

00721
228

1



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

LA PREVISIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
MEDIANTE EL CONTRATO DE SEGURO

UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el
volumen de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: Javier Demesa

Castro

FECHA: 18 Julio 2003

FIRMA: _____

~~T E S I S~~

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

JAVIER DEMESA CASTRO

ASESOR:

LIC. DANIEL OJESTO MARTINEZ PORCAYO



MEXICO, D.F.

2002



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Dedicatorias

A mis padres J. Trinidad Demesa Rodríguez (finado) y Rosa María Castro Rodríguez: Con respeto agradecimiento y amor.

A mi esposa Irma H. Chacón Campos:
Por el apoyo, comprensión y cariño.



A mis hijos: Que me han prodigado esperanzas y estímulos en mi vida.

A mis maestros: Cuyos valores y consejos dirigieron mi camino.

A mi estimado amigo Daniel Ojesto Martínez Porcayo:
Por tu apoyo y amistad .

A mis amigos

LA PREVISION DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MEDIANTE EL CONTRATO DE SEGURO.

	Pag.
INTRODUCCIÓN.	4
 CAPITULO I.	
ANTECEDENTES	
a) La Responsabilidad Civil en el Derecho Romano.	5
b) El Concepto General de la Responsabilidad Civil.	17
c) La Evolución del Concepto hasta la Época Moderna.	32
 CAPITULO II.	
DERECHO COMPARADO.	
a) Elementos Comunes a toda Responsabilidad Civil.	47
b) La Culpa como Presupuesto General de la Responsabilidad Civil.	55
c) La Idea de Daño.	62
d) Evolución de la Idea de Responsabilidad Civil en México.	
 CAPITULO III.	
MARCO JURIDICO QUE REGULA LA COBERTURA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MEDIANTE EL CONTRATO DE SEGURO.	
a) El Contrato de Seguro como Garante de la Responsabilidad Civil ante la Eventualidad Dañosa.	95
b) Elementos Esenciales del Contrato	105
c) La garantía de Resarcir el Daño.	119
d) Propuesta. La empresa como Prestadora del Servicio.	130
CONCLUSIONES	136
BIBLIOGRAFÍA	138

INTRODUCCIÓN

El tema de mi examen recepcional me ha permitido investigar tópicos de importancia capital que, aunado a la necesidad de profundizar en la diversidad del pensamiento universal, materialice en estas páginas una aportación más al campo del derecho.

Esta tesis se inicia con el análisis de la responsabilidad civil en el derecho romano, y el concepto transita con acuciosidad, evolucionando notablemente hasta la época moderna, en que se asienta en definitiva con las connotaciones de experimentados jurisconsultos que aportaron en su momento a la doctrina, las particularidades que favorecen su pleno entendimiento.

En otro apartado, establezco las necesarias comparaciones que exige nuestra disciplina académica, haciendo especial mención de los elementos comunes de la responsabilidad civil; realizo el cuidadoso examen que exige la culpa, considerada como presupuesto general de la responsabilidad civil. También detallo la idea de daño, por la pertinencia que amerita su estudio en torno al tema central de este trabajo y abordo detenidamente la evolución de la idea de responsabilidad civil que se forjó en nuestro país.

Concluyo mi investigación con una visión del marco jurídico que regula la cobertura de la responsabilidad civil mediante el contrato de seguro, pues conviértese en garante de ella ante la eventualidad dañosa; también incluyo los elementos esenciales del contrato, como esquema sustentante de este instrumento jurídico; termino al hacer referencia a la garantía de resarcir el daño.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO I.

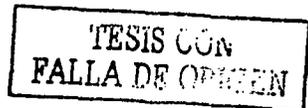
ANTECEDENTES.

a) LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO ROMANO.- "El derecho romano, en la época más remota que se conoce, distingue dos categorías de daño: el que nace de un delito público y el que surge de un delito privado. Parece haber comprendido incluso, desde el tiempo de las XII Tablas, la necesidad para la sociedad de no limitar las reclamaciones a las infracciones dirigidas contra la cosa pública, sino a aquéllas que, aun dirigidas contra los particulares, perturban el orden público por razón de su gravedad, tal como el homicidio"¹. El círculo de los delitos públicos se irá ensanchando cada vez más.

Allí donde el Estado no persigue el castigo del autor del daño, es la víctima quien lo hace. Desde ese punto de vista, el derecho romano del tiempo de las XII Tablas representa "...una época de transición entre la fase de la composición voluntaria y la de la composición legal obligatoria"² la víctima de un delito privado está en libertad, unas veces, para satisfacerse mediante el ejercicio de la venganza corporal o por la obligación de una suma de dinero, cuyo importe fija libremente, y obliga, en otras, a aceptar el pago de la suma señalada en la ley; pero, esa cantidad sigue siendo esencialmente el precio de la venganza, una composición, una "poena", en una pena privada. El derecho

¹ GIRARD. *Manuel elemental derecho Romanon*, 3ª. Edición. Editorial Francia por SENN, págs. 417 y sigs. En *Revista histórica de derecho francés y derecho extranjero*. Editorial Libraire Arhur Rosseau, Rousseant Et Cie Editeurs. Paris Francia 1928. Págs. 335 y sigs.

² *Ibidem.*, Pág. 419.



romano no llegará nunca a librarse completamente de esa idea, a hacer de la condena civil lo que es en la actualidad: una indemnización.

Los colaboradores de JUSTINIANO distinguen lo que llaman reipersecutorias: acciones penales propiamente dichas y acciones mixtas (a la vez penales y reipersecutorias), por ser las primeras acciones civiles que conducen a pronunciar una pena privada: pero "...la distinción se mantuvo vacilante"³ y no condujo jamás a separar las acciones reipersecutorias de ciertas reglas que no se explican más que por la idea de pena. Para no citar sino las más características, recordemos que los herederos del autor del daño no podían ser perseguidos sino por la víctima, y si, durante el Imperio, se admitió que fuera de otro modo en el caso en que se obtuviera un enriquecimiento por el hecho del delito cometido por su causante, esa excepción no le resta fuerza alguna a esta observación, ya que constituye solamente la aplicación de las reglas del enriquecimiento sin causa, por no poder los herederos ser condenados más allá de su enriquecimiento.

Se explican así los caracteres fundamentales del derecho romano en materia de responsabilidad.

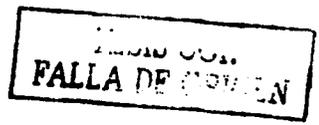
a.1.) El principio general de responsabilidad civil. Lo que sorprende desde un comienzo es que no se encuentre, en materia delictual ni en materia contractual, un texto legal de alcance general que establezca el principio de quien causa un daño al prójimo en determinadas condiciones, debe repararlo. Resulta suficiente, para comprenderlo, recordar cómo y por qué intervino el legislador. Se trataba de poner fin a la venganza corporal al reemplazarla por el pago de una suma de dinero.

El legislador consideró, uno por uno los delitos, a medida que las quejas suscitadas por su reparación iban llamando su atención, no procedió jamás sino por casos especiales, decidiendo que quien hubiese sufrido tal o cual daño podría exigir esta o aquella suma. Los jurisconsultos no tardaron en advertir la insuficiencia de semejante procedimiento, la necesidad de dar a la víctima un recurso, incluso en los casos no previstos expresamente por la ley. Se esforzaron por extender los textos legales menos concretos y buscar en ellos la consagración de una regla de conjunto. Por lo demás, nunca lo lograron por completo.

Los esfuerzos recayeron esencialmente sobre la ley Aquilina. Los dos primeros capítulos se referían a daños muy particulares: muerte de un esclavo o de una cabeza de ganado, remisión de deudas consentidas por un adstipulador. El tercero tenía alcance algo más general: hacía referencia de las heridas causadas a un esclavo o a un animal y a ciertas destrucciones o deterioros de cualquiera otra cosa corporal.

El pretor y los jurisconsultos se esforzaron entonces por extender los casos previstos por el texto legal: el pretor, concediendo una acción útil en el supuesto en que el herido hubiera sido un hombre libre, los jurisconsultos, declarando, por una interpretación amplia del precepto, que estaban sancionados todos los deterioros o destrucciones de cosas. Así se extendió la notación de *damnum*: cualquier atentado material contra una cosa o una persona se encontraba reprimido.

³ *Ibidem.*, *Ob. Cit.*, pág. 426.



“Pero los jurisconsultos se empeñaron en ir más lejos, trataron tímidamente de sustituir la noción de *damnum* por la de perjuicio: comprendieron que lo que importaba no era la comprobación de un atentado material contra una cosa (*damnum*), sino el perjuicio sufrido a causa de ese hecho por el propietario, por ello decidieron que el simple *damnum* que no causaba perjuicio no daba lugar a reparación.”⁴ Mas no pudieron llevar su sistema hasta el extremo, por no referirse los textos legales sino a casos concretos, no les permitieron establecer el principio de que todo perjuicio, surgiera de un *damnum* o no, debería ser reparado en virtud de la ley de Aquilia.

Mas aún, por restringida que fuera ya la noción de *damnum*, la ley Aquilia no sancionaba el *damnum* en todos los casos y si exigía varios requisitos. Los esfuerzos de los jurisconsultos, ayudados por el pretor, obtuvieron un éxito completo. “La Ley Aquilia no le concedía la acción sino al propietario de la cosa deteriorada o destruida, con la condición de que fuera ciudadano romano: el pretor otorgó una acción útil a los titulares de los derechos reales distintos del derecho de propiedad, incluso si eran peregrinos. La ley Aquilia exigía, además, que el daño hubiera sido *corpore corpori datum*, ello requería contacto material entre el autor del daño y la cosa que padecía de ese daño.”⁵ Fue concedida una acción útil para el supuesto de *damnum non corpori datum*, y JUSTINIANO terminó por extender la esfera de aplicación de la ley Aquilia, *damnum non corpori datum*.

Pese a ello, la ley Aquilia continuó siendo un texto legal que no daba soluciones sino a casos concretos.

⁴ DIGESTO DE JUSTINIANO.- Versión por A. Dors. F. Fernández - Trejo P. Fuentesca, M. García - Garrido. Y J Buitto con la ayuda del C.S.C. Editorial Arandazi, Pamplona - España, 1968. Tomo 1,9,2, fr.27, &25.

⁵ GIRARD, Ob. Cit, p. 443.

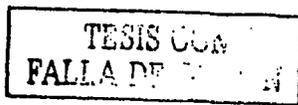


Desde que se creó la acción de dolo, se tuvo un segundo medio para darle a la teoría de la responsabilidad toda la amplitud que le faltaba, estableciendo el principio de que todo daño ocasionado por una culpa dolosa debía ser reparado. Pero tal principio no fue deducido nunca, la acción de dolo permaneció como una acción subsidiaria cuyo ejercicio se hallaba sometido a diversos requisitos.

Hubo una última posibilidad para salir del marco estrecho de los principios cuando se admitió que si, delictuosamente el autor de un daño no podrá quedar obligado con su víctima fuera de los casos previstos por la ley, no podía convertirse en deudor suyo como si hubiera habido delito, *quasi ex delicto*. Pero, en lugar de ver en ello una regla general, cuyo campo de aplicación podría ser ilimitado, los jurisperitos romanos procedieron con timidez y no admitieron obligación nacida *quasi ex delicto* sino en algunos casos determinados, de origen pretorio.

Así, el derecho romano se mantuvo fiel a sus orígenes, por no haber intervenido el legislador sino para resolver algunos casos concretos, se admite que la responsabilidad no existe más que en estos exclusivos casos.

Es desde luego muy cierto que, en un principio, fuera de esos casos, la venganza corporal seguía siendo posible, porque justamente la finalidad de los textos dictados en la materia, consistía en reemplazarla por composiciones. A medida que las costumbres se refinan, la propia idea de venganza desaparece, a medida que la autoridad del estado crece, el principio de que nadie puede hacerse justicia por sí mismo se implanta con mayor fuerza.



De esa manera, se acaba por admitir "...la responsabilidad del autor de un daño no existe fuera de un texto formal, principio que debía recoger nuestro moderno derecho penal: *Nulla poena sine lege*".⁶

Por otro lado, ha de reconocerse que iban siendo cada día más numerosos los textos legales que establecía una responsabilidad en casos particulares, permitían, en la última fase del derecho romano, asegurar no solamente la reparación de la mayoría de los perjuicios materiales, sino también la de los perjuicios morales.

a.2.) **El Concepto de culpa.**- El origen de las disposiciones que rigen nuestra materia ha tenido además influencia preponderante de este otro punto de vista. En el sistema general del derecho romano, ¿Cuál fue el lugar reservado a la culpa? Para concederle la acción a la víctima, ¿habría obrado bien o mal? Dada la manera en que el legislador enfocó el problema, tal cuestión no podría ser sino accesoria para él. En efecto, imponiendo una compensación.

Ahora bien, esos conflictos surgen casi siempre cualquiera que hay sido la conducta del autor del daño, es más que probable, en efecto, que, en una civilización primitiva como la de la antigua Roma, la víctima se atuviera al hecho brutal del daño que sufría, y no analizara el por qué del perjuicio que se le había ocasionado.

⁶ *Ibidem.*, Ob. Cit. Pág. 419.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El legislador hizo como aquélla: se detuvo mucho más en la constancia del perjuicio causado que en el de la culpa cometida, declaró que tal daño conllevaba el pago de tal composición.

Se comprendió que no cabría vengarse de ciertas personas carentes de razón: los niños y los locos. Así se introduciría un primer embrión de la idea de culpa. A medida que todos los tiempos de la venganza privada retroceden en el pasado, se olvida la causa verdadera de la impunidad de que gozan el niño y el loco, se busca una nueva, y se encuentra: si no son responsables de sus actos es porque no han obrado mal (la noción del bien y el mal no existe para ellos), es porque no han incurrido en culpa. Por eso se advierte que algunas de las disposiciones un poco generales del derecho romano, en materia de responsabilidad, le hacen algún lugar a esta noción nueva. No obstante, la ley Aquilia no exige todavía la culpa del autor del daño: sólo se precisa que exista *damnum injuria datum*, o sea, un daño causado sin que la ley autorice a cometerlo, por ejemplo, un homicidio cometido sin haber sido agredido. "Fueron tan sólo los jurisconsultos de fines de la República, entre otros QUINTO MUCIO ESCEVOLA, los que, por influencia de las ideas griegas" dedujeron la concepción, que se hizo famosa, de la culpa aquiliana: *Impunitus est qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit* (GAYO, 3 211). "La palabra injuria se convirtió en sinónimo de culpa". En cuanto a la acción de dolo, supone necesariamente una culpa caracterizada para poder ser ejercida, además, esta vez pasa la noción de culpa al primer plano, y borra casi la de daño: ante todo, lo que es pena es culpa, mucho más que el hecho de haber ocasionado un perjuicio.

TESIS CON
FALLA DE CALIFICACION

En materia de responsabilidad contractual, el derecho romano clásico no ignoraba tampoco del todo la necesidad de la culpa, pero estuvo lejos de haberle concedido el lugar que se cree. Como lo ha mostrado agudamente VICENZO ARANGIO – RUIZ, el derecho clásico se preocupaba únicamente de precisar la extensión de las obligaciones del deudor, de concretar el contenido del contrato, esforzándose así por darle la seguridad necesaria a aquella de las dos partes que se hallaba más expuesta por la ineptitud propia o por la astucia ajena. Partiendo de ello, los jurisconsultos romanos consideraron que ciertos contratos determinaban estrictamente la obligación del deudor, de modo singular los contratos particularmente peligrosos en los que una de las partes confiaba a la otra un cuerpo cierto, y esta última se comprometía a restituírselo (contrato concluido con el posadero, etc.). Se aplica entonces pura y simplemente el contrato: todo incumplimiento compromete la responsabilidad del deudor, basta con comprobar que este último no ha cumplido su obligación de restituir; es innecesaria una apreciación de su conducta; tan sólo el caso fortuito puede permitirle al deudor librarse de la responsabilidad, porque entonces, el incumplimiento no es obra de él. En las restantes convenciones, la obligación del deudor no estaba, a los ojos de los jurisconsultos romanos, determinada de manera tan exacta; el deudor, en tales contratos, no prometía un hecho preciso, un resultado determinado, sino tan sólo proceder de buena fe; estaba gravado tan sólo con una obligación general: por una parte, cumplir sin doblez, sin mala fe, abstenerse de dolo; y de otro lado, cumplir sin mala voluntad, no atrincherarse en la inacción, dar pruebas de diligencia.

Por consiguiente, procede en esos contratos averiguar si el deudor ha cumplido de buena fe; y a eso es a lo que se reduce la noción de culpa contractual en del derecho clásico.

Los comentaristas posclásicos de la escuela de Beirut son los que dedujeron de la obligación de diligencia, "...no era sino obligación de cumplimiento, la obligación de estar exento de culpa, lo cual implica un análisis de la conducta del deudor, incluso de buena fe, y lo que conduce a oponer la culpa al dolus."⁷

En todo caso, la noción de culpa seguirá siendo huidiza; la cuestión de la necesidad de la culpa no se planteó jamás en su conjunto; hubo siempre casos de responsabilidad sin culpa. Así pues, parece innecesario tratar de determinar lo que se entendería por culpa lata, levis y levissima; ¿ha habido así grados en la culpa? ¿Puede haberlos incluso? Otras tantas cuestiones que apenas si cabe resolver en derecho moderno ¿cómo solucionarlas entonces en derecho romano y cómo determinar lo que significa la fórmula repetida sin cesar. *In lege Aquila et levissima culpa ve ni?*

En realidad, es muy probable que, cuando comenzó a aparecer la idea de culpa, hubo que limitarse a una culpa cualquiera; puesto que, con anterioridad no se exigía alguna. No cabría restringir de un sólo golpe los derechos de la víctima. Originalmente, a ella sola le pertenecía constituirse en juez de la conducta del autor del daño; en adelante se le impone un principio, al menos en ciertos casos: no hay persecución posible sin culpa. Además, no se podía exigir que la culpa cometida fuera caracterizada; había que satisfacerse necesariamente con negar la acción si la conducta del autor del daño era absolutamente irreprochable, si no había ocurrido ni siquiera la culpa más leve.

⁷ GEORGES ROBIN, *De la responsabilité, notamment au point de vue de la clause de non - garantie et du fardeau de la preuve en droit romain et en droit français (tesis, Paris, 1887)*, pág. 54.

Según FLINLAUX, fue JUSTINIANO quien introdujo en concreto las nociones de culpa *lata* y de culpa *levis*, mismas que fueron reproducidas por los antiguos autores del derecho francés.

La culpa delictual de la ley Aquilia, como la culpa contractual, es la que no comete el hombre medio, el buen padre de familia. No hay que distinguir entre el excelente y el buen padre de familia, entre la culpa *levis* y la culpa *levissima*. Es cierto que, en la práctica, semejante diferencia no podía hacerse.

Poco a poco fueron imponiéndose mayores restricciones, al advertirse que la *poena* no podía existir sin una culpabilidad del agente, este último deberá haber incurrido en una culpa caracterizada.

A partir del día en que se diferenció la acción reipersecutoria de la acción penal, propiamente dicha, las ideas de responsabilidad civil y de culpabilidad tendrían que separarse de nuevo. En efecto, desde el momento en que se descubre una reparación en la suma concedida a la víctima y no una sanción ¿por qué exigir que el autor del daño haya cometido una mala acción? Ya no se trata de castigarlo.

Por otra parte esa evolución fue sobre todo inconsciente; porque ha de comprenderse, desde luego, que la apreciación de la conducta de un individuo es cosa esencialmente relativa y que las nociones de culpa grave y leve son puramente teóricas, en sí mismas nada significan; lo que pesa es su aplicación; ahora bien, esta aplicación varía con cada persona encargada de realizarla.

a. 3.) Acerca de las responsabilidades contractuales y delictuales.- “ Un último rasgo dominante del derecho romano en materia de responsabilidad, y que presenta siempre en su origen, reside en la ausencia de toda demarcación entre las dos esferas de la responsabilidad delictual y de la responsabilidad contractual.”⁸ Se distinguen hoy dos situaciones: cuando el daño causado a la víctima resulta del incumplimiento de un contrato celebrado con ella por el autor del perjuicio, se habla de responsabilidad contractual, en los demás casos, se dice que existe responsabilidad delictual o cuasidelictual, la primera como conducta jurídicamente estimada como desvalor de acuerdo a precepto legal, mientras que la segunda se manifiesta cuando ha existido imprudencia, impericia o negligencia.

Desde luego, parece que el derecho romano clásico estudió especialmente los problemas de la responsabilidad suscitados por el incumplimiento de los contratos de manera siempre fragmentaria; pero ellos, delitos y responsabilidad son términos sinónimos; y, para comprender su estado espiritual, no existe medio mejor que el de compararlo con el de los modernos penalistas: que se comete una infracción en el cumplimiento de un contrato o de otra manera, existe siempre el delito de responsabilidad penal. Sucedió lo mismo en derecho romano sobre el terreno de la responsabilidad civil, porque esa esfera se confundía con la de la responsabilidad penal. GIRARD,⁹ no deja de señalar esa confusión: “El viejo derecho civil, y en particular el derecho de las XII Tablas..., presenta acciones que se sancionan en el terreno delictivo, ordinariamente con la pena uniforme del doble, algunas relaciones sancionadas más adelante al margen de toda idea

⁸ *Ibidem.*, págs. 459 y sgtes.

⁹ *Ibidem.*, Ob. Cit., págs. 460 y 461.

de pena, como relaciones contractuales o cuasi contractuales: bastará con recordar las acciones por el doble concedidas, según la ley de las XII Tablas, en materia de garantía de evicción, de falta de cabida de la cosa vendida, de tutela y de depósito. El mismo fenómeno se repite con el edicto del pretor, más ampliamente con los edictos de los magistrados. Entre los hechos que el magistrado consideró primeramente en el aspecto penal, hay mucho que el desarrollo del derecho ha llevado a continuación a considerar en otro terreno como generadores de derecho ajenos a la idea de delito. La idea de pena es la que ha sido el fundamento de las acciones edilicias relativas a la garantía...en materia de compraventa. Partiendo también de la idea de pena de un acto desleal, el pretor sancionó lo que más adelante se denominaron pactos pretorios que, el constituyó, por ejemplo; y prometió también en su edicto acciones *in factum* por razón de relaciones jurídicas que han sido consideradas después como la fuente de acciones civiles, in jus, directas y contrarias; así como la del depósito, la del comodato... la prenda, la fiducia, el mandato, la gestión de negocios ajenos, etc.”.

En estas acciones, la condena reviste desde luego el carácter de una *poena*, que en ocasiones es del doble. Por último, lo *stipulatio poena* unida al contrato, ¿no es más que la sobrevivencia de la comparación voluntaria?

Si el derecho romano logró concebir la diferencia entre ambos tipos de responsabilidad: delictual y contractual, fue indiscutiblemente el resultado de una circunstancia accesoria: la ley Aquilia no reprimía sino los daños resultantes de hechos positivos. Ahora bien, en materia contractual, el deudor le causa regularmente un perjuicio a su acreedor mediante su abstención: al no cumplir con el hecho positivo que había

prometido realizar. Por consiguiente, al no darle al acreedor la *actio legis Aquiliae*, se le concede la acción nacida del contrato y, así, se olvida la identidad de esas dos responsabilidades al mismo tiempo que se confunde la responsabilidad contractual y el análisis del contenido del contrato. Termina por olvidarse así por qué se había dado la acción contractual; en lugar de encontrar en ella un medio subsidiario de acudir en auxilio de la víctima que no puede alegar la ley Aquilia, entre las dos acciones. Quizás se haya admitido, incluso en tal supuesto, que la víctima debía utilizar obligatoriamente la acción contractual sin poder colocarse en el terreno delictual, aun cuando tuviera el máximo interés en ello.

Por lo tanto, el derecho romano nunca consiguió librarse por completo de las primeras ideas recibidas en materia de responsabilidad; lo cierto es que conservó profundamente el vestigio de las mismas.

La condena pronunciada contra el autor del daño a favor de la víctima tuvo siempre el carácter de una composición, de un rescate, costos del perdón que extingue la venganza. Se está a una gran distancia de la concepción moderna de la responsabilidad civil, muy lejos de los daños y perjuicios, simple indemnización que tiene como propósito: reparar el detrimento experimentado.

b) EL CONCEPTO GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.- La expresión se origina del latín *respondere*, que significa "estar obligado". Sin embargo, ese concepto tan vasto no es el que técnicamente interesa al devenir de este término por las razones que se observarán en el curso de esta exposición. Pero de pronto, se

encuentra el concepto de responsabilidad dentro de los más diferentes niveles y campos. Por eso se hace mención de responsabilidad "religiosa", "moral", "jurídica", etc. La revisión de las respectivas concepciones excede notoriamente el contenido de la voz en cita. Esta le ha de construir objetiva y esquemáticamente, como corresponde a su naturaleza, lo que justifica el esmero de las transcripciones, en ocasiones extensas. De ellas puede partirse para profundizar cada uno de sus temas con sólo seguir las pautas expuestas. Hacerlo con esta oportunidad hubiese excedido notablemente los límites indicados.

b.1.) La responsabilidad en términos jurídicos.- Si se piensa en la idea de estar obligado, a la que ha hecho referencia, parecería que la palabra responsabilidad cubre el sendero que se inicia con el nacimiento de la obligación.

