

UNIVERSIDAD ESAN
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DERECHO CORPORATIVO



Trabajo de Suficiencia Profesional (sustentación de expedientes) para optar el Título Profesional de Abogado

**Informes Jurídicos sobre los expedientes
N° 57218-2002-0-1801-JR-CI-63 sobre Indemnización y N° 000097-
2014/CEB sobre Barreras Burocráticas**

Autor:

Armando Miguel Cabrera Céspedes

Código del alumno:

11100556

Lima, 2021

Informe del Primer Expediente en Derecho Civil

Datos del Bachiller

Nombres y Apellidos : Armando Miguel Cabrera Céspedes
Código de alumno : 11100556
Correo electrónico : 11100556@ue.edu.pe
mikicc9494@gmail.com

Datos del Expediente

Materia : Indemnización
Procedencia : Corte Suprema de Justicia de la Republica
– Poder Judicial
Expediente N° : 57218-2002-0-1801-JR-CI-63
Demandante : Doris Berrios Martínez
Demandada : Annie Carolle Flores Lemaire

ESTRUCTURA DEL INFORME

1.	RELACION DE LOS HECHOS SOBRE LOS QUE VERSA LA CONTROVERSIA	1
1.1	Primera Instancia.....	1
1.1.2.	Admisión a Trámite.....	4
1.1.3.	Contestación de la demanda	4
1.1.4.	Audiencia de saneamiento, conciliación, fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio	6
1.1.5.	Interposición de Nulidad	7
1.1.6.	Audiencia de pruebas	8
1.1.7.	Sentencia de Primera Instancia	10
1.2	Segunda Instancia.....	12
1.2.1.	Recurso de Apelación.....	12
1.2.2.	Concesorio de Apelación	13
1.2.3.	Absuelve Traslado de la Apelación	14
1.2.4.	Presentación de Alegatos.....	14
1.2.5.	Sentencia de Vista.....	15
1.3	Sede Casatoria.....	17
1.3.1.	Recurso de Casación.....	17
1.3.2.	Concesorio de Casación.....	18
1.3.3.	Auto calificadorio del recurso	18
2.	IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS DEL EXPEDIENTE	18
2.1	¿Existe responsabilidad civil extracontractual, configurándose así sus elementos constitutivos?	19
2.2	¿Se acredita la existencia del daño moral de la demandante?	19
2.3	¿El recurso de casación fue debidamente declarado improcedente?	19
2.4	¿Corresponde indemnizar a la víctima en relación a sus condiciones personales en comparación a su contraparte?	19
3.	POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE CADA UNO DE LOS PROBLEMAS IDENTIFICADOS DEL EXPEDIENTE.....	20
3.1	¿Existe responsabilidad civil extracontractual, configurándose así sus elementos constitutivos?	20
3.2	¿Se acredita la existencia del daño moral de la demandante?	40

3.3	¿El recurso de casación fue debidamente declarado improcedente?	46
3.4	¿Corresponde indemnizar a la víctima en relación a sus condiciones personales en comparación a su contraparte?	50
4.	POSICIÓN PERSONAL SOBRE LO RESUELTO EN EL PROCESO CIVIL	53
4.1	Sentencia de Primera Instancia	53
4.2	Sentencia de Vista.....	54
4.3	Auto Calificatorio – emitido por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia...	55
5.	CONCLUSIONES.....	55
6.	BIBLIOGRAFIA	57

1. RELACION DE LOS HECHOS SOBRE LOS QUE VERSA LA CONTROVERSIA

Proceso de Conocimiento

1.1 Primera Instancia

1.1.1. Demanda

Con fecha 16 de diciembre de 2002, la Sra. Doris Berrios Martínez interpone demanda de indemnización por daños y perjuicios contra Annie Carolle Flores Lemaire ante el Sexagésimo Tercer Juzgado en lo Civil de Lima, a fin que se le abone la suma de S/. 40,000.00 (cuarenta mil soles).

Fundamentos de Hecho

- La demandante señala que reside en el mismo edificio que la demanda, persona que siempre la ha hostilizado en diversas oportunidades, derivando en agresiones físicas hacia su persona, amenazas, daños a la propiedad, construcciones antirreglamentarias, denuncias frente al Ministerio Público, anteriormente ha solicitado garantías frente a la Sub – Prefectura de Lima e impuesto denuncias frente al Consejo Distrital de Lima contra la demandada, entre otros. En ese contexto, el hecho preciso que motiva la denuncia es un desperfecto con las tuberías en relación sistema de agua, produciendo humedad en la intersección del techo del tercer piso y suelo del cuarto piso, precisamente donde la demanda y demandante domicilian, respectivamente; producto de ello, la recurrente tuvo que desarmar los muebles empotrados al interior de su departamento, romper el piso y paredes para verificar la existencia del desperfecto señalado (incluyendo el retiro de sanitarios de baño y cocina), hecho que puede constatarse fehacientemente.
- En consecuencia, la demandante solicitó una pericia en la especialidad de ingeniería sanitaria frente al Colegio de Ingenieros del Perú, cuyo dictamen confirmó que no habría fuga en las instalaciones de su departamento, hecho que derivó en la iría de la demanda quien rompió con un martillo las tuberías y piso de la azotea, afectando el techo de la recurrente, circunstancia constatable por personal de Serenazgo de San Borja y Comisaría PNP del mismo distrito; dentro de los hechos sucedidos, tiene especial relevancia el ocurrido el día 16 de septiembre a las 2:30 p.m., siendo que una vez más la demandante comenzó a romper las tuberías de la azotea del edificio, hecho que motivó a la afectada a increpar la conducta de la demandada, originando

diversas reacciones en esta última como insultos verbales, agresión física e incluso el intento de arrojar a la demandante por las escaleras de la azotea, lo cual fue impedido debido a que el hijo de la recurrente apareció oportunamente para evitar una escenario fatídico; recalca la recurrente que es una persona de 71 años y 45 kilos de peso, aparentemente incapaz de defenderse físicamente a cualquier tipo de agresión, mientras que la demanda es una mujer de 47 años de edad y 78 kilos de peso.

- Asimismo, la demandante recalca que, en relación al desperfecto de tuberías relacionado al sistema de agua del edificio, comunicó a la demandante que enviaría a un gasfitero para descartar una posible filtración en el inmueble de esta última; sin embargo, en todas las oportunidades el experto no fue atendido debido a que la emplazada no permitió su ingreso y recurriendo a argumentos ilógicos para evitar que este realice su trabajo. Dada las innumerables prácticas de hostilización por parte de la demanda, la recurrente señala que comenzó a sufrir una profunda depresión, recibiendo medicamentos para el tratamiento del caso, sumado ello a los gastos innecesarios por gasfitería, pericias, procedimientos legales, entre otros, le han causado un gran perjuicio económico
- Por tanto, puede señalarse que se desprende que el daño patrimonial se materializa de la siguiente manera:
 - Daño emergente:
Doris Berrios Martínez, al haber gastado en pericias, gasfitería, medicamentos médicos, procedimientos legales, entre otros.
 - Lucro Cesante:
No se explicó ni justificó de manera implícita o explícita la existencia del mismo.
- También se colige que el daño extrapatrimonial se materializo de esta manera:
 - Daño Moral:
La demandante, al haber sido afectada por un cuadro de depresión y angustia, así como afectación a su aflicción por todas las circunstancias y actos de hostilización por parte de la demanda.

Fundamentos de Derecho

- Indemnización por daño por dolo y culpa (art. 1969 del C.C.)
- Defensa de la persona humana (art. 1 de la Constitución) y Derechos Fundamentales de la Persona (art. 2, incisos 1 y 24 de la Constitución).
- Procedencia en el Proceso Abreviado (art. 475 del C.P.C.).

Medios probatorios

La demandante presentó cuarenta y ocho medios probatorios, la mayoría constataciones por daños materiales, denuncias hechas antes la Comisaría de San Borja, cartas notariales, recibos y análogos relacionados al desperfecto en las tuberías, certificados médicos, resoluciones y oficios que constatarían los problemas ocasionados por la demanda, entre otros; en ese contexto, los medios probatorios más importante son los siguientes:

- Recibo por compostura de las tuberías rotas por la emplazada, instaladas encima del techo de la demandante, Sra. Doris Berríos, de fecha 04 de agosto de 2001.
- Denuncia policial por agresión ante la Comisaría de San Borja, de fecha 16 de setiembre de 2001, dónde se confirmaría la agresión por parte de la demanda contra la recurrente.
- Certificado médico legal N° 038009-L de fecha 17 de setiembre de 2001, donde se confirman las agresiones sufridas por parte de la demanda.
- Informe del Perito del Colegio de Ingenieros de Lima, de fecha 21 de agosto de 2001, a través del cual se informa que el desperfecto que genera el humedecimiento provendría del departamento 301, debido a total ausencia de humedad en el dpto. 401, propiedad de la demandante.
- Constancia de otorgamiento de garantías a favor de la demandante, de fecha 27 de diciembre de 2001.
- Constancia del gasfitero Víctor Ecos, de fecha 14 de marzo de 2002, quien manifiesta que acudió al inmueble de la demanda hasta en dos oportunidades para solucionar el problema con la humedad, quien no quiso abrirle la puerta.
- Recibo por concepto de reparación de tuberías que se encuentran en la azotea, de fecha 21 de marzo de 2002, daño que habría sido producido por la demanda.
- Constancia del gasfitero Pedro Gutiérrez, de fecha 04 de mayo de 2002, quien junto a su ayudante no pudieron ingresar al domicilio de la demanda para arreglar la supuesta filtración, negando el servicio del caso.

-Certificados médicos de fecha 28 de setiembre de 2001 y 13 de diciembre de 2002, en los cuales se evidenciaría el inicio y tratamiento del cuadro de depresión sufrido por la demandante, respectivamente.

-Ofrecimiento de la declaración testimonial de los vecinos de ambas partes, señores Wilfredo Mansilla Novella, Javier Melgar Garagatti y Olga Castro Vda. De Sánchez.

1.1.2. Admisión a Trámite

El 23 de diciembre de 2002, el Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, mediante la Resolución N° 1, admitió a trámite la denuncia presentada por Doris Berrios Martínez en contra de Annie Carolle Flores Lemaire y corrió traslado a esta última, otorgándole un plazo no mayor a 10 días hábiles para que conteste la demanda, ello en conformidad con lo dispuesto por el artículo 491, inciso 5, del Código Procesal Civil.

1.1.3. Contestación de la demanda

Con fecha 28 de enero del 2003, la señora Annie Carolle Flores Lemaire, demandada, se apersonó al proceso civil y formula contestación de la demanda, solicitando al Sexagésimo Tercer Juzgado en lo Civil de Lima que la misma sea desestimada en todos sus extremos.

Fundamentos de Hecho

- La demandada señala desde que fue elegida como presidenta de la Junta de Propietarios del Edificio Residencial Strauss, hecho ocurrido el 14 de marzo de 1994, la demandante y vecinos comenzaron hacerle la vida imposible, entre ellos la ralladura y desinfe de las llantas de su auto, denuncias falsas frente a la Comisaría de San Borja, traer autoridades para realizar constataciones mientras ella no se encontraba en su domicilio, etc.
- En ese sentido, sobre la filtración que ocasiona parte del conflicto con la demandante, señala la demandada que solicitó a los hijos de la recurrente que arreglen el desperfecto en cuestión, sin éxito alguno debido a que la mencionada se encontraba en Estados Unidos; empero, en abril del año 2001, le solicitó a la demandante para que repare sus tuberías de agua y desagüe que afectaban el techo de propiedad ubicado en el tercer piso del edificio, rehusándose a solucionar el problema.
En consecuencia, la demandada recurrió a la intervención de la Municipalidad de San Borja, la cual ordenó a la demandante que proceda a la reparación de la filtración que ocurre desde su predio; la demandante mediante Carta Notarial habría reconocido

que el desperfecto en las tuberías tendría como origen su inmueble, ofreció como solución enviar al gasfitero Víctor Ecos, resultando que la recurrente contestó con otra carta notarial denotando su alegría con la demandante por querer resolver la controversia, sin embargo, dicha solución o promesa nunca se llevó a cabo debido a que el gasfitero o personal encargado no se habría apersonado oportunamente en el domicilio de la demandada.

- Además, el 16 de setiembre de 2001, la demandada señala que habría sido víctima de agresión por parte de la recurrente, en circunstancias que la señalada la habría agredido con su paraguas y que, por intervención del hijo de la demandante, se detuvo la agresión, hecho que fue denunciado frente a la Comisaría de San Borja, llegando al Juzgado de Paz Letrado de San Borja en el cual se declaró la extinción de la acción penal por prescripción.
- Asimismo, la demandada hace mención que la recurrente tendría problemas mentales asociados a esquizofrenia y psicosis de persecución, hecho del cual tomo conocimiento el 3 de setiembre de 2001, momento en el cual y en presencia de un instructor de la Comisaría de San Borja, admitió sufrir de los males citados, siendo atendida en Perú y Estados Unidos, paralelamente. Por tal motivo, la demandante considera que denuncia hechos falsos y piensa que la demandada la acosa, viviendo fuera de la realidad, inventando hechos en contra de su persona, razones por las cuales debe desestimarse la demanda en todos sus extremos.

Fundamentos de Derecho

- Plazo de la Contestación de la Demanda (art. 491, inciso 5 del Código Procesal Civil)
- Demás artículos del Código Procesal Civil.

Medios probatorios

La demandada presentó dieciocho medios probatorios, cabe señalar como más importantes a los siguientes:

- Carta enviada a la demandada en la cual los vecinos del Edificio Strauss no están de acuerdo con su designación de ella como presidenta de la junta.
- Carta Notarial de la demandante en la cual se compromete a reparar sus tuberías.
- Copia certificada de la denuncia interpuesta contra la demandante por agresión hacia la demandada, de fecha 16 de setiembre de 2001.

-Manifestación de la demandante ante el Instructor de la Comisaría de San Borja en la que señala que se encuentra en tratamiento psiquiátrico.

-Copia certificada de la sentencia en la que declara extinguida por prescripción, la acción penal emitida por el Juzgado de Paz Letrado de San Borja.

1.1.4. Audiencia de saneamiento, conciliación, fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio

Con de fecha 23 julio de 2003, mediante audiencia única, se llevaron diversos actos procesales:

Saneamiento

Las partes procesales no dedujeron excepciones ni defensas previas, por lo que prosiguió a declarar la existencia de una relación jurídica válida y, en consecuencia, saneado el proceso.

Conciliación

La parte demandante reitera sus argumentos expresados en la demanda, sin embargo, considera rebajar la pretensión indemnizatoria a treinta mil nuevos soles; por otro lado, la demanda señala que todo se trataría de un problema de cañerías y desperfecto en las mismas, proponiendo que cada una arregle las propias dentro de la propiedad de cada una. En ese sentido, la señora juez señala como fórmula para la solución de controversia, que cada una de las partes procesales arregle por su cuenta sus respectivas cañerías y que la parte demandada solucione por su cuenta todos los daños materiales ocasionados a la demandante.

Dada la fórmula designada por la magistrada, las partes procesales no aceptan la misma, no produciéndose conciliación alguna.

Fijación de puntos controvertidos

Asimismo, el juzgado estableció como punto controvertido los siguientes:

- Determinar la existencia de los daños alegados por la demandante y cuantía.
- Determinar los daños alegados, determinar si fueron causados por hechos de la demandada, a fin de establecer la relación de causalidad.
- De existir relación causal, determinarse el factor de atribución y, en consecuencia, la responsabilidad de la demandada.

Admisión de medios probatorios

El juzgado admitió como medios probatorios de la parte demandante: las pruebas documentales ofrecidas del punto uno al cuarenta y siete de los medios probatorios ofrecidos, los mismos que se encuentran descritos de foja setenta y ocho a ochenta y tres. Asimismo, la declaración testimonial de los señores Wilfredo Mansilla Novella, Javier Melgar Garagatti y Olga Castro Vda. de Sánchez, conforme al pliego interrogatorio.

De ese mismo modo, respecto a los medios probatorios ofrecidos por la parte demandada: las pruebas documentales ofrecidas del punto dos al dieciocho del escrito de contestación de la demanda, en los referidos al rubro de medios probatorios. Además, la declaración de parte en relación a la demandante conforme al pliego interrogatorio acompañado al escrito de contestación de la demanda.

Finalmente, el juzgado dispuso medios probatorios de oficio, entre los cuales se encuentra una inspección judicial a los inmuebles ubicados en la Avenida San Borja N° 648, respecto a los departamentos de las partes procesales, diligencia programada para el 07 de agosto del año 2003, a las 12:30 pm; así como la declaración testimonial de Pedro Gutiérrez y Víctor Ecos, gasfiteros dentro del caso, solicitando a las partes que en un plazo de tres días den a conocer la dirección de los mencionados para dar cumplimiento a la testimonial de ambos.

1.1.5. Interposición de Nulidad

Con fecha 11 de agosto de 2003, la demandante interpone nulidad contra el Acta de diligencia de la Inspección Judicial de fecha 07 de agosto de 2003, exponiendo lo siguiente:

- Se ha practicado la inspección del techo de la azotea sin consentimiento de los sus propietarios, pese a estar previamente acordado que solo se inspeccionaría los departamentos 301 y 401, de ambas partes del proceso; circunstancia que podría generar algún tipo de responsabilidad para el Juzgado como precisamente, las partes procesales.

Con fecha 14 de agosto 2003, mediante Resolución N° 08, la judicatura decide declarar **IMPROCEDENTE** la nulidad del Acta de Inspección Judicial solicitado por la demandada, señalando lo siguiente:

- La inspección judicial ordenada se llevó bajo las formalidades contenidas en el art. 274 del Código Procesal Civil, pues se contó con la presencia de las partes procesales, sus abogados defensores, habiendo suscrito la respectiva Acta, sin realizar observación alguna, convalidando el acto procesal en cuestión.
- Quien formula la nulidad tiene que demostrar que se encuentra perjudicado con el acto procesal, por lo que la demandada no acredita interés propio y específico como consecuencia del acto en cuestión.

Con fecha 22 de agosto de 2003, la demandante interpone recurso de apelación contra la Resolución N° 08, bajo los argumentos en cuestión:

- La resolución que ordena la Inspección Judicial de oficio, no ha sido debidamente motivada conforme dispone el art. 194 del Código Procesal Civil.
- La disposición de inspeccionar otros lugares diferentes a los acordados, como lo son el suelo y los aires de la azotea, propiedad de terceros ajenos al proceso y sin presencia de estos deviene en grave responsabilidad que debe ser subsanada conforme a ley, en defensa de la legalidad del proceso.

Con fecha 09 de setiembre de 2003, mediante Resolución N° 10, el Sexagésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, concede a favor de Annie Flores Lemaire, la apelación solicitada sin efecto suspensivo, ordenando se eleve al Cuaderno de Apelación a la Sala Superior.

1.1.6. Audiencia de pruebas

Con fecha 28 de agosto de 2003, en la mencionada audiencia, la señora Juez del Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, da cuenta que se hicieron presentes las partes procesales con sus respectivos abogados, procediéndose a tomar las declaraciones del caso ofrecidas por ella en su demanda.

En la declaración del señor Wilfredo Mansilla Novella, puede identificarse que no tiene ningún interés en el resultado del proceso judicial materia de discusión, que habría sufrido agresiones físicas y materiales contra su persona por parte de la demandada en el año 1993 derivando en la ruptura de la relación vecinal lo cordial con la agresora, además solicitó garantías contra la susodicha en el año 1999 (dejando constancia en el acto de dicha solicitud).

Por otro lado, de la declaración de Javier Melgar Garagatti, se señala que no tiene ningún interés en el resultado del proceso judicial en cuestión, quien pudo constatar los daños materiales dentro de la propiedad Berríos (al organizarse una reunión vecinal al interior de la casa de la citada) como consecuencia de verificar la existencia o no de la humedad y procedencia del desperfecto con las tuberías, el testigo también da fe de del deterioro de salud de la demandante y que incluso tuvo que auxiliarla en cierta oportunidad. Empero a lo señalado, no se pudo tomar la declaración de la señora Olga Castro Vda. de Sánchez, debido a que la misma no asistió a la diligencia programada.

Finalmente, en relación a las declaraciones testimoniales solicitadas por el juzgado en el auto de saneamiento probatorio, la persona de Pedro Gutiérrez no asistió a la audiencia en análisis, por lo que no se tomó su declaración. Sin embargo, el otro testigo, el señor Víctor Ecos, gasfitero de ocupación, señala que ha prestado sus servicios a la demandante, quien constata que el desperfecto con las tuberías y humedad no provendría del domicilio de la recurrente, solicitando a su entonces clienta, que se realice el trabajo al interior del domicilio de la demandada, negándose esta última a la tarea descrita, transmitiendo dicha negativa a la demandante; en otra oportunidad, quien declara señala que pudo constatar que las tuberías de la azotea se encontraban rotas debido a cierto objeto contundente que ocasionó dicho daño material, reparando las mismas y tomando conocimiento por parte de la demandante, que la persona que habría ocasionado el desperfecto fue la demandada. En ese orden de ideas, termina reiterando que visitó en diversas oportunidades el domicilio de la demandada, sin éxito alguno al querer ingresar a su inmueble; sin embargo, en cierta oportunidad la demandada aceptó que se ingresara a su hogar, adjuntando el presupuesto para la reparación del caso a la demandante, pero al parecer no disponía de recursos económicos en ese entonces para llevar a cabo solución al desperfecto, resultando que no se hizo trabajo de reparación alguna.

Cierra su intervención, el Sr. Ecos, alegando que debido a la insistencia de la demandante y para su tranquilidad de esta, terminó aceptando verificar y realizar la reparación de ser el caso en el inmueble de la demandada, y que dicha circunstancia le iba a costar una fuerte suma de dinero, sugiriéndole a la recurrente que esperara para ver si la filtración iba aumentando, momento en el cual dejó de ir.

Desde luego, se recibe la testimonial de la demandante, Sra. Berríos, conforme fue solicitado mediante escrito de contestación de la demanda formulado por la

contraparte. La demandante reitera, que quien la agredió físicamente fue la demandada y que, gracias a la intervención de su hijo, no se llegó a un peor escenario.

Finalmente, la judicatura requiere a la Sra. Castro para que se tome su declaración testimonial, dándose de esta manera como culminada la Audiencia y poniéndose a Despacho para sentenciar.

1.1.7. Sentencia de Primera Instancia

Mediante la Resolución N° 23, de fecha 20 de abril de 2014 (fs. 268 a 278), la Dra. Roxana Jiménez Vargas-Machuca, Jueza del Sexagésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima de la Corte Superior de Justicia de Lima, Perú, expidió la Sentencia que declara **FUNDADA** en parte la demanda de Indemnización interpuesta por Doris Berrios Martínez contra Annie Carolle Flores Lemaire, **ORDENANDO** a la demandante el pago de veinte mil nuevos soles por concepto de daño moral y cuarenta dólares americanos por concepto de daño emergente, con costas y costos del proceso, decisión judicial en base a los siguientes puntos:

(i) Sobre los medios de prueba que generan responsabilidad civil extracontractual:

La jueza, considera que las garantías personales solicitadas por la demandante con fecha 06 de agosto de 2001 y posteriormente otorgadas por la Prefectura de Lima con fecha 17 de diciembre del mismo año, denotan indicios suficientes de comportamiento hostil y agresivo de la demandada contra la recurrente, además, de las declaraciones testimoniales de los señores Wilfredo Mansilla Novella y Javier Melgar Garagatti, evidencian el constante maltrato y afectación que estaría produciéndose la Sra. Flores en contra de la Sra. Berrios. En ese sentido, respecto al daño material, de la testimonial del gasfitero, Víctor Ecos, se identifica que del trabajo que realizó en la propiedad de la demandante, no se encontraron rastros de humedad ni filtraciones y es por insistencia de la demandada, que su contraparte optó por dejar todo al descubierto. Por otro lado, la judicatura señala que no hay duda que el 16 de setiembre de 2011, hubo un incidente de violencia física entre ambas partes, en el cual la demandante pasó el reconocimiento médico legal conforme el Oficio N° 3215, emitido por la Municipalidad de San Borja, produciéndose el Certificado Médico Legal del Ministerio Público, arrojando como conclusión la incapacidad médico legal de la demandante por seis días, diversas contusiones ocasionadas por la demandada y que no fueron desvirtuadas por su parte.

(ii) Sobre el daño moral:

El criterio establecido por la judicatura versa sobre las condiciones personales de las partes y las diferencias existentes entre ambas: edad, fortaleza y vigor dentro del proceso, condición física, nivel económico, estado de salud, factores sociales y culturales, comportamiento; por las consideraciones señaladas, atendiendo a la diferencia favorable de la demandada a comparación de su contraparte, la jueza establece un monto indemnizatorio por la suma de veinte mil nuevos soles.

(iii) Sobre el daño emergente:

En base al acta de inspección judicial se determina la existencia de daño patrimonial, teniendo como sustento el daño del techo y piso del departamento de la demandante, así como el piso de la azotea sobre el que se encuentra el departamento de la susodicha, de esto se determina la existencia de daño patrimonial, sin embargo, no resulta suficiente para atribuir responsabilidad a la demandada debido a que las declaraciones testimoniales de los señores Javier Melgar Garagatti y Víctor Ecos, tienen como fuente de información a la demandante, no habiendo más testigos o medios de prueba que corroboren la autoría de la señalada respecto a los destrozos y daños señalados. Empero, se reconoce los gastos incurridos por la demandante en relación a los pedidos de mala fe de la demandada respecto a las exigencias continuas de picar su piso, debido a que se ha constatado que las tuberías se encontraban completamente secas, teniéndose como única prueba documental una constancia emitida por el gasfitero Pedro Gutiérrez por trabajo al interior del inmueble de la demandante, se concede un monto indemnizatorio por daño emergente de cuarenta dólares americanos.

