gaceta Constitucional N° 13, 2009. Págs. 131-145).²⁴

La razonabilidad es un estándar de control (...) Incluye, dentro de sí, tres juicios claramente establecidos: la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad, en cada uno de los cuales se debe dejar sentado si los argumentos de los recurrentes tienen, o no, sentido (Figueroa 2011, 172).

²⁴ Para mayor información ver STC 06712-2005-HC/TC. En: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712_-2005-HC.html

Según el criterio de necesidad, éste es relevante, por tanto, para evitar afectar la vida privada de una persona, que el ejercicio del derecho fundamental a la información se realice sin excesos. Y de otro lado, en pos de la optimización de cada derecho en juego, buscar que la medida utilizada permita el mejor desarrollo posible del derecho a la vida privada, tal como ha debido suceder en el presente caso.

Conforme apreciamos, existen similitudes entre el procedimiento descrito por Bernal Pulido y Robert Alexy, y el método operativo- procedimental que aplica el Tribunal Constitucional. Este último considera relevante, al igual que veremos más adelante, al analizar el principio de proporcionalidad, el desarrollo de un examen de idoneidad y necesidad de la situación o norma que es objeto de un examen de constitucionalidad.

Por la idoneidad o adecuación, asume el supremo intérprete un juicio de valoración a efectos de determinar si la acción o norma analizada, cumple un fin útil y no resulta incompatible con enunciados constitucionales. Si tal conducta o disposición no llega a satisfacer el juicio de idoneidad a aplicar en este método de la ponderación, devendrá inconstitucional o inaplicable si se trata de un proceso de tutela de derechos fundamentales. (Gaceta Constitucional N° 13, 2009).

De la misma forma, el juicio de necesidad involucra que no exista otra medida o acción menos gravosa que aquella sujeta a control de constitucionalidad; por ende, si existiere una acción u opción menos gravosa, querrá ello implicar que la conducta o disposición materia de análisis, implicará un exceso de acción incompatible con los fines constitucionales del derecho que

se pretende defender. De la misma forma, si la norma sujeta a examen de tutela resultara por demás gravosa y se hubiera podido prever por parte del emplazado una medida menos onerosa o de afectación, ello significa que no se aprobará la acción o medida en el necesario examen de necesidad, y por lo tanto, se declarará fundada la demanda. La sentencia, observamos entonces, será estimatoria, siempre que no prospere uno de los exámenes que efectúa el juez constitucional.

3.5. Responsabilidad civil y penal por negligencia profesional

Establecer medidas de prevención que permita a los usuarios de los servicios profesionales de los abogados, obtener una compensación por el daño sufrido, permite a los actores del Sistema de Riesgos Profesionales evitar posteriores consecuencias desfavorables que derivan de la ocurrencia de un riesgo profesional.

La responsabilidad civil de los profesionales es un aspecto sensible aun de debate en la ciencia jurídica contemporánea, no sólo del formante doctrinario, sino que también, y fundamentalmente, la jurisprudencia ha centrado su atención respecto a este supuesto de la provincia de la responsabilidad civil; sin embargo, la inmunidad en los supuestos de responsabilidad de los profesionales ha ido cambiando, la transformación de las relaciones sociales ha convertido al profesional en una especie de prestador de servicios y por ello, al configurarse un daño al usuario de los servicios profesionales, se pueda exigir su respectiva reparación (Espinoza, 2003. Pág. 149 y ss).

Actualmente la jurisprudencia busca la protección unitaria, preventiva e integral de la persona en sus diversas manifestaciones, es decir esta nueva visión del Derecho tiene una esencia tridimensional, y en su devenir se han ido creando instituciones como el consentimiento informado, en el caso del derecho médico; viendo estos alcances, la doctrina, jurisprudencia y legislación se ven en la necesidad de formular reglas que modifiquen o amparen la conducta de los profesionales, como resultado de la revaloración de los derechos fundamentales de profesional y usuario en las diferentes relaciones que se entablen.

3.4. Realidad comparada en materia de responsabilidad profesional

Como modelos de aplicación de la responsabilidad civil de los profesionales (tomamos como referencia a los médicos, por ser lo más recurrente), acotando que en muchos de los países se establece la obligatoriedad hacia los profesionales de la adquisición de un seguro que cubra las contingencias derivadas de la mala *praxis* o negligencia en su actuar profesional; se tiene los siguientes:

3.4.1. Modelo Francés

Se vale de la responsabilidad contractual para configurar la responsabilidad civil del profesional; en este país fue que se estableció la responsabilidad del profesional frente al cliente con obligaciones de medios.

En el caso de la responsabilidad médica se establece que:

“El verdadero contrato que se forma entre el médico y su cliente, comporta para el práctico el compromiso, si bien evidentemente no de curar al enfermo, al menos de no prodigarle cualquier cuidado, sino el cuidado

consciente, atento y, salvo circunstancias excepcionales, conforme al estado de los conocimientos científicos (...). La violación, aunque sea involuntaria, de esta obligación contractual es sancionada por una responsabilidad de la misma naturaleza”.²⁵

Este fragmento tomado como el principal fundamento de la sentencia Mercier, emblemática en Francia, en este modelo de responsabilidad civil se presenta un restringido número de excepciones.

3.4.2. Modelo Alemán

Para comprender a plenitud la responsabilidad del profesional en la cultura germana, es necesario indicar que los derechos lesionados en este supuesto, integran un derecho global, que en el ámbito de la tutela civil de la vida del individuo, es una institución estable dentro de la actividad de los jueces y de la doctrina; por lo menos en las últimas cinco décadas: es decir, que no se pueden identificar derechos individuales de la persona, sino que estos son sólo aspectos de un derecho general (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*), cuyo centro es la personalidad del ser humano, en sus diversas e incatalogables manifestaciones (Somma, 1995. Pág. 400 y ss.)

Evidentemente, la tutela de la responsabilidad civil en Alemania, a la vida, integridad física y la libertad ambulatoria del individuo, se reconduce a una expresa previsión establecida en el parágrafo 823, párrafo 1º del BGB.

3.4.3. Modelo Italiano

²⁵ Citado por Somma, Alessandro En: *Responsabilità o immunità del professionista?*

En el ordenamiento jurídico italiano, en relación de la responsabilidad civil de los profesionales podríamos citar a la actividad médica ha sido dividida en dos categorías: la actividad denominada de fácil ejecución, en la cual se aplica una suerte de presunción de responsabilidad a cargo del profesional, y la de difícil ejecución, en la que en cambio, debe ser demostrada la culpa del facultativo; su jurisprudencia, asimismo se caracteriza, cada vez más, por su evolución hacia la protección de la víctima de los daños médicos.

3.4.4. Experiencias estadounidense e inglesa

En los países que integran el sistema anglosajón del *common law*, la materia de los *torts*, es decir los ilícitos civiles, resultan en gran parte dominados y absorbidos por los *torts of negligence* (o simplemente *negligence*), que se fundamentan en un concepto de deber jurídico de diligencia de sentido abstracto y general; por tanto, este es el límite de la responsabilidad profesional.

Es interesante evidenciar en la experiencia de los Estados Unidos que en relación a la relación contractual entre el profesional médico y su paciente, incluso, en ciertos casos, habiéndose reconocido tal relación contractual, las acciones del primero en relación al daño ocasionado por el facultativo son prevalentemente fundadas en la responsabilidad extracontractual; en el derecho inglés, por su parte, la jurisprudencia sobre la responsabilidad médica aparece no tan rica en casos, pero las argumentaciones y perspectivas que engloban no son menos interesantes.²⁶

3.4.5. En Uruguay

²⁶ Tomado de: *Algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil médica en* http://www.revistapersona.com.ar/Persona86/86Agurto.htm#_ftn29 – Consulta 26 de marzo de 2014.

Se contempla la posibilidad de contratar los seguros obligatorios para todo profesional, es así que las compañías de seguros, ofrecen la cobertura de las contingencias derivadas de las relaciones profesionales; en el caso de los abogados ofrecen coberturas devenidas de infidelidad de los empleados, pérdida de documentos de los clientes, responsabilidad por actos profesionales incorrectos, difamaciones e incluso gastos de recuperación de la imagen.

Estos seguros se ofrecen como “seguros por responsabilidad civil profesional”, frente a los reclamos de los usuarios por pérdidas económicas sufridas como consecuencia de los servicios del profesional; asimismo, ofrecen hacerse cargo de los gastos devenidos de las indemnizaciones, como de la defensa legal que tuvieran que efectuar los abogados en procesos instaurados en su contra.²⁷

3.4.6. En México

En este país igualmente se ofrecen seguros a favor de los profesionales de diversas ramas; en el caso de los abogados, se coberturan las acciones indemnizatorias promovidas en contra de ellos como consecuencia de reclamos realizados por sus clientes. Incluso, podríamos mencionar que las empresas de seguros que operan transnacionalmente, ofrecen la misma póliza en todos los países en los que efectúan sus operaciones.²⁸

A raíz de estos aportes jurídicos y doctrinarios, se puede apreciar que lo

²⁷ En: *Responsabilidad Civil Profesional Abogados*. Disponible en la web: http://www.aig.com.uy/uy-responsabilidad-civil-profesional-errores-y-omisiones_1031_223988.html Consulta 26 de marzo de 2014.

²⁸ En *Responsabilidad Civil Profesional Abogados*. Disponible en la web: http://www.aig.com.uy/uy-responsabilidad-civil-profesional-errores-y-omisiones_1031_223988.html Consulta 26 de marzo de 2014.

importante en la legislación debe ser la reparación del daño ocasionado por el incumplimiento de los acuerdos, tanto del usuario y en mayor medida, del profesional; la postura de la responsabilidad civil dentro de la moderna tendencia de este enfoque debe procurar otorgar una protección equitativa y pertinente, incluso ante la ausencia de un contrato formal, los colegios profesionales deben ser los llamados a administrar justicia, y la jurisprudencia debe facilitar la normatividad necesaria para aplicar las reglas en casos concretos.

