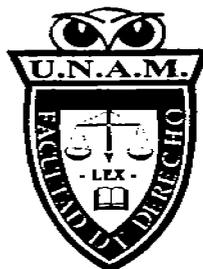


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL



NECESIDAD DE CREAR UN FONDO DE
RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADA EN DERECHO

P R E S E N T A :

IRENE NUÑEZ ALVAREZ

ASESOR DE TESIS:
LIC. JESUS VILCHIS CASTILLO



CIUDAD UNIVERSITARIA D. F.

MARZO, 2005

m344210



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.

APROBADO

EXAMENADO

IMPRESO

PERSONAL

CCO

NOM

1000 Mañera

FECH

18 Mayo 2005

FIRMA





UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

ÓFICIO INTERNO SEMCIV/18/03/05/11

ASUNTO: Aprobación de Tesis

**SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ,
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E .**

La alumna **IRENE NÚÑEZ ALVAREZ**, elaboró en este Seminario bajo la asesoría y responsabilidad del Lic. Jesús Vilchis Castillo, la tesis denominada "**NECESIDAD DE CREAR UN FONDO PARA LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO**" y que consta de 205 fojas útiles.

La tesis de referencia, en mi opinión, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, se otorga la aprobación correspondiente y se autoriza su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

La interesada deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de esta Facultad.

Reciba un cordial saludo.

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D.F. 18 de Marzo de 2005

LIC. LUIS GUSTAVO ARRATÍBEL SALAS
Director del Seminario

LGAS'egr.

México, D.F., a 21 de Febrero del 2005.

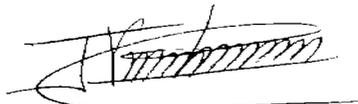
**MTRO. LUIS GUSTAVO ARRATÍBEL SALAS,
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO CIVIL DE
LA FACULTAD DE DERECHO DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E :**

Fui autorizado para dirigir y revisar el trabajo intitulado: "LA NECESIDAD DE CREAR UN FONDO PARA LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO", mismo que elaboró la alumna: IRENE NÚÑEZ ÁLVAREZ, el cual a mi consideración ha sido una investigación seria, con la bibliografía adecuada, por lo que, considero, reúne los requisitos legales y formales que exige el Reglamento de Exámenes Profesionales.

Después de haber revisado y corregido en su totalidad el trabajo en cuestión, le solicito tenga a bien aprobarla y autorizar su impresión, salvo su docta opinión al respecto.

Por lo anterior, le agradezco las atenciones que se sirva prestar al portador de la presente, manifestándole la más alta y distinguida consideración de mi persona.

**A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"**



LIC. JESÚS VILCHIS CASTILLO

Agradecimientos

Quiero primeramente dar gracias a DIOS; por darme una nueva oportunidad de vida; por permitirme llegar al término de esta meta, por todas sus bendiciones. Señor en ti confío.

"Cuando los sueños parecen irrealizables, sólo la voluntad y la fe pueden franquear esa barrera"

Si bien el esfuerzo ha sido grande; sin embargo, creo que es mayor el mérito que deba agradecer a quienes de manera desinteresada me han impulsado, alentado y apoyado para el emprendimiento y la culminación de este trabajo de tesis.

A Mis Padres

Antonio y Carmen, personas que con sus oraciones y consejos, supieron conducirme por el camino de fe y la razón; por darme la oportunidad de estudiar y compartir mi sueño; a Ustedes mi amor y respeto.

"Siempre queda un poco de perfume en las manos de quienes ofrecen rosas"

A Mi Esposo

Mario, excelente ser humano, quien generosamente ha contribuido para llegar a cumplir mi anhelado sueño; por compartir con alegría los momentos felices y con valor los difíciles, a ti con amor.

"Si no hay un camino, lo crearemos juntos"

A Mis hijos

Nayely y Jorge, personitas que son una bendición de Dios, son mi felicidad y fortaleza para seguir con alegría la senda de la vida; este logro hijos es una enseñanza para ustedes, para tener la certeza que "el querer es poder"; con dedicación y esfuerzo podrán alcanzar todo lo que se propongan en su vida.

"Lo único que se lleva el alma al cielo es la cultura y la educación"

A Mis Hermanos

Rodolfo, persona con un gran corazón; por compartir mi sueño; por tu apoyo incondicional, por tus palabras de aliento y consuelo en momentos difíciles, a ti con especial cariño te dedico este logro.

Julietta y su esposo José Luis, personas que generosamente me entregaron las primeras palabras de aliento y apoyo para lograr mi sueño. Dios los colme de bendiciones.

A ti Leo, por ser una persona generosa; por compartir tu fe, tenacidad y sensatez, que sirvieron de alimento a mi espíritu para no desistir y llegar al término de mi meta; por todas esas muestras de efecto y cariño; Dios te guíe y te bendiga.

A mi sobrino Javier, para que tenga la convicción de que no hay meta que no se pueda alcanzar. Y recuerda: de la calidad de tu fe y de tus pensamientos dependerá el resultado que obtengas.

A mis familiares sólo les digo, que luchen, por todo lo que quieran, y cuando lo tengan, cuidenlo, respétenlo y siempre alimenten el sentimiento, con pequeños trozos de sentimiento vivo, día por día, noche a noche, y momento a momento

Alma Mater

Por supuesto, también debo agradecer a mi escuela la Universidad Nacional Autónoma de México, Institución pública forjadora de excelentes profesionales; hombres y mujeres que honrando su cuna enfrentan cabalmente los desafíos que los tiempos modernos y nuestra Nación les reclama.

Del mismo modo, debo agradecer a la H. Facultad de Derecho, casa que alberga a ilustres juristas, profesores e investigadores que enalteciendo su noble profesión y espíritu humanista, iluminan con sabiduría el camino de la justicia y el derecho, ciencia elemental que lleva al hombre a su anhelada libertad.

De forma particular, deseo agradecer a mi asesor Lic. Jesús Vilchis Castillo, joven pero no menos brillante profesor de nuestra facultad; por su amable disposición e invaluable aporte para ayudarme a en causar adecuadamente el desarrollo de este trabajo de tesis.

A todos mis profesores, compañeros, amigos y familiares que de alguna u otra manera han contribuido con su apoyo moral y jurídico.

A ustedes, ¡Mi más sincera gratitud!

INDICE

NECESIDAD DE CREAR UN FONDO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1.1. Concepto de la Responsabilidad Civil	1
1.2. Elementos de la Responsabilidad Civil	5
1.2.1. La comisión de un daño	5
1.2.2. La culpa	11
1.2.3. La relación causa efecto entre el hecho y el daño	18
1.3. Clases de Responsabilidad	24
1.3.1. Responsabilidad subjetiva o directa	25
1.3.2. Responsabilidad objetiva o riesgo creado	27
1.3.3. Responsabilidad contractual	32
1.3.4. Responsabilidad extracontractual	41
1.4. La indemnización de la Responsabilidad Civil	49
1.4.1. La indemnización compensatoria	54
1.4.2. La indemnización moratoria	58
1.5. Causas de Irresponsabilidad	63

CAPÍTULO 2. LOS SERVIDORES PÚBLICOS COMO SUJETOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

2.1. El Estado y el servicio público	72
2.2. Concepto de servidor público y funcionario público	74
2.3. Concepto de función pública	81
2.4. Los sujetos de responsabilidad en el servicio público	84
2.5. Las obligaciones en el servicio público	90
2.6. La responsabilidad administrativa o patrimonial del Estado	93
2.6.1. La responsabilidad subjetiva	103
2.6.2. La responsabilidad objetiva	109

CAPÍTULO 3. MARCO JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL SERVICIO PÚBLICO

3.1. Código Civil Federal	121
3.2. Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos	124
3.3. Constitucional	125
3.4. Responsabilidad civil y su vinculación con el servicio público	128
3.5. Responsabilidad civil solidaria del Estado	131
3.6. Responsabilidad civil subsidiaria del Estado	132
3.7. Responsabilidad civil del Estado	134
3.7.1. Elementos de la responsabilidad civil del Estado	135
3.7.1.1. La actividad dañosa	135
3.7.1.2. La conducta ilícita	140
3.7.1.3. El nexo causal o relación	148
3.8. La indemnización por los daños y perjuicios	151
3.9. Ausencia de responsabilidad del Estado	160

CAPÍTULO 4. PROPUESTA PARA LA CREACIÓN DE UN FONDO PARA GARANTIZAR EL PAGO DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA Y DIRECTA DEL ESTADO

4.1. Propuesta de adición al artículo 1927 del Código Civil Federal, para establecer la responsabilidad solidaria y directa; y del fondo de responsabilidad patrimonial del Estado	163
4.1.1. Responsabilidad solidaria y directa del Estado	163
4.1.2. Fondo para garantizar el pago de la responsabilidad civil del Estado	178
4.1.2.1. Viabilidad jurídica para la creación del fondo	180
4.1.2.2. Facultad de la Secretaría de la Función Pública Federal y sus similares de los Estados de la República, para su creación y operación	182
4.1.2.3. Creación de la Dirección dependiente de dicha Secretaría para su administración y funcionamiento	185
4.1.2.4. Procedimiento para el cobro de la indemnización	189
4.2. Propuesta de decreto para la aprobación de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, por el que se reforma el artículo 1927 del Código Civil para el Distrito Federal, cuya iniciativa presentaría el Jefe de Gobierno del Distrito Federal	191
4.3. Beneficios de la propuesta planteada	192
CONCLUSIONES	196
BIBLIOGRAFÍA	198

INTRODUCCIÓN

Para que un Estado democrático cumpla eficientemente con la función de gobernar, es necesario que se cuente con normas justas, para ello es necesario que se exija a nuestros legisladores analicen detenidamente el problema que se pretenda solucionar, así como sus posibles consecuencias, buscando siempre el bienestar común.

Lo anterior nos motiva a realizar este breve estudio, partiendo de la siguiente afirmación, el Estado Mexicano jamás ha hecho frente a los daños y perjuicios que con motivo de las funciones que tiene a su cargo concretamente el Poder Ejecutivo, causa a los ciudadanos; en otros países avanzados y con democracias consolidadas, se puede acudir a los tribunales y demandar al Estado por daños y perjuicios de carácter civil, cuando estos son causados por actos omisivos, negligentes o intencionales, sin perjuicio de la responsabilidad penal de quienes personalmente los generan y obtener una indemnización justa, pronta y expedita.

Uno de los problemas por el que atraviesan hoy las sociedades modernas; es el relacionado a la participación o grado de responsabilidad que el Estado debe asumir, cuando por su actuación o función pública afecte bienes de sus gobernados; es decir, que el Estado como titular de las funciones públicas, puede en dado momento realizar esa actividad pública de forma irregular y afectar derechos de los particulares, mismos que no tienen el deber legal de soportarlo; ilícitos que como analizaremos presentan diferentes dificultades, para su substanciación y acreditamiento; debido a la complejidad que representan esas funciones públicas y la dificultad para determinar al sujeto responsable, que naturalmente recae sobre las persona titular de esa actividad, servidor público, obligación que actualmente se apoya en la teoría subjetiva de la responsabilidad civil.

