

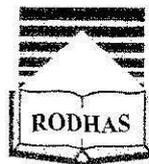
a cura de
Juan Espinoza Espinoza



RESPONSABILIDAD CIVIL

II

Hacia una Unificación de Criterios de Cuantificación de los
Daños en Materia Civil, Penal y Laboral



EDITORIAL RODHAS

NATURALEZA DEL DAÑO MORAL, ¿PUNITIVA O RESARCITORIA?, Y CRITERIOS DE CUANTIFICACIÓN Juan Morales Godo	185
¿ES POSIBLE EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO INMATERIAL? Roxana Jiménez Vargas-Machuca	203
PROPUESTAS EUROPEAS DE RACIONALIZACIÓN DEL RESARCIMIENTO DEL DAÑO NO ECONÓMICO Francesco Donato Busnelli	225
LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO NO PATRIMONIAL POR PARTE DEL JUEZ ITALIANO Alessandro Gnani	239
HACIA UNA PREDICTIBILIDAD DEL RESARCIMIENTO DEL DAÑO A LA PERSONA EN EL SISTEMA JUDICIAL PERUANO Juan Espinoza Espinoza	251
CRITERIOS DE CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA JURÍDICA Max Salazar Gallegos	283
EL PROCESO DE DAÑOS Y EL SEGURO Roberto M. Pagés Lloveras	309
LA POLIZA DE SEGUROS Y LA CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS EN EL PERÚ Jairo Cieza Mora	329
LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROFESIONALES: Lineamientos Generales para su Tratamiento en el Sistema Jurídico Peruano Eric Palacios Martínez	373
EL PERFIL DOGMÁTICO DE LA PÉRDIDA DE LA CHANCE DE LA RESPONSA- BILIDAD CIVIL CONTRACTUAL (A PROPÓSITO DE UNA OPERACIÓN EN BOLSA) Joseph Mejía Guevara	397
LAUDATIO Presentación del Profesor Francesco D. Busnelli con Ocasión de conferírsele la calidad de Profesor Honorario de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima Carlos Fernández Sessarego	429
LECTIO ¿Decadencia del Código Civil o Revisión del Método de Codificación? Francesco Donato Busnelli	437
INDICE GENERAL	449

CRITERIOS DE CUANTIFICACION DEL DAÑO A LA PERSONA JURIDICA

Max Salazar Gallegos()*

1. INTRODUCCION

Las personas jurídicas y los sujetos de derecho no personificados

Cuando nos referimos a los efectos dañinos que ciertos hechos o acciones producen respecto de las personas jurídicas, no podemos obviar ciertos parámetros indispensables en relación al derecho de las personas, cuales son aquellos que comprenden la categoría jurídica de entes colectivos organizados en función a un fin valioso, pero que no necesariamente gozan de dicha imputación jurídica (como personas). En este sentido, hemos entendido al respecto que el derecho organizacional no alude únicamente a una especie, sino que incluye otras categorías no menos importantes, e inclusive anteriores, cual es el caso de los sujetos de derecho no personificados.¹

En efecto, si deseamos referirnos a realidades distintas a la persona natural (incluyendo al concebido que sin ser ésta misma resulta su antecedente inmediato), y verificar los efectos de la aplicación de la ley respecto de las mismas, tendremos que incluir, obligatoriamente, a todos aquellos entes no personificados que, distintos a los ya mencionados, constituyen sujetos de derechos (y deberes).²

En este sentido, comprendemos que pueden producirse e infligirse daños a las personas jurídicas y también a los sujetos de derecho no personificados que actúan válidamente como colectividades al interior de la comunidad, y cuando cualquiera de ellos amerite su vindicación, la justicia deberá proveer la solución al caso.

(*) Abogado. Se ha desempeñado como profesor del curso de Personas Jurídicas en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima y San Ignacio de Loyola.

1 Para una mejor comprensión de este tema sugerimos leer a: Fernández Sessarego, Carlos. *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*. Universidad de Lima. Primera Edición. 1990. páginas 345 a 348.

2 Hemos incluido el paréntesis para facilitar al lector una mejor aproximación conceptual a la figura aludida.

La tarea que enfrentamos entonces, implica esbozar y concebir conceptos que son discutidos actualmente por la doctrina jurídica, y sobre los cuales no existe solución concluyente. No pretendemos aguzar los encuentros de posiciones, como tampoco manifestar la última palabra sobre estos temas, sino facilitar una aproximación real y funcionalista al estudio de fenómenos que afectan a un gran sector de la comunidad.

2. APROXIMACION AL PROBLEMA

2.1 Determinación

El problema que nos atañe es referirnos a la cuantificación de los daños que pueden producirse a una persona jurídica (y como hemos añadido, a las colectividades que actúan como sujetos de derecho no personificados). La problemática radica primero en determinar qué tipo de daños pueden infligirse a una persona jurídica, y luego cuantificar esos daños, de manera tal que podamos aproximarnos al monto indemnizatorio en cada caso.

2.2 Daños Patrimoniales vs. Daños No Patrimoniales

Pacíficamente es admitido referirse al daño patrimonial implicando por este un perjuicio económico para las personas, y en ese sentido, en cuanto económico, inferimos inmediatamente una cuantificación de la riqueza perdida, y por tanto, en determinados casos, justificante de una indemnización, esto es, entonces (i) referirnos a un bien o derecho cuyo valor sea admitido; (ii) este valor sea cuantificable; (iii) el bien se encuentre dentro del comercio lícito; y (iv) que dicho bien se haya visto perdido o menoscabado por efecto de algo o alguien sin el derecho a causar esa pérdida o menoscabo.

Distinto es cuando la doctrina del derecho se ha referido al daño no patrimonial de las personas. Así, su reconocimiento como daños morales propiamente dichos parece claro³ y también su distinción con los daños patrimoniales antes enunciados, al calificarlos como fenómenos diversos, que no pueden ser individualizados por la vía de la simple exclusión.⁴

Espinoza Espinoza, por ejemplo, ha señalado que la lesión al derecho no patrimonial o existencial afecta directamente a la persona jurídica e indirectamente a sus integrantes.⁵

3 Existe una discusión conceptual respecto a qué debe entenderse por daño moral, donde diversos autores han encendido un debate que aún no termina.

4 SCOGNAMIGLIO Renato. El Daño Moral. Primera Edición. Universidad Externado de Colombia Editor. Bogotá. 1962. Páginas 11 - 16.

5 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de las Personas. Editorial Gaceta Jurídica. Cuarta Edición 2004. Lima, Perú. Página 665.

Al encontrarnos frente a una situación en la cual se ha violentado un derecho reconocido, en determinadas circunstancias el efecto generará la obligación de indemnizar o resarcir. Una primera aproximación al daño entonces debe ser entendida no sólo como la pura lesión a un interés protegido, sino que debe incidir en las consecuencias que provoca el hecho, es decir, el detrimento propiamente dicho. Otro acercamiento a la figura puede considerar un daño producido al ente "*per se*", como veremos más adelante.

Coincidimos con Zavala de Gonzales⁶ cuando razona y esgrime que el daño resarcible no es cualquier daño en sentido amplio, pues la resarcibilidad del perjuicio exige que éste se integre con un resultado disvalioso, cuya reparación el derecho procura subsanar o compensar.⁷

Nuestra opinión coincide también con la del legislador en atención a las disposiciones contenidas en nuestro Código Civil.

En efecto, y conforme a las reglas de derecho que justifican la responsabilidad de origen contractual u obligacional, el artículo 1321 cuando señala que:

"queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución.

Si la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída."

Y conforme al artículo 1322 del mismo cuerpo legal: "El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento".

Bajo el mismo Título, la regla contenida en el artículo 1331 dicta que: "La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inexecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso", y el artículo 1332: "Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa".

Del mismo modo, siguiendo al mismo código, pero en materia de res-

6 Resarcimiento de Daños 2ª Ed. Editorial Hammurabi. página 30.

7 Idem. Página 31.

ponsabilidad extracontractual, el artículo 1969 determina que: "Aquél que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor"; además el artículo 1984 determina que: "el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia" y finalmente el artículo 1985 que prescribe: "La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño".

Así, entendemos que el resarcimiento corresponde objetivamente a las consecuencias del evento que daña y es justamente ese efecto el daño indemnizable.

3. DAÑO A LA PERSONA JURIDICA

Estamos de acuerdo en que el daño que se puede infligir a una persona jurídica es principalmente aquel ocasionado a sus bienes propios, es decir, aquellos que forman parte de su patrimonio. Los bienes de una persona jurídica, así entendidos, no se agotan en los materiales, llámese a estos bienes muebles o inmuebles,⁸ como tampoco limitamos las titularidades que sobre los mismos puede sostener,⁹ sino que comprenden también otros denominados intangibles, entre ellos, la propiedad industrial, que en nuestro caso la ley civil subsume entre los bienes muebles. En este sentido, dentro de la ardua problemática de cuantificar daños, hemos destacado líneas antes la necesidad primaria de identificar el tipo de daños que se podrían infligir a estos entes. Uno de los posibles daños a tomar en consideración, conforme se ha reseñado de las normas vigentes en nuestro actual Código Civil es aquel denominado daño moral.

¿Es posible hablar de daño moral infligido a la persona jurídica?

Diversos autores se han pronunciado respecto a la naturaleza de los daños y sus repercusiones en las personas. Scognamiglio, por ejemplo, se pronunció enfáticamente en contra de reconocer daños morales a las personas jurídicas, argumentando una concepción de daño moral circunscrita a la vida afectiva de un sujeto y más puntualmente a su identidad con la personalidad

8 Arts. 885 y 886 de Código Civil peruano, respecto de la clasificación de los bienes en inmuebles y muebles respectivamente.

9 Así: Propiedad, posesión, usufructo, uso, superficie, etc.

psicofísica, de la cual obviamente carecen estos entes.¹⁰ Lo mismo ha hecho Orgaz.¹¹

De otra parte, Brebbia ha opinado a favor de que las personas jurídicas puedan sufrir agravios calificados como daños morales, entre otros, aquellos que corresponden a su nombre y consideración, entendidos estos últimos como bienes de éstas, y que tales lesiones originan daños morales de idénticas características a los que se producen cuando es atacado el patrimonio moral de una persona natural.¹²

Mosset Iturraspe hace una rápida y apretada descripción de cómo es que la doctrina argentina, por ejemplo, se encuentra dividida sobre el particular y agrega que su razón de ser la encontramos en la noción que cada jurista tiene del agravio moral.¹³

Ahora bien, no deben confundirse los daños con los derechos que puede gozar una misma persona. Siguiendo esta última línea de pensamiento, nosotros creemos que la posibilidad de amparar o no un derecho a favor de las personas jurídicas tienen que ver justamente con las nociones y contenidos que cada cual decide entender como involucrados con un derecho o concepto determinado.

Se ha dicho que la sola circunstancia de que una norma se halle enlazada con atributos humanos no es suficiente para excluir su aplicación a las personas jurídicas. Tal cuestión debe decidirse conforme a: (i) el análisis de la regla de derecho afectada; (ii) sus motivos legislativos; y (iii) la función atribuida a la misma. Únicamente cuando la finalidad así comprobada no puede conciliarse con la finalidad de la persona jurídica, ha de estimarse inaplicable la norma. En muchos casos puede resultar procedente adaptando la cualidad humana que constituye el supuesto normativo a la peculiar condición de la persona jurídica, por lo que pueden resultar diferentes en las personas naturales y en las personas jurídicas los supuestos de la norma de que se trata, pero las consecuencias jurídicas son las mismas, es decir que aun cuando adaptemos las cualidades humanas contenidas en la norma a la peculiar condición de la persona jurídica, no alteramos con ello la finalidad de la norma. Esto no es óbice tampoco para que en algunos casos podamos constatar resul-

10 SCOGNAMIGLIO, Renato. El Daño Moral. Universidad Externado de Colombia Publicaciones. Bogotá. 1962. Páginas 81 -83.

11 ORGAZ, A. El Daño Moral.

12 BREBBIA, Roberto H. El Daño Moral. Editorial Bibliográfica Argentina. Páginas 217 - 218.

13 MOSSET ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad por Daños. T. V. El Daño Moral. Rubinzal - Culzoni Editores. Buenos Aires. 1999. Páginas 252 -256.

tados en la práctica que con motivo de la adaptación transgreden la finalidad de la norma.¹⁴

Resumiendo posiciones, las tesis respecto al daño moral en la persona jurídica son básicamente tres (3):

Tesis Positiva:

Las personas jurídicas pueden ser sujeto de daño moral, éste radica en el menoscabo de los derechos, bienes o atribuciones de la personalidad o de intereses extramatrimoniales. Esta postura prescinde de las repercusiones espirituales, y atiende exclusivamente a la naturaleza extramatrimonial de los intereses protegidos.

Tesis Negativa:

El daño moral reside en una alteración del equilibrio espiritual del sujeto afectado, y por tanto no es aplicable a las personas jurídicas. Para esta tesis los daños tienen repercusión patrimonial.

Tesis Intermedia:

Distingue entre personas jurídicas con fines de lucro y aquellas sin fines de lucro, sólo las últimas podrían padecerlo. En las primeras sólo se puede dañar el patrimonio que es el objeto y el destino del fin. En las personas jurídicas sin fines de lucro pueden dañarse la honra y el buen nombre, porque su función y objeto son sin fines de lucro.¹⁵

Ilustremos este paradero con algunos extractos jurisprudenciales:

España:

Conforme a la Resolución judicial de 5 de octubre de 1989 emitida por el Tribunal Constitucional Español.¹⁶ «La persona moral no tiene propiamente honor que deba protegerse por la vía de la Ley 1/82 de 5 de mayo». Sin embargo, en los últimos tiempos, dicho Tribunal Supremo parece haber cambiado de parecer al conceder indemnizaciones bajo la denominación de daños morales a pérdidas patrimoniales de empresas y sociedades mercantiles.

En la Sentencia de Sala 1a. del 20.02.2002, el mismo Tribunal establece una categoría propia de daño moral de las personas jurídicas. Declara así que

14 LYON PUELMA, Alberto. *Personas Jurídicas*. Universidad Católica de Chile. Ediciones. Chile. 1ª Edición. Marzo 2003. Página 49.

15 ZAVALA DE GONZALES, Matilde. *Resarcimiento de Daños. Daños a las Personas*. 2ª Ed. Editorial Hammurabi. Argentina. Primera Reimpresión, Julio, 1997. páginas. 66 en adelante.

16 www.poderjudicial.es

el daño moral en los individuos es angustia, sufrimiento, preocupación que de forma innegable disminuye la situación de utilidad o el nivel de bienestar de las víctimas. En el caso de las personas jurídicas, el daño moral se manifiesta en el prestigio y estima moral (en su deterioro o desmerecimiento) en el concepto público: «el daño moral para la empresa queda acreditado por el impacto de la falsa noticia sobre clientes y proveedores, los cuales inmediatamente manifestaron sorpresa, asombro o preocupación, quedando afectado negativamente el negocio de la compañía, pues algunos exigieron el pago inmediato de los fletes, cancelaron encargos o se abstuvieron de emitir conocimientos aéreos».

Se deja constancia entonces de la inclinación del Tribunal Supremo a reconducir por el ámbito de la indemnización del daño moral el resarcimiento de perjuicios de carácter patrimonial, cuando éstos resultan de difícil prueba, y en particular a conceder indemnizaciones en estas circunstancias a favor de personas jurídicas.

Posteriormente se ha unificado la Jurisprudencia del Tribunal Español en cuanto al debate anterior, y se admite la tutela del honor de las sociedades mercantiles y no simplemente de aquellas personalistas (STS de 21 de mayo de 2001, STS de 9 de octubre de 1997)¹⁷ estableciendo que si bien el derecho al honor tiene en la Constitución un sustrato personalista, como inherente a la dignidad humana (Art. 18 CE), ello no excluye la extensión de su protección y garantía a las personas jurídicas respecto a los ataques injustificados que afectan a su prestigio profesional y social, que conforman integración de su patrimonio moral, con repercusión en el patrimonial, por sus resultados negativos y así puede traducirse en una pérdida de confianza de la clientela, de proveedores y concurrentes comerciales o de rechazo o minoración en el mercado de forma general y todo ello, como consecuencia de que también las personas jurídicas también ostentan derechos de titularidad al honor, con protección constitucional, pues no se puede prescindir totalmente del mismo, en su versión de prestigio y reputación profesional, necesarios para el desarrollo de sus objetivos sociales y cumplimiento de los fines para los que fueron constituidas, con un componente de personas individuales, que siempre resultan identificables y a las que también les afecta en mayor o menor medida, el desprestigio del ente en que están integradas.

Así la jurisprudencia que residenciaba en el artículo 1902 del CC, el ataque al prestigio de las sociedades fue enmendada, como declara la STS de 24

17 www.lexnova.es.

de mayo de 1994 por la Sala, al admitir que los ataques al prestigio profesional cabe encuadrarlos en la defensa de su honor.

Cabe mencionar también como reciente la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Parla de 12 de abril de 2005 por la cual se condenó al Banco Santander Central Hispano por inscribir en la «Central de Información de Riesgos del Banco de España» a una persona jurídica de manera injustificada. Según el juez, el derecho al honor no excluye la extensión de su protección y garantía a las personas jurídicas respecto a los ataques injustificados que afecten a su prestigio profesional y social, por lo que, en consecuencia, cabe estimar la demanda y, por tanto, condenar a la entidad bancaria al abono de una indemnización.¹⁸

Argentina

Zavala de Gonzales hace una interesante recopilación al respecto, dentro de lo que podemos citar la Sentencia de la Sala 4ª del 1.03.89, que señala: "...corresponde resarcir por daño moral a una persona jurídica lesionada en su prestigio (...) son bienes valorables cuya vulneración puede dar lugar a un verdadero daño extramatrimonial ..."; también la Sentencia Sala A, 21.11.86, que indica: "...las personas jurídicas (...) pueden experimentar perjuicios morales compatibles con su naturaleza y pretender la reparación consiguiente del daño moral ..."; la Sentencia Sala 1ª 26.08.69. "Si se daña el honor de las personas jurídicas cabe la reparación consiguiente, tanto en lo material como en lo moral", y la Sentencia Sala 2ª 1979 -C- 589: "El daño moral asume características diferentes entre las personas jurídicas y físicas, ya que ambas lo soportan aunque de distinta manera".¹⁹

Perú

El Tribunal Constitucional, en el Expediente 0905-2001-AATC (Acción de Amparo) publicada en la gaceta oficial el día 12.09.02 ha señalado que:

"... las personas jurídicas pueden ser titulares de algunos derechos fundamentales en ciertas circunstancias, (...) el derecho a la buena reputación, en efecto, es en esencia un derecho que se deriva de la personalidad y, en principio, se trata de un derecho personalísimo ... aunque la buena reputación se refiera en principio a los seres humanos, éste no es un derecho que con carácter exclusivo ellos puedan titularizar, sino también las personas jurídicas de derecho privado, pues, de otro modo, el

¹⁸ Idem.

¹⁹ ZAVALA DE GONZALES, Matilde. Resarcimiento de Daños. Daños a las Personas. 2ª Ed. Editorial Hammurabi. Argentina. Primera Reimpresión, Julio 1997. Páginas. 68 - 70.

desconocimiento hacia estos últimos podría ocasionar que se deje en una situación de indefensión constitucional, ataques contra la "imagen" que tienen frente a los demás o el descrédito ante terceros de toda organización creada por los individuos. ... las personas jurídicas de derecho privado también son titulares del derecho a la buena reputación y, por tanto, pueden promover su protección a través del proceso de amparo."

En ninguno de los ordenamientos someramente examinados existe uniformidad doctrinaria sobre si las personas morales o colectivas jurídicas pueden sufrir daño moral, y obviamente también existen sentencias que contradicen el texto de las reseñadas.

Sin embargo, como también se ha expuesto, es la jurisprudencia de otros ordenamientos, como también ocurre con la jurisprudencia mexicana, la que se ha decantado por considerar que las personas morales sí pueden sufrir daño moral, aunque la concepción de este daño no es igual a la de la persona física. Así, se considera que el daño moral respecto de personas morales tiene que ver más bien con el prestigio y el crédito público de las mismas, lo cual parece correcto, pues más que tratar de subsumir la realidad a un concepto estricto de daño moral, parece que lo deseable es dar cabida a una doble concepción de daño moral que recoja la realidad.

Por otra parte, reconocer expresamente en la ley que una persona jurídica puede adolecer de daño moral, abre la puerta al resarcimiento de dicho daño que, en otro tipo de circunstancias, sería difícilmente reparable. Debe tomarse en consideración que una persona moral, eventualmente depende en gran medida de su prestigio, en el cual, incluso invierte recursos de la más diversa naturaleza, de manera que se expone como legítimo el que pueda perseguir el resarcimiento del daño a dicho prestigio, imagen o crédito. Pensar de otra manera, incluso se opondría a la racionalidad económica, pues se propiciaría el uso de recursos con fines ilícitos y en detrimento de la propia economía.

Por esa razón, hay quien sugiere que se haga una doble distinción del daño moral, uno relativo a las personas físicas y otro correspondiente a las personas morales, para que queden redactados de manera que la concepción corresponda al sujeto al cual se refieren.

No obstante, también se ha dicho que: "La tesis que construye el daño moral con características diferentes entre las personas físicas y en las jurídicas incurre en la incongruencia de elaborar nociones distintas de daño, según sea la clase de sujeto que lo sufre, y presenta el grave vacío de no explicar cuál

sería esa particular manera en que una persona jurídica soporta el agravio espiritual, que es el contenido del daño moral..."²⁰

Nosotros no vislumbramos disparidad, pues no es el contenido del derecho el que se discute, que puede ser amplio, sino la aplicación a distintos seres, y esto último justifica su diferenciación.

4. CUANTIFICACION DEL DAÑO MORAL A LA PERSONA JURIDICA

La cuantía del daño moral es y ha sido desde siempre un problema por abordar. Los límites para ello no aparecen claramente delimitados. En el caso de las personas naturales esto resulta de una máxima clásica ya, y es que no puede ponerse precio al dolor y al sufrimiento. Una condena en ese sentido – aplicando una indemnización – podría “parecer” bastante generosa y aun así ser insuficiente para una víctima. No obstante, tampoco parece acorde a derecho imponer reparaciones infinitas ante determinados daños, v. g., la muerte. De una parte, nuestra sociedad consciente en que ciertas actividades sean desarrolladas imponiendo un costo social que se traduce en un número variable de muertes cada año, a veces altísimo, y no por ello se exigen sumas inalcanzables por ese costo, que por el contrario, resultan paliadas por convenciones privadas y estatales.²¹

Trasladándonos al campo de la persona jurídica y su relación con las pérdidas indicadas, considérese el siguiente caso: Una persona muere en un accidente de tránsito. Tal hecho hace surgir un perdedor poco apreciado por la sociedad: la persona jurídica para la cual esa persona trabajaba. El empleador invierte dinero en la capacitación de sus empleados, y espera que dicha inversión revierta en el tiempo. El capital humano se convierte en un activo de la persona jurídica (visto desde un punto de vista estrictamente económico - productivo). Así, se sabe que algunos tribunales han reconocido en el pasado sumas a favor de los empleadores en dichas circunstancias.²²

El derecho, sin lugar a dudas, presupone o por lo menos se impone como meta la protección de toda la esfera individual de cada sujeto de derecho,

²⁰ Idem, página 80 y ss.

²¹ Considérese a estos efectos el costo en vidas humanas que cada año producen los accidentes de tránsito. No por ello estamos dispuestos a clausurar las pistas y avenidas, como tampoco a dejar de conducir; es más, ni siquiera claudicamos en bajar la velocidad. Por el contrario, contratamos seguros contra tales eventualidades y el Estado los regula, así como regula, para nuestro país, un seguro obligatorio de accidentes de tránsito (SOAT).

²² POSNER A. Richard. El Análisis Económico del Derecho. Primera edición en español, 1998. Fondo de Cultura Económica. México. Páginas 189 – 190.

trátase de una persona natural, concebido, persona jurídica y sujeto de derecho no personificado (si se quiere, organización de personas no inscritas). Cerciórese usted que hemos omitido la palabra “exacta” en nuestra evaluación de la protección jurídica que otorgamos a los sujetos de derecho. Esto ha sido deliberado, y es que no podemos medir con exactitud los límites de ese afán, es por ello que el artículo 3 de la Constitución Política del Perú establece que la enumeración de los derechos fundamentales de la persona no es excluyente de otros derechos de naturaleza análoga, y con razón.

En este sentido, no puede dejar de valorarse en su exacta dimensión los derechos que sin tener carácter de objetivos, materiales o patrimoniales, forman parte de la esfera existencial de la persona jurídica; ¿o es que todos los derechos de ésta última son de índole patrimonial? El hecho de que estos sirvan como instrumento para ciertos fines no desnaturaliza aquellos que tratamos de comprender, aunque su violación no siempre devendrá en una indemnización.

4.1 Derechos No Patrimoniales de las Personas Jurídicas

A la luz de lo expuesto hasta aquí, parece apropiado hacer un deslinde entre la posibilidad del daño no patrimonial a la persona jurídica y los derechos fundamentales de la misma, cuestiones que son distintas.

Por una parte las personas naturales constituyen una unidad psicobiológica, mientras que las organizaciones de personas en torno a un fin constituyen una unidad jurídica, pero calificada y categorizada como sujeto de derechos.

No existe una norma que niegue o recorte el goce de sus derechos, patrimoniales y no patrimoniales, a las personas jurídicas, pero, ¿constituyen en verdad derechos no patrimoniales? Se dice que en las personas naturales estos intereses –no patrimoniales– conciernen a su existencia, pero en las personas jurídicas son meramente instrumentales, es decir, que están al servicio de sus fines, y si alguno de esos fines son extramatrimoniales, sólo pueden ser beneficiarios los seres humanos y no la persona jurídica que los persigue.

4.2 Valoración del daño y el tipo de persona jurídica

En principio, el derecho reconoce dos tipos de personas jurídicas en función a como se encuentra estructurada la relación jurídica entre sus miembros y la persona jurídica, unas veces en propiedad, y otras no (los que no deben ser confundidos a su vez con la tipología de las personas jurídicas, que alude a las formas de organización que éstas pueden adoptar).

En este sentido, nos referimos a ellas como personas jurídicas con fines de lucro y personas jurídicas sin fines de lucro.

En esencia, la distinción así prevista (haciendo hincapié en el fin lucrativo de unas y la ausencia de éste en las otras) es puramente didáctica, pues las personas jurídicas, cualesquiera de ellas, deben lucrar para permanecer en el mercado. No es posible que una persona jurídica pueda afrontar las vicisitudes de su vida práctica, relacionarse con terceros, y trascender en el tiempo sin que genere excedentes con los cuales efectuar sus transacciones y saldar los pasivos que genera. La sanción del mercado para aquella persona jurídica incapaz de lucrar es su quiebra o extinción. Aun en los casos extremos de aquellas personas jurídicas que arrojan únicamente resultados negativos y sigan vigentes, sea porque se traslade patrimonio adicional a sus arcas por medio de donaciones, préstamos u otras modalidades (subvenciones de carácter legal o estatal, según sea el caso) en dichos casos, ya están lucrando por intermedio de terceros y constituyen por sí mismas una anomalía que se sustenta en el patrimonio de terceros, creando una ficción que no resiste un examen de supervivencia individual.

La visión no lucrativa tiene que ver con la manera cómo los miembros de cada persona jurídica se relacionan con ella. En un caso, el miembro pretenderá lucrar, y en otro no. El *animus lucrandi*, entonces, debemos buscarlo no en la persona jurídica, sino en sus miembros, ya que la primera está obligada a generar excedentes para subsistir. El reparto de los mismos, a manera de utilidad, configura otro problema.

Ahora bien, trazadas las cosas de esa manera, podemos considerar que la reparación de daños, y por tanto, el precio involucrado en una indemnización es distinto en uno y otro caso, pues pretende satisfacer necesidades diferentes.

Tratándose de una persona jurídica con fines de lucro, se ha dicho que la actividad desarrollada por ella tiene como fin último satisfacer los apetitos o necesidades patrimoniales de aquellos que la conforman. En primer lugar, la de sus miembros, socios si quieren llamarlos así. Estos últimos buscan, racionalmente, maximizar la eficiencia de la institución, a fin de que sus resultados sean siempre positivos. Los resultados finales se canalizan a favor de estos por medio del reparto de utilidades, y con razón.

Estos resultados no son indiferentes tampoco respecto de los terceros involucrados en la actividad de la persona jurídica descrita. Podemos mencionar de una parte a los empleados, que cobran un precio por su labor; también a los proveedores, que suplen a la persona jurídica de aquellos bienes y servicios considerados necesarios para su desarrollo a cambio de un pago; al Estado, que recauda impuestos a las rentas obtenidas; a las entidades finan-

cieras, que prestan capital de trabajo a cambio de intereses (un proveedor más, en este caso, de capitales), etc.

Determinados daños causados a la persona jurídica, en situaciones extremas podrían llevar al colapso de su desarrollo, causando perjuicio a todos los entes que hemos mencionado, llegando incluso muchos de ellos, a no poder cobrar una deuda válida, vigente y exigible.

De esta forma, los daños causados a las personas jurídicas lucrativas, por ejemplo, se imputan finalmente a los individuos que forman parte de la misma, y aun más, hacia aquellos que se relacionan con ella. Así, los beneficios de la persona jurídica representan finalmente la utilidad de las personas afectadas,²³ esto es, sus socios y aquellos terceros acreedores.

Así, bien se ha dicho que compensar a la organización equivale a compensar a sus propietarios,²⁴ y entendemos también que analizados los supuestos presentados líneas arriba, la compensación afecta una mediana parte del proceso productivo en una sociedad, y no solamente a los titulares. Esta última apreciación merece un análisis particular que necesariamente tenemos que enfrentar con el otro tipo legal aludido para las personas jurídicas (las no lucrativas).

En efecto, y es que en el caso de las personas jurídicas no lucrativas la situación no se presenta bajo las mismas características ya delineadas. Extender el análisis esbozado a organizaciones de este tipo resulta problemático. El efecto sobre el bienestar de los individuos es distinto. Una razón de ello es que en las personas jurídicas sin fines de lucro los miembros no gozan de una titularidad-propiedad, sino que sólo son titulares-miembros, por lo tanto, no existe nexo causal para acreditar utilidades, y por tanto, pérdida patrimonial; en este sentido, podría aducirse que no hay lugar al resarcimiento por daños producidos en la persona jurídica que en última instancia no van a repercutir pecuniariamente en sus miembros.

Sin embargo, éste no es el único punto de vista a tomar en cuenta para reconocer un resarcimiento a favor de las personas jurídicas, por lo que si detuviéramos en este paralelo nuestra visión del problema, ésta concluiría de manera sesgada.

Existen por lo menos dos poderosas razones para desechar el binomio membresía-propiedad como único supuesto razonable para exigir una repa-

23 COOTER y ULEN. Op. cit., página 443.

24 Idem.

ración civil de un grupo organizado y formalmente reconocido, estas son: (i) la responsabilidad limitada y (ii) el objeto social.

La responsabilidad limitada de los miembros es una de ellas. Así, dependiendo del tipo social, las personas jurídicas se subdividen en dos grupos. El primero corresponde a aquellas que gozan de autonomía patrimonial perfecta, y el segundo pertenece a las personas jurídicas con autonomía patrimonial imperfecta. La responsabilidad limitada, está claro, es la que corresponde a los miembros, y no a las personas jurídicas, por cuanto estas últimas responden siempre ilimitadamente respecto de sus deudas con terceros.

Cuando nos referimos a una sociedad colectiva, por ejemplo, los daños causados en la persona jurídica repercuten directamente sobre los socios, quienes son solidaria e ilimitadamente responsables de las deudas pendientes de la sociedad. La subsidiariedad de estos últimos respecto de los pasivos de la primera verifican un daño existencial directo de los miembros que no encontramos en una sociedad anónima (salvo asumamos la falta de utilidad como uno de ellos). Si obviamos la indemnización proporcional a los daños producidos, no sólo podríamos privar a los socios del resultado esperado de las operaciones de la organización, sino que podríamos encausarlos en una posición que amerite un desmedro mayor, en tanto que como consecuencia del daño producido tengan que afrontar obligaciones propias de la persona jurídica.

La relación del socio con la persona jurídica en materia de responsabilidad frente a terceros ayuda a explicar porque las indemnizaciones no sólo deben considerar el binomio membresía – propiedad como determinante de las mismas, sin embargo, no explica de manera integral el porqué.

En este sentido, la segunda razón que debemos considerar para sustentar el resarcimiento por el efecto del daño en la persona jurídica es su objeto social, y que, en última instancia, implica asimismo la razón de su propia existencia.

Un lector perspicaz ya se habrá dado cuenta que parte de la justificación para ello se encuentra aludida en las líneas anteriores, y que a su vez ayuda a comprender porque no sólo los miembros de la organización se entienden afectados y disminuidos por los daños infringidos a la persona jurídica.

Las personas jurídicas, al margen de ser consideradas con o sin fines de lucro, encuentran el apoyo de su existencia en la atribución que realiza la comunidad respecto a su trascendencia. Así, el objeto social de las personas jurídicas debe ser por definición lícito, posible y determinado, en suma, valioso para la sociedad. Si consideramos que efectivamente se trata de un fin

valioso y en virtud del mismo se ha concedido la personalidad, esto quiere decir, en consecuencia, que la persona jurídica cumple un rol social y si ese fin valioso ha sufrido un menoscabo por un ataque a la integridad de la organización social, es decir, un daño, entonces convenimos que esa disminución debe ser resarcida porque nos afecta a todos.

Si bien es cierto el socio comanditario busca en última instancia incrementar su acervo patrimonial, no es menos cierto que la organización social presta un servicio valioso para la comunidad, si bien no a toda ella, sí a una parte de la misma – por lo menos, y en última instancia, a uno o más de los miembros-. Esta función es indiferente y trasciende al tipo de persona jurídica para finalmente considerar el fin como justificación.

Habíamos puesto en consideración el daño producido hacia los socios, los proveedores y el Estado, pero no se ha considerado también un factor fundamental, y es que tanto la competencia como los usuarios o consumidores son afectados indirectamente por el daño producido a la persona jurídica.

El ser humano es un fin en sí mismo, y la categoría de sujeto de derecho le corresponde al mismo, individual o colectivamente considerado, por lo que, el daño al sujeto, al margen del fin, resulta siempre en un daño indemnizable. Es por ello que, como habíamos indicado al inicio de este trabajo, las estructuras no personificadas, pero que reúnen a los seres humanos de manera organizada en torno a un fin valioso, también gozan de estos mismos derechos.

El valor de la persona jurídica en función a sus flujos de caja y el resultado de una violación a sus derechos.

¿Qué sucede cuando una persona jurídica arroja resultados negativos? Supongamos que existiera la obligación de indemnizar en menor proporción, en cuanto la amenaza económica patrimonial es menor, ¿Porqué?; pues al parecer lo contrario alentaría la posibilidad de que cualquiera dañara sin que se imputara perjuicio alguno al que daña; asimismo, por un deber genérico de respeto a los miembros, que son finalmente a quienes se les atribuye la consideración de la ley.

Esta es una cuestión para resolver bastante compleja, y quizás debamos recordar que estimar el valor de la reputación de una persona jurídica en el mercado es una cuestión bastante difícil, normalmente dominio de los economistas y contadores, no de los abogados.²⁵

25 J. THOMAS MC CARTHY. McCarthy's Desk Encyclopedia of Intellectual Property. Second Edition. Pág. 191. The Bureau of National Affairs Inc, Washington D.C, Julio del 2001.

Nuestra posición se ve parcialmente zanjada conforme al numeral xxviii de la enumeración de criterios que efectuamos líneas adelante.

4.3 Las Indemnizaciones y la Predictibilidad

Establecer criterios de cuantificación de los daños a la persona jurídica nos permite tener un nivel de predictibilidad en los juzgamientos que consideramos adecuado para el buen y normal funcionamiento del sistema de justicia y la economía en general.

En particular, esto permite solucionar los obstáculos en que se encontrarían las compañías aseguradoras para cuantificar a su vez sus riesgos, coberturas, y el costo de sus primas. Recuérdese que por mandato legal, en el Perú existen los seguros de carácter obligatorios²⁶ (Art. 1988 Código Civil peruano). Considérese a estos efectos el denominado Seguro Obligatorio por Accidentes de Tránsito; y el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, también obligatorio (Ley 26790 del 17.05.07).

4.4 Determinación de los Criterios de Cuantificación del daño no patrimonial a la persona jurídica

Referimos al concepto de cuantificación de los daños resulta en determinar cuál es el precio asignado por los daños producidos, o el *quantum*. Corresponde a estas determinaciones, otros actos de carácter material –además del desembolso– que son en última medida, cuantificables. Así debemos considerar que la autoridad jurisdiccional llamada a dirimir el conflicto de intereses (juez, árbitro u otro) podrá ordenar la realización de ciertos actos tendientes a remediar la situación de menoscabo producida. Tómese como ejemplos la publicación de una rectificación en diario –medida correctiva impuesta por una autoridad administrativa–, y la entrega material al dañado, de los bienes que facilitaron la producción de los actos dañosos –medida impuesta por un juez penal–.

Así, tenemos por un lado sanciones que se traducen en medidas correctivas, impuestas por una autoridad administrativa en nuestro país, cuya función no es indemnizar sino revertir efectos nocivos de una conducta contraria a derecho. También tenemos sanciones punitivas, impuestas por la autoridad penal, que tienen naturaleza disuasoria, y contamos con reparaciones civiles (indemnizaciones) cuya función es resarcitoria, es decir, satisfactoria (que pueden producirse tanto en el campo civil como en el penal).

²⁶ CC "Art. 1988.- La ley determina el tipo de daño sujeto al régimen de seguro obligatorio, las personas que deben contratar las pólizas y la naturaleza, límites y demás características de tal seguro."

Asimismo, debe verificarse la distinción entre el acto y sus efectos, que serán distintos en uno y otro caso.

Conforme a lo expuesto líneas atrás, la persona jurídica como sujeto de derecho, necesita de todos sus derechos, patrimoniales y no patrimoniales, para funcionar de manera adecuada al interior de la sociedad. La protección jurídica a la misma abarca todas las proyecciones de su esencia. Consentimos que el desmedro objetivo en los vínculos del sujeto como ser coexistencial basta para configurar el daño, y por ende su indemnización, se pruebe o no un menoscabo. El solo hecho de perturbar el equilibrio social da derecho al resarcimiento.

Esta circunstancia se aprecia fácilmente en que la cuantificación de la indemnización, en general, en los diversos ordenamientos jurídicos es resuelta sin razonamientos precisos, con libertad y de manera discrecional por el juez, lo cual ha llevado a que existan indemnizaciones dispares en casos análogos o bien, a encontrar indemnizaciones muy semejantes en casos diversos.

Ahora bien, ello no debe determinar que las sumas deban ser idénticas en casos similares. Coincidimos entonces con quien admite que tratándose de daños que no admiten una valuación exacta y sujetos a las condiciones personales de las víctimas, se indica la imposibilidad de establecer generalizaciones.²⁷

Como se ha visto, las alternativas de solución cursan por diferentes caminos que van desde la formulación de verdaderas tablas de indemnización, a la fijación de límites -máximos y/o mínimos- o bien a la amplia discrecionalidad.

El problema de la fijación de tablas o baremos conforme a los cuales se indemnice a la víctima u ofendidos por daño moral, es que la suma en cuestión puede estar muy por encima o muy por debajo del nivel que sería el aceptable y que ello, al final, implique un trato injusto.

De esta manera, parece que el criterio seguido por el legislador nacional conforme al cual se debe resolver de manera discrecional por el juez, conforme a una serie de parámetros parece deseable, dado que puede ajustar la indemnización a las circunstancias del caso, de manera motivada y fundada.

El problema, en este sistema, más bien, reside en que habría que introducir otros criterios que ayudaran al juez para cuantificar la indemnización.

²⁷ BREBBIA, Roberto. Página 212.

Si bien el principio de igualdad obliga a practicar una evaluación de carácter objetivo que conlleve un resarcimiento uniforme del daño producido, este principio se quiebra en el caso de las personas jurídicas, pues los efectos de los daños a las mismas, en particular a su reputación, son distintos, y se diferencian por numerosas variables que pasaremos a repasar a continuación.

Debe considerarse estos factores o criterios enumerados adelante; no deben ser considerados a efectos de sumarse unos a otros y así cuantificar de manera abusiva, sino para ponderar en su real dimensión el daño producido, acreditar y finalmente fijar una cuantía, obviamente justificando la decisión. En este sentido, estos no son sino elementos para valorar el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral, si cabe la noción en este caso. No se pueden fusionar los montos (condenas por todo concepto), sino que debe disgregarse y fundamentarse.

Centrada por tanto la indemnización, debe atenderse a criterios como los que se exponen y así:

- (i) El arbitrio del juez, que conforme al Código Civil, artículo 1332: "Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa"; Asimismo, el art. 197 del Código Procesal Civil: "Todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la re-solución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión." Y el art. 200 "Si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada".
- (ii) Tipo de persona jurídica. Persona jurídica con fines de lucro y persona jurídica sin fines de lucro, con las distancias y acercamientos ya expuestos en este mismo trabajo.
- (iii) El tipo de derechos que se han vulnerado. En el orden jerárquico de los derechos civiles, los personalísimos ocupan un primer rango, siguen otros derechos personales y finalmente los patrimoniales.
- (iv) Valor de los Títulos de Participación de los miembros de la persona jurídica en el mercado: Refiere al comportamiento de los mismos si es que se cotizan en Bolsa.
- (v) La antigüedad de la persona jurídica como ente productor de bienes y servicios: No debe confundirse ésta con la fecha de constitución. En efecto, si bien podemos contar con un documento de fecha cierta que nos refiera dicho dato, éste no coincide necesariamente, las más de las veces, con la fecha de su ingreso al mercado (cualquiera que éste fuese) o lo que resulta lo mismo, la antigüedad de sus actividades y vinculaciones con

terceros. Esto último podrá probarse con documentos. El dato práctico resulta de mucha utilidad, pues nos refiere de manera unívoca el grado temporal, que manifiesta, en parte, la extensión de su difusión y vida relacional. Ciertamente no será lo mismo considerar la magnitud de daño representado en un ente de escaso ámbito temporal que el de aquel que goce de una larga trayectoria que nos ayudará a mensurar la extensión de su conocimiento por parte de terceros. Resultara apropiado también mensurar aquí si es que el ente ha actuado o no de manera ininterrumpida, o ha cesado temporalmente; si sus actividades son de carácter ocasional o de temporada; entre otras variables.

- (vi) Condiciones económicas de las partes: Una parte de la doctrina analiza este supuesto e indica que éste requeriría cuando menos una mención expresa de la ley, aunque en la práctica se reconoce, ejerce influencia en el ánimo del juez.²⁸ Así, otro sector se muestra totalmente contrario a adoptar este parámetro para cuantificar la indemnización, puesto que entiende que la reparación debe establecerse en base al principio de equivalencia entre daño y su satisfacción.²⁹ Coincidimos en parte, puesto que considerando un efecto punitivo, allí donde se requiera, el efecto disuasorio del mismo -inherente a la pena- debe ser un supuesto enmarcado en las posibilidades económicas reales del autor. Debemos oponernos a condenas irrisorias que vulneran el espíritu de la justicia.
- (vii) Gravedad objetiva de la culpa del agente que comete el agravio: La violación sería más grave en tanto más grave a su vez fuera la culpa. Este criterio debe considerar si la opción legislativa del hecho punible (civil o penalmente) es meramente resarcitoria o apareja una pena, pues en el caso de únicamente tipificarse lo primero, no tendría razón de ser.³⁰ En algunos casos, sin embargo, la gravedad de la falta puede constituir la exacta dimensión del daño causado.³¹
- (viii) El Fondo Empresarial que subyace en la persona jurídica: No es otra cosa que el conjunto de elementos organizados por una o más personas naturales o jurídicas destinado a la producción o comercialización de bienes o a la prestación de servicios (Anteproyecto de Ley Marco del Empresariado - diario "El Peruano" 06.05.99).
- (ix) La personalidad de la víctima: La persona jurídica, como cualquier suje-

28 SCOGNAMIGLIO, Renato. Op. cit. Páginas 88 -89.

29 BREBBIA, Roberto. Página 209.

30 SCOGNAMIGLIO, Renato. Op. cit. Páginas 88 - 89

31 BREBBIA, Roberto. Página 210.

to de derecho, se desenvuelve en un entorno social que grafica su personalidad. En este sentido, su condición social refiere particular importancia. Existen personas jurídicas que proveen bienes y/o servicios a determinados sectores de la sociedad o a todos. La particularidad de las actividades que realiza y los receptores de las mismas fuerzan a considerar la sensibilidad de estos aspectos. Considérese los servicios de un salón de belleza o similar especializado en gentes de alto poder económico. Igualmente, la venta de artículos de joyería muy fina; las actividades confesionales sean o no de una congregación religiosa; los servicios de un restaurante en general –donde el orden y limpieza juegan papeles principales; etc. Esto determina el entorno respecto del cual se desenvuelve el sujeto y la percepción que del mismo tiene el resto de las personas, sean o no consumidores habituales de esos bienes o servicios. Una lesión a la reputación de una iglesia no podrá considerarse en igual magnitud que la producida en contra de una pequeña tienda de abarrotes.

