



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA TERCERA SALA CIVIL

Expediente N° 4260-2017-0-1801-JR-CI-11

Demandante : Márquez Guevara, Roberto
Demandados: Procurador del Ministerio de Defensa
Ejército del Perú a través de su Procurador Público
Materia : Indemnización

RESOLUCIÓN N° 08

Lima, veintitrés de agosto
del año dos mil veintiuno. -

VISTOS; Con el expediente principal que se tiene a la vista e interviniendo como ponente la señora juez superior *Romero Zumaeta*, con la votación de acuerdo a ley, se emite la siguiente resolución.

MATERIA DEL RECURSO:

Es materia de grado, la sentencia emitida por resolución número treinta y seis, de fecha dos de junio de dos mil veintiuno¹, que declaró fundada en parte la demanda, en consecuencia, ordena que el demandado Ministerio de Defensa pague a favor del demandante la suma total de S/. 40,000.00 (cuarenta mil y 00/100 soles) como indemnización por daños y perjuicios, más intereses legales, infundada la demanda respecto al Ejército del Perú; sin costas ni costos.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS DE APELACIONES:

1.- Por la parte actora Roberto Márquez Guevara:

El actor por escrito de apelación de fecha quince de junio de dos mil veintiuno², cuestiona la sentencia apelada, solo en los extremos del monto otorgado por la suma de S/.40,000.00 soles por indemnización por daños y perjuicios, y la declaración de infundada la demanda con respecto al Ejército del Perú, argumentando que:

1.1.-) Sostiene que el juez ha incurrido en error al

¹ Páginas 1077/1104

² Páginas 1109/1136.



considerar sólo al Ministerio de Defensa como responsable para el pago por la indemnización demandada, fijándola solo en la suma de 40,000.00, cuando el daño causado es por ambos demandados, y la indemnización debe ser mayor, el Ejército del Perú tiene responsabilidad al no permitir que el actor participe en los procesos de ascensos de los años 2014 y 2015, pese a estar declarado apto, el Ejército lo declaró inapto; asimismo, la Resolución Ministerial N° 2067-DE/SG-CGE/NONS. INV de 19 de diciembre de 2002, que motivó su cese, fue impugnada y declarada nula judicialmente, sin embargo, pese a estar debidamente acreditado la acción ilegal del Ejército del Perú, el juez sin evaluar objetivamente los hechos demandados e incumpliendo su función, emite sentencia declarando infundada la demanda con respecto al Ejército del Perú, cuando este es el organismo ejecutor del Ministerio de Defensa,

1.2.-) El juzgador no ha tomado en consideración los montos solicitados por daño moral y daño económico, pese a que reconoce las acciones ilegales cometidas por el Ministerio de Defensa y el Ejército del Perú, como demandados; sin embargo, pese a lo señalado en la demanda y en los considerandos segundo y tercero, el A-quo haciendo apreciaciones subjetivas, como las señaladas en los considerandos séptimos, décimo, décimo primero, décimo segundo, décimo cuarto y décimo séptimo, de la sentencia apelada, acreditan una vez más que el Juez no ha evaluado objetivamente los hechos demandados que acreditan fehacientemente el grave daño ocasionado al actor.

2.- De la demandada Ministerio de Defensa:

La emplazada Ministerio del Interior por escrito de apelación de fecha diecisiete de junio de dos mil veintiuno³, cuestiona la sentencia apelada en el extremo que declara fundada la demanda con respecto al precitado emplazado, y ordena que pague a favor del demandante la suma de S/.40,000.00 soles por indemnización por daños y perjuicios, más intereses legales, argumentando que:

2.1.-) No se ha desarrollado el análisis en cada uno de los elementos de responsabilidad civil para establecer el monto para aplicar la indemnización por lucro cesante, pues, respecto al elemento de la antijuricidad, si bien es cierto que mediante Resolución Ministerial N° 2067-DE/SG-CGE/NONS. INV del 19 de diciembre de 2002, que motivó su cese, ello fue superado al ser reincorporado, recuperando sus derechos y atribuciones militares; sobre el daño resulta incorrecto en efectuar un indebido cálculo en base a expectativas de remuneraciones que hubiera percibido con los rangos superiores de oficial que hubiera alcanzado;

³ Páginas 1140/1144



sobre la relación de causalidad, si la causa podría haberse generado a consecuencia de la aludida Resolución Ministerial, esta fue dictada bajo el criterio discrecional que autorizaba la norma en aquel momento de su expedición. Y por último, sobre el factor atribución, que la dación de la Resolución Ministerial, que causó su pase al retiro, fue dictado tomando en cuenta las facultades legales discrecionales de la institución, conforme a la norma vigente en aquel momento de su expedición.

2.2.-) Tampoco se ha desarrollado el análisis en cada uno de los elementos de responsabilidad civil para establecer el monto para aplicar la indemnización por daño moral, sobre el elemento de antijuridicidad, la Resolución Ministerial, que motivó el cese solo sirve como referencia objetiva para el presente caso; sobre el nexo de causalidad, no habría sufrido el actor daño, por cuanto continuó recibiendo pensión de cesante con el mismo sueldo. sobre el daño, al haber presentado un informe psicológico, eso resulta ser relativo en su momento, mas no en forma permanente, y que restituido en su carrera militar.

ANTECEDENTES:

1.- Demanda

Por escrito de fecha trece de enero de dos mil diecisiete⁴, subsanada por escrito del ocho de marzo de dos mil diecisiete⁵, Roberto Márquez Guevara interpone demanda de indemnización por daños y perjuicios contra el Ministerio de Defensa, solicitando el pago de una indemnización ascendente a S/. 3'000,000.00 soles (tres millones y 00/100 soles), como daño económico, de los cuales S/. 1'536,337.20 (un millón quinientos treinta y seis mil trescientos treinta y siete con 20/100 soles) corresponde al daño moral, más el pago de costas y costos del proceso.

Fundamentos fácticos de la demanda.

Refiere que el Ejército Peruano a través del Ministerio de Defensa, inicia la violación del derecho fundamental al debido proceso, en circunstancias que el demandante desarrollaba en forma correcta su carrera militar desde su ingreso a la Institución, cumpliendo a cabalidad sus funciones que le encomendó el Ejército y que fue motivo para ser felicitado en diversas oportunidades; sin embargo, sin que medie causal alguna, mediante **Resolución Ministerial N° 2067-DE/SG-CGE/NONS. INV del 19 de diciembre de 2002**, fue pasado en una primera oportunidad al retiro por renovación cuando se encontraba en su tercer año de teniente coronel, vulnerando el principio de legalidad y debido procedimiento contemplado en el artículo 139 inciso 3° de la Constitución Política del Estado y artículo IV inciso 1.1 y 1.2 de la Ley N°27444.

Ante dicha acción ilegal con fecha 17 de marzo de 2004 interpuso demanda contenciosa administrativa de nulidad de Resolución Administrativa en

⁴ Páginas 87/116

⁵ Páginas 128/135



contra del Ministerio de Defensa, en cuyo proceso, mediante Resolución N° 14 de fecha 13 de octubre de 2006, declaró fundada en parte la demanda y declaró nula la Resolución Ministerial N° 2067-DE/S G-CGE/CONST IN de 19 de diciembre de 2002, y ordena se le incorpore a la situación de actividad en el grado que le corresponde, con el reconocimiento de todos los beneficios que le hubieren correspondido, y en cuando al reconocimiento del tiempo de servicios no laborados, considerando que el accionante no laboró por causas ajenas a su voluntad, será computados únicamente para efectos pensionarios; apelada dicha Resolución, la Segunda Sala Contencioso Administrativo por Resolución N° 22 del 10 de noviembre de 2011, confirma la sentencia apelada, interponiéndose recurso de Casación ante la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, que declaró infundado.

Mediante medida cautelar el Octavo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima, expide la resolución N° 02 del 06 de agosto de 2012, tras diez (10) años y siete (07) meses de batallar, ordenando al Ejército reincorporar provisionalmente en el grado de teniente coronel, con el reconocimiento de los beneficios sociales y derechos correspondiente, la misma que se concretizó con la Resolución Ministerial N° 765-2013-DE/EP del 04 de setiembre de 2013.

Posteriormente el Ministerio de Defensa mediante Resolución Ministerial N° 618-2015-DE/EP del 13 de julio de 2015, resolvió reincorporar en forma definitiva a la situación militar de actividad al Teniente Coronel Ejército Peruano Roberto Márquez Guevara, por mandato judicial, con el reconocimiento de los derechos prerrogativas y honores correspondientes a su grado, así como el tiempo que estuvo fuera de la institución para efectos pensionarios y antigüedad en el grado, mas no para efectos remunerativos.

Asimismo, en el año 2015 luego de haber sido declarado por segunda vez candidato apto mediante la RCPE N° 0013-EP S-1.A/1.5 de fecha 15 de enero de 2015 para el proceso de ascensos 2015, promoción 2016, fue nuevamente declarado inapto para el proceso de ascensos 2015 mediante Resolución del COPERE N° 1248 del 17 de junio de 2015, contraviniendo expresamente lo señalado en la Ley N° 29108 "Ley de Ascensos de Oficiales de las fuerzas Armadas", modificado por la Ley N° 29404, por cuyo motivo con fecha 15 de julio de 2015, el demandante interpuso recurso de reconsideración y recurso de apelación, que el Ejército declaró infundada, dándose por agotada la vía administrativa.

Por Resolución Ministerial N° 766-2015-DE-EP de fecha 28 de agosto de 2015 se dispone pasar a la situación de retiro al demandante por la causal de "límite de edad en el grado", resolución que viola flagrantemente el principio de legalidad y debido proceso contemplado en el Artículo 139 inciso 3) de la Constitución Política del Estado y artículo IV incisos 1.1 y 1.2 de la Ley N° 27444, Ley de Procedimientos Administrativo General, normas constitucionales y legales de cumplimiento obligatorio de los funcionarios del Estado, causándole un grave daño económico y moral que es materia de la presente demanda.

En relación al daño emergente, señala que al haber sido súbitamente despojado de su trabajo que venía desempeñando el año 2002, cuando contaba recién tres años en el grado de teniente coronel y fue pasado a la situación de retiro por renovación, permaneciendo en dicha situación por espacio de diez (10) años y 08 (ocho) meses, generando un grave daño psicológico, conforme se establece en el Informe Psicológico de fecha 21 de



febrero de 2005; asimismo, haber sido declarado inapto para los ascensos sin causal legal válida alguna con lo que se le privó ascender al grado inmediato superior de coronel y por último el pase a la situación de retiro por la causal de límite de edad en el grado, frustrando con ello su carrera desarrollada en forma sobresaliente en la Institución Castrense, causándole desprestigio personal con la consiguiente frustración laboral económica y afectando a su salud y de sus familiares.

En cuanto al lucro cesante, la privación de su trabajo ha generado el deterioro de su salud, lo que le impide desarrollar sus actividades como lo hacía anteriormente, afectando en su economía por el estado de salud que hoy se encuentra, imposibilitado de poder acceder a otro puesto de trabajo, como se demuestra en el Informe Psicológico de fecha 21 de febrero de 2005 que se adjunta como prueba a su demanda.

Por daño moral, indica, que ha generado el demandado un grave perjuicio en su carrera militar, primero por haber sido pasado al retiro por renovación sin fundamento legal alguno, ocasionando que permanezca fuera de la institución militar por el espacio de más de diez años y ocho meses y luego de haber logrado su reingreso, nuevamente fue declarado Inapto para postular al proceso de ascenso y acceder al grado inmediato superior por causales inexistentes, pese a tener los requisitos necesarios, con la agravante de haber sido pasado a la situación de retiro mediante la Resolución Ministerial N° 766-2015-DE-EP del 28 de agosto de 2015, contraviniendo normas de obligatorio cumplimiento, dañando su bien ganado prestigio en la Institución castrense y en la sociedad, y peón aun el desprestigio personal con la consiguiente frustración laboral y económica, causándole dolor, afectación y sufrimiento.