Así, el vendedor sería responsable de la entrega de la cosa vendida; no obstante, si se tiene en cuenta lo que se ha manifestado a propósito de la diferencia estructural entre "deuda" y "responsabilidad", podrá advertirse que la obligación de entregar la cosa por parte del vendedor constituye su deuda y solamente el incumplimiento de esa deuda originará la responsabilidad; es decir, la responsabilidad será para una doctrina muy generalizada en cuanto obligaciones que nacen con el incumplimiento de la obligación y eventualmente puede llegar hasta la ejecución de los bienes del deudor.

Debe aclararse que el concepto de responsabilidad presupone el previo incumplimiento de la obligación, cabe preguntarse si hay responsabilidad cuando una persona se cause perjuicio a sí misma. Véase el problema en el Derecho Civil. Una corriente de opinión

afirma que no, mientras que la otra, de la que participan, verbigracia Josserand y José de Aguilar Días, considera que sí.

Opina el doctrinario Aguilar Días, "...el hecho de confundirse en el mismo patrimonio el crédito para obtener la reparación y la obligación respectiva no afecta la figura de la responsabilidad. Se da el desinterés dentro de la caracterización del deber reparatorio consiguiendo a la responsabilidad."¹⁰

Los hermanos Mazeaud dicen en contra de esta teoría: "Pero, ¿cómo afirmar que la víctima responde del perjuicio que se ha causado a sí misma?

De la misma manera que nadie podría contratar consigo mismo, tampoco nadie podría ser responsable para su misma persona; sea cual fuere la fuente de la obligación, ésta no existe cuando el acreedor y el deudor coinciden en la misma persona. Un sólo patrimonio es el afectado, todo se realiza al interior de ese patrimonio, el derecho civil, que rige las relaciones de los hombres entre sí, las de uno con otro patrimonio, no podría ocuparse de semejante situación. No es posible admitir, por demasiado amplia, una definición de la responsabilidad conforme a cuyos términos: "una persona es responsable cada vez que en definitiva soporta un perjuicio".

Cualquier definición de la responsabilidad debe enfrentar a dos personas y suponer necesariamente un conflicto que surge entre ellas. Esto es, una persona que es

¹⁰ AGUILAR, DIAS JOSE, *Tratado de responsabilidad civil*. Editorial Cajica Jr. S. A., Puebla - México, 1994, Tomo I, pág. 7.

responsable debe reparar un perjuicio, porque el término – reparar – supone que el autor del perjuicio no es el que lo ha sufrido. En lugar de formular la pregunta, con Josserand, cuando se advierte la existencia de un perjuicio: - ¿Quién es el responsable? ¿Un tercero o la víctima? -, se formulará la siguiente pregunta: ¿Hay responsable? ¿Puede la víctima volverse contra un tercero, pedirle reparación del perjuicio que sufre? – No siempre que hay perjuicio hay un responsable.

¿Pero no es todo esto una mera disputa de palabras? ¿Qué importa que se llame o no – responsable – a la víctima que no puede volverse contra nadie y que, en definitiva, soporta el perjuicio?

Es cierto que en uno u otro sistema la situación de la víctima será idéntica; sin embargo, la discusión es grave y fácil de apreciar en todo su alcance. Lo que se pone en juego es el fundamento mismo de la responsabilidad civil. Se comprende, en efecto, que quienes adopten la definición restringida de responsabilidad, se muestren exigentes cuando se trate de obligar a alguien a reparar el perjuicio que ha ocasionado; sobre todo, que se opongan a condenarlo cuando nada hay reprehensible en su contra, cuando no tenga culpa alguna.

Pero ¿cómo admitir tal exigencia cuando se declara que cualquier persona, aún la víctima, que soporte un perjuicio, es de él responsable? No habría ya, en el problema de la responsabilidad, sino la comprobación de un hecho escueto, puesto que se requiere necesariamente un responsable, ¿por qué, en el caso de que no haya cometido culpa alguna, habría de serlo más bien la víctima que el autor del perjuicio? Josserand ha

comprendido tan bien la dificultad que, precisamente para negar la necesidad de la culpa, ha adoptado aquella definición amplia de la responsabilidad. " No es idéntico el estado de espíritu según que averigüemos si existe un responsable o que nos preguntemos admitida la necesaria existencia de un responsable, cuál de los dos, el demandante o el demandado va a desempeñar ese papel. En primer caso, vacilamos en proclamar la responsabilidad: es una situación nueva la que se crea. En el segundo caso, no podemos vacilar: el perjuicio, por sí solo, hace nacer la responsabilidad."¹¹

Josserand contesta la opinión de los hermanos Mazeud y se pronuncia "... a favor de la responsabilidad hacia sí mismo."¹² Al partir de una observación general sobre el lenguaje corriente que se expresa con palabras como "bajo su sola responsabilidad", "bajo la propia responsabilidad" y otras afines, estima que no constituye algo irrazonable sostener la tesis que defiende.

Afirma que nada se opone a que cada uno sea su propio responsable hacia sí mismo, del mismo modo que nada impide al asegurado y al asegurador constituir un solo ente. Reconoce la diferencia entre la responsabilidad hacia sí mismo y la responsabilidad hacia otros, pero ello confirma la existencia de dos diferentes especies de responsabilidad.

¹¹ JOSSERAND "Compendio del tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictuosa y contractua", México, 1945, I, págs. 2 y 3.

¹² Citado por DALLOZ. *La responsabilité envers soi - meme*, Editorial Au Bureau de la Jurisprudence Générale, Francia 1934; Crónica pág. 73.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En los casos de culpabilidad concurrente, el evento dañoso se asigna a los autores del delito o cuasidelito, los que responden en la proporción resarcitoria correspondiente. Aquí se observa que no son responsables ante el otro sujeto sino hacia sí mismos. Josserand lo dice gráficamente: "La falta de la víctima no exonera al autor del hecho de las consecuencias de su propia culpa, pero ello tiene por único resultado justificar el reparto de la responsabilidad." Cuando la víctima nada puede reclamar, ello ocurre porque su culpa agravia de modo exclusivo a su derecho. Josserand sostiene que cuando una persona es autora y víctima de modo simultáneo, no es un solo el patrimonio afectado sino dos, ya que en la medida en que no se puede reclamar indemnización se beneficia un patrimonio y se perjudica el otro.

Con referencia a la confusión entre acreedor y deudor dice Josserand que ella es un obstáculo de hecho más que de derecho, no incidiendo sobre la obligación sino sobre la responsabilidad de ejecutarla. La responsabilidad, añade, no es sinónimo de reparación, lo que se aprecia claramente en la regla que impide invocar la propia torpeza para dar fundamento a una solicitud indemnizatoria, lo que significa una verdadera pena que carecería de base si no mediase una responsabilidad hacia sí mismo.

Según Orgaz El daño resarcible (actos ilícitos): Si no hay esta invasión, si el acto, aún contrario a la moral social o a las buenas costumbres, no afecta ningún interés jurídicamente protegido, no hay ilicitud ni siquiera posibilidad de juicio jurídico alguno: faltaría aquí ese carácter esencial del derecho, llamado bilateralidad o alteridad, en cuanto el Derecho supone necesariamente una correlación entre dos o más sujetos.

De aquí que el suicidio y la automutilación corporal no sean acciones ilícitas – en contra de la opinión corriente- , cuando no existe interés alguno afectado, ni de la sociedad – que no las ha prohibido en sus leyes penales como ocurre en nuestra legislación – ni de otro individuo, que la ley no ha tutelado. Por excepción, la automutilación es ilícita cuando tiene como propósito no cumplir las obligaciones del servicio militar.

Colombo apunta sobre el tema, que no puede dejarse de reconocer la fuerza dialéctica de los argumentos que hemos sintetizado respetando todo lo posible el desarrollo estructural que les dio su autor. Impresionan por su aparente solidez y por su elegante arquitectura; pero si se los examina un poco más de cerca revelan enseguida las movedizas bases sobre las que reposan.

Creo sinceramente – sin olvidar el mérito que posee el pensamiento contrario – que si se acepta el punto de partida en que se coloca Josserand poco habría que añadir a su criterio, tan brillantemente expuesto; se considera, también, que si no sucede así, que si se reemplaza el punto de partida por el concepto clásico de culpabilidad, la solución propuesta por él contiene el germen de gruesos errores.

Naturalmente que, cuando en materia de responsabilidad se ve única y exclusivamente un problema relacionado con el reparto de los daños producidos, la tesis de dicho jurista es poco menos que inobjetable; quien debido a su actitud no puede cobrar una indemnización, de manera que el perjuicio tiene que soportarlo personalmente, es, sin lugar a dudas, responsable de ello; esto es, responsable hacia sí mismo. Pero ¿qué

decidir cuando no se admite semejante temperamento, cuando se aprecia la responsabilidad desde otro ángulo, sin hacer a un lado sus características subjetivas, y, cuando se la asienta no sobre la sola reparación o reparto de los perjuicios ocasionados, sino sobre el dolo o la culpa? ¿Corresponde entonces, dar una respuesta análoga? Parece que no.

Los motivos son múltiples, suponiendo, para seguir correctamente el cauce de la exposición que antecede, una hipótesis de responsabilidad concurrente, determinada por el nexo causal que se establece entre el acto de cada uno de los participantes en el hecho y las consecuencias de éste último. ¿Cuál es la situación de esos participantes vis a vis? Muy sencillo: deben responder recíprocamente por las lesiones producidas, de manera que la reparación que ha de pagarse al damnificado disminuya en la misma proporción en que la contraparte sea declarada culpable.

Si ambas lo son, puede llegarse hasta la compensación total de las dos culpas y los resarcimientos...; pero no es esto lo que ahora interesa, sino las exactas causas del fenómeno, causas que no son otras que las de la culpabilidad del sujeto activo frente al sujeto lesionado. Se es responsable no porque la responsabilidad se mida por el mayor o menor monto de la indemnización, sino porque existe de parte de uno y otro de los agentes una culpa que gravita sobre la víctima y que influye sobre aquel monto. En otros términos: la indemnización no constituye por sí misma la responsabilidad, sino que es consecuencia inmediata de ella.

No obstante – se preguntará – el autor del suceso provocado por concurrencia de culpas ¿no carga, acaso, con la que le corresponde y no es, por eso, responsable hacia sí mismo de todo aquello que no puede reclamar a la otra parte? Pienso que también este interrogante debe contestarse negativamente, pues no es la culpa la que sufre una reversión, no es ella la que, debiendo hacerse efectiva hacia el otro autor del acontecimiento dañoso, retorna sobre sí, y recae sobre la propia persona que la engendra, convirtiéndose en una responsabilidad – hacia esa misma persona –. Afirmarlo sería tergiversar el planteamiento de la cuestión y caer en un verdadero paralogismo: lo que disminuyen son los - efectos – de esa culpabilidad; lo que amenaza desaparecer es el derecho a pedir la totalidad de la indemnización que correspondería en caso de que la concurrencia de culpas no hubiese existido.

Expresa de diferente forma: las que tienden a desaparecer son las secuelas de la culpa propiamente dicha, de lo cual no se desprende que con ello se altera la relación jurídica del hecho contra jus y que la responsabilidad que nace cuando intervienen dos personas se convierte en responsabilidad de una sola y hacia sí misma, con prescindencia absoluta de la intervención de la otra.

Abundando aún más, se argüirá que hay supuestos en que el hecho obedece a la actividad de un solo individuo, de un solo agente. ¿Podrá, entonces, sostenerse igual solución? ¿No serían aplicables y acertados, en tales circunstancias, los demás racionios expuestos por Josserand?

Tampoco lo creo, ya que si nos apartamos de la extensión amplísima que ese jurista otorga al concepto de la responsabilidad todos esos razonamientos pierden consistencia y valor.

Sostener, por ejemplo, que el lenguaje común adopta soluciones que involucran el reconocimiento de una verdadera responsabilidad para consigo mismo – y valga el pleonismo, para satisfacer la claridad –, equivale a conceder jerarquía jurídica a lo que es meramente gráfico y expresión de intuiciones populares. Hablar con frases como estas: - bajo su sola responsabilidad –, - bajo la propia responsabilidad –, y otras semejantes no significa desvirtuar la noción tradicional de la culpa ni desconocer que su efectividad elige la presencia de dos o más sujetos, significa que ante una posible acción se discriminan de antemano las obligaciones que de ella pueden surgir, que se tiene plena conciencia de cuáles serán esas obligaciones y el ánimo de soportarlas directamente.

Así, quien anuncia que ejecutará un acto peligroso y antes de realizar lo emplea cualquiera de aquellas locuciones, no hace otra cosa que comprometerse a asumir las consecuencias dañosas que se produzcan, sin que ello quiera decir que esas consecuencias hacia los eventuales perjudicados desaparezcan: si los perjudicados no existen, recaerán solamente sobre el propio autor del hecho, quien no verá disminuida su culpabilidad en forma alguna”.

Algo similar puede afirmarse del llamado – autoseguro –. Los que acogen a sus beneficios se amparan en una excelente medida de previsión, laudable por más de un concepto. Sin

embargo, no es posible, en nuestra opinión, hablar entonces de la responsabilidad que habla Jossierand. Podrá, si se prefiere, hablarse de un contrato consigo mismo, pero ese contrato no evita, ni mucho menos, que la responsabilidad sea generada por el causante del siniestro y que la reparación, en lugar de pagársela este último, la pague el mismo damnificado en virtud, precisamente, de las ventajas que trae consigo cualquier medida precaucional.

Se objetará sin duda, que el siniestro puede ser producto de la imprudencia o la intención personal del auto asegurado y que en ese caso la responsabilidad será de él y de nadie más. Empero, es fácil convenir que ello no altera la situación, porque todo se reduce a cargar con las consecuencias de la propia culpa, careciéndose de acción, contra el asegurador – si lo hubiere – y soportándose el perjuicio producido, afectación que en realidad no se suprime ni disimula mediante las sumas calculadas o aportadas para constituir el fondo del autoseguro, ya que ellas se substraen de las ganancias obtenidas en el tráfico a que se dedica el interesado.

Ahondando aún más, se añadirá que – cargar con la propia culpa – es, en último extremo, ser responsable hacia sí mismo y que, por consiguiente, la tesis que se rebate se asienta sobre firmes cimientos. Basta advertir que siempre y en cualquier circunstancia acontece así, porque de lo contrario la responsabilidad no recaería sobre el autor del hecho lesivo sino sobre un tercero o un inocente. Si la culpa o dolo son imputables a alguien, éste es quien debe responder, y en tal sentido se nota claramente que siempre la responsabilidad pesará sobre el agente activo del acto dañoso.

Apartándose tangencialmente del problema, por cierto. Si se dice que puede faltar la víctima; si se asevera que el agraviado puede ser el mismo agente, con ausencia absoluta de cualquier otra persona, será bastante valorar los otros argumentos esgrimidos por el maestro de Lyon, para darse cuenta de la verdad de lo que se sostiene.

Efectivamente, si tal es la situación planteada, jamás podrá hablarse de dos patrimonios, ya que siendo uno solo el sujeto de la relación jurídica – el otro... ¡lo sería él mismo! – no es posible aludir sino también a un solo patrimonio. Por lo tanto, es baladí y contradictorio aducir que disminuye el acervo pecunario del culpable, mientras sale ganando en igual proporción el que pertenece a la persona que nada reclama, pues ¿quién va a reclamar si no hay nadie que esté en condiciones de hacerlo?

Por lo demás, aunque es exacto que imposibilidad de ejecución no es sinónimo de extinción de obligaciones, no debe perderse de vista que cuando éstas se cancelan por confusión desaparecen como tales y no existen siquiera a título de virtuosidad, puesto que desaparecen todos los caracteres que autorizan a hablar de vínculo jurídico.

Cuando en la misma persona se conjugan las condiciones de acreedor y deudor se desvanece totalmente la posibilidad de exigir el cumplimiento de la deuda, se pierde el elemento coactivo que vitaliza todo vínculo de derecho... y, por ende, se elimina también la obligación propiamente dicha. Y no se replique con el ejemplo de la hipoteca que gravita sobre un inmueble propio gracias a una subrogación legal, pues esa hipoteca que existe solamente de nombre y sólo en casos de excepcionalidad puede revivir, y

cuando lo hace... es a favor de otras personas, pero nunca a favor del mismo dueño del bien.

Por último, obsérvese que la negativa a conceder una acción contra terceros lleva implícita otra contradicción, ya que si la víctima es el mismo causante del hecho y este hecho no influye sobre aquéllos, es lógico que esa acción no puede conocerse, simplemente porque jamás ha nacido.

Suponiendo, sin embargo, que los terceros hayan tenido injerencia en el acontecimiento y reconozcan su falta de culpabilidad, la solución no se modifica, porque esa injerencia es indiferente en la interpretación del caso: la culpa es del autor del daño y la falta de acción hacia terceros deriva exclusivamente de ella.

En el primer caso, la sanción consiste en cargar con las consecuencias de la propia actividad delictual o cuasidelictual y, en el segundo, es permitir que los perjudicados persigan el resarcimiento correspondiente.

A través de todo se comprenderá que si se aceptan las enseñanzas de Josserand acerca del criterio con que debe ser apreciada la responsabilidad, no es posible dejar de reconocer que sus ideas albergan conceptos de altísimo interés, dignos de ser considerados en cuenta. Se entenderá asimismo, que si ello no ocurre, si por responsabilidad se entiende algo más que el reparto de los daños y de las respectivas indemnizaciones, su posición sufre serios defectos y debilidades. Con todo, la cuestión se presta a interesantes debates y abre vastos horizontes jurídicos. Por mi parte, estimo

que la responsabilidad hacia sí mismo puede existir desde un ángulo puramente ético, filosófico, pero no en el campo de Derecho. Tal vez nuevas reflexiones sobre el tema hagan variar esta opinión. De ser así, se debe declararlo y a dar las razones de este cambio.

Cabe decir, que es más fácil entender la doctrina de Josserand y de Aguilar Días, en una concepción donde el ataque a sí mismo entraña agresión a los intereses sociales por haber elevado los bienes individuales a la jerarquía de bienes colectivos.

En cada rama del ordenamiento jurídico hay una responsabilidad. Todas tienen elementos comunes y ofrecen elementos diferenciales que se maquilan con la particularidad de cada rama. Así, hay responsabilidad administrativa, penal, comercial, laboral, civil, etc.

La carencia de conceptos sobre la teoría general del Derecho ha permitido durante largo tiempo que se estudiara más la teoría de la responsabilidad a través de los elementos singulares de cada rama, que elevando el examen al terreno de los conceptos generales. Por ello es que esas especulaciones doctrinarias no han sido suficientemente fecundas.

b.2.) La Responsabilidad civil.- Cuando se observa la totalidad del ordenamiento jurídico – civil puede apreciarse que los ilícitos en sentido lato son numerosos y que no solamente originan indemnización de pago; sin embargo, se habla de la responsabilidad como obligación de indemnizar, con lo cual deja fuera otras figuras jurídicas que entran dentro del concepto general. Por lo pronto, el concepto de ilicitud comprende diversas

esferas. En un sentido muy lato, puede afirmarse que es ilícita toda conducta activa o pasiva que transgrede el ordenamiento jurídico. Circunscribiendo más el concepto, se advierte que es ilícita toda conducta transgresora de ese ordenamiento que cause un daño, más aún, puede verse como ilícita toda conducta voluntariamente transgresora que cause un daño. Dentro de éste último concepto se tienen los casos más diversos, pero se aclara que ya en el anterior se encuentran las bases del enriquecimiento sin causa, figura jurídica que, como es sabido, no requiere de voluntad en el agente.

Dentro del segundo y tercer conceptos de ilicitud se tienen diferentes casos. Así, cuando un padre incumple sus obligaciones, se le sanciona con suspensión o privación de la patria potestad. Se está ante un ilícito y su correlativa sanción. Si un cónyuge incumple sus obligaciones se le sanciona con el divorcio o la privación de la custodia de los hijos; igualmente si se celebra un acto jurídico marginando las normas que regulan su estructura lícita se sanciona con anulación. Lo mismo si alguien, aun sin voluntad, incorpora o se le incorpora un objeto a su patrimonio careciendo de causa legítima para que ello acontezca y se le obliga a devolverlo so pena de la acción *in rem verso*.

De análogo modo si se incumple un contrato con dolo o culpa y se sanciona con la indemnización de los perjuicios, o si se comete un delito o un "cuasi - delito" y se sanciona también de la misma manera.

De estas breves menciones surgen claramente distintos ilícitos, de algunas en particular, como acontece con el enriquecimiento sin causa. Interesa al presente, de modo singular, la que fija las ideas generales sobre la responsabilidad civil, la mayor parte de cuya

estructura se vincula con la ilicitud – en el sentido de acto ilícito – que genera indemnizabilidad.

c) LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO HASTA LA ÉPOCA MODERNA.- Cabe esquematizar la evolución experimentada por todas las legislaciones en el ámbito de la responsabilidad civil descomponiéndola en algunas fases muy diferenciadas:

Originariamente el problema queda, en cierto modo, al margen del influjo del derecho; ni las costumbres ni la ley, con mucha más razón se preocupan en absoluto de los daños causados a los particulares: tiempos primitivos en los que la libertad de cada cual no tiene otros límites que la fuerza de sus semejantes. Pero la fuerza desencadena la fuerza; el que ha sido lesionado tratará de vengarse, de volver el mal con mal; es así como lo conciben los que no tienen otros límites que la fuerza de sus semejantes.

“Poco a poco, esa concepción se introduce en la esfera jurídica. Por la fuerza de la costumbre, el talión se convierte en una norma. La víctima adquiere el derecho de venganza; pero, a medida que se complican las relaciones sociales, desaparece el orgullo primigenio del hombre, su sentido brutal del honor se suaviza; la víctima piensa que, en lugar de vengarse en la persona de su adversario, le será más provechoso cobrarse sobre su patrimonio, mediante una suma de dinero; consentirá en el perdón, es la composición cuyo importe se fija por acuerdo de ambos interesados.”¹³

¹³ JHERING, *Espíritu del derecho romano*, Ed. 30. Editorial Libreria Editrice formi – Editore edicine de Paria, 1969 Tomo I y II, pág. 53.

Se extiende cada vez más la práctica de esas composiciones voluntarias; por eso, el día en que la autoridad se siente suficientemente fuerte para imponer su voluntad, sancionará ese uso, lo hará obligatorio. En lo sucesivo, la víctima no podrá hacerse justicia por sí misma; estará obligada a aceptar la composición; la autoridad fija su cuantía por anticipado.

Todavía, durante mucho tiempo, algunos daños quedarán al margen de toda tarifa; por ejemplo, no resulta dudoso que los atentados contra el honor no siempre puedan repararse con el pago de una suma de dinero; la supervivencia del duelo hasta nuestros días no es sino la prueba de ello y también esos juicios por daños y perjuicios en los que la víctima se niega a reclamar cosa distinta de una suma simbólica.

Al mismo tiempo que interviene en las controversias entre particulares, la autoridad sanciona a quienes la atacan y le infligen perjuicios. No persigue, en principio, sino a los autores de infracciones cometidas directamente contra ella; pero, no tarda en advertir que ciertos daños inferidos a algunos particulares le afectan indirectamente a ella, porque perturban el buen orden. Castiga entonces a los autores y, en primer término, a los que generan las infracciones más graves, tales como el asesinato, el robo; luego, poco a poco, a los de un número de delitos cada vez mayor.

En adelante, habrá dos categorías de transgresiones: los delitos públicos, reprimidos por la autoridad; los delitos privados, en los que aquélla sólo interviene para evitar los conflictos, para fijar la composición.

A partir de que el Estado se atribuye la misión de penar, de castigar a los culpables, la concepción de la responsabilidad se transforma, porque se desdobra. En otros tiempos, sólo la víctima tenía la carga de sancionar con una pena al autor del daño, pena corporal, luego pecunaria (composición); pero, constituía siempre la expresión de la venganza. En lo sucesivo, el Estado es el que pena y, muy pronto, es él el único que pena; ¿quiere decir eso que ha terminado el papel de la víctima?