Se afirma, que el grado evolutivo de las obligaciones del Estado frente a sus gobernados, es una muestra clara del crecimiento de su democracia; por ello en nuestro país la responsabilidad del Estado, representa para nuestros legisladores

y doctrinarios una preocupación constante para encontrar un principio de justicia y equidad ante esas cargas públicas. En nuestro derecho positivo en particular la ley sustantiva civil, regula la responsabilidad del Estado en términos de una obligación subsidiaria, indirecta y subjetiva, régimen jurídico que hoy aparenta ser insuficiente.

El problema que se ha presentado sobre el tema de la responsabilidad en el ámbito del Derecho civil y público, se ha centrado en la doble personalidad que asume el Estado; persona jurídica que actúa en ese ámbito público investido de prerrogativas, a través de hechos, actos y contratos; o bien en el campo del Derecho privado, sin prerrogativas, pero por medio de hechos, actos y contratos; en consecuencia, la exclusión del Derecho Civil en este tema no puede ser total. Dicha confusión se profundiza, con la carencia de un marco regulatorio en donde sean contemplados los principios de la responsabilidad patrimonial del Estado como sujeto de Derecho Público.

Con la reciente adición al artículo 113, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se originó el primer paso hacia la responsabilidad patrimonial del Estado, es decir que la obligación de indemnizar se fundamentará en la culpa por la actividad administrativa irregular del Estado, daño que tiene la característica de ser objetivo y directo. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes. Para consolidar dicha reforma deberán realizarse adecuaciones a las leyes secundarias; y como veremos nuestra ley civil tiene mucho que aportar.

Hechos que generan en nosotros las siguientes preguntas: ¿El actual sistema jurídico de responsabilidad civil del Estado, es suficiente para alcanzar una indemnización justa y equitativa?, ¿Deberá evolucionar dicho sistema y obligar al Estado, a asumir una responsabilidad directa y objetiva?; y finalmente ¿Qué mecanismos presupuestales deberá implementar el Estado, para hacer frente a esa indemnización solidaria y directa?. Para encontrar una respuesta a estas interrogantes, proponemos realizar el siguiente trabajo.

CAPÍTULO 1

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN

1.1. Concepto de responsabilidad civil.

La responsabilidad civil parte del siguiente principio: "todo aquel que causa un daño a otro estará obligado a repararlo aún sin la intención de provocarlo", sin duda, hablamos de un concepto moderno de la responsabilidad, mismo que da origen a la teoría de la responsabilidad de la cual nuestra legislación vigente tomó como sus principales elementos, para estructurar nuestro marco jurídico en esta materia.

Para conocer los principales elementos de esta teoría, consideramos necesario estudiar el origen y desarrollo de cada concepto para tener la referencia de los alcances y limitaciones de este tipo de responsabilidad y su vinculación con las actividades del Estado; ente de derecho público y sujeto de responsabilidad, que según nuestra ley actual lo obliga a asumir ésta cuando en función de esa actividad, afecte el patrimonio del o los particulares (gobernados), para el caso que nos ocupa una obligación civil.

Ahora bien, para definir el concepto de responsabilidad civil es necesario remontarnos al Derecho Romano, donde se carecía de un concepto que definiera la responsabilidad civil como tal, sin embargo, se puede señalar que es ahí donde surgen los primeros conceptos e ideas que la estructuraron, para dar forma a dicha teoría jurídica.

Al respecto Mazaud, señala:

"En la legislación romana no existía un principio general de la responsabilidad, ni en materia de delitos ni en materia contractual, que pudiera resolver todos los problemas sociales de esa época. Los jurisconsultos y posteriormente los pretores aplicaban el derecho a los casos previstos en los textos legales, a otros no previstos, y así poder

mantener la equidad social, principio fundamental para los estudiosos de esa época".¹

En las primeras etapas del desarrollo del Derecho Romano, cuando una persona provocaba un daño a otra, ésta quedaba obligada a repararla mediante una pena que podía ser de carácter público o privado, la primera de ellas era aplicada por la autoridad pública y la segunda por el ente particular; es decir, se concebía en un principio a la responsabilidad como una sanción de pena privada. Posteriormente, la autoridad pública intervenía, por una parte, para dictar penas que sancionaran ciertos delitos contra el orden social, y por otra parte, con el propósito de reprimir la venganza privada.

En esa época, se concebía a la responsabilidad como la obligación de reparar el daño por concepto de pena, es decir, la sanción se derivaba como una pena pública y no como la forma moderna de la indemnización, que veremos más adelante.

Así pues, para el doctor Rolando Tamayo la palabra responsabilidad tiene el siguiente significado:

*La voz (responsabilidad) proviene de (*respondere*), que significa Inter. Alía: (prometer), (merecer), (pagar). Así, (*responsalis*) significa: (el que responde) (fiador). En un sentido más restringido (*resposum*) (*responsible*) significa: (el obligado a responder de algo o de alguien).

La responsabilidad presupone un deber (del cual debe responder el individuo); sin embargo no debe confundirse con él. El deber o la obligación es la conducta que, de acuerdo con un orden jurídico, se debe hacer u omitir; quien la debe hacer u omitir es el sujeto obligado.

La responsabilidad es en este sentido, una obligación de segundo grado (aparece cuando la primera no se cumple, esto es, cuando se comete un

¹ MAZEAUD Henry y León. "*Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*", 5ª Edición, Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1977. p. 39.

hecho ilícito.) Uno tiene la obligación de no dañar, es el responsable del daño el que tiene que pagar por él".²

El doctor Rojina Villegas concibe la responsabilidad civil como:

"Hay responsabilidad civil cuando una persona causa daño a otra, por culpa o dolo, existiendo una relación directa o indirecta entre el hecho y el daño".³

El maestro Martínez Alfaro define a la responsabilidad civil como:

"Responsabilidad civil es la obligación de carácter civil de reparar el daño pecuniario causado directamente, ya sea por hechos propios del obligado a la reparación o por hechos ajenos de personas que dependen de él, o por el funcionamiento de cosas cuya vigilancia está encomendada al deudor de la reparación".⁴

El doctor Borja Soriano señala que la responsabilidad civil es:

"El que causa a otros daños y perjuicios, o le usurpa alguna cosa, esta obligado a reparar aquellos y a restituir ésta, que es en lo que consiste la responsabilidad civil".⁵

Nuestro Código Civil vigente establece en su artículo 1910 que:

"El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, esta obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

La mayoría de los autores coinciden en señalar que la responsabilidad civil es la que deriva de la provocación de un daño, y que éste sea considerado como ilícito, es decir, contrario a la ley, así como, que exista una relación de causa efecto entre el hecho y el daño; en otras palabras, para que exista esta obligación deberá tomarse en cuenta lo siguiente:

a) Existir un acto ilícito.

² TAMAYO Y Salmoran. Rolando. "*Diccionario Jurídico Mexicano*", Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., Editorial Porrúa, México, 1992, pp. 2824 y 2825.

³ ROJINA Villegas, Rafael. "*Derecho Civil Mexicano*", Tomo V, Obligaciones, Volumen II, Editorial Porrúa, México, 1976, p. 119.

⁴ MARTÍNEZ Alfaro, Joaquín. "*Teoría de la Obligación*". Editorial Porrúa. México, 1993, p. 146.

⁵ BORJA Soriano. Manuel. "*Teoría General de las Obligaciones*", Tomo II, Editorial Porrúa, México, 1991. p. 456.

- b) Dicho acto provoque un daño al particular.
- c) Causa que lo origina que sea directamente imputada a cargo del autor quien será jurídicamente responsable.

En cuanto a este tema, el maestro Ernesto Gutiérrez y González manifiesta que la responsabilidad civil se entiende en dos aspectos:

"Responsabilidad civil. A.- Responsabilidad se dice cuando se cumple lo prometido, y por ello no se indemniza.- Es la responsabilidad que asume la persona que observa por sí, los mandatos de la ley. A esta responsabilidad en que se cumple voluntariamente, aunque es 'civil' no se le da ese calificativo, sino que este nombre se reserva a:

B.- Responsabilidad 'civil' en la que se indemniza a quien resulta víctima de un detrimento patrimonial. Esta responsabilidad es originada subjetivamente en una culpa, en un hecho ilícito o en una determinación objetiva de la ley, respecto de conductas lícitas".⁶

Podemos señalar en términos generales, que los autores en cita, así como nuestra propia legislación, conciben a la responsabilidad civil como la consecuencia de la violación de un deber jurídico de no dañar a nadie, siendo factor indispensable para la responsabilidad civil la concurrencia de tres elementos que la estructuran:

- a) La comisión de un daño.
- b) La culpa.
- c) La relación de causa efecto entre el hecho y el daño.

Consideramos, que lo más importante es resarcir el daño, que el sujeto o sujetos que por algún motivo o razón provocaron algún detrimento material o moral a otro, debe de pagar este.

⁶ GUTIÉRREZ Y González, Ernesto. "*Derecho de las Obligaciones*", Tomo I, 3ª Edición Editorial Universal, México, 1998, p. 195.

1.2. Elementos de la responsabilidad civil.

Como se explicó con antelación, del concepto de la responsabilidad civil se desprende que el daño es el presupuesto central, sin él no habría la pretensión resarcitoria que señala la ley, y sólo en su presencia el jurista estará en condiciones de indagar si el mismo fue provocado, lo que sería la relación causal y si hay alguien a quien atribuir la responsabilidad, son estos elementos requisitos indispensables de la responsabilidad civil, el daño y la relación causal que a continuación se estudiará.

1.2.1. La comisión de un daño.

No podemos dejar de estudiar el origen de cada concepto, sin tener que remontarlos al Derecho Romano y Francés que fueron, a decir de los historiadores, la fuente de casi todo el derecho actual.

Así pues, el daño en el Derecho Romano fue concebido como fuente de obligaciones, distinguiéndose dos categorías del daño, y que a saber son:

- a) Los que venían de un delito público.
- b) El daño que surge por un delito privado.

En la Ley de las XII Tablas, surge el principio de la indemnización, es decir, no sólo limitar las reclamaciones de los delitos en contra de la cosa pública, sino también, poder reclamar los hechos que perturban el orden público. En caso de un delito flagrante podría exigirse la composición o reparación voluntaria, en caso de robo no flagrante y al no existir arreglo podría la víctima exigir un convenio.

Sobre este tema, el maestro Bustamante señala que:

"La Ley de las Doce Tablas, fue la plataforma que dio inicio a la transición de la composición tanto voluntaria como a la legal obligatoria. Por ejemplo el robo flagrante '*fortun manifestum*' la composición es aún voluntaria y en cambio, es legal para el robo no flagrante '*fortun ne manifestum*'. Advirtiéndose en los casos más graves donde la ofensa tenía características de excepción, la víctima podía satisfacer su venganza al no existir arreglo en cuanto al monto

de la composición. Sin embargo la suma que cubría seguía siendo el precio de la venganza; es decir, se seguía pensando en la pena privada, siendo ésta los primeros brotes lo que en Derecho moderno se conoce como indemnización".⁷

En las Instituciones de Gayo del Siglo II se señalaban las obligaciones, las que nacían de un contrato o un delito, pero es hasta la época de Justiniano, donde fue ampliada la clasificación en cuatro partes el delito:

- a) Contratos.
- b) Delitos.
- c) Cuasicontratos.
- d) Cuasidelitos.