(iv) Sobre el lucro cesante:

En razón a que la demandante no ha sustentó la pretensión del caso, la misma es declarada infundada.

1.2 Segunda Instancia

1.2.1. Recurso de Apelación

Con fecha 01 de junio de 2004, y dentro del plazo legal establecido, la demandada Annie Carolle Flores Lemaire, presenta recurso de apelación contra la sentencia final de primera instancia, pues según señala, contendría graves errores de hecho y derecho, afectando el principio del debido proceso.

- La demandada señala que la parte considerativa de la sentencia resultaría ser una transcripción de los fundamentos de la demanda, afectándose el mencionado principio; la parte apelante afirma que el caso es sobre responsabilidad civil extracontractual y que, para confirmar su existencia, debe analizarse objetivamente el elemento de daño, el cual no se establece en ningún momento, por lo que solo se está atribuyendo responsabilidad sin mayor análisis de fondo.
- Asimismo, señala como error de hecho el quinto punto de análisis de la sentencia, al señalar de manera errónea al daño moral como de naturaleza subjetiva, estableciéndose un monto para un daño subjetivo, lo cual resultaría contrario a la noción de daño moral, debido a que no hay un daño de tipo subjetivo porque la subjetividad en factor de atribución, confundiendo las terminologías daño moral y daño subjetivo, equiparando los conceptos equivocadamente.
- Seguidamente, la apelante discute el hecho de que la judicatura de primera instancia compare a su persona con la demandante respecto a la edad, estado físico, fortaleza, vigor físico y anímico, condición social, cultura y otros, hechos que habrían sido valorados por la judicatura de manera imparcial, no cumpliendo con el deber de administrar justicias idóneamente.
- Sumado a ello, la judicatura asume que dada las diferencias mencionadas anteriormente, se considera que las agresiones físicas y la filtración que origina la disputa reiterada entre las partes procesales, deben atribuirse a la demandada, omitiéndose por ejemplo el medio probatorio presentado por la demandada (Resolución de Gerencia No. 179-2001-CDSB-GF), el cual resultaría sumamente relevante, en el que se ordena a la Sra. Berríos reparé el desperfecto relacionado a las tuberías, hecho que sería grave al no pronunciarse sobre la base de los puntos controvertidos, confirmando la violación al principio del debido proceso.

- Inmediatamente, la apelante señala que no hay documento que acredite que los padecimientos que sufre la demandante sean atribuibles a su persona.
- En cuanto a los errores de derecho, insiste en la violación del principio del debido proceso, pues en la sentencia de primera instancia la judicatura no confirma la existencia del daño y el tipo de daño, contraviniendo el esclarecer la verdad fijada mediante los puntos controvertidos, ello se puede confirmar a través de la transcripción del art. 1985 del Código Civil, el cual además de no ser aplicable al caso en concreto, no se fundamenta porque se tendría que dar la aplicabilidad del mismo, pues solo a lo largo del análisis de la judicatura, se hace mención a las garantías personales otorgadas a la demandante, declaración de testigos, daño físico sufrido de la demandante y un dictamen del asesor legal de la prefectura; hechos y dichos que asume la administradora de justicia y que determinarían prácticamente como verdad todo aquello que fue alegado por la demandante (coacción, agresión y daños a su propiedad, así como estado psicológico y condición médica de esta, filtración atribuible a la demandada, etc.).
- Finalmente, la apelante señala y reitera que no se ha demostrado el daño pese a que aparentemente exista antijuricidad, no pudiéndose determinar responsabilidad civil extracontractual, debido a que no hay medio probatorio que permite generar certeza respecto al posible perjuicio ocasionado a la demandante, por lo que incluso existe error de derecho en cuanto la judicatura no se ha pronunciado sobre otros elementos como la relación de causalidad ni factor de atribución, estableciéndose así un mayor análisis y énfasis sobre el daño moral y emergente; por tanto, la apelante concluye señalando que la aplicación del Derecho fue reemplazado por compasión hacia la demandada e incluso asumiendo dentro de los argumentos en la sentencia de su judicatura, la defensa de la posición de la demandante, ausentándose una verdadera valoración de los medios probatorios que justifiquen o motiven de alguna manera la decisión de dicha instancia, razones por las cuales interpone el recurso de apelación en cuestión.

1.2.2. Concesorio de Apelación

Mediante Resolución N° 24, de fecha 02 de junio de 2004, el Sexagésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, concede a favor de Annie Flores Lemaire, la apelación solicitada de la Sentencia de Primera Instancia con efecto suspensivo.

1.2.3. Absuelve Traslado de la Apelación

Con fecha 27 de enero de 2005, la demandante contesta la apelación presentada por la demanda, en el cual señala como principales argumentos lo siguiente:

- Que se encuentra conforme con la sentencia de primera instancia en cumplimiento con los art. 188, 189, 190 y 197 del Código Procesal Civil, pues los medios probatorios han acreditado su pretensión.
- Que la relación de causalidad aplicable al caso es la causa reciente.
- En autos se constata el nexo de la relación de causalidad entre los actos realizados por la demandada y los daños sufridos por su persona.
- La resolución de Gerencia N° 179-2001 de la Municipalidad de San Borja, fue revocada por el Oficio N° 032-2002-MSB-GF, esto en relación al procedimiento administrativo que mantenía con la demandada respecto al problema de la humedad y filtración de los departamentos de las señaladas.
- Los artículos 1969 y 1985 del Código Civil justifican su pretensión entorno a la obligación de indemnizar y la relación de causalidad, respectivamente, y que el actuar de la demandada no se encuentra prevista como en ninguna de las causales como causa de justificación previstas en el art. 1971.

1.2.4. Presentación de Alegatos

Con fecha 17 de agosto de 2005, la demandada presenta sus alegatos, señalado en resumen lo siguiente:

- La judicatura no ha logrado demostrar la existencia del daño, pues las garantías personales y las declaraciones testimoniales no prueban afectación a la demandante y que, en el supuesto negado del caso, la afectación psicológica como punto central del daño moral no es acreditable porque no hay informes u opinión especializada que determine el mismo.
- La demandante señala que actúa en el marco del art. 1971 del Código Civil, dentro del ejercicio regular de un derecho, pues no existe responsabilidad civil pese a

presentarse el elemento de daño, al haber cumplido con la Resolución de Gerencia N° 179-2001-CDSB emitida por la Municipalidad de San Borja

- En relación al evento ocurrido el 17 de junio de 2005, la demandada también fue agredida físicamente por la demandante, para ello presente el Certificado Médico Legal N° 038256-L.
- En relación al argumento de la demandante, que el Oficio N° 032-2002-MSB-GB revocaría la Resolución de Gerencia emitida por la Municipalidad de San Borja, esto devendría en falso en razón a que la entidad no puede pronunciarse sobre el recurso de reconsideración presentado por causa imputable a la demandante.

En ese sentido, con fecha 01 de setiembre de 2005, la demandante presenta sus alegatos, resaltando lo siguientes argumentos:

- La demandante reitera el maltrato gradual y progresivo que ha sufrido por parte de la demandada desde hace varios años.
- Los medios probatorios valorados por la judicatura logran demostrar la existencia del daño y específicamente, daño moral y emergente.
- La actuación de la demandada no se encuentra dentro del ejercicio regular de un derecho, contenido en el art. 1971 del Código Civil y que la relación de causalidad regulada en el art. 1985 se establece mediante los hechos y el daño producido, y que las pruebas valoradas conducen a tal circunstancia.

1.2.5. Sentencia de Vista

Con fecha 26 de junio de 2004, la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima expidió la Sentencia de Vista, resolviendo **REVOCAR** la Sentencia de Primera Instancia de fecha veinte de abril del año dos mil cuatro, que declara fundada en parte la demanda, y ordena a la demandada pagar la suma de veinte mil nuevos soles por concepto de daño moral; **REFORMÁNDOLA**, declara como **INFUNDADA** la demanda en todos sus extremos. Asimismo, la resolución número ocho de fecha catorce de agosto de dos mil tres.

La Sentencia de Vista en mención se sustenta en los siguientes fundamentos:

- Sobre la nulidad de la inspección judicial solicitado por la demandada, la diligencia llevada a cabo no perjudica la buena marcha del proceso, debiéndose desestimar los argumentos de la mencionada.
- Existe diferenciación en cuanto, a las condiciones personales de las partes procesales, sin embargo, esto no significa que la demandante sea indemnizada de manera automática, pues se necesita del estudio de otros medios probatorios que acrediten la agresión y el abuso cometido por la demandada.
- De las denuncias policiales que corren a fojas seis y ciento nueve, se evidencian daños personales y recíprocos ocasionados entre las partes procesales, máxime que conforme a la resolución de fecha treintaiuno de julio del dos mil dos (fs. 116), emitida por el Primer Juzgado de Paz Letrado de Surco y San Borja, se declara extinguida por prescripción el proceso de faltas, generando la imposibilidad de determinar responsabilidad penal y con ello, el caudal probatorio, respecto a la iniciación de la agresión ejercida por parte de la demandada de ser el caso.
- El Oficio N° 032-2002-MSB-GF de fecha quince de marzo del dos mil dos, solo verifica la imposibilidad de un pronunciamiento de una opinión final respecto a las filtraciones por causa imputable a la demandante, este problema entre las partes procesales es el que da origen a la acción que se demanda.
- La existencia de daños por la directa responsabilidad de la demandada no está plenamente acreditada por los documentos consignados en autos.
- La inexistencia de antijuricidad es comprobada porque no ha sido compulsada con una decisión final en la vía penal
- La relación causal no se acredita, pues la conducta de la demandada no ha sido causante directa del hecho denunciado por la demandante.
- La demandada ha probado la ausencia de culpa respecto a los daños demandados por la recurrente, esto respecto al hecho de atribución.
- Habiendo razones atendibles para litigar, se exonera de costas y costos a la demandante.

1.3 Sede Casatoria

1.3.1. Recurso de Casación

Con fecha 04 de octubre de 2006, la señora Berríos. Demandante, y dentro del plazo legal establecido, presentó recurso extraordinario de casación contra la sentencia final de segunda instancia, pues según señala, contendría graves errores de derecho.

- La demandante afirma que las normas de derecho material habrían sido aplicadas de manera incorrecta, en específico los artículos 1969 y 1971 del Código Civil, relacionados a la indemnización de daño por dolo o culpa e inexistencia por responsabilidad, respectivamente; refiere la demandante, que ambos artículos son propios de la responsabilidad extracontractual y que solo lo señalado en el artículo 1971, funciona como excepción a la aplicabilidad del referido régimen, resultando que la carga de la prueba corresponde al autor.
- En ese sentido, esta señala que la sentencia de segunda instancia, interpreta sin mayor análisis el art. 1969 del Código Civil, debido a que se aplica indebidamente la regla contenida en el art. 1970, relacionada a la teoría del riesgo y al proceso de industrialización, este último asociado al incumplimiento de las normas de cuidado y es desvalor de la conducta; hecho, que no sería aplicable debido a que no tiene ninguna relación con los hechos materia de litis que sería la actividad de propietario o vecino de un predio multifamiliar.
- Asimismo, la parte afectada señala que, pese a que probatoriamente se acreditaría la existencia de daño, se ha omitido aplicar al caso el art. 1971, con el argumento de que son las únicas excepciones para atenuar o eliminar responsabilidad civil.
- Por otro lado, señala que la judicatura de segunda instancia ha empleado la teoría de equivalencia de condiciones respecto al argumento que no se ha probado que la causante del hecho directo sea la demandada y que esta última ha probado la ausencia de culpa; teoría que se explica por la suma de condiciones para la producción de un hecho son necesarias para su realización, de ausentarse un elemento no se produciría el mismo. Sin embargo, dicha teoría no sería aplicable al caso en razón a que nuestra legislación recoge la teoría de la causa adecuada (causa idónea para producir el daño) y no la antes explicada.
- Prosigue la recurrente, como hecho más grave, que a nivel probatorio se haya aplicado ilegalmente el artículo 196 del Código Procesal Civil, absolviendo arbitrariamente de dicha obligación procesal a la demanda y violándose la garantía

constitucional del debido proceso; resultando, que lo adecuado resulta ser la aplicación de los artículos 1969 y 1971 del Código Civil que invertirían la carga de la prueba, debiendo la demandada probar la inexistencia del daño.

1.3.2. Concesorio de Casación

Mediante Resolución, de fecha 06 de octubre de 2004, la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, concede a favor de Doris Berrios Martínez, el recurso de casación solicitado de la Sentencia de Segunda Instancia a la Sala Civil de la Corte Suprema.

1.3.3. Auto calificadorio del recurso

Con fecha 16 de enero de 2007, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Lima, declara **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por Doris Berrios Martínez, demandante, y la **CONDENARON** al pago de tres Unidades de Referencia Procesal, sobre la base del siguiente argumento:

- Existen problemas en el planteamiento del recurso cuando se afirma que se ha aplicado incorrectamente los artículos 1969 y 1971 del Código Civil, para luego señalar que se ha omitido aplicar el último en mención, contraviniendo la exigencia señalada en el numeral 2 del artículo 388 del Código, describir con claridad y precisión la infracción normativa.

2. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS DEL EXPEDIENTE

El expediente materia de estudio presenta una serie de temas con relevancia jurídica, problemas que requieren determinado análisis en el campo de la responsabilidad civil extracontractual, entre ellos se encuentran la existencia de responsabilidad, la acreditación del daño moral, la indemnización por la condición personal de la víctima y procesalmente, la procedencia del recurso de casación, por lo que, estos puntos mencionados serán detallados a continuación, para realizar el análisis correspondiente, posteriormente se planteará la posición personal sobre la resolución del caso llevada por los órganos jurisdiccionales. Así, los principales problemas jurídicos identificados son los siguientes:

2.1 ¿Existe responsabilidad civil extracontractual, configurándose así sus elementos constitutivos?

Considero indispensable analizar este tema, debido a que existe contradicción entre la Sentencia de Primera Instancia que declara la responsabilidad civil extracontractual de la demandada, mientras que, en la Sentencia de Vista, muy por el contrario, se niega la responsabilidad de la parte mencionada sobre la base del análisis que plantea dicha judicatura.

Por tanto, resulta coherente señalar si efectivamente o no se genera responsabilidad civil extracontractual de la demandada, observándose los elementos constitutivos que son la antijuricidad, el daño, la causalidad y el factor de atribución o contrariamente, estamos frente a un supuesto de ausencia de responsabilidad (indemnidad legal) o fractura causal.

2.2 ¿Se acredita la existencia del daño moral de la demandante?

Se observa que la demandante presenta diversos medios probatorios a fin de acreditar que ha sufrido daño moral, circunstancia que resulta amparable en posición de la Primera Instancia, mientras que en la Sentencia de Vista se niega que en autos quede acreditado suficientemente la existencia del mismo.

En tal sentido, termina siendo importante establecer si en caso objeto de análisis se puede presumir o no que efectivamente hay un desmedro a la esfera jurídica subjetiva de la demandada, es decir, el daño moral.

2.3 ¿El recurso de casación fue debidamente declarado improcedente?

La Sala Civil Nacional de la Corte Suprema de Justicia de la República declara como improcedente el recurso de casación de la demandante, circunstancia por la cual se termina el proceso civil, decisión que puede resultar controvertida si el análisis de la Sala no fue el correcto.

En consecuencia, resulta importante verificar si la declaración de improcedencia del recurso de casación fue conforme a las reglas del Código Procesal Civil.

2.4 ¿Corresponde indemnizar a la víctima en relación a sus condiciones personales en comparación a su contraparte?

He identificado este como otro problema de relevancia, debido a la posición de la Sentencia de Primera Instancia. En esta, se toma en consideración las condiciones

personales de ambas partes procesales para otorgar la indemnización del caso, lo cual tiene relación con la discrecionalidad que maneja la judicatura, sin embargo, se debe analizar si resulta objetivo y conforme a ley, pues emplear circunstancias como las diferencias económicas, físicas, sociales, entre otras, en empleo del criterio en cuestión resulta medianamente cuestionable.

En este punto, la importancia radica en si el criterio señalado se ajusta a las reglas del Código Civil y, en consecuencia, si el mismo es amparable en cuanto a su empleo por los órganos jurisdiccionales.

3. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE CADA UNO DE LOS PROBLEMAS IDENTIFICADOS DEL EXPEDIENTE

3.1 ¿Existe responsabilidad civil extracontractual, configurándose así sus elementos constitutivos?

Del análisis del expediente, se identifica que las partes procesales mantienen un problema de convivencia vecinal, diversas circunstancias que derivan en un proceso judicial, específicamente, responsabilidad civil extracontractual, sobre esta base se desarrollan los acontecimientos materia de litis de la presente.

En principio, es importante establecer las implicancias de la responsabilidad civil extracontractual sobre la cual se sustenta el caso. Así, conforme a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 1762-2013:

La Teoría de la Responsabilidad Civil comprende las denominadas Responsabilidad Civil Contractual y Responsabilidad Civil Extracontractual, diferenciación que proviene en el caso de la primera por la existencia de un vínculo (contrato) que relaciona a las partes en virtud de la voluntad expresada que determina las obligaciones que competen a los involucrados, mientras que en la Responsabilidad Civil Extracontractual existe por disposición de la Ley, la cual atribuye obligaciones por el acontecer de un evento dañoso, persiguiéndose en ambos casos resarcir o reparar a la víctima por el daño¹.

¹ Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 1762-2013, de 21 de marzo, sobre la Responsabilidad Civil Extracontractual (Lima 21 de marzo de 2014, sala Ticona Postigo, Valcárcel Saldaña, Del Carpio Rodríguez, Miranda Molina y Cunya Celis).

En tal sentido, la responsabilidad es extracontractual cuando con total independencia de obligaciones de cualquier otro tipo que existan entre las partes, el daño se produce por violación de deberes generales de conducta o, de la regla general *alterum non laedere*².

Asimismo, se identifica que, en la responsabilidad civil extracontractual, es esencial la verificación del daño injusto, al que se refiere y según el cual se proporciona la reacción del Derecho; el mismo que se concreta con la imposición de la obligación (primaria) de indemnizar la totalidad del perjuicio al sujeto que incurriera en alguna de las hipótesis (de responsabilidad) contempladas en la ley³.

Además, la responsabilidad civil extracontractual tiene por finalidad reparar íntegramente los daños. Por tanto, no busca enriquecer a la víctima como los daños punitivos provenientes derecho anglosajón, ni que ésta reciba una indemnización menor al daño sufrido⁴.

En suma, se debe entender por responsabilidad extracontractual como el quebrantamiento del deber de no causar daños a otros, generándose un daño injusto que implica la obligación de indemnizar al sujeto dañado, buscándose colocar al sujeto en la situación jurídica subjetiva anterior al momento de ocurrencia del daño, justificándose ello mediante la indemnización, esta última que debe responder congruentemente al daño generado y teniendo como función la reparación a la víctima, mas no como medio punitivo o compensatorio como en el derecho anglosajón.

En consecuencia, la regulación sobre el particular podemos encontrar en el Código Civil del año 1984, en lo dispuesto por los artículos 1969 y 1970, en los cuales se detalla lo siguiente:

² Rut González Hernández, "Responsabilidad Contractual y Extracontractual – barrera entre ambas", *Anuario Jurídico y Económico Esculiarense*, no. 46 (2013): 205.

³ Renato Scognamiglio Scomparso, "Responsabilidad contractual y extracontractual", *Ius et Veritas* 11, no. 22 (2011): 56.

⁴ Juan Marín González, "El sistema de Responsabilidad Civil en México", *Foro Jurídico*, no. 13 (2014): 264.

Art. 1969.- Indemnización de daño por dolo o culpa

Que aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo, el descargo corresponde a su autor⁵.

Art. 1970.- Responsabilidad de riesgo

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.

De lo anterior, se advierte que, en el campo de la responsabilidad civil extracontractual, existen dos tipos de responsabilidades, aquella subjetiva que radica en el comportamiento doloso o culposo del agente y otra, objetiva, representada por situaciones específicas relacionadas al riesgo.

Dicho esto, el profesor Fernando de Trazegnies Granda, señala que el legislador de 1984 divide en dos grandes campos la responsabilidad civil extracontractual en el Código Civil, el principio de responsabilidad subjetiva (art. 1969) y objetiva (art. 1970), es decir, la primera comprende todos los casos de manera general, mientras que la segunda, particularmente, los daños producidos en actividades riesgosas o cosas riesgosas⁶.

En ese sentido, la responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa, es una fórmula descriptiva de hipótesis, comprendida por ciertos supuestos o circunstancias objetivas, diferente a la responsabilidad subjetiva, que es un juicio de reproche en términos de imputación a un sujeto negligente (culpa) o peor aún, aquel que causa daño voluntariamente (dolo)⁷.

Sobre lo anteriormente señalado y en concordancia con el caso, se establece que los hechos que originan la controversia entre las partes procesales son los eventos detallados a continuación:

-Las agresiones y el hostigamiento de la demandada hacia la demandante, haciendo énfasis en el incidente suscitado el día 16 de setiembre de 2001.

⁵ Decreto Legislativo 295-1984, de 24 de julio, Código Civil. (Lima, 25 de julio de 1984).

⁶ Fernando de Trazegnies Granda, *La Responsabilidad Extracontractual*, Tomo I (Lima: ARA Editores, 2016), 173.

⁷ Gastón Fernández Cruz, Leysser León Hilario, "La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva", *Ius et Veritas* 88, no. 58 (2005): 16-17.

-El daño a la propiedad de la demandante, producto del procedimiento administrativo mantenido con su contraparte.

-Las consecuencias del conglomerado de acontecimientos, ocasionando aparentemente, afectación al daño moral de la demandante.

Sobre este extremo, en relación a las circunstancias mencionadas, no cabe duda que nos encontramos con la regla contenida en el art. 1969 o responsabilidad subjetiva, en donde se debe valorar la conducta de las partes, pues nos encontramos frente a la actuación de la demandada en perjuicio aparente de la demandante, quedando descartada a toda luz, que pueda aplicarse el art. 1970, pues no nos encontramos frente a un bien o actividad riesgosa, debiéndose resolver la controversia jurídica bajo el régimen general de responsabilidad civil.

Prosiguiendo con el análisis, a efecto de señalar la existencia o no de responsabilidad civil en determinado caso, es preciso analizar su composición conforme se conoce la legislación vigente, jurisprudencia y doctrina de nuestro país. La misma, se establece con el estudio de sus elementos constitutivos, conforme señala la Corte Suprema de Justicia de la República:

Los elementos comunes a ambos tipos de responsabilidad civil (contractual y extracontractual) son los siguientes: antijuricidad, daño, relación de causalidad y factor de atribución. En tal sentido, para saber si en un caso concreto el agente causante del daño debe indemnizar o no a la víctima, es necesario comprobar si se han verificado tales elementos⁸.

En consecuencia, los elementos de la responsabilidad civil deberán ser determinados a fin de establecer existencia, precisamente, de responsabilidad, solamente su configuración conjunta genera una verdadera responsabilidad.

En primer lugar, se encuentra la antijuricidad, se define como el hecho jurídico, constituido por la acción y el daño, es o no conforme al derecho⁹.

⁸ Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 3141-2016, de 24 de julio, sobre los elementos de la Responsabilidad Civil (Piura 24 de julio de 2017).

⁹ Edgardo Mercado Neumann, "Fundamentos del Sistema de Responsabilidad Extracontractual", *Themis*, no. 10 (1988): 71.

Para mayor ilustración, Jorge Espinoza Espinoza señala que la antijuricidad es un elemento de la responsabilidad civil; que se configura al transgredir, justamente, la norma impuesta por el Derecho (por ejemplo, artículo 1969 del Código Civil) y, en determinados supuestos, al contravenir los valores de la convivencia o, dicho en otras palabras, cuando se presenta una situación de injusticia como en supuestos por fraude a la ley o abuso de derecho¹⁰.

Acorde a lo anterior, la antijuricidad resulta ser un elemento de la responsabilidad civil y que se define como contrario a Derecho, transgrediendo a modo de ejemplo, las normas consagradas en el ámbito de la responsabilidad civil; fácticamente, son aquellas circunstancias que implican encontrarse frente a una situación generadora de injusticia y que resulta ser merecedora de tutela.

Respecto al elemento antijuricidad, puede observarse probatoriamente en autos, las agresiones físicas de la demandada contra la demandante, conforme puede comprobarse del Certificado Médico Legal del Instituto de Medicina Legal (obrante a fs. 6), testimonio de vecinos de la demandante, señores Wilfredo Mansilla Novella y Javier Melgar Garagatti en Audiencia de Pruebas (obrante a fs. 180/189), donde confirman no solo el comportamiento reacio de la demandada, sino con sus pares, los vecinos, a su vez el deterioro de la salud de la demandante sería consecuencia de los diversos actos de hostilización por parte de la demandada conforme Certificados Médico Legal (obrantes a fs. 60/61).

En ese sentido, existen indicios suficientes para poder identificar que la demandante estaría actuando dolosamente, de tal forma, que la pretensión de Sra. Berrios sería atendible, jurídicamente, en base a los acontecimientos suscitados entre ambas partes.

Continuando, es menester señalar la existencia de un procedimiento administrativo con número de expediente N° 7775, entre las señaladas frente a la Municipalidad de San Borja, relacionado al origen de litis en sede judicial, que es el problema de la humedad y filtración del departamento de las partes, en el cual se obtiene como resultado la Resolución de Gerencia N° 179-2001-CDSB-GF (obrante a fs. 228/229), ordenando a la demandante (también, denunciada) que realice las reparaciones

¹⁰ Juan Espinoza Espinoza, "Sobre los denominados Actos ilícitos Dañosos", *Ius et Veritas* 24, no. 51 (2015): 117-118.

inmediatamente a fin que logre solucionar el problema descrito; la demandante presenta recurso de reconsideración, obteniendo como respuesta el Oficio N° 032-2002-MSB-GF, el cual señala que por la propia demandante, al no presentar copia de los planos sanitarios oficiales, ocasiona que en sede administrativa no pueda haber pronunciamiento sobre el fondo.

