

Fernando de Trazegnies Granda

# La responsabilidad extracontractual



## La responsabilidad extracontractual

Vol. IV

Tomo II

Vol. IV - Tomo II Biblioteca PARA LEER EL CÓDIGO CIVIL

Biblioteca  
PARA LEER  
EL CÓDIGO CIVIL



Pontificia Universidad Católica del Perú FONDO EDITORIAL 2001

**Biblioteca Para leer el Código Civil**  
**dirigida por: Fernando de Trazegnies Granda**

Fernando de Trazegnies

# La Responsabilidad Extracontractual

(ARTS. 1969-1988)  
SETIMA EDICION

TOMO II

BIBLIOTECA

PARA LEER EL CODIGO CIVIL  
VOL. IV



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ  
FONDO EDITORIAL 2001

Primera edición, setiembre de 1988	1,500 ejemplares
Segunda edición, octubre de 1988	1,500
Tercera edición, noviembre de 1988	1,500
Cuarta edición, julio de 1990	1,500
Quinta edición, abril de 1995	1,500
Sexta edición, mayo de 1999	750
Sétima edición, setiembre de 2001	500

*La responsabilidad extracontractual (arts. 1969-1988). Tomo II. (Biblioteca Para leer el Código Civil, Vol. IV*

Copyright © 2001, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Plaza Francia 1164, Lima-Perú.

Telefax: 511-3307410. Telf.: 511-3307411

E-mail: feditor@pucep.edu.pe

*Derechos reservados*

ISBN: 84-8390-983-9

Depósito Legal: 1501052001-3091

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso a los editores.

Impreso en el Perú - Printed in Perú

## INDICE DEL TOMO II

### PARTE SEGUNDA

#### COMENTARIOS AL ARTICULADO DEL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984 (Continuación)

<b>Título VII: La indemnización .....</b>	<b>11</b>
<b>Capítulo I: condiciones generales del daño reparable.....</b>	<b>13</b>
Sección I: El daño cierto .....	17
Sección II: El daño probado .....	21
Sección III: La condición personal de la víctima .....	24
Sección IV: La condición personal del deudor.....	28
<b>Capítulo II: Daños patrimoniales.....</b>	<b>33</b>
Sección I: Daño emergente y lucro cesante .....	35
Sección II: Las indemnizaciones especiales.....	45
Sección III: Formas y condiciones de reparación .....	63
Sección IV: La revisión de la indemnización .....	83
<b>Capítulo III: Daños extrapatrimoniales .....</b>	<b>91</b>
Sección I: Daño moral y venganza privada .....	93
Sección II: El moderno daño extrapatrimonial .....	97
Sección III: El daño a la persona .....	110
Sección IV: La reparación del daño extrapatrimonial .....	113

<b>Título VIII: El seguro y la responsabilidad extracontractual .....</b>	<b>121</b>
Capítulo I: La acción directa contra el asegurador .....	123
Sección I: Consideraciones generales .....	125
Sección II: Fundamentos de la acción .....	132
Sección III: La solidaridad .....	137
Sección IV: La aplicación del sistema .....	149
Capítulo II: El seguro obligatorio de accidentes .....	159
Sección I: Un ensayo de modernización integradora .....	161
Sección II: Los seguros obligatorios y el mundo moderno ...	163
Sección III: Naturaleza y regímenes del seguro obligatorio ...	170

## **PARTE TERCERA**

### **NUEVOS HORIZONTES**

<b>Título I: El uso creativo del Código .....</b>	<b>189</b>
Capítulo I: Las ausencias legislativas .....	191
Capítulo II: Devenir y derecho .....	195
<b>Título II: La construcción judicial de responsabilidad .....</b>	<b>221</b>
Capítulo I: Daños causados por el Estado .....	225
Sección I: Acción ciudadana vs. estatismo conformista .....	227
Sección II: La responsabilidad del Estado en el Perú del S. XIX .....	229
Sección III: La jurisprudencia peruana a partir del Código Civil de 1936 .....	238
Sección IV: El fundamento de la responsabilidad del Estado.	250
Sección V: La responsabilidad del Estado en el Código Civil de 1984 .....	260
Capítulo II: La responsabilidad derivada de productos defectuosos	283

Sección I: Antecedentes legislativos .....	285
Sección II: La experiencia de los Estados Unidos .....	288
Sección III: La jurisprudencia peruana del Código de 1936 ..	297
Sección IV: Bases para el tratamiento sistemático de este tipo de responsabilidad .....	305
Capítulo III: Los daños intolerables .....	325
Sección I: La noción de daño socialmente intolerable .....	327
Sección II: La contaminación ambiental .....	334
Sección III: El tratamiento jurídico del daño intolerable .....	346
<b>Título III: Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual .</b>	<b>367</b>
Capítulo I: Introducción al tema del procedimiento .....	369
Capítulo II: La paralización del acto dañino .....	373
Sección I: El problema .....	375
Sección II: Antecedentes .....	377
Sección III: Los Anteproyectos y Proyectos del nuevo Código .....	383
Sección IV: ¿Cómo paralizar el daño dentro del Código de 1984? .....	387
Capítulo III: La pluralidad de víctimas y de causantes .....	403
Sección I: La rebelión judicial de las masas .....	405
Sección II: Por un Derecho Procesal de las masas .....	411

## PARTE CUARTA

### REPENSANDO LA RESPONSABILIDAD CIVIL

<b>Título I: La responsabilidad civil, hoy .....</b>	<b>421</b>
Capítulo I: Grandeza y decadencia del derecho civil .....	423
Capítulo II: El mapa del territorio de la responsabilidad civil .....	429
Capítulo III: <i>Divide ut regnes</i> .....	453