Al respecto el doctor Floris Margadant comenta que:

"Los delitos privados de (*ius civile*), en la Ley de las doce tablas preveían numerosos delitos, mismos que ordinariamente eran castigados con multa fija o la pena del doble; los principales delitos del Derecho Civil Romano fueron la injuria, robo, daño causado injustamente, mismos que eran de vital importancia, el que se determinarían las figuras delictuales previstas en la ley, siendo una de sus características fundamentales el hecho que fuese prohibido por una disposición expresa de la ley, surgiendo en ese momento el principio de (*nulla poena sine lege*) sin que estos fueran los únicos delitos sancionados por el pretor, toda vez que, al paso del tiempo fueron surgiendo otros como los llamados (delitos pretorianos); tales como la violencia y el dolo (*dolus*), mismos que en nuestra época se consideran como vicios de la voluntad; por último también fue contemplado el delito de fraude de acreedores (*fraus creditorum*)".⁸

⁷ BUSTAMANTE Alsina, Jorge. "*Teoría General de la Responsabilidad Civil*", 8ª Edición, Editorial Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 27.

⁸ MARGADANT S. Floris, Guillermo. "*El Derecho Privado Romano*", 3ª Edición, Editorial Esfinge. México, 1993. p. 315.

De las definiciones citadas podemos destacar la primera clasificación que se hiciera de los delitos, se obliga al que lo cometió a cubrir una composición o pago, por el daño causado; no obstante, el concepto de la venganza privada seguía presente.

En los delitos civiles existía la composición como una obligación de reparar el daño, al respecto el doctor Rojina Villegas señala:

“Existen en el derecho romano una serie de delitos contra los cuales el orden jurídico reacciona valiéndose de los medios que procura la ley privada y a esto deben su nombre de delitos privados. Engendran todos ellos obligaciones a favor del lesionado y a cargo del delincuente; generalmente, estas obligaciones tienen carácter de pena y consisten en una suma expiatoria que el culpable debe abonar a la víctima. El derecho romano primitivo no comparte la idea moderna del delito privado como fuente de un derecho de indemnización”.⁹

En la Ley de las XII Tablas, se habló de los cuasidelitos que eran los actos ilícitos y que por su peculiaridad no podían ser delitos, es decir, sólo producían una obligación entre el autor del acto y el perjudicado, surge así nuevas figuras dolosas o culposas que requerían una sanción, tomando el concepto de cuasidelitos. Al respecto el maestro Bustamante en su obra “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, cita a Pothier, quien señala:

“La diferencia entre delitos y cuasidelitos no reside, como en la doctrina moderna, en la existencia o ausencia de la intención de causar un daño. Así mismo llama delito al hecho por el cual una persona por dolo o malignidad causa daño o cualquier perjuicio a otro; cuasidelito es el hecho por el cual una persona sin malignidad pero por una imprudencia no excusable causa cualquier perjuicio a otro”.¹⁰

De esta forma, podemos señalar que el Derecho Romano no contaba con un concepto de daño como tal y sólo se limitaron a señalar a éste como una

⁹ ROJINA Villegas, Rafael. Ob. Cit. p. 81.

¹⁰ POTHIER, Robert Joseph, “*Traité des Obligations*”, Editorial Debure. París. 1774, Tomo I, p. 138. citado por BUSTAMANTE Alsina, Jorge, Ob. Cit. p. 37.

consecuencia que generaba una obligación a cargo de quien lo cometió, a pagar como forma de pena, que era la reparación del daño proveniente de un delito.

En las antiguas costumbres francesas, no se concebía un principio distinto en materia de responsabilidad civil como el Derecho Romano, según el cual no había un concepto de delito, sino de delitos diversos imperando durante mucho tiempo la composición legalmente obligatoria.

Por lo tanto, el concepto daño tiene un carácter de tipo moderno, que deviene del paso que se dio de la sanción proveniente de un delito y que tenía el carácter de pena, al de una sanción de carácter civil que es la de la indemnización.

Empezaremos, por saber la terminación lexicológica del término y de esta forma conocer los elementos que tomó nuestro derecho mexicano para estructurar la figura del daño.

De inicio, el diccionario de la Real Academia Española define al daño como:

“Daño: (*del lat. Damnum*) efecto de dañar: perjuicio, detrimento, menoscabo.

Y en cuanto al verbo,

Dañar: (*de Danmar*) v.a., causar detrimento, menoscabo, perjuicio, dolor, etc./maltratar, hechar a perder, porvenir, ut.c.r. condenar, sentenciar/ dañar al prójimo en la honra”.¹¹

A partir de la anterior definición, podemos señalar que por un lado tenemos al daño como efecto de generar un detrimento, perjuicio, menoscabo y por otro lado el daño a los sentimientos, la honra, es así que la doctrina hace una clasificación de daños, para un mejor entendimiento y comprensión del daño jurídico, siendo estos patrimoniales y extrapatrimoniales.

En relación con la denominación del daño patrimonial, el autor Roberto H. Brebia, hace un señalamiento al citar a De Cupis:

¹¹ Diccionario de la “*Real Academia de la Lengua Española*”, 15ª Edición, Tomo I, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 2001. p.156.

“Qué se entiende por daño en el campo normativo jurídico, entre el relativamente reducido número de autores que se han ocupado de definirlo, predomina la opinión de que debe entenderse por daño toda lesión, disminución, menoscabo sufridos por un bien o interés jurídico, principalmente los siguientes.

Adriano De Cupis

El daño patrimonial es, indudablemente, una especie notoria del daño privado.. Pero en realidad el daño patrimonial no comprende totalmente el daño privado; es tan sólo una especie, aunque sea la más importante, por lo que junto al mismo debe también ser considerada una ulterior especie de daño privado, el llamado daño no patrimonial”.¹²

Se determina que el daño patrimonial está integrado por dos elementos:

- a) Daño emergente, o sea el perjuicio efectivamente sufrido.
- b) Lucro cesante, es decir la ganancia de que fue privado el damnificado.

El daño emergente comporta un empobrecimiento del patrimonio en sus valores actuales, sea por la ejecución del acto ilícito o por la inejecución de la obligación a debido tiempo.

Al respecto nuestro Código Civil en sus artículos 2108, 2109 y 2110, establecen respectivamente:

“Artículo 2108. Se entiende por daños la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por falta de cumplimiento de una obligación.

Artículo 2109. Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.

Artículo 2110. Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse”.

El doctor Manuel Borja Soriano sobre este mismo tema destaca que:

¹² DE CUPIS, Adriano, “*Il danno-Teoria General della responsabilità Civile*” Milano, 1947; citado por BREBIA H. Roberto, “*El Daño Moral*”, 2ª Edición, Editorial Orbi, Buenos Aires, 1967, p. 122.

“Se entiende por daño lo que los antiguos llamaban daño emergente, es decir, la pérdida que una persona sufre en su patrimonio. Se reputa perjuicio lo que antiguamente se llamaban lucro cesante, es decir, la privación de una ganancia lícita”.¹³

Dentro del daño patrimonial surgen dos diferencias importantes, por un lado la pérdida que se tiene directamente en el patrimonio de una persona y la otra, el perjuicio o la ganancia lícita que se dejó de percibir.

De esta clasificación toma su concepto nuestra ley vigente, para poder definir los daños y perjuicios señalados en los artículos 2108 y 2109 ya citados.

En nuestra legislación civil, es evidente que el artículo 2108 del Código Civil vigente para el Distrito Federal corresponde al daño patrimonial, en tanto que el artículo 1916, se refiere al daño causado sobre bienes de naturaleza extrapatrimonial, como son el honor, decoro, sentimientos, afectos, reputación, vida privada.

Sobre este particular daño, el maestro Ochoa Olvera, hace la siguiente clasificación:

“El daño extrapatrimonial, en cambio, se caracteriza por su proyección moral, sea que el hecho generador lesione un derecho subjetivo patrimonial o extrapatrimonial.

Se entiende por daño la lesión a los bienes no valuados en dinero, los daños causados sobre la persona en su vida, su intimidad, sus afectos, la salud, etc.

Se clasifica a esta especie de daños en aquellos que atañen a la persona en su aspecto social (honor, reputación, dignidad, pública consideración, buena fama);

Los que lesionan a la persona en sus sentimientos, su integridad corporal, su configuración y aspecto físico, el derecho a su imagen, al secreto de su vida íntima, su vida afectiva, etc.

¹³ BORJA Soriano, Manuel. Ob. Cit. Tomo II, p. 352.

El daño moral aunque no es susceptible de una reparación pecuniaria, es de justicia que al ofensor se le aplique una sanción como efecto de su conducta ilícita, obligando a pagar al ofendido una suma de dinero por concepto de indemnización compensatoria".¹⁴

Así podemos señalar, que el daño que debemos considerar es toda pérdida o menoscabo sufrido en forma ilícita o lícitamente, contractual o extracontractual, por el cual el responsable estará en la obligación civil de repararlo.

1.2.2. La culpa.

La culpa es otro elemento dentro de la responsabilidad civil, de la misma forma sus antecedentes son en el Derecho Romano. Al ir evolucionando la idea de la culpa, el autor del daño quedaba sometido a la composición forzosa, pero esta forma de liquidar la cuenta, no significaba aun el de reparar el perjuicio, sino más bien satisfacer la venganza por el agravio sufrido.

Los hermanos Mazeaud destacan al respecto:

"La primera idea de la culpa fue cuando el pretor prohibía no vengarse de ciertas personas faltas de razón como los niños y los locos. incapaces ambos de comprender el alcance de sus actos. Es así como se fue introduciendo el primer embrión de la idea de la culpa. A medida que todos los tiempos de la venganza privada retroceden en el pasado, se olvida la causa verdadera 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 incurrido en culpa".¹⁵

En este sentido el doctor Margadant concluye:

"Que en la Ley Aquilia no se exigía la culpa del autor del daño; pues se precisaba tan sólo que existiesen entre (*duna injuria datum*), o sea, un daño causado sin que la ley autorizara a cometerlo, fue hasta fines de la República que los Jurisconsultos dedujeron la concepción de la culpa, misma que pasa

¹⁴ OCHOA Olvera, Salvador. "*Jurisprudencia Nacional Actualizada, Jurisprudencia Extranjera*", Escuela Libre de Derecho, Escuela de Derecho, Universidad Anahuac. La demanda por Daño Moral. Derechos y Legislación Comparadas, Monte Alto, 1993, pp 4 y 6.

