



Joan C. Seuba Torreblanca(*)

Algunas cuestiones relacionadas con la **cuantificación** de los daños(**)

Some issues related to the quantification of damages

“EL DAÑO ES EL ELEMENTO QUE INICIA LA PRETENSIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL, PERO, A LA VEZ, ES EL ELEMENTO QUE COLMA LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA. POR LO TANTO, EL DAÑO QUE UNA PERSONA CAUSA A OTRA DEBE ENCONTRAR EQUIVALENCIA EN EL MONTO INDEMNIZATORIO O LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA EN SÍ MISMA, Y NO IR MÁS ALLÁ”.

Resumen: En la presente ponencia, el autor presenta algunas controversias relacionadas a la cuantificación de daños. Primero, expone la importancia del daño sobre el resto de elementos del modelo clásico de responsabilidad civil. De este modo, Seuba presenta una serie de casos en los cuales es posible dejar de lado a otros elementos clásicos, como la relación de causalidad. Posteriormente, aborda el problema del daño moral y su cuantificación, así como las dificultades para valorizar los daños corporales. Luego, presenta algunas posibles soluciones a los problemas relativos a la pérdida de oportunidad. Finalmente, Seuba termina con una reflexión de la función y límites del derecho de daños.

Palabras clave: Responsabilidad civil - Derecho de daños - Cuantificación de daños - Daño moral - Daño corporal - Pérdida de oportunidad

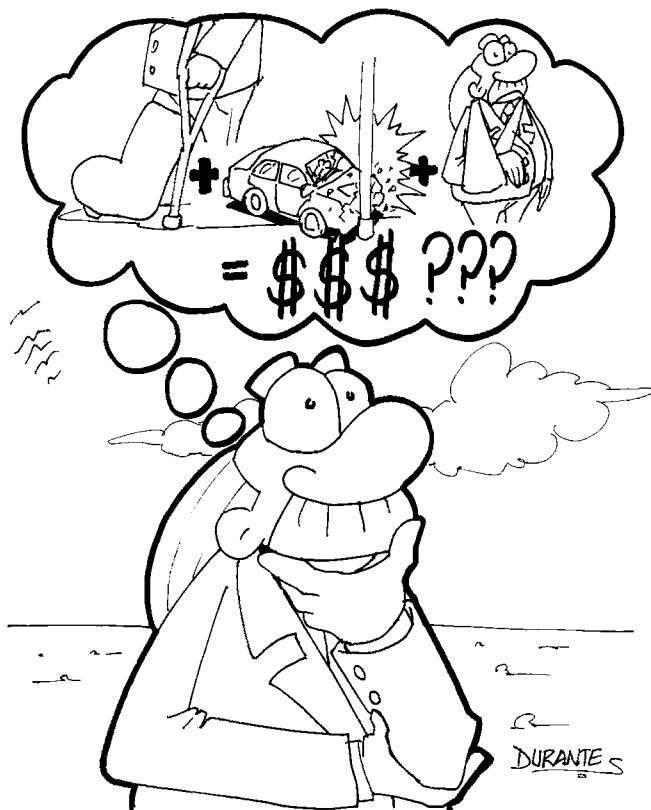
Abstract: In this presentation, the author discusses some controversies related to the quantification of damages. First, the importance of damages on the other elements of the classic model of civil liability is examined. Seuba presents a series of cases in which it is possible to leave aside other classic elements such as causal relation. Then, the author addresses the problem of moral damages and their quantification as well as the difficulties involved in assigning monetary value to bodily damages. Later, some possible solutions to problems related to the loss of opportunity are presented. Finally, Seuba concludes with a reflection on the function and limits of casualty law.

Keywords: Legal liability - Tort law - Quantification of damages - Moral damages - Personal injury - Loss of chance

(*) Profesor titular del área de Derecho Civil de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, España. Doctor en Derecho por la misma casa de estudios.

(**) Ponencia realizada por el doctor Joan C. Seuba en la Pontificia Universidad Católica del Perú, durante su visita al Perú, en noviembre del 2012. Le agradecemos su disposición para revisar el contenido de su ponencia para la presente publicación.

Algunas cuestiones relacionadas con la cuantificación de los daños
Some issues related to the quantification of damages



Me pidieron que les presentara algún tema sobre el que se pudiera conversar y debatir y, dentro del ingente ámbito del derecho de daños, he escogido uno que empieza a ser algo clásico, pero que ciertamente es muy importante. Y ello porque si tuviéramos que decidir cuál es el elemento más importante de los que configuran la responsabilidad civil deberíamos sin duda, o con pocas dudas, decir que éste es el daño. Esto es así porque, dentro de un modelo de responsabilidad civil muy sencillo, encontramos: (i) una acción u omisión de alguien; (ii) una relación de causalidad; (iii) un daño que sufre una víctima; y, (iv) un criterio de imputación subjetiva, que habitualmente suele ser, al menos en el modelo estándar, la negligencia.

En este modelo básico, nosotros podemos prescindir prácticamente de todos los elementos y permanecer todavía en un sistema de responsabilidad civil, esto es, no estamos recurriendo a sistema de ayudas públicas ni nos encontramos ante un contrato de seguro, mecanismos

“SIN EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA CARGA DE LA PRUEBA SERÍA IMPOSIBLE LOGRAR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, POR CUANTO LA PRUEBA ES ESENCIAL PARA ACCEDER A LA MISMA”.

estos que, en definitiva, obtienen también la reparación del daño externalizándolo a terceras personas. En el grado actual de desarrollo de la responsabilidad civil, somos capaces de establecer un juicio de imputación prescindiendo de las reglas clásicas de causalidad.

Un caso clásico, y quizás uno de los primeros, que ejemplifica cómo podemos prescindir de algunos de los típicos elementos que conforman la responsabilidad civil es el relacionado, en California, con medicamentos que contenían el principio activo DES. Dichos medicamentos eran comercializados por diversas empresas farmacéuticas por lo que sus consumidoras no podían identificar quién era el fabricante del producto que, en concreto, causó el daño.

Así las cosas, falla el primer elemento necesario para establecer la responsabilidad: la causalidad. En el caso descrito, no obstante, los estudios sobre la relación causal entre el consumo del medicamento y los daños producidos era tan contundentes que el tribunal salvó el problema de la causalidad, estableciendo una responsabilidad por cuota de mercado, esto es, en función de la participación de la empresa en el mercado, con independencia a si se podía probar que tal pastilla hubiera causado tal daño. Por tanto, podemos, en algunos casos, acudir a reglas causales probabilísticas y prescindir de las reglas causales habitualmente fundamentadas



Joan C. Seuba Torreblanca

en relaciones naturales que se encuentran en el análisis básico de la causalidad.

Podemos prescindir también, y esto es algo no tan novedoso, de la negligencia. Y es que en algunos casos se responde por reglas de responsabilidad objetiva y en algunos otros, incluso por hechos que ni constituyen negligencia ni están al amparo de una regla de responsabilidad objetiva. En algunos supuestos muy puntuales, el derecho de daños realiza una función socializadora del riesgo y es utilizado como instrumento, no tanto compensatorio, como para evitar que un daño recaiga en un sujeto en concreto que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

Por tanto, como avanzaba, podemos prescindir de algunos de los elementos que componen un caso clásico de responsabilidad civil; mas del que no podemos prescindir es del concepto del daño. Y es que el daño es el concepto que inicia, y también acaba, la responsabilidad civil. Si no hay daño (y con esto hago referencia a que inicia), no hay pretensión indemnizatoria, no hay supuesto de responsabilidad civil y por eso la responsabilidad civil se distingue de otros supuestos como la responsabilidad administrativa. En la responsabilidad administrativa, la infracción ya genera la posibilidad de sancionar, con independencia de que se haya materializado un daño. Ejemplo sencillo: el manejo de un carro superando los límites de velocidad prohibidos que no causa daño alguno. Éste es un supuesto que comportará una sanción administrativa, pero no dará lugar a una pretensión de daños.

Por todo lo anterior, considero que el daño es el elemento nuclear. Saber qué es un daño es algo ya más complejo, es algo histórico y cultural. Así, ahora en España, existe una cierta tendencia a intentar conceptualizar como daño algunos problemas que se dan en relaciones familiares y que deberían ser resueltos estrictamente por las reglas del derecho de familia. Por ejemplo, supuestos de infidelidades conyugales en los que la persona que ha sufrido la infidelidad pretende obtener la reparación del daño causado por su (seguramente) ex cónyuge mediante reglas del derecho de daños.