Por todo lo dicho, no hay duda del comportamiento hostil de la demandada, el tema radica en determinar si la Resolución de Gerencia puede emplearse como indemnidad legal o supuesto de ausencia de responsabilidad civil.

Al respecto, el Código Civil, vigente, establece lo siguiente:

1971.- Inexistencia por responsabilidad

No hay responsabilidad en los siguientes casos:

1. En el ejercicio regular de un derecho.
2. En legítima defensa (...).
3. En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producido en el estado de necesidad (...).

En congruencia con lo anterior, debe citarse del recurso de apelación presentado por la demandada (fs. 285/293), en cual señala que, al haber un mandato en sede administrativa sobre el problema de filtración a su favor, esta no tendría responsabilidad civil en el ejercicio regular de un derecho, que vendría a ser el cumplimiento de la resolución en cuestión.

Como se visualiza, la demandada alega ejercicio regular de un derecho como causal de ausencia de responsabilidad civil, al respecto, en relación al concepto y su regulación, Héctor Campos García señala en los casos del artículo anterior no habrá responsabilidad en los tres supuestos establecidos; es decir, estos supuestos terminan siendo los escenarios en los cuales, de producirse una afectación de una esfera jurídica ajena, no será pasible de aplicación la tutela resarcitoria¹¹.

Afirma, que en los casos de legítima defensa y de estado de necesidad no son sino explicitaciones del denominado ejercicio regular de un derecho, o si se quiere del

¹¹ Héctor Campos García, "El juicio de resarcibilidad en el ordenamiento jurídico peruano", *Ius et Veritas* 22, No. 45 (2012): 215.

ejercicio regular de la específica situación jurídica subjetiva de ventaja que se ejercite¹².

En similitud, la Corte Suprema de Justicia en la Casación N°4114-2015, señala, que el ejercicio regular de un derecho debe ser entendido como un hecho dañoso justificado, pues el sujeto actúa dentro de los parámetros del derecho que ostenta, a pesar de producirse el daño, no genera responsabilidad civil¹³.

En suma, la ausencia de responsabilidad civil supone que frente a la producción de un daño aparentemente injusto no operará la función resarcitoria, es decir, indemnizatorio, por lo que no habrá responsabilidad civil del sujeto generador del daño ilícito, pues su actuación se encuentra justificada, específicamente, en el ejercicio regular de un derecho, pues dicho supuesto opera como eximente de responsabilidad civil.

Retomando el caso, la demandada alega que ha actuado en cumplimiento de la resolución, es decir, generando ausencia de responsabilidad civil en ejercicio regular de un derecho. Por otro lado, del contenido del Acta de Inspección Judicial (fs. 147/148) y del caso, se desprende la existencia de daños materiales que derivan en daños inmateriales o daño moral en general, en perjuicio de la demandante, por lo que se tienen dos medios probatorios que en esencia tratan un mismo tema: los daños materiales y sus consecuencias.

El problema radica en determinar que medio probatorio resulta más idóneo, es decir, un tema de valoración probatoria, Al respecto, Reynaldo Bustamante Alarcón señala sobre el principio de utilidad de los medios probatorios, que solo deben admitirse aquellos que generen convicción en el juzgador, de tal forma que, si uno no la genera, resulta inútil, haciendo énfasis en el supuesto que se trata de desvirtuar un medio probatorio y este tiene calidad de cosa juzgada¹⁴.

¹² Campos, “el juicio de resarcibilidad en el ordenamiento jurídico peruano”, 215.

¹³ Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 4114-2015, de 18 de enero, sobre el ejercicio regular de un derecho en la Responsabilidad Civil (Lima 19 de enero de 2017, sala Mendoza Ramírez, Romero Díaz, Cabello Matamala, Miranda Molina y De la Barra Barrera).

¹⁴ Reynaldo Bustamante Alarcón, “El derecho fundamental a probar y su contenido esencial”, *Ius et Veritas* 14, no. 8 (1997): 181.

Continua, refiriéndose al principio de unidad del material probatorio: los medios probatorios aportados al proceso o procedimiento forman una unidad, y que, deben ser examinados, confrontados, puntualizando la concordancia o discordancia del caso¹⁵.

En ese sentido, la valoración probatoria se encuentra regulada en el Código Procesal Civil:

Art. 197.- Valoración de la prueba

Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada (...).

Asimismo, el Acta de Inspección Judicial es una prueba de oficio, por lo que, atendiendo a lo expresado en el mismo Código, señala:

Art. 194.- Pruebas de Oficio

Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción en el Juez de Primera o de Segunda Instancia, ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales (...)

En concordancia, con la Sentencia de Vista, obrante a fs. 421/425, el Acta de Inspección Judicial termina siendo un acto procesal válido y eficaz, al rechazarse la nulidad planteada por la demandada, termina con calidad de cosa juzgada. Sobre este punto, el Código Civil, establece:

Art. 123.- Cosa Juzgada

1. No proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos (...).

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la República, determina en la Casación N° 1933-2007, que, la cosa juzgada es una garantía procesal por la cual se dota a ciertas resoluciones, generalmente sentencias, de una autoridad especial que impide que entre las mismas partes se vuelva a debatir sobre el mismo asunto (...)¹⁶.

¹⁵ Campos, "el derecho fundamental y su contenido esencial", 181.

¹⁶ Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 1933-2007, del 01 de abril, sobre la cosa juzgada (Lima 01 de abril de 2008).

En suma, por un lado, se tiene el Acta de Inspección Judicial, acto procesal válido y eficaz, con calidad de cosa juzgada, mientras que, por otro, la resolución en procedimiento administrativo, pendiente de decisión final en recurso de reconsideración, sin calidad de cosa decidida. Por todo lo dicho, en este punto, por un tema de valoración probatoria y cosa juzgada, el Acta de Inspección Judicial es el medio probatorio idóneo que se debe considerar en contra posición a la resolución del procedimiento administrativo, pese a que ambas tratan en esencia el mismo punto y sus consecuencias, la primera, tiene un mayor peso procesal, esto se coligue del razonamiento del Sexagésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, pues en aplicación de la prueba de oficio, tácitamente, considera la no idoneidad de la resolución en sede administrativa, planteando la prueba del caso a fin de otorgar convicción sobre el problema del daño material y sus consecuencias, que son el origen de la litis entre las partes procesales.

En definitiva, la sobreposición del acta respecto a la resolución, impide a la demandada alegar ejercicio regular de un derecho, pues el acta genera más convicción y certeza en cuanto al conocimiento de la verdad en la judicatura; entonces, por un tema de valoración probatoria, el Acta genera mayor certeza en la discusión en sede judicial, configurándose así el elemento de antijuricidad, debiéndose seguir con el análisis del caso.

En segundo lugar, se encuentra el daño, como elemento de la responsabilidad civil, el cual se define como la afectación del interés legítimo y que las consecuencias no constituyen más que su contenido; por tanto, estas poseen la misma naturaleza del interés afectado, siendo que el contenido del daño determina el quantum a indemnizar¹⁷.

En consecuencia, ambas se complementan, debiéndose detectar la lesión al interés del sujeto, para luego establecer si el mismo está protegido por el ordenamiento jurídico, para finalmente pasar a analizar qué debe indemnizarse¹⁸.

Del mismo modo, se considera que el daño es toda lesión, menoscabo o pérdida de algún beneficio de índole material, psíquica o espiritual; entendiendo así que el daño no solamente se ocasiona en objetos, derechos o cosas, sino en la intimidad de la

¹⁷ Carlos Calvo Costa, "El significado y las especies de daños resarcibles", *Revista de Derecho de Daños* 3 (2012): 208-210.

¹⁸ Calvo, "El significado y las especies de daños resarcibles", 208-210.

persona titular de los mismos; además, el daño debe ser cierto y actual, pues quien sufre un daño podrá reclamar indemnización o reparación por el menoscabo padecido¹⁹.

Asimismo, el daño debe ser probado o cierto, en concordancia con al art. 196 del Código Procesal Civil:

Art. 196.- Carga de la prueba

Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

Sobre el particular, Antonio Lorca Navarrete refiere que la carga de la prueba se vincula con la actividad de la parte apersonada en la instancia procesal (sea está a quo o ad quem) en relación con la proposición y posterior práctica de la prueba. Mediante ella, se puede intervenir facultativamente con el medio probatorio a fin de acreditar los hechos que permitan obtener una resolución judicial favorable acerca de la cuestión de fondo²⁰.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, en reiterados pronunciamientos, la carga de la prueba como regla general en materia procesal:

Una de las reglas que regulan la materia procesal es que quien alega un hecho debe probarlo, salvo disposición contraria de la ley (art. 196° del Código Procesal Civil). La legislación que regula el proceso de amparo, por cierto, no tiene una cláusula específica que estipule a quien corresponde la carga de la prueba. Por el contrario, en el artículo 33 de la Ley N.º. 25398 se establece que “En todo lo que no esté previsto en la Ley y en la presente, rigen supletoriamente las disposiciones de los Códigos de Procedimientos Civiles y Penales²¹.”

¹⁹ Lucia Mendoza Martínez, La responsabilidad civil y el daño, en *La acción civil del daño moral* (México DF: UNAM, 2014), 20.

²⁰ Antonio Lorca Navarrete, “Constitución y garantía procesal de la carga de la prueba de la causa petendi: El modelo español y peruano”, *Ius et Veritas* 22, no. 45 (2012): 61.

²¹ Tribunal Constitucional. Sentencia N° 0052-2004-AA/TC, del 01 de septiembre, sobre la carga de la prueba (Lima 01 de septiembre de 2008).

Además, el daño debe ser subsistente, conforme a las reglas de prescripción contenidas en el Código Civil:

Art. 1993.- Inicio del decurso prescriptorio

La prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción continua contra los sucesores del titular del derecho.

Art. 2001.- Plazos de la prescripción

(...) 4. A los dos años, la acción revocatoria, la acción indemnizatoria por responsabilidad civil extracontractual (...).

Sobre la prescripción, Enrique Varsi Rospigliosi señala que implica la pérdida de la pretensión por inactividad, inercia y, extingue la pretensión, mas no el derecho. En esta, la pretensión nace luego del derecho (este preexiste) y tiene un tiempo para ser ejercida, es decir, un plazo para accionar²².

Sobre la prescripción, no puede exceder el plazo en ningún caso, conforme ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N° 3107-2015:

(...) Se tiene en autos, el actor fue cesado el 09 de diciembre de 1999, fecha de cese, que el demandante establece como la causa del daño para su pretensión indemnizatoria, siendo que a la fecha de presentación de la demanda acaecido el 11 de octubre de 2013, ha transcurrido en exceso el plazo de diez años (...) ²³.

En ese orden de ideas, se puede concluir que el daño es aquella lesión o detrimento a un interés merecedor de tutela jurídica, el mismo que contempla tres requisitos: afectación a un interés legítimo y propio, ello implica que dicho interés sea reconocido por el sistema jurídico y que sea titular del derecho afectado, respectivamente; probado o cierto, es decir, que sea determinado o determinable, que pueda

²² Enrique Varsi Rospigliosi, "Prescripción y Caducidad en el Código Civil", suplemento Jurídica del diario *El Peruano*, 10 de marzo, 2020. https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/10595/Varsi_prescripcion_caducidad.pdf?sequence=1&isAllowed=y

²³ Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 3107-2015, del 31 de octubre, sobre la carga de la prueba (Lima, 31 de octubre de 2016).

indemnizarse sobre la base de su existencia y la carga probatoria; subsistente, que pueda ser reclamado, pues el plazo de prescripción aún no ha operado.

Retomando el análisis casuístico, para determinar el daño, se debe identificar el contenido de la demanda y sus implicancias, del cual se desprende a fs. 71/85, esta fue interpuesta el 16 de diciembre de 2002, por lo que de la evaluación de los acontecimientos que derivan en el presente caso, es decir, las agresiones suscitadas el día 16 de setiembre de 2001, el daño a la propiedad de la demandante por el problema de la humedad y filtraciones de agua, hecho ocurrido en los años 2001 y 2002, y las consecuencias de estos acontecimientos dentro de las fechas citadas que generan afectación al daño moral de la demandante, son atendibles procesalmente porque son eventos dañosos recientes, por lo que el plazo de la prescripción no opera, siendo el daño, subsistente.

Por otro lado, respecto al interés personal y propio, la demandante logra acreditarlo, pues esta es quien recurre procesalmente, al considerar que se le está afectando a su persona, por lo que traduce el perjuicio en su contra a una valoración de cuarenta mil nuevos soles.

En relación a la certeza o probanza del daño, el Certificado Médico Legal del Instituto de Medicina Legal (fs. 6), la declaración de los señores Wilfredo Mansilla Novella, Javier Melgar Garagatti y Víctor Ecos en Audiencia de Pruebas (fs. 180/189), así como las constancias médicas de profesionales médicos (fs. 60/61), el Acta de Inspección Judicial (fs. 147/148), así como boleta por servicio del señor Pedro Gutiérrez (fs. 40), así como las denuncias y garantías en contra de la demandada, obrantes en el expediente, permiten identificar que existe, aparentemente, daño en perjuicio de la Sra. Berríos (hecho diferente a determinar que la Sra. Flores es responsable por estos).

En ese sentido, del contenido de la demanda, se desprende que la demandante no especifica o desglosa correctamente los tipos de daños, no obstante, el daño puede dividirse, esto lo confirma la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N° 1465-2007, en el Primer Pleno Casatorio, señalando que los daños pueden ser de orden patrimonial o extrapatrimonial, por ello se habla, respecto a los

primeros, del daño emergente y del lucro cesante, en tanto que, con relación al daño extrapatrimonial, nos estamos refiriendo a los daños a la persona y el daño mora²⁴.

Del mismo modo, en la Casación N° 928-2016, la Corte ejemplifica los daños tipos de daños:

(..) Dado que lo acontecido originó daños patrimoniales como son: (i) el daño emergente, por los gastos médicos realizados para solventar la recuperación y tratamiento de la demandante y su hijos, la pérdida de la vida humana de su cónyuge, el deterioro de la unidad vehicular “motokar” producto de la colisión causada por el emplazado; (ii) el lucro cesante, porque el occiso Pepe Augusto Pérez Mera, con su trabajo representaba el soporte económico de la familia de la accionante; y asimismo, (iii) los daños extrapatrimoniales, por las aflicciones psicológicas de la demandante y sus menores hijos por el evento traumático, y el quebrantamiento al proyecto de vida del cónyuge fallecido; todo lo cual debe ser resarcido de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1985 y 1984 del Código Civil²⁵.

En referencia el daño emergente, deberá valorarse sobre la afectación o daño patrimonial sufrido por la mencionada, respecto al daño moral, las consecuencias del conglomerado de eventos que tienen incidencia en la esfera jurídica subjetiva de esta, mientras que no podrá alegarse pérdida de oportunidad mediante o lucro cesante, debido a que no fue solicitado ni acreditado por la Sra. Berrios.

Dicho lo anterior, al cumplirse los requisitos del daño y habiéndose dividido los diferentes tipos de daño y relacionándose estos a los medios probatorios citados y obrantes en el expediente, se configura el elemento daño.

En tercer lugar, se encuentra la causalidad, para ello el Código Civil establece la pauta sobre el particular:

²⁴ Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República. Sentencia del Primer Pleno Casatorio. Casación N° 1465-2007, del 21 de octubre, sobre el daño (Cajamarca, 22 de octubre de 2008).

²⁵ Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 928-2016, del 22 de noviembre, sobre los tipos de daños (Lambayeque, 23 de noviembre de 2017).

1985.- Contenido de la Indemnización

La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido (...)

De la lectura del Código, no cabe duda que el concepto de causalidad está delimitado por la adecuada, la cual se cita en la Casación N° 1714-2018:

La causalidad que asume el Código Civil (art. 1985) es la adecuada, de lo que sigue que no todos los antecedentes causales son equivalentes, sino aquellos de los cuales quepa esperar a priori y según criterios de razonable seguridad o de verosimilitud estadística (juicio de probabilidad) la producción de un resultado. Aquí no se analiza la culpa del dañante, sino si este dio lugar a una situación que desembocara en el daño; se trata, por consiguiente, de una causalidad material, de una constatación del hecho que exige reparar en dos coordenadas: (i) que el evento se encuentre dentro del ámbito de aplicación de la ley especial; y, (ii) que exista causalidad material entre el daño y la actividad de la persona a quien se reclama²⁶.

Por otro lado, Fernando De Trazegnies señala que la causalidad pertenece al plano fáctico y se establece mediante un juicio de ser que describe la conducta. Por tanto, en el campo de la responsabilidad extracontractual se requerirá la existencia de un nexo causal que vincule a la víctima con el pretendido responsable (...)²⁷.

Asimismo, Luis Diez Picazo y Ponce de León señala que el pensamiento fundamental de la relación de causalidad adecuada es que, para imponer la obligación de reparar el daño sufrido por otro, no basta que el hecho haya sido, en el caso concreto, condición *sine qua nom* del daño, sino que es necesario además que, en virtud de los referidos juicios de probabilidad resulte una causa adecuada para ello²⁸.

²⁶ Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 1714-2018, del 21 de noviembre, sobre la causalidad (Lima, 21 de enero de 2019).

²⁷ De Trazegnies, La Responsabilidad Extracontractual, Tomo I, 307-308.

²⁸ Luis Diez Picazo y Ponce de León, La causalidad en la responsabilidad civil, en *Derecho de Daños* (Madrid: Civitas, 1999), 338.

En resumen, la relación de causalidad se analiza de manera pragmática, considerando si determinada circunstancia guarda vínculo congruente con el resultado, denominado a esa conexión como nexo causal, determinándose a efectos prácticos como aquella causalidad adecuada o que se aplicaría con mayor fundamento en un razonamiento lógico-práctico, quebrantándose dicha causalidad en caso se cumpla alguno de los supuestos contenidos en el art. 1972 del Código Civil. Al respecto, este último señala lo siguiente:

Art. 1972.- Imprudencia del derecho a reparación

En los casos del art. 1970°, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño²⁹.

En ese sentido, Jorge Beltrán Pacheco, señala, que se determina el quiebre del nexo existente entre el inicialmente considerado como hecho determinante del daño y el daño ocasionado, lo cual no significa la inexistencia de una relación casual, sino que se produce una alteración de la misma, que implica precisamente el hecho determinante del daño es otro, pudiendo ser: un caso fortuito, fuerza mayor, un hecho determinante de un tercero o un hecho determinante de la víctima³⁰.

Por tanto, debe entenderse que esta causal de liberación de responsabilidad civil no significa que no existe daño, sino que el mismo no es posible ser atribuido debido a un problema en el nexo causal, configurándose alguno de los supuestos taxativos del artículo 1972.

²⁹ (...) Sin embargo, hemos señalado que, salvo ciertos casos especiales, la causalidad parece ser una condición esencial para atribuirle responsabilidad a una persona, es sólo después de haber establecido vinculación entre el demandado y el daño que nos preguntamos por los factores de atribución. Se aplicará el artículo 1969 (que lleva a discutir sobre la culpabilidad o no culpabilidad de esa persona ya determinada como causante) o se aplicará el artículo 1970 (que atribuye responsabilidad por el solo hecho de ser causante). Pero en los dos casos posibles de atribución (culpa o riesgo), existe una relación de causalidad, previa en el análisis y subyacente a ambos tipos de responsabilidad.

Por consiguiente, una fractura de nexo causal afecta la responsabilidad cualquier que sea el factor de atribución empleado. No podemos, entonces, decir que estos casos de fractura causal mencionados en el art. 1972 sólo eliminan la responsabilidad por riesgo (art. 1970) pero no la responsabilidad por culpa (artículo 1969). Ver: De Trazegnies, *Las fracturas causales*, en *la Responsabilidad Extracontractual*, Tomo I, 321-322.

³⁰ Jorge Beltrán Pacheco, "Estudios de la Relación Causal en la Responsabilidad Civil", *Derecho y Sociedad*, no. 23 (2004): 266.

Haciendo paréntesis, resulta preciso centrarse en el hecho determinante de la víctima, pues en el presente caso, conforme obra en autos, se puede visualizar el Certificado Médico Legal del Instituto de Medicina Legal de la demandada, sobre el evento ocurrido el 16 de setiembre de 2001 (fs. 354), el procedimiento administrativo sobre el problema de filtración y humedad en el departamento de las partes procesales, descrito en la Resolución N° 179-2001-CDSB-GF (fs. 111/112), las diversas denuncias y garantías de las cuales, ambos sujetos procesales forman parte, son suficientes indicios de que la demandada también podría resultar afectada por la actuación de la demandante, parte activa del proceso. Para ello, es preciso establecer el alcance del denominado hecho determinante de la víctima.

En ese sentido, Héctor Patiño Domínguez señala que el hecho determinante de la víctima es una causal que impide realizar la imputación, es decir, el demandado puede causar un daño físico o material, entonces este no le puede ser imputable en la medida que la actuación de la víctima, lo llevó a actuar de forma que causara el daño, circunstancia por la cual este también sería imputable³¹.

Congruentemente, en la Casación N°1675-2014, se cita las implicancias del hecho determinante de la víctima, siendo que está se produce, pues el evento dañoso no se ha producido por la imprudencia de la víctima y la conducta negligente del chofer, sino por causa exclusiva del demandante al haber conducido en estado de ebriedad, ocasionando el evento dañoso materia de la demanda³² (...).

Del mismo modo, los hermanos Henri y Jean Mazeud, señalan que el hecho determinante de la víctima puede dividirse en la absolución completa cuando “el presunto responsable pruebe el hecho de la víctima. Si no pasa esta prueba, el hecho de la víctima, produce una simple exoneración parcial, se divide la responsabilidad entre los sujetos teniendo en cuenta la gravedad de la culpa de la víctima³³”.

Por tanto, el hecho determinante de la víctima se entiende como la participación de esta en la misma producción de daño, dividiéndose en absolución completa que es

³¹Héctor Patiño Domínguez, “Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual ¿Por qué y cómo impiden la declaratorio de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado”, *Revista de Derecho Privado*, no. 20 (2011): 61.

³² Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 1675-2014, del 27 de noviembre, sobre el hecho determinante de la víctima (Apurímac, 30 de noviembre de 2015).

³³ Henri y León Mazeud, Jean Mazeud, *Lecciones de Derecho Civil*, segunda parte. (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1960), 332-333.

cuando el hecho resulta determinante y exoneración parcial, cuando el hecho no es determinante, pero existe una graduación de la responsabilidad.

Sobre esta graduación, se encuentra regulada en el art. 1973 del Código Civil:

Art. 1973.- Reducción Judicial de la Indemnización

Si la imprudencia solo hubiere concurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida por el juez, según las circunstancias.

De este punto, el profesor Jorge Beltrán Pacheco señala que en los casos que no se ha verificado la ruptura de la relación causal, sino alteración o exoneración parcial, donde serán compartidos los efectos de la indemnización por el sujeto responsable y la víctima, se denomina concausa³⁴.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido mediante la Casación N° 3256-2015, sobre la concausa:

Es verdad que el artículo 1973 del Código Civil prescribe que es posible atenuar la indemnización. En el supuesto de la responsabilidad objetiva, tal enunciado normativo no atiende a la “culpa” del demandado sino verifica la “imprudencia” de quien sufrió el daño y su contribución es este. Propiamente es un asunto de la relación de causalidad y no del factor de atribución, por lo que en este caso se examina la existencia de una causa inicial productora del daño (del demandado) y una causa segunda que atribuye a él (de la víctima). Se trata de lo que en doctrina se denomina “concausa”³⁵.

Igualmente, la Corte se pronuncia sobre la concausa en la Casación N° 4723-2013, estableciendo que es la contribución de la propia víctima que da lugar al supuesto de la concausa que no es liberación de responsabilidad del autor, sino únicamente una reducción de la indemnización a cargo del autor, en consideración al grado de participación de la víctima, que deberá ser determinada por el juez³⁶.

³⁴ Beltrán, “Estudios de la Relación Causal en la Responsabilidad Civil”, 266.

³⁵ Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 3256-2015, del 27 de setiembre, sobre la concausa (Apurímac, 28 de setiembre de 2015).

³⁶ Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 4723-2013, del 26 de setiembre, sobre la concausa (Lima, 30 de noviembre de 2015).

Recapitulando, el análisis de la causalidad es aquella conocida como adecuada, que a su vez contiene el nexo causal que es la relación entre el evento dañoso y sus consecuencias, que derivan en el daño, siendo que este elemento tiene como causales de liberación de responsabilidad civil o fractura causal, la regla contenida en el art. 1972 del Código Civil, en el cual el hecho determinante de la víctima resulta el supuesto en controversia, debido a la actuación de la demandante, también víctima del daño, por lo que si al analizar su actuación, el hecho es determinante, la demandada queda libre de responsabilidad, contrariamente, si el hecho no es determinante, se genera la concausa y se aplicará la regla contenida en el art. 1973, supuesto en el cual se aplicará la reducción de la indemnización.

En ese sentido, de debe identificar fácticamente, que el día 16 de setiembre de 2001, hubo un incidente mediante agresiones físicas entre la persona de Doris Berríos Martínez y Annie Carolle Flores Lemaire, producto de emitieron los Certificados Médicos Legales del Instituto de Medicina Legal (fs. 6 y 54, respectivamente), en cual se ordena la incapacidad médico legal de 6 y 4 días, correspondientemente, además, las denuncias y solicitud de garantías de la demandante en contra de la demandada, las constantes comunicaciones notariales, así como el procedimiento administrativo entre las partes procesales, permiten vislumbrar un problema vecinal o de convivencia, en el cual no se permite identificar si solamente la demandante sería la víctima en el presente caso.

Por tanto, sobre las circunstancias materia del proceso civil, el daño se compone por tres eventos: a) el evento ocurrido el 16 de setiembre de 2001, b) el daño en la propiedad de la demandante por reparaciones debido a la filtración de agua, c) las consecuencias de los eventos anteriores y la afectación en la esfera jurídica subjetiva de la víctima, pudiéndose establecer que el primer y tercer evento se trata de daños recíprocos, el segundo cumple con la causalidad adecuada.

Sobre la posición descrita, la segunda circunstancia resulta acreditable sobre la base del Acta de Inspección Judicial (fs. 147/148), en donde se evidencian los daños al interior y exterior del departamento de la demandante, sin embargo, esta solo acredita, el trabajo del gasfitero Pedro Gutiérrez al interior del inmueble (fs. 40), mientras que de la Audiencia de Pruebas (fs. 180/189), de las testimoniales de los señores Javier Garagatti y Víctor Ecos, en relación a los daños al exterior del departamento, se identifica que tienen como fuente y dicho la palabra de la demandante, por ende, a falta de mayores elementos de convicción, no se puede

establecer necesariamente que la demandada sea responsable por estos daños (pese a que obra en autos diversas boletas sobre la reparación del techo de la demandante, colindante con la azotea).

Por otro lado, la primera y tercera circunstancia descrita, son daños recíprocos que tiene como origen una disputa vecinal entre las partes del proceso, concepto que en palabras del maestro Fernando de Trazegnies consiste en dos daños simultáneos, de los cuales cada una de las partes es agente y víctima, igualmente³⁷.

Asimismo, el autor señala que, en los daños recíprocos, resulta relevante evaluar el grado de participación causal de cada uno de los participantes en el daño recíproco³⁸.

Por ende, el evento dañoso de las agresiones física, hecho ocurrido el 16 de setiembre de 2001, no cabe duda que es un caso de daños recíprocos, en el cual existe una leve diferencia, en razón al resultado del Certificado Médico legal de la demandante y demanda, cada uno requirió 6 y 4 días de incapacidad médico legal, respectivamente; por otro lado, el conglomerado de eventos pasados, se identifica el estado emocional de ambas partes, resultando el de la demandante ciertamente más afectado que la demandada de la lectura del expediente.

En consecuencia, el daño material cumple con la relación de causalidad, pues el mismo se generó por el ánimo de la demandada de no solucionar el problema de humedad y filtración, mientras que los otros eventos dañosos se sustentan en daños recíprocos, debiéndose graduar la indemnización del caso, por lo que, se configura el elemento causalidad.

En cuarto lugar, el elemento factor de atribución, puede ser subjetivo u objetivo, conforme se señala en los artículos 1969 y 1970 del Código Civil.

Para ello, Marco Ortega Piana delimita el concepto factor de atribución, señala que este radica en la justificación jurídica que permite calificar (juicio de valor) a quien ya es considerado causante (juicio de hechos) como responsable y, en consecuencia, como persona que debe “responder”, esto es, asumir el pago indemnizatorio. En el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, el factor de atribución puede ser

³⁷ De Trazegnies, La Responsabilidad Extracontractual, Tomo I, 382.

³⁸ De Trazegnies, La Responsabilidad Extracontractual, Tomo I, 382-383.

subjetivo u objetivo, tipificado en artículos 1969 y 1970 del Código Civil, respectivamente³⁹.

Prosigue, estableciendo que la atribución subjetiva corresponde a la regla o cláusula general de responsabilidad, y se estructura en función de la culpa (negligencia), presumiéndose la misma. En otras palabras, habiéndose concluido que determinada persona es causante del daño reclamado, debe asumirse que es responsable a título de culpa, salvo que acredite ausencia de culpa⁴⁰.

Mientras, que, la atribución objetiva es la regla excepcional de responsabilidad porque sólo procede tratándose de los daños generados en el contexto de riesgo creado, lo cual tiene un determinado antecedente histórico identificado con el maquinismo, la revolución industrial ochocentista, la ocurrencia probabilística de mayores accidentes, etcétera⁴¹.

A modo de síntesis, debe tenderse que el factor de atribución implica la justificación de carácter jurídico sobre aquel sujeto que resulta ser responsable civil, y quien deberá responder o asumir la indemnización por el injusto generado.

Además, la atribución tiene dos dimensiones, la subjetiva y objetiva; la primera se genera mediante la valoración propiamente de la conducta del responsable civil, considerándose a este bajo título de culpa o que violó el deber general de no causar daños a otros, salvo logre demostrarse la existencia de ausencia de culpa (causas de justificación), mientras que la segunda dimensión, está asociado a la teoría del riesgo creado, circunstancia que implica que determinadas actividades comprenden un mayor riesgo o peligro para la sociedad y que se podrían lesionar bienes jurídicos protegidos, pero terminan siendo aceptadas por su importancia o esencialidad y beneficio a favor de todos, dichas labores propiamente son asociadas a la actividad empresarial.

De la evaluación fáctica del caso, no cabe duda que el factor de atribución es subjetivo, pues el análisis se relaciona directamente en relación a la conducta de la demandada respecto a la demandante, específicamente, dolosa.

³⁹ Marco Antonio Ortega Piana, "Responsabilidad Civil y Seguros", *Ius et Veritas* 21, no. 43 (2011): 61-62.

⁴⁰ Ortega, "Responsabilidad Civil y Seguros", 61-62.

⁴¹ Ortega, "Responsabilidad Civil y Seguros", 61-62.

Sobre el dolo, en materia extracontractual, significa la intención de dañar, de lastimar a otros, en los cuales un acto ilícito⁴².

Del mismo modo, Saúl Coca Guzmán señala que el dolo debe entenderse como la negligencia, impericia, imprudencia o descuido adrede en el que se incurre, lo que deriva en daños⁴³.

En consecuencia, la responsabilidad subjetiva por dolo de la demandada se acredita de los siguientes actuados:

-Audiencia de Pruebas (fs.180/189), de las testimoniales de los señores Wilfredo Mansilla Novella y Javier Melgar Garagatti, quienes señalan que la humedad no proviene del departamento de la demandante; asimismo, de la testimonial de Víctor Ecos, donde señala textualmente: "Entonces le dije a la Sra. Berrios, que hablara con la Sra. Flores para ver si podía picar por el lado de la cocina pero desde el departamento de esta última, pero ella se opuso por no querer que se dañe su propiedad, lo que comuniqué a la primera".

-El Certificado Médico Legal de las partes procesales, donde puede verificarse que las agresiones físicas de la demandante son mayores a los de la demandada.

-De la lectura del expediente, la conducta de la demandada hacía la demandante, la hostilidad evidente contra esta.

Debido a lo señalado, se configura el elemento de factor de atribución, el cual es subjetivo y en aplicación del art. 1969 del Código Civil, termina siendo dolo de la demandada.

En conclusión, existe responsabilidad civil extracontractual de la demandada, configurándose todos sus elementos, con el matiz que debe existir graduación y reducción del monto indemnizatorio en el presente caso.

3.2 ¿Se acredita la existencia del daño moral de la demandante?

Del análisis del caso, se identifica que la demandante reclama la existencia del daño moral del contenido de la demanda (fs. 71/85), sin embargo, determinar este tipo de

⁴² Piero Guido Alpa, Mario Bessone, *Elementi di Diritto Civile* (Milán: Giuffrè, 1990), 92-93.

⁴³ Saúl Coca Guzmán, "Sistema subjetivo de responsabilidad extracontractual (dolo y culpa) (artículo 1969 del Código Civil)", *Legis Perú Pasión por el Derecho*, 03 de octubre de 2020. <https://lpderecho.pe/sistema-subjetivo-responsabilidad-civil-extracontractual-dolo-culpa/>

daño en la práctica conlleva un verdadero desafío, pues resulta difícil de delimitar, por lo que en este punto se analizará las implicancias del daño moral a fin de determinar si se presenta o no.

Al respecto, es preciso establecer que el daño puede ser dividido en patrimonial y extrapatrimonial.

En relación al primero, Felipe Osterling Parodi, señala:

El daño patrimonial es aquel menoscabo que sufre una persona, el cual recae en el patrimonio, sea directamente en los bienes materiales, sea indirectamente como consecuencia de un daño causado a la persona misma en sus derechos o facultades. Asimismo, reconoce dos tipos de daños patrimoniales: “daño emergente” y “lucro cesante”, siendo el primero la disminución del patrimonio ya existente; y el segundo, la pérdida del enriquecimiento patrimonial previsto⁴⁴.

En congruencia, De Trazegnies, se pronuncia:

En el daño emergente se pretende restituir la pérdida sufrida; es decir, el *quantum mihi abest*, aquello que vendría a ser el monto para mí y ya no es y lo que para mí deja de tener existencia, es todo daño consecuencia del acto dañino y primitivo y siempre se expresa en una pérdida de lo que la víctima ya tenía, considerándose el daño emergente como inmediato y futuro dentro de la presente categoría⁴⁵.

Prosigue el maestro, coherentemente, refiriendo que el lucro cesante comprende aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino, además debe ser cierto, siendo no reparables las ganancias hipotéticas, sino aquellas que se producirían con toda certidumbre, que inevitablemente se dejarán de percibir como consecuencia del acto dañino⁴⁶.

⁴⁴ Felipe Osterling Parodi, “Indemnización por Daño Moral”, Osterling Abogados, 25 de febrero de 2020, <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizaci%C3%B3n%20por%20Da%C3%B1o%20Moral.pdf>

⁴⁵ Fernando de Trazegnies Granda, *La Responsabilidad Extracontractual*, Tomo II (Lima: ARA Editores, 2016), 34.

⁴⁶ De Trazegnies Granda, *La Responsabilidad Extracontractual*, Tomo II, 34.

En armonía con lo dicho, el daño patrimonial consiste en el perjuicio que se le ocasiona a un sujeto en relación a todo aquello material o cuantificable pecuniariamente, es decir, susceptible de cálculo económico en tanto se afecta un derecho o facultad que merecen especial protección por parte del Derecho.

En ese sentido, el daño patrimonial se divide en daño emergente y lucro cesante; resultando, que nos encontraremos frente al primero cuando se afecta directamente aquello que el sujeto tenía al momento de generarse el daño, este puede ser un daño presente en cuanto a la periodicidad del evento dañoso o futuro, cuando nos encontramos frente a las consecuencias posteriores del evento en mención. Por otro lado, el segundo tipo de daño patrimonial comprende es aquella pérdida económica que se ha dejado de obtener (pérdida de oportunidad) a consecuencia del evento dañoso que sufre la víctima y que es susceptible de reclamación, por lo que deberá determinarse su fehaciencia mediante el juicio de certeza de ser el caso, mas no sobre la base de circunstancias hipotéticas.

En relación al segundo, el daño extrapatrimonial, la esencia del daño moral o extrapatrimonial se demuestra a través de la estimación objetiva que hará el juez de las presuntas modificaciones o alteraciones espirituales que afecten el equilibrio emocional de la víctima. La entidad o magnitud del daño moral resultará de la extensión e intensidad con que aquéllas se manifiesten en los sentimientos de esta última⁴⁷.

Consecuentemente, Roxana Jiménez Vargas-Machuca señala que por daño moral se entiende la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimientos en la víctima⁴⁸.

Afirma: El daño moral, en el ordenamiento jurídico peruano, abarca todas las consecuencias del evento dañoso que, por sus peculiares características, por su ligazón con la individualidad de la víctima, no sean traducibles directamente en dinero, incluida la lesión de los derechos fundamentales, resultando que moral no es contrario a jurídico, moral es lo contrario de material⁴⁹.

⁴⁷ Osterling, Indemnización por Daño Moral.

⁴⁸ Roxana Jiménez Vargas-Machuca, Responsabilidad Civil II – Hacia una Unificación de Criterios de Cuantificación de los Daños en Materia Civil, Penal y Laboral (Lima: Rhodas, 2006), 209.

⁴⁹ Jiménez, Responsabilidad Civil II – Hacia una Unificación de Criterios de Cuantificación de los Daños en Materia Civil, Penal y Laboral, 210.

Por un tema de practicidad, se comprende que el daño extrapatrimonial o moral consiste en el detrimento a la esfera jurídica intersubjetiva del sujeto, comprendido por la aflicción a sus emociones y sentimientos de la víctima; resultando ser imposibles de cuantificar en términos económicos-dineros, entrando en la concepción de aquello que es inmaterial pero que merece especial tutela por parte del ordenamiento jurídico dentro del Derecho Civil, en el cual será el juez quien escatimará en realizar la estimación económica o quantum indemnizatorio dentro del empleo de parámetros objetivos en base a un análisis jurídico profundo.

Asimismo, la Sentencia de Vista de la Corte Superior de Justicia de Lima, en relación al expediente 7585-2018, establece sobre el daño moral:

Es aquella lesión de los sentimientos en la víctima, el cual producirá un gran dolor o aflicción, lesión a un sentimiento que sea socialmente digno y legítimo a la comisión de un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil; así, conforme lo normado en el artículo 1984° del Código Civil, de aplicación supletoria, un daño extra patrimonial o extracontractual será una modalidad que cubra todos los aspectos en los que el menoscabo sea de difícil probanza a nivel cuantitativo, razón por la cual se le otorga al magistrado una mayor libertad para determinar la indemnización mediante el recurso a crear doctrinariamente una categoría elástica, que no requiere de una probanza estricta, mediante una operación ponderativa⁵⁰.

En síntesis, el daño que merece atención como se mencionó inicialmente, es el daño moral, específicamente, el de la demandante, entendido el alcance de este, resulta pertinente establecer si realmente se acredita la existencia del mismo, para ello, se debe identificar si los medios probatorios presentados lo acreditan: Certificado Médico Legal (fs. 6), Constancia de Otorgamiento de Garantías contra la demandada (fs. 33), Constancias Médicas Simples (fs. 60/61) y las declaraciones testimoniales de los señores Wilfredo Mansilla Novella y Javier Melgar Garagatti, en Audiencia de Pruebas, donde mencionan el mal estado de salud mental de la demandante (fs. 180/189).

⁵⁰ Octava Sala Laboral Permanente NLPT de la Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. N° 07585-2017-0-1801-JR-LA-84, del 07 de mayo, sobre el daño moral (Lima, 10 de mayo de 2019).

Ahora bien, para evaluar en su conjunto estos medios de prueba, se debe establecer un parámetro de actuación probatoria, en ese sentido, la Casación N° 4844-2013 de la Corte Suprema de Justicia de la República, establece:

El daño moral es difícil de acreditar, debido a que las personas no expresan sus sentimientos o emociones del mismo modo, siendo inclusive, fácil para algunas personas simular sufrimiento o lesiones sin que existan en la realidad. Además, en algunos casos, ocurre que los sufrimientos severos son resistidos con fortaleza sin ninguna alteración en la salud o aspecto físico del sujeto. En tal sentido, ante la dificultad de probanza del daño moral, por lo que se puede presuponer la existencia del mismo⁵¹.

Del mismo modo, la Corte en la Casación N° 1594-2014, se pronuncia la acreditación del daño moral:

Es carácter subjetivo, por lo que, su acreditación no puede estar sometida a las mismas exigencias que los daños de carácter económico, sino que el juez debe apreciarlos de manera razonada y prudencial; sin embargo, no basta solo invocarlos, sino que debe existir algún elemento de prueba que acredite su existencia, más aún si se toma en cuenta que dada su subjetividad, un mismo hecho no necesariamente ocasiona el mismo pesar o aflicción en las personas, sino que depende de la persona que lo sufre⁵².

Asimismo, la Corte establece en la Casación N° 2108-201, que la tutela indemnizatoria exige acreditar los daños, por lo que no caben daños hipotéticos o inciertos, esto con excepción del daño moral que pertenece al campo efectivo, por lo que cabe su inferencia⁵³ (...).

⁵¹ Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 4844-2013, del 10 de diciembre, sobre la acreditación del daño moral (Lambayeque, 12 de diciembre de 2014).

⁵² Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 1594-2014, del 15 de octubre, sobre la acreditación del daño moral (Lambayeque, 18 de octubre de 2014).

⁵³ Sala Civil Transitorio de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 2108-2014, del 30 de marzo, sobre la acreditación del daño moral (Lima, 02 de abril del 2016).

En esa línea, Guillermo Chang Hernández, considera se debe optar por la presunción del daño moral, porque si bien no toda conducta afecta la esfera jurídica subjetiva del sujeto o víctima del daño, de todas formas, termina causando un menoscabo emocional, es decir, sufrimiento en la persona⁵⁴.

Contrariamente a la presunción del daño moral, Felipe Osterling Parodi señala que, para probar el daño moral, se necesita presentar la relación de causalidad entre el daño y el acto ilícito, además este daño debe ser cierto y de carácter personalísimo⁵⁵.

En ese mismo tenor, el IV Pleno Jurisdiccional en materia civil de la Corte Superior de Justicia del Cusco señala en conclusión sobre la probanza del daño moral, que debe someterse a la regla de la carga de la prueba y evaluarse los elementos de la responsabilidad civil mediante los medios probatorios directos e indirectos⁵⁶ (...).

Sobre el particular, podemos identificar que existe una posición que resalta la presunción del daño moral y otra, que se debe guiar en base a la regla de la carga de la prueba, debido a ello, considero que el daño moral al ser de carácter subjetivo, resulta de difícil probanza, sin embargo, tampoco se puede permitir su inferencia porque se caería en una tesis arbitraria de presumir en todos los casos de materia responsabilidad civil extracontractual, la existencia del daño moral.

En ese sentido, la configuración del daño moral dependerá en buena cuenta, del caudal probatoria, sin embargo, el mismo debe ser flexibilizado por la dificultad de su probanza, por lo que, este debe reflejar una incidencia o grado de afectación mínimo para poder señalar que existe verdaderamente, daño moral.

En consecuencia, conforme a lo señalado, de la flexibilización de los medios probatorios presentados por la demandante, descritos previamente en el presente extremo objeto de análisis, se acredita el daño moral de la mencionada, pues se desprende que la incidencia de los mismos denotan un desmedro en la esfera jurídica subjetiva de la demandante, por tanto, al existir elementos (a través de las pruebas)

⁵⁴ Guillermo Chang Hernández, “Breves apuntes sobre el daño moral: la apuesta por su presunción e intentos de cuantificación”, Legis Perú Pasión por el Derecho, 15 de marzo de 2018. <https://lpderecho.pe/dano-moral-presuncion-cuantificacion/>

⁵⁵ Osterling, Indemnización por Daño Moral.

⁵⁶ Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco. IV Pleno Jurisdiccional, del 6 de noviembre, sobre Tema N° 3 – Daño Moral, Pruebas y Criterios para su cuantificación (Cuzco, 6 de noviembre de 2017).

que generan un mínimo grado de afectación que determinan el daño moral, no cabe duda, que queda acreditado el de la demandante.

3.3 ¿El recurso de casación fue debidamente declarado improcedente?

Sobre la interrogante, se visualiza que la Sala Civil Suprema de la Corte Suprema de Justicia de la República, declara improcedente el recurso de casación en el auto calificadorio (fs. 444/445), circunstancia que concluye el proceso judicial, por lo que, se debe analizar si en efecto, ameritaba la admisibilidad de ser el caso.

Por ello, se debe entender las implicancias del recurso, según Juan Monroy Gálvez:

La casación es un recurso extraordinario, el cual tiene requisitos de admisibilidad y procedencia que le son propios y exclusivos. Un requisito de fondo del recurso es que, al proponerlo, el recurrente acredite que se encuentra en uno de los supuestos específicos del Código Civil; es decir, que la resolución que recurre contiene determinado tipo de vicio o error que hace imprescindible se le "case". A esos supuestos específicos, según el art. 386° del Código Civil, se les denomina causas o motivos de la casación⁵⁷.

Seguidamente, el profesor señala que la casación tiene requisitos de fondo o de procedencia, debiendo fundamentar con detalle cuál es la causal o motivo en el que sustenta el recurso. Es decir, debe identificar específicamente el vicio o error con las posibilidades legales (causales o motivos) por las que se puede intentar el recurso, sirviendo como base legal el artículo 388 del Código⁵⁸.

Por su parte, Enrique Valverde Gonzáles considera que sobre la casación:

La Sala Suprema primero debe calificar el recurso de casación y luego debe pronunciarse sobre el fondo del asunto. Por otro lado, el recurrente deberá demostrar que de haberse procedido del modo como sustenta su casación, su propuesta hubiera sido el resultado ante la instancia que actuó previamente. Surge de lo dicho que la Sala tendrá que sopesar cuál será el grado de apariencia de procedibilidad de la de

⁵⁷ Juan Monroy Gálvez, "Los medios impugnatorios en el Derecho Civil", *Ius et Veritas* 3, no. 5 (1992): 27-28.

⁵⁸ Monroy, "Los medios impugnatorios en el Derecho Civil", 27-28.

la casación; de lo contrario, el procedimiento de calificación de la procedibilidad se convertiría en un examen de fondo del recurso, resultando esta en una apreciación superficial de la incidencia directa materia de litis o discusión de Derecho, para luego, al expedir sentencia, proceder al análisis de fondo⁵⁹.

En concreto, el recurso de casación resulta ser extraordinario, ataca directamente la decisión contenida en la resolución previa de segunda instancia en relación a un vicio o error en la aplicación del Derecho, definiéndose ellas como causas o motivos de la casación, tipificado en el artículo 386 del Código Civil. Posteriormente, la casación deberá cumplir con los requisitos de admisibilidad y procedencia, requisitos de forma señalados en nuestra norma civil; para luego, la Corte Suprema, realice un análisis de fondo (profundo y debidamente motivado) en relación a las circunstancias señaladas por la casante en el recurso de casación y la judicatura, emita pronunciamiento final conforme a Derecho.

Esta posición es reiterada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 0474-2003-AA/TC, donde se resalta:

Que, la naturaleza excepcional del recurso de casación, es razonable, pues el legislador ha previsto que la posibilidad de oír a las partes, esté condicionada a que el recurso de casación propuesto previamente satisfaga un doble tipo de control ante la Sala, esto es, que sea "admisible", por satisfacer los requisitos formales contemplados en el artículo 387 del CPC, y, por otro, que sea "procedente", por satisfacer los requisitos de fondo al que se alude en el artículo 388 del mismo CPC⁶⁰.

Sobre la procedencia, materia de discusión, el Código Civil señala lo siguiente:

Art. 388.- Requisitos de procedencia

Son requisitos de procedencia del recurso de casación:

1. Que el recurrente no hubiera consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, cuando este fuera confirmada por la resolución objeto del recurso;

⁵⁹ Enrique Valverde González, "Nuestro recurso de casación a la luz de la última reforma legislativa", *Foro Jurídico*, no. 10 (2010): 115.

⁶⁰ Tribunal Constitucional. Sentencia N° 0474-2003-AA/TC, del 21 de abril, sobre la excepcionalidad del recurso de casación (Lima 22 de abril de 2004).

2. Describir con claridad y precisión la infracción normativa o el apartamiento del precedente judicial;
3. Demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada;
4. Indicar si el pedido casatorio es anulatorio o revocatorio (...).

En ese sentido, del análisis del caso, del recurso de casación planteado por la demandante (fs.436/439), se observa que mediante auto calificadorio, se declara la improcedencia del recurso en atención que se incumple con el inciso dos del artículo antes citado (fs. 444/445), por lo que, el estudio será sobre el extremo señalado.

En congruencia con lo dicho, Jorge Carrión Lugo, se refiere a que la formulación del recurso debe satisfacer los requisitos de forma, entre ellos, que el escrito este redactado con claridad y precisión, además de orden y respeto, pudiéndose llegar a declarar su denegatoria si no se cumple con las exigencias señaladas⁶¹.

Del mismo modo, Carlos Celis Zapata refiere que, si el impugnante no fundamenta el recurso conforme a la exigencia del art. 388, inciso 2 del Código Procesal Civil, es decir, con claridad y precisión la infracción sobre la decisión impugnada, la Corte Suprema Casatoria no puede corregir ni suplir de oficio la omisión presentada, pues el recurso de casación debe colocarse respetando los requisitos de admisibilidad y procedencia⁶².

Además, sobre la falta de claridad y precisión de la infracción normativa, la Corte Suprema de Justicia de la República señala en la Casación N° 3616-2016, un caso: Si la casante no indica cuál de los veintisiete artículos con los que cuenta la Ley N° 27626 y su Reglamento fueron vulnerados, no fundamentando en que consistiría la vulneración⁶³.

Asimismo, la Corte en la Casación N° 15485-2014, considera que cierta infracción normativa denunciada, no cumple con la exigencia del art. 388, inciso 2, pues a pesar que se denuncia la vulneración al debido proceso, su fundamentación no especifica

⁶¹ Jorge Carrión Lugo, "El recurso de casación", *Revista Jurídica Promoción 1973* (2001): 36.

⁶² Carlos Alberto Celis Zapata, *Casación Civil en el Perú* (Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega Fondo Editorial, 2013), 104.

⁶³ Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 3616-2015 del 19 de noviembre, sobre la acreditación del daño moral (Lima, 21 de noviembre de 2015).

cuales serían los vicios sustanciales en el que habría incurrido la resolución objeto de cuestionamiento⁶⁴.

Sobre la misma exigencia, la Corte señala en la Casación N° 1867-2008, que la fundamentación del recurso de casación debe ser clara, precisa, y concreta, indicando la causal pertinente y el requisito de fondo en el que se sustenta, debiendo guardar coherencia⁶⁵ (...).

Entonces, tomando en consideración el planteamiento del recurso de casación, se puede destacar lo siguiente:

-Correcta inaplicación de los art. 1969 y 1971 del Código Civil.

-Interpretación errónea: sobre el art. 1969, la inversión de la carga de la prueba, no se aplica, haciéndose uso indebido de la Teoría del Riesgo del art. 1970, además, se ha obviado aplicar el art. 1971 del Código Civil, las excepciones de la responsabilidad, así como aplicación injustificada de la teoría de equivalencia de condiciones, debiéndose aplicar la causa adecuada.

-Correcta aplicación de la norma: aplicación del art. 1969 y no aplicación del art. 1971.

Verificando, el contenido del recurso de casación, es notoria la incongruencia sobre dos puntos: a) cuando se señala que se debe aplicar correctamente los art. 1969 y 1971, para después señalar que se ha omitido aplicar este último. Asimismo, y b) la demandante invoca la teoría de la causa adecuada (art. 1985 del Código Civil) en lugar de la teoría de la suma de condiciones, sin embargo, tampoco se sustenta cual sería la correcta aplicación en la norma.

En consecuencia, existe un problema en cuanto al planteamiento del recurso de casación, por un lado, existe falta de coherencia y no precisa la infracción normativa, por ende, el recurso de casación fue debidamente declarado improcedente al no cumplir con la exigencia del art. 388, inciso 2, del Código Procesal Civil.

⁶⁴ Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 15495-2014, del 26 de marzo, sobre la procedencia del recurso de casación (Áncash, 30 de marzo de 2016).

⁶⁵ Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 1867-2008, del 01 de setiembre, sobre la procedencia del recurso de casación (Arequipa, 04 de setiembre de 2008).

3.4 ¿Corresponde indemnizar a la víctima en relación a sus condiciones personales en comparación a su contraparte?

En relación al cuestionamiento, la Sentencia de Primera Instancia (fs. 268/278), realiza una comparación de la condición personal de las partes para poder determinar el quantum indemnizatorio del daño moral, debido a ello, es pertinente establecer si está forma de reparación en la responsabilidad civil extracontractual se encuentra permitido por las reglas contenidas en el Código Civil.

En ese sentido, el análisis se da sobre la base de los argumentos de la demandante en su escrito inicial (fs. 71/85): a) aqueja profunda depresión, b) implícitamente, afectación a su daño moral; sobre ello, se denota que la recurrente señala en buena cuenta, resumen a su esfera jurídica subjetiva.

Por ende, para elaborar un criterio sobre la circunstancia en concreto, se debe syndicar entre las diversas funciones de la responsabilidad civil, la satisfactoria, que, en palabras de Gastón Fernández Cruz, consiste en la reparación del daño presente cuando se afecta un interés jurídicamente tutelado, siendo que su manifestación directa es de carácter aflictivo-consolatorio, funcionando como mitigación del daño⁶⁶. Asimismo, Eugenio Llamas Pombo considera que el daño moral al ser de carácter extrapatrimonial, la tarea de cuantificarlo debe quedar al arbitrio de los jueces, siendo esta de carácter compensatorio, debiéndose denominar compensación satisfactoria⁶⁷.

En ese sentido, no cabe duda que la función satisfactoria juega terminando siendo el fundamento del daño moral, no obstante, en palabras de Roxana Jiménez Vargas-Machuca, esta función no debe degradarse hasta convertirse en un eufemismo, sino que debe dotarse de contenido, y ello a través de un criterio firme que apunte a un auténtico resarcimiento, por medio de una valorización seria del daño, empleando parámetros y no meras suposiciones o presunciones, acreditando el daño (la víctima) y fundamentando la decisión final (el juez)⁶⁸.

⁶⁶ Gastón Fernández Cruz, "Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica sistémica", *Ius et Veritas* 11, no. 22 (2001): 20-22.

⁶⁷ Eugenio Llamas Pombo, Formas de reparación del daño, en *Sobre la responsabilidad civil y su valoración* (Madrid: Editorial Jurídica Sepín, 2009), 1-66.

⁶⁸ Roxana Jiménez Vargas-Machuca, "Los daños inmateriales: una aproximación a su problemática", *Themis*, no. 50 (2005): 280.

Del panorama de la función satisfactoria, sirve como compensación a favor de la víctima por afectar su daño moral, no obstante, objetivamente, debe establecerse determinado parámetro y que exista fundamentación adecuada sobre el particular.

Paralelamente, Alexander Rioja Bermúdez, señala sobre el particular:

Nuestros tribunales han adoptado un criterio prudencial del Juez de equidad, de acuerdo a una valoración equitativa, es decir, evaluar la magnitud y el menoscabo producido a la víctima, que el daño moral para ser factible de indemnización, basta con que se configure el menoscabo o afectación, esto implica su no probanza, resultando que en otros casos se ha tenido en cuenta las condiciones personales del sujeto afectado, esto es su condición de mujer u hombre para el caso de daños⁶⁹.

Por ello, el problema en cuestión radica en determinar si la condición personal de la víctima pueda emplearse como criterio por nuestros tribunales a fin de determinar pecuniariamente, el daño moral.

Sobre este extremo, la posición de Fernando de Trazegnies Granda, es la siguiente: Muchas consideraciones que no son propiamente criterios, han sido determinantes y empleados por los jueces de nuestros tribunales en sus fallos, sean factores emotivos, culturales, distributivos, políticos, sociales, económicos, entre otros, debiendo fundamentarse estos criterios y explicarlos, racionalmente⁷⁰.

En consecuencia, aparentemente, si se permitiría emplear este criterio de evaluar la condición personal de la víctima, pues se les otorga esta atribución a los jueces, conforme se puede citar un ejemplo, en la Casación N° 227-2013 Ica: El quantum indemnizatorio obedece a un criterio que está sujeto a la valoración conjunta y razonada de las pruebas, lo que no resulta motivo de cuestionamiento a este nivel⁷¹ (...).

⁶⁹ Alexander Rioja Bermúdez, "La función satisfactoria de la responsabilidad civil en su manifestación aflictivo consolatoria para la determinación del quantum indemnizatorio del daño moral", PUCP (blog), 09 de febrero de 2016, <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2016/02/09/la-funcion-satisfactoria-de-la-responsabilidad-civil-en-su-manifestacion-aflictivo-consolatoria-para-la-determinacion-del-quantum-indemnizatorio-del-dano-moral/>

⁷⁰ De Trazegnies, La Responsabilidad Extracontractual, Tomo II, 28-31.

⁷¹ Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 227-2013, del 28 de junio, sobre el quantum indemnizatorio (Ica, 30 de junio de 2016).

Sin embargo, de la lectura del Código Civil, se presenta un caso específico en el cual se evalúa la condición personal de la víctima:

Art. 1977.- Indemnización equitativa del incapaz por daño

Si la víctima no ha podido obtener reparación en el supuesto anterior, puede el juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo. (el subrayado es nuestro).

Sobre la noción de indemnización equitativa y su contenido económico, la Casación N° 2890-2013, refiere que cuando el daño no puede valorizarse en su monto preciso, la valoración debe efectuarse de manera equitativa, lo que supone evaluar en el caso concreto la edad de la víctima y atender a máximas de experiencia de las que se puede colegir la aflicción del padre al producirse la muerte de su hija⁷² (...).

Por lo mencionado, e interpretando sistemáticamente el Código Civil, solo el artículo citado hace mención a la condición económica de las partes, específicamente, en el caso de la víctima cuando puede accionar contra el causante del daño pese a ser un incapaz sin discernimiento, debido a ello, pese a que nuestros tribunales suelen emplear en la práctica las condiciones personales de la víctima como criterio de la función satisfactoria de la responsabilidad civil, no resulta adecuado al consagrarse específicamente, este criterio en el caso señalado.

En conclusión, pese a que en la Sentencia de Primera Instancia empleo este criterio para determinar el quantum del daño moral, no corresponde utilizar el mismo sobre la base que nuestro Código Civil recoge el mismo, en concreto, de la evaluación de la condición económica de las partes, por lo que, pese a la discrecionalidad que pueden tener los tribunales en nuestro país, no corresponde emplear este criterio como justificación del daño moral.

⁷² Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 2890-2013, del 05 de abril, sobre el quantum indemnizatorio (Ica, 08 de abril de 2014).

4. POSICIÓN PERSONAL SOBRE LO RESUELTO EN EL PROCESO CIVIL

Del análisis general del expediente, se identifica que existe contraposición en cuanto a las sentencias de las instancias mencionadas con anterioridad, así como la improcedencia del recurso de casación, hechos que ameritan al graduando, comentar su posición sobre el particular, por lo que, es necesario comentar las decisiones de las diferentes judicaturas y órganos colegiados del Poder Judicial, hecho que procederé a realizar en las líneas posteriores del presente informe.

4.1 Sentencia de Primera Instancia

Resolución N° 23 – Sentencia emitida por el Sexagésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima de la Corte Superior de Justicia de Lima

En la Sentencia de Primera Instancia, se declaró fundada en parte la demanda, ordenando a la demandada pagar a la demandante la suma de veinte mil soles por concepto de daño moral, y cuarenta dólares americanos por concepto de daño emergente con costas y costos del proceso. Sobre el particular, me encuentro de acuerdo con la evaluación de los medios de prueba citados para determinar el daño moral (garantías personales y testimoniales) conforme al art. 196 del Código Procesal Civil sobre la carga de la prueba, sin embargo, la judicatura considera las condiciones personales de la víctima y sus diferencias para establecer la indemnización por este concepto, hecho que resulta controvertido debido a que no se fundamenta el porqué de esta decisión; sobre el daño emergente y lucro cesante, considero que la evaluación termina siendo correcta sobre la base del artículo mencionado anteriormente. En ese sentido, considero en términos generales, que no realiza en estricto, el análisis jurídico correspondiente de los elementos de la responsabilidad civil, por más que se evalúa la conducta de la demandada conforme al régimen general de responsabilidad civil (art. 1969 del Código Civil), aplicable al caso, solo se quiere determinar la existencia de los tipos de daños, mas no se detalla la concurrencia de los elementos a efecto de determinar responsabilidad.

En consecuencia, pese a que existe responsabilidad de la mencionada, el análisis no es el correcto, por ello, me encuentro a favor de la decisión de la judicatura, mas no de la justificación.

4.2 Sentencia de Vista

Resolución S/N – Sentencia emitida por la Sexta Sala Civil de Lima de la Corte Superior de Justicia de Lima

En la Sentencia de Vista, se revocó la sentencia de Primera Instancia, reformándola, declarando la misma como infundada en todos sus extremos. Sobre el particular, me encuentro en desacuerdo con el análisis que se realiza sobre los elementos de la responsabilidad, en referencia a la antijuricidad, se menciona que al no haber sanción en la vía penal no se puede determinar las agresiones de la demandada, del daño y de la causalidad, que no se encuentra acreditado por los medios de prueba obrantes en el expediente, del factor de atribución, que hay ausencia de culpa de la demandada. Debido a ello, considero que el órgano colegiado no comprende las implicancias de la antijuricidad al confundirlas con las mismas a la vía penal, omitiendo analizar causal alguna de ausencia de responsabilidad civil conforme al art. 1971 del Código Civil, sobre el daño, argumentar que no se acredita el daño termina ser arbitrario, pese a que existen suficientes medios de prueba que pueden determinar un mínimo grado de su comisión, de la causalidad, tampoco se señala si existe fractura causal conforme al art. 1972 para justificar que no existe responsabilidad de la demandada, del factor de atribución, la mención a la ausencia de culpa es impreciso porque este análisis corresponde realizarse en la antijuricidad.

En ese sentido, se vulnera el art. 139, inciso 5, así como el art. 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, respecto al deber de motivación; además, se hace mención a los daños recíprocos entre las partes, dentro del daño moral, pero no se identifica su magnitud conforme a la regla del art. 1984 del Código Civil, también la Sala al evitar pronunciarse sobre el daño emergente tomando en consideración la resolución del procedimiento administrativo, resulta cuestionable al no valorar el Acta de Inspección Judicial, hechos que demuestran que no se valoró de manera idónea los medios probatorios obrantes en el expediente, circunstancia que conlleva a que el análisis general no sea correcto.

Por tanto, no me encuentro a favor de la decisión de la Sala respecto a la valoración de hecho y derecho.

4.3 Auto Calificatorio – emitido por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia

En el auto calificatorio, se declara improcedente el recurso de casación de la demandante por vulnerar el inciso 2 del art. 388 del Código Civil. Sobre el particular, me encuentro de acuerdo con la decisión de la Sala Civil, puesto que, del recurso en cuestión, se identifica que se alega incorrecta aplicación del art. 1969 y 1971, para después señalar que la omisión de este último artículo, circunstancia que resulta contrario al deber de describir con claridad y precisión la infracción normativa, requisito de procedencia contenido en el artículo señala anteriormente.

Debido a ello, al no cumplirse con el requisito de procedencia, la Sala correctamente rechaza la procedencia de la casación, posición que también suscribo.

5. CONCLUSIONES

El expediente tiene relevancia jurídica pues permite exponer y esclarecer los elementos de la responsabilidad civil (antijuricidad, daño, causalidad y factor de atribución) en materia excontractual, así como la ausencia de responsabilidad y fractura causal como presupuestos de liberación, así como la problemática del caso y su relación con las reglas contenidas en el Código Civil.

De conformidad con lo señalado, para atribuir responsabilidad civil se deben configurar los elementos en su conjunto, por lo que la única forma para liberarse de responsabilidad civil en el presente caso, es demostrar ausencia de responsabilidad dentro de la antijuricidad o un defecto en el nexo causal, llámese fractura causal, supuestos contenidos en los artículos 1971 y 1972 del Código, respectivamente; caso contrario, no habrá responsabilidad civil o de haberla, y la misma víctima tenga participación en el daño, se aplicará la reducción de la indemnización conforme a la regla del art- 1973, último supuesto que se presenta en el expediente materia de estudio, existe responsabilidad civil pero se debe reducir considerablemente el monto indemnizatorio.

Asimismo, el caudal probatorio del daño moral debe ser flexibilizado sobre la base de la dificultad que comprende su probanza, por lo que, los medios probatorios deberán reflejar un mínimo grado de afectación en la víctima, esto es lo que sucede en el caso, quedando de esta forma, acreditado el daño moral de la demandante.

Además, el recurso de casación debe cumplir con los requisitos de forma y fondo para poder discutir si el mismo es fundado o no, debiéndose analizar primero, la admisibilidad, y segundo, su procedencia, por tanto, respecto al caso, el planteamiento de la casación denota falta de coherencia y no se precisa la infracción normativa, por lo que, fue debidamente declarado como improcedente al no cumplir con la exigencia del art. 388, inciso 2, del Código Procesal Civil.

Por su parte, pese a que nuestros tribunales evalúan frecuentemente la condición personal de las partes para poder otorgar el daño moral, no corresponde utilizar el mismo, porque nuestro Código Civil recoge un supuesto similar que es la evaluación de la condición económica de las partes, regla contenida en el art. 1977, por lo que, no es correcto emplear este criterio como justificación del daño moral al estar contemplado en esencia, en el articulado mencionado.

Por otro lado, considero que la decisión del Sexagésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima de la Corte Superior de Justicia de Lima resulta correcta, pero insuficiente a fin de declarar la existencia de responsabilidad civil de la demandada.

Sin embargo, el criterio de la Sexta Sala Civil de Lima de la Corte Superior de Justicia de Lima resulta aún más cuestionable, pues no analiza correctamente los elementos de la responsabilidad civil, así como omite valorar adecuadamente los medios probatorios obrantes en el expediente, violando el principio de la debida motivación de las resoluciones judiciales.

Asimismo, La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia declara correctamente la improcedencia del recurso de casación, debido a que no se cumple con la exigencia contenida en el inciso 2, artículo 388 del Código Procesal Civil.

6. BIBLIOGRAFIA

Libros y artículos:

1. Alpa, Piero Guido y Bessone, Mario. *Elementi di Diritto Civile*. Milán: Giuffrè, 1990.
2. Beltrán Pacheco, Jorge. “Estudios de la Relación Causal en la Responsabilidad Civil”. *Derecho y Sociedad*, no. 23 (2004): 266.
3. Bustamante Alarcón, Reynaldo. “El derecho fundamental a probar y su contenido esencial”. *Ius et Veritas* 14, no. 8 (1997): 181.
4. Calvo Costa, Carlos. “El significado y las especies de daños resarcibles”. *Revista de Derecho de Daños* 3 (2012): 208-210.
5. Campos García, Héctor. “El juicio de resarcibilidad en el ordenamiento jurídico peruano”. *Ius et Veritas* 22, No. 45 (2012): 215.
6. Carrión Lugo, Jorge. “El recurso de casación”. *Revista Jurídica Promoción 1973* (2001): 36.
7. Celis Zapata, Carlos. *Casación Civil en el Perú*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega Fondo Editorial, 2013.
8. De Trazegnies Granda, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*, Tomo I. Lima: ARA Editores, 2016.
9. De Trazegnies Granda, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*, Tomo II. Lima: ARA Editores, 2016.
10. Díez Picazo y Ponce de León, Luis. *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas, 1999.
11. Espinoza Espinoza, Juan. “Sobre los denominados Actos ilícitos Dañosos”. *Ius et Veritas* 24, no. 51 (2015): 117-118.
12. Fernández Cruz, Gastón y León Hilario, Leysser. “La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva”. *Ius et Veritas* 88, no. 58 (2005): 16-17.
13. Fernández Cruz, Gastón. “Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica sistémica”. *Ius et Veritas* 11, no. 22 (2001): 20-22.
14. González Hernández, Rut. “Responsabilidad Contractual y Extracontractual – barrera entre ambas”. *Anuario Jurídico y Económico Esculiarensis*, no. 46 (2013): 205.

15. Jiménez Vargas-Machuca, Roxana. “Los daños inmateriales: una aproximación a su problemática”. *Themis*, no. 50 (2005): 280.
16. Jiménez Vargas-Machuca, Roxana. *Responsabilidad Civil II – Hacia una Unificación de Criterios de Cuantificación de los Daños en Materia Civil, Penal y Laboral*. Lima: Rhodas, 2006.
17. Llamas Pombo, Eugenio. “Formas de reparación del daño”. En *Sobre la responsabilidad civil y su valoración*. Madrid: Editorial Jurídica Sepín, 2009.
18. Lorca Navarrete, Antonio. “Constitución y garantía procesal de la carga de la prueba de la causa petendi: El modelo español y peruano”. *Ius et Veritas* 22, no. 45 (2012): 61.
19. Marín González, Juan. “El sistema de Responsabilidad Civil en México”. *Foro Jurídico*, no. 13 (2014): 264.
20. Mazeaud, Henri y León, y Mazeaud, Jean. *Lecciones de Derecho Civil*, segunda parte. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1960.
21. Mendoza Martínez, Lucía. *La acción civil del daño moral*. México DF: UNAM, 2014.
22. Mercado Neumann, Edgardo. “Fundamentos del Sistema de Responsabilidad Extracontractual”. *Themis*, no. 10 (1988): 71.
23. Monroy Gálvez, Juan. “Los medios impugnatorios en el Derecho Civil”. *Ius et Veritas* 3, no. 5 (1992): 27-28.
24. Ortega Piana, Marco Antonio. “Responsabilidad Civil y Seguros”. *Ius et Veritas* 21, no. 43 (2011): 61-62.
25. Patiño Domínguez, Héctor. “Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual ¿Por qué y cómo impiden la declaratorio de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado”. *Revista de Derecho Privado*, no. 20 (2011): 61.
26. Scognamiglio Scomparso, Renato. “Responsabilidad contractual y extracontractual”. *Ius et Veritas* 11, no. 22 (2011): 56.
27. Valverde González, Enrique. “Nuestro recurso de casación a la luz de la última reforma legislativa”. *Foro Jurídico*, no. 10 (2010): 115.

Jurisprudencia y normas:

28. Decreto Legislativo 295-1984, de 24 de julio, Código Civil. (Lima, 25 de julio de 1984).
29. Octava Sala Laboral Permanente NLPT de la Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. N° 07585-2017-0-1801-JR-LA-84, del 07 de mayo. (Lima, 10 de mayo de 2019).
30. Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco. IV Pleno Jurisdiccional, del 6 de noviembre (Cuzco, 6 de noviembre de 2017).
31. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 1762-2013, de 21 de marzo (Lima 21 de marzo de 2014, sala Ticona Postigo, Valcárcel Saldaña, Del Carpio Rodríguez, Miranda Molina y Cunya Celis).
32. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 4723-2013, del 26 de setiembre (Lima, 30 de noviembre de 2015).
33. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 4844-2013, del 10 de diciembre (Lambayeque, 12 de diciembre de 2014).
34. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 1594-2014, del 15 de octubre (Lambayeque, 18 de octubre de 2014).
35. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 1675-2014, del 27 de noviembre (Apurímac, 30 de noviembre de 2015).
36. Sala Civil Transitorio de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 2108-2014, del 30 de marzo (Lima, 02 de abril del 2016).
37. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 15495-2014, del 26 de marzo (Áncash, 30 de marzo de 2016).
38. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 3616-2015, del 19 de noviembre (Lima, 21 de noviembre de 2015).
39. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 3141-2016, de 24 de julio, (Piura, 24 de julio de 2017).
40. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 1714-2018, del 21 de noviembre (Lima, 21 de enero de 2019).

41. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 1867-2008, del 01 de setiembre (Arequipa, 04 de setiembre de 2008).
42. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 1933-2007, del 01 de abril (Lima 01 de abril de 2008).
43. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 227-2013, del 28 de junio (Ica, 30 de junio de 2016).
44. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 2890-2013, del 05 de abril (Ica, 08 de abril de 2014).
45. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N° 3256-2015, del 27 de setiembre (Apurímac, 28 de setiembre de 2015).
46. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 4114-2015, de 18 de enero (Lima 19 de enero de 2017, sala Mendoza Ramírez, Romero Díaz, Cabello Matamala, Miranda Molina y De la Barra Barrera).
47. Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República. Sentencia del Primer Pleno Casatorio. Casación N° 1465-2007, del 21 de octubre (Cajamarca, 22 de octubre de 2008).
48. Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 3107-2015, del 31 de octubre (Lima, 31 de octubre de 2016).
49. Tribunal Constitucional. Sentencia N° 0474-2003-AA/TC, del 21 de abril, (Lima 22 de abril de 2004).
50. Tribunal Constitucional. Sentencia N° 0052-2004-AA/TC, del 01 de setiembre (Lima 01 de setiembre de 2008).

Páginas Web:

51. Chang Hernández, Guillermo. “Breves apuntes sobre el daño moral: la apuesta por su presunción e intentos de cuantificación”. Legis Perú Pasión por el Derecho. 15 de marzo de 2018. <https://lpderecho.pe/dano-moral-presuncion-cuantificacion/>
52. Saúl Coca Guzmán, “Sistema subjetivo de responsabilidad extracontractual (dolo y culpa) (artículo 1969 del Código Civil)”. Legis Perú Pasión por el Derecho, 03 de octubre de 2020. <https://lpderecho.pe/sistema-subjetivo-responsabilidad-civil-extracontractual-dolo-culpa/>

53. Rioja Bermúdez, Alexander. “La función satisfactoria de la responsabilidad civil en su manifestación aflictivo consolatoria para la determinación del quantum indemnizatorio del daño moral”. PUCP (blog), 09 de febrero de 2016, <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2016/02/09/la-funcion-satisfactoria-de-la-responsabilidad-civil-en-su-manifestacion-aflictivo-consolatoria-para-la-determinacion-del-quantum-indemnizatorio-del-dano-moral/>
54. Osterling Parodi, Felipe. “Indemnización por Daño Moral”. Osterling Abogados, 25 de febrero de 2020, <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizaci%C3%B3n%20por%20Da%C3%B1o%20Moral.pdf>
55. Varsi Rospigliosi, Enrique. “Prescripción y Caducidad en el Código Civil”. Suplemento Jurídica del diario El Peruano, 10 de marzo, 2020, https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/10595/Varsi_prescripcion_caducidad.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Informe del Segundo Expediente en Derecho Administrativo

Datos del Bachiller

Nombres y Apellidos : Armando Miguel Cabrera Céspedes
Código de alumno : 11100556
Correo electrónico : 11100556@ue.edu.pe
mikicc9494@gmail.com

Datos del Expediente

Materia : Barreras Burocráticas
Procedencia : Instituto Nacional de Defensa de la Competencia de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi
Expediente N° : 000097-2014/CEB
Denunciante : Servi Cusco Vial S.A.C.
Denunciada : Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC

ESTRUCTURA DEL INFORME

1.	RELACION DE LOS HECHOS SOBRE LOS QUE VERSA LA CONTROVERSIA.....	1
1.1.	En Comisión.....	1
1.1.1.	Denuncia	1
1.1.2.	Admisión a trámite	3
1.1.3.	Descargos del tercero administrado.....	5
1.1.4.	Resolución Final de Comisión	6
1.2.	En Sala.....	9
1.2.1.	Recurso de apelación	9
1.2.2.	Concesorio de Apelación.....	10
1.2.3.	Traslado de la apelación.....	10
1.2.4.	Resolución Final de Sala	10
2.	CUESTION PREVIA	12
3.	IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS DEL EXPEDIENTE	14
3.1.	¿Se debió considerar la exigencia administrativa como una barrera burocrática pasible de revisión por parte de Indecopi?	14
3.2.	¿Corresponde declarar la existencia de la barrera burocrática ilegal conforme a la metodología de análisis de Indecopi?.....	14
3.3.	¿Es aplicable la diferenciación a la denunciante o la misma constituye discriminación conforme al ordenamiento jurídico vigente?.....	15
4.	POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE CADA UNO DE LOS PROBLEMAS IDENTIFICADOS DEL EXPEDIENTE.....	15
4.1.	¿Se debió considerar la exigencia administrativa como una barrera burocrática pasible de revisión por parte de Indecopi?.....	15
4.2.	¿Corresponde declarar la existencia de la barrera burocrática ilegal conforme a la metodología de análisis de Indecopi?.....	18
4.3.	¿Es aplicable la diferenciación a la denunciante o la misma constituye discriminación conforme al ordenamiento jurídico vigente?.....	30
5.	POSICIÓN PERSONAL SOBRE LO RESUELTO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.....	34
5.1.	Resolución Final de Primera Instancia	35
5.2.	Resolución Final de Segunda Instancia	35
6.	CONCLUSIONES.....	36
7.	BIBLIOGRAFIA	38
	ANEXO A.....	39

1. RELACION DE LOS HECHOS SOBRE LOS QUE VERSA LA CONTROVERSIA

Procedimiento administrativo trilateral

1.1. En Comisión

1.1.1. Denuncia

Con fecha 28 de marzo de 2014, el Centro Médico Servi Cusco Vial S.A.C. interpone denuncia administrativa contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones con la finalidad que se declare como barrera burocrática ilegal, la exigencia legal de presentar una carta fianza por el importe de U\$D 10,000.00 (diez mil con 00/100 dólares americanos) como requisito para prestar el servicio de toma de exámenes de aptitud psicomática para obtener la licencia de conducir, establecido como exigencia en el literal m) del artículo 92° del Reglamento de Licencias de Conducir Vehículos Automotores y no Motorizados de Transporte Terrestre, aprobado mediante Decreto Supremo N° 040-2008-MTC.

Fundamentos de hecho

- Que, la denunciante se encuentra autorizada como establecimiento de salud para la realización de exámenes de aptitud psicomática para los postulantes a obtener una licencia de conducir, ello mediante Resolución Directoral o N° 1891-013-GR-CUSCO-DRTCC de fecha 23 de octubre de 2013, otorgada por el Gobierno Regional del Cusco.
- En ese sentido, el art. 7.1.1 del Reglamento de Licencias de Conducir Vehículos Automotores y no Motorizados de Transporte Terrestre (ahora en adelante, El Reglamento) establece competencia al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, la competencia de ella de normas complementarias de carácter nacional, y el 7.2.2, establece a los Gobiernos Regionales competentes para autorizar a los establecimientos de salud sobre los exámenes de aptitud psicomática. Asimismo, en el art. 92 del mismo cuerpo normativo, se señala que se deberá presentar una carta fianza emitida por una entidad financiera autorizada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Pensiones, por el importe de U\$D

10,000.00 (diez mil con 00/100 dólares americanos), con el carácter de solidaria, irrevocable, incondicional y por un plazo de vigencia similar a la autorización.

- Siendo así, el Ministerio de Transporte y Comunicaciones impone la carta fianza como requisito indispensable para la autorización de funcionamiento del centro médico, siendo el Gobierno Regional del Cusco la competente de autorizar a los establecimientos de salud.
- No obstante, la denunciante alega que el Ministerio, ahora denunciada, estaría incluyendo un requisito dentro de un procedimiento administrativo no por su relevancia y necesidad, sino para asegurarse que las posibles sanciones que puedan imponerse sean debidamente ejecutadas, lo cual resulta contrario al art. 39 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, contradiciendo el objeto del procedimiento.
- Sobre el particular, la accionante señala que la Superintendencia de Transporte Terrestre de Persona, Carga y Mercancías – SUTRAN, es quien tiene la competencia para fiscalizar y sancionar a los administrados que se encuentran autorizados para para prestar el servicio de la toma de exámenes de aptitud psicomática, siendo la mencionada quien resulta competente en relación al campo de sus atribuciones de acuerdo a la normativa legal en vigencia.
- Por tanto, la denunciada señala que la exigencia en el numeral m) del art° 92 del Reglamento (carta fianza), contraviene el Principio de Legalidad previsto en el título preliminar de la Ley N° 27444, debido a que no se acredita una Ley que permita al Ministerio de Transporte a través de las cartas fianzas ejecutar las sanciones y multas frente al incumplimiento de futuras obligaciones legales. En consecuencia, la carta fianza lo que busca es demostrar la solvencia económica de los establecimientos de salud que buscan prestar el servicio de toma de exámenes psicomáticos, puesto que la carta fianza en esencia estaría orientada a satisfacer las obligaciones mencionadas; circunstancias que estaría vulnerando la permanencia en el mercado de la denunciada.

Fundamentos de derecho

-La denunciante Servi Cusco Vial S.A.C, basa su denuncia en lo contenido en art. 26 BIS del Decreto Ley N° 25868, y el art. 48 de la Ley N° 27444; así como la Sexta Disposición Transitoria del Decreto Legislativo N° 807.

Medios probatorios

-Mérito de la Vigencia de Poder del representante del Centro Médico Servi Cusco Vial SAC.

-Mérito de la Partida Registral que acredita los poderes del representante de la denunciante.

-Copia Simple de la Resolución Directoral N° 1391-2013-CUSCO-DRTCC de fecha 23 de octubre de 2013; la cual acredita que se requiere presentar carta fianza conforme a lo señalado por el numeral m) del art. 92° de El Reglamento.

-Resolución que emana el pronunciamiento de la Comisión contenido en la Resolución N° 0197-2013/CEB-INDECOPI de fecha 23 de mayo de 2013; declarando como barrera burocrática ilegal la exigencia de una carta fianza por U\$D 10,000.00 (diez mil con 00/100 dólares americanos).

-Resolución que emana el pronunciamiento de la Comisión contenido en la Resolución N° 0437-2013/CEB-INDECOPI de fecha 13 de diciembre de 2013; declarando como barrera burocrática ilegal la exigencia de una carta fianza por U\$D 10,000.00 (diez mil con 00/100 dólares americanos).

1.1.2. Admisión a trámite

El 29 de abril de 2014, la Secretaria Técnica de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas admitió a trámite la denuncia presentada por Krinnir Steffi Ortega Cárdenas, apoderada de Centro Médico Servi Cusco Vial Sociedad Anónima Cerrada en contra del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y corrió traslado a esta, así como tercero administrado al Gobierno Regional del Cusco, otorgando a las señaladas un plazo no mayor a 5 días hábiles para que presenten sus descargos.

Descargos de la denunciada

Con fecha 08 de mayo del 2014, el señor Jaime José Vales Carrillo, Procurador Público del Ministerio de Transporte y Comunicaciones, se apersonó al procedimiento administrativo y formulo sus descargos, solicitando a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas que la denuncia sea desestimada.

Fundamentos de hecho

- La denunciada señala que la exigencia de una carta fianza emitida por una entidad financiera autorizada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Pensiones, por el importe de U\$D 10,000.00 (diez mil con 00/100 dólares americanos) no es una barrera burocrática, por lo que no resulta ilegal ni carente de razonabilidad, siendo que la administración no considera que la misma resulte ser

una exigencia, prohibición, cobro u otro acto que limite la competitividad de la denunciante en el mercado.

- Asimismo, señala que es competente de acuerdo a literal g) del artículo 16° de la Ley N° 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, ello en relación a la mantención óptima del sistema de emisión de licencias de conducir, resultando que mediante el Decreto Supremo 040-2008-MTC, la cual contiene las normas reglamentarias correspondientes a las Autorizaciones de Centros Médicos encargados de la toma de Exámenes de Aptitud Psicomática para Licencias de Conducir y Escuelas de Conductores, tiene entre sus objetivos, otorgar autorizaciones a favor de los centros médicos para la toma de exámenes de aptitud psicomática, estos últimos buscan que el postulante reúna las condiciones físicas y mentales para la conducción de un vehículo automotor.
- Resultando, que acorde a la postura señalada por el Tribunal Constitucional en sentencia N° 2235-2004-AA/TC, la conducción de vehículos es una actividad riesgosa y que las consecuencias derivadas las asume la sociedad en su conjunto, debido a ello no puede equipararse a cualquier negocio, debiéndose señalar que en esta última las ineficiencias o deficiencias son asumidos sólo por el agente económico, mientras que en la toma de exámenes psicomáticos, la colectividad.
- Por ende, el Ministerio está en la obligación de adoptar las medidas pertinentes para proteger los intereses de la sociedad, dicha medida relacionada a la carta fianza solicitada a la denunciante busca acreditar la solvencia económica de los establecimientos de salud y escuelas de conducción, dado que así las mencionadas pueden afrontar los gastos que implica la propia actividad.
- A forma de ejemplo, se señala que estadísticamente, la Policía Nacional del Perú ha revelado que en los últimos 15 años, se han producido alrededor de 46 000 fallecidos a consecuencia de accidentes de tránsito; teniendo como causa principal la baja rigurosidad en la toma de exámenes a los conductores de vehículo en conexión a un sistema precario que permitió el libre acceso al mercado de personas naturales y jurídicas a los servicios de transporte; por ende, la denunciada señala que los establecimientos de salud y escuelas de conductores al cumplir una función delicada, no pueden ser agentes que reflejen precariedad económica porque podrían acceder a actos indebidos para captar usuarios.

- Concluye, que exigir la carta fianza es justificable al hacer viable la cobranza de multas que se impongan como efecto de las infracciones que cometa la denunciante, además de resultar como un mecanismo disuasivo para que no se incumplan las obligaciones futuras, brindándose un servicio óptimo y buscándose que los exámenes de aptitud psicomática sean objetivos para evitarse irregularidades de ser el caso.

1.1.3. Descargos del tercero administrado

Con fecha 13 de mayo del 2014, Iván Cardeña Huayllaro, Representante Legal del Gobierno Regional del Cusco, se apersonó al procedimiento administrativo y formulo sus descargos, solicitando a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas que la denuncia sea desestimada.

Fundamentos de hecho

- La tercera administrada señala que su actuación se encuentra amparada en el cumplimiento del Decreto Supremo 040-2008-MTC, resultando que mediante Resolución Directoral N° 1391-2013-GR-CUSCO-DRTCC, se autorizó a la denunciante para realice los exámenes de aptitud psicomática, habiendo presentado oportunamente la carta fianza en discusión y que, sin ella, no se hubiera otorgado la autorización respectiva a favor de la señalada.
- Que, el art. 39° de la LPAG, únicamente requiere aquellos requisitos establecidos en la normativa vigente, en consecuencia, la actuación del tercero administrado mediante la Dirección Regional de Transporte del Cusco (órgano competente), termina adhiriéndose al examen de legalidad del caso.
- Concluye, la denuncia no resulta tener el carácter de gravoso y que la exigencia de la carta fianza no es una mera exigencia arbitraria por parte de la administración, sino comprende el cumplimiento de la normatividad legal pertinente, la cual considera posibles ineficiencias de los administrados y se tipifica para proteger a la sociedad en su conjunto frente al riesgo derivado de conducir.

Fundamentos de derecho

-Art. 26 del Decreto Legislativo N° 807, que rige las facultades del Indecopi.

-El inciso m) del Art. 92° del Decreto Supremo N° 040-2008-MTC, que dispone la exigencia de la carta fianza.

-El art. 39° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, respecto al principio de legalidad.

Medios probatorios

- Petición de autorización de funcionamiento de la denunciante.
- Carta fianza garantizada por denunciante.
- Informe emitido por el Jefe del Área de Fiscalización.
- Dictamen emitido por la Oficina de Asesoría Legal.
- Resolución directoral emitido por la Dirección Regional de Transportes y Comunicaciones del Cusco.

1.1.4. Resolución Final de Comisión

Mediante Resolución N° 0237-2014/CEB-INDECOPI, de fecha 04 de junio de 2014 (fs. 105/124), la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, expidió Resolución que declara **FUNDADA** la denuncia interpuesta por Servi Cusco Vial S.A.C. contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el Gobierno del Cusco, por tanto, **ILEGAL** la exigencia de una carta fianza bancaria, por el importe de \$ 10 000,00 como requisito para prestar el servicio de toma de exámenes de aptitud psicomática de licencias de conducir, establecida en el literal m) del art. 92 del Decreto Supremo 040-2008-MT, Reglamento Nacional de Licencias de Conducir Vehículos Automotores y No Motorizados de Transporte Terrestre, ordenando la inaplicación de dicha barrera a la denunciante, todo ello en base a los siguientes fundamentos:

(i) Sobre la competencia de la Comisión y metodología del caso:

Conforme establece el art. 26BIS° del Decreto Ley N° 25868, la Comisión es competente para conocer el caso, para lo cual se debe valorar conforme al precedente de observancia obligatoria, Resolución N° 182-97-TDC del Tribunal del Indecopi respecto a la existencia de una barrera burocrática: a) legal o ilegal; y solo de comprobarse la legalidad, b) se evaluará si es racional o irracional.

Sobre la competencia, se deniega el argumento de la denunciada que la medida no calificaría como barrera burocrática y, en consecuencia, no podría ser materia de revisión por parte de la Comisión, sobre la base del art. 2 de la Ley N° 28996, que define que es una barrera burocrática, por lo que, dicha disposición resulta aplicable a cualquier empresa que desea acceder o permanecer en el mercado como

establecimiento de salud que presta el servicio de toma de exámenes psicomáticos para obtener una licencia de conducir constituye condición indispensable para dichas empresas, por lo que, en congruencia con la definición de barreras, la disposición del Ministerio calificaría como tal, debiéndose desestimar el cuestionamiento efectuado por la mencionada.

(ii) Sobre el cuestionamiento del Ministerio a la carta fianza como barrera burocrática:

Sobre el argumento de la denunciada, que, la carta fianza como exigencia no resultaría ser una barrera u obstáculo de acceso al mercado, debido a que el objeto social de la denunciante no solo engloba la toma de exámenes de aptitud psicomática, sino otros tipos de actividades económicas, la Comisión opta por desestimar este argumento, sobre la base que la exigencia cuestionada puede afectar total o parcialmente las actividades económicas de la denunciante, lo que implica que la disposición de todas formas podría calificar como barrera burocrática pasible de revisión.

(iii) Sobre la evaluación de legalidad:

El Ministerio de Transportes y Comunicaciones, mediante la Ley N° 271781, cuenta con competencias de gestión para mantener un sistema estándar en la emisión de licencias de conducir en el reglamento correspondiente y, competencia normativa para aprobar, disposiciones de alcance nacional relacionadas al otorgamiento de licencias de conducir.

Por otro lado, el Decreto Supremo N° 040-2008-MTC, aprobó el Reglamento Nacional de Licencias de Conducir para vehículos automotores y no motorizados de transporte terrestre, estableciéndose en el art. 92, literal m), la exigencia de una carta fianza ascendente a la suma de US\$ 10 000,00, por lo que, el Ministerio se encontraría facultado a regular las disposiciones reglamentarias para la emisión de licencias de conducir, estando en este grupo, los requisitos mínimos que deben tener los establecimientos de salud para la toma de exámenes de aptitud psicomática. No obstante, estas facultades deben estar sujetas al cumplimiento de las disposiciones en materia de simplificación administrativa, regulada en la Ley del Procedimiento General.

En consecuencia, el procedimiento de autorización para estos establecimientos debe tener por finalidad que se cumplan los requerimientos técnicos, profesionales y logísticos que resultan necesarios para evaluar y determinar las aptitudes psicomáticas.

Pese a ello, el Ministerio señala que la exigencia de la carta fianza tiene por objeto demostrar la solvencia económica de los centros de salud, para así evitar posibles situaciones indebidas y afrontar las futuras multas a imponérseles. Para ello, la denunciada señala tres argumentos:

-Los establecimientos de salud cometerán probables conductas infractoras, lo cual debe evitarse.

-Los establecimientos de salud que cumplen con la exigencia de una carta fianza son sinónimo de seriedad, responsabilidad y solvencia económica.

-Se debe tomar en consideración la especial naturaleza de la actividad del servicio de toma de exámenes para la obtención de una licencia de conducir, por el riesgo que implica, debiéndose diferenciar de otras actividades económicas.

Sobre el particular, la Comisión señala lo siguiente, respectivamente:

-El Estado debe asumir que los particulares cumplen la ley, conforme al principio de buena fe, por lo que, en caso de infracciones o irregularidades, la denunciada cuenta con facultades, pudiendo colocar multas, sanciones y cancelaciones de autorizaciones; además, en caso de incumplimiento de multas, el Ministerio cuenta con facultades de ejecución coactiva. Por ende, la denunciada al no contar con una ley que permita ejecutar a través de cartas fianzas bancarias, las sanciones y multas a los centros de salud, contraviene el Principio de Legalidad, tipificado en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

-Es discriminatorio pues se estaría avalando que las empresas que puedan contar con carta fianza, entren al mercado, mientras que aquellas que no la tienen, no, además, el Ministerio no acredita que la carta sea en efecto, seriedad y responsabilidad de las empresas que la obtienen.

-No se puede evaluar la razonabilidad, si con anterioridad se desconoce si la aplicación de la disposición es legal, por lo que carece de sentido invocar argumentos de razonabilidad y proporcionalidad conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional citada por la denunciada.

Asimismo, la Comisión señala que la exigencia de la carta fianza a casinos y tragamonedas es distinta al caso objeto de cuestionamiento, pues en el supuesto señalado, y para el inicio de operaciones en el mercado, se cuenta con la Ley N° 27153 que exige la carta como garantía dineraria, mientras que en el caso los centros de salud y la toma de exámenes de aptitud psicomáticas, a través de un reglamento, por lo que, no se pueden comparar ambos casos.

1.2. En Sala

1.2.1. Recurso de apelación

Con fecha 17 de junio de 2014, y dentro del plazo legal establecido, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, denunciada, presenta recurso de apelación contra la resolución final de la Comisión, Res. N° 237-2014/CEB-INDECOPI, pues según señala, el acto administrativo cuestionado no constituiría ninguna barrera burocrática y menos, ilegal.

- La denunciada, señala que la toma de exámenes de aptitud psicomática para la obtención de licencias de conducir no puede considerarse en la misma dimensión que las demás actividades económicas presentes en el mercado, pues de asumir dicha posición, se estaría incurriendo en aceptar la tesis fundamentalista de libre mercado que terminaría siendo contraria al modelo de economía social consagrado en nuestra Constitución vigente mediante el art. 58°.
- Que, la exigencia de requerir una carta fianza a los establecimientos de salud que buscan autorizarse para la toma del examen psicomático a los postulantes a una licencia de conducir, busca que de manera formal una evaluación financiera por parte de una Entidad del Sistema Financiero que denote al Centro Médico ser una institución solvente en términos económicos para que pueda afrontar los gastos conexos a la actividad; de tal manera, que no solo lo anterior responda a una presunción de ocurrencia o no, sino que a manera pragmática se han presentado caso en los cuales los Establecimientos de Salud han incurrido en infracciones, debido a ello, la exigencia de la carta fianza se encuentra justificada.
- Bajo tal premisa, la denunciada reitera que los centros médicos deben acreditar todo tipo de solvencia como la económica, moral, profesional y técnica, por lo que en la práctica y considerando el factor solvencia económica como fundamental al caso, su desobediencia podría demostrar incurrir en actos indebidos en la búsqueda de captar mayores usuarios, ello como consecuencia de la precariedad económica.

- Concluye la denunciada, señalando que la Comisión no ha considerado que la exigencia de una carta fianza no comprende sólo en el ámbito de aplicación a los centros de salud médicos, sino también a otras entidades que han sido autorizadas, inclusive por un mayor monto en congruencia con el riesgo que genera la actividad, con lo que se logra garantizar el cumplimiento de sus obligaciones; y, también hay casos de centros de salud en el Departamento de Lima que cumplen con el requisito de la carta fianza consagrado en el Reglamento.

1.2.2. Concesorio de Apelación

Mediante Resolución N° 0339-2014/STCEB-INDECOPI, de fecha 19 de junio de 2014, la Secretaria Técnica de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocrática, concede el recurso de apelación a la denunciada, disponiendo que se eleven los actuados a la Sala Especializada en Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de Indecopi.

1.2.3. Traslado de la apelación

Con fecha 02 de septiembre de 2014, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, recibe el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, disponiendo, además, el traslado a las demás partes por un plazo de 5 días para absolver dicho recurso; sin embargo, ni la denunciante ni el tercero administrado, presentaron escrito alguno.

1.2.4. Resolución Final de Sala

Con fecha 08 de enero de 2015, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia expidió la Resolución N° 0012-2015/SDC-INDECOPI, resolviendo **REVOCAR** la Resolución Final de Comisión, N° 0237-2014/CEB-INDECOPI de fecha cuatro de junio del año dos mil catorce, que declaró fundada la denuncia interpuesta por Servi Cusco Vial S.A.C. que contraviene el art. 39 de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, consistente en la exigencia de una carta fianza bancaria, por el importe de \$ 10 000,00 como requisito para prestar el servicio de toma de exámenes de aptitud psicomática para obtener licencias de conducir, establecida en el literal m) del art. 92 del Decreto Supremo 040-2008-MT, Reglamento Nacional de Licencias de Conducir Vehículos Automotores y No Motorizados de Transporte Terrestre, **REFORMÁNDOLA**, declarando **INFUNDADA** la denuncia.

La Resolución Final de Sala se sustenta en los siguientes fundamentos:

- La metodología para resolver el caso en concordancia con la opinión de la Comisión, es el precedente de observancia obligatoria 182-97-TDC, sobre el análisis de legalidad y razonabilidad, por lo que, de superarse el primer supuesto, se procede con el análisis del segundo.
- En relación a la competencia, la Sala señala que la exigencia de una carta fianza es un requisito impuesto por le MTC en ejercicio de sus competencias normativas, con la finalidad de resguardar la vida, integridad y salud de las personas, ello en conformidad con el art. 3 de la Ley 27181 – Ley General del Transporte Público Terrestre.
- En relación al examen de legalidad, la Sala se pronuncia sobre la supuesta vulneración del art. 39 de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, esta considera que la frecuencia de accidentes de tránsito en el país obedece a la imprudencia del conductor, hecho que está relacionado a la conducción de vehículos por personas que no cuentan con un buen estado de salud; debido a ello, este alto índice de accidentes y muertes ocasionados por los conductores guarda relación con la exigencia de una carta fianza, pues constituiría un mecanismo que permite asegurar la aptitud de los administrados, acreditando solvencia económica, demostrando que pueden afrontar las inversiones necesarias para la prestación adecuado de servicios, entre ellas, la obtención de una licencia de conducir.
- En consecuencia, la Sala señala que la exigencia en cuestión está destinada a comprobar las condiciones óptimas de un centro de salud para realizar la actividad mencionada, encontrándose relacionada con la finalidad del permiso, por lo que, la exigencia devendría en legal.
- Por otro lado, respecto a la exigencia cuestionada, la Sala considera que el requerimiento de una carta fianza implica un trato diferenciado permitido por nuestro ordenamiento jurídico, pues es necesario acreditar la aptitud de las empresas que solicitan autorización para brindar el servicio de evaluación psicomática, esto guarda congruencia con la terminología discriminación y diferenciación avalado por el

Tribunal Constitucional, pues la carta fianza al implicar un trato diferenciado, no vulnera el art. 12 del Decreto Legislativo 757¹.

- Finalmente, sobre la solicitud de costas y costos, la Sala deniega la misma debido a que la denunciante resultar ser la parte vencida del procedimiento administrativo.

2. **CUESTION PREVIA**

Resulta necesario señalar que la normatividad aplicable puede variar por el transcurso del tiempo, siendo que estas se pueden crear, modificar o derogar de ser el caso, en el presente informe, específicamente, se presenta la derogación y emisión de normatividad asociada a la regulación de barreras burocráticas, debiéndose resaltar que la norma en vigencia es el Decreto Legislativo N° 1256 - Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, promulgada el 07 de diciembre del 2016.

En ese sentido, la Primera Disposición Complementaria Modificatoria y Derogatoria de la citada norma², deroga el artículo 26BIS del Decreto Ley N°25868 - Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI (sobre las funciones de la Comisión de Acceso al Mercado, ahora Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas), así como la supresión del artículo 2° de la Ley N° 28996 - Ley de Eliminación de sobrecostos y restricciones a la inversión privada, referido a la definición de Barreras Burocráticas (para mayor detalle, véase el anexo A del Informe del Expediente).

¹ **Artículo 12.-** El Estado no establece tratamientos discriminatorios ni diferenciados en materia cambiaria, precios, tarifas o derechos no arancelarios, entre los inversionistas y las empresas en que éstos participen ni basándose en sectores o tipo de actividad económica o en la ubicación geográfica de las empresas. Tampoco podrá establecerlos entre las personas naturales nacionales o extranjeras. Ninguna autoridad, funcionario o empleado del Gobierno Central, Gobiernos Regionales o Locales en cualesquiera de sus niveles, ni empresas del Estado, podrá establecer o aplicar tratamientos discriminatorios ni diferenciados, de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, bajo responsabilidad.

² **Primera. - Derogación de normas que se opongan a la presente ley**

Deróguese el artículo 26BIS del Decreto Ley N° 25868, los artículos 3, 4, 5 y la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1212, el artículo 2° de la Ley N° 28996, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30056 y toda norma que se oponga a lo dispuesto en la presente ley.

En efecto, la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas termina regulando de manera simplificada el articulado anteriormente derogado y mencionado, entonces la norma en vigencia termina siendo compilación de la legislación anterior, por lo que, para fines prácticos, debe establecerse que conceptualmente no hay diferencia sustancial sobre el particular.

Por otro lado, la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, promulgada el 10 de abril del 2001, ha sido modificada en diversas oportunidades, estando en vigencia la última modificatoria realizada mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, con fecha 22 de enero del 2019. Los cambios realizados no inciden en los de materia objeto de desarrollo en el presente caso, respecto al principio de Legalidad, contenido en el numeral 1.1 Art. IV del Título Preliminar de las señaladas normas, así como la simplificación administrativa, regulada en el art. 45, antes art. 39 del TUO modificado.

Sobre dicha base, los temas de estudio vinculados a la Ley de Procedimiento Administrativo General resultan ser similares entre la modificatoria y la modificada, pues en esencia y de la redacción del articulado, ambas son similares.