“No, sino se ha transformado, la víctima pide solamente una indemnización; ya que es cuestión de venganza, sino de reparación. En adelante existen dos responsabilidades distintas: la responsabilidad penal y la responsabilidad civil. El día en que la acción represiva pasa a manos de la víctima a manos del Estado, nace la acción por daños y perjuicios. Tal ha sido la evolución general.”¹⁴ El derecho romano y el antiguo derecho francés se ajustaron a ella.

Alejada de toda idea de pena, la responsabilidad civil debía permanecer necesariamente ajena a esa evolución. Resulta capital dejar constancia de ello; porque son numerosos los que, queriendo destruir la idea misma de la culpa civil, pretenden que se aprecie incorrecto, como la culpa penal. Se esfuerzan entonces, en vano, para mostrar que tal concepción es indefectible en la esfera civil, donde se trata de indemnización y no de sanción, que, en consecuencia, la culpa deber ser borrada pura y simplemente de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil.

¹⁴ JHERING, *De la faure en droit privé*, por SENN, págs. 417, en *Revue historique de droit français et de droit étranger*, Editorial Edición de Paris, Paris – Francia, 1928, págs. 335 y sigts.

Solamente en una medida muy restringida, las ideas nuevas que revolucionan la responsabilidad penal ejercieron alguna influencia sobre la responsabilidad civil. Sin duda se debe a la jurisprudencia que se estableció sobre la responsabilidad civil del loco y la del niño sin uso de razón: los tribunales, como en materia penal, tienen en cuenta, para exonerar al agente, su estado espiritual, por el hecho de que no son moralmente responsables.

Es la misma corriente la que se manifiesta en la tendencia de la jurisprudencia a considerar la gravedad de la culpa para determinar la cuantía de los daños y perjuicios; en efecto, se advierte con frecuencia que los jueces fijan la suma concedida a la víctima no solamente según la importancia del daño experimentado, sino también en consideración del carácter más o menos delictivo del acto dañoso.

Los tribunales parecen creer, que la "reparación a la que sea condenado el autor del hecho dañoso es una penal civil; ahora bien, toda pena debe ser proporcionada a la gravedad de la culpa. El error cometido es grave; será uno de los mejores argumentos que podrá esgrimirse por los partidarios de la teoría del riesgo.

Pero ello no constituye sino aspectos de detalle. Si se considera en su conjunto la evolución que se produjo en los tres primeros cuartos del siglo XIX, se advierte la responsabilidad penal transformada por la apreciación de la culpa en concreto y separada así definitivamente de la responsabilidad civil, que se mantiene fiel a la apreciación in abstracto.

c.1.) Como evoluciona la idea de la responsabilidad.- Se ha manifestado que la expresión “responsabilidad” es moderna. El abate Feraud dice en su Diccionario Crítico de 1789 que pertenece a Nacker. Los hermanos Mazeaud recuerdan también que Domat nada dice de ella y que Pothier apenas emplea la expresión en sus profundos estudios.

De todos modos el comienzo institucional de la responsabilidad, ese embrionario, se pierde en la noche de los tiempos.

Su primera etapa aparece caracterizada con la pretensión del ser humano de formalizar conceptos jurídicos mediante proyecciones conceptuales que le excedían, como eran las religiosas.

En la venganza privada cada persona procuraba hacerse justicia causando un daño idéntico a otro, sea el que había cometido el daño, un familiar de él, cuando no una tribu, etcétera. Era la primitiva concepción de justicia, donde la indiscutible responsabilidad objetiva, a veces sin relación causal – de acuerdo con lo que hoy se entiende por esta relación –, se había atenuado un tanto mientras cobraba cierta vida la idea de la responsabilidad subjetiva.

Todo ello en medio de una confusión entre las que se llamaron después “ramas del derecho”, mucho más cuando en Roma, por ejemplo, todo el derecho de los quirites se llamaba civil y comprendía tanto el Derecho público como el Derecho privado.

Ese uso de la venganza fue cobrando por su persistencia una jerarquía institucional más orgánica. Lo que al principio fue impulso se transformó después en derecho y así aparece la llamada "ley del talión" (verbigracia, Exodo, Letívico, Código de Hammurabi, régimen jurídico de los Menangkabao –regiones centrales de Sumatra –, de los Battakas – en otras regiones de Sumatra –, etc.).

Antes de continuar, conviene que se vea como ejemplo lo que ocurría entre las mencionadas tribus de Sumatra. Dentro de los primeros el incumplimiento de la obligación ponía en juego dos elementos coactivos: el embargo – tarik – y la reducción al deudor.

Los sujetos eran primeramente las comunidades domésticas, el incumplimiento de las obligaciones debía ser voluntario. Dentro de los segundos los sujetos eran las familias, no los individuos. Sólo por excepción eran estos últimos. No hay tarik, pero sí esclavitud.

Eran los momentos en que predominaba la venganza privada, aunque también era el tiempo en que se veía la necesidad de ir sustituyendo ese antiguo tipo de sanción por un ataque al patrimonio y no a la persona.

En ese orden de ideas se pensó en la posibilidad de que el ofendido resignara su derecho a la venganza mediante el pago de una suma de dinero. A esto se denominó composición, instituto que comenzó a ser voluntario para transformarse luego en uno legal.

De ahí se fue incidiendo más sobre el patrimonio hasta el estado actual de cosas, con la excepción del instituto llamado "prisión por deudas", que hoy nos parece un procedimiento excesivo, pero que constituía un adelanto en comparación con las formas primitivas a que se ha hecho debida referencia. Es interesante observar algunos rasgos concretos de la extensa y, a veces, dolorosa evolución del concepto sobre responsabilidad.

En derecho romano primitivo se daba una confusión profunda entre los conceptos de "reparación" y "pena". La infracción cometida en el campo contractual era considerada como la producida fuera del contrato. La distinción entre ambas ilicitudes, se dice, nació de modo circunstancial.

La ley Aquilia reprimía hechos positivos y no negativos. El incumplimiento contractual pertenecía a ese tipo. Entonces se concedió al acreedor la acción derivada del contrato y la responsabilidad contractual se confundió con el contenido de aquél.

En la época en que el Estado, con la composición legal, castiga a los culpables y los particulares se conforman con la indemnización, adquiere una idea de responsabilidad con sentido más acorde a la actual.

La confusión mencionada entre pena y reparación deja entonces su sitio a la diferencia entre ellas, y en un proceso de profunda espiritualización de los conceptos nace la idea de la culpa como auténtico eje de la responsabilidad. Ello acontece en Roma con los

juristas de fines de la república. Influidos de ideas griegas, muy especialmente en el caso de Quinto Mucio Scévola, toman la idea de la culpa aquiliana y en materia contractual vinculan la culpa con las ideas de buena fe y diligencia.

Las ideas positivas del campo penal, como Ferri lo reconoce con orgullo, influyeron en buena medida para que naciera la idea de responsabilidad sin culpa en su versión moderna. La situación de la víctima y la necesidad de acreditar la culpa del agente transgresor, a veces poco menos que imposible, y la cantidad de accidentes que trajera el maquinismo, hicieron que naciera la idea de la responsabilidad sin culpa en la ya mencionada versión moderna.

Ello dio origen al nacimiento del Derecho laboral y a las revolucionarias ideas de Saleilles durante el final de siglo pasado. Así nace la teoría del riesgo, que defienden fundamentalmente Josserand, Demoque y Savatier.

Más adelante se difundió la idea de la seguridad social, el ente colectivo absorberá, cada uno en parte ínfima, la desgracia económica entre las personas, y ya no se producirán las injusticias que ese excesivo alargamiento de la idea de responsabilidad sin culpa puede ocasionar. Si se atisba la situación contemporánea en materia de responsabilidad civil, se han de ver, entre otras, a las siguientes tendencias:

- a) Se acentúan las presunciones de culpa, recurso único que el legislador emplea para superar la dificultad probatoria que encuentra la víctima.

- b) Se va transformando la responsabilidad aquiliana en una de tipo contractual, merced a la idea de seguridad, inicialmente en el contrato laboral.
- c) Se produce el afinamiento de la concepción de la culpa, recogiendo los jueces hasta la llamada ""alta levisima"" fijando la doctrina de la falta en la guarda de las cosas y la teoría del riesgo.
- d) Se extiende la idea de solidaridad o seguridad social para evitar los inconvenientes a que puede conducir el exceso de una condición que ve la responsabilidad sin culpa.

A todo ello ha de agregarse la necesidad de que el derecho civil reciba doctrinas del derecho penal para que, adecuándolas a sus propias normas, produzca conjuntamente, teorías sobre la unidad de la responsabilidad civil alrededor de la unidad esencial de los diversos sistemas y sin defecto de las diferencias específicas que pudiesen separarlos.

En ese sentido, en la Cátedra Integral de Obligaciones se ha dicho recientemente: "En primer término, la – ilicitud objetiva – constituye un tópico manejado de modo sistemático por los juristas de Derecho penal. El civilista debe hacerlo, si también con mirajes que trasciendan el Código civil, especialmente cuidando de extraer el tema de la estructura normativa de ese Código y no de otro.

Se dice que en cierto modo, pensando en el viejo – Derecho quirritario romano –, el Derecho Penal viene a retribuir parcialmente o como rama de ese añejo árbol, al Derecho civil, del que nacen o emanan todos los conceptos fundamentales que aquél le entregó en su oportunidad. Se puede afirmar, además, que muchos de los puntos que se

analizarán en esta investigación, han sido en cierto modo insinuados a través de intervenciones anteriores de estudiosos del derecho.

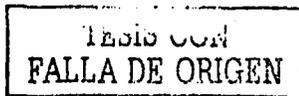
En ese tratamiento sistémico del tema, está presente uno de los modos de analizar este concepto de la – ilicitud civil – que lleva a la indemnización. No pretende entonces ser el único, ni siquiera el mejor en el orden científico. Es concepto distinto. Sólo desea – eso sí – ser el más claro para la comprensión del lector.

c.2.) La Teoría del Riesgo en la Responsabilidad Civil.- Transportada al terreno de la responsabilidad civil, la teoría italiana entrañaba el riesgo de lograr en ella el éxito completo que no había podido conseguir en el derecho penal. En efecto, la condena civil está desembarazada de todo carácter de castigo.

Entonces, ¿por qué mantener en esto la noción de culpa? “La cuestión tenía que plantear necesariamente a los que habían estudiado la tesis de la escuela positivista y a quienes, fueran juristas o filósofos.”¹⁵ Que no se encasillaran en el ámbito del derecho penal.

FERRI comprendió muy bien de esa suerte la influencia ejercida por su doctrina sobre los civilistas; además, la destaca sin modestia: “En la actualidad se difunde en Francia una teoría objetiva de que la responsabilidad es independiente de la culpa, conforma la razón común de la responsabilidad civil y penal... En la esfera jurídico – criminal, como

¹⁵ LEVY – BURUHL, *Lidée de responsabilité, tesis doctora de Letra, Paris Francia 1884, pág. 79*



en la esfera jurídico – civil, todo hombre, siempre y en cada caso, determina para cada una de sus reacciones una reacción social correspondiente: por consiguiente, experimenta siempre las consecuencias naturales y sociales de sus propios actos, de los que es responsable, por el solo hecho de que los ha realizado”.

Nació así la llamada teoría del riesgo, que agrupa a todos aquellos para los cuales la responsabilidad civil es independiente de la idea de culpa.

Su aparición, en la historia de la responsabilidad civil, una fecha memorable; porque con ella, por primera vez, se va a discutir un principio que, hasta entonces, parecía intangible: la necesidad de una culpa para exigir la responsabilidad civil de aquél que por su actividad haya ocasionado un daño.

Además, todo conducía a los autores a intentar la ruptura con la regla tradicional. No sólo la vasta corriente de ideas nuevas que conmovía al derecho penal, sino sobre todo la evolución profunda del medio social, la transformación de las condiciones de vida.

En efecto, en esa época se desarrolla la gran industria; con ella, los accidentes de que son víctimas los obreros. ¿Era preciso, pues, obligar al obrero a probar la culpa cometida por su patrono?

La teoría tradicional estaba forzada desde luego a exigirlo. Pero, entonces, las víctimas de accidentes del trabajo se solían encontrar casi siempre en la imposibilidad de obtener reparación por deberse generalmente el accidente al funcionamiento mismo de las

máquinas, fuera de toda culpa cometida por el patrono: ¿No habría en ello algo de injusticia? ¿No era urgente acudir en socorro de los obreros víctimas de accidentes del trabajo?

Para lograrlo se buscaron primeramente medio oblicuos. Se construyó un primer sistema sobre la extensión del Código Civil. Ese cuerpo declara responsable al propietario de un edificio que se derrumba, cuando el accidente es debido al vicio de construcción.

Es preciso, se ha dicho, asimilar a esa situación la del propietario de una máquina que, por su vicio o defecto, causa un daño a los obreros. La víctima no tiene que probar así la culpa del patrono; pero debe establecer el vicio de construcción de la máquina. Así pues, la dificultad cambia sencillamente de lugar.

Por eso se buscó un nuevo medio para asegurarle a los obreros una protección más eficaz; se trasladó el problema del terreno de la responsabilidad delictual al de la responsabilidad contractual. SAUZET Y SAINCTELETTE se esforzaron por mostrar que el patrono está obligado, por el contrato de trabajo celebrado con el obrero, a garantizarle seguridad, en consecuencia, si el obrero se lesiona el patrono ha faltado a su obligación; a causa de ese hecho es responsable, a menos que demuestre que el accidente posee una causa ajena a él: se invierte así la carga de la prueba.

El resultado buscando se lograba, pero la construcción no consiguió penetrar en la práctica: la jurisprudencia no consistió jamás en admitir que, en el contrato celebrado con el obrero, el patrono se hubiera comprometido a restituir sano y salvo a éste último.

Al no poder alcanzar indirectamente su finalidad, los autores se enardecen: puesto que la necesidad en que se encuentra el obrero de probar la culpa cometida por su patrono es lo que le impide que se le indemnice, aquéllos suprimen la culpa; afirman que se es responsable nada más que, porque al obrar, se ha causado un daño, independientemente de cualquier culpa. Es la teoría del riesgo.

El que crea una fuente de daño, así como el que explota una fábrica, debe reparación si los riesgos se concretan. El exclusivo hecho del perjuicio compromete su responsabilidad; es la contrapartida de los beneficios que obtiene de la empresa.

En un folleto titulado "*Les accidents du travail et la responsabilité civile*", apareció en 1897, SALEILLES se niega a tomar en cuenta la historia y los trabajos preparatorios y afirma que la culpa no es otra cosa que un hecho generador de daños. Hasta entonces, a la luz de los trabajos preparatorios, no se había visto sino el simple anuncio de las disposiciones que seguían, relativas a la responsabilidad por el hecho ajeno y a causa de los animales.

SALEILLES Y JOSSERAND, guiados por una jurisprudencia nueva, pretenden, por el contrario, encontrar en tal fase porque proclama la responsabilidad del que tiene una cosa en su custodia un principio absoluto, que posee valor intrínseco; la separan del contexto: "Se es responsable... del daño que se causa por el hecho de... las cosas que se tienen en custodia". Por consiguiente, desde el instante en que una cosa cause un daño,

su guardián es responsable, que haya incurrido, o no, en culpa: existe ahí, consagrada una responsabilidad *ob rem*, liberada de toda consideración subjetiva.

Pero, casi al día siguiente de su publicación, las teorías de SALEILLES y de JOSSERAND, constituidas para acudir en socorro de los obreros, no tuvieron ya objeto; en efecto, el legislador intervino, a favor de las víctimas de los accidentes del trabajo, trazando para ellas algunas reglas de excepción.

“Eso no constituyó, para los partidarios de la teoría del riesgo, una razón para desarmarse. A fin de resolver una dificultad particular, habían tenido que establecer un principio general: era entonces humano que no se contentaran con las disposiciones excepcionales de la ley y, por el contrario, que extrajeran de ellas más fuerza para combatir la necesidad de la culpa. Cada día iba en aumento el número de los partidarios de la tesis nueva. Se vio al gran jurisprudencista LABBE abandonar la concepción tradicional que había defendido en otros tiempos...”¹⁶

Fue seguido muy pronto por ESMEIN; mientras que algunos jóvenes autores que, al mismo tiempo adquirieron la notoriedad, como TEISSEIRE Y RIPERT, defendían con pasión y habilidad el nuevo punto de vista.

Sea cual fuere el éxito que encontrara en la doctrina la teoría del riesgo, chocó con resueltos adversarios. La tesis de la culpa conservó leales defensores. Así, los

¹⁶ GEROGES COHENDY, *La méthode d'un arrêstite au XIX^e siècle: Labbé; son application aux questions de responsabilité tesis*, Lyon, Francia, 1910, Pág. 140.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

partidarios del riesgo tropezaron siempre con la autoridad de PLANIOL, sin miramientos, el eminente civilista mostró los defectos del sistema cuyas consecuencias le parecían "monstruosas"; ya que "nunca se demostrará la utilidad ni la equidad de la responsabilidad objetiva; al suprimir la apreciación de las culpas en las relaciones humanas, se destruirá toda justicia".

A medida que la teoría nueva retrocede en el pasado, se comprende mejor la exactitud de esas críticas. Es cierto que hoy la tesis de riesgo ha perdido mucho terreno en la doctrina.

Varios de los que habían defendido, y singularmente RIPERT, han reconocido la necesidad de retomar a la culpa. La gran mayoría de los autores se han pronunciado en ese sentido. JOSSERAND, DEROGUE y SAVATIER han seguido siendo casi los únicos partidarios de una responsabilidad civil sin culpa. "Esa declinación es la teoría del riesgo, que no alcanza, por otro lado, sino al derecho civil propiamente dicho, porque si la tesis nueva conserva el favor de gran número de autores especializados en el derecho público: de cuantos defienden la materia las ideas de DUGUIT."¹⁷ Se conocen hoy adversarios, que se apoyan en HAURIUO.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

¹⁷ DUGUIT LEON, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, Ed. Troisième, Editorial Ancienne Librairie Fontemoing & Editeurs, Francia, 1918 pág. 96; *Traité de droit constitutionnel*, t. I, pág. 256; *Manuel de droit constitutionnel*, n. 96; *Les transformations du droit privé*, pág. 222.

CAPITULO II.

DERECHO COMPARADO

a) ELEMENTOS COMUNES A TODA RESPONSABILIDAD CIVIL.

a.1.) La Acción y la Antijuricidad.- Sin perjuicio de reconocer ulteriormente la diferencia de consecuencias, y a veces de presupuestos, se intentará la exposición de dos elementos comunes a toda responsabilidad por daños. Responden a un principio común de Derecho y a la misma finalidad reparadora comprendida en el concepto genérico de indemnizar. Y esa responsabilidad, contractual, extracontractual, guarda analogía con la responsabilidad penal, por ser ambas expresiones de un mismo principio de culpa. Estas afinidades básicas permiten evidentemente trazar un esquema de principios comunes entre sus elementos esenciales.

La autorizada doctrina moderna reconoce también la igualdad de principios fundamentales de la infracción contractual y de los actos ilícitos: en ambos casos, los conceptos de la misma culpa, de la antijuricidad y de la causación. El concepto y clases de daños son, desde luego, comunes, aunque haya de hacer distinciones en cuanto a la mayor o menor frecuencia dentro de uno u otro ámbito de unas y otras clases de daños.

Estos elementos comunes fundamentales podemos reducirlos a los siguientes: 1) La acción y omisión infractora del contrato o productora del acto ilícito. 2) La antijuridicidad de la misma y causas que la excluyen. 3) La culpa del agente. 4) La producción de un daño. 5) Relación causal entre la acción u omisión y del daño.

a.1.1.) Concepto de la acción.- "Ha de entenderse por acción todo obrar humano voluntario y por ello objetivamente imputable; es decir, concebido como controlable por la voluntad a la cual se imputa el hecho."¹⁸ "Por consiguiente, el concepto jurídico de la acción es distinto que el filosófico, que sólo comprende el obrar querido. Aquél comprende, además, la producción de un resultado mediante un movimiento corporal o inconsciente, en tanto se dé la posibilidad de un control de la conciencia junto a la dirección de la voluntad."¹⁹

En sentido filosófico puede aquí hablarse con certidumbre de una forma previa o preliminar del obrar, pues lo que indica la acción en el sentido de su concepto filosófico es la realización de la voluntad en virtud de una actividad dirigida a un fin. Por el hecho de ir dirigida al objetivo propuesto por la voluntad se diferencia, en efecto, la situación humana del ciego acontecer causal; sin embargo, el agente ha de responder jurídicamente también de aquellas consecuencias de su actuación relacionadas con sus

¹⁸ LARENZ KARL.: *Derecho de obligaciones, vol. II, traducido al español, Editorial Revista de Derecho Privado., España 1959, págs 564 y ss.*

¹⁹ Es decir, un automatismo, Ejemplo: una persona durante una conversación y por un movimiento completamente inconsciente rompe un jarrón (LARENZ, Ob. Cit.)

acciones que no ha previsto y aún las que no ha querido, pero con las cuales, según la previsión humana debió contar, y por ello han de considerarse controlables por él.

En esa imputación objetiva del hecho, indispensable para la constatación de la responsabilidad, que hemos de diferenciar de la imputación por culpa, es decir, de la acusación personal basada en la culpa, está el fundamento para incluir tales – formas preliminares – del obrar en el concepto jurídico de la acción, a las cuales no sirve de base un acto de voluntad consciente, - objetivamente imputable – a la voluntad humana es también aquella conducta, porque se dio en definitiva la posibilidad de un control de la conciencia.

En este sentido puede - obrar – también un niño o un enfermo mental. Por el contrario, los movimientos durante el sueño o en otro estado de inconsciencia no son acciones tampoco desde el punto de vista jurídico, porque en ellos falta toda posibilidad de control de la conciencia. Igualmente los actos realizados bajo – coacción absoluta – no son tampoco objetivamente imputables, y por ello no constituyen acciones en sentido jurídico.

La medida de la imputación objetiva es decisiva para determinar hasta donde se han de considerar los efectos alejados de la acción como – consecuencias – de la misma en sentido jurídico, que pueden imputarse al agente si se dan los demás presupuestos de la responsabilidad. Objetivamente imputables son, como se verá, todas las consecuencias más lejanas que sean todavía - adecuadas – a la acción, es decir, aquéllas que según las

experiencias de la vida había que considerar como de posible realización y no completamente inverosímiles.

Son también imputables las consecuencias derivadas de una omisión, en cuanto sucesos cuya realización le fue posible impedir al agente cuando estaba obligado a intervenir.

a. 1. 2.) La antijuricidad.- Es otro de los elementos comunes a toda responsabilidad por daños causados a otro. Su noción no aparece en todo caso con la suficiente claridad y oscilación entre un concepto amplio que la identifica con lo ilícito a un concepto estricto que la limita a lo que es contrario a la ley positiva.

Si la palabra ley se toma en sentido lato, incluyendo los pactos contractuales que son ley para los contratantes, puede llegarse a un concepto aceptable de antijuricidad. Así Gnitzer la define como – la infracción de una norma, ya que la ley infrinja la norma expresa, ya atente a la finalidad que la misma persigue, o ya lesione principios jurídicos superiores –.

Explicando este último aspecto dice que el atentado a las buenas costumbres (Sittenwidrigkeit) es un caso de antijuricidad. En sentido no tan amplio, Nipperdey define la antijuricidad (lo injusto) como la lesión (en ciertas circunstancias, también la creación de un riesgo) de intereses jurídicamente reconocidos (bienes jurídicos) por medio de acciones contrarias a los mandatos o prohibiciones del ordenamiento. Se

opone así este autor a la doctrina que identifica la antijuridicidad con el resultado de la infracción de la norma y se apoya exclusivamente en el menosprecio de ese resultado.

Según Nipperdey, en el juicio de antijuridicidad sólo estará completo cuando además del resultado o lesión de intereses se atienda también a la función determinante de la norma jurídica.

Frente a una posición y otra han surgido tesis intermedias que en definitiva sostienen que una acción puede ser antijurídica, o porque es contraria a determinada norma de conducta, o porque afecta directamente contra el mandato general de diligencia, presupuesto expresamente en algunas normas.

Desde otro punto de vista, Esser considera la antijuridicidad como medio para delimitar hasta dónde llega la imputación de daños a una persona. Dice que no es suficiente para imponer la obligación de resarcimiento que se dé una relación causal adecuada entre el acto y el daño, se requiere además que el reclutado dañoso esté prohibido por la ley o por el contrato; que el ámbito de protección de los pactos contractuales o de las disposiciones legales sobre actos ilícitos incluya los bienes afectados.