Existen, además, algunos otros supuestos relacionados con la filiación. Tomemos como ejemplo un caso resuelto hace ya algunos años por el Tribunal Supremo español (por su Sala Primera, la Sala de lo Civil): se trata de un varón que se somete a una vasectomía para no tener más descendencia y que a

los pocos meses de la intervención su mujer queda embarazada (de él) (...) ¡de gemelos! La pretensión indemnizatoria así planteada es muy interesante porque afirmar que existe una acción de daños por el nacimiento de dos niños sanos comportaría tanto como decir que la vida humana es un daño. Afirmar esto generaría problemas de diferente tipo, incluso de Derecho Constitucional. Aun haciendo algún juego de palabras (como en alguna ocasión se ha realizado) y permitiendo una pretensión indemnizatoria sin afirmar que la vida humana constituye un daño, el siguiente problema es cómo lo cuantificamos. Porque en función de la cuantía indemnizatoria que establezcamos, resultará que quizás lo que realmente estamos realizando es desplazar una obligación (la de alimentos) que corresponde estrictamente a los padres y que es una obligación que no es transmisible, con lo cual la cuantía indemnizatoria que se determine no podría resultar equivalente a la manutención y sostenimiento de los hijos.

No me voy a fijar ahora en estas nuevas tendencias de conceptualizaciones del derecho de daños, que son apasionantes y que intentan dar una respuesta a problemas reales que nos afectan, sino que voy a intentar presentar algunos problemas muy concretos relativos a la cuantificación de los daños.

Como decía, el daño es el elemento que inicia la pretensión de responsabilidad civil pero, a la vez, es el elemento que colma la pretensión indemnizatoria. Por lo tanto, el daño que una persona causa a otra debe encontrar equivalencia en el monto indemnizatorio o la pretensión indemnizatoria en sí misma, y no ir más allá. Ello cristaliza en el denominado principio de reparación íntegra del daño, característico del Derecho Continental europeo y que muestra la función del Derecho de daños: las indemnizaciones no tienen una función punitiva, sino una función estrictamente compensatoria. El daño genera

Algunas cuestiones relacionadas con la cuantificación de los daños *Some issues related to the quantification of damages*

y completa la pretensión indemnizatoria en iguales términos. No va más allá (a diferencia de lo que se puede ver en algunas películas norteamericanas en las que se conceden grandes indemnizaciones por daños que se consideran especialmente perjudiciales o reprochables, diferentes al realmente causado).

Si esto es así, el daño delimita la cuantía indemnizatoria y, por tanto (dejando de lado ahora a otros posibles remedios indemnizatorios como, por ejemplo, la restitución o la reparación de la cosa), si la indemnización es el principal remedio a tener en cuenta, lo más importante que se le debe preguntar a la víctima es cómo valora sus daños porque en la cantidad de dinero que reciba encontrará la satisfacción a su pretensión.

A tal fin debemos distinguir dos grandes tipos de daños. Por un lado, los daños patrimoniales y, por otro, los daños no patrimoniales. Los daños patrimoniales no presentan problemas demasiado complejos: sabiendo que el daño es patrimonial, encontraremos su sustituto o su valoración en el mercado. De este modo, el mercado nos dará la referencia, el valor indemnizatorio, teniendo en cuenta que aquello que se indemniza es el valor objetivo del bien, no las estimaciones subjetivas que pueda tener del bien el titular de la pretensión.

Por ejemplo, si aquello que se destruye es un reloj de bolsillo, buscaremos en el mercado cuál es su valor; ésta es una estimación objetiva. Si el reloj me lo regaló mi abuelo, para mí el reloj seguramente tendrá un valor muy superior, pero esta afectación no está cubierta por la responsabilidad civil, al menos en un principio. Cuando hablamos de variación del valor subjetivo, no hacemos referencia únicamente a aumentos de valor, sino que también podemos hacer referencia a aspectos subjetivos que deprecian el valor (por ejemplo, el reloj me lo regaló mi ex mujer y, dado que no me llevo nada bien con ella y que no quiero tener ningún recuerdo de la relación, el valor que ahora doy al bien es menor). La valoración de los daños patrimoniales presenta algunas particularidades, pero no es especialmente problemática. Más difícil es la valoración de los daños no patrimoniales. En concreto, me quiero fijar en dos aspectos: por un lado, en los daños corporales y, por otro lado, en el denominado daño moral. Empiezo por este último.