¹⁵ MAZEAUD, Henri y León. Ob. Cit. p. 42.

a primer plano y borra casi en su totalidad el concepto de daño; pues solamente se penaba la culpa, más que el hecho de haber ocasionado un perjuicio".¹⁶

Por otro lado, en el Derecho Romano clásico, no se concebía una responsabilidad sin culpa; es decir, no existía relación jurídica que estuviese afectada por esta idea, misma que se consideró la medida general de la responsabilidad de esa época, donde la teoría de la culpa se fue modificando substancialmente, es el caso que la conducta del deudor se consideraba como la de un buen administrador; esto es, que el comportamiento de este debería de ser con la máxima diligencia para cumplir su obligación, presumiendo que de esta forma el acreedor no sufriría daño alguno, es pues que de este criterio se desprenden diferentes grados de la culpa, que según los casos en donde el deudor fuera responsable se analizaría si su culpa fue grave, leve y aún de su culpa levísima.

Al respecto el maestro Bustamante Alsina hace la siguiente clasificación:

"Culpa Grave (*lata*), este concepto en la época anterior a Justiniano, no se concebía tanto en las Institutas como en las constituciones, los jurisconsultos de los llamados del bajo imperio, asimilaban al dolo y la culpa grave, como el responder de los actos que solo se distinguían del dolo por falta de intención de dañar.

Culpa Leve, se concebía como el acto que no cometería un buen administrador, pues únicamente respondía cuando las dos partes tenían interés en el contrato, es decir que se exigía el mismo cuidado como si se actuara en su gestión de su patrimonio".¹⁷

La culpa levísima, es aquella omisión de los cuidados no de un buen padre de familia, sino de un excelente padre de familia, sobre este concepto manifiesta Mazeaud:

"La concepción romana de la culpa tuvo que limitarse a una culpa cualquiera, ya que con anterioridad no se concebía ninguna, pues éste concepto fue

¹⁶ MARGADANT Floris, Guillermo. Ob. Cit. pp. 436 y 437.

¹⁷ BUSTAMANTE Alsina, Jorge. Ob. Cit. p. 40.

evolucionando de forma inconsciente y aplicándose a cada caso concreto, pues el objeto principal era el de entender que cuando se cometía un acto ilícito, la víctima debía reclamar la reparación del mismo y no como se entendía antiguamente, que la reparación de daño debería ser mediante una pena privada”.¹⁸

A medida que avanzaba la idea de responsabilidad y de poder distinguir el delito civil del delito penal, el Derecho Francés empezó a distinguir cuando un daño es causado por la culpa y cuando por grado de responsabilidad, así como las personas que deberían de responder por el daño. Al respecto señala el maestro Bustamante:

“El antiguo Derecho Francés llegó a establecer como regla general la reparación de todo daño causado por culpa, señalando que, quien ha causado un daño por violar el deber general de conducirse diligentemente para no dañar a otros es responsable del perjuicio causado; es decir, que por haber violado la norma genérica que impone ese deber de conducta de no causar mal a nadie, por lo que se estaría obligado a repararlo. Pero en el fondo la noción de culpa se confunde con la de ilícito, o sea que lo ilícito es culpable y lo culpable ilícito”.¹⁹

El Derecho Francés, al darse a la tarea de estudiar los alcances de la responsabilidad cuando se actuaba con culpa y los casos en lo que había la intención de provocar un daño, surge así los grados de culpa de acuerdo a su intencionalidad.

En este sentido señala Mazeaud citando a Domat:

“Éste último autor advierte: Todas las pérdidas y todos los daños que pueden ocurrir por el hecho de alguna persona, o sea imprudencia, ligereza, ignorancia de lo que debe hacerse u otras culpas semejantes, por leves que

¹⁸ MAZEAUD, Henri y León. Ob. Cit. pp. 44 y 45.

¹⁹ BUSTAMANTE Alsina. Jorge. Ob Cit. p. 43.

puedan ser, debe ser reparada por aquella que ha ocasionado menoscabo aun cuando no hubiera tenido la intención de dañar".²⁰

En el Derecho Francés, no se realizó un estudio para tomar los diferentes grados de culpa, que podría existir de la responsabilidad por actos ilícitos como se contempló en el Derecho Romano, lo que sí se diferenció fue lo relacionado con los delitos intencionales con los no intencionales, mismos que fueron denominados como cuasidelitos por seguir la tradición del Derecho Romano en dividir a los delitos.

A decir del doctor Rojina Villegas:

"La mayoría de los autores franceses inmediatamente anteriores a la codificación napoleónica, al igual que en la época post-clásica del Derecho Romano, distinguieron tres casos de culpa: La culpa dolosa (dolo), culpa lata (grave) y por último las dos categorías de la culpa la leve y levisima. Este mismo autor citando a Geny mismo que define a la culpa: (la culpa no es otra cosa que un error de conducta, un desfallecimiento de actitud que, normalmente, se aprecia de acuerdo con el tipo abstracto del hombre recto y seguro de sus actos). El tipo de hombre excesivamente cuidadoso, que siempre procede con la diligencia máxima que humanamente es posible observar".²¹

Una vez distinguido el concepto de culpa y su clasificación, los redactores del Código de Napoleón, tomaron las ideas principales del Derecho Romano, implementando las bases del moderno sistema de responsabilidad por daños, entre los que el maestro Bustamante destacó los siguientes:

- a) Obligación general de responder por el daño causado a otro.
- b) La imputabilidad del daño al autor del hecho, no hay responsabilidad sin culpa.
- c) La culpa puede ser intencional, simple negligencia o imprudencia.
- d) Sin daño no hay responsabilidad civil.

²⁰ Cfr. MAZEAUD, Henri y León. Ob. Cit. p. 52.

²¹ ROJINA Villegas, Rafael, Ob. Cit p. 145.

- e) La obligación de responder es una sanción resarcitoria y no represiva que consiste en reparar el daño causado²².

Como observamos, en el Derecho Francés fue donde se desarrolló el dolo y la culpa, como elementos de conducta del agresor, quienes preocupados por conocer los elementos internos que dieron origen al daño y de esta forma determinar el grado de responsabilidad, surge con ello el nacimiento de lo que ahora conocemos como la **teoría de la responsabilidad subjetiva**, en donde se señala a la culpa como eje de toda responsabilidad, al proteger a todas las víctimas de los daños sufridos y dar plena satisfacción a los ofendidos, al tener en cuenta la valoración de sus conductas para imponer la carga del daño a quienes se les puede imputar una actitud reprochable.

Mazeaud define a la culpa como:

“Error de conducta que puede implicar el dolo, o sea la intención de dañar, o bien simplemente un descuido, porque no se actuó como debió haberse actuado, de acuerdo con la precaución que razonablemente deba esperar la sociedad de cada uno de sus miembros”.²³

Es importante diferenciar la culpa de la culpabilidad, ya que como lo señalamos en el Derecho Romano, no existía una diferencia entre el dolo y la culpa, limitándose a clasificar a los delitos de los cuasidelitos, en lo que ahora el derecho moderno entiende por dolo en la intención de dañar y la culpa como elemento subjetivo, ambos integrantes de la culpabilidad.

Sobre este tema, el maestro Atilio Anibal Alterini comenta:

“La culpabilidad. Cuando el acto es jurídicamente reputado voluntario, la conducta del sujeto puede traducir su culpabilidad. El acto voluntario puede limitarse a esa omisión, o puede ir más allá, trazando así las diferencias entre la culpa y el dolo, especies o grados de la culpabilidad genérica”.²⁴

²² BUSTAMANTE Alsina, Jorge. Ob. Cit. p. 47.

²³ MAZEAUD, Henri y León. Ob. Cit., pp. 196 y 197.

²⁴ ATILIO Anibal, Alterini. Ob. Cit. pp. 86 y 87.

Para encontrar las diferencias que existen en esta materia, el maestro Bustamante Alsina señala:

*Culpabilidad. En un sentido amplio se puede hablar de culpabilidad comprendiendo el dolo y la culpa.

Esas diferencias se advierten en la responsabilidad contractual en cuanto a la extensión del resarcimiento del daño patrimonial, a la aplicación de la cláusula penal, a la reparación del agravio moral, a las cláusulas de dispensa o irresponsabilidad, a la agravación de la responsabilidad por inconducta procesal en la obligación de dar sumas de dinero.

En cuanto a la responsabilidad extracontractual, también se manifiesta en la extensión del resarcimiento y la atenuación de la responsabilidad del autor, en la concurrencia de culpa y dolo y en la acción recursoria derivada de la solidaridad*.²⁵

Entendida a la culpabilidad como género de la cual se desprenden el dolo y culpa, éstas se entienden como los actos que con intención de dolo o sin ella, provocan un daño desde el ámbito puramente civil, al respecto el doctor Rojina Villegas señala:

*... la intención de dañar como base principal del delito, es decir, obrar con dolo o bien proceder sin intención de dañar, pero con culpa porque no se hayan tomado las precauciones necesarias, porque se incurra en descuido, negligencia o falta de previsión, lo que constituye la base de la responsabilidad en los llamados cuasidelitos, tanto desde el punto de vista penal como civil.

Generalmente la culpa se define como todo acto ejecutado con negligencia, descuido, falta de previsión, o bien con la intención de dañar en cuyo caso ya esa culpa toma el nombre de dolo. Dentro del concepto lato de culpa, se entiende también el dolo*.²⁶

²⁵ BUSTAMANTE Alsina, Jorge. Ob. Cit. p. 325.

²⁶ ROJINA Villegas, Rafael. Ob. Cit. pp. 95 y 140.

La noción de culpa que se desprende de nuestro Código Civil para el Distrito Federal, es aquella que se origina de un hecho ilícito o acto que se ejecuta contra las buenas costumbres, artículo 1910 del citado ordenamiento.

Ahora bien, ¿qué debemos entender por hechos ilícitos?. en estricto sentido, el artículo 1830 señala:

"Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres".

Por lo tanto, debemos considerar que toda conducta que viole una norma de no dañar a otro que es de orden público estará obligado a reparar el daño, así también cuando se pacte un acto que es contrario a la moral como sinónimo de buenas costumbres será un hecho ilícito y por lo tanto dará lugar a una indemnización.

En este sentido, podemos señalar que existe culpa cuando se provoca un acto ilícito, es decir, la interferencia que se da a una esfera jurídica ajena, cuando la norma no autorice dicho acto; por lo que se advierte que habrá culpa, cuando se viola una norma de orden público o contra las buenas costumbres, supuesto que se concibe como responsabilidad extracontractual.

Cuando se presente el incumplimiento de una obligación en este caso estaremos ante una responsabilidad contractual, también se afectará esa esfera jurídica, y por lo tanto habrá obligación de indemnizar, principio que se desprende de los artículos 2104 y 2105, en los que se estatuyen como principio general de que todo aquel que falta al cumplimiento de una obligación de dar, de hacer o de no hacer, será responsable de los daños y perjuicios que se causare.

*Artículo 2104. El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes:

I. Si la obligación fuera a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste: y

II. Si la obligación no dependiere de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 2080.

El que contraviene una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención.

Artículo 2105. En las obligaciones de dar que tengan plazo fijo, se observará lo dispuesto en la fracción I del artículo anterior.

Si no tuvieran plazo cierto, se aplicará lo prevenido en el artículo 2080, parte primera*.

Podemos concluir, que la culpa en nuestro derecho positivo toma en cuenta que para fincar una responsabilidad civil, la conducta o acto ilícito, debe provocar un daño, al entender este como toda violación de una ley de orden público o contra las buenas costumbres, incluso es de considerar aquellos casos en los que no se pueda imputar responsabilidad por estos conceptos.

Sobre este punto, el doctor Rojina Villegas señala:

Pueden ocurrir múltiples casos de negligencia o descuido que no podamos imputarlos o referirlos a la violación de una ley de orden público, y que tampoco impliquen un ataque a las buenas costumbres. Sin embargo, en todos estos casos debe considerarse que del sistema jurídico se desprende una norma general que es de interés público, según la cual todo hombre debe proceder con diligencia o cuidado. Todo hecho del hombre que causa daño a otro violando esa regla general de conducta, obliga al culpable a la reparación del daño causado.²⁷

1.2.3. La relación causa efecto entre el hecho y el daño.

Como último elemento integrante de la responsabilidad civil, tenemos la relación de causalidad entre el hecho y el daño, es decir que, para poder hacer responsable civilmente a una persona, es necesario probar que efectivamente existe ese vínculo de causa efecto.

Si partimos del principio lógico de que todo hecho tiene una causa que da origen a un hecho, surge así la teoría de la relación causal.

²⁷ ROJINA Villegas, Rafael. Ob. Cit. p. 142.

El maestro Atilio Anibal Alterini entiende a la causalidad como:

“Causalidad. Con estas expresiones se denota la imputación o atribución material de determinado efecto a cierto sujeto de Derecho. Y ellas enlazan con la teoría de la relación de causalidad”.²⁸

Con estas expresiones se quiere dar a entender la imputación o atribución material de determinado efecto a cierto sujeto de derecho. Ahora bien, teniendo estos elementos, lo que quedaría por probar quién o con qué se provocó dicho daño, para resolver dicha interrogante, se ha desarrollado la teoría de la causalidad de la cual únicamente estudiaremos sus elementos importantes.

Al referirnos al hecho, debemos entenderlo como la modificación del mundo exterior que sucede en un momento dado y en cierto lugar, con la intervención de personas y cosas que constituyen los elementos actuantes.

La relación causal tal y como lo define el maestro Bustamante Alsina, es:

“Es un elemento del acto ilícito y del incumplimiento contractual que vincula el daño directamente con el hecho, e indirectamente con el elemento de imputación subjetiva o de atribución objetiva. Es el factor aglutinante que hace que el daño y la culpa, o en su caso el riesgo, se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar”.²⁹

A su vez, el maestro Galindo Garfias manifiesta que:

“En presencia del efecto (daño) el juzgador debe determinar la causa que produjo el daño y si aquel es imputable al demandado.

El nexo de causalidad entre el hecho ilícito y el daño reparable, consiste en establecer la consistencia de los supuestos necesarios para imputar las consecuencias de derecho que produce un daño injusto *non jure*. Como ocurre por ejemplo, en el caso de la responsabilidad por hechos de terceros,

²⁸ ATILIO Anibal, Alterini. Ob. Cit. p.135.

²⁹ BUSTAMANTE Alsina, Jorge. Ob Cit p. 261.

o por el uso de cosas peligrosas en los que la causa material del daño no es decisiva para fijar la obligación de responder del daño".³⁰

De las anteriores definiciones, podemos destacar que la mayoría de los autores conciben a la relación causal como aquella causa o causas que dan origen a que se produzca el hecho dañoso; ahora bien, en materia jurídica se han desarrollado diferentes teorías para saber que causa es la que se debe tomar como determinante del hecho.

La doctrina ha clasificado a las causas en cuatro formas: a) La causa formal (responde a cómo), b) La causa material (de qué), c) Causa eficiente (quién) y d) La causa final (para qué). Es así, como se han desarrollado las siguientes teorías de la causalidad en materia jurídica.

La principal dificultad que se presenta es la de poder determinar cuál fue el hecho causante del daño, ya que ningún hecho por sí mismo y de manera aislada es capaz de producir total y exclusivamente un determinado efecto, sino que habrán de concurrir con él un conjunto de causas secundarias, de tal suerte que tendrá que distinguirse entre la causa eficiente y las causas concurrentes.

A este respecto, el maestro Bustamante Alsina manifiesta, en cuanto a la Teoría de la equivalencia de las condiciones de Stuart Mill, lo siguiente:

"Se había ya establecido en el terreno filosófico que la causa de un resultado es la suma total de las condiciones positivas y negativas tomadas en conjunto que concurren a producirlo.

Según esta teoría todas las condiciones positivas o negativas concurrirían necesariamente a producir el resultado de manera tal que suprimida una sola de ellas, el resultado no se daba.

Esta teoría conducía a soluciones inaceptables toda vez que cada individuo que puso una sola de las condiciones debía responder de todo el resultado ya que cada condición era en sí misma causa de éste".³¹

³⁰ GALINDO Garfías, Ignacio, "*Estudios de Derecho Civil*", 4ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1995, p. 2827.

³¹ BUSTAMANTE Alsina. Jorge. Ob. Cit. p. 262.

El maestro Atilio Anibal respecto a esta teoría agrega que para Stuart Mill la sucesión de causas es *condictio sine qua non* para su existencia y agrega:

“Para él los acontecimientos se dan tan sólo en sucesión, y aun cuando esta sea invariable, no cabe afirmar que uno sea la razón de otro. Según ella el efecto es resultante de la conjugación de todas las condiciones, que deben ser consideradas equivalente en lo causal y en lo jurídico, de manera que constituyen *condictio sine qua non* del resultado final”.³²

Esta teoría ha sido reprochada por varios autores, argumentando que hay hechos que tienen infinidad de causas concurrentes y que muchas veces no son las que determinaron el daño, por lo que sería injusto condenar a alguien, en donde su conducta no fue la determinante, ante esta problemática surgen otras teorías que indican qué causas deberá valorar el juez para determinar la responsabilidad. Sobre este tema, el doctor Rojina Villegas manifiesta:

“La teoría del hecho determinante.- De acuerdo con las ideas de Buri, el hecho determinante o *condictio sine qua non* de un daño imputable o no al demandado, debe determinarse de acuerdo con la siguiente base: Si el daño se produjo por la actuación de este último será responsable; en cambio si se hubiera producido aun cuando el demandado no hubiese actuado, no habrá base para la responsabilidad”.³³

Esta es la teoría más aceptada, en virtud de que se tendría que probar cuál fue la causa determinante del daño, es decir, conocer la conducta que de no haberse realizado no habría daño, por lo que se considera como la más justa.

Asimismo, de acuerdo con la doctrina surgen otras seis teorías que a continuación se explican:

a) Teoría de la causa eficiente.- Señala que no todas las condiciones tienen la misma eficiencia en la producción del resultado; ellas no son equivalentes pues

³² ATILIO Anibal, Alterini. Ob. Cit. p. 145.

³³ ROJINA Villegas, Rafael. Ob. Cit. p.150.

algunas resultan más eficaces que otras. Se le critica la imposibilidad de establecer mayor eficiencia de una condición sobre otra.

- b) Teoría de la causa próxima.- Según esta teoría, se llama causa, solamente a aquella condición necesaria de un resultado que se halla temporalmente más próxima a éste; las otras son simplemente "condiciones".
- c) Teoría de la condición preponderante.- En dicha teoría la causa resulta ser una condición que rompe el equilibrio entre los factores favorables y contrarios a la producción del daño, influyendo decisivamente en el resultado.
- d) Teoría de la causa eficiente.- Parte de la base de que no todas las condiciones tienen la misma eficiencia en la producción del resultado; ellas no son equivalentes pues algunas resultan más eficaces que otras. Se critica a esta teoría, la imposibilidad de establecer mayor eficiencia de una condición sobre otra.
- e) Teoría de la causa adecuada.- Esta teoría establece, que no todas las condiciones necesarias de un resultado son equivalentes. Solo aquellas que sigan el curso natural y ordinario de las cosas serán las idóneas para producir el resultado. Por lo tanto esas serán las causas.
- f) Teoría del seguimiento continuo del efecto dañoso.- Indica que es más difícil el daño cuyo resarcimiento se pretende, que sea el resultado final de hechos antecedentes que no en forma concurrente sino sucesiva se producen, al derivar un mal de otro mal que es a su vez su causa.

Podemos señalar, que la relación de causalidad se dará siempre que existe un daño, lo que se necesita es sólo demostrar la causa que dio origen a dicho acto, de nuestra legislación civil para el Distrito Federal, se desprende lo siguiente:

"Artículo 2110. Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse".

Este precepto claramente expresa, para probar la culpa en materia contractual, los daños y perjuicios exigibles por el incumplimiento de un contrato, deberán ser

los directos o indirectos que se hayan causado o que necesariamente deban causarse. Por lo que deja de manifiesto que la causa determinante de los hechos será quien haya provocado directamente el daño o las causas indirectas que lo provocaron, es decir, que bien podemos aplicar las teorías de causa eficiente o concurrentes para probar esa relación causal.

La doctrina y la jurisprudencia señalan que el principio que se desprende del artículo comentado, puede ser aplicado a la culpa extracontractual o aquiliana, debido a que no existe una disposición expresa al respecto, pero que por analogía y lógica jurídica se impone.

Habrá ausencia de causalidad legal, cuando el daño se produzca por culpa de la víctima, hecho de tercero, caso fortuito o fuerza mayor. Desde el punto de vista filosófico, es claro que ese daño ha tenido una causa; pero en sentido jurídico decimos que no existe el nexo causal para originar la responsabilidad.

Cuando la única causa del daño es la actividad misma de la víctima, tampoco debe haber responsabilidad, pues entonces el demandado no fue causante del daño. Aún cuando el artículo 1910 del Código Civil vigente requiere que para exonerar de responsabilidad al demandado haya culpa inexcusable de la víctima, debe mantenerse la tesis que antecede, pues dicho precepto alude al caso de que tanto el agente como la víctima fueron culpables, en tal sentido se expresa el doctor Rojina Villegas:

“En principio puede decirse que el agente sólo será responsable cuando su culpa sea la determinante del daño, de tal manera que la culpa de la víctima no lo hubiere causado, o sea que a pesar de su inactividad o falta absoluta de culpabilidad, también se hubiere producido el resultado perjudicial. Por equidad, si la culpa de la víctima sólo agravó la cuantía del daño, deberá condenarse exclusivamente al pago de la indemnización que conforme a la valorización respectiva, sea a cargo del demandado. En cambio, si la culpa de la víctima fue la determinante exclusiva del daño, la sentencia será absolutoria, pero si por el hecho del agente se agravó el resultado dañoso, también aquí debe intervenir la equidad para que se le haga responsable de

la parte que en justicia sea a su cargo, lo que motivará además del dictamen pericial, la prudente apreciación judicial, para deslindar responsabilidades".³⁴

De lo anterior, podemos concluir que, para acreditar una responsabilidad civil, el actor, además de acreditar la culpa o dolo del demandado, el nexo causal entre el hecho ilícito y el daño, también probará si se produjo un menoscabo en su patrimonio (daño emergente) o si dejó de percibir alguna ganancia lícita como consecuencia directa del citado hecho (lucro cesante).