Así la imputación de daños se torna en una cuestión – normativa –. Es la norma la que debe determinar si quiere indemnizar este daño surgido de – esta forma concreta –. Es preciso que el curso causal dañoso no sólo sea conforme con la experiencia de la vida, sino también con la significación de ilicitud de la conducta causante o del riesgo de la

explotación responsable. Todo ello no supone confundir la teoría de la adecuación con la antijuridicidad, sino entender que ambas se complementan.

Aunque en sentido estricto las omisiones no son causantes de daños, pueden ser, sin embargo, antijurídicas cuando afecta al omitente una especial obligación de evitar el daño, impuesto por la ley (por ejemplo, la patria potestad), por su oficio o cargo.

Por tanto, la relación de antijuridicidad puede servir para delimitar las consecuencias dañosas de una conducta. Desde el punto de vista de la responsabilidad civil, la antijuridicidad es un concepto relativo. Por un lado, la misma conducta puede ser frente a una persona antijurídica; frente a otra, no.

El enjuiciamiento de lo ilícito presupone tres cuestiones:

- 1) Sujeto pasivo de la conducta antijurídica (frente a quién se ha infringido el deber).
- 2) Contenido y alcance de la infracción (en qué y por qué se ha infringido la norma).
- 3) Fundamento de la calificación ilícita de la conducta (en atención a qué consecuencias esa conducta debe ser calificada de antijurídica).

Por otro lado, el juicio de antijuridicidad contribuye para calificar las diversas condiciones o presupuestos que concurren en un resultado para establecer que solamente serán antijurídicas aquellas condiciones que infrinjan la finalidad protectora de la norma que sirve como base en el caso concreto a la pretensión de indemnización.

En cierto modo es la relación o juicio de antijuridicidad el último factor de la imputación. Es decir, a la culpa o a la creación de un riesgo, y a la casación de los daños, ha de añadirse esta característica delimitadora que es la antijuridicidad de la conducta.

Este será el último factor de análisis, en cuanto son necesarios los dos primeros para poder pasar su examen.

Un breve repaso de los principales códigos civiles extranjeros pone de relieve que, salvo los que siguen la fórmula o cláusula general del Código Francés los demás mencionan expresamente la nota de antijuridicidad de la conducta, como característica necesaria previa a la declaración de responsabilidad civil. Así, el Código Austriaco, el más antiguo en el tiempo, en su párrafo 1.294, dice que el daño deriva de una acción u omisión antijurídica (*widerrechtlichen*), y que el daño antijurídico puede ser intencional o no intencionalmente causado.

El párrafo 1.295 regula la acción del perjudicado para reclamar indemnización por el daño que culposamente se le haya causado.

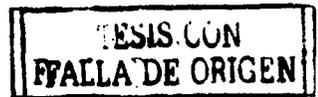
De igual forma el Código Civil Alemán (párrafo 823) exige, para que surja la obligación de indemnizar, que se lesione culposa o dolosamente bienes jurídicos ajenos antijurídicamente. Y de acuerdo con estos preceptos legales, tanto la jurisprudencia alemana como la austríaca, reconocen a la antijuridicidad como característica indispensable delimitadora de las consecuencias de la conducta ilícita o peligrosa. La

misma dirección sigue el Código Suizo de obligaciones (artículo 41): Está obligado a indemnizar el que causa a otro daños "antijurídicos", ya con intención o ya culposamente.

"La expresión germánica – widerrechtlich – (contrario al Derecho o antijurídico) es sustituida en los códigos últimamente promulgados en los países latinos por la de ilicitud o injusticia. Así el código civil de Italia (artículo 2.043) habla de – qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altari un danno ingiusto... –, con lo que, según la doctrina."²⁰

Se es resarcible el perjuicio derivado de un comportamiento injusto que lesiona un derecho subjetivo reconocido y protegido por una norma. Pero el término – ingiusto – que el citado precepto utiliza puede no sólo interpretarse en el sentido de antijurídico – contra ius –, sino también en el sentido de – no justificado – (*non iure*), con la consecuencia que el daño resarcible será el causado por el acto lesivo no autorizado por la norma, es decir, sin concurrir una causa de justificación. De esta forma, el *alicrum non laedere* cumple su función equitativa de suministrar protección a todo interés merecedor de tutela, cuando ello no se halle expresamente previsto en las normas y se concilie con la exigencia opuesta de proteger el desarrollo de actividades que en consideración a exigencias sociales autoriza el legislador, aún a costa del sacrificio ajeno.

²⁰ *La responsabilita civile nella giurisprudenza, Ed. 1ª, Editorial Edizioni Cedan – Padova, Italia. 1967.*



El Código Civil Portugués (artículo 483) se refiere a la violación – ilícita – del derecho de otro o de cualquier disposición legal destinada a proteger intereses ajenos. Ha corregido así el texto del artículo 159 del código civil de Brasil, que, siguiendo al Código Francés, sólo habla de violación de un derecho, sin exigir al menos expresamente que la violación sea injusta o ilícita.

En el que se denomina, grupo francés por seguir la fórmula del Código Napoleón, figura el Código Civil Español (artículo 1902) y varios de Hispanoamérica (como el de Panamá, artículo 1.644, el de Colombia, artículo 2.341, el de Chile, artículo 2.314, y el de Puerto Rico, artículo 1.802). No se recoge en ellos el término de daños antijurídicos, injusto o ilícito; pero se estima que ha de entenderse implícitamente incluido en su texto, como lo pone evidentemente de relieve la jurisprudencia del respectivo texto legal.

En efecto, la jurisprudencia francesa exige que el demandante justifique no un perjuicio cualquiera, sino la lesión cierta de un interés legítimo jurídicamente protegido, lo que equivale a decir que el daño se ha de causar violando una norma protectora de un determinado bien o interés.

B) LA CULPA COMO PRESUPUESTO GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

La doctrina civilista actual, aclarando el requisito clásico de la culpa, apoyada en parte en el desarrollo científico del derecho penal, le ha dado una estructuración más sistemática. Se habla ya usualmente de – antijuridicidad – para designar que la

responsabilidad civil ha de fundarse en una conducta antijurídica de la persona causante de los daños a resarcir. Y como variaciones de la antijuridicidad se estudian el dolo y la culpa. Después de hacer referencia a la antijuridicidad, se expondrán ahora algunas ideas sobre el dolo como una de sus variantes, para aludir después con mayor amplitud al sentido moderno de la culpa.

b.1.) El Dolo.- Desde el punto de vista de la responsabilidad civil queda excluido el estudio del dolo como vicio de la voluntad para hacer referencia solamente al que se encasilla dentro de la culpa en sentido amplio. Podría decirse que una es la conducta culposa con dolo y otra la conducta culposa por negligencia.

Ambas graduaciones extremas caben, dentro de la amplitud de la responsabilidad aquiliana. No será fácil ya dentro de esta última distinguir la conducta dolosa civil de la conducta dolosa penal integrante de infracción de esta clase.

Al respecto, el dolo civil, a diferencia del penal, no se basa exclusivamente en la intención de dañar, sino que equivale a mala fe, para cuya existencia no hace falta esa intención: bastando infringir de modo voluntario el deber jurídico, a sabiendas, es decir, con la conciencia de que se realiza un acto antijurídico. Por tanto, el dolo civil se configura como la infracción consciente y voluntaria de un deber jurídico, que da lugar a la producción de un daño, debiendo existir una relación causal necesaria y prevista.

Se ha señalado la distinción entre causación dolosa de daños y mera causación culposa.

Se distingue, por un lado, entre la mera incuria (daños por incuria o descuido) y daños causados con malicia. Se ha dicho que los daños causados por incuria distan mucho de representar la intención de dañar integrante del dolo. Daño realizado con dolo es daño realizado con intención, voluntario. Pero no siempre la actuación dolosa requiere esta intención de causar daños. Sin negar que el dolo civil coincide con la mala fe, que para que exista esa mala fe no precisa intención de dañar, bastando infringir de modo voluntario el deber jurídico que pesa sobre el deudor, con la conciencia de que con su conducta realiza un acto antijurídico, entendiéndose queridos dolosamente los resultados que, sin ser intencionalmente perseguidos, sean consecuencia necesaria de la acción.

Se observa la proximidad de la conducta que describe esta sentencia con lo que en el ámbito penalista se denomina – culpa con previsión – o – dolo eventual –. Dada la imprecisión de estos conceptos, se comprenderá lo borroso de distinguir en ocasiones el límite entre dolo y culpa propiamente dicha. Máxime si se excluye siempre el dolo civil, para distinguirlo del penal, la intención de dañar, que es la base del dolo penal. Y aún excluyendo esa intención, el dolo civil requiere un matiz de mala fe, del que carece la actuación meramente culposa.

En definitiva, la actuación dolosa civil presupone una voluntad o intención dirigida a un determinado acto, y no exige la conciencia de las consecuencias dañosas del mismo. Por ello, puede admitirse el concepto que del mismo da Nipperdey como – el querer una determinada acción conociendo todas las circunstancias del hecho –.

ESIS CON
FALLA DE ENCLN

b.2.) La Culpa.- Se trata seguramente del elemento de más complicado y difícil estudio, pese a la simplicidad de su sentido vulgar. Tratamos de referirnos aquí a su sentido jurídico y, dentro de él, a la culpa como presupuesto de la responsabilidad por daños en bienes jurídicamente protegidos.

Buscando por un lado claridad de exposición y por otro una mayor atención a nuestra doctrina, se intentará un estudio hasta cierto punto unitario de la culpa.

Sin separar ahora los dos aspectos de la culpabilidad que distingue la doctrina alemana, sino exponiéndolos bajo el mismo epígrafe, claro sin confundirlos, ya que evidentemente la – culpa – o – negligencia – como variante objetiva de la antijuridicidad al lado del dolo, tiene una significación muy distinta a la de la – culpabilidad – como requisito subjetivo de la responsabilidad. La distinción va implícita indudablemente como una de las facetas que actualmente ofrece el estudio de la culpa civil *lato sensu*, según se verá seguidamente.

b.2.1) Concepción Clásica de la Culpa.- A poco que se examine la doctrina sobre la culpa puede claramente observarse que, a grandes rasgos, se distingue una posición clásica, invariablemente apoyada o que utiliza como elemento indispensable la omisión de la diligencia exigible a la gente, y una posición moderna, que caracteriza la culpa por notas distintas que es falta de diligencia, y que llega a hablar de una – culpa social – o culpa sin culpabilidad.

En sentido clásico de la culpa civil parte de identificarla con negligencia, concepto que se contraponen al de diligencia. Está basada en la culpabilidad, dominada por el criterio subjetivo. Su origen es incierto; es probable que el concepto de culpa sugiera en el campo de los delitos.

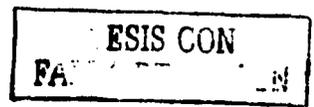
Como afirma el profesor IGLESIAS, "...la culpa entraña una conducta deshonesta, una inobservancia de un deber de prudencia que pesa sobre cada miembro de la comunidad ciudadana en la vida de relación. La culpa es desviación de un modelo ideal de conducta: modelo representado, unas veces, por la fides o bona fides, y por otras, por la diligentia de un pater familias cuidadoso."²¹

Esta doctrina clásica estudia la culpa, como ya se ha indicado, contraponiéndola al dolo, sobre todo en el ámbito contractual. "El elemento intelectual del dolo (previsión efectiva) queda sustituido en la culpa por el de previsibilidad, o sea, la posibilidad de prever, y el elemento volitivo queda reemplazado por una conducta negligente: no se ha querido efectivamente el efecto, pero se ha debido mostrar mayor diligencia para evitarlo.

En definitiva, es la conducta voluntaria contraria al deber de prevenir las consecuencias previsibles del hecho propio. No prestar la diligencia que se debe prestar, ocasionando con ello el incumplimiento de una obligación."²² La diferencia intrínseca con la culpa

²¹ J. IGLESIAS. *Derecho romano*, 3ª.ed., Editorial Ariel, España, 1958, págs. 437 y ss.

²² PUIG PEÑA: *Culpa Civil*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Editorial Francisco Seix, Barcelona - España, Tomo VI, 1954, págs. 102 y ss.



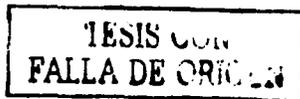
contractual es más bien cuantitativa: esta última obliga a prestar una diligencia mayor que en la contractual. La culpa contractual se ha considerado sinónima de omisión de diligencia, mientras que la designación de culpa se reserva para la extracontractual.

b.3.) La Previsibilidad.- Es ésta la idea central de la culpa en sentido clásico. "La previsibilidad se considera el antecedente lógico y psicológico de la evitabilidad de un resultado contrario a derecho y no querido..."²³

Esta idea, recogida al decir que la culpa en derecho civil es la infracción de la ley cometida libremente y sin malicia por alguna causa que se pueda y se deba evitar, y al declarar que – tanto si la culpa o negligencia es consciente, como si es inconsciente, el resultado ha tenido que ser previsto o ha de ser previsto; esta previsibilidad del resultado es el presupuesto lógico y psicológico de la evitabilidad del mismo -. Especifica esta previsibilidad la culpa civil, a diferencia de la culpa penal medida en función de la capacidad intelectual propia del agente, si no se basa en una previsibilidad media.

Así, la diligencia exigible ha de determinarse en principio según la clase de actividad de que trate y de la que puede y debe esperarse de persona normalmente razonable y sensata perteneciente a la esfera técnica (sentencia de 25 de enero de 1935) declaró que la previsibilidad consiste en la posibilidad genérica que un hombre de inteligencia y cultura medias, en un país y en un momento dado, tiene de prever el evento como consecuencia de su cultura.

²³ BONET RAMON: *Compendio de Derecho Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, España, tomo I, Parte General, pág. 743.*



Insistiendo que la previsibilidad es el único criterio satisfactorio para dar cuerpo a la responsabilidad por culpa, cierta doctrina basa de falta de previsión en un error de conducta que no habría cometido un buen padre de familia, y entiende que la culpa es un error de conducta, un fallo de la actitud que normalmente se parecía según el tipo abstracto de hombre razonable y seguro de sus actos; o el error de conducta que no habría sido cometido por una persona prudente, situada en las mismas circunstancias externas que el autor del daño.

Creo que la inclusión en la definición de la culpa civil de la idea de – error de conducta – supone mezclar ya a la pura falta de precisión algo que puede no estar incluido en ella, sino en otras circunstancias. Es como salirse del estricto criterio subjetivo de la culpabilidad.

b.4.) La Medida de la Diligencia Exigible.- Es variable para cada caso; dependerá de la naturaleza de la obligación, y ha de corresponder a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de presentarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia –. Es, pues, una medida que atiende a un criterio objetivo y abstracto. – exigible según las circunstancias – es la diligencia que, dentro de la vida social, puede ser exigida en la situación concreta a persona razonable y sensata, correspondiente al sector de tráfico o de vida social calificados por la clase de actividad a enjuiciar.

Según este criterio objetivo, ha de resolverse la cuestión de si el agente ha obrado con el cuidado, atención o perseverancia exigibles, con la reflexión necesaria y el sacrificio de tiempo precisos; es decir, no es decisivo al respecto la individualización del agente, sino que las circunstancias determinarán la medida necesaria de diligencia y cautela.

C) LA IDEA DE DAÑO.

Elemento esencial que a diferencia del de la culpa ha de concurrir en todo caso para que derive responsabilidad civil, es la de la existencia de un daño, ya que para que proceda el resarcimiento es ineludible la producción de un menoscabo en la esfera jurídica del perjudicado, para lo cual no es suficiente el incumplimiento de un contrato ni tampoco la mera producción o comisión de un acto ilícito. Es decir, no puede hablarse de responsabilidad contractual ni extracontractual si no se ha causado un daño a alguien.

Para que tenga lugar la reacción jurídica al daño, éste ha de afectar a un interés humano y además es consecuencia de un hecho humano.

Pero es preciso delimitar entre los hechos humanos susceptibles de perjudicar a otro, cuáles son productores de daños en sentido jurídico y cuáles no. Se han de excluir aquellos daños producidos por haberse frustrado las esperanzas que, por ejemplo, se ponen en contacto concertados a fines de especulación o los sobrevenidos a causa de una competencia comercial lícita.

Por consiguiente, el acto humano productor del daño ha de contravenir una norma jurídica, ha de ser antijurídico, concepto del que me he ocupado anteriormente.

La conducta productora del daño ha de ser además culpable, es decir, imputable al agente como a su causa decisiva y determinante. Por tanto, queda excluido de su responsabilidad el daño causado por caso fortuito, entendiendo por tal aquel evento imprevisible o que previsto resulte inevitable. Sin embargo, una excepción a la culpabilidad del daño, al menos en su sentido subjetivo estricto, son los casos de la llamada responsabilidad por riesgo, de la que trataré después.

Partiendo de la identidad sustancial del régimen de los daños en derecho privado cualquiera que sea la causa a que obedezcan, se pueden considerar como fundamentos jurídicos de los cuales podrá derivar la obligación de indemnizar daños los siguientes:

1.- Actos ilícitos, es decir, infracciones antijurídicas u culposas de los mandatos del ordenamiento jurídico que todos han de observar, en especial los ataques injustificados a la esfera de la personalidad o de los bienes de otra persona.

A este efecto, se prescribe un deber general de reparación de daños, en los que se establece la obligación de indemnizar como sanción de la responsabilidad civil que puede engendrar el delito.

2.- Violaciones de crédito o daños por incumplimiento de contratos, es decir, infracciones de especiales deberes que obligan a una persona frente a otra en base a un contrato o a otra relación jurídica preexistente.

3.- Violaciones de deberes especiales que la ley impone a aquéllos que están en una determinada relación jurídica respecto de otra persona, relación que no es precisamente obligatoria.

4.- Deber de responder impuesto por la ley, en especial derivados de la propia declaración o de ciertos riesgos objetivos o de empresa, por ejemplo, la responsabilidad derivada de accidentes de trabajo para el empresario.

5.- Deberes legales de compensación que afectan a aquéllos a cuyo favor otra persona ha de tolerar o soportar excepcionalmente un perjuicio, por ejemplo, en los supuestos en que una persona puede exigir de otra una compensación por los daños o menoscabos que la actuación de la segunda autorizada por la ley le ha producido.

6.- Obligaciones de indemnización derivadas de ciertos contratos, como los de seguro o de garantía o también de las llamadas – penas convencionales – o – cláusulas penales –, mediante las que los contratantes fijan anticipadamente la sanción para el caso de incumplimiento culpable de la obligación. Se observa que, para que la indemnización por daños derivada de un contrato de seguro caiga dentro del derecho privado, ha de tratarse de los denominados seguros privados, quedando fuera de este último la actualmente muy extensa en materia de los seguros sociales públicos, regidos por principios distintos.

Se prescinde en este trabajo del estudio particular de las precitadas relaciones jurídicas de las que pueden derivar obligación de indemnización de daños y únicamente se

estudia la posible contestación general que puede darse a la dirección que sigue dicha obligación una vez producido el daño.

c.1.) Concepto de Daño.- No puede darse del daño un concepto unitario por la diversidad de matices que abarca. Así lo pone de manifiesto el Diccionario de la Real Academia Española al incluir dentro de la acción de dañar – causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia –, aspectos que no son sinónimos y que en el ámbito jurídico tienen distinto significado. Además, en derecho se habla también de – intereses – y de – valor de afectación –, expresiones que deben explicarse en relación con un concepto amplio del daño.

La doctrina suele dar un concepto meramente objetivo del daño, “...caracterizando como –el menoscabo – que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona, ya que sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio.”²⁴ Creo que, puesto que se considera en el derecho los daños no en sí mismos, sino en sus efectos, debe incluirse en su concepto la nota de responsabilidad que es, en definitiva, el punto más importante que en esta materia toca disciplinar al derecho.

En cambio, es acertado que no se atienda en general a la nota de culpabilidad del responsable, porque en los casos de responsabilidad objetiva no se da. Además, para

²⁴ LARENZ. *Ob Cit.* Vol. I. Pág. 193.

que el daño sea indemnizable ha de infringir una norma jurídica, pues si se produce conforme a derecho no sería indemnizable.

Por tanto, el concepto del daño debe incluir también la nota de su antijuridicidad. Puede, pues, decirse que daño es – todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y del cual haya de responder otra –.

Un concepto coincidente de ESSER en cuanto lo basa en tres datos fundamentales: el daño ha de causar un perjuicio, pérdida o menoscabo (Einbusse), ha de recaer sobre bienes jurídicos de una persona y ha de ser, de alguna forma, susceptible de resarcimiento.

Deduca de ello el mismo autor que el concepto del daño tiene base táctica, y sólo es posible penetrarlo cuando se parte de una percepción natural de menoscabos. Contribuye a perfilar el concepto jurídico del daño la noción del – interés –, por el cual el daño en abstracto, es decir, la diferencia de valoración que el daño representa para el patrimonio lesionado.

Es el valor subjetivo (*pretium singulare*) que el objeto tiene precisamente para una determinada persona. Como contrapuesto a él se habla de daño concreto o valor objetivo, es decir, el que un objeto tiene en consideración a un tiempo y lugar determinados y para todos (*pretium commune*).

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Teniendo en cuenta la idea de interés, el daño se determina mediante una operación de cálculo, comparando la situación real del patrimonio después del evento dañoso y el estado imaginario que representaría si éste no hubiese ocurrido. La diferencia resultante indica la existencia del daño y su cuantía. Por el contrario, si para determinar los daños se atiende a la idea del – valor objetivo – de la cosa o daño concreto se tiene en cuenta el llamado valor general, es decir, el provecho que una cosa pueda procurar a cualquier poseedor.

Según ROCES, el criterio general informador del Código civil español es manifiestamente del interés. – La indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida sufrida, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor –

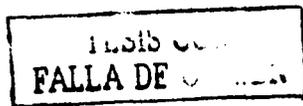
Las doctrinas francesa e italiana siguen también el mismo criterio tradicional del interés, basándose en la teoría de la diferencia. Es daño la efectiva disminución del patrimonio y consiste en la diferencia existente entre el valor actual del patrimonio del acreedor y el que tendría de haberse cumplido la obligación exactamente.

La teoría del daño abstracto o de la diferencia desenvuelve la idea contenida en las fuentes romanas bajo el tópic fundamental de la "*id quod interest*". Al tenor de esta decisión, si la falta de mercancía que debió entregarse no origina perjuicios en los intereses del acreedor, no hay obligación de indemnizar, aunque alcanzase aumento de precio en el mercado durante los meses en que hubo de ser entregada. Y siempre que se afirma la necesidad de probar la existencia de un daño, se refiere al sufrido por el demandante en sus propios y personales intereses.

"No obstante, fuera del derecho civil, se atiende al criterio de valor objetivo o concreto. Se habla en efecto de — precio de la cosa —, concepto que, al imponer la ley su apreciación junto con el — precio de afectación —, queda limitado en su objetividad para tener en cuenta el valor subjetivo que tenga para el agraviado. Pero, sobre todo, donde predomina el concepto del valor objetivo es en el campo del derecho mercantil, señalándose por la doctrina esta idea como uno de los principios fundamentales que le caracterizan."²⁵

La tendencia a impersonalizar las relaciones con el fin de liquidarlas rápidamente impone en el comercio abstraerse de las circunstancias individuales que afectan al patrimonio personal perjudicado. La misma idea de valoración objetiva se sigue cuando en virtud de disposiciones de economía dirigida se fija oficialmente a las mercancías un precio de tasa, que en los casos en que haya de aplicarse sustituirá al corriente en el mercado. Y creo que aún excepcionalmente los Tribunales podrían valerse de precisos

²⁵ GARRIGUES. *Curso de Derecho Mercantil*, 2ª edición. Editorial Porrúa, México 199, t. I, págs. 31 y siguientes.



objetivos para acordar indemnizaciones en los supuestos en que uno de los puntos litigiosos haya sido la cuantía de la indemnización según uno u otro criterio, aparte de los casos en que las disposiciones aplicables señalen sin atender a casos individuales las sumas a satisfacer a los perjudicados, como, por ejemplo, en los seguros obligatorios.

Otro concepto afín al daño en sentido amplio, es el de – valor de afección –. Indica FISCHER que este concepto tiene una significación meramente subjetiva. El interés ocupa un lugar intermedio entre este valor de afección y el valor común escuetamente objetivo.

El valor de afección es el que un bien u objeto presenta para los sentimientos o ideas puramente individuales de una persona. Si este sentimiento coincide con los juicios de otras, el valor deja de ser de afección. Para que exista este concepto es necesario que la apreciación no entrañe contenido económico y no puede incluirse, por tanto, entre los daños patrimoniales.