El daño moral es un daño que pueden sufrir las personas físicas. Consiste en un sentimiento de pena y dolor, cuyo remedio consiste en una suma de dinero por aquello que

la persona padece (la aflicción relacionada con eventos dañosos que han provocado un perjuicio en sus bienes, en su persona o en sus allegados). Estamos haciendo referencia a, por ejemplo, la madre (éste es un caso norteamericano) que ve cómo un gran camión arrolla y empuja contra una pared a su hijo de corta edad. En este supuesto, no nos fijamos únicamente en la indemnización por la muerte del niño, sino también en el dolor que la madre sufre presenciando tal accidente. Y así podríamos ir identificando diferentes situaciones en donde se produce un daño moral.

El daño moral es una de las últimas novedades que se han introducido en el ámbito del Derecho de daños. Y no está mal establecer el daño moral. Lo que está mal es el uso perverso que en algunas ocasiones se ha realizado de él. Digo que no está mal acudir al daño moral porque efectivamente no todos los daños que se vayan a indemnizar son patrimoniales. La principal dificultad del daño moral es que no tenemos un mercado de referencia en donde encontrar valoraciones y, además, no tenemos tampoco forma de acreditarlo. Por ello, permítanme decirles lo siguiente (básicamente para advertirles y darles un consejo para el futuro): no imiten a los abogados malos que, cuando tienen dificultades para conseguir la prueba o para valorarla, acuden al daño moral. Porque ésta es una práctica jurídicamente incorrecta, que los tribunales con un criterio prudente deben erradicar.

El daño moral en los términos descritos funciona bastante bien en relaciones extracontractuales, donde, por definición, el causante del daño y la víctima no se han encontrado con anterioridad. El daño moral, en cambio, no funciona tan bien en las relaciones contractuales donde, precisamente, la posibilidad de declarar *ex ante* en cuánto aprecian los contratantes el cumplimiento o el incumplimiento, les permite adoptar



Joan C. Seuba Torreblanca

una serie de medidas ante posibles eventualidades. Así, se pueden establecer diversas medidas defensivas, como cláusulas penales o cualquier otro remedio o mecanismo de protección del derecho de crédito. No obstante, existe una cierta tendencia en Derecho Continental europeo a reconocer en algunos supuestos daños morales contractuales.

El caso que podríamos considerar germinal de esta tendencia a reconocer el daño moral contractual se encuentra relacionado con el contrato de viajes combinados. Éste es un contrato en el cual una persona adquiere del proveedor de servicios turísticos los pasajes, contrata el alojamiento y, en general, cualquier otra actividad relacionada con su estancia turística. De este modo, no tiene que contratar con cada uno de los diferentes operadores.

El supuesto de hecho (extraído de los repertorios de jurisprudencia) es el siguiente: una pareja de recién casados decide realizar su luna de miel (con toda la ilusión, jóvenes ellos) y contrata un viaje combinado. El viaje combinado en cuestión resulta un fracaso por los servicios prestados. Cuando reclaman, manifiestan que no les satisface una indemnización cualquiera (y dado que no se puede volver a ejecutar la prestación porque ya se realizó y el plazo de ejecución era esencial, hay que convertirla o liquidarla en una indemnización de daños y perjuicios). El argumento de la pareja se centra en que una indemnización equivalente al precio de mercado de los pasajes y de la estancia no les satisface porque para ellos aquella era *su* luna de miel. Por ello, ese viaje tenía una especial relevancia y, bajo esa lógica, el incumplimiento contractual en esa concreta situación resulta peor que, probablemente, en una situación análoga que pudiera ocurrir de aquí a 20 años, si es que la pareja vuelve a viajar.

Esta forma de argumentar convence al tribunal. Se reconoce una partida de daños morales. Y a partir de ahí, los daños morales contractuales se desbocan en la práctica jurídica. Y se desbocan de tal manera que, recientemente, el Tribunal Supremo español se vio en la necesidad de poner un cierto orden en cuanto al reconocimiento de daños morales contractuales.