Sección I: Responsabilidad contractual y Responsabilidad Extracontractual.....	455
Sección II: Problemas de límites .....	466
<b>Título II: La responsabilidad civil, mañana .....</b>	<b>483</b>
Capítulo I: Hacia una teoría jurídica del accidente .....	485
CapítuloII: La responsabilidad civil reconstruida.....	503
Sección I: Fundamentos de la unidad de la responsabilidad civil .....	505
Sección II: El sistema de principios de la responsabilidad Civil .....	525
Sección III: Hacia una reestructuración de la sistemática del Código Civil .....	541
<b>Título III: Sic et non .....</b>	<b>545</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>555</b>
<b>TABLA DE DISPOSICIONES LEGALES .....</b>	<b>579</b>
<b>TABLA DE EJECUTORIAS .....</b>	<b>597</b>
<b>INDICE ONOMASTICO .....</b>	<b>615</b>
<b>TABLA DE RUBROS.....</b>	<b>625</b>
<b>INDICE GENERAL.....</b>	<b>651</b>



**TITULO VII**  
**LA INDEMNIZACION**

## **CAPITULO I**

# **CONDICIONES GENERALES PARA EL DAÑO REPARABLE**

*Artículo 1985.- La indemnización comprende...*

340. *Orientación legislativa.* El Código de 1936 no contenía ningún artículo de carácter general que determinara los criterios para fijar el *quantum respondeatur*. La única referencia de ese cuerpo legal al monto de la indemnización tenía más bien un carácter negativo o limitativo: el artículo 1138 establecía que “cesa la obligación de reparar el daño en cuanto la reparación privase al deudor de los recursos necesarios para su subsistencia y para el cumplimiento de su obligación legal de suministrar alimentos”.

El Proyecto de la Comisión Reformadora consideró conveniente orientar a los jueces sobre este aspecto, particularmente a fin de alentarlos a otorgar indemnizaciones adecuadas en una época en que la inflación podía reducir la responsabilidad extracontractual a un vano juego judicial sin resultado positivo. Este propósito orientador ha permanecido en el Código promulgado, a través del artículo 1985. Sin embargo, los criterios del Proyecto de la Comisión Reformadora eran diferentes de los que finalmente han prevalecido en la versión final del articulado, como se explicará a continuación.

341. *Función reparativa de la responsabilidad extracontractual.* Hemos indicado anteriormente que la responsabilidad extracontractual, que es una institución eminentemente civil, a diferencia de lo que sucede con la perspectiva del Derecho Público (fundamentalmente, del Derecho Penal y del Derecho Administrativo), no persigue la sanción del causante del daño sino la reparación de las víctimas <sup>469</sup>.

---

469. *Supra*, No 9.

Sin embargo, cabe señalar que esto no ha sido siempre así: la reparación económica del daño no ha sido históricamente la función primordial de la responsabilidad extracontractual. Originariamente, las respuestas al daño —la indemnización, entre ellas— estaban orientadas más bien a sancionar la ruptura de un orden social, de un orden natural y cósmico o incluso de un orden divino, y también quizá a dar satisfacción al espíritu de venganza del damnificado. En cambio, en la actualidad, prácticamente todos los sistemas de responsabilidad extracontractual otorgan una importancia prioritaria al objetivo de colocar materialmente a la víctima, en la medida de lo posible, en el estado en que se encontraba antes del daño: la responsabilidad extracontractual tiene una función reparativa antes que punitiva o vindicativa. El castigo de las conductas socialmente indeseables —que es un fin público— se aplica a través de sanciones penales o administrativas (multas, inhabilitaciones, retiro de la licencia de conducir, etc). El Derecho Civil, en tanto que Derecho Privado, cautela más bien los intereses de las personas, por lo que, en materia de responsabilidad extracontractual, busca que la víctima no se encuentre desamparada: su preocupación central no está en el culpable ni en la falta sino en la víctima y en el daño.

342. *La restitutio in integrum*. El principio general que rige casi unánimemente en esta materia consiste en que la víctima debe ser resarcida por todo el daño que se le ha causado. Este principio es el que se conoce como *reparación plena o integral* <sup>470</sup>.

Como señala TUNC, la Corte de Casación francesa lo ha declarado mil veces. Y en Inglaterra se cita la afirmación del Earl JOWITT en un célebre caso de daños corporales: “El gran principio general que debe regir la determinación de la indemnización... es que el juez debe otorgar a la víctima la suma necesaria para colocarla en la misma situación en que se habría encontrado si no hubiera sido herida” <sup>471</sup>.

343. *Persistencia de las huellas del daño*. Evidentemente, este principio es más un anhelo que una realidad: resulta imposible borrar totalmente las huellas del daño.

---

470 Alfredo ORGAZ: *El Daño Resarcible, Actos Ilícitos*. 3a. ed. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1967. p. 120.

471. André TUNC: *La Responsabilité Civile*. Económica. París, 1981. p. 143.

TUNC mismo nos dice que el sufrimiento, las molestias e incluso los problemas materiales causados por el daño, no desaparecen con el pago de una indemnización; por eso, más que una reparación, el pago ordenado por el juez es muchas veces sólo una compensación<sup>472</sup>. Pero ello no significa que, ante tal comprobación, debemos abandonar la idea de reparación. Por el contrario, las dificultades prácticas de realizarla no la hacen inválida como principio: la responsabilidad extracontractual moderna debe *tender* a la reparación del daño como función primordial de la existencia de la institución.

### Sección I: El daño cierto

344. *El daño efectivo*. Existen diferentes tipos de daños reparables. Pero, ante todo, es importante destacar una característica general de todo daño susceptible de reparación: el daño, cualquiera que sea su naturaleza, debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación; presente o futuro, pero cierto. No puede ser eventual o hipotético: el simple peligro no da lugar a indemnización, tiene que materializarse en daño <sup>473</sup>.