Por último, contribuye a decantar el concepto propio de daño su diferencia o coincidencia con el de – perjuicios – es la – ganancia lícita que deja de obtenerse o los deméritos o gastos que se ocasionan por un acto y omisión de otro, y que éste debe indemnizar, además del daño o menoscabo material o moral –. Por tanto, se incluye en la acepción de – perjuicios – lo mismo el daño director que el material, la ganancia lícita frustrada, es decir, el lucro cesante, y los deméritos o gastos que ocasione el acto y omisión lesivos de otros, sin excluir los menoscabos – morales –.

Es, pues, la de una palabra anfibológica que responde a un concepto amplio del daño y que en sentido estricto ni siquiera puede contraponerse a la de daños directos. Prácticamente no puede decirse que la cuestión de distinguirlos tenga mucha importancia, y en este aspecto práctico parece predominar el criterio de considerar como – daños – los directos, es decir, los que se producen inmediatamente en los bienes afectados por el evento productor del daño y que concluyen al finalizar éste, y – perjuicios – los daños indirectos que sobrevienen más tarde o actúan permanentemente o que no se manifiestan en el mismo objeto que sufrió el daño, sino en el patrimonio del perjudicado.

c.2.) Realidad de los Daños.- Para que el daño sea indemnizable ha de probarse necesariamente su existencia. La jurisprudencia recaída en este punto es muy copiosa; de ella se deducen como principios básicos:

a) Que recaiga el daño ha de ser real en su existencia y cuantía. Al demandante que lo alega incumbe la prueba de ambos extremos.

b) Que no Basta para que exista daño probar el incumplimiento de una obligación, porque el incumplimiento por sí solo no lleva consigo en todo caso la producción de daños. La doctrina alemana señala que "...ha de indemnizarse en general la totalidad del daño originado al perjudicado por el acaecimiento generador de responsabilidad para el

causante del daño.²⁶ Y se establece que este principio encierra las siguientes consecuencias.

1.- El daño a indemnizar se determina normalmente según la persona y el patrimonio del que tiene derecho a indemnización. El sujeto perjudicado titular de la indemnización vendrá determinado por quien sea parte de una relación jurídica contractual o análoga. O el afectado por la negligencia de otro fuera de toda relación contractual. En la evaluación de daño patrimonial se ha de tomar en consideración, como después se verá, las repercusiones que el evento dañoso haya tenido en el patrimonio del perjudicado.

2.- Ha de indemnizarse todo perjuicio que una persona sufra en relación o como consecuencia del hecho del cual responde el agente. De la relación causal de los hechos se deduce, en principio, todo lo que haya de ser considerado como consecuencia de un determinado suceso o hecho, sin embargo, el concepto general de la casualidad no basta, como después se indicará, para deslindar las consecuencias jurídicamente relevantes y, por tanto, imputables, de aquellas otras que no han de ser tomadas en cuenta para la determinación de los daños, por ser demasiado remotas y accidentales o fortuitas.

3.- El hecho total, averiguado de la forma indicada, es el que ha de indemnizarse, por lo general sin consideración a la magnitud de la culpa por el agente o a las causas que hayan cooperado a la realización del daño. Pero este principio sufre una limitación en caso de concurrencia de culpa del perjudicado y en los supuestos de limitación de

²⁶ LARENZ, *Ob. Cit.*, vol. I págs. 196 y ss.

responsabilidad por daños a ciertas sumas máximas en hipótesis de responsabilidad por riesgo.

4.- La indemnización de daños no conducirá en ningún caso a un enriquecimiento del perjudicado; es decir, sólo debe obtener un resarcimiento de su daño, pero más de aquello que tendría si el suceso, del cual responde el agente, no hubiese tenido lugar.

En los derechos extranjeros, además del alemán, cuyos principios hemos expuesto, el Código suizo de obligaciones establece en su artículo 42, párrafo 1º, la obligación del que reclama indemnización de daños de probar éstos, y en su párrafo 2º atribuye al curso normal de las cosas y a las medidas adoptadas por el perjudicado. Presuponiendo igualmente la prueba del daño por el que lo reclama, establece una disposición análoga al artículo 1.226 del Código civil de 1942.

Son de interés también en orden a concretar la realidad de los daños otros matices que éstos pueden presentar. Así se habla de daño – concreto o real – y daño – matemático –. El primero consiste en la efectiva alteración de la existencia o situación de los bienes afectados (por ejemplo, la pérdida de una cosa). Esta es la acepción que se tiene en cuenta cuando se habla de reposición natural. Estos daños sólo afectan al objeto dañado y no al resto del patrimonio del perjudicado, ni siquiera en forma directa. Por el contrario, el daño matemático significa la pérdida de un valor patrimonial, expresa en dinero, que el perjudicado ha sufrido.

Está perdida patrimonial puede igualmente ser así en caso de reparación de la cosa dañada; pero puede también ser compensada, y lo es frecuentemente, por medio de una indemnización en dinero.

Por tanto, estos daños comprenden, además del daño real, los demás menoscabos patrimoniales relacionados con el hecho productor del daño; por ejemplo, el lucro cesante. Coincide la acepción de daño matemático con la de – interés – del perjudicado.

c) Consideración especial merece la distinción entre daños contractuales y daños extracontractuales. El incumplimiento de las obligaciones es el hecho humano más importante productor de daños, entendiendo por obligación el vínculo jurídico entre uno o más sujetos que tienen por objeto una prestación determinada.

Daño extracontractual es el producido con independencia del incumplimiento de una obligación. En él la antijuridicidad se produce como consecuencia del ataque a un derecho absoluto del perjudicado. Deriva de la obligación general del *nemien laedere*. La delimitación entre daño contractual y daño extracontractual puede ser dudosa en ciertos casos.

Estas cuestiones remiten a otro importante punto. ¿Un solo hecho puede al mismo tiempo producir daños contractuales y daños extracontractuales? Por tanto, no se trata solamente del incumplimiento de una obligación. Aunque no hay en la doctrina unanimidad acerca de la regulación de estos supuestos, se pueden establecer como más seguras las siguientes conclusiones:

a) Los supuestos fácticos generales son desplazados por un supuesto de hecho especial, es decir, que allí donde hay entre los interesados una relación jurídica especial (una relación contractual), su aplicación desplaza la responsabilidad genérica derivada de los actos ilícitos. A esto se ha objetado que no parece justo que por la sola existencia de un contrato los interesados renuncien a la defensa que tenga con independencia del contrato, pues ello daría lugar a una renuncia y restricción de la tutela jurídica. Además, el que concluye un contrato no piensa en circunscribir así su tutela jurídica, sino más bien en aumentarla en su propio interés.

b) Cada uno de los supuestos generadores de responsabilidad son entre sí equivalentes, en el sentido de que cada uno constituye bastante para la responsabilidad. Como la consecuencia de hechos de la infracción contractual y de la extracontractual es la misma, la consecuencia jurídica se da también una sola vez, y, por tanto, hay un solo crédito a indemnización de daños que se basa en diversas normas jurídicas, y obtenida por aplicación de una, no podrá después obtenerse por aplicación de la otra.

c) La doctrina dominante admite que cualquier fundamento de la responsabilidad (contrato o acto ilícito y en ciertos casos también la creación de un riesgo) produce una pretensión autónoma, y que estas diversas pretensiones, aunque dirigidas a la misma finalidad (indemnización del daño concreto causado) hasta su cumplimiento, son entre sí independientes, pueden ser ejercitadas per se e incluso debidas o condonadas en particular. Ahora bien, desde el punto de vista jurídico teórico no es sostenible que en estos supuestos existan varias pretensiones que entre sí sean realmente independientes. Más bien puede decirse que mediante la contravención no son infringidos dos deberes,

sino sólo uno y único deber que tiene un fundamento doble. En definitiva, como dice LARENZ, el crédito por indemnización de daños, ya se base en infracción de contrato o en acto ilícito. En cuanto su contenido sea el mismo, es un solo crédito con varios fundamentos o causas, pero que sólo una vez puede ser cumplido, sólo una vez reclamado judicialmente y sólo una vez cedido.

d) Matiz concomitante con los daños contractuales son los denominados daños – *in contrahendo* –. La culpa *in contrahendo*, originada en los tratos previos a la celebración de un contrato y generadora de daños para alguna de las partes, no suele ser regulada den los códigos civiles. Es una excepción el Código Civil Italiano, que en su artículo 1.337 establece que: "... las partes deben comportarse en el desarrollo de los tratos preliminares y en la formación del contrato según la buena fe."

Se ha visto con acierto por la moderna doctrina alemana "...la fundamentación de la responsabilidad por estos daños *in contrahendo* no está en un contrato ni en un precontrato, sino en las negociaciones contractuales previas que dan lugar a una vinculación jurídica especial entre los interesados."²⁷

e) Distinción relacionada con la que acabamos de exponer y que puede encuadrarse también dentro de los daños contractuales es la que habla de – daños por incumplimiento – y que equivalen en general a los contractuales, es decir, a los derivados de la infracción de un contrato. Los daños derivados de la confianza, es decir,

²⁷ LARENZ, *Ob Cit.*, vol. I, pág. 107.

aquellos que un contratante soporta por haber confiado, sin culpa suya, en la validez, del contrato, o se confunden con los daños *in contrahendo* o derivan principalmente de la nulidad del contrato.

D) EVOLUCIÓN DE LA IDEA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN MÉXICO.

La institución de la propiedad privada sufrió una acentuada transformación y evolucionó de la Constitución de 1857 a la vigente en una formación remarcable.

El artículo 27 reconoció la propiedad privada y la protegió contra la ocupación por el Estado sin consentimiento de sus titulares, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública y previa la indemnización correspondiente.

En cambio, el precepto de la Carta que hoy rige, establece la propiedad originaria de la Nación sobre las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, y reconoce a ésta en el pasado y en la actualidad “el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada”, autoriza la expropiación por causa de utilidad pública, mediante indemnización, y consigna el derecho de la nación en todo tiempo de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza y para cuidar su conservación.

La distancia que hay entre el artículo 27 de la Constitución actual y el mismo precepto en la que fue su antecedente inmediato, es la misma que media entre la concepción romanista de la propiedad privada y la de nuestros días, que de modo uniforme la caracteriza por su función social.

Así se explica que, en los artículos 828 y 829 del código civil de 1884 se ponga de manifiesto que:

“... la propiedad es inviolable: no puede ser ocupada sino por causa de utilidad pública y previa indemnización.” y “... el propietario de un terreno es dueño de la superficie y de lo que está debajo de ella.”

Por lo anterior, podrá usarlo y hacer en él todas las obras, plantaciones o excavaciones que quiera, salvo las restricciones establecidas en el título de las servidumbres, la sujeción a lo dispuesto en la legislación especial de minas, y lo preceptuado en los reglamentos de policía, en los artículos 839 y 840 del Código civil de 1931, donde dice que:

“En un predio no pueden hacerse construcciones o excavaciones que hagan perder el sostén necesario al suelo de la propiedad vecina; a menos que se hagan las obras de consolidación indispensables para evitar todo daño a ese predio.”, y “No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicio a un tercero, sin utilidad para el propietario.”

“La propiedad privada, como la manifestación más completa y elevada de la libre voluntad del hombre sobre los bienes, dicen los autores en la exposición de motivos del

Código civil en vigor, abandonó el área de la conciencia individual, que, como soberana absoluta podía en el tiempo y en el espacio, dar las cosas el destino que más le placiera, tal como si la vida actual no encadenase al conducta de los seres sociales o la interdependencia económica no convirtiéndose en tributarios los unos de los otros, o la solidaridad social no vinculase cada día más la libertad personal a la mejor satisfacción de las necesidades colectivas.

De ahí que para proteger el derecho abstracto de la propiedad, se atiende a los actos concretos que lo exteriorizan y a sus resultados inmediatos sobre la sociedad, protegiendo dicho derecho cuando así le conviene a aquella, modificándolo como mejor la beneficie y desconociendo cuando le sea perjudicial.”²⁸ Las diferencias señaladas, fundamentales y de principio, han sido determinantes de dos tesis en la interpretación del artículo 839.

a) La tesis que puede llamarse conservadora, considera que si el dueño de un predio que hace construcciones o excavaciones en él, lleva a cabo las obras de consolidación indispensables, para evitar que hagan perder el sostén necesario al suelo de la propiedad vecina, y no obstante la anterior previsión se producen daños, la responsabilidad civil del constructor resulta de su conducta culposa, porque se dice que si las obras de consolidación hubieran sido las necesarias, los daños no se hubieran producido; y

²⁸ GARCÍA TÉLLEZ, *Motivos. Colaboración y concordancias del nuevo Código Civil Mexicano, Ed. 2ª*, Editorial Porrúa México, 1965. Tomo I. Pág. 186.

b) La tesis que me atrevo a denominar avanzada, estima que, independientemente de que el dueño del predio dañante haya o no procedido diligentemente y haya hecho las obras aconsejadas por la técnica para evitar la causación de los daños, cuando éstos se producen a pesar de haberse tomado todas las precauciones que era menester adoptar, la responsabilidad civil del propietario es de naturaleza objetiva o del riesgo creado, por el uso o el aprovechamiento de las cosas, sean muebles o inmuebles.

Se dice que el artículo 839 prohíbe al dueño hacer excavaciones o daño al predio vecino, en tanto que la fracción VI del artículo 1932 establece que: "... responderán los propietarios de los daños causados..." "... por cualquier causa que sin derecho origine algún daño." La expresión "sin derecho" no significa forzosamente que el daño se cause por culpa del dueño, sino que la ley alude a aquellas afectaciones que se produzcan con consentimiento del dueño del predio dañado.

La Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha manifestado a favor de la tesis expuesta en segundo término, desde hace diecinueve años. En la ejecutoria Rigaviel, S. A. de 24 de septiembre de 1945 se dijo: "Construcciones, daños y perjuicios causados por las que: El artículo 839 del Código Civil del distrito Federal que dispone que en un predio no deben hacerse excavaciones o construcciones que hagan perder el sostén necesario del suelo de la propiedad vecina, a menos que se hagan obras tendientes a evitar todo daño, excluye la teoría de la culpa para el obligado y se apoya en la responsabilidad objetiva, que descansa en el riesgo creado. Así, quien para obtener beneficio o utilidad personal crea un riesgo, debe reportar las consecuencias que produzca. Sólo puede construirse a condición de no causar daño al vecino, por lo que la

obra se ejecute con la previa consolidación y de acuerdo con los conocimientos técnicos indispensables, si se causan daños y perjuicios, hay la obligación de indemnizar, por no haber sido bastante la consolidación, para evitar tales daños.”

La misma postura sostuvo la Sala Auxiliar de la Suprema Corte, en la ejecutoria del amparo promovido por María Núñez de Quintana pronunciada el 13 de abril de 1953:

“Responsabilidad civil objetiva. Los Códigos civiles de 1870 y 1884, establecían la teoría subjetiva de la culpa para admitir la responsabilidad por el daño causado, de tal manera que se exigía la comprobación de la relación de causa a efecto entre los daños y perjuicios ocasionados y los hechos culposos de la persona o personas por cuya intervención tales daños se realizaban, de suerte que debían encontrarse, como elementos esenciales, la intención de dañar o la imprudencia, negligencia o falta de cuidados.

La solución anterior, aceptada por nuestros códigos abrogados, que sin duda arranca desde el derecho romano, ha sido superada por el Código civil en vigor, que inspirándose en el código suizo y en el código ruso, acepta ahora la teoría de la responsabilidad objetiva o del riesgo creado, conforme a la cual se excluye toda idea de culpa por parte del obligado, lo que quiere decir que ya no es menester realizar investigación alguna respecto a al culpabilidad de una persona para determinar si se encuentra obligada a responder de los daños causados; esto es, ya no es necesario investigar lo elementos psicológicos que intervienen en la verificación del daño causado por las personas o por las cosas, sino que aceptando la responsabilidad objetiva o del

riesgo creado, que excluye toda idea de culpa por parte del obligado, la ley admite como justo, quien para su beneficio o utilidad personal crea un riesgo en contra de los demás, sufra las consecuencias de dicho riesgo.”

Un problema ligado estrechamente al que se analiza, aunque diverso de él, consiste en determinar si la responsabilidad objetiva del propietario crea una obligación real o una obligación personal. La cuestión tiene en México sumo interés aun desde el punto de vista puramente práctico. Las condiciones del subsuelo de la capital son propicias para producir daños en la propiedad vecina, como consecuencia de la ejecución de excavaciones o construcciones de bienes inmuebles.

Concurren a gravar tales condiciones la frecuencia y la intensidad de los movimientos telúricos de la mesa central, los asentamientos, las reducciones o los hundimientos del suelo, originados adicionalmente por el bombeo o por el entubamiento de las aguas de los ríos y de los arroyos en el Distrito Federal, para la construcción de viaductos, avenidas y periféricos, cuyas filtraciones nunca cesan totalmente.

El derecho de la reparación que el dueño del inmueble dañado tiene contra el propietario del predio dañante, debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él, y cuando ello sea imposible, consistirá en el pago de daños y perjuicios. Esta es la regla general del artículo 1915 del Código civil.

Pero ¿el obligado a responder de los daños es el que hizo las excavaciones o las construcciones?, o ¿lo es el propietario del edificio o de la cosa con la que el daño se

causó en el momento en que la acción de daños y perjuicios se deduce ante los tribunales, o lo son quien o quienes eran dueños de la cosa dañada, a medida que los daños se fueron causando?

La respuesta a esta pregunta supone la resolución de otra cuestión jurídica de importancia capital, o sea, la de saber si la obligación de reparar los daños y perjuicios como consecuencia de una responsabilidad objetiva o del riesgo creado, es o no una obligación real.

El problema excede por su amplitud a los límites de estas notas; sin embargo, su objeto es precisamente ofrecer un esquema que despierte la curiosidad del foro para ahondar en el examen de la cuestión.

El estudio de las obligaciones reales es excepcional, algunos autores como Planiol califican las obligaciones que derivan de la vecindad, de semi - reales, porque consideran que la obligación no existe sino en razón de la detentación de la cosa: "El único obligado a proceder al deslinde o al cerco es el propietario del inmueble contiguo. Se trata, pues, de una de esas obligaciones por las cuales la persona está obligada únicamente *propter rem*, según el lenguaje e nuestros antiguos autores, y de la cual puede liberarse abandonando la cosa que hace nacer la obligación."²⁹

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN.

²⁹ Planiol, *traté Elementaire de Droit civil*, 9^o ed. Editorial Librairie Générale de droit et de jurisprudece. Francia, 1946, Tomo I. Pág. 739.

Otros, como Bonnecase³⁰ coincidieron inicialmente en igual punto de vista; pero, posteriormente, identificaron la obligación real con *propter rem*³¹. Algunos como Rojina Villegas³² hacen un amplio estudio de las obligaciones reales, en tanto que otros, como Bruchettini, sostienen que según la posición que el cuadro del derecho civil se considere como derecho de las obligaciones.

Éste comprende solamente la obligación en sentido técnico y no aquél que depende de una relación de naturaleza heterogénea; "tales son las obligaciones reales (obligaciones *propter rem*, obligaciones *ob rem*); éstas se dan cuando quien tiene la propiedad de una cosa o de un derecho real, debe, en fuerza de ese derecho, hacer una prestación determinada, de modo que tal obligación se transmita con la propiedad y con el derecho real. Así es en la obligación impuesta a cada propietario de contribuir a los gastos para la fijación de los linderos frente a la propiedad contigua (artículo 441 del Código civil). Es controvertido si la obligación tiene carácter personal (obligatorio) o carácter real o carácter mixto".

"La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha pronunciado algunas ejecutorias aisladas en las que, sin reunir la votación calificada que requiere la ley para la formación de la jurisprudencia, se ha expresado un criterio mayoritario en el sentido de considerar que la

³⁰ Baudry G - Lacantnerie. *Supplément du traité théorique pratique de droit civil*, Editorial Recvil Sirey, Francia. 1929. T. V págs. 314 y sigs.

³¹ Bonnecase Julien. *Elementos de derecho Civil*. Editorial José M. Cajica Jr. México, t. II - 177.

³² Rojina Villegas. *Derecho Civil Mexicano*, 13ª edición. Editorial Porrúa, México, 1981 t. III, V. Pág. 123.

TESIS CON

naturaleza de la obligación derivada del artículo 839 del Código civil, es una obligación real y no personal, como la correspondiente a la competencia 210/52.³³

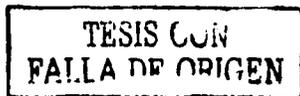
Es cierto que han sido numerosos los autores desde Pohier, quienes han explicado las obligaciones de vecindad en función de los cuasicontratos; pero la mayoría de ellos clasifican ese tipo de obligaciones como puramente legales, tomando en cuenta la disposición del artículo 1370 del Código Civil Francés, según el cual "... existen ciertos compromisos que se contraen sin que medie para ello ningún contrato, ni por parte de aquel, respecto del cual se han obligado.

Resultan unos por la sola autoridad de la ley, y nacen los otros de un derecho personal de aquél que está obligado. Son los primeros los compromisos hechos involuntariamente, tales como entre propietarios vecinos, o los de los tutores y demás administradores que no pueden rehusar el cargo que se les ha discernido; los compromisos que nacen de un hecho personal relativo al que se encuentra obligado resultan de los cuasicontratos o de los cuasidelitos, que son objeto del presente título".³⁴

Es la ley la fuente de las obligaciones de vecindad. Se establecen como límites al derecho de disposición de los propietarios. No representan vínculos especiales; son condiciones recíprocas de conciencia y de desarrollo que surgen automáticamente y que el legislador instituye para beneficio común.

³³ Citada por *Rojina Villegas, Ob. Cit., t. III Vol. II págs. 119 y sigs.*

³⁴ COLIN ET CAPITANT, *Curso Elemental de Derecho Civil*, Editorial Reus, España, 1923, Tomo II, vol. II, págs. 605 y sigs.



En principio, no es posible aceptar que la acción de daños y perjuicios sea una acción real y no personal. En el derecho mexicano esta conclusión encuentra un firme apoyo legal, por más que la Suprema Corte de Justicia, en algunas ejecutorias, haya sustentado la tesis contraria. Así en el amparo directo promovido por Estela Durán viuda de Almeida, el 8 de abril de 1946, estableció:

“Construcciones, daños resultantes de la ruina de las.—Por otra parte, debe decirse que dentro de la teoría de la responsabilidad objetiva, la cosa origina, el daño y su dueño resulta obligado a repararlo, de suerte que cualquiera que sea el propietario debe responder de los daños que la cosa origina. El artículo 1931 señala exclusivamente al propietario, y no autoriza a mantener que se refiera al constructor o a persona que haya sido propietario en otra época, aún cuando después dejase de serlo”.

Citando la ejecutoria de la Sala Auxiliar, pronunciada en el amparo de María Núñez de Quintana, el 13 de abril de 1953, se precisó asimismo:

“Construcciones, daños acusados por las.—De conformidad con lo dispuesto por el artículo 839 del Código Civil, el propietario de una construcción es responsable de los daños que la misma ocasione, aún cuando la haya adquirido con posterioridad a la fecha en que los aludidos daños hayan empezado a causarse, no sólo porque así se desprende claramente del texto de la ley, sino porque de otra manera sería prácticamente ilusoria la indemnización respectiva, si el propietario pudiera excepcionarse diciendo que los daños fueron causados cuando él todavía no era dueño, y a su vez el anterior propietario

alega que los daños habían sido originados por defectos de construcción y que el responsable lo era el constructor, quien también aduciría que el responsable lo era el encargado de hacer la cimentación, etc., desencajando de esta manera la solución del problema de la responsabilidad objetiva en que para estos casos se ha inspirado nuestra ley, para caer nuevamente en la teoría de la responsabilidad subjetiva”.

Al hacer un análisis sistemático de las normas de nuestro derecho positivo se podrá comprobar: El código de procedimientos civiles para el Distrito Federal dispone: “Art. 3: Por las acciones reales se reclaman la herencia, los derechos reales o la declaración de libertad de gravámenes reales.

Se dan y se ejercitan contra el que tiene en su poder la cosa y tiene obligación real, con excepción de la petición de herencia y la negatoria” y “Art. 25: Las acciones personales se deducirán para exigir el cumplimiento de una obligación personal, ya sea de dar, de hacer o no hacer determinado acto”. Según el artículo 3º del código de procedimientos civiles, las acciones son reales:

- I. Las que tienen por objeto la reclamación de una cosa que nos pertenece a título de dominio;
- II. Las que tienen por objeto la reclamación de una servidumbre o la declaración que un predio está libre de ella;
- III. Las que tienen por objeto la reclamación de los derechos de usufructo, uso y habitación;
- IV. Las hipotecarias;

- V.. Las que nacen de los censos conminativo y enfiteútico;
- VI. Las de prenda;
- VII. Las de herencia;
- VIII. Las de posesión."