1.3. Clases de responsabilidad.

Una vez que se tienen definidos los elementos de la responsabilidad civil, pasaremos al estudio de las diferentes clases de responsabilidad que la doctrina y la ley contemplan.

Como se estudió con anterioridad, para que exista la responsabilidad civil de reparar el daño, deben existir tres elementos: a) Daño, b) Culpa (como hecho ilícito), y c) Relación de causalidad. Es de la culpa donde se desprenden las dos primeras clasificaciones; la primera de ellas es **la responsabilidad subjetiva**, que se basa fundamentalmente en el análisis de la conducta del agente del daño, es decir, se analiza el dolo o la culpa de su actuación y de ahí poder determinar su responsabilidad, por otro lado tenemos **la responsabilidad objetiva**, misma que sólo se limitará a estudiar el origen objetivo del hecho, sin analizar si se obró con culpa o dolo, ya que únicamente se probará el daño y la relación causal.

La doctrina hace dos clasificaciones más de la responsabilidad civil; **la responsabilidad contractual**, que como advertimos es la responsabilidad civil que se desprende fundamentalmente del incumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato y **la responsabilidad extracontractual**, la cual se origina no de un incumplimiento de obligaciones, sino de cualquier otro hecho ilícito donde las voluntades no estaban comprometidas, mismas que pueden ser subjetiva y objetiva, que a continuación estudiaremos.

³⁴ Ibidem. p. 152.

1.3.1. Responsabilidad subjetiva o directa.

Lo subjetivo es el elemento interno, es decir, el dolo o la culpa en sentido lato del concepto, principio en el que se basó la teoría subjetiva de la responsabilidad, que como se indicó, es un concepto moderno de la responsabilidad.

En el Derecho Romano, se concibió a la culpa o injuria como el daño que daba lugar a la existencia de un delito o cuasidelito, clasificándola en culpa grave, leve y levísima, obligación que fue considerada como pena pública o privada; pero no fue sino hasta el Código de Napoleón, donde se desarrolló dicho concepto, al clasificar los delitos de acuerdo a su intencionalidad; surge así el principio de responsabilidad que, basado en la culpa, fue llamada subjetiva.

Al respecto el doctor Rojina Villegas la define de la siguiente forma:

“Se dice que esta responsabilidad es subjetiva porque su fundamento es la culpa, que es un elemento psicológico y por tanto de naturaleza subjetiva; pues consiste en la intención de dañar (dolo) o en el obrar con negligencia o descuido (culpa en sentido estricto), para la teoría subjetiva de la responsabilidad la culpa es esencial y sin ella no hay responsabilidad”.³⁵

En cuanto a la responsabilidad civil y penal, es preciso señalar que son distintas e independientes entre sí, logrando existir una sin la otra, por lo tanto, la falta de responsabilidad penal no implica la existencia de la responsabilidad civil, por lo que la sentencia que se dicte en un proceso penal, resuelve exclusivamente sobre la responsabilidad penal, pero no sobre la responsabilidad civil, esto se resuelve en cuanto a la existencia o no del delito, pero no respecto a la obligación civil de indemnizar.

La responsabilidad subjetiva se funda principalmente en el elemento de culpa, entendiendo ésta en sus dos sentidos, tal y como lo cita el doctor Rojina Villegas:

³⁵ ROJINA Villegas, Rafael. Ob. Cit. p. 95.

“La culpa en dos sentidos, uno amplio y otro estricto. En sentido amplio, la culpa comprende al actuar con la intención de dañar, lo que se llama dolo; así como el proceder con descuido, que se le designa culpa en sentido estricto. En sentido estricto la culpa consiste en actuar con imprudencia, negligencia o descuido”.³⁶

Ahora bien, la responsabilidad subjetiva se clasifica en dos clases, cuando su origen es de carácter civil, estaremos en el supuesto de un ilícito civil, y cuando su daño se derivó de la provocación de un delito, se denominará ilícito penal, así lo advierte el maestro Martínez Alfaro:

“Ilícito civil. Es la obligación de reparar el daño pecuniario causado por un hecho ilícito, intencional o imprudencial, pero que no está tipificado como delictuoso en la ley; o sea el hecho es antijurídico y culpable.

Ilícito penal. Es la obligación de reparar el daño pecuniario causado por un hecho ilícito, que está tipificado como delictuoso en la ley”.³⁷

De esta clasificación de los ilícitos civiles y penales surge lo que la doctrina llama la responsabilidad civil delictuosa, entendiendo a ésta como todo acto u omisión que es catalogado por la ley penal como delito y, de esta conducta delictuosa se origina un daño civil. Por razones de la materia que aquí analizamos que es la responsabilidad civil proveniente de un ilícito civil, es decir, contractual o extracontractual sólo nos limitaremos a dar su concepto que a decir del doctor Borja Soriano, consiste en:

“Responsabilidad civil delictuosa. El delito, o sea el hecho o la omisión contrarios a una ley penal, produce la responsabilidad civil, que consiste en la obligación que el responsable tiene de hacer la restitución, la reparación, la indemnización y el pago de gastos judiciales”.³⁸

Del análisis de la responsabilidad subjetiva, podemos puntualizar que nuestra ley sustantiva para el Distrito Federal, en su artículo 1910 se desprende esta idea de la culpa como la conducta antijurídica, es decir, causado sin derecho,

³⁶ *Ibidem*. p. 142.

³⁷ MARTÍNEZ Alfaro, Joaquín. Ob. Cit. p.156.

³⁸ BORJA Soriano, Manuel. Ob. Cit. p.348.

intencionalmente, por negligencia o imprudencia, así lo entiende el doctor Rojina Villegas:

*...lo ilícito se puede definir en el derecho como toda interferencia en una esfera jurídica ajena, cuando la norma no autorice ese acto de interferencia.

El Código define la culpa a través del hecho ilícito o del acto que se ejecuta contra las buenas costumbres*.³⁹

Como se aprecia, la responsabilidad subjetiva se basa fundamentalmente en el elemento de culpa, entendida ésta en su doble aspecto de dolo o culpa, para que pueda existir en la vida jurídica, deberá analizarse la conducta del responsable en sus elementos internos, a fin de determinar su responsabilidad y grados de responsabilidad.

Por lo anterior, podemos concluir que habrá responsabilidad subjetiva, cuando se viola un deber de no dañar y que este acto dañoso haya sido provocado con culpa.

1.3.2. La responsabilidad objetiva o riesgo creado.

Otra clasificación de la responsabilidad civil, es la denominada responsabilidad objetiva o riesgo creado; que a contrario de la responsabilidad subjetiva, parte de la omisión del elemento de culpa, esto es, para que exista esta responsabilidad sólo se requiere de dos elementos de la responsabilidad civil, el daño y la relación causal, y se suprime totalmente el elemento culpa o (subjetivo). Como veremos más adelante nuestra ley limita esta responsabilidad sólo cuando se utilizan objetos peligrosos y sin que se actúe ilícitamente, al respecto los siguientes autores la definen así:

El maestro Martínez Alfaro, define la Responsabilidad civil extracontractual objetiva:

"Es la obligación de reparar el daño pecuniario causado por emplear cosas peligrosas, aún cuando se haya actuado lícitamente y sin culpa. Esta

³⁹ ROJINA Villegas, Rafael. Ob. Cit. p.140.

responsabilidad no toma en cuenta los elementos subjetivos dolo o culpa, sino únicamente el elemento objetivo consistente en la comisión del daño al emplear cosas peligrosas, por eso se le llama responsabilidad objetiva o también riesgo creado, artículo 1913, pues se basa en razones sociales".⁴⁰

El doctor Rojina Villegas, define a la Responsabilidad objetiva:

"La responsabilidad objetiva o teoría del riesgo creado, es una fuente de obligaciones reconocida en algunos códigos de este siglo, por virtud de la cual, aquel que hace uso de cosas peligrosas, debe reparar los daños que cause, aun cuando haya procedido lícitamente.

A la teoría de la responsabilidad objetiva se le ha dado el nombre de teoría de la responsabilidad por riesgo creado. Conforme a esta teoría toda actividad que crea un riesgo para los demás hace responsable al agente de los daños que cause, sin necesidad de que se investigue si hubo o no culpa de su parte. La responsabilidad por el riesgo creado es la contrapartida del provecho que produce el empleo de cosas peligrosas".⁴¹

Nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal, contempla esta responsabilidad en su artículo 1913 que a la letra señala:

"Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

De las citas anteriores así como del referido ordenamiento, se observa que para estar en la hipótesis de la responsabilidad objetiva, deberán acreditarse dos elementos esenciales: a) La existencia de un daño por la utilización de un objeto peligroso y, b) La relación causal entre el hecho y el daño. Por lo tanto, podemos señalar que la teoría de la responsabilidad objetiva tiene una limitante que surge

⁴⁰ MARTÍNEZ Alfaro, Joaquín. Ob. Cit. p. 158.

⁴¹ ROJINA Villegas, Rafael. Ob. Cit. p. 67.

cuando se utilizan objetos peligrosos. Sobre éste concepto de objetos peligrosos, el maestro Martínez Alfaro realiza la siguiente clasificación:

**Peligrosas por sí mismas.* Son las sustancias tóxicas, explosivas, contaminantes o inflamables, pues independientemente de su funcionamiento causan daños.

Peligrosas por su funcionamiento. Como los mecanismos, instrumentos, aparatos, etc., que causan daño por la velocidad que desarrollan o por la energía eléctrica que conducen.

Peligrosas por otras causas análogas. Como pueden ser por el ruido o el peso, como sucede con el ruido de los aviones o con el peso de los edificios que causan daño a los inmuebles vecinos".⁴²

El daño en este tipo de responsabilidad puede ser de carácter patrimonial, entendido este como el menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen, daños personales y daño moral, este último entendido como la lesión a los sentimientos, al honor o las afecciones tal como lo señala el artículo 1916 y 1916 bis de nuestra ley sustantiva que señala en su párrafo segundo última parte:

"Artículo 1916. ...Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva... ."

Artículo 1916 bis, párrafo segundo. "En todo caso, quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta".

Como se puntualizó, la responsabilidad objetiva acarreará una obligación de indemnizar el daño moral, pero también estos daños patrimoniales y personales, podrán, según nuestra ley positiva y a elección del ofendido, ser restituidos cuando sea posible o tener derecho al pago de daños y perjuicios, esto lo señala el artículo 1915 del Código Civil para el Distrito Federal, vigente que dice:

⁴² MARTÍNEZ Alfaro, Joaquín. Ob. Cit. p.159.

*Artículo 1915. La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.

Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que este en vigor en el Distrito Federal y se extenderá al número de días que, para cada una de las incapacidades mencionadas, señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima*.

En el segundo párrafo del artículo 1915, se regula el daño a las personas, que debido a su naturaleza no podrán ser reparados en forma total, por lo que la indemnización será compensatoria en forma pecuniaria y atendiendo a las reglas que señala la Ley Federal de Trabajo respecto a las incapacidades, las cuales podrán ser hasta el cuádruplo del monto de la indemnización de lo que estipula la citada ley.