CAPÍTULO IV

DESARROLLO TEORICO DE CATEGORÍAS

4.1. Prestación de servicios

La prestación de servicios requiere que la persona tenga conocimientos especializados en un área determinada. Algunas características son:

- a. La prestación de servicios, que se refiere a la ejecución de labores basadas en la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia. El contratista tiene autonomía e independencia desde el punto de vista técnico y científico, lo que constituye el elemento esencial de este contrato.
- b. La vigencia del contrato, es por el tiempo justo para ejecutar un objeto específico.
- c. No es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales como lo es una relación laboral. Por esta razón, no se reconocen los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general.
- d. El contrato de trabajo se diferencia del de prestación de servicios independientes en el sentido que en el primero se requiere la existencia de la

prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia, consistente en la capacidad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.²⁹

Un contrato de prestación de servicios es un contrato mediante el cual una persona, normalmente un profesional en algún área, se obliga con respecto a otra a realizar una serie de servicios a cambio de un precio. Se realiza por lo general entre una persona que tenga conocimientos especializados en una determinada profesión u oficio, quien a través de su experiencia, capacitación y formación profesional, realizará labores afines a ellas a favor del contratista; por lo general, la duración del contrato se determina por el tiempo específico de ejecución del servicio.

Este tipo de contrato se diferencia de una relación laboral, puesto que no existe un vínculo de esta naturaleza, ya que la especificidad de la prestación libera al ejecutante de otras obligaciones que no sean las relativas al servicio contratado; por lo que, cualquier otra actividad adicional, ajena a ellas, escapa del ámbito de sus obligaciones; tampoco existe una relación de subordinación ni dependencia entre los contratantes ni el vínculo personal del trabajador con su empleador.

Se trata de un contrato típico, oneroso, principal, de prestaciones recíprocas; cuyas características son:

²⁹ Tomado de: *Contrato por prestación de servicios para independientes*. Disponible en la web: www.eafit.edu.co/escuelas/administracion/consultorio-contable/Documents/Nota%20de%20clase%2044%20Contrato%20por%20prestacion%20de%20servicios%20para%20independientes.pdf – Consulta 26 de marzo de 2014.

- a. Que el trabajador independiente realice de manera personal y por su cuenta y riesgo la actividad contratada.
- b. Que en el contrato que se suscriba con el trabajador independiente, cuando es escrito, se establezca específicamente la actividad y el lugar sede de la empresa o centro de trabajo donde va a desarrollar sus funciones; en el evento en que el contrato sea verbal, dichas circunstancias se harán constar en el formulario de afiliación al que se refiere el presente decreto.
- c. Que en el contrato se determine el valor de los honorarios o remuneración por los servicios prestados y el tiempo o período de la labor ejecutada.³⁰

En algunos países, este contrato va aparejado con una afiliación a un sistema de seguros de riesgo, el cual contrata el prestador de servicios obligatoria u opcionalmente, pudiendo acogerse a prestaciones de salud, pensiones y riesgos profesionales.

4.2. Sistema de protección

Se establece como un recurso de tutela para los usuarios de determinados productos y/o servicios, orientado al resarcimiento o compensación en caso de daños a causa del empleo de los productos o de la utilización de un servicio.

En Decreto Supremo 006-2009-PCM en el Texto único ordenado de la Ley de Protección al Consumidor (Título Primero- Disposiciones Generales), señala en sus artículos 1 y 2 que en la ley de protección al consumidor están sujetas todas las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que se dediquen

³⁰ En: *Contrato por prestación de servicios para independientes*. Disponible en la web: www.eafit.edu.co/escuelas/administracion/consultorio-contable/Documents/Nota%20de%20clase%2044%20Contrato%20por%20prestacion%20de%20servicios%20para%20independientes.pdf – Consulta 26 de marzo de 2014.

en establecimientos abiertos al público, o en forma habitual, a la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios en el territorio nacional.

La protección al consumidor se desarrolla en el marco del sistema de economía social de mercado establecido en el Capítulo I, del Régimen Económico de la Constitución.

Entendiéndose por consumidores o usuarios a aquellas personas naturales que, en la adquisición, uso o disfrute de un bien o contratación de un servicio, actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional y, excepcionalmente, a los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios no relacionados con el giro propio del negocio.

4.3. Definición de términos básicos

4.3.1. Daños

Es toda lesión a un interés jurídicamente protegido, pueden ser patrimoniales o extra patrimoniales. Los daños patrimoniales son las lesiones a los derechos patrimoniales y los extra patrimoniales las lesiones a los intereses de dicha naturaleza.

El daño patrimonial puede manifestarse como daño emergente, (pérdida patrimonial efectivamente sufrida) y lucro cesante, (que es la renta o ganancia dejada de percibir).

En lo relativo al daño extra patrimonial, se consideran al daño moral (lesión de los sentimientos de la víctima que produce gran dolor o aflicción) y el daño a la persona (la frustración del proyecto de vida de una persona, su

aspecto físico, psicológico o su proyecto de vida).

4.3.2. Distribución social del daño

Este concepto aplicable a la responsabilidad civil extracontractual, supone el trasladar el costo del daño del ámbito exclusivo del causante del mismo, hacia uno mucho más amplio que es el social, mediante la aplicación de un sistema de incremento del costo del producto o servicio o del establecimiento de seguros obligatorios que al ser pagados por un número mayoritario de personas, brinda una mayor cobertura y la disminución en el costo de las primas.

4.3.3. Sistema de Seguro

Se constituye en la manifestación concreta de la distribución social del daño, consiste en el pago de primas periódicas que hacen los usuarios o consumidores de productos o servicios, a cambio de la cobertura de contingencias o riesgos que se podrían presentar a causa del uso o consumo de diversos productos y servicios; este sistema permite coberturar las consecuencias de la producción de daños como parte del riesgo asumido.

Ej. El SOAT, implantado con la finalidad que ante un eventual accidente automovilístico, todos los afectados sean acudidos con atención médica sin costo, hasta por un determinado monto fijado previamente por las empresas de seguro.

4.3.4. Fundamentos jurídicos

Son las consideraciones derivadas de análisis de la realidad problemática en contraste con el marco legal, doctrinario y jurisprudencial que sustentan

nuestro planteamiento, en este caso se tendrán en cuenta las normas aplicables, posición de la doctrina, sentencias judiciales y resoluciones administrativas, analizadas en el desarrollo de nuestra propuesta que constituyen el argumento fundamental de la misma.

CAPÍTULO V

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En este acápite nos ocupamos de dar respuesta a nuestro problema, para lo cual se han analizado algunas resoluciones emitidas por el Poder Judicial, el Consejo de Ética de los Colegios de Abogados de Lima y Cajamarca, así como se han desarrollado los fundamentos jurídicos que respaldan nuestra propuesta.

5.1. Forma de prestación de los servicios de defensa de los abogados

Las prestaciones de los servicios de defensa por parte de los abogados, en su mayoría están regulados por lo dispuesto en el artículo 1762 del Código Civil; sin embargo, en la práctica esta disposición no se plasma de manera explícita y concreta en un documento donde ambas partes, - el abogado patrocinante y el cliente -, se comprometan a cumplir deberes y obligaciones; por tal motivo, muchas veces los abogados no dan cumplimiento a lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Supremo 017-93-JUS) en relación a sus deberes.

A esto se suma que los profesionales, al incumplir con tales obligaciones, no son pasibles de sanción alguna, pues la ley delimita responsabilidades en el incumplimiento de la prestación de servicios a casos concretos, por lo que en la

mayoría de los casos, solo se les impone una multa que asciende a una Unidad de Referencia Procesal, basándose para ello en los artículos 288, inciso 8 y 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

5.2. Fundamentos jurídicos

A continuación desarrollamos los fundamentos jurídicos identificados como resultado del presente trabajo.

5.2.1. Principio de reparación integral de la víctima

Entendemos al Principio de reparación integral como aquel se establece que el perjuicio sea el límite de la reparación del daño, es decir, se indemniza todo el perjuicio, pero nada más que éste. Este principio forma parte del sistema de responsabilidad civil y más propiamente del sistema general de reparación del daño.

Este principio establece limitaciones en los supuestos en que la indemnización no alcanza la integridad del perjuicio sufrido, el principio de reparación integral está sujeto siempre, en su aplicación concreta, al tema de la evaluación del daño, la misma que en la mayoría de casos, queda librada al arbitrio de los jueces y carece de un sistema que permita una uniformidad en la reparación. Esta limitante se pone de manifiesto fundamentalmente cuando en la evaluación de los daños se establece una reparación no satisfactoria frente a la dicha entidad, igualmente es evidente que no todas las víctimas por iguales daños reciben igual reparación y todo depende, como se ha mencionado, del evaluador nato (el Juez), y no ofrece ningún parámetro objetivo de evaluación del daño.

Sería ideal que todo daño fuese reparado en su integridad, pero la indemnización supone un peso económico para quien debe soportar la carga de reparación; sin embargo, las limitaciones al principio en comento no cuestiona de manera alguna la existencia del daño.

5.2.2. La responsabilidad civil plena por los daños y perjuicios ocasionados por el prestador de servicios profesionales del Derecho.

Para sustentar este fundamento nos referiremos a lo dispuesto por el artículo 1762 del Código Civil, que señala: “Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable”.

De la Puente y Lavallo (1985,446) menciona que en el primer comentario que se hace de este numeral, autorizada doctrina expresó que “en la aplicación de reglas científicas sólo debe incurrirse en responsabilidad en los casos de dolo y culpa inexcusable, como sería el desconocimiento de tales reglas o su indebida aplicación por negligencia grave, mas no cuando se trate de una equivocación en que no hay mala fe de parte del deudor y que sólo obedece a una falta de diligencia ordinaria en la solución de problemas técnicos de especial dificultad”.