Por otra parte, es necesario comentar que el Decreto Supremo N° 040-2008-MTC – Reglamento Nacional de Licencias de Conducir, se encuentra derogado por el Decreto Supremo N° 007-2016 – Reglamento Nacional del Sistema de Emisión de Licencias de Conducir, en el cual no se encuentra contenida la exigencia requerida a los centros de salud médico, de contar con una carta fianza para poder otorgarles la autorización de toma de exámenes de aptitud psicomática; sin embargo, este hecho no altera la discusión del caso debido a que lo pretendido no es solo demostrar en el presente caso, la existencia de una barrera burocrática, sea legal y/o carente de razonabilidad, sino su connotación conceptual y fáctica en otros casos el mismo tenor, es decir, la discusión jurídica entorno a la problemática destacada.

En consecuencia, el desarrollo del análisis debe ser congruente y claro respecto a la controversia jurídica presentada, resaltando que la resolución del mismo se determina por la aplicación de la normatividad vigente y aplicable a las barreras burocráticas.

3. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS DEL EXPEDIENTE

El expediente administrativo materia de estudio presenta una serie de temas con relevancia jurídica, problemas que requieren determinado análisis en la materia de barreras burocráticas, entre ellos se encuentran la competencia de la Comisión para conocer el caso, la metodología de análisis de la legalidad y razonabilidad de la barrera burocrática y las implicancias del concepto diferenciación en las exigencias administrativas, por lo que, las mencionadas serán desarrolladas a continuación, posteriormente se planteará la posición personal sobre la resolución del caso llevada por los órganos jurisdiccionales. Así, los principales problemas jurídicos identificados son los siguientes:

3.1. ¿Se debió considerar la exigencia administrativa como una barrera burocrática pasible de revisión por parte de Indecopi?

Se observa que la denunciada cuestiona la competencia de Indecopi respecto a conocer el caso, debido a que, según su posición, la exigencia no califica como barrera burocrática, pues esta se encontraría fuera del alcance del concepto en cuestión, tratándose de una regulación pública, mientras que la entidad administradora considera lo contrario.

En tal sentido, termina siendo importante establecer si el caso objeto de análisis puede ser visto por Indecopi, es decir, si resultaría competencia del organismo o en su defecto, no pasible de revisión.

3.2. ¿Corresponde declarar la existencia de la barrera burocrática ilegal conforme a la metodología de análisis de Indecopi?

Considero indispensable analizar este tema, debido a que existe contradicción entre la Resolución Final de Comisión que declara la exigencia administrativa, la carta fianza, como ilegal, mientras que, en la Resolución Final de Sala, muy por el contrario, niega la existencia una barrera burocrática ilegal, por lo que, resulta necesario comentar la discrepancia sobre el caso.

Por tanto, resulta preciso señalar si efectivamente o no, la exigencia de contar con una carta fianza resulta ser una barrera burocrática ilegal, debiéndose analizar la metodología de análisis de Indecopi, así como su concordancia con el ordenamiento jurídico vigente.

3.3. ¿Es aplicable la diferenciación a la denunciante o la misma constituye discriminación conforme al ordenamiento jurídico vigente?

He identificado la interrogante como otro problema de relevancia, debido a la posición de que mantiene la Comisión. La mencionada, toma en consideración que no se puede realizar diferenciación alguna a la empresa o inversionista que considera entrar al mercado bajo ninguna circunstancia, en contraposición, la Sala considera que, si se pueden realizar este tipo de diferencias sobre la base de ciertos requisitos, conforme señala el Tribunal Constitucional.

En este punto, se debe identificar si verdaderamente, nuestro ordenamiento jurídico permite este tipo de tratos a las empresas o inversionistas, y, si efectivamente esta consideración era aplicable o no al caso.

4. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE CADA UNO DE LOS PROBLEMAS IDENTIFICADOS DEL EXPEDIENTE

4.1. ¿Se debió considerar la exigencia administrativa como una barrera burocrática pasible de revisión por parte de Indecopi?

Del análisis del caso, se identifica que la denunciada alega en sus descargos (fs. 61/76) que no existe barrera burocrática y menos aún, ilegal, pues la administración no ha colocado barrera burocrática a la denunciante, pues la accionante no acredita que el Ministerio haya establecido alguna exigencia, prohibición, cobro u otro acto o disposición que limite su competitividad en el mercado, criticándose la competencia de la Comisión sobre el caso; en este extremo, se debe determinar si el mismo podía ser pasible de revisión por parte del organismo competente, es decir, Indecopi y específicamente, materia de conocimiento de la Comisión.

Para ello, es necesario conocer los alcances la naturaleza de las barreras burocráticas, según Milagro Maraví Sumar:

En el Perú, el término burocracia, en su connotación menos negativa, ha servido para designar al conjunto de servidores públicos que, de manera organizada, forman parte de un gobierno y se rigen por determinadas reglas en sus actuaciones. No obstante, actualmente es casi generalizado utilizar el término burocracia para referirse a una

Administración Pública ineficiente a causa del papeleo, la rigidez y las formalidades superfluas”³.

En efecto, como señala la autora, la esencia de las barreras burocráticas pueden encontrarse desde una perspectiva problemática o denominada negativa, la cual hace referencia a los trámites documentarios, exigencias y formalidades que devienen en ineficientes por parte del Estado a través de la Administración Pública, dándose a entender que actualmente predomina como noción inicial la falta de eficiencia por parte de la mencionada en determinadas circunstancias dentro de la Administración.

Ahora bien, entendida la naturaleza, se debe atender sus implicancias conceptuales, que en opinión de Carlos Ochoa Cardich, las barreras burocráticas son aquellos límites arbitrarios o injustificados impuestos por el Estado que impiden el acceso o la permanencia en el mercado. En consecuencia, una acepción o connotación peyorativa de la burocratización, entendiendo que literalmente implica la administración ineficiente a causa de trámites engorrosos⁴.

Asimismo, Francisco Ochoa Mendoza señala sobre el concepto en cuestión:

La naturaleza impositiva de las barreras burocráticas no se agota en medidas de tipo exigencias y cobros, sino que también incluye las prohibiciones impuestas sobre los agentes económicos. Estas medidas suponen una orden de no hacer algo por parte del empresario cuando realiza sus actividades económicas, a diferencia de las exigencias y cobros, que representan obligaciones de hacer algo y de pagar, respectivamente⁵.

Del mismo modo, Lucía Luna Negrón, considera sobre las barreras burocráticas:

³ Milagros Maraví Sumar, *Eliminación de Barreras Burocrática* (Lima: Indecopi, 2013), 16.

⁴ César Ochoa Cardich, “El control de barreras burocráticas por el Indecopi y la tutela de derechos fundamentales económicos”, *Derecho PUCP*, no. 71 (2013): 421.

⁵ Francisco Ochoa Mendoza, “Fundamentos del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas”, *Revista de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi* 10, no. 19 (2014): 18.

Esta debe encontrarse materializados y/o efectivizados en una disposición administrativa, acto administrativo o actuación material. Además, que la medida en cuestión emane del ejercicio de la función administrativa; por tanto, una Barrera Burocrática únicamente puede ser analizada mediante el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas si cumple con determinados presupuestos que son analizados de manera particular”⁶.

En congruencia con las definiciones citadas, debe entenderse como barrera burocrática como cualquier tipo de medida que vulnere de manera injustificada o afecte la presencia de determinado agente económico en el mercado, dicha circunstancia tendrá como fuente al Derecho Administrativo, debiendo efectivizarse administrativamente para que el resultado material de la señalada pueda ser objeto de cuestionamiento, debiéndose realizar el examen legal respectivo conforme el contexto demanda.

En ese sentido, se desprende de la denuncia (fs. 02/06) de Servi Cusco Vial. S.A.C. que, la exigencia contenida en el inciso m) del art. 92 del D.S N° 040-2008-MTC – Reglamento Nacional de Licencias de Conducir, implica que los centros de salud tenían que presentar de manera obligatoria una carta fianza por un monto ascendente a US\$ 10 000.00 para poder operar en el mercado respecto a la toma de exámenes de aptitud psicomática a los postulantes para obtener una licencia de conducir.

Por tanto, es menester señalar si dicha exigencia podría calificar como barrera burocrática pasible de revisión, al respecto, la respuesta se encuentra en el Decreto Legislativo 1256 – Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, la misma que define que debe entenderse como barrera:

Art. 3.- Definiciones

Para efectos de la presente ley, debe tenerse en cuenta las siguientes definiciones: (...) 3. Barrera Burocrática: exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las

⁶ Lucía Luna Negrón, *Eliminación de Barreras Burocráticas* (Lima: Escuela Nacional Indecopi, 2019), 33.

normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa. La sola calidad de exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro no implica necesariamente su carácter ilegal y/o su carencia de razonabilidad⁷.

Conforme se puede identificar, la exigencia contenida en el Reglamento, la carta fianza, podía afectar a la denunciante, pues el desarrollo de la actividad en específico, que es la toma de exámenes de aptitud psicomática estaba condicionada directamente a la presentación de la carta y sus características conforme se aprecia en el numeral m) del art. 92 del D.S N° 040-2008-MTC – Reglamento Nacional de Licencias de Conducir.

En concordancia, el precedente de observancia obligatoria 182-97-TDC, señala que las barreras burocráticas son aquellas exigencias que impidan u obstaculicen el libre acceso y la permanencia de los agentes económicos en el mercado⁸.

En conclusión, como la exigencia objeto de discusión resulta indispensable para que la denunciada obtenga la autorización del caso, y en congruencia con las definiciones conceptuales, del Decreto Legislativo 1256- Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, y el precedente de observancia obligatoria 182-97-TDC, la exigencia contenida en el Reglamento califica como una barrera burocrática, pues de no presentarse, limitaría la presencia de la empresa denunciada en el mercado, por lo que, al estar en un caso de una barrera burocrática, el mismo resulta de conocimiento y competencia del Indecopi, siendo esta la entidad permitida de analizar la controversia del caso y darle solución, por tanto, no se puede alegar ni discutir la competencia de la misma.

4.2. ¿Corresponde declarar la existencia de la barrera burocrática ilegal conforme a la metodología de análisis de Indecopi?

Del análisis del expediente, se identifica que la denunciante tiene como objetivo que se declare como barrera burocrática ilegal la exigencia de contar con una carta fianza, contenida en el numeral m) del art. 92 del Reglamento, mientras que, la denunciante

⁷ Decreto Legislativo 1256, 07 de diciembre, Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas. (Lima 08 de junio de 2016).

⁸ Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi. Precedente de observancia obligatoria N° 182-97-TDC, del 16 de julio, sobre la metodología de análisis de una barrera burocrática (Lima, 20 de agosto de 1997).

considera que actúa bajo el marco de sus competencias y que la exigencia cuestionada no resulta ser una barrera burocrática y menos aún, ilegal.

En consecuencia, para analizar un caso de barreras burocráticas deben considerarse las siguientes variables: a) La Resolución 182-97-TDC, precedente de observancia obligatoria sobre los criterios de legalidad y razonabilidad, b) Decreto Legislativo N° 1256, Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, c) Decreto Supremo N° 004-2019, que modifica y aprueba el TUO de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, d) Otras normas objeto de estudio.

En principio, los parámetros generales para resolver un caso de barreras burocráticas se encuentran contenidos en el precedente de observancia obligatoria 182-97-TDC, el cual establece que se deben evaluar dos parámetros:

La legalidad de la medida cuestionada, con la finalidad de determinar si ésta ha respetado las formalidades y procedimientos establecidos por las normas aplicables al caso concreto y, asimismo, si encuadra dentro de las atribuciones y competencias conferidas a la autoridad correspondiente. Asimismo, la racionalidad de dicha medida, lo que incluye evaluar si ésta se justifica en una función de interés público a cargo de la autoridad administrativa, así como determinar aquellos casos en que estas medidas sean desproporcionadas en relación a sus fines o establezcan discriminaciones injustificadas entre los agentes económicos que concurren en el mercado⁹.

De la lectura del precedente, primero, deberá determinarse la denominada legalidad de forma, por ejemplo, si la norma fue publicada en el diario oficial El Peruano o en el diario encargado de avisos judiciales. Asimismo, se evalúa si la medida impuesta fue por la entidad competente y si la misma se encuentra acorde con el marco legal pertinente, legalidad de fondo, para ello se hace un análisis considerando todo el Ordenamiento Jurídico interno¹⁰.

⁹ Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi. Precedente de observancia obligatoria N° 182-97-TDC.

¹⁰ Sofía Ugaz Sobarzo & Guillian Paredes Fiestas, “El análisis de razonabilidad a través de los pronunciamientos del Indecopi: cómo evitar medidas impuestas utilizando el «De tin marin de do pingüe»”, Revista de la Competencia Y Propiedad Intelectual del Indecopi 10, no. 19 (2014): 81-82.

En consecuencia, sobre la base que se cumple la formalidad del caso en relación a la publicación de la norma, se deberá identificar si la misma fue emanada de una entidad competente, esto, significa realizar un examen riguroso tanto en la formalidad de forma y fondo; por tanto, la denuncia que recae sobre la exigencia cuestionada será declarada como legal o ilegal, posteriormente se analizará la razonabilidad de la exigencia.

Entorno al análisis de razonabilidad, se señala que no basta con que se declare la barrera burocrática como ilegal para realizar el análisis de razonabilidad. Es decir, de manera previa, ambas instancias deben determinar si el denunciante aportó elementos de juicio suficientes (indicios) que dan cuenta de que la medida denunciada es discriminatoria, arbitraria o desproporcionada. Solo cuando la CEB o la Sala se vean persuadidas por los indicios presentados por los denunciantes podrán realizar el análisis de razonabilidad¹¹.

En consecuencia, la razonabilidad solo procede posteriormente cuando se ha declarado la exigencia como barrera burocrática ilegal, siendo que el análisis de razonabilidad depende del administrado, quien deberá probar la existencia de indicios o elementos suficientes de convicción para que se pueda realizar este presupuesto, contrariamente, de no haber argumentos de razonabilidad, la Comisión o Sala no están en la atribución ni posibilidad de realizar la evaluación al caso.

Establecido los lineamientos iniciales sobre legalidad y razonabilidad, debe observarse que el tema radica en considerar si el literal m), del artículo 92 del Reglamento debe considerarse como Barrera Burocrática ilegal, por contravenir el art. 45 de la LPAG (*)¹².

¹¹ Ugaz y Paredes, “El análisis de razonabilidad a través de los pronunciamientos del Indecopi: cómo evitar medidas impuestas utilizando el «De tin marin de do pingüe»”, 83.

¹² Decreto Supremo 004-2019-JUS, 22 de enero de 2019, Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444. (Lima, 25 de enero de 2019).

(*) **Artículo 45.- Consideraciones para estructurar el procedimiento**

45.1 Solamente serán incluidos como requisitos exigidos para la realización de cada procedimiento administrativo aquellos que razonablemente sean indispensables para obtener el pronunciamiento correspondiente, atendiendo además a sus costos y beneficios.

45.2 Para tal efecto, cada entidad considera como criterios:

45.2.1 La documentación que conforme a esta ley pueda ser solicitada, la impedida de requerir y aquellos sucedáneos establecidos en reemplazo de documentación original.

45.2.2 Su necesidad y relevancia en relación al objeto del procedimiento administrativo y para obtener el pronunciamiento requerido.

45.2.3 La capacidad real de la entidad para procesar la información exigida, en vía de evaluación previa o fiscalización posterior

En concordancia, puede apreciarse lo señalado por la denunciante en su escrito inicial (fs. 02/06), quien argumenta que la carta fianza sería un obstáculo para obtener la autorización para la toma de exámenes de aptitud psicomática, pues la misma tendría como fin el cobro de las futuras multas y demostrar solvencia económica (argumento confirmado por la denunciada en sus descargos, fs. 61/76), violándose así el principio de legalidad, contenido en el título preliminar de la LPAG y además, la exigencia en cuestión no tendría nada que ver con la necesidad y relevancia del objeto del procedimiento administrativo como requisito para obtener la autorización, vulnerándose así lo relacionado en materia de simplificación administrativa contenida en los artículos 45, numeral 45.1 y 45.2.2 de la LPAG.

Fijada la controversia, la resolución del caso depende del precedente de observancia obligatoria anteriormente citado, además de la aplicación del Decreto Legislativo N° 1256, Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, del cual se desprende el siguiente contenido:

Artículo 1.- Finalidades de la ley

La presente ley tiene como finalidad supervisar el cumplimiento del marco legal que protege los derechos a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, en beneficio de personas naturales o jurídicas, mediante la prevención o la eliminación de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad que restrinjan u obstaculicen el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que constituyan incumplimientos de las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa con el objeto de procurar una eficiente prestación de servicios al ciudadano por parte de las entidades de la administración pública.

En ese sentido, no cabe duda que por especialidad, la citada ley tiene un margen de desarrollo claro y se emplea la metodología de análisis para los casos donde se cuestiona que determinada exigencia resulta ser una barrera burocrática, conforme al siguiente detalle:

Artículo 13.- Metodología de análisis

La Comisión o la Sala, de ser el caso, evalúa la legalidad y/o razonabilidad de las barreras burocráticas contenidas en disposiciones administrativas en los procedimientos de parte y de oficio, de acuerdo con la metodología desarrollada en el presente capítulo. La evaluación de la legalidad y/o de la razonabilidad de las barreras burocráticas materializadas en actos administrativos y actuaciones

materiales se efectúa de acuerdo a la metodología del presente capítulo en cuanto corresponda.

Entonces, sobre los criterios de legalidad y razonabilidad, la norma hace un desarrollo amplio y preciso sobre el particular, debiéndose analizar la legalidad, según el siguiente desarrollo de la norma.

Artículo 14.- Análisis de legalidad

14.1. El análisis de legalidad de una barrera burocrática implica que la Comisión o la Sala, de ser el caso, evalúe los siguientes aspectos:

- a. Si existen o no atribuciones conferidas por ley que autoricen a la entidad a establecer y/o aplicar la barrera burocrática bajo análisis.
- b. Si la entidad siguió los procedimientos y/o formalidades que exige el marco legal vigente para la emisión y/o publicación de la disposición administrativa que materializa la barrera burocrática.
- c. Si a través de la imposición y/o aplicación de la barrera burocrática se contravienen normas y/o principios de simplificación administrativa o cualquier dispositivo legal.
(...)

Sobre el primer supuesto, sobre la legalidad en estricto, Eduardo García de Enterría señala:

El principio de Legalidad de la Administración, se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta, así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente¹³.

¹³ Eduardo García De Enterría, *El Principio de Legalidad de la administración* (Madrid: Editorial Civitas, 1997), 433.

En concordancia, Christian Guzmán Napurí, considera a la legalidad como el principio más importante del derecho administrativo, debido a que establece que las autoridades administrativas que componen el Estado deben actuar respetando la Constitución, la Ley y el Derecho, dentro de sus facultades atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas¹⁴.

Entonces, debe entenderse que el principio de legalidad consiste en el poder atribuido a la administración para actuar dentro del marco de sus competencias en base a lo señalado por ley, siendo que el marco de actuación de las entidades deberá llevarse a cabo en armonía con el Ordenamiento Jurídico y en relación a la finalidad por la cual fue conferida la señalada atribución.

En aplicación al caso, la Ley N° 27181 – Ley General de Transporte y Tránsito, faculta al MTC como órgano rector dentro del marco de las siguientes competencias:

Artículo 3. - Del objetivo de la acción estatal

La acción estatal en materia de transporte y tránsito terrestre se orienta a la satisfacción de las necesidades de los usuarios y al resguardo de sus condiciones de seguridad y salud, así como a la protección del ambiente y la comunidad en su conjunto.

Asimismo, la acción estatal se plasma en el marco de las competencias normativas y de gestión, haciendo énfasis en la primera.

Artículo 16.- De las competencias del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción

El Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción es el órgano rector a nivel nacional en materia de transporte y tránsito terrestre, asumiendo las siguientes competencias:

Competencias normativas:

- a) Dictar los Reglamentos Nacionales establecidos en la presente Ley, así como aquellos que sean necesarios para el desarrollo del transporte y el ordenamiento del tránsito.
- b) Interpretar los principios de transporte y tránsito terrestre definidos en la presente

¹⁴ Christian Guzmán Napurí, “Los principios generales del Derecho Administrativo”, *Ius et Veritas* 19, no. 38 (2008): 230.

Ley y sus reglamentos nacionales, así como velar porque se dicten las medidas necesarias para su cumplimiento en todos los niveles funcionales y territoriales del país. (...).

En concordancia por lo señalado, la denunciada tendría competencia normativa y de gestión, entre ellas, la potestad reglamentaria dentro del marco de sus funciones, estas últimas implican las actividades de transporte y las ligadas a la misma, esto aplica en temas de seguridad, salud, protección ambiental y otros.

Ahora bien, dicha potestad debe considerar cierto parámetro conforme señala el Tribunal Constitucional en la Sentencia 0020-2015-PI/TC:

La potestad reglamentaria tiene que cumplir una función al desarrollar normas con rango de ley, los reglamentos no pueden desnaturalizarlas creando infracciones sin una debida base legal. Admitir lo contrario implicaría aceptar una desviación de la potestad reglamentaria y vaciar de contenido los principios de legalidad y tipicidad que guardan una estrecha relación con el derecho fundamental al debido proceso¹⁵.

Por tanto, la Ley General de Transporte permite mediante la potestad reglamentaria del MTC, establecer en el Reglamento aquellos requisitos o exigencias en el ámbito de transporte y tránsito, así como las conexas antes señaladas anteriormente. Por tanto, lo señalado debería guardar relación con lo mencionado por la denunciada respecto a la exigencia contenida en el Reglamento:

La exigencia de una carta fianza es plenamente razonable, pues hace viable la cobranza de las multas que se impongan como consecuencia de infracciones que se cometan, además, que cuenten con solvencia económica para que pueda operar correctamente en el mercado (fs. 73).

De lo señalado, el MTC no estaría actuando dentro del marco de sus competencias, pues en palabras de la denunciada, la exigencia tendría como uno de sus fundamentos, asegurar el pago de las obligaciones futuras producto de las

¹⁵ Tribunal Constitucional. Sentencia del Pleno Jurisdiccional N° 0020-2015-PI/TC, del 25 de abril, sobre la excepcionalidad del recurso de casación (Lima 30 de abril de 2018).

infracciones administrativas, para ello, la señalada tiene facultades sancionadoras, de ejecución coactiva e incluso de cancelar las autorizaciones concedidas anteriormente, por lo que, estas serían los mecanismos adecuados para exigir el cumplimiento de multas y/o sancionar al administrado, por tanto, la denunciada al no estar facultada mediante ley para exigir la carta fianza como garantía de pago, queda evidenciada que la exigencia contraviene el principio de legalidad contenido en el Título Preliminar de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.

Por ende, si bien el Ministerio tiene potestad reglamentaria, así como facultades sancionadoras mediante el organismo competente, en el presente caso, no se puede establecer una exigencia fuera del objeto de la acción estatal y de las competencias de la denunciada, por tanto, dicha exigencia en estricto, vulnera el principio de legalidad.

Sobre el segundo supuesto, de la lectura del expediente, se determina que no es objeto de discusión, puesto que el MTC ha actuado conforme a la normativa que le otorga facultades sobre el particular, y que, por delegación, el Gobierno Regional es quien otorga las autorizaciones a los establecimientos de salud encargados del examen de aptitud psicomática de su jurisdicción (inciso d, numeral 7.2.2 del Reglamento)¹⁶, en base a lo señalado, no hay mayor discusión sobre el segundo supuesto.

En relación el tercer supuesto, si se vulneran normas y/o principios de simplificación administrativa que materializan la barrera burocrática, debiéndose cuestionar si la exigencia contenida en el Reglamento vulnera la simplificación administrativa u otra disposición legal.

Sobre el particular, se debe comprender que es la simplificación administrativa, para ello, Milagros Maraví Sumar señala lo siguiente:

¹⁶ **Artículo 7.- Competencias Normativas y de Gestión**

7.2. Los Gobiernos Regionales ejercen las siguientes competencias:

7.2.1. Competencia normativa: Dictar las normas complementarias de carácter regional sin contravenir lo establecido en el presente Reglamento.

7.2.2. Competencia de gestión:

a) Emitir y otorgar, a través de la Dirección Regional de Transporte Terrestre, o quien haga sus veces, la respectiva licencia de conducir de la clase A, en el ámbito de su jurisdicción regional, de acuerdo con el sistema estándar de emisión de licencias de conducir, conforme al presente Reglamento y las normas complementarias que dicte el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. (...)

El objetivo inmediato de la simplificación administrativa es que los procedimientos que deben seguir los ciudadanos ante la administración tengan costos razonables y no impongan trabas innecesarias. ¿Por qué? Porque la vigencia de procedimientos complicados, con trabas y costos irrazonables, no sólo afecta el interés particular de cada ciudadano que se ve obligado a acudir a la administración, sino a la sociedad en su conjunto, al limitar el acceso al mercado (fomentando la informalidad) y así restringir la libre competencia y afectar a los consumidores que son los que deben pagar mayores precios en un mercado distorsionado, conforme más trámites, requisitos y costos (legales o ilegales) existan¹⁷.

Del mismo modo, Lilian Orellana Cajahuanca señala sobre el concepto:

La simplificación administrativa constituye un proceso que atañe estrictamente a las relaciones más visibles y cotidianas entre la Administración Pública y los usuarios del servicio, estableciendo medios institucionales que faciliten esa relación y conduzcan al alivio de las cargas de procedimientos que afectan a los administrados¹⁸.

En ese tenor, Indecopi ha señalado en la Resolución 0028-2017/CEB sobre la simplificación administrativa:

Es importante señalar que toda regulación emitida por una entidad administrativa dentro de un procedimiento se encuentra limitada por las normas que garantizan la simplificación administrativa, como se trata del contenido en la Ley N° 27444, además de los principios generales previstos en dicha ley; ello sin importar la actividad que realice el administrado o el tipo de mercado en el cual se desenvuelve¹⁹.

¹⁷ Milagros Maraví Sumar, "La simplificación administrativa: un asunto complejo", *Themis*, no. 40 (2000): 290.