Por lo tanto, podemos señalar que en la responsabilidad objetiva la indemnización, atendiendo el objeto a reparar, será de dos tipos, misma que la doctrina ha clasificado como indemnización en especie e indemnización en numerario, al respecto el maestro Martínez Alfaro las define como:

“La indemnización en especie, consiste en restablecer la situación anterior a la comisión del daño, siempre y cuando sea posible dicho restablecimiento ejemplo: Si se quiebra un cristal se coloca otro en su lugar, lo que significa que el daño fue reparado en forma total.

*La indemnización en numerario, consiste en pagar los daños y perjuicios cuando es imposible restablecer la situación anterior a la comisión del daño, o sea cuando no se puede indemnizar en especie. Ejemplo: Cuando el daño consiste en la pérdida de un órgano, pues en este caso el daño se va a reparar pagando una suma de dinero, en consecuencia la reparación será parcial”.*⁴³

⁴³ Ibidem. pp. 169 y 170.

El daño que deba reclamarse en esta clase de responsabilidad, será con relación a lo que estipula el artículo 1915 del Código Civil para el Distrito Federal, en virtud de ser una obligación que nace por la utilización de objetos peligrosos, ya que en la mayoría de estos casos, los daños no pueden ser regresados a su estado natural, por lo que la víctima elige una indemnización por daños y perjuicios; y no lo que estipula el artículo 2108 del ordenamiento citado que refiere al daño que nace de una obligación contractual, tema que veremos más adelante.

En este orden de ideas pasaremos a estudiar el segundo elemento que configura la responsabilidad objetiva, que es **la relación causal**, que al igual que la responsabilidad subjetiva es un elemento por el cual se conoce la causa que dio origen al daño. Como ya señalamos anteriormente, la doctrina ha clasificado a las causas en diferentes tipos, por lo que la causa que según la ley debe valorarse o tomarse en cuenta para saber si existe relación causal entre el hecho y el daño, es la que se encuentra establecida en el artículo 2110 de Código Civil para el Distrito Federal que a la letra cita:

"Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse".

La mayoría de los doctrinarios considera que la causa que se desprende del citado artículo es aplicable a la responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones, es decir, a la materia contractual. Sin embargo, al no haber otra ley expresa que hable respecto a los casos en donde los hechos que se generaron son extracontractuales se debe aplicar en forma análoga el referido artículo, por lo que podemos deducir que cuando se origine un daño por responsabilidad objetiva, se debe probar la causa inmediata o directa.

Ahora bien, en materia de responsabilidad objetiva ¿cuál será esa causa directa o inmediata que señala la ley que debemos probar?. Tendrá que ser la inmediata originada por la utilización de un objeto peligroso, es decir que, si el daño fue producido por un hecho donde no existió el uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por si mismos, por la velocidad que desarrollen,

por su naturaleza explosiva o inflamable, no habrá lugar a la responsabilidad objetiva.

Se dice, que no existe relación de causalidad cuando se demuestre que el objeto peligroso no se encontraba funcionando, esto es, en virtud de que el daño debe ser causado por el mecanismo de una manera que permita establecer una relación de causalidad entre su funcionamiento y el daño, en tal sentido se expresa la siguiente jurisprudencia:

“RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA. RELACIÓN DE CAUSALIDAD.

La responsabilidad objetiva, según el artículo 1913 del Código Civil, sobreviene al hacer uso de mecanismos peligrosos que causen daño y obliga al propietario de los mismos a responder del daño, pero el precepto debe entenderse en el sentido de que el daño es causado por mecanismo de una manera que permita establecer una relación de causalidad entre su funcionamiento y el daño. Si por el contrario, se demuestra que el mecanismo no estaba en funciones, debe concluirse que éste no fue el causante directo del daño, y, por tanto, el dueño del mismo no está obligado a indemnizar a la víctima”.⁴⁴

Por lo tanto, podemos concluir que habrá responsabilidad objetiva, según nuestra ley positiva, cuando se provoque un daño que sea originado por la utilización de un objeto peligroso y que este se encuentre en movimiento, además que la causa que le dio origen sea la inmediata o directa. Esto es, que dicho daño sea consecuencia inmediata a la utilización del objeto peligroso que es el elemento objetivo.

1.3.3. La responsabilidad contractual.

Esta especie de responsabilidad, se origina de la obligación de reparar el daño por el incumplimiento de obligaciones que se derivan de un contrato, de ahí el nombre de contractual. La citada clasificación tiene su fuente en el Derecho

⁴⁴ Amparo directo 4544/60. Martín Gavica Garduño. 8 de septiembre de 1967. Mayoría de 4 votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Sexta. Volumen CXXIII. Cuarta Parte. Tesis: Página: 66. Tesis Aislada.

Romano, donde surgieron los brotes de las obligaciones derivadas del incumplimiento de los contratos.

El contrato tiene su origen en la división que hicieron los juristas romanos, al establecer que el patrimonio de los particulares o el derecho subjetivo, podría dividirse en derechos reales y derechos personales o de crédito; al definir a los primeros, como aquella facultad que tenía su titular para obtener provecho de una cosa y el segundo se refiere a la relación que existe entre dos personas de las cuales una es el acreedor, pudiendo exigir de otra que es el deudor, la prestación de un hecho determinado, al respecto el doctor Sabino Ventura advierte lo siguiente:

"Tal denominación no es romana, pues la expresión *ius in re*, es propia de los romanistas del medievo; sin embargo, la separación entre aquellos y los derechos personales o de obligación, es patrimonio de los juristas clásicos romanos".⁴⁵

De la clasificación de los derechos reales y personales o de crédito, surge el nacimiento de la obligación, es decir, de la relación que existe entre dos personas de las cuales una es el acreedor, puede exigir de la otra, el deudor, un hecho determinado, ya sea el de no afectar el derecho que tiene de sus cosas o el deber que tiene otra persona de dar, hacer o no hacer.

El concepto de obligación en el Derecho Romano, a decir del maestro Floris Margadant consistió en:

"Aunque el *corpus iuris* no define el derecho real, las instituciones de Justiniano sí definen la obligación como el *obligatio iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*; (la obligación es un vínculo jurídico por el cual quedamos constreñidos a cumplir, necesariamente, de acuerdo con el derecho de nuestra comunidad política).

La obligación como un vínculo jurídico entre dos o más personas, de las cuales una o más (sujeto activo o sujetos activos) están facultadas para exigir

⁴⁵ VENTURA Silva, Sabino, "*Derecho Romano*". 4ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1978. p. 265.

de otra, u otras, cierto comportamiento positivo o negativo (*dare, facere, praestare, non facere, pati*), mientras que el sujeto o los sujetos pasivos tienen el deber jurídico de observar este comportamiento, deber sancionado mediante una acción personal".⁴⁶

Este concepto, tuvo una lenta evolución ya que la víctima de un daño podía, mediante una composición, solicitar al responsable o su familia a cierta prestación como garantía de pago, así mismo se conoció al *nexun*, nudo atadura por el que el miembro de una familia era entregado al *domus* de otra como forma de garantía, al respecto se refiere el maestro Sabino Ventura:

"En el viejo derecho romano la obligación era la sujeción en que se colocaba una persona libre para garantizar la deuda que había contraído ella misma o por otra persona. El caso típico, era la práctica de un préstamo seguido de un *nexun* por el cual el deudor se entregaba en prenda al acreedor hasta que con su trabajo o por intervención de un tercero extinguía la deuda y obtenía su libertad".⁴⁷

De ésta cita, se observa el poder que tenía el acreedor, para el caso en que no se recibiera el pago por parte del deudor, este podía vender al rehén en mercado público mediante la *manus iniecto*, que consistía en recluirlo en una cárcel privada durante sesenta días y en caso de no recibir el pago de la deuda podía venderlo.

Ante este riguroso sistema es que surge una ley, la cual vino a suprimirle la carga al deudor, en cuanto que el deudor no garantizaría con la privación de la libertad sus deudas civiles, dejando subsistente los delitos civiles, dando paso al principio de que las deudas civiles no serán privativas de libertad, al respecto el maestro Petit señala:

"La historia de los primeros siglos de Roma esta repleta de las luchas por deudas entre patricios y plebeyos, y de los excesos cometidos por acreedores sobre deudores *nexi*. Esos abusos provocaron una medida legislativa; hacia el

⁴⁶ MARGADANT Floris G. Ob. Cit. p. 307.

⁴⁷ VENTURA Silva, Sabino Ob. Cit., p. 267.

año 428 de Roma. una ley *Poetelia Papiria* intervino a favor de los *nexi*. Declaró libres a los ciudadanos que eran *nexi* en el momento de su promulgación; prohibió que en lo sucesivo se encadenara a los deudores, y decidió que éstos no podrían ya comprometer sus personas en provecho del acreedor, sino solamente sus bienes”.⁴⁸

De esta concepción, que se desprende que en el Derecho Romano el acreedor tenía la obligación y la acción de poder exigir su cobro, es así como se divide su origen de creación, por la que dichas obligaciones podían tener un origen tanto en el derecho civil o en el derecho de gentes, donde se reconocían a la compraventa o comodato; también en civiles y honorarias, las primeras nacen por la ley o reconocidas por el derecho civil, las segundas provenían de la jurisdicción del pretor; de derecho estricto y de buena fe, mismas que tenían su origen en el derecho quiritario o el pacto entre las partes y que una vez pactado tenía fuerza de ley; otras eran llamadas civiles y naturales las primeras provistas de una acción y podía exigirse su cumplimiento en forma judicial y las naturales en donde el acreedor podría para asegurar su pago, solicitar una garantía real o personal, entre otras más.

De lo anterior, podemos puntualizar que todos estos actos jurídicos que dan origen a las obligaciones tienen su fuente en los contratos, tal y como lo expresa el maestro Margadant:

“Gayo enseñaba todavía a mediados del siglo II, en sus Instituciones, que todas las obligaciones nacían de contratos o de delitos. Luego, Justiniano, amplió una vez más la lista de las fuentes de las obligaciones, señalando cuatro: Contratos, delitos, cuasicontratos y cuasidelitos”.⁴⁹

Este mismo autor, señala que aunque en *Hábeas iuris* no figuraba una definición de *contractus*, toda vez que existía confusión entre contrato propiamente dicho y obligación, este autor propone la siguiente definición:

⁴⁸ PETIT, Eugène. “*Tratado Elemental de Derecho Romano*”, Editorial Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 281.

⁴⁹ MARGADANT S. Floris, Guillermo. Ob. Cit. p.316.

"El acto por el cual dos o más personas regulan sus respectivos intereses jurídicos y al cual el derecho objetivo atribuye determinados efectos según la función económico-social del acto jurídico en cuestión".⁵⁰

Por otra parte el maestro Eugéne Petit, en relación con las características de estas fuentes que se daban en el Derecho Romano, define al contrato como:

"Unas convenciones que están destinadas a producir obligaciones y que han sido sancionadas y nombradas por el derecho civil".⁵¹

De las definiciones citadas con anterioridad podemos determinar que si bien es cierto que en el Derecho Romano no existía diferencia entre la responsabilidad delictual y la responsabilidad contractual, se puede decir, que es ahí donde se originaron las obligaciones y las acciones con las que la víctima o el acreedor podía ver resarcido su daño, y si bien todavía como concepto de pena o composición legal obligatoria, fue el primer paso para llegar a la concepción moderna de la responsabilidad civil.