La actividad del profesional, útil y necesaria para el desarrollo de la sociedad, la misma que en muchos casos es loada y satirizada en otros (como nos sucede a los abogados), se ha convertido en fuente de responsabilidad penal, civil y administrativa cuando, en el ejercicio de la misma, se ocasionan daños a los usuarios. De la relación contractual

adquirida tanto por profesional como por usuario se derivan una serie de derechos y obligaciones, y en el caso de incumplimiento, surge el derecho del usuario a reclamar una reparación por los daños ocasionados.³¹

“En la realidad profesional actual, como consecuencia de la interacción de factores diversos (...), como el surgimiento de nuevos tipos profesionales y la siempre más marcada especialización al interior de estos tipos, se advierte la necesidad de una definición de los roles profesionales que induzca a mirar no sólo al “profesional”, tal como había sido tratado por la tradición, sino a los particulares tipos profesionales: desde el ingeniero al médico, desde el arquitecto al psicólogo, desde el abogado al revisor de cuentas, desde el notario hasta el asesor de trabajo. Tal fenómeno de fragmentación de la figura del “profesional” en los diferentes tipos profesionales, que inevitablemente reclama la especificidad de las diversas realidades profesionales ya existentes o emergentes, lleva inevitablemente consigo una suerte de sectorialización de las individuales responsabilidades al interior de las competencias específicas. Ello se deberá tener en cuenta en la reconstrucción de las orientaciones jurisprudenciales, con la finalidad de individualizar las reglas elaboradas y ejecutadas por nuestros jueces al respecto de cada tipo profesional”. (De Matteis, 1999, 591-592).

En este mismo sentido, De Trazegnies Granda (1997,67) señala que la naturaleza de la responsabilidad civil del profesional es motivo de discusión para determinar si se trata de una responsabilidad contractual o extra-contractual, si es una responsabilidad subjetiva u objetiva, y si implica una

³¹ Tomado de: *La responsabilidad civil y administrativa de los profesionales*. Artículo publicado en http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art3.PDF Consulta 26 de marzo de 2014

obligación de medios o de resultados. Incluso, se ha llegado a cuestionar su propia existencia jurídica, en tanto régimen especial de responsabilidad civil. Así, se sostiene “que la construcción teórica del concepto de “contrato de servicios profesionales” (cuyo incumplimiento generaría responsabilidad civil) se funda, de un lado, en las ideas arcaicas sobre una presunta naturaleza un tanto religiosa de los servicios profesionales que responden a la mentalidad de otros tiempos”.

El incumplimiento de la obligación de cualquier profesional debe tener como origen un contrato de prestación de servicios a su cliente, el sujeto de la relación obligacional de hacer alguna cosa propia de la profesión de quien presta el servicio.

La idea misma de responsabilidad profesional, como tipo especial de responsabilidad ha sido cuestionada duramente por un autorizado sector de la doctrina. En este sentido afirman que la misma no existe, esta aseveración es acuñada por De Trazegnies (2006, 359) en su obra “La responsabilidad profesional no existe”; en la cual asegura que no cree en la existencia de una institución o figura jurídica independiente que pueda llamarse responsabilidad profesional.

Es innegable que nuestro Código Civil asume que la responsabilidad profesional merece un tratamiento diferenciado del resto de supuestos de la responsabilidad civil; tanto así que la corriente de opinión que acepta la diferenciación tiene en el plano operativo mucho sustento efectivamente.

El artículo 1762 ha sido catalogado por algunos de anacrónico, ya que el privilegio que esta norma otorga a los profesionales, solo encontraría alguna

justificación en un contexto social que considera al profesional como portador de un estatus especial dentro de la comunidad.³²

Este artículo, inspirado sobre la base de los postulados de la doctrina italiana, ha originado que parte de la nuestra afirme que debe entenderse que el privilegio se refiere solo a la pericia, no a la diligencia, de tal manera que solamente cuando el cumplimiento de la obligación implique un significativo grado de dificultad, será procedente aplicar el artículo 1762 del Código Civil.

Por ejemplo, en el caso de la responsabilidad médica, ésta solo será posible de invocarse en casos donde el estado actual del conocimiento científico no permita afirmar nada cierto en torno a una enfermedad o acto médico, por no existir experiencia al respecto; este marco reducido de aplicación resulta muy distante de la pretensión de los usuarios de los servicios médicos cuando son víctimas de alguna negligencia en este campo.

5.2.3. El resarcimiento por la inejecución o el cumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de la obligación.

Este fundamento encuentra su sustento en lo dispuesto por el artículo 1321 del Código Civil, el mismo que establece que “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 o el cumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuan-

³² En: *Un supuesto de inaplicabilidad del artículo 1762 del Código Civil en materia de responsabilidad civil médica. Un nuevo enfoque de la responsabilidad civil de los profesionales.* Disponible en la web: <http://proiure.org.pe/articulos/FN3.pdf> Consulta 24 de marzo de 2014.

to sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el cumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída”.

Esta norma no registra antecedentes en el proyecto de Código Civil Peruano; sin embargo, concuerdan con este artículo las legislaciones extranjeras como son: los Códigos Civiles uruguayo (artículo 1345), ecuatoriano (artículos 1599 y 601), venezolano de 1942 (artículos 1264, 1272 y 1275) y mexicano (artículos 2107 y 2110).

Este último cuerpo normativo establece que “los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse”.

También hay concordancia con los códigos chileno (artículos 1556 y 1558, segundo y tercer párrafos, respectivamente), paraguayo de 1987 (artículo 421, que es similar al primer párrafo del artículo 1321 peruano) y brasileño de 1916 (artículos 1056, similar al primer párrafo del artículo 1321 peruano, y 1059 y 1060, similares al tercer párrafo del artículo 1321 de nuestro Código Civil),

En Europa, hemos podido verificar que el Código Civil francés en sus artículos 1141, 1149, 1150 y 1151, establece que “los daños y perjuicios debidos al acreedor comprenden, en general, la pérdida que ha sufrido y la ganancia de que ha sido privado, salvo las excepciones y modificaciones

que le siguen”, “el deudor solo está obligado por varios perjuicios que hayan sido previstos o se haya podido prever al hacer el contrato, cuando no se deba a su dolo el que la obligación se incumpla” e “incluso en el caso de que el incumplimiento de la convención resulte del dolo del deudor, los daños y perjuicios no deben comprender, con respecto a la pérdida sufrida por el acreedor, y a la ganancia de que haya sido privado, sino aquéllos que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de la convención”.

El contenido de este articulado, se encuentra íntimamente vinculado con lo analizado en torno a la relación de causalidad en la responsabilidad civil, ya que El Código Civil peruano no se limita a señalar qué se entiende por dolo, por culpa inexcusable y por culpa leve; sino que además establece las consecuencias jurídicas que se derivan del incumplimiento o del cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de las obligaciones.

El daño que interesa, a efectos de la responsabilidad civil, es el daño reparable por presentarse como daño jurídicamente relevante. Siguiendo la doctrina general sobre esta materia, enunciaremos a continuación las diversas categorías en que suele dividirse el daño:³³

- a. En función al bien afectado por el daño, éste puede ser material (patrimonial) o moral.
- b. Teniendo en cuenta la fuente que da origen al daño, éste puede ser contractual o extracontractual.

³³ Revisar <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Art%201318%201319%201320%201321.pdf>
Pág. 10-11

- c. En consideración a la causa, los daños pueden ser moratorios o compensatorios.
- d. En atención al tipo de relación que exista entre el daño y el acto u omisión que lo ha provocado, si se trata de una relación inmediata o directa, será daño directo o inmediato, y si se trata de una relación mediata o indirecta, el daño será mediato o indirecto.
- e. Considerando el momento de producción el daño puede clasificarse en actual y futuro.
- f. También la doctrina se refiere a los daños previstos y no previstos, y atendiendo a lo que se denomina “responsabilidad *in contrahendo*” emergente antes de la celebración de un contrato, hace una diferenciación entre el daño al interés positivo del contrato y el daño al interés negativo del mismo.

El artículo 1321 infiere que la inexecución o el cumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso del contrato es la causa del daño indemnizable, por tal motivo, debemos inferir:

- a. La causa es aquello que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Por lo que ella es anterior al incumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de la obligación.
- b. Que hay causas imputables y no imputables.

Respecto a la atribución, es imputable si surge la obligación de indemnizar y será no imputable si no se advierte tal obligación. Deberá indemnizarse si el hecho que causa la inexecución o el cumplimiento total, parcial, tardío o

defectuoso se ha producido con dolo, culpa inexcusable o culpa leve, y no deberá indemnizarse si el hecho que causa la inejecución o el cumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso es caso fortuito o fuerza mayor; entonces la inejecución o el cumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de la obligación no resulta ser la causa del daño, porque la simple inejecución de una obligación no determina que un daño que deba ser indemnizado, porque hay causas no imputables (el ejemplo del caso fortuito y la fuerza mayor) que pueden originar la inejecución o el cumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de una obligación, generando un daño pero no el deber de indemnizar a aquel que debía cumplir con dicha obligación (cfr. Osterling 2011,297).

Para determinar cuál es la causa del daño, debemos remitirnos a aquello que determina que no se cumpla la obligación; es decir, aquello que determina la inejecución o el cumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de la obligación; en consecuencia, la causa del daño es algo anterior al incumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de la obligación, aquel hecho que determina la inejecución o el cumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de la obligación se denomina, “imposibilidad sobrevenida de la obligación”.

Existe una marcada orientación en nuestro medio a considerar que el contrato sólo es capaz de crear obligaciones, o de regularlas, modificarlas o extinguirlas; con la contribución de la doctrina de Italia, de cuyo código el legislador peruano ha tomado, sólo con leves modificaciones, la definición de contrato. Messineo explica por ejemplo, que en atención a que el artículo 1321 del código italiano (u otra norma) no lo dice, no puede sostenerse más

que el contrato sea estipulado con el ánimo *contrahendae obligationis*, y que puede decirse ahora que del contrato nacen deberes y pretensiones, cuando no surge directamente un derecho real; y concluye que, por lo tanto, es actual y fundada en la ley la distinción entre contrato obligatorio y contrato con efectos reales.³⁴

5.2.4. El cumplimiento de los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe en el desempeño profesional de los abogados y las consecuencias de su incumplimiento.