El caso referido involucraba una persona jurídica titular de una empresa, cuya contraparte resolvió el contrato de mantenimiento informático que los vinculaba. La empresa

perjudicada afirmó que tal incumplimiento contractual le había provocado daños morales a su imagen porque en el mercado no se hablaba de otra cosa que de cómo se había roto la relación comercial entre ambas empresas. El Tribunal Supremo revoca la sentencia estimatoria del tribunal inferior, que había concedido ni más ni menos que una indemnización de un millón de euros por daño moral. El Tribunal Supremo establece que, primero, las empresas no tienen daño moral y que la afectación a la imagen corporativa constituye un daño patrimonial, que se puede valorar. Por tanto, segundo, se deben emplear las reglas de los daños patrimoniales y demostrar y valorar en cuánto se ha perjudicado la imagen de la parte actora.

Pasemos al segundo aspecto de los daños no patrimoniales que anunciaba: los daños corporales. Tampoco en este caso existe un mercado de referencia, al menos legal, de lesiones permanentes, de amputaciones o de mutilaciones de miembros o de partes del cuerpo. Por tanto, no sabemos cómo y por cuánto valorar la pérdida de un ojo o de una pierna o una disfunción que provoca que una persona no pueda permanecer sentada más de media hora. Esto provoca una gran litigiosidad en los tribunales, y los tribunales, amparados en la posibilidad de que disponen de apreciar la identidad y la magnitud del daño, contribuyen a que las indemnizaciones fluctúen.

El problema relativo a la cuantificación de los daños corporales se manifiesta muy intensamente, al menos en Europa, en un ámbito sectorial muy concreto, el de los accidentes de circulación. La disparidad de criterios judiciales al valorar los principales daños derivados de estos accidentes, los corporales, provoca, según afirmarían las compañías aseguradoras, que no se pueda establecer correctamente la prima con la que cargar al asegurado.

Algunas cuestiones relacionadas con la cuantificación de los daños *Some issues related to the quantification of damages*

Así, se sostiene (por parte de las aseguradoras) que si todos los tribunales valoraran una tetraplejía en 1 millón de euros, entonces sí se podrían establecer de forma correcta las primas que deben pagar los asegurados; pero si sucede que un juzgado de Barcelona fija un monto de 1 millón de euros, y otro de Madrid determina 4 millones de euros, entonces no es posible establecer eficientemente la prima y ajustar el valor de contrato.

Lo que sucedió entonces en España, y también en otros países europeos, fue una modificación legal de las reglas de responsabilidad civil por accidentes de circulación en dos sentidos muy importantes. En primer lugar, se pasó de un sistema de responsabilidad basado en la culpa a un sistema de responsabilidad objetiva. Este cambio facilita mucho la tramitación de los casos y la discusión al respecto. En segundo lugar, en un cierto equilibrio con el primer aspecto, se estableció un sistema de baremos.

Un sistema de baremos, obligatorio sólo (en el caso español) para los accidentes de circulación, establece el valor de las muertes y el de las pérdidas funcionales o definitivas de las partes anatómicas así como de capacidades, corregido, a la alza o a la baja, por algunas circunstancias. Estos baremos se actualizan anualmente. Si bien es difícil hablar del aspecto económico cuando de daños corporales o defunciones se trata, al final es posible fijar una indemnización más o menos previsible. Y así, con los baremos es posible saber *ex ante* cómo se valorará económicamente y cuál será la indemnización procedente cuando la víctima del accidente de circulación sea, por ejemplo, una mujer embarazada que todavía no ha alcanzado el tercer mes de gestación, que pierde el feto por el accidente, siendo el concebido su primer hijo; y permite también establecer una indemnización diferente si la víctima fuese también una mujer embarazada de tres meses, que pierde también el feto, pero que ya tiene algún hijo. Dado que las circunstancias difieren, la indemnización también.

De la misma manera, la cantidad por muerte de una persona varía y no es estática: cuanto más joven se es, más valor económico tienen las víctimas. Y siguiendo con estos argumentos (en cierta parte, utilitaristas), las defunciones resultan mucho más baratas o económicas (si se me permite utilizar estas expresiones) que las tetraplejas. Ello es así porque con la defunción se agotan los daños mientras que

los cuidados que merece una persona con tetraplejía son mucho más caros.

Un último ejemplo, para observar cómo funcionan los baremos. Los baremos establecen incluso la diferencia entre el valor por la pérdida definitiva de un ojo y el valor por la pérdida definitiva de un ojo cuando ya se ha perdido el otro, diferenciando el daño de ambos supuestos.