Esta enunciación es limitativa, y también lo es para su interpretación y aplicación, y en ella no figura la acción de responsabilidad civil extracontractual para reclamar daños y perjuicios.

Se advierte que la acción que tiene por objeto el pago de daños y perjuicios producidos por el hecho de una construcción, solamente podrá considerarse como una obligación real en el caso de que mediante ella se ejercite un derecho real o se exija el cumplimiento de una obligación de la misma índole.

El código civil vigente no define las obligaciones reales y personales; pero de conformidad con el artículo 9º transitorio, es posible la aplicación supletoria de los artículos 1326 y 1327 del código civil de 1870, que respectivamente dicen: "Obligación personal es la que solamente liga a la persona que la contrae y a sus herederos." "Obligación real es la que afecta a la cosa y obra contra cualquier poseedor de ésta."

En otros términos, dice Mateos Alarcón, "La obligación personal es aquella que otorga a uno de los contratantes o a ambos, el derecho de exigir del otro o de sus herederos, que hace sus veces, porque le suceden en todos sus derechos y obligaciones, que les procuren alguna utilidad o provecho, dando, haciendo o absteniéndose de hacer algo; y

real es aquella que otorga a uno de los contrayentes la facultad o derecho de atribuirse, con exclusión de cualquier otra persona, la utilidad total o parcial de una cosa. En consecuencia; la obligación real crea un derecho que engendra una relación directa e inmediata entre la persona y la cosa, objeto de aquel vínculo, y, por consiguiente, sólo existen en ese derecho dos elementos, la persona, sujeto activo de él, y la cosa. Por el contrario, la obligación personal crea solamente una relación entre el acreedor y el deudor, quien está obligado al primero por razón de una cosa o de un hecho; y por tanto, existe en el derecho que engendra tres elementos, el sujeto activo de él o acreedor, el sujeto pasivo o deudor y la cosa u objeto sobre el que recae."³⁵

Las obligaciones reales son correlativas a los derechos reales; y necesariamente aquellas toman de éstos sus características esenciales.

Elas serán entonces las siguientes:

a) En virtud de una obligación real el deudor está obligado mientras dure la cosa, y si ella se transmite a un tercero, éste sigue obligado y no así el dueño o poseedor anterior, porque las obligaciones reales siguen a la cosa. En otras palabras, en dichas obligaciones, dada la relación que mantienen con una cosa determinada, el sujeto pasivo de las mismas permanece obligado en tanto exista la cosa; pero si ésta pasa a manos de un tercero en virtud de algún acto jurídico traslativo de dominio, será el adquirente

³⁵ *Mateos Alarcón, Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal México 1983 Pág. 155*

quien responda por la obligación, en tanto que el enajenante queda libre, puesto que sólo estuvo obligado como propietario poseedor y no en lo personal.

Esta nota peculiar de la obligación real es el origen de la afirmación de que las obligaciones reales siguen a la cosa, por más que en términos exactos sólo pueda decirse que las obligaciones reales siguen a la cosa, puesto que es un principio universalmente admitido que las relaciones jurídicas sólo se establecen entre las personas y no entre éstas y la cosa.

b) La obligación real se extingue si el deudor abandona la cosa en beneficio del acreedor mientras que ninguna obligación personal se extingue por el abandono de una cosa.

c) Las obligaciones personales son autónomas, porque no dependen de las cosas, en tanto que las obligaciones reales dependen exclusivamente de ellas. Se presentan como cargas reales de la misma cosa, porque en verdad estas obligaciones no son sino los distintos medios jurídicos de los que el sujeto activo ha menester para obtener todos los beneficios inherentes a su derecho.

d) En las obligaciones personales el deudor responde por ellas con todo su patrimonio, mientras que en las obligaciones reales el deudor responde sólo con el valor de la cosa. Dicho de otro modo: desde el punto de vista de la responsabilidad patrimonial puede afirmarse que, en tanto que en las obligaciones personales el deudor responde con todo

su patrimonio, tratándose de las obligaciones reales la responsabilidad se limita hasta el monto del valor de las cosas afectadas a esos deberes jurídicos.

e) En las obligaciones personales el cambio del sujeto pasivo sólo es jurídicamente posible con el consentimiento del acreedor, o por sucesión universal; en cambio, tratándose de las obligaciones reales ese consentimiento no es necesario. En efecto, el artículo 2051 del Código civil en vigor previene que para que haya sustitución de deudor es necesario que el acreedor consienta expresa o tácitamente. Por lo tanto, no se requiere el consentimiento del sujeto activo para que opere la transmisión de una cosa por su dueño a un tercero que la adquiera, cuando aquélla afecta a una obligación real.

Este análisis jurídico lleva a concluir que la obligación de pagar una indemnización por daños y perjuicios ocasionados al construir un edificio o al hacer excavaciones en un predio, no participa de ninguno de los caracteres que se han mencionado como propios de las obligaciones reales.

En efecto, el obligado a pagar la indemnización no elude el cumplimiento de su responsabilidad mediante el abandono de la cosa, sino que responde con todo su patrimonio embargable del pago de su importe.

Tampoco puede sostenerse que la responsabilidad de que se trata, se limita al valor de la cosa, como sucede en las obligaciones reales. En este caso, la responsabilidad puede ser menor o mayor que el valor de la cosa dañante, mueble o inmueble.

Menos aún se extingue la obligación porque la cosa se destruya o desaparezca. Piénsese en el caso de la colisión de un vehículo viejo y destatado con un fino automóvil de reciente modelo, en que ambos quedan destrozados. Si la obligación del dueño del automóvil dañante, antiguo y sin valor, que fue a estrellarse con el carro flamante estacionado, fuera de la obligación real, le bastaría al propietario sin culpa con abandonar los restos de su carcacha para eludir el pago de la responsabilidad civil extracontractual.

Es éste un caso que se presenta muy a menudo y no hipotético, y como la naturaleza de las obligaciones no varía porque las cosas sean muebles o inmuebles, aplicase lo dicho a los daños que se causan al predio vecino, por cualquier causa y particularmente en los casos comprendidos en los artículos 839, 840 y 1932 fracción VI del Código Civil.

En el derecho positivo mexicano el principio fundamental es: quien causa un daño está obligado a repararlo, y no existe ninguna disposición que imponga la obligación de indemnizar daños y perjuicios al adquirente de un edificio, cuya construcción haya causado daños a la propiedad vecina, aún cuando se hayan hecho las obras de consolidación necesarias para hacer las excavaciones requeridas para la cimentación.

Si los daños se producen sucesiva y no instantáneamente, es lógico que mediante juicio de peritos se determine los que se produjeron en cada etapa y que se imputen y se exijan al dueño de la cosa durante el tiempo en que los daños se causaron, pero no es justo ni legal que la responsabilidad recaiga sobre el último propietario o poseedor de la cosa, quien al adquirirla ignoraba la existencia de un gravamen oculto.

Este último es un factor de valor concluyente. En ninguna legislación se admite la existencia de gravámenes que no puedan ser conocidos por todos, antes de adquirir los bienes que los reportan. Es inaceptable que puedan arrojarse a una carga a los compradores o adquirientes de bienes inmuebles o muebles, que no pueden conocer los compromisos que asumen, a pesar de haber tomado todas las precauciones de buen padre de familia, en la consulta de todos los registros creados por el derecho para protegerlos mediante la publicidad.

Los gravámenes ocultos son un atropello evidente al principio de la buena fe que inspira y anima a todas nuestras instituciones jurídicas y a nuestra legislación positiva. Tales obligaciones reales serían una oscura trampa tendida a los hombres de bien, y esto, por monstruoso, es inaceptable y antijurídico.

MARCO JURÍDICO QUE REGULA LA COBERTURA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, MEDIANTE EL CONTRATO DE SEGURO.

Antes de enumerar y desglosar los elementos esenciales del Contrato de Seguro, tal vez sea pertinente comentar la definición – o pretendida definición – de este contrato, para partir de allí y desprender dichos elementos.

“A la fecha, ni la doctrina ni la ley, han aportado una definición que satisfaga esta aparente necesidad de una definición, pues tanto las expuestas por la primera han sido objeto de severas críticas, que la legislación ha optado por ser meramente descriptiva y también, por supuesto, ha sido tachada de inadecuada. Entre las principales dificultades, se ha dicho que debido a que el contrato de seguro es una Institución en pleno desarrollo.”³⁶ Por tanto, el problema es muy complejo y de difícil precisión.

Se ha dicho también que la necesidad de la definición es del estilo jurídico pasado, cuando la urgencia de separar el seguro de otros contratos es más viva.

³⁶ Picard – Besson, *Traité général des assurances terrestres en Droit Français, tomo I, Paris, 1938, número 2, p. 7- 8. Ibi: Les assurances terrestres en droit français. 2ª edición Paris, 1964. Tomo I número I Pág. 1; cit. Por RUIZ RUEDA LUIS. El Contrato de Seguro, Ed. Porrúa, México, 1998, pág. 45.*

En nuestro país, ha sido obvia la necesidad de separar el Contrato de Seguro de otros, pues se han suscitado comentarios, inclusive ante autoridades judiciales, por la confusión entre los seguros de daños y algunas especies de finanzas de empresas.

Por estas dificultades y sólo mencionadas someramente, la legislación de 1935, no logra definir propiamente el Contrato de Seguro, sino como ya se comentó, hace principalmente una descripción de este instrumento en los dos primeros artículos de la Ley sobre el Contrato de Seguro, que a la letra dicen:

“Artículo 1º. Por el contrato de seguro, la empresa aseguradora se obliga, mediante una prima, a resarcir un daño o a pagar la suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato”.

“Artículo 2º. Las empresas de seguros sólo podrán organizarse y funcionar de conformidad con la Ley General de Instituciones de Seguros”.

Como se observa, en el primer artículo se enumeran los elementos esenciales del contrato: a) La Eventualidad dañosa; b) La prima; c) La garantía; y d) La empresa.

En el artículo segundo se precisa qué es lo que debe entenderse por empresa de seguros, al remitir a la ley específica que regula a dichas instituciones. Es evidente la influencia que prevelece en la mente del legislador de 1935, al redactar la definición del contrato, pues la doctrina hablaba que había en realidad dos grupos de Contratos de Seguros, que no es posible unificar dada su diversa naturaleza, seguros de daños y seguros de

personas, de ahí que se hablara en la ley, por un lado, de un carácter indemnizatorio y por el otro, de cubrir una suma de dinero; no obstante, se sintetiza lo anterior con el apoyo del artículo 152 de la Ley del Contrato de Seguro, al prescribir: "El seguro de personas puede cubrir un interés económico de cualquier especie, que resulte de los riesgos de que se trata este artículo, o bien dar derecho a prestaciones independientes en absoluto de toda pérdida patrimonial derivada del siniestro", reconociéndose que el seguro de personas, entre los cuales está el de la vida, es en ocasiones indemnizatorio y otras no.

En su obra, Hémard, le da un doble carácter a la prestación del asegurador, ya como indemnización o como beneficio. A pesar del pretendido carácter unitario de su definición, resulta equivalente a la definición del artículo 1º en relación con el 152 de nuestra Ley del Contrato de Seguro.

En virtud de lo citado con anterioridad, se encuentra el comentario de cada uno de los elementos esenciales de nuestro Contrato de Seguro, contemplados en la legislación vigente.

a) EL CONTRATO DE SEGURO COMO GARANTE DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL ANTE LA EVENTUALIDAD DAÑOSA.

Si bien este aspecto se trata fundamentalmente como elemento esencial del Contrato de Seguro, no es posible dejar de comentar la significación de éste término en su definición abstracta.

Debe afirmarse inicialmente que, la amenaza de daño que no se sabe si se convertirá o no en realidad, ni a quienes lesionará, es lo que se denominará riesgo, cuya definición más precisa es ésta: "eventualidad dañosa". De ahí se desprenderá en forma gramatical que "eventualidad" se entiende como un suceso futuro e incierto; en consecuencia, riesgo será un suceso futuro e incierto, pero debe causar necesariamente un daño. Es precisamente este hecho dañoso lo que separa y distingue la existencia del riesgo como concepto, de la incertidumbre, que es elemento central de la definición del riesgo.

"La incertidumbre es un estado del espíritu respecto del conocimiento de la verdad objetiva, y ésta podrá conocerse sólo como posible o probable. Es, desde luego, lejana a la "ignorancia", ya que ésta es la falta de conocimiento total. Tampoco se equipara al concepto de error, ya que éste es una falsa apreciación de la realidad o un estado subjetivo de inconformidad con la verdad."³⁷ La duda será el grado máximo de incertidumbre, ya que concebimos tantas razones a favor de una aseveración "P", como a favor de una aseveración "Q", resultando en consecuencia que la verdad es solamente "posible"; es decir, tantas probabilidades de ser que de no ser.

Cuando por determinadas circunstancias aparece, aunque ligeramente, mayor número de razones a favor de la aseveración "P", que sobre la aseveración "Q", surge la "opinión", siendo entonces "probable" el conocimiento de la verdad, no sólo "posible".

En oposición a esta situación de "incertidumbre", se encuentra en el extremo opuesto el concepto de "certeza", que significa "la perfecta conformidad del espíritu con la verdad misma", la que se obtuvo a través de la "evidencia", proporcionada ya por los sentidos, ya por la razón, resultando luego entonces, certeza y evidencia términos correlativos.

Se puede concluir entonces, y para no confundir al "riesgo", con la "incertidumbre", que mientras en el concepto "incertidumbre" el hecho futuro debe ser dañoso necesariamente, por lo que no es suficiente la existencia de la "incertidumbre" para la existencia del "riesgo".

De lo anterior, se deduce claramente que hechos pasados o presentes no pueden constituir riesgos, sin embargo, en materia de seguros, la incertidumbre acerca de la realización de un hecho en el pasado se equipara a un riesgo, siempre que sea compartida – la incertidumbre – por ambas partes y expresamente hayan convenido en considerarla así. Esta figura – riesgo putativo – está prescrita por el artículo 45 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro.

Existe también el razonamiento inverso; esto es, un hecho futuro – la muerte –, no es incierto en cuanto a su realización, pero sí acerca del momento en que se realizará ese hecho. Por esta razón, se le estima técnicamente como riesgo, lo que se considera correcto, dada la dificultad tan severa que existe en cuanto al "cuándo" y "cómo" morirá determinada persona.

³⁷ Ruiz, Rueda Luis, *Ob. Cit.*, pág. 2.

Al comentar superficialmente el concepto de "riesgo", se tratará más en su implicación y connotación dentro de la Ley Sobre el Contrato de Seguro; consistente en que es conocido y admitido que habrá siempre una "amenaza general" de daño a "x" persona y/o su patrimonio, amenaza que afortunadamente sólo se convierte en realidad para un número muy pequeño de todos los expuestos a dicha "amenaza", y a pesar de la duración indefinida de dicha "situación riesgosa", nunca se llega a contratar un seguro y prevenir esta situación. Inclusive, existen riesgos que debido a la imposibilidad de medir su frecuencia de realización – no es posible aplicar la Ley de los grandes números – o es demasiado grande ésta, no es posible que sean materia de seguro; es decir, no son técnicamente asegurables.

Ahora bien, cuando dicho riesgo, pasa a ser técnicamente asegurable y es materia del contrato, resulta ser un "riesgo asegurado".

"Para algunas doctrinas jurídicas, es tan prevalente la posición del "riesgo asegurado" que lo consideran 'objeto'..."³⁸ del contrato, tesis que no es dable aceptar en nuestro país, ya que el Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales, de aplicación supletoria en materia mercantil, indica con precisión cual es el "objeto" de los contratos, y a la letra dice:

"Artículo 1824: Son objeto de los contratos:

- I. La cosa que el obligado debe dar, y
- II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer".

De lo anterior se deduce que al concepto de "riesgo", la ley atribuye más de un significado, que no se encuentra en oposición, sino más bien una adecuación al sentido del texto jurídico.

a) "Eventualidad que amenaza el patrimonio o la persona del asegurado", esto es, un acontecimiento futuro, de realización incierta y dañosa, artículo 1º de la Ley sobre el Contrato de Seguro.

Para ampliar esta definición debe afirmarse:

1.- Deberá ser un acontecimiento "posible" y, a contrario sensu, todo aquello que no pueda ocurrir, no será eventualidad ni riesgo.

2.- Será un hecho "contingente", esto es, de realización incierta, aunque bastará que la incertidumbre recaiga en la época en que deba ocurrir, para que pueda estimarse riesgo, artículo 151 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro.

3.- Deberá ser "futuro" necesariamente, pues como se afirmó en el punto que antecede, su realización es incierta, aunque el artículo 45 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro establece la posibilidad del "riesgo putativo" y consiste en que la incertidumbre estribe en el desconocimiento sobre la realización de un acontecimiento o no, siempre y cuando sea compartida por ambos contratantes.

³⁸ Ruiz Rueda Luis, *Ob. Cit.*, pág. 52.

4.- Como hecho “dañoso”, pues de ello depende el pago de la indemnización.

b) La legislación Sobre el Contrato de Seguro define el riesgo también como: “causa determinante del evento dañoso”, lo que se expresa claramente en el artículo 78: “La empresa aseguradora responderá del siniestro aún cuando éste haya sido causado por culpa del asegurado, y sólo se admitirá en el contrato la cláusula que libre a la empresa en caso de culpa grave”.

Artículo 79: “La empresa responderá de las pérdidas y daños causados por las personas respecto a las cuales es civilmente responsable el asegurado; pero se admitirá en el contrato la cláusula de que trata el artículo anterior”.

Artículo 98: “Salvo pacto en contrario, la empresa aseguradora no responderá de las pérdidas y daños causados por guerras extranjeras, guerra civil, movimientos populares, terremoto o huracán, salvo estipulación en contrario del contrato”, de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, y resulta ser de importancia vital, particularmente para limitar el riesgo asumido por la empresa aseguradora.

“El asegurador está obligado a resarcir el daño producido por el siniestro cubierto por el asegurado, solamente cuando exista una relación de causalidad entre el siniestro mismo y los riesgos previstos y asumidos por el contrato. Para que el asegurado tenga derecho a resarcimiento, no basta que se haya verificado el evento previsto y cubierto por el seguro, sino que debe existir una conexión causal entre los riesgos asumidos en el contrato y el evento realizado. Puesto que un evento puede ser provocado por varias

condiciones, surge el problema de establecer cual de ellas debe considerarse causa, para los fines de determinar después si tal causa está contenida entre los riesgos previstos en el seguro. Si el evento previsto en el seguro es producido por una causa también prevista, el asegurador está obligado a pagar indemnización”.

c) También lo considera la ley como “probabilidad abstracta de daño”, y este concepto descansa en el de “probabilidad matemática” que utiliza la estadística basada en la Ley de los grandes números, y es el grado o medida de que pueda realizarse el evento temido, denominándola entonces como “gravedad del riesgo”. En relación a la magnitud de los daños que pueda producir, se llamará “intensidad del riesgo”.

d) En lo referente a la “determinación contractual” del riesgo, debe señalarse que como elemento esencial del contrato, debe ser precisado y limitado de la manera más exacta posible. Así lo ha entendido el legislador y prevé por una parte en el artículo 59 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro: “La empresa aseguradora responderá de todos los acontecimientos que presenten el carácter del riesgo cuyas consecuencias se hayan asegurado, a menos que el contrato excluya de una manera precisa determinados acontecimientos”; esto es, para que el asegurador tenga clara y definida su responsabilidad frente al asegurado, se requiere que además de enunciar la naturaleza del riesgo garantizado (artículo 20 fracción II, Ley Sobre el Contrato de Seguro), con su nombre propio, gramatical o legal (transporte, incendio, explosión, etc.), debe precisar en la póliza:

I.- El objeto del riesgo.



- 2.- El tiempo durante el cual opera la garantía del asegurador (vigencia de la póliza).
- 3.- Las circunstancias de lugar (incendio, robo, transporte, etc.).
- 4.- Las causas determinantes del evento previsto.

e) En atención a las limitaciones que el riesgo tiene convencionalmente en el contrato, existen reglas generales relativas a las causas imputables al asegurado y a las ajenas al mismo.

1.- En oposición a los conceptos generales de responsabilidad el "caso fortuito" y la "fuerza mayor", lejos de liberar de la obligación al asegurador, hacen que sea exigible a éste, ya que al asumir como causas productoras de daños, dichos riesgos, la empresa aseguradora se está obligando a resarcir dichas eventualidades, comprendiendo en ellas no solamente los hechos de la naturaleza y el "*factum principis*", sino también los hechos de los terceros; es decir, los hechos de personas diversas del contratante, del asegurado y del beneficiario; esto es, en general, lo que ha sido la regla en materia de seguros, que la misma sola responde de los eventos dañosos debido a ambas causas: "caso fortuito" y "fuerza mayor".

2.- Cabe decir que la rigidez de este principio ha disminuido, ya que en la mayoría de las legislaciones modernas es admisible que se cubra la culpa ordinaria del asegurado, inclusive se habla de la cobertura de culpa grave. En el caso de nuestra Ley Sobre el Contrato de Seguro, en sus artículos 78 y 79, se establece que el asegurador responde del siniestro aún cuando éste haya sido causado por culpa del asegurado o de aquéllos por quienes está obligado civilmente, y para excluir la culpa grave (Impericia,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

imprudencia o descuido grave) las cláusulas que así lo impongan deben llevar el requisito de la forma precisa que exige el artículo 59 en relación con el 78 y 79 de la misma Ley Sobre el Contrato de Seguro.

3.- "Puede afirmarse en consecuencia, que la empresa aseguradora debe cubrir además de los eventos debidos a 'caso fortuito' o 'fuerza mayor', los que se ocasionan por culpa del asegurado, por lo que en materia de seguros se puede decir que ha cambiado la noción de fortuito que significa simplemente 'aquello que es independiente de la voluntad del asegurado', aunque no de su culpa."³⁹

4.- Al igual que otras leyes extranjeras modernas, la Ley Sobre el Contrato de Seguro, coloca imperativamente a cargo de la empresa aseguradora los siniestros intencionales, que el asegurado causare en cumplimiento de un deber de humanidad (artículo 80 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro).

f) Exclusiones legales y convencionales. Para limitar el riesgo puede también recurrirse a la ley o pacto convencional; como lo señala la parte final del artículo 59 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, que indica que la exclusión debe ser clara y distinta, o imperativamente como se prevé en el artículo 77 de la misma ley.

Es evidente que los pactos convencionales no podrán hacer negatoria una obligación derivada de la Ley.

Resumiendo la diversidad doctrinal, entre ellas la opinión suiza que ha hecho valiosos aportes, me parece ejemplificativa y clara la siguiente cita:

“Para tener un valor jurídico la exclusión deber ser formalidad en términos precisos y no equívocos... Cuando hay duda, el caso deberá ser considerado como cubierto. El asegurado se debe poder basar en el principio de que lo que no está claramente excluido, está comprendido en el Seguro.”³⁹

De ello se concluye que, aunque en una póliza se manifestare que cubre únicamente el “caso fortuito”, es obvio que no puede excluir la culpa, fundamentalmente por dos cuestiones: 1) los artículos 78 y 79 de la Ley del Contrato de Seguro únicamente permite la exclusión de la culpa grave, mas no otra; 2) debería llenarse perfectamente el requisito del artículo 59 del mismo ordenamiento, en el sentido de que la exclusión deberá ser precisa, esto es, clara y distinta.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

³⁹ Ruiz Rueda Luis, *Ob. Cit.*, pág. 57.

⁴⁰ Farnet, *L'assurance privée contre les accidents et la responsabilité civile*. Lausanne, 1943, pág. 11. En el mismo sentido, Bruck, *Lineamenti generale della legislazione svizzera sulle assicurazioni private*, en el Vol. VI de la Colección *Legislazione mondiale sulle assicurazioni private*, roma Italia, 1937, págs. 61 – 62; y Théo Gihl, *Le droit fédéral des obligations comprenant notamment le droit commercial, le droit de*

b) ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO.**1.- Integración del consentimiento:**

El consentimiento es el acuerdo de voluntades acerca de la producción o transformación de derechos y obligaciones, para la realización de los actos jurídicos, que en este caso será la celebración del contrato. Si las voluntades no se ponen de acuerdo no llega a formarse el contrato.

Una manifestación de voluntad es expresa cuando se exterioriza por el lenguaje: oral, escrito, o mímico. Es tácita, cuando se desprende de hechos y omisiones que de manera necesaria e indubitable revelan un determinado propósito, aunque el autor del acto jurídico no exteriorice su voluntad a través del lenguaje.