Las normas vigentes establecen la obligación de todos los que intervienen en un proceso judicial deben comportarse con lealtad, probidad, veracidad y buena fe; además señala que los Magistrados deben sancionar toda contravención de los deberes procesales, así como la mala fe o temeridad procesal, es el caso del artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que determina la obligación para los abogados de conducirse dentro del proceso guardando los mismos principios (lealtad, probidad, veracidad y buena fe), ya que estos deben aplicarse tanto a la conducta *intra* proceso, como entre los sujetos procesales intervinientes; igualmente se atribuye a los Jueces la facultad de llamar la atención o sancionar con apercibimientos, multas, pedidos de suspensión o destitución, o solicitar la sanción para las personas que se conduzcan de modo inapropiado, actúen de mala fe, planteen solicitudes dilatorias o maliciosas y en general, cuando falten a los deberes procesales o cuando incumplan sus mandatos. Esta facultad se ejerce también frente a los abogados, quienes en la mayoría de los casos son los responsables de la

³⁴ Cfr. en: *El contrato con efectos reales*. Disponible en la web: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/civ_art47.pdf Consulta 24 de marzo de 2014.

conducta de sus patrocinados ya que asesoran, recomiendan e incluso son quienes redactan los escritos que

son presentados ante los órganos jurisdiccionales de modo malicioso, con intenciones dilatorias o de mala fe.

Artículo 288 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece las obligaciones elementales de veracidad y de evitar ventajas indebidas de la defensa, prohibiendo falsear la información en el proceso; esto con la finalidad de evitar la temeridad de ciertos profesionales en el ejercicio de la defensa y/o patrocinio.

Hay que tener en cuenta que la doctrina de la responsabilidad extracontractual, en este caso, es objetiva, de tal modo que todo daño o lesión sufrida debe ser indemnizada, sólo en algunos casos la culpa de la víctima exonera de responsabilidad al que se le imputa el daño, en otros la culpa de la víctima no es suficiente para liberar de responsabilidad, sino que motiva la concurrencia de culpa y la coparticipación en el importe de la valoración del daño causado.

5.2.5. La vigencia del sistema de protección al consumidor de los servicios legales de los abogados

Los usuarios de los servicios legales de los abogados no son ajenos al sistema de protección del consumidor, ya que el propio Decreto Supremo 006-2009-PCM en el Texto único ordenado de la Ley de Protección al Consumidor (Título Primero – Disposiciones Generales), en el cual se establece el ámbito protector de quienes entablan relaciones prestacionales

con los profesionales del derecho; en tal sentido, propendiendo a la vigencia del sistema tuitivo de los consumidores, nuestra propuesta alcanza mayor asidero.

5.2.6. La promoción de la práctica profesional responsable y ética de los abogados

Al implementarse un sistema de protección para las prestaciones de servicios de los abogados, lo que se pretende es procurar que los usuarios de estos servicios no queden en desamparo frente a eventuales perjuicios sufridos por una defensa deficiente; sin embargo, éste, como cualquier otro sistema de seguros, no podría asumir el resarcimiento total de los daños, por lo que, en lo que quepa, el profesional asumiría la responsabilidad frente al aspecto del daño no cubierto. De esta manera, se procurará el desempeño más diligente de los profesionales y una práctica ética de la profesión.

A este respecto, los Estatutos de los Colegios de Abogados; los Reglamentos de Procedimientos de la Dirección de ética Profesional, etc.

En el caso de los colegios de abogados de Lima y Cajamarca, sus estatutos promueven y cautelan el ejercicio profesional responsable de sus agremiados, e impone sanciones a quienes no cumplan con esta finalidad; para ello se sigue un proceso investigatorio disciplinario debidamente regulado, aprobado por el Consejo de Ética, que se encargará luego de las respectivas indagaciones, de emitir la resolución sancionadora correspondiente.

Además aportamos el análisis de expedientes administrativos resultados de procesos disciplinarios del Colegio de Abogados de Lima, Cajamarca y la Corte Superior de Justicia de Cajamarca³⁵, en los cuales se han establecido y fundamentado infracciones a los deberes profesionales de los abogados y se han aplicado sanciones que como consecuencia de su proceder profesional les ha correspondido.

Valiéndonos de estas fuentes, podemos afirmar que evidentemente, la incidencia de casos en los que se ha verificado la existencia de algún tipo de responsabilidad o incluso intencionalidad de dañar a los usuarios de los servicios de ciertos abogados, ameritan la implementación del sistema de protección propuesto, a fin de atenuar las consecuencias lesivas y el perjuicio a los usuarios de los servicios legales de los abogados, los que además de haber sufrido las consecuencias de la afectación de derechos, también fueron víctimas de la desatención profesional de aquellos en los que depositaron su confianza para la resolución de sus conflictos de intereses.

5.3. Obligaciones generadas como parte de la prestación de servicios de los abogados

Se encuentran establecidas por el artículo 288 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que impone a los abogados a actuar con veracidad y no obtener indebidas ventajas al ejercer la defensa falseando hechos que coloquen en situación de indefensión a la parte contraria, de esta manera se establece un límite frente a la temeridad que manifiestan algunos profesionales en sus actuaciones procesales.

³⁵ El análisis de resoluciones forma parte del contenido de la Cuadro 3 que aparece más adelante.

Se ha observado que los clientes acuden a solicitar los servicios de los abogados con circunstancias personales y patrimoniales verdaderamente catastróficas, con situaciones límite, de verdadera dejadez; no acuden al profesional hasta la fase terminal de su situación, sólo cuando el asunto está a punto de no tener solución; por lo que esperan ser atendidos con verdadera diligencia y que el profesional le brinde una solución o lo que más se acerque a ella; de lo contrario, sería recomendable que los abogados actúen con lealtad no generando falsas expectativas sobre el resultado de los procesos, sin magnificar ni minimizar la situación procesal.

5.4. Casos en los que se incumplen las obligaciones contractuales

Del análisis de los documentos acopiados, se ha podido establecer que las sanciones impuestas a los profesionales abogados, han obedecido a conductas negligentes, imprudentes, deshonestas y de mala fe, que los han conducido a actos dolosos y fraudulentos que perjudicaron a sus patrocinados; es resaltante el hecho que en algunos casos se han recurrido a prácticas fraudulentas, dilatorias, desleales, maliciosas y hasta delincuenciales, como las detallamos a continuación.

Se revisaron y analizaron los siguientes expedientes procedentes del Colegio de Abogados de Lima, Cajamarca y la Corte Superior de Justicia de Cajamarca:

Cuadro 3: Relación de expedientes revisados por tipo de infracción, Fundamento y sanción

N° DE EXP.	INFRACCIÓN	FUNDAMENTO	SANCIÓN
158-2005	Denuncia por conducta ética al haber señalado un domicilio distinto al que le correspondía.	Falta a sus deberes al indicar una dirección distinta en la demanda, impidiéndole conocer el contenido de la demanda.	Suspensión por 6 meses
240-2005	Denuncia por falsificación de documentos y por proporcionar información falsa a su cliente	Cobró honorarios y no efectuó el trámite encomendado, posteriormente entregó documentos falsos al cliente como si hubiera presentado tales documentos oportunamente.	Suspensión por 6 meses
275-2005	Denuncia incoada por conducta antiética en el ejercicio de la profesión al realizar campaña de desprestigio en contra de la Marina de Guerra y haber falsificado una firma para obtener una beca de estudios	Manifestó una conducta transgresora a los principios éticos al haber falsificado la firma para obtener una beca de estudios para sus hijas; si bien esta conducta no se dio en el marco de un proceso, causó daño a una institución	Suspensión por 2 meses
053-2006	Cometer conductas antiéticas: actuación imprudente, deshonesto y de mala fe, aconsejando y manipulando a sus clientes, pese a que tenía sus derechos civiles suspendidos	Haber perpetrado actos dolosos, fraudulentos, cometer falsedad simulando y alterando la verdad en perjuicio de terceros, para beneficiarse ilícitamente al haber adquirido los inmuebles sometidos a proceso judicial	Suspensión por 2 años
219-2006	Se imputa al abogado no haber entregado a su cliente el dinero producto de la pensión alimenticia cobrada con poder otorgado por su cliente	Se apoderó indebidamente del dinero correspondiente a la pensión alimenticia de su cliente durante los años 2000 a 2002, abusando del poder otorgado por esta	Suspensión por 2 años

Continúa...

Cuadro 3: Relación de expedientes revisados por tipo de infracción, Fundamento y sanción

N° DE EXP.	INFRACCIÓN	FUNDAMENTO	SANCIÓN
169-2007	Se denuncia al abogado por suplantación y falsificación de firmas	El abogado, sin haber recibido encargo de autorizar escritos ni firmar a ruego, ha suplantado a otro abogado, haciéndole aparecer como patrocinante sin serlo, con una firma que no era la suya sino la del denunciado	Suspensión de 4 meses
035-2008	Falta a los deberes de honradez y buena fe del Código de ética profesional del Colegio de Abogados	Se han transgredido los principios éticos que deben regir el ejercicio profesional al redactar un documento inejecutable para beneficio individual, aprovechando la buena fe y la ignorancia jurídica de la agraviada	Separación por 5 años
137-2008	No haber interpuesto recurso de apelación contra sentencia desfavorable pese a haber sido requerido para hacerlo	El abogado no adoptó las medidas que la diligencia que las normas éticas exigen para el servicio de los clientes causando un perjuicio a la denunciante impidiéndole recurrir a instancias superiores para la revisión de una sentencia desfavorable	Suspensión por 2 años
044-2009	Actuar como asesor legal estando en condición de inactivo, ejercicio ilegal de la profesión	Redactó escritos y contestó demandas pese a encontrarse inactivo en el Colegio de Abogados, manteniendo una deuda de cotizaciones mensuales y por haber sido sentenciado por delito contra la fe pública por falsificación de documentos	Suspensión por 4 meses

Continúa...

Cuadro 3: Relación de expedientes revisados por tipo de infracción, Fundamento y sanción

N° DE EXP.	INFRACCIÓN	FUNDAMENTO	SANCIÓN
256-2009	Apropiarse de suma que se le entregó para el pago de beneficios sociales en proceso laboral	Se apropió de dinero que le fue entregado para el pago de beneficios sociales de la denunciante, quien obtuvo sentencia favorable en el proceso laboral que instauró por ese concepto.	Suspensión por 4 meses
273-2009	Haber utilizado la documentación proporcionada para sus actos de defensa en contra de sus patrocinados y a favor de la otra parte	Haber patrocinado inicialmente a una parte y luego a la otra parte utilizando los documentos proporcionados por sus primeros patrocinados en su contra	Suspensión de 3 meses
278-2009	Haber recibido el pago por honorarios profesionales y no haber subsanado omisiones de la demanda	No haber subsanado omisiones en la presentación de la demanda por lo que se archiva definitivamente la misma y haber recibido el pago por honorarios intimidando a sus patrocinados mediante cartas para que reconozcan sus servicios que no fueron prestados	Suspensión de 3 meses
1477-2010 2° Juzgado Unipersonal de Cajamarca	Incumplimiento de obligaciones asumidas con su cliente (art. 292 de la LOPJ)	Inasistencia a audiencia de juicio oral por lo que no se pudo instalar la misma	Exclusión de defensa y multa con 1 URP

Continúa...

Cuadro 3: Relación de expedientes revisados por tipo de infracción, Fundamento y sanción

N° DE EXP.	INFRACCIÓN	FUNDAMENTO	SANCIÓN
1015-2010 3° Juzgado Unipersonal de Cajamarca	Incumplimiento de obligaciones asumidas con su cliente (art. 292 de la LOPJ)	No haber justificado inasistencia a audiencia de juicio oral generando innecesaria dilación.	Multa con 1 URP
828-2011 2° JIP de Cajamarca	No haber asistido a la audiencia de control de acusación	No concurrió a audiencia programada en defensa de sus patrocinados	Exclusión de defensa y multa con 1 URP
1842-2007 (2013) 1° Juzgado Civil de Cajamarca	plantear recurso de nulidad sin acreditar perjuicio (artículo 174 del Código Procesal Civil)	Promover la inejecución o el cumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de una resolución judicial y la dilación innecesaria del proceso	Multa con 15 URP
1024-2013 3° Juzgado Unipersonal de Cajamarca	Incumplimiento de obligaciones asumidas con su cliente (art. 292 de la LOPJ)	Inasistencia reiterada a la audiencia de juicio oral generando innecesaria dilación del proceso.	Multa con 1 URP
183-2000 (2014) 2° Juzgado de Familia de Cajamarca	Defensa negligente e incumplimiento de deberes éticos (artículo 292 de la LOPJ)	Falta de fundamentación del recurso de apelación y sin previo estudio de sus casos	Multa con 1 URP

Continúa...

Cuadro 3: Relación de expedientes revisados por tipo de infracción, Fundamento y sanción

N° DE EXP.	INFRACCIÓN	FUNDAMENTO	SANCIÓN
912-2012 (2014) Sala de Apelaciones	Incumplimiento de obligaciones asumidas con su cliente (art. 292 de la LOPJ)	Inasistencia reiterada a la audiencia de juicio oral generando innecesaria dilación del proceso.	Multa con 1 URP
19-2014 JIP San Marcos	Incumplimiento de obligaciones asumidas con su cliente (art. 292 de la LOPJ)	Inasistencia a audiencia de control de acusación, por lo que se tuvo que reprogramar la audiencia	Exclusión de la defensa y multa con 1 URP
11-2009 (2014) ICAC	Inconducta funcional (artículo 84 Inc. B del Estatuto del Ilustre Colegio de Abogados de Cajamarca)	Haber cobrado a su patrocinada un monto superior a sus honorarios indicando que debía pagar a jueces y fiscales	Suspensión por 15 días y pago de S/. 2 000,00

5.5. Sistemas de protección por responsabilidad civil contractual

La Ley Orgánica del Poder Judicial impone al abogado la obligación de la actuación diligente, siendo el fundamento de la responsabilidad del abogado el mismo que el de cualquier otra responsabilidad contractual, al imponerse la obligación del cumplimiento cabal de sus obligaciones, utilizando con pericia, aquellos conocimientos que por razón de su preparación profesional se presupone que posee, lo que constituye la esencia del contrato celebrado con sus clientes, es decir el abogado debe utilizar con experticia todos sus conocimientos en los procesos, vías, instancias y trámites que se hayan sustanciado hasta la completa resolución del encargo.

El usuario de los servicios legales de los abogados espera de ellos el mejor desempeño, el pleno conocimiento de las normas e instituciones jurídicas que lo puedan ayudar a enfrentar el proceso en el que se encuentra inmerso; confía plenamente en que el profesional escogido posee todas las aptitudes y capacidades para ejercer su defensa y/o patrocinio de manera idónea, por lo que ante un resultado negativo atribuible a la falta de cualquiera de estos elementos, ocasiona en el afectado además una afectación emocional al verse defraudado por aquella persona en la que depositó su confianza, dejándolo en una posición muchas veces irrecurrible.

De la revisión de las resoluciones analizadas, se ha encontrado que la única respuesta que se brinda al usuario de los servicios legales frente a sus denuncias por mala *praxis*, es imponerle al infractor sanciones consistentes en la suspensión en el ejercicio de la profesión por períodos, por lo general cortos y en el caso de las impuestas por los Juzgados de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca,

consistentes en una multa que asciende, en la mayoría de los casos, a una Unidad de Referencia Procesal, dicha multa se ha impuesto ante la inasistencia del abogado a las audiencias públicas y por no tener justificación para tales inasistencias.

Estas sanciones evidentemente no tienen carácter resarcitorio a favor del afectado, tanto más si las multas impuestas no se aplican en favor de las víctimas sino a favor de las instituciones sancionadoras. Vemos además de las resoluciones analizadas que inconductas tan graves como el cobrar montos superiores a los honorarios profesionales como si se fuera a pagar a los jueces y fiscales del caso ameritaron una sanción de 15 días de suspensión y S/. 2 000,00 de multa; lo que evidentemente deja una mala sensación para los denunciantes, ya que no obtienen ni el resarcimiento de su afectación, ni aprecian que el productor de ese daño sea sancionado ejemplarmente.

En caso de la existencia de un sistema de protección como el propuesto, los afectados de las investigaciones analizadas, podrían haber sido compensados económicamente, como parte de la aplicación del sistema de protección.

CAPÍTULO VI

PROPUESTA LEGISLATIVA

6.1. Antecedentes

La realidad comparada nos muestra que, al tener un sistema de protección por responsabilidad civil contractual en las obligaciones de los profesionales, se procura garantizar un equilibrio jurídico entre la relación jurídica entablada entre profesional y beneficiario del servicio.

El artículo 1762 del Código Civil Peruano, tal como está redactado, es favorable al prestador del servicio profesional, en la medida en que la citada norma se refiere a todos los daños en asuntos profesionales y problemas técnicos de especial dificultad. Además dicha norma genera un error, porque establece una excepción injustificada a la responsabilidad, ya que consagra un privilegio y no afronta el problema desde la perspectiva correcta.

La interpretación que se hace de dicho artículo es restrictiva, debido a que no se puede determinar cuándo se consume el incumplimiento de la obligación profesional y cuándo éste debe implicar un grado significativo de dificultad, para poder aplicar el citado artículo; también es reiterativa, pues hace suponer que

existen dos hipótesis distintas: una profesional y una técnica.

Además dicha norma genera también un error, al establecer una excepción injustificable a la responsabilidad, ya que consagra un privilegio y no afronta el problema desde la perspectiva correcta.

Al respecto, aportamos algunas consideraciones adicionales para una mejor interpretación de la norma, donde:

- a) Se puedan explicar mejor aspectos de carácter económico – social, que delimiten el privilegio de los profesionales, sobre todo cuando éstos se enfrentan a problemas de especial dificultad, haciendo necesario identificar su grado de responsabilidad civil, puesto que con esto se facilitaría la aplicación del artículo 1762.
- b) Se sustenten los argumentos para determinar qué criterios deben adoptar los jueces al momento de atribuir la culpa inexcusable.
- c) Se pueda contrastar la doctrina con las normas internas de los diversos colegios profesionales.

6.2. Exposición de Motivos

6.2.1. Importancia de contar con un seguro profesional

Al advertir, de un lado, la desprotección de los usuarios de los servicios profesionales de los abogados; y, de otro lado, al abogado quien tampoco tiene amparo en el ejercicio de su profesión; se propone una iniciativa legislativa que brinde la seguridad jurídica que tanto los usuarios, como el profesional necesitan para el mejor desenvolvimiento de la relación

profesional jurídico – profesional, en el que los colegios profesionales sean los encargados de ofrecer y administrar los recursos destinados a brindar un seguro a sus agremiados, que les permita hacer frente a las eventualidades que se les podrían presentar en el ejercicio de la profesión.

Este seguro debe estar debidamente regulados por los estatutos de cada colegio de abogados del país, así como en sus Códigos de Ética, documentos en los cuales se establecerán claramente los deberes y derechos de los profesionales del derecho.

En el Reglamento de los Colegios Profesionales, Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código Civil, se debe incorporar un acápite donde se establezca como requisito indispensable para la suscribir el contrato por prestación de servicios, que el profesional escogido debe comunicar al usuario, la vigencia del seguro correspondiente, mediante el comprobante del pago de la póliza correspondiente, el mismo que acredite la cobertura de cualquier eventualidad ocurrida durante la vigencia del contrato de prestación de servicios profesionales.

El monto correspondiente a las pólizas, será administrado por el Colegio profesional, que, en convenio con una entidad financiera especialista en el rubro, se encargará de recaudar los aportes destinados al resarcimiento económico de los afectados por la actuación negligente, o intencional del profesional, cubriendo con el fondo correspondiente, los costos derivados de una eventual indemnización por la afectación provocada, de tal modo que ninguna de las partes resulte afectada, pues la administración del Colegio aplicará una distribución social de los costos en busca de un

sistema más equilibrado; esto sin perjuicio de la aplicación de la sanción ética correspondiente al profesional.

De este modo, los usuarios de los servicios legales tendrán amparo en sus reclamos por una prestación ineficiente y verán resarcido, en parte, el daño producido y sus expectativas respecto de la protección del sistema jurídico. Los profesionales por su parte tendrán un seguro de responsabilidad profesional que ampare sus acciones, además de un fondo de compensación que les evitará asumir, íntegramente y a título personal las consecuencias de su incumplimiento.

6.2.2. Implementación de la norma en el Código Civil

Se propone modificar el texto del artículo 1762 del Código Civil, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

“Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios responde por los daños y perjuicios en caso de dolo o culpa. La indemnización por el daño ocasionado, será determinada y asumida por el Seguro Obligatorio Profesional, previa determinación y en proporción a las consecuencias dañosas”.

Para esto se debe establecer la diferencia entre los asuntos profesionales de los técnicos y contrastando esta doctrina con la normatividad que rige la actividad de los colegios de abogados, determinar la responsabilidad subjetiva u objetiva del profesional

En algunos países se ha establecido una limitación muy precisa, no sólo para evitar que las reclamaciones sean astronómicas e irreales sino fundamentalmente para dejar abierta la posibilidad, cada vez más frecuente de que los propios contratistas aseguren sus servicios contra todo riesgo hasta esos toques. Algunas legislaciones los fijan en cinco veces el monto de los contratos. Otras en tres veces. Pero invariablemente todas ellas giran en función de los montos contratados.

6.2.3. Propuesta para la Ley de creación del Seguro Obligatorio Profesional

El Congreso de la República, como consecuencia de la modificatoria legislativa propuesta, debería promulgar la Ley de creación de un seguro obligatorio para los abogados, estableciendo que el ente recaudador de los aportes sean los Colegios de Abogados del país, por intermedio de una entidad financiera especialista en seguros; fondo que permitirá el pago de indemnizaciones derivadas de las practicas negligentes de los agremiados.

6.3. Análisis Costo – Beneficio

Esta iniciativa legislativa está orientada a otorgar la seguridad jurídica que el profesional necesita para un ejercicio profesional más garantista, en el que, involucrados los colegios profesionales, se procure un servicio más eficiente y de calidad.

El sistema de protección y seguros deberán estar debidamente regulados por los estatutos y Códigos de Ética, estableciendo claramente los deberes y derechos de los profesionales. .

Este proyecto legislativo, propone la modificatoria legislativa que permita que el Congreso apruebe la creación de un seguro que permita a los profesionales abogados y a los usuarios de sus servicios, recibir una compensación y/o indemnización, como consecuencia de la afectación de sus derechos por una mala práctica profesional, procurando resarcir en algo el daño sufrido.

6.4. Efecto de la vigencia de la norma en la legislación nacional

La experiencia internacional nos muestra que, al tener un sistema de protección por responsabilidad civil contractual en las obligaciones de los profesionales, se garantiza un equilibrio jurídico en la relación contractual existente entre el profesional y el beneficiario de sus servicios.

Interpretar sistemáticamente el artículo 1762 del Código Civil Peruano, permitirá establecer cuándo se da el incumplimiento de la obligación profesional y cuándo la práctica profesional puede ser considerada como de significativa dificultad.

En los últimos años se ha presenciado un incremento de agraviados por negligencias profesionales, y en aras de proteger los derechos de los usuarios de los servicios que ofrecen los profesionales del derecho, el ordenamiento jurídico establece una serie de límites y obligaciones técnicas, jurídicas y éticas que el profesional debe observar y cumplir. Cuando esos límites y deberes son infringidos y con ello se lesiona la integridad psíquica, moral o patrimonial, la autoridad competente imputa al actor, según el caso, responsabilidad penal, civil, administrativa o ética disciplinaria, previa observancia del derecho de defensa y los principios del debido proceso.

La legislación ofrece una relativa garantía a favor de los derechos de posibles afectados por la conducta del profesional; mientras que el profesional no cuenta con una protección que le otorgue seguridad frente a la denuncia e investigación de que es objeto, por lo que esta propuesta, permitirá además cubrir estas expectativas de protección del propio profesional.

6.5. Proyecto de Ley que modifica los artículos 1762 del Código Civil y el artículo 288 de la Ley Orgánica del Poder Judicial e implementa el sistema de protección por responsabilidad civil contractual en las obligaciones que se generan por la prestación de los servicios de los abogados

El Decano del Colegio de Abogados de Cajamarca que suscribe, en representación de los miembros de la orden, en ejercicio del derecho de iniciativa en la formación de las leyes que le confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, concordante con los artículos 74 y 75 del Reglamento del Congreso de la República, propone el siguiente proyecto de ley:

PROYECTO DE LEY

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 1762 DEL CÓDIGO CIVIL Y EL ARTÍCULO 288 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL E IMPLEMENTA EL SISTEMA DE PROTECCIÓN POR RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL EN LAS OBLIGACIONES QUE SE GENERAN POR LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LOS ABOGADOS

Por cuanto:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

HA DADO LA LEY SIGUIENTE:

LEY N° ... QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 1762 DEL CÓDIGO CIVIL, EL ARTÍCULO 288 E IMPLEMENTA EL SISTEMA DE PROTECCIÓN POR RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL EN LAS OBLIGACIONES QUE SE GENERAN POR LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LOS ABOGADOS

Artículo 1 – Aplicación.- La presente Ley tiene por objeto disponer la creación del sistema de protección por responsabilidad contractual en las obligaciones que se generan por la prestación de servicios de los abogados.

Artículo 2 – Definición.- Se entiende por sistema de protección a aquel seguro profesional que tiene por finalidad cubrir las contingencias económicas surgidas como consecuencia del incumplimiento, cumplimiento negligente o defectuoso de las obligaciones derivadas de la prestación de servicios de los abogados, tanto para los usuarios de dichos servicios, como para los propios abogados.

Artículo 3 – Modificatoria del artículo 1762 del Código Civil.- Modifíquese el artículo 1762 del Código Civil en los términos siguientes:

“Artículo 1762.-

...Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios responde por los daños y perjuicios en caso de dolo o culpa. La indemnización por el daño ocasionado, será determinada y asumida por el Seguro Obligatorio Profesional, previa determinación y en proporción a las consecuencias dañosas”.

Artículo 4 – Modificatoria del artículo 288 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.- Modifíquese el texto del artículo 288 de la Ley Orgánica del Poder Judicial el cual quedará redactado en los siguientes términos:

“Artículo 288.-

Son deberes del Abogado Patrocinante:

1. Actuar como servidor de la Justicia y como colaborador de los Magistrados.
2. Patrocinar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe.
3. Defender con sujeción a las leyes, la verdad de los hechos y las normas del Código de Ética Profesional.
4. Guardar el secreto profesional.
5. Actuar con moderación y guardar el debido respeto en sus intervenciones y en los escritos que autorice.
6. Desempeñar diligentemente el cargo de defensor de oficio, herencia y ausentes, para el que se le ha designado.

7. Instruir y exhortar a sus clientes para que acaten las indicaciones de los Magistrados y guarden el debido respeto a los mismos y a todas las personas que intervengan en el proceso.
8. Cumplir obligatoriamente con el pago mensual de la prima establecida por el Colegio de Abogados, como aporte al fondo del seguro profesional de los abogados.
9. Suscribir un contrato de prestación de servicios con sus patrocinados, indicando los deberes y obligaciones a los que se comprometen las partes.
10. Cumplir fielmente las obligaciones asumidas con su cliente.
11. Abstenerse de promover la difusión pública de aspectos reservados del proceso aun no resuelto, en que intervenga.
12. Consignar en todos los escritos que presenten en un proceso su nombre en caracteres legibles y el número de su registro en el Colegio de Abogados, y su firma en los originales, sin cuyos requisitos no se acepta el escrito.
13. Denunciar a las personas que incurran en el ejercicio ilegal de la abogacía.
14. Ejercer obligatoriamente, cuando menos una defensa gratuita al año, según el reporte que realizase el respectivo Colegio de Abogados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 289 de esta ley.”

El Congreso de la República, además deberá promulgar la Ley de Creación del Seguro Obligatorio Profesional para los abogados, estableciendo que el ente recaudador de los aportes sean los Colegios de Abogados del país, por intermedio de una entidad financiera especializada en sistemas de seguros; fondo que permitirá el pago de indemnizaciones derivadas de las practicas negligentes de los agremiados.