Los baremos tienen un problema básico: se ha sostenido que atentan contra el principio con el que hemos empezado la exposición, esto es, el principio de reparación íntegra del daño. Sin embargo, si bien es cierto que el baremo podría no satisfacer plenamente el daño, también es cierto que existe un gran consenso en que su uso aporta una cierta previsibilidad o paz jurídica, que constituye un bien que permite valorar positivamente el sistema de baremos. Además, de manera colateral, aunque los baremos (en los términos descritos) no son obligatorios en otros supuestos de lesiones corporales diferentes de los derivados de accidentes de circulación, existe una tendencia judicial a utilizarlos de manera orientativa. De esta forma, podemos establecer un cierto equilibrio en la determinación de los daños corporales.

Otro aspecto muy actual y relacionado con problemas de cuantificación se encuentra en supuestos relativos a daños hipotéticos. El nivel de sofisticación del derecho de daños nos permite, como veíamos al principio, prescindir de algunos elementos básicos. Aunque he sostenido que no podemos prescindir del daño, nuevos supuestos nos muestran que el daño no tiene que ser tan real y concreto como tradicionalmente se ha exigido para poder ejercer una pretensión indemnizatoria. Concretamente, me quiero detener en uno de estos supuestos y, específicamente, en el relativo a la pérdida de la oportunidad.



Joan C. Seuba Torreblanca

La pérdida de la oportunidad es una elaboración teórica de la doctrina francesa que resuelve, inicialmente, casos de responsabilidad civil médica. Casos en los que aquello que se plantea es el siguiente juicio hipotético: si el médico hubiera diagnosticado correctamente y si hubiera informado oportunamente, entonces el paciente hubiera tenido la posibilidad de decidir si se hubiera sometido a tal intervención o recurrido a tal tratamiento. No resulta acreditada la negligencia que ha provocado que, al final, se haya materializado un daño. Lo que se afirma es que si se hubiera detectado correctamente y oportunamente la enfermedad del paciente, a lo mejor, por poner un ejemplo, éste hubiera podido acudir a sesiones de quimioterapia y por tanto, en la actualidad, no tendría tan desarrollado el cáncer que le afecta. Adviértase que todos son juicios hipotéticos: no tenemos firmeza científica de que esto hubiera sido así. En este campo sectorial específico de la responsabilidad civil, la teoría es bien acogida en la doctrina y jurisprudencia francesas, así como también en algunos otros ordenamientos europeos.

El problema de esta nueva figurase produce cuando se traslada a otros supuestos. Creo que en la responsabilidad civil médica funciona más o menos bien, aunque seguimos teniendo un problema de valoración, pues ignoramos en cuánto vamos a establecer el monto por aquella oportunidad perdida. Sin embargo, es un sistema correctivo que puede merecer alguna atención.

El siguiente ámbito donde se ha utilizado la pérdida de la oportunidad ha sido en el (muy actual) de la responsabilidad de asesores jurídicos y, más concretamente, de abogados. El argumento es el siguiente: si el letrado no hubiera dejado pasar el plazo de prescripción o de caducidad para presentar la demanda, la pretensión hubiera sido estimada. Otro ejemplo: si el abogado hubiera trabado con una anotación en el Registro de la Propiedad los bienes del deudor, se habría asegurado que podría ejecutar tales bienes.

Nuevamente, vuelven a ser todos juicios hipotéticos que trasladan, ahora a la persona del abogado, las consecuencias perjudiciales que se han derivado de un hecho anterior a su conducta. La teoría de la pérdida de oportunidad, en el ámbito de la responsabilidad de asesores jurídicos, está empezando a tener algunos resultados, pero padece de algunos problemas de estructura fundamentales. El más evidente es saber cuándo se dan esas oportunidades perdidas. A tal efecto, una primera

teoría trató de encontrar la respuesta en el juicio estadístico, de tal manera que, tras realizar una comparación o una proyección estadística, se debería poder conocer el índice o la probabilidad de éxito o de fracaso del caso en cuestión. Si se trata, por ejemplo, de un despido improcedente en el que no se presentó la demanda tempestivamente, veamos qué ha pasado en anteriores ocasiones.