Precisa como daños económicos.

A.- Por sueldos dejados de percibir desde su retiro la primera vez en enero de 2003 hasta su retiro por segunda vez en agosto 2015, por los grados de coronel, Gral. de Brigada, Gral. División, por la suma total de S/. 263,401.60.

B.- Por combustible dejado de percibir desde su retiro en enero 2003 hasta su pase al retiro por segunda vez en agosto 2015, por los grados de coronel, Gral. de Brigada, Gral. División, por la suma total de S/. 356,025.08

C.- Por los sueldos de los empleados civiles asignados a un coronel, general de brigada y general de división, dejados de percibir desde su retiro en enero 2003 hasta su pase al retiro por segunda vez en agosto 2015, esto es, por chofer, mayordomo y cocinero, por la suma total de S/ 231,360.00.

D.- Por escolaridad dejado de percibir desde enero 2003 hasta agosto 2015: Del chofer, mayordomo y cocinero por la suma total de S/. 9,600.00

E.- Por aguinaldo dejado de percibir desde enero 2003 hasta agosto 2015: Del chofer, mayordomo y cocinero por la suma total de S/, 10,500,00.

F.-Por cumplir 35 años de servicios el 31 diciembre de 2007.

Tres sueldos grado de coronel = S/ 2,050.00 x 3 sueldos = S/. 6,150.00

G.- Por falta de pago de viáticos por cambio de colocación por la suma total de S/. 42,000.00

H.- Por pago faltante mensual de la bonificación por desempeño efectivo de cargo de responsabilidad desde enero 2014 a agosto de 2015, por la suma total de S/. 39,000.00.

I.- Por pago de CTS faltante por cancelar sería de S/. 113,525.50

J.- Por asignación de vehículo al ascender al grado de Gral. de Div. el año 2012, siendo la suma total de S/. 99,000.00.



K.- Por designación en Misión Diplomática, siendo la suma total de S/. 297,000.00.

El resumen del daño económico por falta de pago es el siguiente:

	Concepto	S/.
A	Por sueldo	263,401.60
B	Por combustible	356,025.08
C	Por sueldos empleados civiles asignados	231,360.00
D	Por escolaridad de los empleados asignados	5,700.00
E	Por aguinaldo de los empleados asignados	10,500.00
F	Por cumplir 35 años de servicios	6,150.00
G	Por viáticos no pagados	42,000.00
H	Por bonificación al cargo por alta responsabilidad	39,000.00
I	Por CTS	113,525.00
J	Por el valor del vehículo asignado a un Gral. de Div.	99,000.00
K	Por designación en Misión Diplomática	297,000.00
	total general:	1'463.662.18

Además, del daño económico, indica el perjuicio es moral lo que no es evaluable, pero, para los efectos de la presente demanda, se debe manifestar que éste se valoriza por la diferencia de lo que falta para llegar a lo demandado, sobre la base del perjuicio moral, a su salud, estabilidad emocional, frustración por toda una carrera profesional perdida, crisis familiar, pobreza, vergüenza en la familia y amistades, todo el sufrimiento de años por la injusticia realizada contra su persona, y el monto del daño moral en la suma de **S/. 1'536,337.82** (Un millón quinientos treinta y seis mil trescientos treinta y siete con 82 soles).

2.- Contestación de la demanda del demandado Ministerio de Defensa⁶.

El Procurador Público del Ministerio de Defensa, por escrito del 26 de octubre de 2017, cumple con absolver el traslado conferido, para que en su oportunidad se declare improcedente y/o infundada, de acuerdo a los siguientes argumentos:

2.1.- *La Resolución Ministerial N°2067 DE/SG-CGE/CONS.IN V de fecha 19 de diciembre de 2002*, fue declarada nula mediante el proceso contencioso administrativo, siendo que el Ministerio de Defensa y el Ejército del Perú dieron cumplimiento a la sentencia emitiendo la Resolución Ministerial N° 618-2015-DE/EP de fecha 13 de julio de 2015, la cual reincorporó de forma definitiva a la situación militar de actividad al demandante, así como el reconocimiento de los derechos prerrogativas y honores correspondientes a su grado y el reconocimiento de todos los beneficios que la hubieran correspondido e improcedente el pago de remuneraciones.

2.2.- Su representada en dicho proceso judicial sólo emitió el acto *administrativo que le correspondía, esto es, declarar nula la Resolución Ministerial N° 2067 DE/SG-CGE/CONS.INV de fecha 19 de diciembre de*

⁶ Páginas 306-311



2002, pero lo correspondiente al pago de los beneficios que le pudieran corresponder al demandante como la reincorporación, corresponde estrictamente realizar al Ejército del Perú y no a su representada, al ser el accionante miembro de dicha entidad castrense.

2.3.- Además, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 70° del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Defensa, el Ejército del Perú es comandado por el Comandante General del Ejército y se rige por el Decreto Legislativo N° 1137 Ley de Organización y Funciones del Ejército del Perú, siendo así una entidad distinta al Ministerio de Defensa, el mismo que maneja su propio presupuesto y cuenta con su propia Procuraduría Pública que vela por sus intereses jurídicos y legales, no siendo la indicada la Procuraduría del Ministerio de defensa.

2.4.- Es más, de acuerdo al artículo 14° de la Ley N° 296 05 señala que, el Ejército del Perú ejecuta sus propios recursos presupuestales, por lo tanto, en el supuesto negado que en sentencia firme se ordene cumplir con el pago de la indemnización solicitada, este monto saldrá del presupuesto del Ejército del Perú y no del presupuesto del Ministerio de Defensa, quien no tendrá ninguna obligación de cumplirla porque no está legitimado para hacerlo. Por lo que, no corresponde a su representada se le incluya en el presente proceso, declarándose improcedente la demanda a este extremo.