CONCLUSIONES

1. El servicio de defensa que vienen prestando los abogados presentan muchas deficiencias, tanto por el actuar negligente o doloso de algunos profesionales, como por la falta de regulación de la relación contractual que se establece para la prestación de estos servicios; esto se traduce en que el incumplimiento de los deberes profesionales de ciertos abogados manifestada especialmente en la inobservancia de los plazos procesales, caducidad de la acción, desistimiento tácito, inasistencia a diligencias programadas en los procesos, falta de información a los patrocinados sobre los trámites procesales, etc.; lo que ocasiona un evidente perjuicio y desconfianza en los usuarios de los servicios de estos profesionales.
2. En la relación jurídica contractual entre el abogado y su cliente, no se establecen, en la mayoría de casos, las obligaciones y limitaciones del servicio profesional que el primero se obliga a prestar, debido a que por lo general no se suscriben contratos; por lo que no es posible determinar el grado de incumplimiento y la responsabilidad del profesional en situaciones adversas a los usuarios.
3. La vigencia efectiva del principio de reparación integral de la víctima; la responsabilidad civil plena por los daños y perjuicios ocasionados por el prestador de servicios profesionales del Derecho; el resarcimiento por la inejecución o el cumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de la obligación de la misma; el cumplimiento de los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe en el desempeño

profesional de los abogados; así como la vigencia del sistema de protección al consumidor de los servicios legales de los abogados y la promoción de la práctica profesional responsable y ética de los abogados, se constituyen como los fundamentos jurídicos para la implementación de un sistema de protección por la inejecución o el cumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de las prestaciones.

4. Las acciones o quejas contra los abogados, debidas a la reclamación por daños derivados de una práctica profesional negligente o intencionalmente dolosa, se están encaminando hacia la responsabilidad del profesional poco cuidadoso, lo que genera la necesidad de implantar un sistema de protección que procure el resarcimiento de los daños generados; además, las sanciones impuestas a los profesionales del derecho, debidas a su práctica negligente o dolosa, no tienen por finalidad el resarcimiento de los daños producidos al usuario, ya que no se traducen en un beneficio concreto hacia los afectados.
5. La indefensión de los usuarios de los servicios legales, a falta de un adecuado sistema de protección para la inejecución o el cumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de las prestaciones en los servicios de los abogados, provoca que ante los daños producidos por el actuar negligente o doloso de su defensor, solo obtengan, en el mejor de los casos, una sanción gremial nimia o una pecuniaria en favor del Estado para los causantes del daño, las mismas que no redundan en el resarcimiento de la afectación producida.
6. La realidad comparada nos ofrece modelos que, producto de su experiencia casuística, han logrado establecer sistemas de protección objetivos que amparan no solo a la víctima de prácticas profesionales deficientes, sino también a los profesionales

involucrados, quienes no se ven afectados patrimonialmente con las indemnizaciones solicitadas por los usuarios insatisfechos o perjudicados.

7. La legislación aplicable a los casos de responsabilidad profesional recogida en el artículo 1762 del Código Civil, contempla un régimen privilegiado para los profesionales, pues, al no existir reglas precisas para la aplicación de sanciones en casos de incumplimiento de las obligaciones contractuales, constituye una normativa limitativa de responsabilidad del profesional, siendo imperante su modificatoria.

SUGERENCIAS

1. Proponer al Colegio de Abogados de Cajamarca que en ejercicio de la iniciativa legislativa que le asiste, plantee al Congreso de la República la aprobación de nuestra propuesta legislativa de modificación del texto del artículo 1762 del Código Civil y del artículo 288 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a fin de tener el sustento para la posterior creación e implementación de un sistema de protección a través del Seguro Obligatorio Profesional el cual deba regularse y administrarse a nivel de los Colegios de Abogados.
2. Sugerir a los Colegios de Abogados del país, siendo los encargados de tramitar las investigaciones promovidas ante el actuar negligente o doloso de los profesionales del Derecho, que contemplen la situación de los afectados, estableciendo sanciones que redunden en el resarcimiento de los daños sufridos por ellos.
3. Proponer a los Colegios de Abogados del país, que actúen como entes recaudadores del monto correspondiente al sistema propuesto, a través de las cuotas de sus afiliados y que su administración sea encargada a una entidad financiera especializada en el rubro de seguros.
4. Recomendar a los usuarios de los servicios profesionales de los abogados a través de campañas de difusión, que exijan de los letrados una garantía de efectiva presta-

ción de servicios, mediante la suscripción de un contrato en el que se determinen los alcances del mismo y se establezcan claramente cuáles son las obligaciones de cada una de las partes.

LISTA DE REFERENCIAS

1. Alexy, Robert. 2008. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales.
2. Alpa, Guido. 1992. *La persona detrás de la ciudadanía y el mercado*. Milano: Feltrinelli. Primera Edición.
3. Arias Schreiber Pezet, Max. 2000. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II.
4. Barchi Velaochaga, Luciano. 2010. *Principio de Identidad en la obligación de dar bien cierto en Código Civil Comentado*. Tomo I. Lima. Gaceta Jurídica S.A. Tercera Edición.
5. Betti, Emilio y otros. 2001. *Teoría General del Negocio Jurídico, Cuatro Estudios Fundamentales*. Lima: ARA Editores.
6. Betti, Emilio. 1958. *Autonomía Privada*, en *Voz Autonomía Privada en Novísimo Digesto Italiano*, Volumen 1-2. Turín. Traducción de Leysser L. León, 2003 Ara Editores, Lima.
7. Chirinos Soto, Enrique. 1996. *Constitución de 1993 – Lectura y Comentario*. Lima. Piedul S.R.L. Tercera Edición.

8. Danos Ordóñez, Jorge. 2000. *Las resoluciones que ponen fin al procedimiento administrativo*. En Ius et Veritas. Lima: Revista editada por los estudiantes de Derecho de la PUCP, año IX, N° 16.
9. Danos Ordoñez, Jorge. 2001. Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos. En: *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General Ley 27444*. Lima: Edit. **ARA**.
10. De La Puente Lavalle, Manuel y otros. 2005, *La Constitución Comentada*. Tomo I. Lima. Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición.
11. De La Puente y Lavalle, Manuel y otros. 2000. *Contrato & Mercado*. Lima: Gaceta Jurídica.
12. De La Puente y Lavalle, Manuel. 1983. *Estudios del Contrato Privado*. Lima: Cultural Cuzco Editores.
13. De La Puente y Lavalle, Manuel. 1985. *Exposición de Motivos y Comentarios. Prestación de Servicios, en Código Civil VI. Exposición de Motivos y Comentarios, Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil*, compilada por REVOREDO DE DEBAKEY. Lima: Ocurra Editores.
14. De La Puente y Lavalle, Manuel. 1999. *El Contrato en General, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII Del Código Civil*, Biblioteca para Leer el Código Civil, Vol. XV, segunda parte Tomo IV. Lima: Fondo Editorial PUCP.
15. De Trazegnies Granda, Fernando. 2009. *La responsabilidad extracontractual*. Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen IV. Tomo I. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

16. De Trazegnies Granda, Fernando. 2006. *La responsabilidad profesional no existe*. En: AAVV. Instituciones de Derecho Privado, Vol. 5, Responsabilidad civil, Derecho de daños. Lima.
17. Decreto Supremo N° 006-2009-PCM
18. Dewey, J. 1934, *Art as experience*. New York. Minton. Balch.
19. Dewey, J. 1938, *Logic: The theory of inquiry*. New York. Holt.
20. Dialogo con la Jurisprudencia. 2003, *Especial sobre derecho del consumidor*. Tomo 62. Gaceta Jurídica. Lima.
21. Díez - Picazo, Luis. 1986, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Tomo I. Madrid. Tecnos. Segunda Edición.
22. Elías Mantero, Fernando y otros. 2005, *La Constitución Comentada*. Tomo I. Lima. Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición.
23. Espinoza Espinoza, Juan. 2003. *Derecho de la Responsabilidad Civil* 2ª Edición. Lima. Gaceta Jurídica.
24. Espinoza Espinoza, Juan. 2005. *La tutela constitucional del consumidor. Comentario al artículo 65 de la Constitución*. En *La Constitución Comentada*. Tomo I. Lima. Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición.
25. Espinoza Espinoza, Juan. 2009. *El rol actual de la culpa y el riesgo en la responsabilidad civil: ¿Entre Escila y Eribdis?* En Themis Revista de Derecho de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 42. Lima.

26. Fernández Cruz, Gastón. 2010. *Responsabilidad extracontractual*, en *Código Civil Comentado*. Tomo X. Lima. Gaceta Jurídica S.A. Tercera Edición.
27. Ferri, Giovanni Battista. 2002. *Las teorías sobre el negocio Jurídico*, en *El Negocio Jurídico*, Traducción y notas de Leysser L. León. Lima: Ara Editores.
28. Ferri, Luigi. 2004. *Lecciones sobre el Contrato – Curso de Derecho Civil*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
29. Ferri, Luigi. 2004. *Lecciones sobre el Contrato, Curso de Derecho Civil*, Traducción de Nélvor Carreteros Torres, presentación, notas y edición por Rómulo Morales Hervias y Leysser L. León, Primera Edición en castellano de la segunda edición italiana (1982). Lima: Grijley.
30. Gaceta Constitucional. 2009. *Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima. Gaceta Jurídica SA. N° 13.
31. Gaceta Jurídica. 2003. *Diálogo con la jurisprudencia*. Lima. Gaceta Jurídica S.A. N° 62.
32. García de Enterría, Eduardo. 2001. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas S.A.
33. García Toma, Víctor. 1998. *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*. Tomo II. Lima. Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima.
34. Gutiérrez Camacho, Walter. 2000. *El contrato de consumo y la crisis de la contratación clásica*. En: *Contrato & Mercado*. Lima. Gaceta Jurídica S.A.

35. Gutiérrez Camacho, Walter. 2004, *La libertad de contratación*. En AA.VV. *Código Civil Comentado*. Tomo VII. Lima. Gaceta Jurídica S.A.
36. León Barandiarán, José. 1966. *Contratos en el Derecho Civil Peruano*. Lima: Comisión Administradora del Fondo Editorial de la UNMSM, Tomo I.
37. León Hilario, Leysser Luggi. 2007. *La Responsabilidad Civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Lima: JURISTA Editores.
38. Lima Marques, Claudia. 2002. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. Sao Paulo. Editora Revista dos Tribunais. Tercera Edición.
39. Mosset Iturraspe, Jorge. 2008. *Estudios sobre responsabilidad por daños*. Buenos Aires: Hardcover, Rubinzal-Culzoni Editores, Tomo I.
40. Osterling Parodi, Felipe. 1986. *Exposición de motivos y comentarios al Libro VI del Código Civil: Las Obligaciones*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
41. Rubio Correa, Marcial. 1999. *Estudio de la Constitución de 1993*. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tomo II.
42. Sar Suarez, Omar. 2006. *Constitución Política del Perú, con la jurisprudencia, artículo por artículo, del Tribunal Constitucional*. Lima: Nomos & Thesis, Tercera Edición.
43. Sar Suarez, Omar. 2010. *Materiales de Enseñanza Derecho Constitucional teoría de la Constitución*. Cajamarca. Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional de Cajamarca.