¹⁸ Lilian Katherin Orellana Cajahuanca, "Implicancias de la simplificación administrativa en el procedimiento de reconocimiento de grados y títulos otorgados en el extranjero". (Tesis de especialidad en Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019), 11.

¹⁹ Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi. Resolución Final N° 0028-2017/CEB-INDECOPI, de 10 de enero, sobre la simplificación administrativa (Lima 14 de enero de 2017).

En consecuencia, la simplificación administrativa además de tener como objetivo evitar la colocación de trabas u obstáculos dentro del procedimiento administrativo que podrían perjudicar al administrado, en aplicación al caso, se trataría de la exigencia requerida a la denunciante, es decir, la carta fianza, pues en esencia estaría vulnerando el artículo 45 de la LPAG, por tanto, se debe identificar si en efecto la exigencia tiene relación directa con la toma de exámenes de aptitud psicomática, es decir ¿cuál es el objeto de la exigencia de la carta fianza dentro del procedimiento administrativo? Para ello, existen dos posiciones:

Argumento de la denunciante:

El procedimiento de autorización para establecimientos que tomen exámenes de aptitud psicomáticas deben tener por finalidad verificar que tales centros médicos cumplan con los requerimientos técnicos, profesionales y logísticos que resultan necesarios para evaluar y determinar aptitudes psicomáticas de los postulantes, por ello, la exigencia no tiene relación con este fin, sino asegurar el pago de las futuras multas y sanciones que se pudiesen ocasionar.

Argumento de la denunciada:

La exigencia de una carta fianza como requisito para operar un establecimiento de salud busca resguardar la seguridad de las personas, debido a que las empresas con solvencia económica pueden realizar inversiones para brindar un mejor servicio, lo que derivará en contar con profesionales de la salud capacitados para la toma de exámenes médicos a los futuros conductores para que, de ese modo, se evite la conducción de vehículos por personas que no cuentan con un estado de salud adecuado, además que en caso de infracciones, la carta fianza asegurará el pago de las futuras obligaciones (multas, sanciones, etc.).

Sobre ambas posiciones, se debe aclarar que la denunciante es, Servi Cusco Vial, un centro médico que busca la autorización para la toma de exámenes de aptitud psicomática a postulantes a conducir y que reglamentariamente, se le está exigiendo una carta fianza conjuntamente a otros requisitos para poder obtener el permiso del caso. Por ello, la exigencia debería estar estrictamente vinculada con el objeto del procedimiento administrativo, en consecuencia, ¿cuál debe ser la finalidad del mismo?

Para ello, se debe recurrir a Ley del Procedimiento Administrativo General:

Artículo 45.- Consideraciones para estructurar el procedimiento

45.1 Solamente serán incluidos como requisitos exigidos para la realización de cada procedimiento administrativo aquellos que razonablemente sean indispensables para obtener el pronunciamiento correspondiente, atendiendo además a sus costos y beneficios.

45.2 Para tal efecto, cada entidad considera como criterios:

45.2.1 La documentación que conforme a esta ley (...).

45.2.2 Su necesidad y relevancia en relación al objeto del procedimiento administrativo y para obtener el pronunciamiento requerido. (...).

En ese sentido, el Ministerio señala que la función de la evaluación de toma de exámenes de aptitud psicomáticas tiene por objeto determinar si el postulante reúne las condiciones físicas y mentales para la conducción de vehículos automotores (fs.66), además, esta menciona que la exigencia busca acreditar la solvencia económica de la denunciante, para que esta pueda evitar actos indebidos y afrontar las futuras obligaciones.

En consecuencia, respecto a lo señalado por la denunciada y el contenido en el art. 45 de la LPAG, se evidencia que la finalidad del procedimiento que resulta ser que el centro de salud cumpla con los requerimientos técnicos, profesionales y logísticos, siendo que la exigencia de contar con una carta fianza no guarda ningún tipo de relación el objeto mencionado, pues este busca demostrar solvencia económica y garantía de pago de las futuras obligaciones.

En ese tenor, este argumento se relaciona con otro tipo de exigencias contrarias al objeto del procedimiento administrativo en distintos fallos del Indecopi, cítese, la Resolución N° 0012-2015/CEB:

Esta Comisión considera que no se cumplen las consideraciones para estructurar el procedimiento de la Ley N° 27444, pues no permite al Ministerio utilizar los procedimientos administrativos, a través de los cuales otorga autorizaciones, para asegurar el cumplimiento de las

obligaciones de los administrados, toda vez que ya existen los mecanismos de sanción y ejecución correspondientes²⁰.

Del mismo modo, la Resolución N° 0243-2013/CEB describe otro caso similar:

De lo mencionado, se puede apreciar que el propósito del procedimiento que resulta ser otorgar una autorización para el funcionamiento de una escuela de conducción no está relacionado con la finalidad de la carta fianza que alega el Ministerio, garantizar las posibles obligaciones de la empresa. A criterio de esta Comisión, tal requisito no es indispensable para obtener un pronunciamiento por parte del Ministerio sobre la aptitud del administrado para brindar un servicio de escuela de conductores, toda vez que no se ha establecido claramente un vínculo entre la necesidad y relevancia de contar con la carta fianza y las condiciones técnicas y profesionales necesarias para prestar el referido servicio (...)²¹.

Por tanto, la carta fianza como exigencia dentro del procedimiento administrativo, debería estar ligada a la toma de exámenes de aptitud psicomática, por tanto, todas las exigencias debieron guardar relación con el servicio y dentro del marco operativo empresarial como lo son el factor técnico, profesional, logístico, etc.

Debido a ello, la exigencia no tiene ninguna relación con el objeto del procedimiento administrativo, porque la misma en esencia reviste la forma de una garantía para asegurar el cumplimiento de las futuras obligaciones o de la denunciante, como por ejemplo el aseguramiento del cobro de las multas (argumento reconocido por la denunciante).

Contrariamente a lo señalado, no puede señalarse que la carta fianza busca demostrar solvencia económica y eficiencia empresarial porque de asumirse como verdad y como objeto del procedimiento administrativo, se estaría adoptando una

²⁰ Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi. Resolución Final N° 0012-2015/CEB-INDECOPI, de 16 de enero, sobre el objeto del procedimiento administrativo (Lima 18 de enero de 2015).

²¹ Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi. Resolución Final N° 0243-2013/CEB-INDECOPI, de 20 de enero, sobre la simplificación administrativa (Lima 23 de enero de 2013).

tesis arbitraria, al no existir una conexión lógica entre como presentar la exigencia cuestionada será necesariamente sinónimo de las características antes mencionadas

Frente al análisis en cuestión, la exigencia del MTC resulta ser una barrera burocrática ilegal, pues vulnera lo relacionado a simplificación administrativa, por ello, la exigencia cuestionada resulta ser una barrera burocrática ilegal, presentándose el siguiente escenario prosiguiendo con el análisis de resolución del caso, conforme se desprende de la norma aplicable, el Decreto Legislativo N° 1256 - Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas:

Artículo 14.- Análisis de legalidad

(...) 14.3. Si se determina la ilegalidad por alguna de las razones mencionadas en el párrafo precedente, no es necesario que la Comisión o la Sala continúen con el análisis de razonabilidad. En el mismo sentido, si la Comisión o la Sala desestiman que la barrera burocrática sea ilegal, procede con el análisis de razonabilidad cuando se cumpla la condición establecida en el artículo 15.

En conclusión, al haberse determinado la ilegalidad del numeral m), del art. 92 del Reglamento, por afectar el principio de legalidad y la simplificación administrativa, contenido en la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, así como no haber superar el análisis de metodología de barreras burocráticas contenido en el Decreto Legislativo N° 1256, Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, resulta pertinente que el análisis de razonabilidad no sea objeto de evaluación debido a que la ilegalidad, resulta suficiente para que la barrera burocrática sea considerada como tal y la exigencia contenida en el Reglamento, sea inaplicable a Servi Cusco Vial, denunciante, debiéndose declarar la misma como barrera burocrática ilegal.

4.3. ¿Es aplicable la diferenciación a la denunciante o la misma constituye discriminación conforme al ordenamiento jurídico vigente?

En relación al cuestionamiento, la denunciada señala que no se puede considerar a la toma de exámenes de aptitud psicomática para la obtención de licencias de conducir en la misma dimensión axiológica que otras actividades económicas en el mercado, pues los riesgos e ineficacias los asumen los terceros, por lo que, la sociedad se vería afectada de ser el caso; para ello, la denunciada cita jurisprudencia del Tribunal Constitucional conforme se aprecia en sus descargos (fs.8/10), esto implica que si se podrían generar una diferenciación en el trato a la denunciante por

un tema de riesgo, diferente a otro tipo de actividades económicas, por lo que, deberá plantearse si verdaderamente era posible realizar este tipo de distinción.

Para ello, es necesario atender a la posición del Tribunal Constitucional en la Sentencia 0048-2004-PI/TC, sobre el derecho a la igualdad consagrado en la Constitución:

La igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2º de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: (...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación²².

Entonces, no se podría realizar ningún tipo de distinción bajo ninguna circunstancia, incluso por condición económica que es materia de discusión en el presente caso, esto guardaría relación con lo señalado en el Decreto Legislativo N° 757 – Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada:

Artículo 12.- El Estado no establece tratamientos discriminatorios ni diferenciados en materia cambiaria, precios, tarifas o derechos no arancelarios, entre los inversionistas y las empresas en que éstos participen ni basándose en sectores o tipo de actividad económica o en la ubicación geográfica de las empresas. Tampoco podrá establecernos entre las personas naturales nacionales o extranjeras. Ninguna autoridad, funcionario o empleado del Gobierno Central, Gobiernos Regionales o Locales en cualesquiera de sus niveles, ni empresas del Estado, podrá establecer o aplicar tratamientos discriminatorios ni diferenciados, de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, bajo responsabilidad.

Sin embargo, ningún derecho es absoluto, por ello, es necesario atender a los conceptos arraigados al planteamiento inicial, la diferenciación y discriminación, en

²² Tribunal Constitucional. Sentencia N° 0048-2004-PI/TC, del 01 de abril, sobre el derecho a la igualdad (Lima 06 de abril de 2005).

posición del Tribunal Constitucional mediante Sentencia 2947-2010/PA-TC, establece lo siguiente:

El adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, diferenciación y discriminación. En principio debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, se está frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable²³.

Del mismo modo, en la materia de discusión, Indecopi en la Sentencia 0296-2015/SDC establece que si existe lugar a la diferenciación:

La exigencia de una carta fianza bancaria por US\$ 10 000,00 (Diez Mil y 00/100 Dólares Americanos), como condición para operar una escuela de conductores resulta acorde con el marco legal vigente; ello, toda vez que la naturaleza de dicho servicio tiene especial relevancia frente a los altos índices de accidentes de tránsito y muertes ocasionados por conductores de vehículos, por lo que el Ministerio se encuentra facultado para adoptar medidas que eviten la conducción de vehículos por conductores que no cuenten con los conocimientos y habilidades necesarias para ello, a fin de salvaguardar el derecho a la vida, a la integridad y a la salud de las personas²⁴.

Con el mismo tenor, la Sentencia 0384-2015/SDC de la mencionada entidad establece lo siguiente:

La naturaleza del servicio brindado por el denunciante tiene especial relevancia frente a los altos índices de accidentes de tránsito y muertes ocasionados por conductores de vehículos, esta Sala considera

²³ Tribunal Constitucional. Sentencia N° 2974-2010-PA/TC, del 25 de agosto, sobre la diferenciación y discriminación (Lima 27 de agosto de 2010).

²⁴ Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi. Resolución Final N° 0296-2015/SDC-INDECOPI, de 26 de mayo, sobre la diferenciación (Lima 30 de mayo de 2015).

que la exigencia de una carta fianza bancaria para brindar el servicio de toma de exámenes psicosomáticos es un mecanismo necesario que permite asegurar la aptitud de los administrados que prestan este tipo de servicios, puesto que tiene como propósito acreditar la solvencia económica de los establecimientos de salud y demostrar que estos pueden afrontar las inversiones necesarias para la prestación adecuada de sus servicios, entre los que se encuentran las referidas evaluaciones para la obtención de una licencia de conducir²⁵.

Como puede apreciarse, está plenamente acreditado que no se permite la discriminación por ninguna circunstancia porque resulta lesiva al ser una desigualdad de trato injustificable, sin embargo, la diferenciación si estaría permitida sobre la base de parámetros objetivos que establezcan razones para lograr distinguir entre determinadas actividades económicas.

Esta posición se confirma de la lectura del principio de imparcialidad contenido en la Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General:

Art. IV. Principios del procedimiento administrativo:

(...) 1.5. Principio de Imparcialidad. – Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.

En consecuencia, no se puede discriminar, pero la diferenciación queda admitida de manera excepcional, no obstante, para determinar cual de las dos se presenta en el análisis en cuestión, debe citarse lo dicho por la denunciada (fs. 75):

(...) Las entidades que pretendan acceder a una autorización para la toma del examen de aptitud psicomática deben demostrar no solamente solvencia moral, técnica, profesional, sino también solvencia económica, pues un establecimiento de salud y/o escuelas de conductores con precariedad económica podría fácilmente acceder a actos indebidos por captar más usuarios. En ese sentido, la exigencia de

²⁵ Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi. Resolución Final N° 0384-2015/SDC-INDECOPI, de 13 de junio, sobre la diferenciación (Lima 15 de junio de 2015).

una carta fianza permitirá, por un lado, comprobar por lo menos, ese establecimiento es sujeto de crédito en el sistema financiero (...).

Sobre el particular, se identifica del argumento de la denunciada, que la carta fianza es sinónimo de solvencia económica, así como responsabilidad, eficiencia y seriedad, hecho que implicaría que solo aquellas empresas que cuenten con la exigencia puedan entrar al mercado por demostrar las características señaladas previamente, por lo que, este hecho resultaría discriminatorio al no permitir a aquellas empresas que no puedan cumplir con dicha exigencia, ingresen al mercado, máxime si la denunciada no acredita que necesariamente las características señaladas tienen relación congruente con la exigencia requerida.

Por tanto, la tesis de la denunciada no constituye un parámetro objetivo, sino discriminatorio, porque se permitiría ingresar a unos y excluir a otros sobre la base de la exigencia, es decir, la carta fianza, circunstancia que no reviste sentido alguno si la denunciada no justifica como su presentación asegura, en resumen, solvencia económica y aptitud suficiente para operar en el mercado.

En conclusión, la posición del Ministerio de Transportes y Comunicaciones no resulta ser un estándar objetivo de valoración, sino discriminatorio, en congruencia con el inciso 2 del art. 2 de la Constitución, art.12 del Decreto Legislativo N° 757 – Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada, y el Principio de Imparcialidad consagrado en el Título Preliminar de la Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General.

5. POSICIÓN PERSONAL SOBRE LO RESUELTO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Del análisis general del expediente, se identifica que existe contraposición en cuanto a la resolución final de Comisión y Sala, pues ambas adoptan posiciones diferentes sobre los hechos materia de denuncia, ello amerita al graduando, comentar la posición adoptada sobre el particular, por lo que es necesario discutir las decisiones de las instancias mencionadas del Indecopi, consideraciones que procederé a desarrollar en las líneas posteriores del presente informe.

5.1. Resolución Final de Primera Instancia

Resolución N° 0237-2014/CEB-INDECOPI – emitida por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi.

En la Resolución Final de Comisión, se declaró como barrera burocrática ilegal la exigencia de una carta fianza por el importe de \$ 10 000,00, como requisito para prestar el servicio de toma de exámenes de aptitud psicomática de licencias de conducir, establecido en el Reglamento, por tanto, fundada la denuncia interpuesta por Servi Cusco Vial S.A.C, ordenando la inaplicación de la barrera a la denunciante. En general, me encuentro de acuerdo con la decisión de declarar la exigencia como barrera burocrática ilegal, esto sobre la base de la metodología de análisis proveniente del precedente de observancia obligatoria 182-97-TDC, en ese sentido, considero que la exigencia como garantía de pago de futuras obligaciones contraviene el principio de legalidad contenido en la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General y además, vulnera la simplificación administrativa, pues la exigencia solo estaba destinada a demostrar solvencia económica, mas no guardaba relación con el objeto del procedimiento administrativo que era mejor la calidad técnica, profesional y logística del servicio que brindaría la denunciada.

Asimismo, considero correcto el proceder de la Comisión al no evaluar los argumentos de razonabilidad cuando no se había siquiera superado el examen de legalidad, por lo cual, el análisis termina siendo correcto y justo, debiéndose resaltar la correcta actuación de la Comisión y su entendimiento de cómo resolver el caso.

5.2. Resolución Final de Segunda Instancia

Resolución N° 0012-2015/SDC-INDECIPI – emitida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi.

En la Resolución Final de Sala, se revocó la Resolución N° 0237-2014/CEB-INDECOPI, que declaró fundada la denuncia interpuesta por Servi Cusco Vial S.A.C contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Sobre el particular, me encuentro en desacuerdo con el análisis y los argumentos planteados por la Sala, pues al emplear el precedente de observancia obligatoria 182-98-TDC, evalúa erróneamente la legalidad, esto se explica al considerar que la denunciada tenía competencia para solicitar la exigencia cuestionada, pues la misma buscaba demostrar solvencia económica y la posibilidad del pago de obligaciones futuras, argumento cuestionable pues la misma denunciada había señalado que la exigencia en efecto, servía para que el centro médico

asuma el pago de multas y/ sanciones, circunstancia fuera de la competencia del MTC al no contar con una norma en específico que permita asegurar la ejecución de la exigencia como garantía de pago. Por otro lado, resulta cuestionable que la Sala evalúe argumentos estadísticos sobre accidentes de tránsito, y acepte la diferenciación que en esencia es discriminación como justificación para aceptar que no existe vulneración a la simplificación administrativa, pues el primero tiene relación con el análisis de razonabilidad y el segundo, con la exigencia como sinónimo de solvencia económica sobre la base de parámetros no objetivos y suposiciones no acreditadas por la denunciada.

Por todo lo mencionado, discrepo totalmente del análisis de la Sala, no actuaron dentro del marco de justicia y se alejaron de entender como se aplicaba correctamente la metodología de análisis contenido en el precedente de observancia obligatoria.

6. CONCLUSIONES

El expediente tiene relevancia jurídica pues permite conocer sobre las barreras burocráticas, mediante el estudio de la metodología de análisis de barreras burocráticas contenido en el Decreto Legislativo N° 1256, Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocrática, así como las pautas generales contenidas en el precedente de observancia obligatoria 182-97-TDC del Indecopi.

De conformidad con lo señalado, antes de declarar una barrera burocrática como ilegal y/o carente de razonabilidad, se debe prestar especial atención a la competencia del Indecopi y que la exigencia califique como barrera.

Asimismo, la metodología de análisis de una barrera burocrática debe plantearse, inicialmente, analizando la legalidad de la exigencia, si esta resulta legal, se procederá con el análisis de razonabilidad de haber argumentos planteados por los administrados, caso contrario, si la exigencia es ilegal, será suficiente dicho carácter para considerar la señalada como barrera burocrática ilegal pasible de inaplicación. En el presente caso, la ilegalidad de la exigencia cuestionado, resulta suficiente para que no se prosiga con el análisis de razonabilidad.

Por otro lado, la discriminación por la condición económica no está permitida, pues vulnera el principio de igualdad consagrado en la Constitución, así como el art.12 del Decreto Legislativo N° 757 – Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada,

y el Principio de Imparcialidad consagrado en el Título Preliminar de la Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General. Sin embargo, existen casos en los cuales, si se puede realizar una diferenciación sobre la base de parámetros objetivos, empero, en el presente caso, la solvencia económica como sinónimo de seriedad, eficiente y responsabilidad, no resulta argumentable, máxime si la denunciada no justifica su propio argumento.

Por otro lado, considero que la decisión de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi, resulta correcta a fin de declarar la exigencia como barrera burocrática ilegal, empleando correctamente la metodología de análisis.

Sin embargo, no me encuentro de acuerdo con la decisión de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi, el criterio de esta resulta cuestionable, pues no aplicaron correctamente la metodología de análisis y la argumentación empleada se alejó de la justicia.

7. BIBLIOGRAFIA

Libros, artículos y tesis:

1. García De Enterría, Eduardo. *El Principio de Legalidad de la administración*. Madrid: Editorial Civitas, 1997, 433.
2. Guzmán Napurí, Christian. “Los principios generales del Derecho Administrativo”. *Ius et Veritas* 19, no. 38 (2008): 230.
3. Luna Negrón, Lucía. *Eliminación de Barreras Burocráticas*. Lima: Escuela Nacional Indecopi, 2019, 33.
4. Maraví Sumar, Milagros. *Eliminación de Barreras Burocráticas*. Lima: Indecopi, 2013, 16.
5. Maraví Sumar, Milagros. “La simplificación administrativa: un asunto complejo”. *Themis*, no. 40 (2000): 290.
6. Ochoa Cardich, César. “El control de barreras burocráticas por el Indecopi y la tutela de derechos fundamentales económicos”. *Derecho PUCP*, no. 71 (2013): 421.
7. Ochoa Mendoza, Francisco. “Fundamentos del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas”. *Revista de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi* 10, no. 19 (2014): 18.
8. Orellana Cajahuanca, Lilian Katherin. “Implicancias de la simplificación administrativa en el procedimiento de reconocimiento de grados y títulos otorgados en el extranjero”. Tesis de especialidad en Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019.
9. Ugaz Sobarzo, Sofía & Paredes Fiestas, Guilliana. “El análisis de razonabilidad a través de los pronunciamientos del Indecopi: cómo evitar medidas impuestas utilizando el «De tin marin de do pingüe»”. *Revista de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi* 10, no. 19 (2014): 81-82.

Jurisprudencia y normas:

10. Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi. Resolución Final N° 0243-2013/CEB-INDECOPI, de 20 de enero (Lima 23 de enero de 2013).
11. Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi. Resolución Final N° 0012-2015/CEB-INDECOPI, de 16 de enero (Lima 18 de enero de 2015).
12. Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi. Resolución Final N° 0028-2017/CEB-INDECOPI, de 10 de enero (Lima 14 de enero de 2017).
13. Decreto Legislativo 1256-2016, 07 de diciembre, Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas. (Lima 08 de junio de 2016).
14. Decreto Supremo 004-2019-JUS, 22 de enero de 2019, Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444. (Lima, 25 de enero de 2019).
15. Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi. Precedente de observancia obligatoria N° 182-97-TDC, del 16 de julio (Lima, 20 de agosto de 1997).
16. Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi. Resolución Final N° 0296-2015/SDC-INDECOPI, de 26 de mayo (Lima 30 de mayo de 2015).
17. Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi. Resolución Final N° 0384-2015/SDC-INDECOPI, de 13 de junio (Lima 15 de junio de 2015).
18. Tribunal Constitucional. Sentencia N° 0048-2004-PI/TC, del 01 de abril (Lima 06 de abril de 2005).
19. Tribunal Constitucional. Sentencia N° 2974-2010-PA/TC, del 25 de agosto (Lima 27 de agosto de 2010).
20. Tribunal Constitucional. Sentencia del Pleno Jurisdiccional N° 0020-2015-PI/TC, del 25 de abril (Lima 30 de abril de 2018).

ANEXO A

	Articulados derogados	Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas (Decreto Legislativo 1256)
Definición de Barreras Burocráticas	<p>Artículo 2.- Definición de barreras burocráticas Constituyen barreras burocráticas los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública que establecen <u>exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros para la realización de actividades económicas, que afectan los principios y normas de simplificación administrativa contenidos en la Ley N° 27444</u> y que limitan la competitividad empresarial en el mercado.</p> <p>(Ley de Eliminación de Sobrecostos, trabas y restricciones a la inversión privada – Ley N° 28996).</p>	<p>Artículo 3.- Definiciones Para efectos de la presente ley, debe tenerse en cuenta las siguientes definiciones:</p> <p>(...) 3. Barrera burocrática: <u>exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa.</u> La sola calidad de exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro no implica necesariamente su carácter ilegal y/o su carencia de razonabilidad.</p>
Competencia y Simplificación administrativa relacionada a Barreras burocráticas	<p>Artículo 26° BIS.- <u>La Comisión de Acceso al Mercado es competente para conocer sobre los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial de las pequeñas empresas, y de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia establecidas en los Decretos Legislativos N°. 283, 668, el Artículo 61 del Decreto Legislativo N° 776 y la Ley N° 27444, en especial los principios generales de simplificación administrativa contenidos en el Capítulo I del Título II de esta última ley, así como las normas reglamentarias pertinentes. Ninguna otra entidad de la Administración Pública podrá arrogarse estas facultades.</u> La Comisión, mediante resolución, podrá eliminar las barreras burocráticas a que se refiere este artículo. (Texto modificado por la Séptima Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 27444).</p> <p>(Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI)</p>	<p>Artículo 6. - Atribuciones de las autoridades en materia de eliminación de barreras burocráticas</p> <p>6.1. De la Comisión y la Sala <u>La Comisión y la Sala en segunda instancia, son competentes para conocer los actos administrativos, disposiciones administrativas y actuaciones materiales, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad.</u> Asimismo, son competentes para velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia establecidas en los Decretos Legislativos N° 283, 668, 757 y el artículo 61 del Texto Único Ordenado de la Ley de Tributación Municipal, así como las normas reglamentarias pertinentes, o las normas que las sustituyan. <u>Ninguna otra entidad podrá arrogarse estas facultades.</u> Sus resoluciones son ejecutables cuando hayan quedado consentidas o sean confirmadas por la Sala, según corresponda de conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la presente Ley.</p> <p>Artículo 14.- Análisis de legalidad 14.1. El análisis de legalidad de una barrera burocrática implica que la Comisión o la Sala, de ser el caso, evalúe los siguientes aspectos:</p> <p>(..)</p> <p>c. Si a través de la imposición y/o aplicación de la barrera <u>burocrática se contravienen normas y/o principios de simplificación administrativa o cualquier dispositivo legal.</u></p>