2.5.- Respecto de la pretensión por la supuesta indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el Ministerio de Defensa y el Ejército del Perú, por haberse emitido la Resolución Ministerial N° 2067 DE/SG-CGE/CONS.INV de fecha 19 de diciembre de 2002, pasa a situación de retiro por renovación, no existe ningún daño ni perjuicio que debe ser saneado por su representada, al haberse emitido dicha Resolución Administrativa, considerando que en el presente caso no se da el nexo causal o relación de causalidad entre la acción y el daño, por cuanto la emisión de dicho acto administrativo fue cuestionado y declarado nulo y el daño reparado, por lo que solicitarlo por esta vía, no corresponde al existir una duplicidad en la pretensión; y la Resolución Ministerial N° 766-2015-DE/EP de fecha 28 de agosto de 2015, la cual pasa a situación de retiro al demandante por límite de edad, no existe daño, debido a que contra dicha resolución administrativa no se ha interpuesto alguna demanda judicial, que aduzca su nulidad, siendo que la misma quedó firme y es cosa decidida en el ámbito administrativo, por lo que no puede pretenderse por esta vía civil su nulidad al no corresponder, ya que no es la vía adecuada para cuestionarla. Y en el caso, el demandante consideró que dicha resolución le causaba daño y perjuicio debió solicitar su nulidad a través de un Proceso Contencioso Administrativo, por lo que la pretensión del demandante resulta a todas luces infundada.

2.6.- Respecto de la pretensión accesoria, al no haberse acreditado el daño o perjuicio por parte de su representada y el Ejército del Perú, queda también demostrado que no corresponde algún tipo de pago por las costas y costos del proceso.

3.- Incorporación de litisconsorte necesario pasivo

Mediante resolución número trece, del tres de setiembre de dos mil dieciocho⁷, el A-quo dispuso incorporar de oficio al Ejército del Perú como litisconsorte necesario pasivo.

⁷ Páginas 445/447



Tal es así, que por resolución número quince del veintiuno de noviembre de dos mil dieciocho, se tuvo por ratificado, en todos sus extremos, el escrito de contestación de demanda presentado por el Ejército del Perú con fecha 29 de mayo del 2017⁸, y por contestada la demanda en los términos expuestos y por ofrecidos los medios probatorios que se indican reservándose su calificación para su debida oportunidad.

4.- Puntos Controvertidos.

Mediante **resolución número veinte** de fecha veintisiete de junio de dos mil diecinueve⁹, se determina los puntos controvertidos:

4.1.-) Determinar la existencia o no de responsabilidad civil por parte de los demandados Ministerio de Defensa y Ejército del Perú, a favor de la parte actora Roberto Márquez Guevara, para lo cual se verificará entre otros el hecho o hechos causantes del daño, atribuibles a cada uno de los demandados, la atribución de la responsabilidad, la relación de causalidad, la presencia de los conceptos del daño invocado.

4.2.-) Determinar de ser su caso la cuantificación del daño causado conforme a los conceptos demandados.

4.3.-) Determinar de forma accesoria si corresponde el pago de costos y costas del proceso.

5.- Sentencia de primera instancia (materia del grado).

Por sentencia contenida en la resolución número treinta y seis, de fecha dos de junio de dos mil veintiuno, se declara fundada en parte la demanda, en consecuencia, ordena que el demandado Ministerio de Defensa pague a favor del demandante la suma total de S/. 40,000.00 (cuarenta mil y 00/100 soles) como indemnización por daños y perjuicios, más intereses legales; infundada la demanda respecto al Ejército del Perú; sin costas ni costos.

CONSIDERANDO.

Primero:

El recurso de apelación tiene por objeto que el Órgano Jurisdiccional Superior examine a solicitud de parte o de tercero legitimado la resolución que le produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente, así como si se ha aplicado en forma debida las Normas Sustantivas y Procesales, conforme lo prescribe el 364° del Código Procesal Civil.

Segundo:

La **Responsabilidad Civil Contractual**, supone una obligación concreta, preexistente, formada por la convención de las partes y que resulta violada por una de ellas; por lo que, la culpa contractual es un efecto de la

⁸ Páginas 143/152

⁹ Página 130.



obligación¹⁰. Como sostiene Manuel De La Puente y Lavalle, el carácter contractual de la responsabilidad no está dado por la naturaleza de la obligación inexecutada, sino por ser la consecuencia del incumplimiento de un acuerdo de voluntades generadoras de consecuencias jurídicas¹¹.

Tercero:

En la presente demanda el actor solicita la indemnización por daños y perjuicio por la expedición de la **Resolución Ministerial N° 2067-DE/SG-CGE/NONS. INV del 19 de diciembre de 2002**, por la cual, se pasa de la situación militar de actividad a la situación militar de retiro por la causal de renovación a partir del 02 de enero de 2003 hasta el 04 de septiembre de 2013, por el período de 10 años y 8 meses; así como también por la emisión de la Resolución Ministerial N° 766-2015-DE-EP del 28 de agosto de 2015, por la que dispone pasar a la situación de retiro al demandante por la causal de límite de edad en el grado.

Respecto a la **Resolución Ministerial N° 2067-DE/SG-CGE/NONS. INV del 19 de diciembre de 2002**, la misma se declaró nula por sentencia judicial, con lo cual, se habría acreditado la conducta antijurídica del demandando, lo que podría conllevar a una indemnización por el posible daño causado al actor, hecho que será materia de verificación en los presentes autos.

En relación a la **Resolución Ministerial N° 766-2015-DE-EP del 28 de agosto de 2015**, siendo que la misma no ha sido declarada nula, ni tampoco el actor la ha impugnado en la vía contenciosa administrativa, por lo cual, a la fecha ha adquirido la calidad de cosa decidida, no siendo la presente acción la vía idónea para verificar su validez, motivos por los cuales, en la presente sentencia sólo se verificará los posibles daños que se le hubiere causado al actor a mérito de la emisión de la **Resolución Ministerial N° 2067-DE/SG-CGE/NONS. INV del 19 de diciembre de 2002**.

Cuarto:

Que, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 1321 del Código Civil, señala:

*“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”.

Asimismo, el artículo 1322° del Código Civil, indica:

“El daño moral, cuando el se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”.