Notemos que, en algunas ocasiones, el mal implícito en el peligro puede no realizarse y sin embargo, el mismo hecho de haber existido peligro crea un daño de otro orden. Por ejemplo, un propietario descuidado deja abierta la reja de su casa por la que se escapa un feroz perro doberman que se arroja sobre una anciana con el propósito de morderla. El propietario del animal lo detiene antes de que logre hincar los dientes, pero la anciana cae al suelo a causa del impacto y se rompe un brazo. No cabe duda de que, aunque el peligro de una mordedura no se ha materializado, se ha producido otro daño reparable, constituido por la rotura del brazo. Aún más; puede no existir materialidad en el nexa causal; supongamos que el propietario detiene con un grito al animal antes de que se abalance sobre la señora, a la que no llega a tocar. Sin embargo, la señora retrocede por el susto de ver al animal corriendo hacia ella, y esto la hace tropezar y caer, con el mismo resultado de la fractura del brazo. No cabe duda de que estamos aquí también ante un daño cierto producido por el ataque del perro y no simplemente ante un mero peligro.

---

472. *Loc. cit.*

473. Alfredo ORGAZ: *Op. cit.* No 23, p. 67.

El caso nítido de daño no cierto —luego, no reparable— sería el del pasajero que decide por razones personales no tomar avión que luego se estrella; evidentemente, no puede reclamar daños y perjuicios alegando que pudo haber sido parte del desastre. Aun cuando este caso resulte *ex professo* caricaturesco con fines de exposición, la realidad proporciona muchas situaciones intermedias en las que la distinción entre el daño y su mera eventualidad o expectativa no es tan clara.

345. *El daño indirecto.* Hay una noción cuyo carácter equívoco tiende a obscurecer innecesariamente la teoría del daño: la idea de un daño indirecto.

Esta expresión es usada por los autores y por la jurisprudencia con múltiples sentidos.

Unas veces, el daño indirecto resulta un equivalente del daño extrapatrimonial: frente a la directa materialidad de un perjuicio, se señala la existencia de otros daños indirectos que no vulneran intereses económicos sino morales. Sin embargo, con el propósito de identificar claramente el objeto de que se habla, preferimos utilizar en este caso la denominación de daño extrapatrimonial o aun la de daño moral (a pesar de las dificultades que este adjetivo encierra) ya que estos daños también son directos, aunque de naturaleza distinta a la de los daños económicos.

Otras veces la expresión daño indirecto se usa para señalar la falta de ganancia originada por el perjuicio, como un elemento distinto y complementario del daño en la integridad corporal o en el patrimonio de la víctima: no sólo perdió un brazo y tuvo que hacer frente a los gastos de hospitalización, sino que además no pudo trabajar durante seis meses lo que le impidió percibir su ingreso habitual. Pero aquí las expresiones de daño directo y daño indirecto están siendo usadas como sinónimos de daño emergente y de lucro cesante. En consecuencia, para evitar confusiones, preferimos no recurrir a esta sinonimia debido a que la fuerza significativa de los adjetivos “directo-indirecto” no se agota en la situación descrita sino que inevitablemente evoca otros conceptos ajenos a las ideas de daño emergente y de lucro cesante los que pueden desvirtuarlas.

También se ha empleado esta expresión para distinguir los daños inmediatos del accidente (directos) y sus consecuencias dañinas futuras (daños indirectos). Desde esta perspectiva, preferimos hablar de daños futuros, lo que refleja mejor lo que se quiere decir.

Finalmente, se ha utilizado también la denominación de daños indirectos para referirse a aquellos perjuicios que no son sufridos por la primera víctima (víctima directa) del accidente sino por otras personas a través de una cascada causal de daños: el caso de *Ulpiani* que choca con el automóvil de *Papiniani*, el cual, al desviarse de su curso, atropella y mata a *Traso*, éste último habría sufrido un daño indirecto. Este parecería ser la acepción más propia del daño indirecto. Sin embargo, pensamos que debe ser utilizada con cuidado dado que se presta a confusión con todos los otros sentidos antes expuestos <sup>473bis</sup>.

346. *El daño futuro*. Pero, independientemente de la denominación que le demos, ¿es indemnizable el daño futuro?

Con ello no nos referimos al lucro cesante —que, en realidad, puede ser a su vez presente o futuro— sino al daño que todavía no se ha producido al momento de sentenciar pero que puede preverse con toda seguridad que ocurrirá más tarde como consecuencia retardada del mismo acto dañino. Por consiguiente, el daño futuro no lo es propiamente tal sino que está ya implícito en el acto dañino. El ejemplo clásico es el del accidentado que deberá seguir realizando gastos para su rehabilitación, aun después de expedido el fallo indemnizatorio.

Ese daño futuro, así entendido, es considerado como resarcible por la doctrina. Como dicen los hermanos MAZEAUD y André TUNC, desde el punto de vista de la posibilidad de reparación “no debe distinguirse entre el perjuicio actual y el perjuicio futuro, sino entre el perjuicio cierto y el perjuicio hipotético, eventual” <sup>474</sup>: sólo este último no es reparable.

No cabe duda de que este daño futuro no es todavía un daño efectivo en el momento en que se pronuncia la sentencia. Pero el juez puede tomarlo en cuenta si existe la *posibilidad efectiva* de que se produzca. En términos aristotélicos, podríamos decir que el daño futuro es un daño ya existente en potencia, que se convertirá en acto con el transcurso del tiempo. Por consiguiente, la posibilidad de lograr una indemnización por este daño potencial

---

473. *bis*. Con relación a esta última acepción, *vide supra*, Nos. 207 y ss.

474. Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. T. I. 6ta. ed. Éditions Montchrestein. París, 1965. No 216, p. 268.

y no actual radica en la capacidad de crear una convicción en el juez de que el daño se producirá, es decir, en facilitarle al juez un conocimiento de lo que ya está potencialmente implícito en la conducta dañina del causante. Adriano de CUPIS se refiere a ello como a una "función profética" que corresponde al juez, porque tiene que leer el futuro en el presente: otorgará indemnización en la medida que vea el daño futuro como relativamente cierto <sup>475</sup>.

En este sentido se ha pronunciado también la jurisprudencia peruana al reconocer indemnizaciones para las víctimas, que toman en cuenta el daño futuro.

En el juicio seguido por el Guardia Civil Fabio Francisco Ticona Valdivia contra el Capitán de Sanidad de Policía doctor Gilberto Robles Rázuri por el hecho de que éste último lo atropelló <sup>476</sup>, el Fiscal GARCIA ARRESE opinó (habiendo sido acogida su opinión por la Corte Suprema) que el monto fijado por el Juez de Primera Instancia para la indemnización era procedente atendiendo a que el daño condenaba a la víctima a "un programa de invalidez de por vida". Por consiguiente, en la mente del Fiscal estaban presentes no sólo los daños ya sufridos por Ticona sino los que sufriría por el resto de sus días.

La señora Elena Guibert Alva de Carbajal inició un juicio de indemnización contra don Leoncio Guerrero Loayza y don Angel Losno Pérez por el accidente sufrido por su hijo, el menor Guillermo Guibert Alva, como consecuencia del mismo, dicho menor "sufrió gravísimas lesiones que originaron la pérdida de una pierna, que lo obliga a usar costosos aparatos de prótesis". Pero sucede que esos aparatos deben renovarse periódicamente, probablemente debido al crecimiento del niño. En consecuencia, la Corte Suprema por resolución de 14 de setiembre de 1971, aumentó el monto de la indemnización fijado por la instancia inferior, en previsión de los gastos futuros que originaría el cambio de los aparatos de prótesis <sup>477</sup>.

---

475. Adriano de CUPIS: *El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Trad. de la 2a. ed. italiana. Bosch. Barcelona, 1975. No 39, pp. 322-323.

476. Esta Ejecutoria ha sido antes mencionada, *supra*, No 81.

477. *Revista de jurisprudencia Peruana*, Febrero de 1972. No. 337, pp. 202-203.



## Sección II: El daño probado

347. *La probanza del daño.* Una condición *que aparentemente se deriva* de la anterior —pero que puede presentar algunas peculiaridades— es que el daño se encuentre probado.

De primera intención, podríamos pensar que esta referencia es innecesaria pues si se establece que un daño es cierto, ello significa que está probado. Sin embargo, aun cuando ésto es exacto en términos generales, existen diferentes grados de convicción que permiten tener por probado un daño; y, a su vez, la producción de esos diferentes grados de convicción en el juez impone diferentes exigencias de probanza en el demandante (víctima).

Al igual que en cualquier otro campo, salvo que intervenga una presunción (como en el caso de la culpa), rige respecto del daño el principio enunciado por *Paulo* que prescribe que *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*<sup>478</sup>. Por consiguiente, el actor debe probar que el daño se produjo. En este sentido, los Tribunales han negado indemnización cuando el daño no ha sido acreditado. Así, en el juicio seguido por doña Gloria Mujica Cabezas contra doña María Dancuart Accinelli y otra, la Corte Suprema por Ejecutoria de 27 de marzo de 1974 negó indemnización por lucro cesante a la demandante por no haber acreditado este tipo de datos<sup>479</sup>.

Es importante destacar que la presunción de culpa establecida por el artículo 1969 del Código Civil, no es presunción de daño. Por consiguiente, si bien el demandante (víctima) no requiere probar la culpa del demandado (agente), tiene en cambio que probar necesariamente su propio daño. De esta manera, la probanza del daño por el actor es una regla general, que se aplica aunque funcione la presunción de culpa. Evidentemente, por las mismas razones, esta regla se aplica a los casos de responsabilidad objetiva.

345. *La apreciación "prudencial" del daño.* Sin embargo, dadas las dificultades que implica usualmente la probanza precisa de los daños, los Tribunales han aliviado esta carga del demandante exigiendo sólo que se acredite de una manera genérica la existencia del daño; acreditado este hecho, el monto indemnizatorio es apreciado prudencialmente por el juez.

---

478. *Digesto*, 23, 3, 2.

479. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Abril de 1974. No. 363, pp. 397-398.

Los señores Ricardo Carty y Manuel Cornejo eran arrendatarios del señor Marcos Uskokovi con relación a unos locales comerciales de propiedad de éste último. Sucedió que el propietario Uskokovi decidió reconstruir la fachada del edificio y para ello cerró por fuera las puertas de los locales arrendados. Los inquilinos demandaron por daños y perjuicios producidos por el hecho de no poder funcionar comercialmente debido a “la clausura abusiva” de sus tiendas, realizada por el demandado. Los demandantes acreditaron exhaustivamente el hecho de la clausura arbitraria. En el juicio se demostró que “la fachada de los inmuebles donde los demandantes tenían sus establecimientos comerciales ha sido construida últimamente con ladrillo y cemento; que las puertas de calle están aseguradas con trozos de madera que imposibilitan su apertura y dificultan su comunicación con el exterior; y que otros hechos, como la falta de instalación eléctrica, que ha sido cortada por la realización de las obras y la colocación de vigas para sostener el techo, indudablemente han ocasionado una serie de obstáculos para el normal funcionamiento de las actividades comerciales a que se dedicaban los actores”.

Sin embargo, los demandantes no probaron en forma alguna que todo ello les hubiera causado daño efectivo. El Fiscal SOTELLO reconoce que los autores no han probado el monto de los perjuicios causados. Por ello, su afirmación que de esos hechos “indudablemente” han causado daño, es una presunción. Esta presunción se encuentra reafirmada en otras expresiones similares del dictamen: “Es evidente que tales obras, tan imperfecta y lentamente ejecutadas, han causado perjuicio a los demandantes, quienes además han tenido que trabajar en condiciones deplorables durante tiempo apreciable y hasta verse obligados a pedir autorización para arreglar y asegurar por su cuenta las puertas de calle, para evitar los inconvenientes que la situación descrita les producía”. Aquí también ese “es evidente” resulta más bien una deducción de los hechos o quizá simplemente una mera convicción porque no es el resultado de una verificación factual. De ahí que el Fiscal fundamente su opinión por el pago de una indemnización en razones de equidad, lo que es aceptado por la Corte Suprema en resolución de 4 de agosto de 1951<sup>480</sup>.

Un razonamiento similar sigue la Corte Suprema en la resolución de 14 de abril de 1953<sup>481</sup>. En este caso, don Liborio Bazalar demanda daños y perjuicios a la Empresa de Transportes Nor-Pacífico por la muerte de su

---

480. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Noviembre de 1951. No 94, pp. 1317-1319.

481. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1953. No 112, pp. 606-608. Esta Ejecutoria ha sido antes mencionada al tratar del caso fortuito. *Vide supra*. No 174, p. 285.

hijo ocurrida con motivo de un accidente de carretera, viajando en un ómnibus de propiedad de la demandada. El demandante sostiene que su hijo contribuía a su sostenimiento; sin embargo, no logra acreditar este hecho. La Corte, haciendo notar que este aspecto (que otorgaba la materialidad económica al daño) no ha sido probado, considera que debe estimarse “prudencialmente” el monto del daño material y del daño moral. Notemos como no sólo el daño moral es apreciado de esta manera genérica sino que incluso el daño material —que, por su propia naturaleza, podía y debía haber sido acreditado— resulta exonerado de prueba.

Esta atribución del juez de fijar la indemnización sin referencia expresa a una prueba específica del monto de los daños, es ejercida aun cuando ha habido pruebas periciales con este objeto.

La Resolución Suprema de 21 de octubre de 1949 ordena el Monasterio de Santa Catalina de Arequipa que pague la suma de S/. 15,000 por daños y perjuicios al señor Víctor M. Rodríguez. Lamentablemente, la redacción del dictamen fiscal es deficiente y no nos permite conocer la naturaleza de los hechos que dan lugar a tal indemnización. Sin embargo, puede apreciarse que el juez de la causa había ordenado un peritaje de los daños, que fue realizado por los Ingenieros Agrónomos César Alberto Muñoz y Alfredo Belaunde, que estableció un monto superior al ordenado pagar por la sentencia. El Fiscal SOTELLO, en opinión que fue acogida por la Corte, expresó que ello es irrelevante porque “el dictamen pericial para la fijación de daños y perjuicios no constituye sino un antecedente o elemento de orientación para la apreciación del Juez” y que la indemnización que se señale debe ser el resultado de “una justa, equitativa y prudencial compulsión de la real y verdadera cuantía de los daños que deben ser indemnizados”. Como puede verse esto implica una distinción entre “la real y verdadera cuantía de los daños” (que es el resultado del dictamen pericial) y “la real y verdadera cuantía de los daños que *deben ser indemnizados*” (que incorpora otros elementos de juicio, tales como pruebas adicionales, los antecedentes del caso, etc).

De la misma manera como en la Ejecutoria anterior veíamos que la Corte puede ordenar una indemnización menor que la suma establecida por los peritos como monto de los daños, también sucede que la Corte señale indemnizaciones mayores.

Don Rodolfo Gil había seguido con la Empresa Agrícola Chicama un interdicto de recobrar, en el que, en ejecución de sentencia, se le otorga una indemnización por daños y perjuicios de S/. 1,500. Para fijar esta suma, el

juez se basa en un peritaje que señala que los daños reales ascienden a S/. 866. El señor Gil apela y la Corte Superior aumenta la indemnización S/. 7,463.50, teniendo en cuenta que los peritos de parte presentados por el demandante consideran que los daños ascienden a S/. 20,481.75.

El Fiscal GARCIA ARRESE opina que “los peritos oficiales, a quienes impugna el actor de ser empleados de la demandada, no se han ceñido a la realidad de los daños y perjuicios, fijando una cantidad irrisoria”. Ahora bien, continúa, “el informe de los peritos, como es bien sabido, sólo tiene por objeto ilustrar el criterio del juzgador, pero de ninguna manera lo obliga”. Por ello sostiene que los fundamentos de la Corte Superior para elevar el monto indemnizatorio “responden a la magnitud de los hechos y a los principios de equidad”. La Corte Suprema hace suyos estos planteamientos en resolución de 3 de agosto de 1950<sup>482</sup>.

Como puede apreciarse en todos estos casos, la jurisprudencia está realizando una inversión relativa de la carga de la prueba del daño: acreditado éste en términos generales, la Corte fija el monto del mismo en atención a las circunstancias y a la equidad; sin perjuicio de que el demandado intente reducir el monto probando que el daño no fue de la magnitud sostenida por el demandante manda o establecida en la sentencia inferior.

### Sección III: La condición personal de la víctima

349. *Variaciones en el valor de las consecuencias dañinas.* Los mismos actos dañinos pueden producir daños muy diferentes según el tipo de víctima.

Hay casos en los que esta variabilidad no plantea ningún problema teórico porque su tratamiento se ajusta sin dificultades a los principios generales de la indemnización. Por ejemplo, un mismo incendio puede ocasionar daños muchos más graves al propietario del inmueble de la derecha (quien tenía ahí una tienda de antigüedades) que al propietario del inmueble de la izquierda (que simplemente lo ocupaba como casa-habitación). No cabe duda de que la indemnización que se obligue a pagar al responsable del incendio tendrá que ser mayor en favor del primero que del segundo. Pero en este tipo de casos, en realidad no podemos hablar de un mismo daño sino de daños diferentes, cada uno de los cuales tiene un valor distinto.

---

482. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Agosto de 1950. No 80, p. 1107.

La situación es algo distinta cuando encontramos que un mismo daño puede causar consecuencias más graves o menos graves en función de la condición personal de aquel que sufre el daño. El hundimiento de un barco como consecuencia de un accidente de mar es algo que puede ser valorizado atendiendo al costo de la embarcación y de lo que ésta contenía. Pero si ese barco es el único de que disponía una determinada empresa para cumplir con un contrato muy favorable, no cabe duda de que no solamente existe un perjuicio representado por el valor de la pérdida sino también otro representado por la frustración de la ganancia esperada. Sin embargo, tampoco este caso presenta dificultades serias porque la falta de ganancias es un daño adicional que, como tal, debe ser tenido en cuenta para el cálculo de la indemnización: se trata de un lucro cesante, que integra el *quantum* indemnizatorio.

350. *El valor de la vida humana.* El problema es más complejo cuando se trata de valorizar la vida humana o la integridad corporal. ¿Debe, en este caso, tomarse en cuenta las diferencias basadas en la condición personal de la víctima? En otras palabras, ¿la vida de un hombre rico, por ejemplo, vale más que la vida de un hombre pobre?

Esto nos lleva a analizar si la apreciación del valor del daño debe realizarse *in concreto* o *in abstracto*. Esta segunda hipótesis consistiría en establecer tarifas para determinar lo que vale en las circunstancias actuales la vida de un hombre, independientemente de su situación de fortuna y de cualquier otra circunstancia personal.

Los hermanos MAZEAUD y François CHABAS opinan que el juez debe tomar en cuenta la situación de fortuna y de familia cuando éstas influyen sobre la importancia del daño. El juez no puede, dicen, reducir el monto indemnizatorio aduciendo que la víctima tiene suficientes medios personales para afrontar el daño, porque esto sería hacer una falsa caridad en favor del responsable y alterar gravemente el principio de la *restitutionis in integrum*. Pero, de otro lado, la inhabilitación de una persona con grandes posibilidades económicas causa un daño mayor que la misma situación en una persona con menores posibilidades sociales y económicas. En realidad, dicen los MAZEAUD y CHABAS, se trata de un mayor lucro cesante (*gain manqué*) a considerar <sup>483</sup>.

---

483. Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Delictuelle et Contractuelle*. T. III, vol. I, 6ta. ed. Editions Montchrestein, París, 1978. No 2396, p. 753.

351. *La jurisprudencia peruana*. Hasta ahora, nuestros Tribunales han rechazado toda idea tarifaria y han otorgado indemnización teniendo en cuenta la situación de las víctimas.

Así, en el juicio seguido por doña Sara Neyra Concha viuda de Navarro, contra don Carlos Mendoza Bohórquez por la muerte de su hijo, el Fiscal GARCIA ARRESE indica que el monto indemnizatorio debe conformarse con la "situación personal de la víctima" <sup>484</sup>.

También, don Rodolfo Gómez Silva demandó a don Hans Richard Frank Seldis exigiendo una indemnización por la muerte de su hijo; y, para determinar el monto de la demanda por nada menos que un hijo, tomó en consideración el alto valor de bienes con evidentemente menos valor intrínseco, como los caballos de carrera. La sentencia de Primera Instancia ordenó que Frank Seldis pagara a don Rodolfo Gómez la suma de S/. 10,000. Sin embargo, apelado el fallo, la corte Superior rebajó la indemnización a la mitad. El Fiscal CALLE, en opinión que acoge la Corte Suprema por resolución de 8 de abril de 1946, considera que la decisión de la Corte Superior de rebajar la indemnización es adecuada porque "se trata de un menor de cinco años, cuyas expectativas para el futuro no habrían sido grandes, en materia económica; hijo de un hogar modesto (el padre es tipógrafo) no habría podido llevar a su familia a una situación expectable. El hecho es de suyo lamentable; la pérdida de toda vida es de sentirse. Pero al fijar el quantum de la indemnización debe tenerse en cuenta todas las circunstancias; sin que el Fiscal acepte la comparación que se hace en la demanda del valor de un caballo de carrera con el de una persona humana" <sup>485</sup>.

Un criterio casi pintoresco por su falta de rigor sociológico —pero extraordinariamente gráfico y revelador de la atmósfera de la época— aparece en una Ejecutoria de 1947. La señora Almira Rondón de Ruiz Eldredge había demandado a la Agencia de Transporte Roggero por la muerte de su marido ocurrida en un accidente de tránsito. Don Leonardo Ruiz Eldredge se bajó del ómnibus de la línea Luna Pizarro-La Palma y no se movió del sitio, esperando que el ómnibus en el que había venido continuara su camino, para después pasar a la vereda. Dice el Fiscal CALLE que "la presencia no sólo intempestiva sino violentísima del ómnibus interprovincial ocasionó el

---

484. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1954, No 127, pp. 973-974. Este juicio ha sido ya comentado *supra*, No 36.

485. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Julio-Agosto de 1946, Nos. 30-31, pp. 330-331.

accidente”, siendo atropellado el señor Ruiz Eldredge. En consecuencia, “tratándose de un hombre que tenía a su cargo el sostenimiento de una familia bien, (sic) a la que atendía con el producto de sus actividades como comerciante, con un ingreso que pasaba de cinco mil soles al año, y que no ha dejado a los suyos ningún otro medio de vida”, era necesario que la indemnización fuera proporcionada a tal situación. Ahora bien, el Fiscal formulaba estas consideraciones porque la Corte Superior había reducido a S/. 16,000 la indemnización fijada originalmente por el juez en S/. 20,000, que él consideraba que debía ser mantenida. La Corte Suprema, en resolución de 17 de mayo de 1947, no acogió esta sugerencia del Fiscal; por el contrario, redujo tal indemnización a la mitad de lo fijado por la Corte Superior, estableciéndola en S/. 8,000 <sup>486</sup>. Sin embargo, ello no significa necesariamente que no aceptara los *criterios* del Fiscal pues, en todo caso, concede a los herederos de la víctima una indemnización equivalente a casi el doble de su ingreso anual bruto.

Puede decirse, *grosso modo*, que el monto indemnizatorio fijado por las Ejecutorias peruanas ha sido muy arbitrario. Sin perjuicio de ello, debe señalarse que este dato se hace muy difícil de analizar retrospectivamente con mucho detalle a causa de la inflación, que distorsiona toda comparación.

En la apreciación del *quanti respondeatur*, parecen haber influido en la mente de los jueces muchas consideraciones que no son postuladas explícitamente como criterios, pero que es fácil percibir a través de los textos y que han tenido una función determinante: factores emotivos (que la víctima fuera una persona incapaz o que, en general, quede en una situación que inspire lástima), factores culturales (creencia —cierta o no— de que los choferes de taxi y de ómnibus manejan siempre mal y, por tanto, deben tener la culpa y hay que castigarlos para que esto no siga sucediendo), factores —posiblemente inconscientes— de distribución del riesgo (las empresas tienen siempre la “culpa” frente a los ciudadanos porque pueden trasladar el costo del daño a los precios) o quizá simplemente un criterio crudo de *deep pocket* (las empresas son siempre responsables ante el hombre común porque tiene más dinero para hacer frente al daño), factores políticos (ante el accidente de un Senador no cabe ni preguntarse si efectivamente la Empresa del Ferrocarril tuvo la culpa porque “debe” haber sido así!), etc.

No hay duda de que sería muy importante que los Tribunales hicieran

---

486. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1947, pp. 440-442.

un esfuerzo por explicitar los criterios utilizados (cuando no son inconfesables, obviamente) y trataran de fundamentarlos racionalmente en función de hechos claramente resumidos en la misma Ejecutoria. Ello haría ganar mucho al Derecho en profundidad y en uniformidad.

#### Sección IV: La condición personal del deudor

352. *Las posibilidades económicas del responsable.* ¿Deben las posibilidades económicas del responsable influir en el ánimo del juez para fijar la indemnización?

Este tema ha sido ya en cierta forma tratado en una parte anterior de este libro, donde hemos hecho también presente la contradicción teórica que implica la consideración de la riqueza del responsable para fijar la indemnización dentro del marco de la culpa <sup>487</sup>.

353. *La indemnización es una reparación y no una sanción.* En realidad, la norma del Código anterior no era inconsistente con la responsabilidad extracontractual en la medida en que, entendida como referida estrictamente a una situación-límite, no hacía nada más que introducir un elemento humanitario muy básico dentro de tal contexto. En ese sentido, hubiera podido conservarse en el actual Código.

Sin embargo, lo que resulta inadmisibile es la atención a la fortuna del responsable para fijar una indemnización acorde con ella. Dado que la indemnización es una reparación, su monto tiene que estar de acuerdo con el daño y no con las posibilidades económicas del causante. Cualquier otra intromisión de la riqueza del responsable en la fijación del monto indemnizatorio, basada en criterios redistributivos de corte político-social, sería absolutamente ajena al campo del Derecho Civil y a la racionalidad de la institución que nos ocupa.

Con esa claridad de percepción que le es propia, son los hermanos MAZEUD quienes mejor resumen el argumento: "Si bien se debe examinar, dentro de los límites antes indicados, la situación de la víctima, el Juez debe por el contrario, para evaluar el perjuicio, cerrar los ojos sobre la situación personal del responsable y, especialmente, sobre su situación de fortuna y su situación de familia. Pobre o rico, poco importa; el responsable debe reparar

---

487. *Supra*, Nos. 24-26.



todo el daño causado por su culpa. Sin duda, la misma sentencia que ordena el pago de una indemnización puede arruinar a un individuo, mientras que supone solamente una ínfima reducción del patrimonio de otra. Esto no es una razón para disminuir el monto indemnizatorio en el primer caso y para aumentarlo en el segundo, porque la indemnización no es una pena. Tiende únicamente a reparar. Debe ser proporcional exclusivamente al perjuicio<sup>488</sup>.

354. *Atenuación humanitaria de la responsabilidad.* El actual Código no contiene más la norma del artículo 1138 del Código Civil de 1936 que, inspirada en el B. G. B., exoneraba al responsable de su obligación de indemnizar cuando ello le privara de los recursos necesarios para su subsistencia y la de su familia.

Notemos que la norma del Código anterior no permitía reducir la indemnización atendiendo a la situación económica del responsable —como en la práctica se hizo muchas veces— sino únicamente exonerar totalmente de la obligación de pago. Esta medida-límite testimonia que el artículo estaba pensado sólo para situaciones límite: beneficiaba únicamente a aquél que se encontraba en circunstancias tan excepcionales que cualquier pago le habría sido catastrófico.

*In Re Ernestina Larrea viuda de Prieto con don Roberto Brandt y Raygie,* la demandante reclamaba indemnización por la muerte de su esposo, don Miguel Prieto Arenas, como consecuencia de una trompada del demandado motivada por el hecho de que aquél había ofendido de obra, “en acto reñido con la decencia”, a la esposa de éste. El Fiscal PALACIOS además de pronunciarse sobre los aspectos sustantivos y procesales del caso, manifiesta que es de aplicación el artículo 1138 (del Código Civil de 1936) porque el demandado Brandt “está obligado no sólo a cooperar a su alimentación sino a la de su esposa e hijos” y que sus declaraciones, “no contradictorias”, aparece que carece de los medios necesarios aun para su subsistencia y que el demandante, “a pesar de los esfuerzos que ha hecho”, no ha logrado probar que Brandt o su esposa tengan propiedades<sup>489</sup>.