- (x) La personalidad del victimario: Hoy en día los medios de difusión masivos como el internet se encuentran al alcance de cualquier persona, y quienes hacen mayor uso de ellos son los menores de edad. No es extraño que los piratas informáticos sean en su generalidad, adolescentes. Tal cuestión habrá de tomarse en consideración al momento de establecer una sanción y resarcimiento. Lo mismo, en la posibilidad de que el ofensor sea una persona de prestigio, en contraposición de aquel ofensor que no goce de él.³²
- (xi) Tipos de consumidores o usuarios habituales de los bienes y/o servicios que produce la persona jurídica: No todos los consumidores son iguales y no todos consumen lo mismo. Al margen de la ya extendida noción del consumidor razonable o medio, se apareja la de aquellos consumidores especializados y los altamente especializados. En diferentes casos, el consumidor podría evaluar por sí mismo el daño de manera distinta, de tal forma que un consumidor más informado podrá llegar a conclusiones más certeras sobre un mismo hecho, amplificando o disminuyendo los efectos del daño. Incluso propondría la gravitación de la concepción que se tiene actualmente respecto del entorno publicitario en general, donde debemos acotar, se ha puesto de relevancia que el consumidor se ve poderosamente influenciado por ella en determinados grados.
- (xii) Porcentaje de consumidores afectados. Si es que estos pueden o no encontrar un bien sustituto.

- (xiii) Trabajadores a cargo de la persona jurídica: Se trata de un tema social y es que al afectar la unidad de producción pueden afectarse directamente muchas familias.
- (xiv) Objeto social. La actividad que desarrolla: No es lo mismo difamar a una persona jurídica que desarrolla sus actividades únicamente en el rubro de servicios médicos, por ejemplo, que aquella que transfiere bienes en el rubro de ferretería, si bien debemos aceptar que ambas son actividades valiosas.
- (xv) Tiempo del perjuicio causado o antecedentes de su constancia. Observamos de manera distinta el referirnos a un daño de actuación inmediata que a uno de ejecución continuada, sin embargo, insistimos, deben valorarse en última instancia los daños realmente producidos.
- (xvi) Proyección en el mercado. Implica no sólo referirse al mercado local, sino a su mercado real, entendido como toda el área geográfica respecto de la cual actúa, ya sea por sí o mediante terceros, utilizando una variante corporativa (sucursal, agencia, filial, representación u otra) en el primer caso o una solución contractual en el segundo (licencia de uso, franquicia, contratos de colaboración empresarial, etc.). Implica, derivada de esta extensión, evaluar futuras actividades o contratos de ampliación y negociaciones con miras a ampliar esas actividades, como por ejemplo, una oferta para franquiciar.
- (xvii) Patrimonio (Capital de Riesgo y proyecciones futuras de inversión). En el caso de personas jurídicas, siempre es cuestionable fijarse únicamente en el capital, dado que en las personas jurídicas con fines de lucro éste es fijo, mientras que en las personas jurídicas sin fines de lucro es variable.
- (xviii) Alcance de la lesión de su prestigio, o lo que en materia de daño a la persona natural se traduciría en la gravedad –objetiva- del dolor padecido: La estimación debe ser acotada ponderando los datos que aporte el actor, siempre que no sean contradichos objetivamente. Este supuesto no debe considerarse de manera aislada, sino en conjunto con los demás expuestos. Así, la extensión territorial de las actividades de la persona jurídica y de su prestigio (goodwill) y el de sus signos distintivos resultan preponderantes; para ello, una persona jurídica es visualizada por lo que sus signos distintivos (marcas, lemas y logos) representan.³³
- (xix) Beneficios que haya obtenido el causante, la indemnización que corresponda a la persona jurídica víctima del daño no debe ser menor a dichos

32 BREBBIA, Roberto. Página. 210.

33 GHERSI, Carlos Alberto. Página 265.

beneficios, por lo que, de opinarse lo contrario, equivaldría a incentivar al causante para que incurra en las conductas dañosas en cuestión, sabiendo que la indemnización probablemente sea menor a los beneficios obtenidos.

- (xx) Extensión de la difusión del daño: Se considerará la extensión misma de la difusión –ámbito territorial–; el lugar o lugares desde donde se realizó; los medios que se emplearon para hacerlo –radio, televisión abierta o cerrada, internet, prensa escrita, volantes, etc.³⁴ Resulta meridianamente claro que no será lo mismo utilizar un solo medio de difusión, y dependerá de cuál, merced a su uso más restringido o masivo, para calificar.
- (xxi) El valor de los signos distintivos de la persona jurídica: Los signos distintivos son identificados normalmente con el productor o distribuidor de los mismos, esto es la persona jurídica que los comercializa. El valor deberá ser determinado por su clasificación contable, pero se admiten otros medios de valorización como son: a) el enfoque de costos; b) el enfoque de ingresos y; c) el enfoque de mercado.
- (xxii) Gastos en publicidad de la persona jurídica (promoviéndose a sí misma, sus productos y/o servicios y sus signos distintivos): Adicionalmente, la duración, amplitud y extensión de aquella. La publicidad constituye la forma como una persona jurídica se presenta o pretende presentarse a sí misma ante la opinión pública. Esta intenta delimitar la concepción que los demás tienen sobre aquella, y sobre todo, confianza. Cuando una persona jurídica inspira esa confianza, se posiciona de manera más ventajosa frente a su clientela. La confianza en este sentido, es generadora de valor.³⁵
- (xxiii) Proveedores de la persona jurídica, en cantidad y calidad de los mismos.
- (xxiv) La competencia. Como resultado del daño producido existe una probabilidad de que se afecte la competencia del sector al cual se avoque la persona jurídica. a) Por la reducción del segmento de mercado, si es que la persona jurídica cubría un amplio sector del mismo y se ve imposibilitada, producto del daño, temporal o permanentemente, a cubrirlo - esto también afecta a los consumidores- b) Por la falta de bienes sustitutos; c) Por la generación de un monopolio (producto de la desaparición) o la

34 BREBBIA, Roberto. Op. cit. Página 207. Si bien es cierto el autor no hace alusión directa a la persona jurídica en dicho paradero, no resulta por ello menos aplicable para los fines propuestos.

35 GHERSI, Carlos Alberto. Teoría General de la Reparación de Daños. Astrea Editores. Argentina. Tercera Edición 2003. Página 267.

- mayor ventaja o posibilidad de generar conductas anticompetitivas en los agentes restantes del segmento; d) La desaparición completa del sector.
- (xxv) Si la persona jurídica forma o no parte de un grupo económico: (Nosotros daríamos una mirada por ejemplo al Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupo Económico aprobado por Resolución de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores – CONASEV, N° 722-97-EF/94.10; y la Resolución de la Superintendencia de Banca y Seguros - SBS N° 001-98; Disposiciones Reglamentarias o aquellas normas que las sustituyan). En parte, debe considerarse como un supuesto de su entorno social, no solamente admitido por los usuarios (efectivos y potenciales) de los bienes y/o servicios que produce la persona jurídica, sino que también se encuentra compuesto por aquellas personas jurídicas con las que guarda estrecha relación, como parte de un grupo. Ahora bien, formar parte de un grupo económico nos lleva a la ineludible tarea de definir qué es lo que entendemos por grupo económico,³⁶ es decir, un conjunto de personas jurídicas sometidas a una misma dirección económica, definida por una relación de dependencia de una o varias de estas personas (dependientes) con respecto a otra (dominante). El efecto concreto a tomar en cuenta resulta por demás preciso cuando el ente afectado resulta ser una sucursal,³⁷ sin autonomía jurídica de la principal. No por ello, sin embargo, se dejará de calificar la figura, en casos en que esta última relación no se verifique, pues el ensanchamiento o estrechez de la relación sólo servirá para ponderar en menor o mayor grado el mal producido. El grupo económico así concebido, actúa como una unidad y también se manifiesta así hacia el exterior –objetivamente–, por lo cual las repercusiones de los actos lesivos en contra de alguna de las realidades que conforman el grupo alcanzan, en menor o mayor medida, a todos sus componentes.
- (xxvi) Si la persona jurídica forma a su vez parte o no de otra persona jurídica, en calidad de miembro o propietario y el fin de esa persona: Relacionado con el supuesto anterior, en algunos casos, la persona afectada puede

36 GHERSI, Carlos Alberto. Teoría General de la Reparación de Daños. Astrea Editores. Argentina. Tercera Edición, 2003. Páginas 262 – 263.

37 CABANELLAS, G. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. T. VII; 15ª Edición. Edit. Heliasta SRL. Argentina. 1981. pág. 559; Sucursal: "Establecimiento mercantil o industrial que depende de otro, llamada central o principal, cuyo nombre reproduce, ya esté situado en distinta población o barrio distinto de una ciudad importante. Las sucursales mantienen la unidad de firma social, no poseen capital propio ni responsabilidad separada, aunque pueden gozar de relativa independencia dentro de la estructura interna de la institución."

ver menguada su actividad al interior de otra persona jurídica, en particular, aquellas en las que el fin no sea lucrativo. También, y en el mismo supuesto, debemos tomar en cuenta si la persona jurídica forma parte de una asociación gremial de personas jurídicas (en nuestro país, por ejemplo, la Sociedad Nacional de Industrias, etc., que son lo que en doctrina corporativa se conoce como asociaciones de segundo y tercer grado).

(xxvii) Flujos de caja actuales y flujos esperados: Que incluye el cambio de precios y tecnología en el mercado. Amparados en pericias contables (artículo 192 del Código Procesal Civil) y documentos.

(xxviii) Flujo de caja negativo y su impacto en el resarcimiento. Ya hemos expuesto líneas antes la dificultad de cuantificar un daño patrimonial que no es tal, al asumir como premisa que el sujeto de derecho se encuentra, por ejemplo, en estado de insolvencia, cesación de pagos, quiebra, etapa final de una liquidación. Sólo se dará lugar al resarcimiento si la opción legislativa es considerar la lesión *per se* como dañosa y aislarla de sus efectos.

(xxix) Tasa de crecimiento del mercado objetivo de la persona jurídica.

(xxx) Intereses legales: El tiempo es un componente de la justicia. Parece por demás justo y presumible que desde el momento en que se produjo el hecho dañoso se verifique la aplicación de intereses (moratorios), como corresponde a cualquier deuda de carácter pecuniario, que es finalmente la traducción legal de la reparación (*in solidum*).³⁸

Esta es una enumeración de lo que consideramos y se ha considerado más importante a tomar en cuenta para cuantificar los daños producidos en las personas jurídicas y como no, en los sujetos de derecho no personificados. Finalmente, será el juez quien en su caso, y como refiere el primer supuesto, el que tomará la decisión más adecuada para el caso concreto.

Ahora bien, algunos de estos referentes o criterios a tomar en cuenta para establecer el *quantum*, en el caso de las personas jurídicas tienen un referente normativo, que bien puede aplicarse en los casos en que consideremos que el daño sea del tipo patrimonial o no. Este referente está fijado en función

38 CC: "art. 1324.- Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. (...)"; "art. 1985.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño".

a criterios establecidos para la legislación correspondiente al derecho de la competencia y en particular al de la propiedad intelectual, que está íntimamente relacionada con aquellos derechos de índole personal o fundamental que tienen que ver con la valoración existencial –prestigio– de la persona jurídica, que en gran medida han venido a abrir el debate sobre estos, si estos entes gozan o no, por ejemplo, de un derecho al honor, imagen, entre otros.

Así, el art. 228 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones considera que para determinar por ejemplo la notoriedad de un signo distintivo³⁹ (marcas –de servicios y productos– marcas colectivas, marcas de certificación, rótulos o enseñas, indicaciones geográficas, nombres comerciales, lema comercial, logotipos, etc.) se tienen que analizar los siguientes factores:

- a) Grado de conocimiento dentro de los miembros del sector pertinente en el cual se realiza su uso.
- b) Duración, amplitud y extensión geográfica de su utilización.
- c) Duración, amplitud y extensión geográfica de su promoción, que incluye publicidad y presentación en ferias u otro similar.
- d) Valor de la inversión efectuada para su promoción.
- e) Cifras de venta de la persona jurídica propietaria del signo.
- f) Grado de distintividad inherente o adquirida por el signo.
- g) Valor contable del signo como activo de la persona jurídica.
- h) Volumen de pedidos de personas interesadas en obtener una franquicia o licencia del signo en un territorio.
- i) Existencia de actividades significativas de fabricación, compras o almacenamiento por parte del titular del signo respecto del territorio en el que se busca la protección.
- j) Aspectos de comercio internacional.
- k) Existencia o antigüedad de cualquier registro o solicitud del signo.

El artículo 241 de la misma norma identifica las medidas que el denunciante puede solicitar respecto a la violación de cualquier derecho sobre la propiedad industrial, a saber:

1. Cese de actos infractores.
2. Indemnización por daños y perjuicios.
3. Retiro del comercio de los productos resultantes de la infracción.

39 Se entiende como notorio aquel signo distintivo que es reconocido como tal por un país, de tal forma que se presume ampliamente conocido por el público consumidor.

4. Prohibición de importación o exportación de los productos antes señalados.
5. Adjudicación en propiedad de dichos productos.
6. Adopción de medidas necesarias para evitar la continuación y repetición del hecho lesivo, que incluyen: destrucción de productos; cierre temporal o definitivo del local del denunciado y publicación de la sentencia condenatoria a costa del infractor.

Para calcular la indemnización a la que nos hemos referido en el numeral 2 antes expuesto, el artículo 243 de la norma comunitaria propone los siguientes criterios:

- a) Daño emergente y lucro cesante, sufrido por el titular.
- b) Monto de los beneficios obtenidos por el infractor como resultado de la infracción.
- c) Precio que el infractor habría pagado por concepto de licencia sobre el signo infringido, esto, teniendo en cuenta el valor comercial del derecho infringido y el costo de las licencias que ya se hubieran otorgado.

Debe tomarse en cuenta al momento de considerar la cuantía de la indemnización, que en sede penal, por aplicación estricta del Código Penal vigente, se imponen medidas de entrega de bienes sin que ellas tengan carácter indemnizatorio, así, los arts. 221 y 224 del Código Penal vigente respecto a delitos contra la propiedad intelectual, prescriben que ejemplares de procedencia ilícita pueden ser entregados al titular del derecho vulnerado, y que dicha entrega no tendrá carácter indemnizatorio.

5. CONCLUSIONES:

Los daños pueden ser infligidos a personas jurídicas y a sujetos de derecho no personificados, por lo que ambos tienen derecho a efectuar los reclamos correspondientes ante la autoridad pertinente.

No existe un solo criterio de cuantificación, sino varios, y estos deben tomarse en consideración de acuerdo al caso justiciable.

La persona jurídica puede ser pasiva del denominado daño moral, en la medida que estimemos una noción amplia de dicho instituto legal y veamos en la consecuencia del daño, una desvaloración patrimonial.

Los criterios de cuantificación no deben ser sumados de manera abusiva, sino considerarse en conjunto.

Sentencias condenatorias por sumas irrisorias no hacen sino mancillar la esencia del derecho como elemento al servicio de la sociedad y corromper la integridad de las personas y su valía.