El consentimiento tiene dos elementos: la oferta que es el primer momento del inicio del contrato la realizará el oferente el cual deberá especificar la naturaleza de la cosa o de la conducta objeto de contrato. El segundo elemento es la aceptación que se dará cuando la contraparte exprese abiertamente las condiciones y modificaciones de la ofertación.

2.- Objeto Directo e Indirecto:

Objeto: El objeto constituyente del acto jurídico se determina por la materia propia de cada acto. Así pueden serlo una cosa material o inmaterial, un hecho o una abstención. El objeto del contrato debe ser física y jurídicamente posible. Es lo que debe el deudor y a su vez es toda la obligación que tiene por objeto un hecho. Cuando nos referimos al objeto se hace referencia a la obligación principal u a la conducta materia de otro contrato. Cuando se habla de la conducta de los contratantes la cual se puede manifestar

change et le droit privé des assurances. Zurich, Suiza, 1947, pág. 719, cit. Por Ruiz Rueda Luis. Ob Cit., pág. 59.

como una prestación es una conducta activa, móvil, circulante o como una abstención la cual va a ser estática pasiva y móvil.

Objeto Directo: El objeto directo consiste en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones. La definición del acto jurídico revela su objeto, por esto decimos que es una manifestación de voluntad con el objeto de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones .

Objeto Indirecto: Consiste en la cosa o en el hecho materia del convenio. De tal manera que un contrato crea obligaciones que pueden ser de dar la cosa, hacer o no hacer un hecho determinado o la conducta de la cual se tiene que abstener.

REQUISITOS DE VALIDEZ.

La validez, es la calidad del acto jurídico que no se halla afectado por vicio alguno y que, por lo tanto, es idóneo para surtir sus efectos, entonces es la existencia perfecta del acto jurídico que en este caso es el contrato.

Son elementos de validez: que el contrato tenga un fin, motivo, objeto y condición lícitos, que la voluntad se exteriorice de acuerdo con las formas legales. Este elemento se denomina *formalidad*, que la voluntad se exprese sin vicio alguno, que la voluntad se otorgue por una persona capaz, o sea, capacidad en el acto jurídico.

FORMALIDAD: en estos casos es necesario que la voluntad se exprese por escrito para que tengan validez por lo tanto, sólo se acepta el consentimiento expreso y por escrito.

En determinados contratos la ley exige una manera en específico y determinada de exteriorizar el consentimiento con lo cual se busca que se produzcan ciertos y

determinados efectos, los cuales no se cumplirían si no se utilizara dicha forma, se exige esta forma para dar mayor seguridad a las operaciones.

CAPACIDAD: La capacidad es el atributo esencial e imprescindible de toda persona, porque es la aptitud o idoneidad para ser sujeto de relaciones de naturaleza jurídica. Así la capacidad se divide en dos: puede ser de goce en donde se da la aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones. Todo sujeto debe tenerla. Y capacidad de ejercicio: esta supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio el contrato, es decir, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales.

AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO:

Para que produzca efectos la voluntad de quien realiza el acto es necesario que esta se exprese o manifieste plenamente.

Esto quiere decir que si la voluntad de algunas de las partes no se otorga con pleno conocimiento y consentimiento de lo que se va a hacer, o bien es arrancada por la fuerza o se carece de actitud jurídica el acto no puede lógicamente ser válido en derecho. Se dice entonces que la voluntad está viciada. Para que esta sea eficaz debe de ser plena y libre. Las circunstancias donde alguna forma invalida la voluntad son vicios de la voluntad.

Error: Este es una creencia contraria a la realidad, es decir, un estado subjetivo que está en desacuerdo con la realidad o con la exactitud que nos aporta el conocimiento científico. En el derecho, el error en la manifestación de la voluntad vicia a ésta o al

consentimiento, por cuanto que el sujeto se obliga partiendo de una creencia falsa, o bien, pretende crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones.

Dolo: se entiende por dolo toda sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en el algunas de las partes que intervengan en el contrato, sin embargo la exacta interpretación, es de que las sugestiones, los artificios o los medio ilicitos no constituyen un vicio del consentimiento, sino los medios para obtener el resultado para inducir a error o mantener en él a una persona y concluiremos que dentro del dolo son los medios utilizados para obtener dicho resultado

Mala fe: es la disimulación del error de los contratante una vez conocido, en la práctica del dolo se puede pasar a la mala fe en el momento del acto jurídico.

Violencia: es una amenaza. La violencia para que sea vicio del consentimiento, es necesario que sea grave, actual, inminente, injusto que provenga de una persona y no de un hecho y que sea el motivo determinante de la voluntad del sujeto a contratar. Produce la nulidad del contrato y el temor reverencial no va a invalidar el contrato.

Lesión: En la lesión para que se considere un vicio del consentimiento necesariamente debe existir una desproporción entre prestaciones y por lo tanto en los actos en que no haya prestaciones recíprocas no puede originarse la lesión, ésta proviene de la desigualdad de las prestaciones de las partes en el contrato para que se configure la lesión se requiere de dos elementos que son el psicológico y el objetivo. El psicológico es aquel vicio del consentimiento que evita contratar en igualdad de circunstancias ya que uno de los contratantes se encuentra en estado de suma ignorancia, notoria

inexperiencia o extrema miseria en tanto el objetivo es la desproporción económica que existe entre lo que se da y lo que se recibe. La lesión únicamente se da en los contratos conmutativos y onerosos.

Licitud en el objeto, motivo y fin.

La conducta se manifiesta en una petición o una abstención en el objeto necesariamente parte de un hecho, por lo tanto este hecho deber ser realizado conforme a la ley y las buenas costumbres.

Motivo: son las intenciones internas y subjetivas del sujeto relacionado directamente con la cosa o hecho que constituye el contrato relacionado con la obra parte de conformidad al artículo 1813 del Código Civil en donde existen dos motivos: el primero, motivo determinante de la voluntad, y el segundo, motivos que no sean en forma directa determinantes de la voluntad.

Fin: son las intenciones de destino último en el que pretenda utilizar el contratante de la cosa y el hecho que constituye el contenido de la prestación de la otra parte, el fin debe ser también lícito.

Este segundo elemento esencial del Contrato de Seguro, que es la contraprestación del asegurado, tiene inmersas varias cuestiones por demás interesantes.

Se afirmará de entrada, que este "precio del riesgo", como también se le denomina, no se calcula de una manera arbitraria o a capricho del asegurador, ya que la Ley Sobre el Contrato de Seguro indica como se debe calcular:

- 1.- Derivada de la vigencia del seguro (artículo 34, 44, 89, 96, fracciones: I y II y 107).
- 2.- Dependiendo de la gravedad del riesgo (artículos 43, 62 y 161, fracciones: I a IV).

3.- En virtud de la suma asegurada (artículos 90, 95 parte final, fracciones: I en su última parte y 161 fracción IV.).

Partiendo de esta base primaria y general es pertinente comentar algunas cuestiones prácticas y elementales sobre el régimen de la prima.

1.- Como contraprestación del contratante del seguro. Resulta entonces, que la prima es no sólo la obligación primordial del contratante, sea o no sea el asegurado, sino elemento esencial del contrato, de tal forma que si ésta no se estipula, no existirá contrato de seguro.

Acorde a este razonamiento, los antiguos tratadistas y varios autores modernos por tradición califican a la prima como precio, debido a la configuración que se le podría suponer con un contrato de compraventa y que desde luego no es pensable en la actualidad.

2.- Inexigibilidad de la prima del seguro de personas. En aparente oposición al numeral anterior, esta obligación de estipular dicha contraprestación presenta un caso singular: el seguro de personas, pues es facultativo su cumplimiento, dado que no hay acción para exigirlo (artículo 180 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro), desde luego este incumplimiento o la mora en el mismo conlleva consecuencias para la subsistencia del contrato.

3.- Individualidad de la prima.- En virtud de que la prima es la contraprestación de la garantía de la empresa del asegurador, ésta se debe integrar, y como principio general debe afirmarse que se deberá en su totalidad, aunque la garantía se suspenda o extinga antes de concluir naturalmente el periodo del seguro.

Lo anterior es perfectamente comprensible, si se considera que la prima se estima atendiendo a la masa de contratos y no aisladamente a cada asegurado; esto es, si resulta que una parte de los contratos de seguros, que forman el conjunto sobre el que se hace el cálculo original, se extingue antes de que termine el periodo del seguro, con las consecuencias de la devolución de las partes proporcionales de prima que correspondan, resulta obvio que se producirá un desequilibrio entre el grupo de contratantes, pues no habrá ya la paridad en la distribución de las pérdidas que ocurran.

Por otra parte, además, es manifiesta la dificultad de calcular primas para periodos menos a lo usual – anuales –, por ende, la Ley Sobre el Contrato de Seguro, en su artículo 44 conserva este principio de individualidad de la prima al expresar:

“Salvo estipulación en contrario, la prima convenida para el periodo en curso, se adeudará en su totalidad aun cuando la empresa aseguradora no la haya cubierto sino durante una parte de este tiempo”.

No obstante, tal como se observa en la misma redacción, este principio ha perdido la inflexible rigidez original, pues se admite el pacto en contrario, y en ocasiones la propia

Ley Sobre el Contrato de Seguro, imperativamente, aporte dicho principio como se desprende de los artículos 96, fracción I, 180 primer párrafo y 127.

Este “rompimiento” del principio de individualidad, inclusive es usual en la práctica entre las Compañías de Seguro, pero formalmente sigue vigente y se encontrará que en el ramo de vida, el cumplimiento es cabal.

4.- Correlación de la prima al riesgo. Conviene agregar en este punto – ya esbozado al iniciar este apartado b –, que el artículo 65 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro permite que se apliquen las nuevas condiciones generales adoptadas por contratos del mismo género a otro celebrado con anterioridad, pero también obliga a que se cubra una sobreprima si las nuevas condiciones implican prestaciones superiores a las convenidas originalmente.

5.- Deudor de la prima.- Conforme lo establece el artículo 31 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, este deudor es en primera instancia el contratante del seguro, pero esta obligación se extingue al tercero por cuya cuenta se contrata si aquél resultare insolvente.

Como las primas vencidas y los llamados préstamos sobre pólizas son compensables con la indemnización o suma asegurada, se desprende que el beneficiario de esta prestación pueda ser deudor también de la prima al realizarse el siniestro (artículos 32 y 33).

En el supuesto de que cambie el dueño de la cosa expuesta al riesgo, éste queda solidariamente obligado con el anterior propietario a cubrir la primas ya vencidas, en virtud de haber operado la transmisión automática de la relación de seguro establecida por la ley, con las excepciones del derecho de rescindir por ambas partes o la agravación del riesgo originada por dicho cambio de propietario (artículos 106, 107 y 108 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro).

También deberá observarse lo dispuesto por el artículo 156, primer párrafo, de la Ley de Quiebras, en relación con el Seguro de Inmuebles, para los casos de quiebra o concurso del asegurado en los seguros de daños.

6.- Vencimientos de la prima.- Debido a las muy obvias razones técnicas, la prima vence – debe vencer – por adelantado y al iniciarse el periodo de seguro; sin embargo, no es un requisito esencial que así ocurra y se den casos en que dicha prima venza al finalizar el periodo, se ajuste, y puede ser que entonces se pague al final, total o parcialmente.

En consecuencia, la Ley Sobre el Contrato de Seguro, en su artículo 34 indica con toda precisión, por lo que toca a la prima inicial, que ésta vence al perfeccionarse el contrato (aunque admite pacto en contrario), y el siguiente (artículo 36), al iniciarse cada periodo de seguro.

Asimismo, los artículos del 37 al 40 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, autorizan a las partes a pactar el pago de la prima anual en forma fraccionada, y en particular el

artículo 38 ordena que en ese caso los periodos serán de igual duración y nunca menores de un mes.

7.- Consensualidad imperativa del seguro.- Se desprende esta afirmación con fundamento en que el contrato no se celebra o se perfecciona condicionándose al pago de la prima inicial, pues en este supuesto se estaría frente a un contrato real (artículo 21, fracción II de la Ley Sobre el Contrato de Seguro), así como tampoco su vigencia depende necesariamente de este pago.

Es claro que el legislador ha previsto y sanciona también en forma imperativa la mora del asegurado, contemplando y garantizando los intereses de la compañía de seguros, pero es evidente que en este aspecto, nuestra ley se aparta un tanto de la mayoría de las legislaciones extranjeras y no admite la derogación convencional de la consensualidad o de los efectos propios de este contrato.

8.- Mora del asegurado.- El artículo 35 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, establece que las obligaciones de los contratantes se inician simultáneamente; pagar la prima y la garantía del asegurador.

Respecto a la garantía del asegurador, no existe problema pues se inicia en forma automática, pero como el pago de la prima requiere un acto positivo del asegurado, aquélla queda supeditada a la honestidad y solvencia del deudor u otro obligado.

El Derecho Común establece tres defensas que pudiera ejercer la Compañía Aseguradora, en este supuesto (que sólo se mencionará), por la evidente situación de la desventaja y falta de equidad, además del muy grave perjuicio que se origina a la masa de asegurados.

- a) Acción para exigir el cumplimiento de contrato, (artículo 190, Ley Sobre el Contrato de Seguro), de la que se carece en seguro de personas.
- b) Acción rescisoria por incumplimiento.
- c) Excepción de contrato no cumplido.

"Se deduce de los dos primeros incisos el inconveniente de su lentitud extrema y el mantener vigente la garantía del asegurador por todo el periodo (o periodos inclusive) del seguro, sin percibir la prima y con el riesgo de no poder cobrarla finalmente. El inciso c, resulta inoperante ante la disposición del artículo 33 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, que establece la compensabilidad de las primas vencidas con la suma asegurada debida al beneficiario del seguro."⁴¹

9.- Resolución automática del contrato y sus consecuencias. La Ley Sobre el Contrato de Seguro, que establece un régimen especial de las consecuencias de la mora del

⁴¹ *Borja Soriano Manuel: Teoría General de las Obligaciones, Ed. 7ª, Editorial Porrúa México. Tomo II. 1944, Nums. 1010 a 1015 y Bibliografía ahí citada, Ruiz Rueda L. Consensualidad Imperativa..., Cit. Págs. 587 a 590 del número 113 de Jus México, Diciembre de 1947, Cit. Por Ruiz Rueda L. Ob. Cit. Pág. 142.*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

asegurado en el pago de la prima, contemplando en los artículos 37 al 41, 180, 181 y 182 con la excepción para los seguros de grupo y popular consignada en el artículo 192. Tiene especial importancia el lugar de pago de la prima, pues de ello depende el momento en que puede considerarse que ha incurrido en mora el deudor.

Si la prima debe pagarse en el domicilio de la empresa aseguradora, la omisión del asegurado para efectuar dicho pago el día de vencimiento o dentro del plazo de gracia, produce mora y todas sus consecuencias, pero si el lugar de pago es el domicilio del asegurado, aunque hayan vencido la prima y el plazo de gracia, no se podrá considerar que haya incurrido en mora el asegurado mientras no se le requiera para ese pago y éste se abstenga de hacerlo.

Particularmente, en los seguros de daños, independientemente de esta resolución automática, tiene derecho de acudir a los tribunales para exigir el pago de la prima a través del juicio ordinario mercantil.

“En suma, en materia de seguros, no es posible el ejercicio de la acción rescisoria establecida en el artículo 1949 del Código Civil en vigor para el Distrito Federal por el cumplimiento de los contratos bilaterales, en el caso de falta de pago oportuna de la prima”.⁴²

10.- Base técnica de la resolución automática.- A primera vista pareciera que este régimen imperativo es muy favorable para la Compañía Aseguradora, pero se estima

que tiene plena justificación si se considera que la debida protección de la masa de asegurados, depende principalmente del cumplimiento exacto de las obligaciones de los mismos, mas que de la honorabilidad y seriedad del asegurador.

En virtud de que las empresas aseguradoras pudiesen abusar de la facultad de conceder plazos para el pago de las primas y se pusiere en peligro el buen funcionamiento del grupo, la Ley General de Instituciones de Seguros, ha previsto el peligro y no permite que las reservas técnicas estén invertidas o representadas por saldos deudores de agentes, ni por los adeudos provenientes de operaciones propias del objeto de las instituciones de seguros (artículos 46 al 59 de la Ley General de Instituciones de Seguros), y sólo permite con limitaciones, que el capital y las reservas del capital estén representadas por esos renglones.

11.- ¿Quién debe pagar la prima?.- Estas obligaciones se establecen en los artículos 31, 32, y 33 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, que indican respectivamente, la regla general consistente en que el contratante, quien está obligado a pagar la prima; cuando el seguro se toma por cuenta de tercero, éste resulta también obligado a pagar dicha prima, si el contratante resultara insolvente, y queda establecido el deber de pago para el beneficiario, cuando al momento de ocurrir el siniestro hubiere primas pendientes, dado que éstas deberán compensarse con la indemnización o con la suma asegurada que resulte a cargo de la Compañía Aseguradora.

⁴² Ruiz Rueda Luis: *Ob. Cit.*, pág. 143.

Existe un caso que merece adicionarse a los expuestos, y es el consistente en la sustitución – en el seguro de vida – del cónyuge o los descendientes del asegurado en el contrato, sustitución que opera independientemente de la voluntad de este (tanto en sus derechos como en sus deberes, y en los mismos términos que el asegurador), a menos que los beneficiarios expresamente rehúsen la sustitución (artículo 170 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro), para el caso de declararse en quiebra o abrirse el concurso de éste.

12.- ¿Quién puede pagar la prima?.- Referido y tomado como base el hipotético del numeral anterior, puede plantearse esta situación de la siguiente manera: al substituir el asegurado en el contrato a los familiares que hubiere designado como beneficiarios y que, por ende, eran acreedores en ese concepto de la prestación consistente en la suma asegurada, adquieren en consecuencia la obligación del pago de la prima. Sin embargo, no es el único cambio el del deudor de la prima, sino que el contrato mismo se ha transformado en un seguro sobre la vida del contratante, con beneficiarios revocables – si hubiera renuncia al derecho de revocar la designación sería aplicable el artículo 168 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro – en un seguro sobre la vida de un tercero que fue originalmente asegurado el contratante, pero en el cual, los nuevos contratantes que eran los originales terceros beneficiarios, sino con el consentimiento del tercero asegurado, según el artículo 156 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro.

Es decir, “ si las obligaciones del contratante originario se extinguen y surgen otras para los antiguos terceros beneficiarios convertidos ya en beneficiarios contratantes; y éstos

han adquirido así deberes y poderes jurídicos, de que antes carecían, es inconcuso que se ha producido una verdadera novación del contrato".⁴³

13.- ¿Quién no puede pagar la prima?.- Comentando que quedó brevemente quien tienen el deber de pagar la prima, nos encontramos que el artículo 42 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, que dice:

"La empresa aseguradora no podrá rehusar el pago de la prima, ofrecida por los acreedores privilegiados, hipotecarios o prendarios, terceros asegurados, beneficiarios o por cualquier otro que tenga interés en la continuación del seguro". No establece para los terceros a que se refiere, la substitución del tomador del seguro en la obligación o el deber de pagar la prima, sino únicamente les confiere poder jurídico par hacerlo. Resulta pues, obvia la distinción.

Además, excluye de ese poder jurídico tanto a esos terceros, como a cualesquier otros que carezcan de interés jurídico en la continuación del seguro, tal como se indica expresamente en el mismo texto legal.

c) LA GARANTÍA DE RESARCIR EL DAÑO.

Para comentar sobre este tercer elemento esencial del contrato de seguro, iniciaré por decir que se emplea esta denominación de Garantía por ser el término que la Ley utiliza, sin embargo, no es el único que la doctrina ha recogido. Por ejemplo, para algunos, es el

⁴³ *Ruiz Rueda Luis, Ob. Cit., pág. 146.*

lapso durante el cual el riesgo queda cubierto por la Compañía Aseguradora, para otros, es simplemente el pago de la suma asegurada. También la definen como la cobertura del riesgo por el asegurador, etc.

Esta prestación del asegurador, "Garantía", consiste en la obligación de asegurador de indemnizar del daño sufrido por el asegurado en el momento de la realización del siniestro, siempre que éste ocurra durante el tiempo de la vigencia del contrato, es la tesis que aceptó nuestro legislador, por lo que sin entrar en el estudio de otras doctrinas, encontramos el fundamento legal en el artículo 20, fracción III, IV y V, de la Ley Sobre el Contrato de Seguro que señalan en lo correspondiente a este análisis:

"Fracción III.- La naturaleza de los riesgos garantizados.

Fracción IV.- El momento a partir del cual se garantiza el riesgo y la duración de esta garantía.

Fracción V.- Precisar el monto de la garantía".

Es claro por otra parte, que la garantía del asegurador es de una naturaleza de prestación de ejecución continuada, pues aquella existe, desde la iniciación de vigencia del seguro hasta la extinción del mismo, se realice o no el siniestro.

De no ser así se caería en el supuesto que la prestación del asegurador, que es continua, estaría sujeta a condición suspensiva (el siniestro), y la falta de realización de la misma conllevaría a la resolución del contrato y la devolución de la prima. Es a todas luces, incongruente dicha posibilidad.

Existe desde luego, y en consecuencia con lo expuesto, la posibilidad de suspensión de esta prestación del asegurador, y confirma precisamente su naturaleza de ejecución continuada, la que se contempla en el artículo 192 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro que indica:

“En los casos a que se refieren los dos artículos anteriores, el asegurado tendrá la obligación de pagar las primas, correspondientes al primer año, y se podrá pactar la suspensión de los efectos del seguro o la escisión de pleno derecho para el caso en que no se haga oportunamente el pago de las primas”.

Los artículos 190 y 191 a que se alude, se refieren al seguro popular y al seguro de grupo o empresa.

Con la perspectiva expuesta, y en términos generales entendiendo el concepto de “garantía”, es conveniente precisar aún sucintamente, algunas particularidades de esta prestación del asegurador, derivada del “siniestro”.

I.- Noción del siniestro.- Comenzaré por decir que la Ley Sobre el Contrato de Seguro, hace una distinción relevante entre riesgo y siniestro en su artículo 45 al indicar: “El contrato de seguro será nulo si en el momento de su celebración el riesgo hubiere desaparecido o el siniestro se hubiere ya realizado.

El siniestro se ha definido como "el evento que actualiza la responsabilidad del asegurador", y en particular en el seguro de daños, como el evento dañoso que genera para el asegurador la obligación actual de resarcimiento.

Se desprenden entonces dos tipos de hipótesis en la noción de siniestro:

a) De hecho.- La realización del evento temido, previsto en el contrato, en las circunstancias concretas en que se produzca.

b) Jurídicos.- Los límites de riesgo asumido por el asegurador, coincidentes con las circunstancias en las que se realice el evento, generado en consecuencia, la obligación a la prestación prometida.

2.- Garantía del asegurador y sus limitaciones.- Esta garantía del asegurador y que consiste en la obligación que asume de efectuar una determinada prestación contractual a la realización del siniestro, en el sentido amplio que el artículo 20 en sus fracciones II, IV y V de la Ley Sobre el Contrato de Seguro lo plasma, se limita por la ley o convencionalmente, en función de diversos factores que enunciaré brevemente.

a) Temporal.- El asegurador garantiza los riesgos que se realicen en un lapso previamente determinado, (artículo 20 fracción IV y 135 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro).

b) Objeto.- El asegurador garantiza los riesgos que pesan sobre una persona o cosa determinada (artículo 20 fracción II y artículo 141 fracción II), para el caso de que ésta hubiere sido designada genéricamente, todos los objetos que pertenezcan a él se consideran cubiertos (artículo 94 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro).

c) Territorio.- Se garantizan los riesgos que afectan personas o cosas, cuando están en determinados lugares exclusivamente aunque esta limitación es desde luego de las más flexibles, ejemplo: seguro de vida, transportes, etc.

d) Causal.- Existirá la garantía para el caso de que el evento se produzca por determinadas circunstancias o con exclusión de otras, ejemplos por demás ilustrativos, son las exclusiones por hechos catastróficos (erupción volcánica, huracán, guerra, etc.), por vicio propio de la cosa (artículo 98 y 99 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro Ley Sobre el Contrato de Seguro), o en general cuando el evento sea consecuencia de agravación del riesgo (artículo 58 fracción I, de la Ley Sobre el Contrato de Seguro).

e) Naturaleza del riesgo.- Existe garantía cuando comprenden riesgos de naturaleza determinada, especialmente en los ramos en que rige normalmente el principio de la universalidad del riesgo y es limitado por las partes.