Como puede advertirse, las condiciones para la aplicación del artículo 1138 son muy benignas en este caso e incluso trastocan los principios de la

---

488. Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: Op. cit., No. 2399, pp. 762-763.

489. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1947. Nos 38-39, pp. 211-212. Esta Ejecutoria ha sido comentada antes, desde otro punto de vista, *supra*, No 99.

prueba. El argumento fundamental del Fiscal se basa en las declaraciones del propio obligado sobre su pobreza, que asumen como verdad en tanto que no sean contradichas; y continúa diciendo que, a pesar de todos sus esfuerzos, la demandante no ha podido contradecirlas. Sin embargo, si aplicamos el principio de quien afirma algo debe probarlo, no había razón alguna para creer al señor Brandt: es a él a quien le correspondía probar que era pobre y no a la otra parte que tenía propiedades. El Fiscal ha razonado en función de una inversión de la carga de la prueba que no está legalmente establecida.

Aun cuando la norma del Código de 1936 no ha sido conservada en el Código de 1984, pensamos que los jueces pueden (con prudencia) tener implícitamente esta situación en mente para —sin necesidad de declarar las razones— atenuar la responsabilidad de quien no ha tenido dolo ni culpa inexcusable. Como antes se ha visto <sup>490</sup>, la determinación del *quantum respondeatur* permite siempre algo de discrecionalidad en el juez: no hay una probanza precisa en el monto de los daños. Es por este camino que el juez puede reducir —nunca aumentar— la indemnización cuando se reúnan dos condiciones: (a) el impacto económico de la indemnización en el obligado a pagarla puede ocasionar un trastorno muy grave en su vida personal y familiar, y (b) la desigualdad de fortunas entre el responsable y la víctima es de tal naturaleza que ese grave efecto en el responsable no está en proporción con el grado de necesidad de la víctima de ser reparada por un tercero.

Nuevamente son los hermanos MAZEAUD quienes nos sugieren la pauta: “Debido a que constituye un conjunto de reglas objetivas y precisas, el Derecho no puede siempre tener en cuenta las exigencias de la ley moral que se subleva contra el hecho de que una falta quizá mínima obligue a una persona a privarse de lo necesario para ella y para su familia con el objeto otro pueda conservar todo aquello de superfluo que envenena su alma. Felizmente, la evaluación del daño comporta siempre una parte de arbitrariedad que el juez podrá usar, si es discreto, para moderar la indemnización”<sup>491</sup>.

355. *La difusión social del daño*. Un razonamiento completamente distinto sería posible efectuar si se aceptara el principio de la difusión social del daño para los accidentes rutinarios (categoría que de ninguna manera puede comprender los daños producidos por dolo o culpa inexcusable).

---

490. *Supra*, No 348.

491. Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: *Loc. cit.* No. 2399, p. 763.

En tal caso, recaería en el causante una mayor o menor carga económica en la medida en que sea capaz en mayor o menor grado que la víctima para difundir socialmente el daño a través de la contratación de un seguro o a través del sistema de precios. Sin embargo, dos observaciones son importantes para aclarar esta idea: en primer lugar, la asignación de la carga económica no se encuentra determinada por la mayor o menor fortuna de las partes, no se toma en cuenta la profundidad o el tamaño de su bolsillo, sino su capacidad de difundir esa carga. Y, aunque a veces esa mayor capacidad pueda coincidir con una mayor fortuna, ésta no es una identidad necesaria y puede muy frecuentemente no presentarse. En segundo lugar, este criterio de repartición social del daño no puede dar lugar de ninguna manera a atribuir a una de las partes una obligación de pagar una suma mayor al valor del daño aunque ésta sea muy rica, porque ello implicaría utilizar la indemnización como medio de sanción antes que como medio de reparación; actitud que sería incompatible con la idea de la difusión social del riesgo <sup>492</sup>.

356. *La jurisprudencia peruana.* Los Tribunales peruanos no han sido muy consistentes sobre este punto.

En muchos de los dictámenes fiscales se hace mención de la situación económica del deudor. Este es el caso, por ejemplo, del juicio seguido por don Modesto Barrios Sulca contra la Empresa de omnibus San Miguel S.A. para que le abone una indemnización por la muerte de su madre, la señora Santona Sulca; el Fiscal GARCIA ARRESE señala que es necesario tomar en cuenta "la capacidad económica de la demandada" <sup>493</sup>. Igualmente, *in Re* Sara Neyra Concha viuda de Navarro con Carlos Mendoza Bohórquez, el mismo Fiscal GARCIA ARRESE indica "las posibilidades del obligado" como criterio para opinar sobre el monto de la indemnización <sup>494</sup>. En cambio *in Re* Valentín Froilán Zapata Valverde con Adolfo Morán Zúñiga, la propia Corte Suprema, en los considerandos de la resolución de 7 de diciembre de 1972, deja sentado que "para fijar el monto de los daños debe estarse a la prueba actuada, apreciada por el Juez, y no a la presunta posibilidad económica del deudor" <sup>495</sup>.

---

492. Sobre la indemnización punitiva, *vid. infra*, Nos. 364-373.

493. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Setiembre de 1952. No 104, pp. 2705-2702.

494. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1954, No 127, pp. 973-974.

495. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Enero de 1973. No 348, pp. 79-80.



Si quieres leer  
el texto completo,  
descárgalo

[www.acuedi.org](http://www.acuedi.org)



con el apoyo de:



FUNDACION  
M.J. BUSTAMANTE DE LA FUENTE  
Lima - Perú