¹⁰ Cfr. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil, 1997, pág. 85.

¹¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, El Contrato en General, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Tomo I, Editores Palestra, Lima, 2001, pág. 370.



Que, además en reiteradas Casaciones de la Corte Suprema ha quedado establecido lo siguiente:

*“(…) se han establecido cuatro elementos conformantes de la responsabilidad civil y estos son: 1) La **antijuridicidad**; entendida como la conducta contraria a ley o al ordenamiento jurídico; 2) **El factor de atribución**; que es el título por el cual se asume responsabilidad, pudiendo ser este subjetivo (por dolo o culpa) u objetivo (por realizar actividades o, ser titular de determinadas situaciones jurídicas previstas en el ordenamiento jurídico), considerándose inclusive dentro de esta sub clasificación al abuso del derecho y la equidad (Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. Primera Edición, Gaceta Jurídica Sociedad Anónima, Lima, 2002; página 80); 3) **El nexos causal o relación de causalidad adecuada** entre el hecho y el daño producido; y 4) **El daño**, que es consecuencia de la lesión al interés protegido y puede ser patrimonial (daño emergente o lucro cesante) o extrapatrimonial (daño moral y daño a la persona)¹²*

Quinto:

En ese orden de ideas, absolviendo en forma conjunta los agravios formulados por los recurrentes, corresponde verificar si el Ministerio de Defensa o el Ejército del Perú, ha incurrido en responsabilidad civil con su conducta, esto es, al emitirse la **Resolución Ministerial N° 2067-DE/SG-CGE/NONS. INV del 19 de diciembre de 2002**, por la cual, se pasa al actor de la situación militar de actividad a la situación militar de retiro por la causal de renovación a partir del 02 de enero de 2003, y con ello se hubiere violado el Principio del Debido Procedimiento estipulado en el artículo IV 1.2 de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General en concordancia con el inciso 3, del artículo 139 de la Constitución Política del Estado; y de ser así, debe considerarse sí la conducta desplegada deviene en una contraria a nuestro ordenamiento jurídico –conducta dañosa-, y como consecuencia corresponde indemnizar a la parte actora por causal de daños y perjuicios, por los conceptos solicitados. Por lo cual, concierne analizar si resultan concurrentes todos los elementos referentes a la responsabilidad civil.

Sexto:

En el presente caso se imputa como responsable de una conducta antijurídica al Estado- Ministerio de Defensa y el Ejército del Perú, por lo cual, se trata de una responsabilidad patrimonial del Estado; quienes responderían de manera directa por los daños que causa. Para Félix Trigo Represas *la responsabilidad directa alude a la circunstancia de que el autor del daño y quien responde son una misma persona. Y dentro de esta tendencia, la responsabilidad del Estado sería siempre directa, ya que con*

¹² Casación 3470-2015, Lima Norte, Indemnización por Daños y Perjuicios



apoyo de la teoría del órgano sobre la naturaleza de la persona jurídica, todo perjuicio ocasionado a un particular se le imputa directamente al ente ideal de cuya organización formaba parte el funcionario causante del daño; puesto que todas las personas del Estado designa en funciones por él encomendadas son “sus órganos” y, a la vez, las personas físicas que desempeñan la titularidad de tales “órganos” se identifican con el “ente”¹³. Asimismo, la Corte Suprema en la Casación 1028-2007, La Libertad, Sala Civil Transitoria, ha señalado “ (...) la administración pública responde como ente organizado por todo daño que cause con independencia de licitud o ilicitud de su actividad...en el caso de la responsabilidad objetiva de la administración, basta con la existencia de un daño patrimonial que puede ser valuado y la relación de causalidad entre el funcionamiento de la administración y el daño causado”.

Séptimo:

De lo precedentemente expuesto, se debe tener en cuenta que la *Resolución Ministerial N°2067-DE/SG-CGE/NONS. INV del 19 de diciembre de 2002*, que es materia de análisis, fue declarada nula en el proceso sobre Impugnación de Resolución Administrativa seguido ante el Octavo Juzgado en lo Contencioso Administrativo de Lima, contra el Ministerio de Defensa, puesto que, quien expidió la referida resolución administrativa fue el citado Ministerio; aunado a ello el propio actor en el momento de subsanar la calificación de la demanda, *precisó que sólo emplazaba al Ministerio de Defensa*, toda vez que no se cumplió con el requisito previo del acta de conciliación extrajudicial contra el Ejército del Perú, motivo por lo cual, no puede pretender ahora que el Ejército del Perú también responda solidariamente con el pago de indemnización; en ese sentido, *es el Ministerio de Defensa, quien deberá de asumir alguna responsabilidad, y no el Ejército del Perú*, al carecer el actor falta de interés para obrar respecto de él.

Octavo:

A partir de lo expresado en el considerando precedente corresponde analizar si resultan concurrentes todos los elementos concernientes a la responsabilidad civil, aplicados al Ministerio de Defensa, esto es:

8.1.- Conducta antijurídica o generadora del daño: la que se habría generado al emitirse la Resolución Ministerial N° 2 067-DE/SG-CGE/NONS. INV del 19 de diciembre de 2002, por la cual, se pasa de la situación militar de actividad a la situación militar de retiro por la causal de renovación a partir del 02 de enero de 2003, encontrándose acreditado con la declaración de nulidad de la referida resolución administrativa mediante sentencia judicial del Octavo Juzgado Contencioso Administrativo del 13 de octubre de 2006 y confirmada por el Superior por sentencia de vista del 10 de noviembre de 2011, configurándose así la conducta antijurídica e ilícita, o conducta dañosa realizada por la emplazada Ministerio de Defensa al disponer el pase a la situación de retiro del actor sin causa legítima, ni legal alguna.

8.2.- La relación de causalidad: se evidencia la relación de causalidad adecuada, pues, el pase a la situación militar de retiro por la causal de renovación, fue la causa directa del daño causado al actor, existiendo nexo causal innegable.

¹³ Responsabilidad Civil Derecho de Daños. Editorial Grijley, año 1996, pág. 779.



8.3.- El Daño: o desmedro económico en el actor como consecuencia de su actuar ilícito, puesto que, al quedar sin el ingreso remunerativo mensual que percibía como oficial en actividad como consecuencia del pase al retiro, habría sufrido un grave perjuicio patrimonial y extrapatrimonial, configurándose con ello el daño causado al actor, por lo que, corresponde evaluar el daño causado en su aspecto patrimonial y extrapatrimonial, de ser el caso.

8.4.- Respecto al **factor de atribución o criterio de imputación**, la demandada obró con *culpa inexcusable* al emitir la Resolución Ministerial N° 2067-DE/SG-CGE/NONS. INV del 19 de diciembre de 2002, pues, la misma fue declarada nula por mandato judicial, motivo por lo cual, la emplazada mediante *Resolución Ministerial N° 765-2013-DE/EP del 04 de septiembre de 2013*, y no obstante obtener el acto sentencia favorable, éste tuvo que optar por una medida cautelar para que se le reincorpore con carácter de provisional y temporal a la situación militar de actividad; siendo que recién por *Resolución Ministerial N° 618-2015.DE/EP del 13 de julio de 2015*, se reincorporó de forma definitiva al actor, rectificando su actuar ilegítimo e ilegal, momento en el cual se consumó la violación de los derechos constitucionales que alude el actor.

Noveno:

Habiéndose configurado los elementos de la responsabilidad en que incurrió la emplazada, corresponde verificar si la conducta antijurídica o evento dañoso ha causado un desmedro económico en el actor como consecuencia del pase a la situación de retiro, *por el lapso de 10 años y 8 meses*, y con ello si ha sufrido otros perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, configurándose así el daño causado al actor. Así tenemos:

*“El Daño, es la lesión a un interés jurídicamente protegido. Sin daño o perjuicio no hay responsabilidad civil, puesto que el objetivo primordial de la misma es precisamente la indemnización o resarcimiento del daño causado. Todo daño a efectos de ser indemnizado debe ser cierto o real, esto implica que quien alegué haber sufrido un daño debe demostrar su ocurrencia. El daño indemnizable debe ser **directo**, debe provenir directamente del hecho del autor o del incumplimiento de una obligación contractual. El **daño** se clasifica en **I) daño patrimonial** que viene a ser la lesión de derechos de naturaleza económica o material que debe ser reparado; este a su vez se clasifica en **a) Daño emergente**. - Es la pérdida patrimonial como consecuencia de un hecho ilícito, implica siempre un empobrecimiento, comprende tanto los daños inmediatos como los daños futuros, pues no siempre las consecuencias van a ser inmediatas. Es en consecuencia la disminución de la esfera patrimonial; y **b) Lucro Cesante**. - Se entiende como ganancia dejada de percibir o el no incremento en el patrimonio dañado, mientras que en el daño emergente hay empobrecimiento en el lucro cesante hay un impedimento de enriquecimiento legítimo. **II) daño extrapatrimonial**, consistente en la lesión a la persona en sí misma, es decir, una lesión psicosomática*



que puede recaer directamente en el ámbito del cuerpo del sujeto o en la psique, entendiéndose que la afectación a una de las esferas o ámbitos afecta inmediatamente a la otra, teniendo como sub clasificación, **a) el daño moral**, lesión a la afectividad de una persona, el dolor, la angustia; y **b) daño a la persona**, significa el agravio o lesión a un derecho a un bien o interés de la persona en cuanto tal, comprendiéndose dentro de él, hasta la frustración del proyecto existencial de la persona humana, es más complejo que el sufrimiento o dolor¹⁴.”

A su vez, la doctrina distingue el daño patrimonial en dos formas típicas: “daño emergente” y “lucro cesante”, siendo el primero la disminución del patrimonio ya existente; y el segundo, la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto. En cuanto a la indemnización, ésta debe comprender ambos aspectos, salvo que la ley estipule lo contrario.¹⁵

Décimo:

Respecto al *daño patrimonial-emergente*, de autos no se verifica que el actor haya probado, ni acreditado dicho daño, puesto que sólo se ha limitado a señalar que “al haber sido súbitamente despojado de su trabajo que venía desempeñando el año 2002, cuando contaba recién tres años en el grado de Teniente Coronel y fue pasado a la situación de retiro por renovación, permaneciendo en dicha situación por espacio de diez (10) años y 08 (ocho) meses, generando un grave daño psicológico, conforme se establece en el Informe Psicológico de fecha 21 de febrero de 2005; asimismo, haber sido declarado Inapto para los ascensos sin causal legal válida alguna con lo que se le privó ascender al grado inmediato superior de Coronel y por último el pase a la situación de retiro por la causal de Límite de Edad en el grado, frustrando con ello su carrera desarrollada en forma sobresaliente en la Institución Castrense, causándole desprestigio personal con la consiguiente frustración laboral económica y afectando a su salud y de sus familiares”, con lo cual, no se prueba la afectación a su patrimonio como consecuencia del actuar del Ministerio de Defensa o se verifique un empobrecimiento que comprenda los daños inmediatos sufridos; por consiguiente, dicho daño al no ser acreditado no puede ser amparado, y siendo que el A-quo no acogió dicho extremo de la demanda, debe ser confirmado el mismo.

Undécimo:

Respecto al *daño patrimonial-lucro cesante*, entendido como la ganancia dejada de percibir o el no incremento en el patrimonio dañado, en el caso de autos se deriva de la imposibilidad del actor para desempeñarse como Teniente Coronel del Ejército del Perú en situación de actividad durante el periodo que estuvo cesado, esto es, desde el 02 de enero de 2003 al 04 de septiembre de 2013, por el período de 10 años y 8 meses, y por consiguiente, dejó de percibir los ingresos como Teniente Coronel en

¹⁴ Fernández Sessarego, Carlos, “El daño a la persona en el Código Civil Peruano de 1984”.

¹⁵<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizaci%C3%B3n%20por%20Da%C3%B1o%20Moral.pdf>.
Pág. 5.



actividad le correspondía, y según el actor serían los ingresos que percibía como sueldos dejados de percibir, bonificaciones (fiestas patrias, navidad), escolaridad, combustible y otros; peticionando el actor como daño económico la suma de S/. 1'463,662.18 soles, suma que resulta de asimilar en este concepto a los ingresos que *percibiría como oficial en actividad en los grados superiores de Coronel, General de Brigada y General de División, en caso de no haber sido pasado al retiro ilegalmente*, así como sueldos dejados de percibir en grados superiores, por combustible, por sueldos de empleados civiles asignados, por escolaridad de los empleados asignados, por aguinaldo de los empleados asignados, por cumplir 35 años de servicios, por viáticos no pagados, por bonificación al cargo por alta responsabilidad, por CTS, por el valor del vehículo asignado a un General de División y por designación en misión diplomática; empero, dichos conceptos que aduce que ha dejado de percibir de forma mensual, no es por sí solo determinante para fijar el monto indemnizatorio por lucro cesante, puesto que, si bien ese es un daño que debe ser reparado, pero no con el sueldo de un Teniente coronel y otros grados de oficiales en actividad que duce el actor.

Duodécimo:

Que asimismo, el actor durante su pase al retiro no estuvo desprotegido con respecto a un ingreso fijo mensual, pues, gozó durante el referido tiempo que estuvo en situación de retiro de una pensión de jubilación del *100% de las remuneraciones pensionables de un teniente coronel en situación de actividad, con carácter renovable*, y en mérito a ello, durante dicho periodo el demandante percibía como ingresos, conceptos pensionables, conforme se verifica de las boletas de pago de folios 554 a 664, en un monto igual de un oficial en actividad, tan es así que en situación de actividad en el mes de noviembre de 2002 (antes del pase al retiro, boleta de folios 553) percibía la suma de S/. 1,337.20 y en el mes de enero de 2003 (después del pase al retiro, boleta de páginas 554) percibía la suma de S/. 1,340.10; además, por concepto de combustible durante su actividad percibía S/. 1,080.87 (Planilla de páginas 469-474) y después de su pase al retiro seguía percibiendo el mismo monto por concepto de combustible por la suma de S/. 1,080.87 (planilla de folios 475-547); asimismo, la pensión al tener carácter renovable para octubre de 2013, percibía la suma de S/. 3,583.27 soles, por lo que, durante el lapso en que el accionante estaba en retiro, sus ingresos no disminuyeron, ni se mantuvieron congelados al percibir una pensión.

Décimo tercero:

Por otro lado, pretender que se le pague los sueldos que hubiese *percibido como oficial en actividad en los grados superiores de Coronel, General de Brigada y General de División, en caso de no haber sido pasado al retiro ilegalmente*, no sería equitativo, ni justo, ya que dichos grados no han sido obtenidos por el actor, sino que solicita reconocimientos expectáticos, que se logra en la carrera militar luego de un proceso de evaluación y no de forma automática por el devenir de los años.

Décimo cuarto:

Asimismo, otorgarle el sueldo de un *Teniente Coronel en actividad*, significaría otorgarle al demandante un pago por labor no efectuada; y, constituiría un enriquecimiento indebido, como lo ha establecido el Tribunal



Constitucional en la sentencia N° 0979–2003–AA/TC, al indicar “*En cuanto al extremo referente al pago de remuneraciones durante el tiempo que duró su cese, ha establecido que ello no procede por cuanto tal remuneración es una contraprestación por el trabajo realizado, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho a la indemnización que pudiera corresponderle*”, aunado a ello, el artículo 24° de la Constitución Política del Perú ha reconocido que el derecho a una remuneración equitativa y suficiente tendrá como correlato a la fuerza de trabajo brindada por el trabajador al empleador.

Décimo quinto:

En conclusión, para la *fijación del quantum indemnizatorio por lucro cesante*, resulta referencial más, no un monto definitivo a compulsarse por cada mes que el demandante no tuvo la posibilidad de ejercer su condición de oficial en actividad debido al agravio sufrido, teniendo en cuenta que el actor no estuvo desprotegido al recibir una pensión mensual en un monto del 100% igual que un oficial en actividad del grado de Teniente Coronel, así como no estaba incapacitado para realizar trabajo efectivo. Por consiguiente, en virtud del artículo 1332° del Código Civil, aplicando el criterio de valoración equitativa, esta Sala Superior considera que resulta razonable el monto fijado por el juez en la suma de S/.10,000.00 soles, debiendo de confirmarse dicho extremo.

Décimo sexto:

Estando al *Daño Extrapatrimonial-Daño Moral*, se ha definido como: “(...) *aquel sufrimiento, dolor pena, angustia que sufre u persona; dicho daño no tiene naturaleza patrimonial, es decir, no es cuantificable económicamente, por lo tanto, el dinero no está destinado a eliminar el dolor o sufrimiento, el dinero es solo instrumental, representa un medio que permite a la víctima disipar, si es posible y en alguna medida, su dolor mediante entretenimientos o diversiones adecuados a cada personalidad*”¹⁶. Además, está definido, a nivel teórico y jurisprudencial, *como aquella lesión de los sentimientos en la víctima, el cual producirá un gran dolor o aflicción*¹⁷, *lesión a un sentimiento que sea socialmente digno y legítimo a la comisión de un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil*.¹⁸ Así, en la Casación N° 4393-2013-La Libertad, la Corte Suprema de la República ha señalado que:

"Esta aflicción o sufrimiento es de orden transitorio y no surge de afección patológica, sino de un acto dañino sufrido en la vida en relación. Es además, un daño totalmente subjetivo, impreciso, inasible, no posible de medir y, por lo tanto, de difícil percepción y de aún más difícil cuantificación. Pero que eso sea así no significa que el referido daño sea deleznable, sino que su valoración deberá efectuarse por medios distintos a los ordinarios, dando singular importancia a sucedáneos probatorios y a las máximas de experiencia".

¹⁶ Fernández Sessarego, Carlos. Nuevas tendencias del Derecho de las Personas. Primera Edición. Lima. Pág. 307.

¹⁷ TABOADA CORDOBA LIZARDO, "Elementos de la Responsabilidad Civil", Edit. Grijley, Lima, 2004. Pág. N° 58

¹⁸ LEON HILARIO LEYSER, "Funcionabilidad del daño e inutilidad del daño a la persona en el derecho peruano", Revista Peruana de Jurisprudencia, 2003, N° 23. <http://dike.pucp.edu.pe>.



Asimismo, *la esencia del daño moral o extrapatrimonial se demuestra a través de la estimación objetiva que hará el juez de las presuntas modificaciones o alteraciones espirituales que afecten el equilibrio emocional de la víctima. La entidad o magnitud del daño moral resultará de la extensión e intensidad con que aquéllas se manifiesten en los sentimientos de esta última*¹⁹. Por tanto, se debe utilizar la sana crítica y la valoración conjunta y razonada de las circunstancias a fin de establecer prudencial y equitativamente el monto indemnizatorio, cuando el resarcimiento del daño no pudiera ser probado, ello de conformidad a lo dispuesto por el artículo 1332° del Código Civil, norma que establece:

“Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”

Décimo séptimo:

Bajo esa línea jurisprudencial y doctrinal, cuando el actor sufrió el agravio de pasar a la situación de retiro no solo no se respetó su derecho fundamental al trabajo, sino también su derecho a obtener una promoción en su carrera militar, y es razonable considerar que producto de tal situación, *repercutió en la psiquis del actor*; pues, en el Informe Psicológico practicado al actor con fechas 27, 28, 31 de enero y 08, 14, 11, 16 de febrero de 2005²⁰, *conforme al diagnóstico sintomático, los principales síntomas de consideración clínica son: ansiedad elevada, tensión, estrés, depresión, tristeza, agresividad, enojo, problemas con el grupo familiar, conductas antisociales, irritable, explosivo, pesimista, angustiado, trastorno del sueño, hipocondriaco que son de atención clínica pero no son de consideración psicopatológica grave, sin embargo, es altamente recomendable el tratamiento psicológico y psiquiátrico*. Aunado a ello, no escapa al entendimiento que estando en etapa de ascensos en su carrera militar, haya sido pasado a la situación de retiro; *siendo que tal situación ha llevado al actor a un estado depresivo y de sufrimiento*, que no sólo le causó agravio al actor, sino que también a los miembros de su familia que dependían de él, malestar y sufrimiento en su estado de ánimo al convertirse de la noche a la mañana en pensionista, más aún cuando todavía no era legalmente el momento para ello.

Décimo octavo:

También, resulta necesario acotar, que el hecho de que el evento dañoso, que dio origen al daño moral padecido por el accionante, haya cesado al haber sido repuesto a la situación de actividad, no enerva la obligación de la emplazada de repararla; pues corresponde ser resarcida aplicando el criterio de valoración equitativa, puesto que, el resarcimiento pecuniario del daño moral sólo alivia y no cura lo sufrido, ni nada puede restituir al estado anterior lo acaecido por el acto dañoso, conforme lo señala el artículo 1322° del Código Civil:

” El daño moral, cuando el se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.”

¹⁹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de Responsabilidad Civil, Editorial Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1993, pp. 243-244.

²⁰ Páginas 62/67



Décimo noveno:

En relación al *daño extrapatrimonial-daño a la persona*, refiere el actor que se ha afectado su vocación profesional o proyecto de vida que consistía en ser oficial del Ejército que alcanzaba llegar al grado de General de División; sin embargo, se debe tener en cuenta que si bien se configuró la conducta antijurídica de la emplazada al expedir la Resolución Ministerial N° 2067-DE/SG-CGE/NONS. INV del 19 de diciembre de 2002; empero, no se ha acreditado la frustración de los posibles ascensos, ya que los mismos no son automáticos, sino tienen que pasar por un proceso de evaluación y selección, por lo que, debe tenerse en consideración que los daños deben ser ciertos, más no situaciones que eventualmente podrían producirse en el futuro; por consiguiente, deviene en infundado dicho extremo solicitado.

Vigésimo:

En este sentido, si bien es cierto, que es difícil determinar los montos cuando se refiere a daño moral-psicológico, la fijación de un quantum debe hacerse bajo el principio de equidad, siguiendo lo señalado en el artículo 1332 del Código Civil, el cual *debe ser prudencial y razonable*, acorde con las circunstancias del caso; que no permitan una sobreprotección a la víctima del daño, ni un empobrecimiento del agente que lo produjo, por lo cual se considera que el agravio por concepto por daño moral debe ser amparado, debiéndose aumentar el *quantum*, y fijarse en la suma de S/ 50,000.00 soles.

Vigésimo primero:

Por tales consideraciones, y en garantía del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva regulado en el numeral 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado; así como con la finalidad concreta abstracta de todo proceso, esto es, lograr resolver una controversia jurídica buscando la paz social en justicia, de acuerdo a lo regulado en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, la recurrida debe confirmarse, modificándose solo con respecto al monto otorgado por daño moral en la suma de S/. 50,000.00, debiendo desampararse los agravios planteados por la emplazada Ministerio de Defensa y fundada en parte los agravios planteados por el actor.

Por tales consideraciones.

SE RESUELVE:

i.- CONFIRMAR la sentencia emitida por resolución número treinta y seis, de fecha dos de junio de dos mil veintiuno, en el extremo que resolvió declarar fundada en parte la demanda interpuesta por Roberto Márquez Guevara, que otorga por lucro cesante la suma de S/.10,000 mil soles ; modificándose sólo con respecto al monto otorgado por concepto de daño moral, fijándose en la suma de S/ 50,000.00, más intereses legales; sin costas ni costos.



*ii- Revocar el extremo que declara infundada la demanda con respecto al Ejército del Perú; **reformándola** se declara Improcedente; notificándose; y lo devolvieron. -*

En los Seguidos por Roberto Márquez Guevara contra Ministerio de Defensa, sobre Indemnización.

SS.

SOLIS MACEDO

ROMERO ZUMAETA

ESCUDELO LOPEZ