Esto es, se cubren para una misma cosa un determinado tipo de riesgos y otros no, por considerarse técnicamente no susceptibles de seguro, ejemplo: en el seguro de transportes se asegura una mercancía contra robo, pero no por los daños que pudiera surgir por mojadura o contacto con otras cargas.

f) De circunstancia.- La garantía del asegurador se actualizará únicamente cuando el evento dañoso ocurra con ciertas modalidades requisitos, sin importar que en esencia haya ocurrido el riesgo asegurado, sino más exactamente las condiciones en que ocurrió, ejemplo: se asegura el riesgo de robo con violencia de "x" objeto; el evento dañoso ocurre – el robo –, pero si no hubo violencia, no se actualiza la obligación del asegurador, para que se produzca violencia ésta debe ser evidente, como lo puede ser la rompedura de cerraduras, vidrios o con amenazas físicas; de otra manera, al no existir estos signos externos se estaría hablando posiblemente no de robo sino de abuso de confianza, lo cual es un evento totalmente diferente.

g) De indemnización.- Es universalmente aceptado que el asegurador sólo garantiza el resarcimiento de una parte del daño ocasionado, ya sea por imperativo legal (artículo 86 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro), o contractual.

Así, la compañía aseguradora sólo paga el siniestro cuando se excede de cierta proporción y siempre hasta un determinado límite. Parte de la filosofía del seguro estriba en que el asegurado debe "participar" o "contribuir", en el resarcimiento del evento dañoso con un deducible.

3.- Consecuencias del siniestro.- Es importante subrayar este aspecto, toda vez que la realización del siniestro implica, además de actualizar la garantía del asegurador, el surgimiento de algunas cargas para el asegurado y que, de no ser observadas

diligentemente, pueden afectar la magnitud y subsistencia de la obligación de la compañía aseguradora; entre otras:

a) Denuncia del siniestro.- Esta carga consiste en la obligación que tiene el titular del derecho a la suma asegurada o indemnización, de informar a la compañía aseguradora de que se ha producido el siniestro, tan pronto como tenga conocimiento del mismo. Cuando el titular sea simplemente beneficiario, esta obligación se supedita a que conozca el derecho constituido a su favor. La Ley Sobre el Contrato de Seguro, en su artículo 66 señala un plazo máximo de 5 días para dar este aviso y deberá ser en forma escrita, salvo pacto en contrario. Existen otros supuestos donde este plazo se reduce expresamente por la ley (seguros de granizo y mortalidad de ganado, o robo), pero subsiste la obligación del aviso modificándose, en todo caso, el tiempo o inclusive el modo (aviso telegráfico).

En nuestro medio, sobre todo en los accidentes automovilísticos, existe la práctica de la denuncia del siniestro por teléfono y a ello obliga el manual de siniestros que se da a los asegurados, sin embargo, cuando existen controversias es común que las aseguradoras nieguen tener conocimiento del siniestro por lo que es importante que en todos los casos se dé aviso por escrito a la Compañía Aseguradora.

b) Información complementaria: Como es de suponerse, no bastará que se haga la denuncia del siniestro, pues por ser normalmente este plazo muy breve, la información es incompleta e inclusive confusa. Se requiere la información complementaria para estar en condiciones de, por una parte, precisar las circunstancias en que el evento dañoso se

produjo con las consecuencias inherentes a este limitante de la garantía, y por otra, determinar las consecuencias de dicho evento dañino. Un problema bastante serio estriba en que la ley no señala claramente plazo alguno para proporcionar esta información complementaria y generalmente se determina de manera contractual. Si se insiste, se advertirá que en la documentación se enumera sin carácter limitativo, pudiendo generar el abuso por parte de la compañía aseguradora el exigir dicha información.

c) Deber de salvamento y de invariabilidad.- Se encuentran aquí dos cuestiones diferentes pero igualmente necesarias y de primordial importancia: por un lado, en los seguros de daños, los artículos 113 y 114 imponen al asegurado o beneficiario, ejecutar toda clase de actos que tiendan a evitar o disminuir el daño después de ocurrido el siniestro; por otra parte, mantener las cosas en el estado en que se encuentren, salvo para evitar o disminuir el daño o por razones de interés público, creo que además de ser claras, son perfectamente justificables dichas obligaciones por el simple sentido común.

4.- Incumplimiento de estos deberes.- Resulta obvio que, de incurrir en el incumplimiento de las obligaciones comentadas, habrá consecuencias dignas de ser apuntadas.

a) Como regla general, se encuentra en nuestra legislación la establecida en el artículo 67 que limita la garantía del asegurador a los daños ocasionados por el siniestro y excluye aquéllos que sean consecuencias de la falta de denuncia o de su demora; abundando un poco, debemos aclarar también que si la omisión es sin culpa o mala fe,

la garantía de la compañía de seguros se reduce hasta lo que hubiera importado de haberse denunciado oportunamente el siniestro. El artículo 75 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro expresa que corresponde al titular del derecho a la prestación probar que no hubo culpa o mala fe en su omisión.

Se observa también como equilibrio en esta obligación, que no producirá consecuencias esta omisión, si no se produce agravación alguna del daño por falta de denuncia. Se desprende en consecuencia que más que una sanción, lo que establece el artículo citado es una limitación a la garantía del asegurador.

b) En el artículo 68 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, que se establece sanción por falta de denuncia inmediata del evento dañoso, cuando la omisión ocurre con la intención de impedir que se comprueben oportunamente las circunstancias del siniestro. Desde luego, corresponderá al asegurado probar que no hubo intención dolosa en la falta de aviso y excepcionarse de la sanción en comento, puede señalarse enunciativamente:

1. Se prueba la inculpabilidad del titular del derecho a la prestación.
2. Cuando la omisión haya sido por caso fortuito o fuerza mayor (artículo 76).
3. Cuando la omisión obedezca a culpa del asegurador (artículo 73).

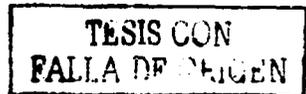
Se evidencia la consonancia con la regla establecida en el artículo 9 del Código Penal, toda vez que de la intención de impedir que se comprueben oportunamente las circunstancias del siniestro, resulta la exclusión, por lo menos la restricción de la

responsabilidad del asegurador; esto es, la omisión dolosa tendrá por fin, gracias a la ignorancia o el error en que incurra la compañía aseguradora, obtener el pago de una prestación indebida.

c) En el artículo 70 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro existe un cambio, que cuando se trate de ocultación o disimulo o declaraciones inexactas, es decir, cuando el incumplimiento o la violación consisten en maquinaciones tendientes a engañar a la compañía aseguradora, será para ésta la carga de la prueba.

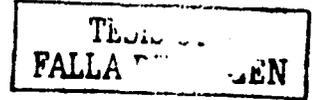
d) Este deber de denuncia y en su caso de información complementaria que establece el artículo 69 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, en general queda entendido en un plazo razonable y de su debido cumplimiento, se hace depender la existencia del derecho a la prestación del asegurador. Conociéndose como cláusula de caducidad y atento a lo preceptuado por las disposiciones 73 y 76 ésta es perfectamente legal.

e) El incumplimiento en los deberes de salvamento o de invariabilidad que las cosas después del siniestro, siguen las reglas que se acaban de comentar en lo general; es decir, si no hay culpa o mala fe en el incumplimiento, se excluirán solamente los daños ocasionados por la violación del deber. Igualmente, la intención fraudulenta ocasionará la pérdida del derecho a cualquier indemnización, y, dependiendo, de que se pruebe la culpa, mala fe o intención fraudulenta del asegurado, con las excepciones comentadas en los incisos anteriores, procederá la aplicación de la primera o segunda parte del artículo 115 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro.



5.- Vencimiento de la prestación del asegurador.- Esta cuestión implica en la práctica algunas complicaciones, puesto que la ley contempla dos hipótesis sobre dicho vencimiento.

a) El artículo 71 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, le señala un plazo de 30 días a partir de la fecha en que la compañía se seguros reciba una serie de informaciones y documentos.



b) Por otra parte, se establece que no se podrá pactar vencimiento hasta que la compañía aseguradora reconozca el crédito o quede establecido judicialmente.

Se observa inicialmente que influirá mucho la buena fe de la Institución de seguros para estimar la fecha de vencimiento de su obligación, pues se podría caer en el supuesto de solicitar verdaderas montañas de documentos, unos innecesarios y otros inexistentes, para evitar que se determine la fecha de la integración de "x" expediente. Existe desde luego el recurso de concurrir ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, y solicitar se obligue a la compañía aseguradora se ciña estrictamente a la ley y a los usos en esta materia, con los inconvenientes que esto conlleva (principalmente el retardo en el cumplimiento de la garantía del asegurador). La prohibición establecida en el artículo 71 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, se estima que es en este sentido y desde luego plenamente justificada.

6.- Siniestros fortuitos, culpable o intencional.- La misma definición de los términos fortuito, culpable o intencional lleva a determinar su tratamiento por la Ley Sobre el

Contrato de Seguro. Cabe aclarar, sin embargo, que el siniestro fortuito es el típico y tradicional tiempo que cubrían las aseguradoras, pero como se ha comentado, el principio se ha venido haciendo menos rígido y se previene ya que la compañía aseguradora responderá también, aun cuando el siniestro haya sido causado por culpa del asegurado, con la excepción (artículo 78 y 79 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro) de la cláusula que libera al asegurador en caso de culpa grave.

Los siniestros causados voluntariamente por el asegurado quedan, desde luego, excluidos de cualquier garantía por parte del asegurador, según dispone la Ley Sobre el Contrato de Seguro, con las siguientes dos excepciones previstas:

- a) Por cumplimiento de un deber de humanidad (artículo 80 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro), es decir, cuestión de orden público.
- b) En caso de suicidio después de dos años de celebrado el contrato (artículo 186 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro), pudiendo excluirse desde luego esta garantía, según dispone el artículo 59 de la misma ley, cosa que no ocurre por razones comerciales.

D) PROPUESTA, LA EMPRESA COMO PRESTADORA DEL SERVICIO.

Como antecedentes de este elemento esencial del Contrato de Seguro, se encuentran los preceptos del Código Civil para el Distrito Federal, tanto en el de 1870 como en el de 1884, que regían al contrato de seguro cuando no se celebra por empresa, y otra legislación en el Código de Comercio, es decir, había la posibilidad del contrato de seguro aislado.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Según nuestro Código de Comercio, el seguro es un contrato por el cual una de las partes se obliga, mediante cierta prima a indemnizar a la otra de una pérdida o de un daño o de la privación de un lucro esperado que podría sufrir por un acontecimiento incierto.

También se define como aquel contrato por el cual el asegurador se obliga mediante una remuneración llamada prima, o premio o cuota, a indemnizar al asegurado de las pérdidas o daños que éste pueda experimentar de resultas de la relación de ciertos riesgos, relativos a su persona o sus bienes.

Esta definición abarca la mayor parte de las aplicaciones del seguro – seguros contra incendio, contra accidentes, contra el riesgo de la muerte del padre de la familia -, pero, en cambio, no se aplica en todas las múltiples variedades del seguro de vida, ya que en esta última categoría de operaciones no siempre mueve al asegurado el temor de un daño que le pueda alcanzar, sino que muy a menudo sólo se trata de proporcionarse recursos para la vejez e incluso de constituir una dote a un niño que acaba de nacer.

El contrato de seguro tiene una extraordinaria importancia bajo el punto de vista individual y de la conciencia política.

El seguro está destinado a reparar los daños ocasionados por accidentes imprevistos o de fuerza mayor, ha servido para alentar el espíritu de especulación y favorece la circulación de los valores impulsando eficazmente el desenvolvimiento del comercio.

Los capitales conservados inactivos por los riesgos y peligros frecuentes concurren como factores al progreso y al bienestar común, salvando de la ruina y miseria a innumerables personas que habían visto desaparecer en un momento el fruto de su trabajo honrado y economías difícilmente logradas.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Esta situación es hoy a todas luces insostenible, toda vez que nuestra legislación sigue la teoría del mercantilista César Viviente, ha puesto de relieve el concepto "empresa", como un elemento "*sine qua non*" para la existencia del Contrato de Seguro.

Esta teoría, precisa que no puede existir el contrato de seguro aislado u ocasional, sino que debe existir necesariamente la reunión de un gran número de riesgos de la misma especie, y en el caso de pérdidas eventuales éstas se distribuyen entre muchos.

En México, las empresas aseguradoras sólo pueden constituirse y funcionar de conformidad con la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros. De esta ley se desprende que es lo que la Ley Sobre el Contrato de Seguro designa como "empresa de seguros", y que literalmente dice:

"Y Sociedades Mutualistas de Seguros, y consiste en la obligación de que las empresas aseguradoras reaseguren el excedente de riesgos que asumen directamente". Desde luego, la misma ley contiene las disposiciones relativas a "límite de retención de riesgo", y señala desde que momento es obligatorio dicho reaseguro.

Es expresa la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, en su artículo 3º. Fracción I, respecto al carácter que debe tener quien practique operaciones de Seguro:

"Artículo 3º. En materia de actividad aseguradora:

I. Se prohíbe a toda persona física o moral disienta de las señaladas en el artículo 1º de esta ley, la práctica de cualquiera operación activa de seguros en territorio mexicano”.

El artículo 1º de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, expresa textualmente:

“Artículo 1º. Las empresas que se organicen y funcionen como instituciones de seguros y sociedades mutualistas de seguros, quedan sujetas a las disposiciones de esta ley.

Las instituciones nacionales de seguros se regirán por sus leyes especiales y, a falta de éstas o cuando en ellas no esté previsto, por lo que estatuye la presente”.

En particular, en el artículo 141 de la ley y en general en el capítulo III “De las infracciones y delitos”, se contemplan las consecuencias de la inobservancia del artículo 3º que como se dijo, consagra la teoría Vivantiana de “empresa”.

Lo anterior, lleva a la indubitable conclusión de que el legislador adoptó en los artículos 1º y 2º de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, el elemento empresa, según la tesis de César Vivante, entre los elementos esenciales del Contrato de Seguro, esto es indispensable para su existencia, porque sin alguno de ellos, el contrato no producirá efecto legal alguno, según lo previene del artículo 2224 del Código Civil para el Distrito Federal, y por supuesto el artículo 3º de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros en su párrafo penúltimo.

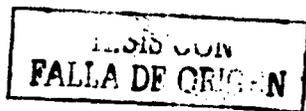
“El caso particular de la legislación mexicana relativa al Contrato de Seguro, está contemplado también en las siguientes palabras pronunciadas por A. Donatti – quien sostuvo una decidida oposición a la tesis de Vivante – “aún reconociendo la esencialidad económica de la mutualidad, y la grandísima importancia jurídica de la organización de la empresa, incluso sobre la relación de seguro cuando se concluye por quien ejercita sistemáticamente la actividad aseguradora no es posible, “salvo en los países en que el legislador lo hace textualmente, elevarla a requisitos del concepto de la relación y en todo caso, aún cuando exista, no es suficiente para permitir la distinción de la relaciones afines.”⁴⁴

A pesar de ello, el régimen de los seguros privados en México exige, para que haya Contrato de Seguro, el elemento empresa en el sentido de organización técnica y económica, pero, además y fundamentalmente, que dicha empresa sea una organización que se ajuste totalmente a lo establecido por la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, y sea, desde luego, controlada desde su iniciación por la administración pública, tal como la propia ley lo prevé. Es decir, además de la existencia de la “empresa”, en sentido económico, es indispensable que exista desde un punto de vista jurídico; esto es, con la autorización administrativa de la autoridad respectiva.

Desde luego, no todos coinciden en afirmar que al hablar del artículo 1º de la Ley Sobre el Contrato de Seguro de empresa aseguradora, se pretendió establecer un elemento

⁴⁴ Conferencia en la Facultad de Derecho de México, el 19 de Agosto de 1954, *Cit.*, por Ruiz Rueda L.

Ob. Cit., pág. 67.



esencial del contrato de seguro, pero si se revisan los antecedentes de dicho artículo, se advierte que su intención es plasmar el elemento empresa como presupuesto indispensable para la existencia del contrato de seguro. Entre esos antecedentes se encuentran:

1. El "Proyecto Vivante" del Código de Comercio italiano de 1992.
2. El "Proyecto d' Amelio" de 1925.
3. El "Proyecto Mossa" de 1931.
4. El Proyecto de 1935 formulado por la "Fedarazione delle imprese assicuratrici".⁴⁵

Se concluye al afirmar que efectivamente en nuestro país, el elemento empresa es indispensable para la existencia del contrato de seguro, pero siguiendo las doctrinas europeas, no es elemento que distinga este contrato de otros fines, pues son necesarios otros elementos igualmente indispensables; sin embargo, este hecho no resta, en modo alguno, el carácter esencial del elemento empresa en nuestro Contrato de Seguro, conforme a la legislación y la doctrina expuesta.

**ANÁLISIS CON
FALLA DE ORIGEN**

⁴⁵ CF. Ruiz Rueda L., *Antecedentes del artículo 1º de nuestra L:C:S en la Revista Mexicana de Seguros*, número 24, correspondiente a mayo de 1950, pág. 3 y ... Cit. Por Ruiz Rueda L., *Ob. Cit.*, pág. 70.

CONCLUSIONES.

Después de haberse realizado la presente investigación, es posible concluir con algunos razonamientos.

PRIMERA.- Es evidente que la figura de la responsabilidad civil fue regulada por prácticamente todo el mundo conocido en la antigüedad.

SEGUNDA.- No es particularmente valioso el desarrollo que tuvo esta figura en el derecho Romano, toda vez que nuestro sistema jurídico, de entre los diversos sistemas existentes, pertenece a la familia Romano – Germánica.

TERCERA.- La evolución que ha tenido la Responsabilidad Civil quizá ha sido lenta, pero de gran trascendencia. Se separó de su vinculación con el aspecto penal y se abandonó la idea de “culpa” por el deber de reparar el daño.

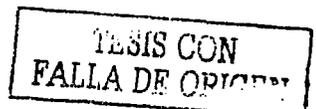
CUARTA.- Las legislaciones en el mundo han evolucionado en el sentido apuntando, inclusive a las familias jurídicas Anglosajonas, Socialistas y de Tradición Filosófica – Religiosa.

QUINTA.- La imposibilidad real de evitar diversos tipos de daños, así como su imprevisibilidad, ha hecho surgir la necesidad de protección ante tales eventualidades, dando origen al Contrato de Seguro.

SEXTA.- Nuestra legislación, en materia de seguros, ha consagrado la idea de Responsabilidad Civil Objetiva sustentada en la teoría del Riesgo Creado.

SEPTIMA.- El Contrato de Seguro en México comprende, inclusive, la Responsabilidad Civil Extracontractual, tanto Objetiva como Subjetiva.

OCTAVA.- Considero que la tendencia en la Epoca Contemporánea es ampliar cada vez más sus coberturas, tanto a las personas como a sus bienes, y así como en materia de Seguridad Social se han convertido en seguros obligatorios, progresivamente diversos tipos de seguros de los llamados “privados”, se convertirán también en obligatorios.



BIBLIOGRAFÍA.

- AGUILAR. DIAS JOSE, *Tratado de responsabilidad civil*, Editorial Cajica Jr. S. A., Puebla – México, 1994, Tomo I.
- BAUDRY G – Lucantnerie. *Suplément du traité teorique pratique de droit civil*, Editorial Recvil Sirey, Francia. 1929. T. V.
- BONET RAMON: *Compendio de Derecho Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, España, 1960. tomo I, Parte General.
- BONNECASE JULIEN. *Elementos de derecho Civil*, Editorial José M. Cajica Jr. México, 1946. t. II.
- BORJA SORIANO Manuel: *Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Porrúa México. Tomo II. , y *Bibliografía ahí citada*, Ruiz Rueda L. *Consensualidad Imperativa...*, Jus México, Dicimebre de 2000 , Cit. Por Ruiz Rueda L.
- CF. RUIZ RUEDA L., *Antecedentes del artículo 1º de nuestra L:C:S en la Revista Mexicana de Seguros, número 24, correspondiente a mayo de 1978.*
- COLIN ET CAPITANT, *Curso Elemental de Derecho Civil*, Editorial Reus, España, 1923, Tomo II, vol. II.
- *Compendio del tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictuosa y contractual*, México, 1990.
- *CONFERENCIA en la Facultad de Derecho de México, el 19 de Agosto de 1954, Cit., por Ruiz Rueda L.*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- DALLOZ, *La responsabilité envers soi – meme, Editorial Au Bureau de la Jurisprudence Générale, Francia 1934.*
- DIGESTO DE JUSTINIANO.- *Versión por A. Dors. F. Fernández – Trejo P. Fuentesca. M. García – Garrido. Y J Bunllo con la ayuda del C.S.C. Editorial Arandazi, Pamplona – España, 1968. Tomo I, 9, 2.*
- DUGUIT LEON, *L'Etat, les gouvernants et les agents, Ed. Troisième, Editorial Ancienne Librairie Fontemoing & Editeurs, Francia, 1918. Tatté de droit constitutionnel, t. I: Manuel de droit constitutionnel, n. 96; Les transformattions du droit privé.*
- FARNER, *L'assurance privéé contre les acidents et la responsabilité civile, Lausanne, 1943. En el mismo sentido, Bruck, Lineamenti generale della legislazione suizzera sulle assicurazioni private, en el Vol. VI de la Colección Legislazione mondrále sulle, assicurazioni private, roma Italia, 1937; y Théo Guhl, Le droit fédéral des obligations comprenant notamment le droit commercial, le droit de change et le droit privé des assurances. Zurich, Suiza, 1947, cit. Por Ruiz Rueda Luis.*
- GARCÍA TÉLLEZ, *Motivos. Colaboración y concordancias del nuevo Código Civil Mexicano, Ed. 2ª. Editorial Porrúa México, 1975.*
- GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil, Ed. 2ª. Editorial Porrúa, México, 1993 t. I.*
- GEORGES ROBIN, *De la responsabilité, notamment au point de vue de la clause de non – garantie et du fardeau de la preuve en droit romain et en droit francais (tesis, París, 1887).*

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

- GEROGES COHENDY, *La méthode d'un arrêstite au XIXe siècle: Labbé; son application aux questions de responsabilité tesis*, Lyon, Francia, 1910.
- GIRARD, *Manuel elemental derecho Romanon*, 3ª. Edición. Editorial Francia por SENN En *Revista histórica de derecho francés y derecho extranjero*. Editorial Libraire Arhur Rosseau, Rousseant Et Cie-Editeurs. Paris Francia 1928.
- J. IGLESIAS, *Derecho romano*, 3ª.ed., Editorial Ariel, España, 1958.
- JHERING, *De la faure en droit pivé*, por SENN, págs. 417, en *Revue historique de droit francais et de droit étranger*. Editorial Edicione de Paris, Paris - Franciu, 1928.
- JHERING, *Espiritu del derecho romano*, Ed. 30. Editorial Librerria Editrice forni - Editore edcine de Paria, 1969 Tomo I y II.
- *La reonsabilita civile nella giurisprudenza*, Ed. 1ª., Editorial Edizioni Cedan - Fadova, Italia, 1967.
- LARENZ KARL: *Derecho de obligaciones*, vol. II, *traducido al español*, Editorial Revista de Derecho Privado., España 1959.
- LEVY - BURUHL, *Lidée de responsabilité*, tesis doctora de Letru, Paris Francia 1884.
- MATEOS ALARCÓN, *Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal*. 1958.
- PICARD - Besson, *Tratté général des assurances terrestres en Droit Francais*, tomo I, Paris, 1938, número 2 *Les assurances terrestres en droiti francais*. 2ª edición Paris, 1964. Tomo I número I; cit. Por RUIZ RUEDA LUIS. *El Contrato de Seguro*, Ed. Porrúa, México, 1978.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- *PLANIOL, traité Elementaire de Droit civil, 9^o ed. Editorial Librairie Générale de droit et de jurisprudence. Francia, 1947, Tomo I.*
- *PUIG PEÑA: Culpa Civil, en Nueva Enciclopedia Juridica, Editorial Francisco Seix, Barcelona - España, Tomo VI, 1976.*
- *ROJINA VILLEGAS. Derecho Civil Mexicano, Ed. 13^o Editorial Porrúa, México 1984, t. III, V. Los derechos reales y posesión.*

CÓDIGOS

- *CÓDIGO CIVIL COMENTADO 1^o Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM Miguel Angel Porrúa Editor. México 1989.*
- *CÓDIGO CIVIL CONCORDADO 2^o Ed. Actualizada Ed. Jorge Oregón Heredia. México 1988.*
- *CODIGO DE COMERCIO Y LEYES COMPLEMENTARIAS 9^o Ed. Editorial Anaya Editores S.A. México 1995.*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN