



Héctor Augusto Campos García^(*)

Breves y ulteriores precisiones respecto de los **actos lícitos dañosos** en el ordenamiento jurídico peruano: análisis de algunos supuestos concretos^(**)

Brief and further details regarding the harmful lawful acts in the Peruvian legal system: analysis of some specific cases

EN ESTE SENTIDO, TENEMOS QUE DETRÁS DE LA OBLIGACIÓN DE RESARCIMIENTO SE ENCUENTRA, A NIVEL DEL JUICIO DE RESARCIBILIDAD, LA CONTRAPOSICIÓN ENTRE EL DERECHO DE RETIRO DE LA OBRA DEL COMERCIO Y EL DERECHO DE REPRODUCCIÓN DE LA OBRA POR CUALQUIER FORMA O PROCEDIMIENTO, RESPECTO DE LA CUAL EL ORDENAMIENTO PERUANO HA PONDERADO LOS MISMOS OPTANDO POR MANTENER EL EJERCICIO DEL PRIMERO (ACTO LÍCITO DAÑOSO), TUTELANDO A TRAVÉS DE UN RESARCIMIENTO AL SEGUNDO.

Resumen: El presente artículo aborda la temática referida a los actos lícitos dañosos, los cuales también generan responsabilidad civil, descartando así a la ilicitud como un elemento indispensable para la generación de responsabilidad civil. En este sentido, el artículo parte del análisis conceptual de la ilicitud o antijuridicidad, para luego arribar al examen de tres supuestos de responsabilidad civil, como lo son el daño ambiental, la resolución cautelar y el retiro de la obra del comercio; demostrando, efectivamente, el carácter prescindible de la ilicitud y la existencia de escenarios de responsabilidad civil derivados de actos lícitos dañosos.

Palabras claves: Ilícitud - Actos lícitos Dañosos - Responsabilidad Civil - Daño Ambiental - Resoluciones Cautelares - Retiro de la Obra del Comercio

Abstract: This article addresses the issue referred to harmful lawful acts which also generate liability, thus ruling out the unlawfulness as an essential

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Candidato a Magister en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Estudios de Posgrado en Contratos y Daños por la Universidad de Salamanca (España). Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la PUCP. Integrante de la delegación peruana en el Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina (Gadal). Asociado del Estudio Linares Abogados.

(**) Nota del Editor: El artículo fue recibido el 15 de junio de 2016 y aprobada su publicación el 30 de junio del mismo año.

Breves y ulteriores precisiones respecto de los actos lícitos dañosos en el ordenamiento jurídico peruano: análisis de algunos supuestos concretos
Brief and further details regarding the harmful lawful acts in the Peruvian legal system: analysis of some specific cases

element for the generation of liability. In this regard, the author makes a conceptual analysis of the unlawfulness or illegality, and he examines three cases of liability, such as environmental damage, the interim resolution and withdraw the work of trade; demonstrating, effectively, the dispensable nature of the unlawfulness and the existence of scenarios of liability arising from harmful lawful acts.

Keywords: Unlawfulness - Harmful Lawful Acts - Civil Liability - Environmental Damage - Interim Resolution - Withdraw the Work of Trade

1. A modo de introducción: a propósito de un reciente artículo

La ilicitud no es un elemento de la responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico peruano. Por ello, es admisible que una obligación resarcitoria surja tanto de actos lícitos como de actos ilícitos. En ese sentido, es posible afirmar, desde esta perspectiva, que los *actos lícitos dañosos* se encuadran como auténticos actos generadores de responsabilidad civil.

Frente a esta posición, recientemente la doctrina nacional, que sostiene que la ilicitud sí es un presupuesto de la tutela resarcitoria, ha brindado una interpretación alternativa respecto de distintos supuestos que, en la postura resumida en el párrafo anterior, se configuran como *actos lícitos dañosos*, y respecto de dichos supuestos se ha afirmado que serían, *sic et simpliciter*, actos ilícitos⁽¹⁾.

En aras de plantear un debate respecto de la admisibilidad o no de los *actos lícitos dañosos* como actos generadores de responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico peruano, el objetivo del presente artículo se limita a brindar otra alternativa de interpretación respecto de los mismos casos analizados por la doctrina partidaria de considerar a la ilicitud como un presupuesto de la tutela resarcitoria.

Para tal fin, en primer lugar, se analizará el concepto de antijuridicidad o ilicitud del que parte la doctrina que será objeto de comentario. En segundo lugar, se analizarán los

diversos supuestos de *actos lícitos dañosos* que han sido explicados bajo parámetros de ilicitud; a saber: responsabilidad civil derivada de daño ambiental, de actuación de resoluciones cautelares, y del retiro de la obra del comercio. Finalmente, se formularán nuestras conclusiones.

2. Precisiones respecto a la noción de antijuridicidad o ilicitud

Como paso previo al estudio de las diversas hipótesis de *actos lícitos dañosos* que, recientemente, han sido explicadas con coherencia como supuestos de responsabilidad derivados de acto ilícito, es necesario uniformizar la discusión a partir de la noción de ilicitud que se va a tomar como premisa.

La posición bajo comentario es precisa en señalar lo siguiente:

“(…) La presencia de la ilicitud es un elemento de cualquier supuesto de responsabilidad civil, sea objetiva o subjetiva. En efecto, *la ilicitud se configura al transgredir, justamente, la «norma impuesta por el derecho»* (artículo 1970 del Código Civil, por citar solo un ejemplo) 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 de fraude a la ley o abuso de derecho). Por ello, la tipicidad en los supuestos contenidos en el artículo 1971 del Código Civil se debe a que la ilicitud es un elemento que configura la responsabilidad civil”⁽²⁾ (el énfasis es añadido).

(1) Me refiero al texto del profesor Juan Espinoza, “Sobre los denominados actos ilícitos dañosos,” *IUS ET VERITAS* 51 (diciembre 2015): 118-22. Hacemos la precisión de que, en realidad, el título del artículo es “Sobre los denominados actos lícitos dañosos”.

(2) Juan Espinoza, “Sobre los denominados actos ilícitos dañosos”: 118.



Héctor Augusto Campos García

Evidentemente, la noción de ilicitud que se acaba de mostrar responde a una visión omnicomprensiva de lo que un sector de la doctrina⁽³⁾ ha denominado como *antijuridicidad formal* (que corresponde a la transgresión de un precepto) y *antijuridicidad material* (que corresponde al contraste entre los hechos de la vida y los valores o intereses tutelados por la norma).

Si bien se comparte la noción de ilicitud previamente establecida, la misma debe ser precisada, en los términos en los que ha sido expuesta, desde dos frentes; a saber: uno estructural y el otro operativo.

En primer lugar, desde un punto de vista estructural, resulta opinable el establecer a los artículos 1969 y 1970 del Código Civil peruano, como integrantes de las “normas impuestas por el derecho” que son pasibles de ser contravenidas a efectos de establecer la ilicitud de una conducta.

Repárese en que dichos artículos constituyen cláusulas normativas generales de responsabilidad civil que adquieren relevancia cuando se verifican los supuestos de hecho de cada uno de dichos dispositivos normativos, los cuales dependen de la verificación de un daño, la fijación de una relación de causalidad y la aplicación de un criterio de imputación (subjetivo u objetivo).

En ese sentido, dichas disposiciones normativas no son objeto de contravención al momento de imponer una obligación resarcitoria, y menos aún son elementos configurantes de la responsabilidad civil, sino que establecen y viabilizan el mecanismo de tutela jurídica sustancial adecuado para hacer frente a la comisión de un daño; es decir, la tutela resarcitoria.

Bajo este punto de vista, tampoco resulta admisible recurrir a dichas cláusulas normativas generales como continente de la existencia del deber genérico de no causar daño a otro, ya que como bien se ha indicado en doctrina:

“(…) No se advierte, al menos en la gran parte de los sistemas jurídicos, sean ellos del *Civil Law* como del *Common Law*, un deber genérico de no causar daño a otros, al menos en el sentido de precepto incondicionado del mismo tipo de aquel que impone el respeto de la propiedad ajena o del cumplimiento de las obligaciones asumidas. La enunciación de tal precepto sería en abstracto admisible, pero ello colisionaría con la exigencia de garantizar (la libertad de) iniciativa, incluso *dañosas* sobre el plano de los resultados y de las relaciones con la esfera ajena. Puede agregarse que, por definición, la denominada *regla de responsabilidad* no es nunca incondicionada, como una *regla de propiedad*, pero ella engloba una valoración comparativa de los intereses en conflicto”⁽⁴⁾.

En segundo lugar, desde un punto de vista operativo, la afirmación de que los supuestos contenidos en el artículo 1971 del Código Civil se rigen bajo un principio de tipicidad, resulta lógico solo si se parte de la premisa de que exclusivamente actividades ilícitas pueden ser fuente de una obligación resarcitoria; por lo que, la atipicidad del daño resarcible sería complementada por la tipicidad de los daños que no generan responsabilidad alguna.

Sin embargo, desde nuestra perspectiva, dicha posición tradicional podría ser re-evaluada, ya que si se opta por considerar que ilicitud no es un condicionante de la obligación resarcitoria, tanto porque nuestra normativa⁽⁵⁾ no lo exige y como porque lógicamente resulta inconsistente su admisión⁽⁶⁾, entonces se

(3) Renato Scognamiglio, “Illecito (diritto vigente),” in *Responsabilità civile e danno* (Turín: Giappichelli, 2010), 17.

(4) Adolfo Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, 4ª ed. (Milán: Giuffrè, 2003), 177.

(5) Héctor Campos, “El ámbito dual del juicio de resarcibilidad en el ordenamiento jurídico peruano: la negación de la antijuridicidad como categoría normativa en el análisis de responsabilidad civil y la natural afirmación de la resarcibilidad de los actos lícitos dañosos en el Código Civil peruano,” *Derecho & Sociedad* 40 (diciembre 2013): 257-72.

(6) Héctor Campos, “El juicio de resarcibilidad en el ordenamiento jurídico peruano. Reflexiones iniciales sobre los alcances del artículo 1971 del Código Civil peruano y la afirmación de la responsabilidad civil en el ejercicio regular de un derecho,” *IUS ET VERITAS* 45 (diciembre 2012): 210-27.

Breves y ulteriores precisiones respecto de los actos lícitos dañosos en el ordenamiento jurídico peruano: análisis de algunos supuestos concretos
Brief and further details regarding the harmful lawful acts in the Peruvian legal system: analysis of some specific cases

puede proponer que el artículo 1971 contiene una relación atípica de supuestos de irresponsabilidad.

En efecto, si se reconoce que los derechos subjetivos son relativos, entonces la afirmación de que el ejercicio regular de un derecho que genere daños exime en todos los casos de responsabilidad civil deviene en cuestionable, ya que dicha afirmación estará sujeta a la previa, y concreta, ponderación de intereses subyacentes a los derechos de la víctima y del causante, lo cual nos aleja del principio de tipicidad comúnmente aceptado para los supuestos de irresponsabilidad civil.

Sobre la base de estas precisiones, en los apartados siguientes analizaremos supuestos particulares que, desde nuestro punto de vista, son casos de *actos lícitos dañosos* y brindaremos una interpretación alternativa frente a aquella postura que los reconduce a escenarios de responsabilidad civil derivados de *actos ilícitos dañosos*.

3. La responsabilidad civil derivada de daño ambiental

En primer lugar, abordaremos el supuesto de la responsabilidad derivada del daño ambiental.

Desde nuestro de vista, a partir del dato normativo contenido en la Ley General del Ambiente peruano⁽⁷⁾ (en adelante, "LGA"), la obligación resarcitoria derivada del daño ambiental puede provenir tanto de un acto lícito como de uno ilícito, toda vez que la normativa precisa que el menoscabo que sufra el ambiente puede ser causado, incluso, sin que se haya contravenido una disposición jurídica.

Sin embargo, se ha planteado de forma coherente una interpretación distinta de la norma apenas referida,

reconduciendo la discusión a un escenario de *abuso de derecho*. Así, se señala que,

"Frente a la lectura de que al causarle daño ambiental 'no contraviniendo disposición jurídica' se comprueba que la ilicitud no es un elemento constitutivo de la responsabilidad civil y que se pueden configurar actos lícitos dañosos, considero que este supuesto es de abuso de derecho"⁽⁸⁾.

La interpretación que se acaba de reproducir se sustenta en los siguientes argumentos:

- a) En primer lugar, se recurre al artículo 141⁽⁹⁾ del derogado Código del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales (Decreto Legislativo 613), en el cual se hace mención a los escenarios de abuso de derecho que generan un daño al medio ambiente.
- b) En segundo lugar, se plantea que el *daño ambiental* no contraviniendo disposición jurídica, no es más que un tipo de abuso de derecho con daño al medio ambiente; es decir, un supuesto de ilicitud, porque se trata de un ejercicio (u omisión) irregulares de un derecho.

En primer lugar, debemos partir de la premisa que la hipótesis normativa regulada en el numeral 2 del artículo 142 de la LGA no regula cualquier tipo de daño ambiental, sino un supuesto particular denominado por la

(7) El numeral 2 del artículo 142 de la Ley General de Ambiente dispone que "*Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales*" (el énfasis es añadido).

(8) Juan Espinoza, "Sobre los denominados actos ilícitos dañosos": 119.

(9) Artículo 141.- Acciones de abuso de derecho

"En las acciones de abuso del derecho que sean interpuestas al amparo del artículo II del Título Preliminar del Código Civil y se refieran a la tutela de derechos de naturaleza ambiental, las medidas preventivas dictadas para evitar o suprimir el abuso solo podrán ser apelables en efecto devolutivo".



Héctor Augusto Campos García

doctrina como *daño ecológico puro*⁽¹⁰⁾; es decir, aquel daño referido al propio ambiente, esto es, al ecosistema mismo, con independencia del daño a las personas o a su propiedad.

Sobre la base de lo previamente indicado, se ha señalado⁽¹¹⁾ que el daño ecológico puro, en el ordenamiento peruano, se caracteriza por los tres elementos siguientes: (i) el menoscabo material; (ii) la generación de efectos negativos actuales o potenciales derivados del menoscabo material; y, (iii) la independencia de este respecto de si se ha contravenido o no disposición jurídica alguna.

En segundo lugar, y sentada la premisa anterior, deviene en opinable el recurrir a una interpretación histórica a partir de la norma derogada cuando esta no hacía referencia al daño ecológico puro; por lo que no consideramos que estemos ante una norma que sea antecedente de la actual⁽¹²⁾, por lo menos para fijar el alcance de la noción de daño ambiental.

A mayor abundamiento de la revisión de la norma invocada (artículo 141 del Código del Ambiente), se aprecia una regulación procesal, antes que material, ya que en ella se regula los efectos de la apelación de la resolución judicial que concede una *medida preventiva* y no una reglamentación del acto generador de responsabilidad civil, con lo que se reafirma nuestro cuestionamiento a fijar la interpretación de la norma actual, a partir de la derogada.

Finalmente, concordamos con la postura bajo comentario en el extremo que considera al *abuso del derecho* como un acto generador de responsabilidad; y, si bien admitimos como posible interpretar la referencia a la *no contravención de una disposición jurídica* como un escenario de abuso, creemos

que ello no excluye la posibilidad de admitir que *actos lícitos* generen daños resarcibles.

En efecto, la mención a la *no contravención de una disposición jurídica* puede abarcar tanto los escenarios de *abuso del derecho*, como de *actos lícitos dañosos*, ya que la norma no excluye dicha posibilidad, más aún, si se tiene en consideración lo siguiente:

“El ejercicio legítimo, lícito, por lo tanto, de una posición jurídica es aquel que se centra dentro del espacio de libertad conferido por la norma. Aquel que lo excede, manifiestamente, deja el espacio de la licitud y pasa a adentrarse en el campo de la ilicitud, y como tal debe ser reprimido, y no como un acto *sui generis* tan solamente porque, *ab initio*, era lícito”⁽¹³⁾.

Sobre el particular, aunque de una forma poco clara, la doctrina ambientalista ha admitido la no necesaria aplicación de la irresponsabilidad civil por ejercicio regular de un derecho en materia ambiental:

“Deberíamos entender, entonces, que para la LGA la noción jurídica de daño ambiental no requiere la contravención a la ley. Esta disposición de la LGA es distinta a la norma del numeral 1 del artículo 1971 del Código Civil que dispone que no habrá responsabilidad en aquellos casos de

-
- (10) Lorenzo de la Puente, “La noción jurídica de daño ambiental y una peculiar argumentación del Tribunal de Fiscalización Ambiental,” *Derecho & Sociedad* 42 (2014): 176, precisa que: “Al definir daño ambiental como ‘menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes’ entendemos que el daño al que se refiere el numeral 142.2 del artículo 142 de la LGA es el daño ecológico puro y no el daño ambiental en sentido amplio, porque en el derecho peruano el ambiente, natural o urbano, es el medio donde la persona desarrolla su vida; es decir, la persona y su medio no se identifican. De haberse pretendido incluir al daño a la persona en el concepto de ‘daño ambiental’ de la LGA, tendría que haberse dicho expresamente”.
- (11) Lorenzo de la Puente, “Responsabilidad por el daño ambiental puro y el Código Civil peruano,” *Themis* 60 (noviembre 2011): 297.
- (12) Para un análisis general de la normativa vigente, puede revisarse el trabajo de Lorenzo de la Puente y Víctor Vargas, “Análisis crítico del régimen de responsabilidad de la Ley General del Ambiente,” *Revista de derecho administrativo* 15 (julio 2015): 97-113.
- (13) Thiago Rodvalho, *Abuso de derecho y derechos subjetivos*, tr. Juan Panéz y César Moreno (Lima: Ara, 2013), 190.

Breves y ulteriores precisiones respecto de los actos lícitos dañosos en el ordenamiento jurídico peruano: análisis de algunos supuestos concretos
Brief and further details regarding the harmful lawful acts in the Peruvian legal system: analysis of some specific cases

hechos ocurridos en el ejercicio regular de un derecho. Es decir, uno de los supuestos en los cuales los hechos que causen el daño están justificados”⁽¹⁴⁾.

Desde nuestro punto de vista, no es que la disposición de la LGA sea distinta del dispositivo contenido en el numeral 1 del artículo 1971 del Código Civil, ya que al admitir los *actos lícitos dañosos* como actos generadores de responsabilidad, la LGA guarda plena coherencia y unidad con el estatuto general que regula la tutela resarcitoria en el Código Civil peruano que no reconoce a la ilicitud como un elemento de la responsabilidad civil.

4. La responsabilidad civil derivada de la actuación de resoluciones cautelares

En segundo lugar, abordaremos el supuesto referido a la responsabilidad civil derivada de la actuación de resoluciones cautelares, el cual también ha sido explicado en términos, según los cuales, nos encontraríamos ante la ilicitud como elemento del supuesto de hecho que habilita la tutela resarcitoria.

El supuesto que configura la presente hipótesis de estudio es concreto; a saber: en el marco de un proceso (civil) una de las partes solicita una medida cautelar, la cual es concedida y posteriormente ejecutada; sin embargo, al momento de resolverse el proceso de fondo, se determina que la posición del solicitante de la medida cautelar deviene en infundada.

La situación previamente expuesta nos lleva a cuestionarnos respecto del tipo de responsabilidad a la que se encontrará sujeta el solicitante de una medida cautelar por haber afectado el patrimonio de la contraparte sobre la base de una apariencia de derecho que a la postre se ha revelado como inexistente.

Sobre el particular, la doctrina que es objeto de comentario ha identificado dos escenarios claramente diferenciados; a saber:

- a) En primer lugar, “(...) si el proceso definitivo confirma la pretensión asegurada con la medida cautelar, esta ha sido en el ejercicio regular de un derecho y no se resarcen los daños. Si se acredita que es una medida cautelar innecesaria o maliciosa, es en el ejercicio irregular del derecho de acción y, por consiguiente, la contracautela no opera solo como garantía, sino como un pago anticipado del daño por dicho ejercicio irregular del derecho de acción”⁽¹⁵⁾.
- b) En segundo lugar, “(...) ¿qué sucede en el supuesto en el cual el proceso definitivo no confirma la pretensión asegurada con la medida cautelar y no se trata de un caso innecesario o malicioso? (...) *Ex post* al no haberse confirmado la pretensión asegurada con la medida cautelar, sin que sea innecesario o malicioso (es decir, dolo o culpa), el daño producido califica como *ilícito*, por cuanto se ha determinado definitivamente que no se ha configurado, ni se configura, un derecho que la ampare (...)”⁽¹⁶⁾.

Respecto del primero de los escenarios, debemos manifestar nuestro acuerdo con la lectura interpretativa realizada.

Y es que, a diferencia de lo que una primera aproximación podría generar, el hecho de que se ampare la posición del solicitante de la medida cautelar (que puede ser el demandante o el demandado) no determina automáticamente que nos encontremos ante el ejercicio regular del derecho a la tutela

(14) Lorenzo de la Puente, “La noción jurídica de daño ambiental y una peculiar argumentación del Tribunal de Fiscalización Ambiental,” *Derecho & Sociedad* 42 (2014): 178. Hacemos referencia a la poca claridad de la posición citada, ya que; por un lado, se sostiene que existiría una suerte de *antijuridicidad implícita* en materia de responsabilidad por daño ambiental; y por otro lado, se señala que la antijuridicidad de una conducta que causa un daño ambiental no depende de la contravención a una disposición legal, sino que por sí mismo es antijurídica.

(15) Juan Espinoza, “Sobre los denominados actos ilícitos dañosos”: 121.

(16) Juan Espinoza, “Sobre los denominados actos ilícitos dañosos”: 121.



Héctor Augusto Campos García

cautelar; por lo que el análisis de la razonabilidad de la medida cautelar puede determinar que se generen hipótesis de exceso o abuso de la tutela cautelar que generen daños que deban ser resarcidos.

Respecto del segundo de los escenarios, nos permitimos disentir respetuosamente en esta ocasión; y, por ende, expresar una interpretación alternativa a las reseñadas líneas arriba.

En efecto, opinamos que si se considera como ilícito el acto de haber solicitado una medida cautelar por el hecho de que *ex post* no se confirme la pretensión asegurada por dicha medida cautelar, ello entraría en contradicción con el hecho de considerar que en el ámbito de la tutela cautelar “(...) no se está en el ejercicio de un derecho, sino frente al ejercicio del derecho de acción para tutelar una apariencia de derecho”⁽¹⁷⁾.

Repárese en que el estándar para identificar la regularidad o no del ejercicio del derecho fundamental a la tutela cautelar no está, ni puede estar dado, por la certeza del derecho invocado, sino tan solo por la verosimilitud⁽¹⁸⁾ de la fundabilidad de la pretensión, el cual ha recibido un juicio de procedibilidad por parte del juzgador.

El hecho de que posteriormente no se ampare la posición de fondo del solicitante de la medida cautelar, en nada contradice que el derecho a la tutela cautelar, en su momento, fue ejercido regularmente ya que cumplió con la verosimilitud requerida legalmente como parámetro del ejercicio del derecho a la tutela cautelar.

Lo previamente expuesto ha sido advertido, desde hace tiempo, por la doctrina procesal, según la cual:

“Si la medida cautelar tiene como condición la *incerteza del derecho* (si el derecho fuese cierto, sí podría sin más

recurrir a la ejecución ordinaria) esto es una situación de duda que puede resolverse en dos diversos sentidos, *sería una petición de principio considerarla a posteriori ilegítima, solo porque, en el juicio principal del cual ella asegura para cada eventualidad el tranquilo desenvolvimiento, la hipótesis venga a resolverse en sentido negativo*”⁽¹⁹⁾.

Incluso, de forma reciente, aunque desde un enfoque distinto del tradicional en materia cautelar, se ha indicado lo siguiente:

“El derecho declarado existente [en el proceso cautelar] es simplemente el *derecho a la cautela*, instrumentalmente ligado al derecho cautelado. Ello muestra, igualmente, que el proceso que busca la prestación de tutela cautelar se desarrolla mediante *cognición plena* del derecho a la cautela. Apenas el *derecho cautelado* es el que es conocido de *forma sumaria*”⁽²⁰⁾.

Repárese en que la diferencia entre *el derecho a la cautela* y *el derecho cautelado*, que propone la doctrina que acabamos de seguir, sirve para diferenciar los diferentes puntos de referencia a ser evaluados por el magistrado al momento en que concede la tutela cautelar o la tutela de fondo.

Así, el hecho de que en el proceso cautelar se realice una cognición plena del *derecho a la cautela*, pero solo una cognición sumaria del *derecho cautelado* impide, en términos lógicos y funcionales, que para evaluar la

(17) Juan Espinoza, “Sobre los denominados actos ilícitos dañosos”: 120.

(18) Sobre el debate existente entre los alcances del significado y parámetros de la *verosimilitud* y la *probabilidad* como presupuestos de la tutela cautelar, se puede revisar el reciente trabajo de Renzo Cavani, “Verosimilitud, probabilidad: ¿da lo mismo? Un diálogo con Piero Calamandrei, Michele Taruffo, Daisson Flach y Daniel Mitidiero,” en *Sobre la tutela cautelar* (Lima: Themis, 2015): 73-88.

(19) Piero Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* (Padua: Cedam, 1936), 71-2.

(20) Daniel Mitidiero, “Tendencias en materia de tutela sumaria: de la tutela cautelar a la técnica anticipatoria,” en *La justicia civil en el Estado Constitucional. Diálogos para un diagnóstico*, tr. Renzo Cavani (Lima: Palestra, 2016), 80.

Breves y ulteriores precisiones respecto de los actos lícitos dañosos en el ordenamiento jurídico peruano: análisis de algunos supuestos concretos
Brief and further details regarding the harmful lawful acts in the Peruvian legal system: analysis of some specific cases

regularidad del ejercicio del derecho a la tutela cautelar se emplee el resultado del proceso de fondo que exige plenitud y no *sumariedad*, del derecho cautelado.

Tal como se puede apreciar, a menos que estemos dispuestos a admitir la ficción de una *ilicitud sobrevenida con efectos retroactivos*, no creemos que sea posible encontrar en el acto de solicitud de la medida cautelar, que posteriormente no encuentra respaldo al desestimarse la pretensión de fondo respaldada por la tutela cautelar, a un verdadero acto ilícito, siempre que se tome partido por una postura complementaria entre el derecho civil y el derecho procesal.

Finalmente, consideramos que la caución *contracautela* siempre tiene una función de garantía respecto de la obligación resarcitoria derivada de la actuación de una resolución cautelar⁽²¹⁾ sea que el acto generador de responsabilidad civil se considere lícito o ilícito.

Nótese que lo apenas indicado deviene en un imperativo, ya que la caución *contracautela*, al tener la naturaleza jurídica de una garantía en sentido estricto, solo se explica en la medida que exista la obligación resarcitoria, que si bien es eventual, siempre es de carácter determinable.

5. La responsabilidad civil derivada del ejercicio del derecho de retiro de la obra del comercio

Finalmente, abordaremos el tercero de los escenarios que ha sido cuestionado como un supuesto de *acto lícito dañoso*, nos referimos a la responsabilidad civil derivada del ejercicio del derecho de retiro de la obra del comercio.

La Ley sobre el Derecho de Autor peruana (Decreto Legislativo 822) contempla, en el literal e) del artículo 22, el derecho del

retiro de la obra del comercio como uno de los derechos morales del autor.

En específico, el artículo 27 de la mencionada Ley regula los alcances del derecho de retiro de la obra del comercio en los siguientes términos:

“Por el derecho de retiro de la obra del comercio, *el autor tiene el derecho de suspender cualquier forma de utilización de la obra, indemnizando previamente a terceros los daños y perjuicios que pudiere ocasionar.*”

Si el autor decide reemprender la explotación de la obra, deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular, en condiciones razonablemente similares a las originales.

El derecho establecido en el presente artículo se extingue a la muerte del autor. Una vez caída la obra en el dominio público podrá ser libremente publicada o divulgada, pero se deberá dejar constancia en este caso que se trata de una obra que el autor había rectificado o repudiado”.

Tal como se puede apreciar, el ordenamiento peruano reconoce el derecho del autor de retirar su obra del comercio; sin embargo, se establece que en caso ejerza dicho derecho podrá estar sujeto al pago de una indemnización⁽²²⁾ por los daños y perjuicios causados a los potenciales afectados. En

(21) Héctor Campos, “Breves apuntes dogmáticos y funcionales de la caución contracautela en el proceso civil peruano,” en *Sobre la tutela cautelar* (Lima: Themis, 2015), 198-203.

(22) Sobre el particular véase Renzo Saavedra, “Hechos lícitos dañosos, funciones de la responsabilidad civil y derecho de autor,” 5 (de la versión en pdf), ha indicado que no nos encontraríamos ante un resarcimiento, sino ante una indemnización, así se ha señalado que “Como se ve, el derecho moral de autor tiene tal nivel de preeminencia sobre los componentes de carácter patrimonial que puede llegar a casi quitarle mucho de su contenido útil, lo cual no resulta ilícito. Empero, pese a su licitud existen razones de fondo que explican por qué el creador tendrá que asumir el pago de una indemnización a favor de quienes detentan el derecho patrimonial de autor, desembolso que no se debe en base a la responsabilidad civil sino en aplicación de las reglas que reglamentan a los hechos lícitos dañosos (muchas de ellas desarrolladas doctrinalmente sobre



Héctor Augusto Campos García

buena cuenta, el ejercicio regular del derecho a retirar la obra del comercio es considerado como un acto generador de responsabilidad civil; en consecuencia, estamos frente a un *acto lícito* (ejercicio regular de un derecho) que es susceptible de generar efectos resarcitorios; por lo que, se encuadra dentro de los *actos lícitos dañosos*.

El encuadramiento de este escenario de responsabilidad civil ha sido explicado desde otro punto de vista al establecer que en esta hipótesis se encuentra presente la ilicitud como un condicionante del surgimiento de la obligación resarcitoria.

Bajo este punto de vista se ha sostenido lo siguiente:

“(…) Si bien parte de reconocer el derecho personal o moral del retiro de la obra del comercio, al mencionar la indemnización se hace en referencia a que –no obstante se ejerza un derecho personal o moral sin reproche jurídico alguno- se configura una lesión del derecho de crédito de quien ha pagado por poner la obra en el comercio por quien –desde el punto de vista patrimonial, no personal- había asumido la obligación (dentro de esta relación jurídica). La ilicitud se configura por el incumplimiento de la prestación a la que había comprometido el deudor-autor. Visto desde el punto de vista del dañado (que por ejemplo, podría ser un editor): desde el plano de los derechos personales o morales, no puede objetar el derecho al retiro de la obra del comercio, ya que se trata de un ejercicio regular de esa situación jurídica; pero desde el punto de vista patrimonial tiene el derecho a exigir una indemnización, porque se ha producido un incumplimiento por causa imputable al deudor-autor”⁽²³⁾.

Los argumentos de esta posición son los siguientes:

- a) Si bien el retiro de la obra del comercio es un derecho cuyo ejercicio está admitido por el ordenamiento jurídico; sin embargo, ello no enerva el incumplimiento de la prestación a la que se habría comprometido el autor.

- b) En ese sentido, el ejercicio del derecho moral del retiro de la obra del comercio determina la lesión del derecho de crédito de quien ha pagado por colocar la obra en el comercio.

- c) En consecuencia, el incumplimiento de la prestación a cargo del autor constituiría el acto ilícito que justifica la indemnización a favor de los potenciales damnificados, de donde se plantea que nos encontramos ante un *acto ilícito dañoso*.

Desde nuestro punto de vista, si bien comprendemos la formulación expuesta, consideramos que es posible formular una interpretación alternativa que mantenga a este supuesto dentro de la categoría de los *actos lícitos dañosos*.

En primer lugar, se debe tener en consideración que el derecho de retiro de la obra del comercio constituye un típico supuesto de derecho de desistimiento con el que cuenta el autor respecto de los contratos en los que haya participado dentro de la cadena de producción de la obra, lo cual excluye de plano que podamos reconducir este escenario a un supuesto de incumplimiento contractual.

En ese sentido, reparemos en que respecto al derecho de retiro de la obra del comercio se ha indicado lo siguiente:

“Se trata de una facultad de receso del contrato de cesión de los derechos patrimoniales sobre la obra, el cual tiene carácter unilateral ligada a motivos de conciencia que concede

la inducción de los principios de varias de las hipótesis reconocidas legislativamente)” (el énfasis es añadido). Por razones de espacio no es posible agotar este tema, por lo que nos limitaremos a indicar que desde el esquema conceptual que seguimos; es decir, aquel que prescinde de la ilicitud como un elemento condicionante de la imposición de una obligación resarcitoria, consideramos que los *actos lícitos dañosos* forman parte de los actos generadores de responsabilidad civil, y por ende pueden ser fuente de una indemnización resarcitoria.

(23) Juan Espinoza, “Sobre los denominados actos ilícitos dañosos”: 122.

Breves y ulteriores precisiones respecto de los actos lícitos dañosos en el ordenamiento jurídico peruano: análisis de algunos supuestos concretos
Brief and further details regarding the harmful lawful acts in the Peruvian legal system: analysis of some specific cases

al autor, cuando de por medio existan graves razones morales, la posibilidad de obtener el retiro de la obra del comercio, salvo indemnización (*indennizzo*)⁽²⁴⁾.

El desistimiento⁽²⁵⁾ (o recesso unilateral)⁽²⁶⁾ es la declaración unilateral y recepticia (negocio jurídico) de una de las partes de un contrato mediante la cual se disuelve el vínculo contractual previamente establecido entre ellas, por lo que constituye una excepción del principio de vinculatoriedad del contrato.

Si bien cuando se celebra un contrato surge entre sus suscribientes un *vínculo contractual*; esto es, la sujeción de las partes a los efectos del contrato⁽²⁷⁾, dicho vínculo experimenta “diversos grados de intensidad”⁽²⁸⁾.

Desde esta perspectiva, los diversos niveles de intensidad del *vínculo contractual* permiten que el mencionado vínculo pueda ser eliminado por el consenso de los contrayentes del contrato (intensidad fuerte) o, incluso bajo ciertos parámetros, por la

decisión unilateral de uno de los contratantes (intensidad débil).

Bajo este punto de vista, se admite que el derecho al desistimiento unilateral de los contratantes pueda tener su origen o en una habilitación legal expresa (desistimiento legal) o en la autonomía de los particulares (desistimiento convencional); por lo que, en cualquier caso, no debe perderse de vista que el desistimiento constituye un “instrumento normal y fisiológico de sistematización de los intereses contractuales”⁽²⁹⁾.

En ese sentido, tenemos que el derecho de retiro de la obra del comercio constituye un escenario de desistimiento unilateral de fuente legal, en específico, un derecho de arrepentimiento⁽³⁰⁾, el cual faculta al autor

(24) María Talió, “Il Risarcimento del danno da lesione del diritto d'autore” (tesi di laurea in diritto civile, Università degli Studi di Bari, 2006/2007), 177.

(25) Walter D'Avanzo, voz: “Recesso (Diritto civile),” en *Novissimo Digesto Italiano*. Diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula. Vol. XIV (Turín: UTET, 1967), 1027-48; Salvatore Sangiorgi, voz: “Recesso,” en *Enciclopedia giuridica*. Vol. XXVI (Roma: Istituto della enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, 1991), 1-8 (de la separata); Giovanni Gabrielli, y Fabio Padovini, voz: “Recesso (dir. priv.),” en *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XXXIX (Milán: Giuffrè, 1988), 27-45, en nuestra doctrina es de revisión el trabajo de Rómulo Morales, “¿Existe el derecho de desistimiento o la terminación unilateral del contrato?,” *Actualidad jurídica* 191 (octubre 2009): 54-8.

(26) No obstante, hay que anotar que es variada la denominación que recibe esta figura, así Mauro Paladini, “Nuevas perspectivas en materia de disolución del contrato por incumplimiento,” en *Los contratos consecuencias jurídicas de su incumplimiento*, Autores Varios (Lima: Gaceta Jurídica, 2013), 258, señala que “La declaración del acreedor, que produce la disolución del contrato, tiene diversas denominaciones en varios ordenamientos. En el sistema italiano, se usa el término “recesso”; en el BGB alemán es definido *der Rücktritt*; en otros ordenamientos y en muchos textos normativos internacionales se habla simplemente de declaración de resolución”; sin embargo, si se prefiere el término desistimiento, debe tenerse en consideración la advertencia que realizaba Manuel de la Puente y Lavalle, *El contrato en general, Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil*, 1ª parte (artículos 1351 a 1413), Tom. II, en *Biblioteca para leer el Código Civil*, Vol. 11 (Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991), 140, quien señalaba que “Tal denominación, la de desistimiento unilateral, (...) puede ser entendida en el sentido de ser un apartamiento, singular que desliga a una de las partes de la relación jurídica, cuando en realidad se trata propiamente de extinguir dicha relación por decisión unilateral de cualquiera de las partes”.

(27) Vincenzo Roppo, “Il contratto,” en *Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica y Paolo Zatti* (Milán: Giuffrè, 2001), 531.

(28) Vincenzo Roppo, “Il contratto,” en *Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica y Paolo Zatti*, 535.

(29) Vincenzo Roppo, “Il contratto,” en *Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica y Paolo Zatti*, 541.

(30) Fabio Padovini, “Il recesso,” en *Il Contratto in generale*, a cura di Enrico Gabrielli, *Trattato dei contratti diretto da Pietro Rescigno ed Enrico Gabrielli*, 2ª ed. (Turín: Utet, 2006), 1384-5, refiere a la existencia de tres distintos tipos de desistimiento; a saber: (i) el desistimiento determinativo que refiere a las relaciones de duración; (ii) el desistimiento de impugnación referido a vicios originarios o sobrevenidos; y, (iii) el desistimiento de arrepentimiento de un contrato ya celebrado sustentado en una justa causa.



Héctor Augusto Campos García

a extinguir los vínculos contractuales que pueda haber establecido con terceros.

Así las cosas, no consideramos que el ejercicio del derecho del retiro de la obra del comercio sea reconducible a un escenario de incumplimiento que dé lugar a una obligación resarcitoria, ya que la noción de incumplimiento, entendida como la ausencia (incumplimiento total) o inexacta (incumplimiento parcial) ejecución de la prestación debida⁽³¹⁾, requiere ser un incumplimiento imputable para ser fuente de un resarcimiento, lo cual no sucede en el presente caso.

En segundo lugar, se debe tener en consideración que el fundamento de los *actos lícitos dañosos* se encuentra en la necesidad de balancear dos intereses en conflicto, ninguno de los cuales aparece íntegramente sacrificable respecto del otro⁽³²⁾, en otros términos, es la necesidad de conciliar derechos inconciliables la que justifica la admisión de los actos lícitos dañosos en términos de responsabilidad civil.

En este escenario, es de resaltar que la posición que considera que estamos ante un *acto ilícito* como fuente de la obligación resarcitoria, ha identificado cabalmente cuáles son los derechos en conflicto en la presente hipótesis.

Así se ha indicado que “[E]l derecho de retirar una obra del comercio es un derecho personal del autor. Este derecho

afecta la obligación asumida al ceder el derecho patrimonial de “la reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento” (regulado en el inciso a) del artículo 31 de la Ley)⁽³³⁾ (el énfasis es añadido).

En este sentido, tenemos que detrás de la obligación de resarcimiento se encuentra, a nivel del juicio de resarcibilidad, la contraposición entre el derecho de retiro de la obra del comercio y el derecho de reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento, respecto de la cual el ordenamiento peruano⁽³⁴⁾ ha ponderado los mismos optando por mantener el ejercicio del primero (*acto lícito dañoso*), tutelando a través de un resarcimiento al segundo.

6. A modo de conclusión: reflexión final

El objetivo del presente artículo era brindar una alternativa de interpretación, desde la perspectiva de los *actos lícitos dañosos*, respecto de los casos que fueron analizados por la doctrina partidaria de considerar a la ilicitud como un presupuesto de la tutela resarcitoria.

(31) *Cónfer* Massimo Bianca, *Diritto Civile, V, La responsabilità*, 2ª ed.(Milán: Giuffrè, 2012), 1.

(32) Gioacchino Scaduto y Domenico Rubino, “Illecito (atto) (Diritto moderno),” *Nuovo Digesto italiano*, Mariano D’Amelio (a cura di) con la collaborazione di Antonio Azara (Turín: UTET, 1938), 703-5. Es importante destacar, que los autores concluyen su análisis sobre los *actos lícitos dañosos* precisando, magistralmente, que “Aquí, así como decididamente en otros casos, la norma aparece como juicio de valor y no como regla lógica” (705).

(33) Juan Espinoza, “Sobre los denominados actos ilícitos dañosos”: 122.

(34) Debe señalarse que esta regulación también se encuentra presente en otros ordenamientos, así por ejemplo, en el ordenamiento jurídico italiano el artículo 2582 del *Codice Civile* según el cual, “El autor, siempre que concurren graves razones morales, tiene el derecho de retirar la obra del comercio, salvo el deber de indemnizar a quienes hayan adquirido los derechos de reproducción, difusión, ejecución, representación o puesta en comercio de la obra misma. Este derecho es personal e intransmisible”. Asimismo, en la Ley 633 del 22 abril de 1941, en el artículo 142 se dispone lo siguiente: “El autor, siempre que concurren graves razones morales, tiene el derecho de retirar la obra del comercio, salvo la obligación de indemnizar a aquellos que han adquirido los derechos de reproducción, difusión, ejecución, representación o venta de la obra misma. Este derecho es personal y no es transmisible. Para los efectos del ejercicio de este derecho, el autor debe notificar su entendimiento a las personas a las cuales ha cedido los derechos y a la Presidencia del Consejo de Ministros, la cual da pública noticia del entendimiento mismo en las formas establecidas por el reglamento. Dentro del término de un año contado desde la última fecha de las notificaciones y publicaciones, los interesados pueden recorrer a la Autoridad judicial para oponerse al ejercicio de la pretensión del autor o para obtener la liquidación y el resarcimiento del daño”.

**Breves y ulteriores precisiones respecto de los actos lícitos dañosos
en el ordenamiento jurídico peruano: análisis de algunos supuestos concretos**
*Brief and further details regarding the harmful lawful acts in the
Peruvian legal system: analysis of some specific cases*

Sobre la base de lo expuesto, consideramos haber mostrado que los supuestos planteados pueden prescindir de referencias a la ilicitud; y, aun así, explicar la imposición de una obligación resarcitoria a la luz de la normativa peruana que, insistimos, no contempla a la ilicitud como un elemento condicionante de la responsabilidad civil.

Concluimos la presente exposición expresando nuestra firme convicción respecto a que es viable, y necesario dentro del debate jurídico, formular aproximaciones distintas, e igualmente válidas, para explicar diferentes fenómenos que suceden en la realidad, siempre que se tomen en consideración la efectiva tutela de los intereses de los particulares. 