44. Sherman, R.R. y Webb, R.B. 1988, *Qualitative research in education. Focus and Methods*. New York. The Falmer Press.
45. Somma, Alessandro, 1996. *I diritti della personalità e il diritto generale della personalità nell'ordinamento privatistico della Repubblica Federale tedesca*, en: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, N° 3, año L, Giuffrè editore, Milán, pág. 807.
46. Taboada Córdova, Lizardo. 2000. *Responsabilidad Civil Extracontractual*". Academia de la magistratura. Lima.
47. Taylor, S.J. y R. Bogdan. 1987. *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*. Paidós. Barcelona.
48. Toyama Miyagusuku, Jorge. 2005. *El Derecho al Trabajo en La Constitución Comentada*. Tomo I. Lima. Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición.
49. Varios Autores. 2005, *La Constitución Comentada*. Tomo II. Lima. Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición.
50. Varios Autores. 2010, *Código Civil Comentado*. Tomos I, VI, VII y X. Lima. Gaceta Jurídica S.A. Tercera Edición.
51. Velezmoro Pinto, Fernando. 2005, *Los Colegios Profesionales y la colegiación obligatoria en La Constitución Comentada*. Tomo I. Lima. Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición.
52. Vidal Ramírez Fernando. 2010, *Definición de Ecto Jurídico y elementos de validez en Código Civil Comentado*. Tomo I. Lima. Gaceta Jurídica S.A. Tercera Edición.

SOBRE INVESTIGACIÓN

53. Hernández Sampieri, Roberto y otros. 1991. *Metodología de la Investigación*. México. Mc Graw Hill Editores.
54. Zelayorán Durand, Mauro. *Metodología de la Investigación Jurídica*. Lima: Ediciones Jurídicas.
55. Margaret D. Le Compte 1995. *Un matrimonio conveniente: diseño de investigación cualitativa y estándares para la evaluación de programas*. Revista Electrónica de Investigación y Evaluación Educativa. Volumen I. Número 1.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

56. Abanto Florida, Marcial. 2007. *Demarcación de la Ciencia del Derecho en Filosofía del Derecho, Módulo de Selección de Textos*. Cajamarca: Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional de Cajamarca.
57. Albaladejo, Manuel. 1997. *Compendio de Derecho Civil*. Barcelona: José María Bosch, Décima Edición.
58. Bernal Ballesteros, Enrique. 1996. *La Constitución de 1993: análisis comparado*. Lima: Eiedla.
59. Bernal Pullido, Carlos. 2003. *Estructura y límites de la ponderación*. DOXA N° 26. Revista de filosofía del derecho de la Universidad de Alicante. España.
60. Bustamante Alsina, Jorge. 1997. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires.

61. Cabanellas, Guillermo. 1989. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo V Buenos Aires. Editorial Heliasta S.R.L.
62. Castañeda Otsu, Susana Inés. 2006. *Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional*. Lima. Juristas Editores S.A. Primera Edición.
63. Castillo Díaz, Carmen Gloria. 2010. *Filosofía de la ciencia, Materiales de trabajo*. Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional de Cajamarca.
64. Castillo Freire, Mario. 2002. *Tratado de los Contratos Típicos*. Biblioteca Para Leer el Código Civil. Volumen XIX. Lima: Fondo Editorial PUCP.
65. De Matteis. 1999. Casualità e danno nella responsabilità professionale, en I fatti illeciti, III Casualità e danno a cura de VISINTINI CEDAM. Padova.
66. Fueyo, Fernando. 1963. *Los Contratos en Particular y Demás Fuentes de las Obligaciones*, Vol. II. Santiago: Universo S.A.
67. Josserrand, Louis. 1950. *Derecho Civil. Teoría general de las obligaciones*. Tomo II Vol. II. Buenos Aires: EJEA.
68. Palacios Martínez, Eric y otro. 2004. *Teoría general de las obligaciones*. Lima: Jurista Editores.
69. Peirano Facio. 1981. *Responsabilidad extracontractual*. Bogotá. Edit.Temis.

FUENTES VIRTUALES

70. Agurto Gonzales, Carlos. *Algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil médica* en: http://www.revistapersona.com.ar/Persona/86/86Agurto.htm#_ftn29.

71. Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. En: [https://rs333132.rapidshare.com/files/93660572/TEORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES - ROBERT ALEXY.pdf](https://rs333132.rapidshare.com/files/93660572/TEORIA_DE_LOS_DERECHOS_FUNDAMENTALES_-_ROBERT_ALEXY.pdf)
72. Cisternas, José y Pastorini, Luis. *Apuntes de Derecho Civil II*. En: <http://es.scribd.com/doc/2301014/derecho-civil-2#scribd>
73. Colegio de Profesionales en Derecho de Jalisco. *El Juicio de ponderación* en: <http://colegiodeprofesionalesenderecho.blogspot.com/2011/07/el-juicio-de-ponderacion.html>
74. Consultorio Contable Universidad EAFIT. *Contrato por prestación de servicios para independientes*. En: www.eafit.edu.co/escuelas/administracion/consultorio-contable/Documents/Nota%20de%20clase%2044%20Contrato%20por%20prestacion%20de%20servicios%20para%20independientes.pdf
75. De Ángel Yagez, Ricardo. *Responsabilidad civil del abogado*. En Indret, Revista para el análisis del Derecho. En: http://www.indret.com/pdf/521_es.pdf
76. Doñaocute, Daniel. *El régimen de los contratos estatales en el Perú*. En: <http://vlex.com.pe/vid/eacute-contratos-estatales-per-uacute-76747892>
77. Figueroa Gutarra, Edwin. *Ponderación y proporcionalidad como técnicas de interpretación constitucional. Criterios jurisprudenciales*. En: <http://edwin-figueroag.wordpress.com/ponderacion-y-proporcionalidad-como-tecnicas-de-interpretacion-constitucional-criterios-jurisprudenciales/>

78. Figueroa Gutarra, Edwin. *STC 006712-2005-HC/TC. Caso Magaly Medina. Ponderación en sede penal.* 2011. En: <http://edwinfigueroag.wordpress.com/2011/03/02/>.
79. García Pino, Gonzalo. 2009. *Gustavo Zagrebelsky: en busca de la razón en el Derecho Gustavo Zagrebelsky: in search of reason in Law.* Artículo publicado en la Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile En: <http://www.revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/viewFile/33320/35016>
80. García Toma, Víctor. *La jurisdicción constitucional.* En: http://www.law.ufl.edu/cgr/conference/06confmaterials/7_Panel/7_VictorGarciaToma-LAJURIS-DICCIONCONSTITUCIONA1-aumentado.pdf
81. Ghersi Silva, Enrique. 2009. *Clase Magistral sobre Teoría de los Contratos.* En: [http://newmedia.ufm.edu/gsm/index.php?title=Teor%C3%ADa de los contratos](http://newmedia.ufm.edu/gsm/index.php?title=Teor%C3%ADa%20de%20los%20contratos)
82. Gómez Iturbide, Fernando. 2011. *El juicio de ponderación.* En: <http://colegiodeprofesionalesenderecho.blogspot.com/2011/07/el-juicio-de-ponderacion.html>
83. Gonzales Barrón, Gunther. *El contrato con efectos reales.* En: [http://www.gunthergonzalesb.com/doc/art_juridicos/Contrato_con_efectos_reales\[1\].pdf](http://www.gunthergonzalesb.com/doc/art_juridicos/Contrato_con_efectos_reales[1].pdf).
84. Gubián - Fernández, Alicia. 2007. *El paradigma cualitativo en la investigación socio educativo.* En: <http://web.ua.es/en/ice/documentos/recursos/materiales/el-paradigma-cualitativo-en-la-investigacion-socio-educativa.pdf>.

85. Martínez Zorrilla, David. *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. En: <http://tdx.cat/bitstream/handle/10803/22716/tmz.pdf?sequence=1>
86. Ninamanco Córdova, Fort. *Un supuesto de inaplicabilidad del artículo 1762 del Código Civil en materia de responsabilidad civil médica. Un nuevo enfoque de la responsabilidad civil de los profesionales*. Actualidad Jurídica N° 229. En: <http://proiure.org.pe/articulos/FN3.pdf>
87. Oré Chávez, Ivan. 2007. *Derecho en General*. En: <http://derechogeneral.blogspot.com/2012/02/la-libertad-de-contratacion-en-los.html>
88. Osterling Parido, Felipe. 2011. *El Dolo*. En: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Art%201318%201319%201320%201321.pdf>
89. Quiñonez Infanta, Sergio. 2007. *La libertad de trabajo, contenido, alcances y límites* En: <http://vlex.com.pe/vid/trabajo-contenido-alcances-limites-7615414>
90. Saiz Torres, Leopoldo. 2011. *La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy* En: <http://leopoldosaiz.blogspot.com/2011/05/la-teoria-de-la-argumentacion-juridica.html>
91. Tribunal Jurisdiccional. *Jurisprudencia*. 2006 En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.html>
92. Useche de Abreu, Dilia. *La investigación acción y su inherencia en las ciencias sociales*. 2010 En: <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/mem-pol8/8-9.pdf>

93. Zagrebelsky, Gustavo. 2011. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Ed. Trotta. Madrid. En: <http://www.upf.edu/filosofiadeldret/pdf/moreso-comanducci-sobre.pdf>