Es fácil advertir que una forma de concebir la pérdida de oportunidad en tales términos es simplemente imposible porque no hay dos juicios o dos supuestos de hecho iguales donde se puedan proyectar estadísticamente tales previsiones. Para corregir esta teoría estadística, se elaboró una segunda teoría, actualmente vigente: la teoría del juicio dentro del juicio.

Según esta teoría, cuando un tribunal conoce una pretensión de pérdida de oportunidad por actuación negligente de un letrado, debe realizar un juicio hipotético sobre el éxito o el fracaso de la actuación negligente o de los daños relacionados con la actuación negligente del letrado. Así, por ejemplo, si advierte que, efectivamente, el letrado no presentó la demanda o el escrito, pero resulta que tampoco se hubiera dado la razón al cliente (porque faltaba la acreditación de unas pruebas documentales), la pérdida de oportunidad en tal caso sería cero y, aunque hubo comportamiento negligente, no hubo oportunidad perdida.

Véase que lo que hace el tribunal es, dentro del juicio de responsabilidad del abogado, realizar una simulación de cómo hubiera sido resuelto el caso previo. La teoría presenta un problema de funcionamiento también básico: el juez o magistrado llamado a realizar este juicio dentro del juicio es parcial, pues no dispone de todos los elementos necesarios para saber cómo deberá resolver. Dispone sólo de alguna información, la que le llega

Algunas cuestiones relacionadas con la cuantificación de los daños *Some issues related to the quantification of damages*

por la demanda. Además, es un juicio que se realiza sin contradicción de la otra parte, con lo cual el juez tiene nociones que simplemente le pueden dar una posible indicación.

Finalmente, quisiera concluir mi breve intervención con una reflexión sobre un aspecto también importante (que sé que además está dando algún que otro problema en Perú): se trata de la relación de la función compensatoria del derecho de daños con la función estrictamente punitiva. Y para ello me quiero fijaren la responsabilidad civil *ex delicto*.

Es cierto que en el ámbito extracontractual, en principio, el *animus* subjetivo del causante del daño debería ser irrelevante a la hora de cuantificar los daños. Esto no sucede en la responsabilidad contractual donde, clásicamente, se distingue entre deudores de buena y de mala fe. El deudor de buena fe responde de los daños previsibles, mientras que el deudor de mala fe, de todos aquéllos relacionados con el incumplimiento de la obligación.

Ahora bien, si nos fijamos en algunos casos de responsabilidad civil *ex delicto*, parece que las indemnizaciones establecidas son superiores a las derivadas de casos idénticos en los que incurrió simple negligencia. Ello puede ser debido no al daño real causado sino a la corrección de la indemnización (a la alza) por la presencia de dolo. Una breve posible explicación: todos, cuando

interactuamos en sociedad, tenemos un margen de tolerancia y, por ello, consentimos hasta cierto punto la negligencia; pero lo que no consentimos son las conductas dolosas. Con el establecimiento de una mayor indemnización podríamos corregir esa indiferencia entre el daño doloso y el daño negligente. Es posible, por tanto, y así lo reflejan los principios europeos de derecho de daños, recientemente aprobados, que en los supuestos de actuaciones dolosas el ámbito de protección se amplíe. Mas ello no supone un reconocimiento de los daños punitivos en Europa.

En ese sentido se pronuncia el reglamento Roma II, relativo a la determinación de la legislación aplicable en materia de responsabilidad civil extracontractual cuando existe un elemento de internacionalidad. Según dicho texto, en el eventual caso que se pretendiera ejecutar en Europa una sentencia que hubiera reconocido daños punitivos, el tribunal del foro podría alegar la excepción de orden público y no aplicar la parte correspondiente a daños punitivos.

Esto es así porque el derecho civil y el derecho de la responsabilidad civil disponen de mecanismos eficaces para solucionar algunos problemas, pero no todos los que se plantean en el derecho de daños. Hay otros mecanismos y otras instituciones que por su propia estructura y por sus propios principios se encuentran en mejor posición y desarrollan mejor algunas de estas funciones preventivas o incluso punitivas (muy claramente, el derecho penal o el derecho administrativo sancionador). Permitir que el derecho de daños sea el único instrumento con el que resolver cuestiones relacionadas con derecho de familia, con pretensiones indemnizatorias contra la administración pública y con lesiones a los derechos fundamentales, por citar algunos casos, me parece un error que no se debe, desde mi modestia, cometer. 