Como se indicó, es en el Derecho Francés donde se distinguieron las acciones que se otorgaban a la víctima, las cuales podían ser por una parte de carácter penal y por la otra civil, surge así la primera clasificación del concepto reparación, atendiendo a la conducta del responsable; es decir, se analizaba que había casos en los que cuando se atentaba contra la persona originaba en la víctima una sed de venganza y había otros en los que sólo se ocasionaban daños a los bienes. A partir de estos razonamientos donde había casos en que no se provocaban daños a la persona pero sí a sus bienes, tenía que proporcionarse a la víctima una acción que obligará a resarcir ese daño, como deuda de carácter civil, acción que originó el primer embrión de lo que hoy conocemos como indemnización. Así lo advierte el maestro Bustamante Alsina citando a Domat:

"Es una consecuencia natural de todas las especies de compromisos particulares y del compromiso general de no causar mal a nadie, que aquellos

⁵⁰ *Ibidem.* p. 317

⁵¹ PETIT, Eugéne. *Ob. Cit.* p. 318.

que ocasionen algún daño, sea por haber contravenido algún deber o por haber faltado al mismo, están obligados a reparar el mal que han hecho".⁵²

Es en el Código de Napoleón, donde se estableció las distinciones entre la pena (sanción represiva) y la reparación civil del daño (sanción resarcitoria), así como haber generado el principio de que todo daño debe ser reparado por la persona que por su culpa fue ocasionado.

En materia de responsabilidad contractual en el Código Francés vigente se establecen los siguientes principios:

- a) El deudor debe responder de los daños y perjuicios que ocasionó al acreedor por el incumplimiento de la obligación.
- b) El incumplimiento de la obligación importa la presunción de culpa del deudor.
- c) La culpa se juzga en sentido abstracto.
- d) No existe graduación de la culpa en relación con el mayor o menor provecho que el contrato reporta al deudor.

Principios que nuestra ley positiva tomó en cuenta para estructurar nuestro sistema jurídico en relación con la responsabilidad civil contractual, que a continuación procederemos a su análisis.

En materia contractual nuestra ley positiva define al contrato en los siguientes numerales del Código Civil del Distrito Federal:

"Artículo 1792. Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Artículo 1793. Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos".

De la anterior definición se desprenden dos elementos importantes: a) El vínculo jurídico, entre dos o más personas y, b) Para crear o cambiar obligaciones; que como ya estudiamos estas pueden ser clasificadas de diferentes formas ya sea

⁵² DOMAT, Jean, "*Les Loix civiles dans leur ordre naturel* ", Editorial Héricourt, 1777, L. III, Título V; citado por BUSTAMANTE Alsina, Jorge. Ob. Cit. p. 44.

que se atiende a su naturaleza o a sus elementos que la integran, y que su incumplimiento puede generar la obligación de indemnizar.

La doctrina considera que la responsabilidad contractual, genera el incumplimiento de un contrato, sin embargo, el doctor Rojina Villegas, señala que este sistema sólo puede existir cuando no se contemple la declaración unilateral de la voluntad como fuente de obligaciones, tal y como se vislumbra en esta cita:

“La responsabilidad contractual se ha concretado a los casos de incumplimiento de un contrato y la extracontractual a los demás casos. Sin embargo, en nuestro concepto esa distinción es válida en los sistemas que no reconocen la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones, pues la idea en realidad es la de considerar que cuando exista una relación jurídica concreta entre las partes, como la que nace del contrato, y una de ellas falta al cumplimiento de la misma, la responsabilidad debe ser distinta en cuanto a su denominación, de la que se origina en los casos que no impliquen esa relación preexistente. Ahora bien, cuando se falta al cumplimiento de las obligaciones que nacen de la declaración unilateral de voluntad (y nosotros diríamos también de las que se originan por el testamento o por la sentencia), como existe ya relación entre las partes, no debe hablarse de responsabilidad extracontractual, pues la situación se equipara a la que nace de un contrato, toda vez que en ambos casos se han violado obligaciones que ya están definidas previamente”.⁵³

Al respecto el doctor Borja Soriano puntualiza:

“La responsabilidad contractual se extiende al caso del incumplimiento de las obligaciones que tienen por fuente la declaración unilateral de la voluntad, de acuerdo con el artículo 1859 del Código Civil vigente”.⁵⁴

Así lo establece el siguiente precepto:

⁵³ ROJINA Villegas, Rafael. Ob. Cit. p. 124.

⁵⁴ BORJA Soriano, Manuel. Ob. Cit. p. 457.

“Artículo 1859. Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de estos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos”.

Por otra parte, al estudiar a la responsabilidad contractual en relación con los daños que debe cubrir el responsable por su incumplimiento, se tiene que analizar el objeto de cada contrato y de esa forma saber la responsabilidad a la que estará obligado a indemnizar.

Por un lado se tiene a los contratos que prestan un hecho o en su defecto lo dejan de prestar, esta omisión será causa de que el responsable de tal hecho pague los daños y perjuicios, como lo establece el artículo 2104 de nuestra ley sustantiva vigente, que a la letra cita:

“El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido será responsable de los daños y perjuicios...”.

En relación con los contratos cuyo objeto es el de no hacer alguna cosa y se contraviene de igual forma, el responsable estará obligado al pago de daños y perjuicios, tal como lo expresa el artículo 2028 del Código Civil, que establece:

“El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa, quedara sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención. Si hubiera obra material, podrá exigir el acreedor que sea destruida a costa del obligado”.

Finalmente, los contratos cuyo objeto trata de obligaciones de dar, tendrán que observar si se estipuló plazo fijo, donde la obligación correrá desde el vencimiento de éste, y en las que no se haya estipulado dicho plazo, las cuales podrán exigirse después de los treinta días de su interpelación, según lo expresan los artículos 2105 y 2080 del Código Civil vigente que a la letra estipula:

“Artículo 2105. En las obligaciones de dar que tengan plazo fijo, se observará lo dispuesto en la fracción I del artículo anterior. (Artículo 2104 I. Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste; y II. Si la obligación no dependiere de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 2080).

Artículo 2080. ...Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación”.

De esta normatividad podemos puntualizar que cuando se incumpla un contrato, el responsable estará obligado a pagar al acreedor los daños y perjuicios, entendiendo al daño, como la pérdida o menoscabo que el contratante hubiese sufrido en su patrimonio por la falta del cumplimiento de la obligación y el perjuicio a la privación de cualquier ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación, como se desprenden de los artículos 2108 y 2109 del Código Civil, citados con antelación.

Respecto a la culpa en materia contractual, es definida en sentido estricto, ya que al actuar con imprudencia, negligencia, descuido o bien la conducta de quien pudiendo ser previsible, se abstiene de realizar los actos necesarios para impedir la comisión del daño.

Como ya se señaló el Código Civil se refiere a la culpa o negligencia en su artículo 2025 al disponer:

“Hay culpa o negligencia cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa o deja de ejecutar los que son necesarios para ella”.

El maestro Martínez Alfaro, al realizar un análisis del artículo antes descrito puntualiza:

“Este precepto reglamenta la culpa sólo con relación a las obligaciones relativas a las cosas, pero es omiso por lo que toca a las obligaciones de hacer, en consecuencia se debe resolver por analogía que, el deudor incurre en culpa cuando realiza actos contrarios al cumplimiento de su obligación de hacer, o deja de realizar los que son necesarios para poder cumplir, de tal modo que se abstiene de ejecutar la prestación a su cargo, o la ejecuta en forma diferente a lo que estaba constreñido, pudiendo prever la inexecución y sin embargo se abstiene de impedirla”.⁵⁵

⁵⁵ MARTÍNEZ Alfaro, Joaquín. Ob. Cit. p.153.

Por su parte, el doctor Rojina Villegas define a la culpa contractual de la siguiente forma:

“ ... al tratar de la culpa contractual haremos ver cómo en realidad se exige dicho elemento para las obligaciones referidas exclusivamente a la custodia o conservación de las cosas que tiene en su poder el deudor, por virtud de un contrato. En cuanto a las obligaciones que no entrañan conservación o custodia de las cosas por regla general basta el incumplimiento para que se incurra en responsabilidad contractual, sin que el acreedor tenga que demostrar la culpa del deudor ”.⁵⁶

La relación de causalidad en este tipo de responsabilidad, deberá de ser la causa directa e inmediata, esto es, que los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta del incumplimiento de la obligación, ya sea que se hubiesen causado o que necesariamente deben causarse.

De lo anterior, concluimos que la responsabilidad civil contractual, debe entenderse como la obligación de reparar el daño que se causa por el incumplimiento de una deuda previamente contraída, es decir, el deber de pagar la indemnización compensatoria o moratoria por violar este derecho que es correlativo de una obligación de dar, hacer o no hacer y del cual el deudor estará obligado a reparar.

1.3.4. La responsabilidad extracontractual.

Este tipo de responsabilidad parte del principio general de la responsabilidad civil, en cuanto a que todo aquél que comete un daño a otro está obligado a repararlo, principio que se advierte como un concepto considerado como moderno.

En el Derecho Romano no se logró diferenciar entre la responsabilidad delictual de la contractual, ya que en la mayoría de los daños el responsable quedaba obligado a resarcir mediante una composición legalmente obligatoria como concepto de pena privada; sin embargo, es en esta época donde se generaron los

⁵⁶ ROJINA Villegas, Rafael. Ob. Cit. p. 126.

primeros elementos que dieron forma jurídica a lo que actualmente se conoce como responsabilidad. Más tarde, los jurisconsultos de esa época analizaban que la Ley de las XII Tablas, que sancionaba los delitos privados que eran la injuria y el robo, no se contemplaban los delitos que atacaban los bienes ajenos y estos constituían un ataque a las personas, para lo cual se dictó un plebiscito propuesto por el tribuno Aquilius, para regular este tipo de delitos, conocida como la Ley Aquilia, que vino a establecer los primeros brotes en materia de responsabilidad civil, al señalar, entre otros puntos, que los ilícitos a los bienes de una persona ya no serían motivo en caso de incumplimiento de privar de la libertad al deudor.

Posteriormente, los franceses fueron quienes impulsaron el estudio de la responsabilidad, al ver que la víctima de algún delito tenía que ejercitar su acción conjuntamente con la acción pública cuando se trataba de un delito público, principalmente cuando había daños a la persona o a su honor, donde la sanción era considerada todavía como una pena pública, no obstante, había casos en los que se provocaban daños a los bienes, en estos se concedía a la víctima sólo la acción de reclamar daños y perjuicios, al respecto el maestro Bustamante señala:

“Tratándose de los delitos privados la acción reconocida a la víctima conservaba en muchos casos el carácter penal, particularmente en aquellos hechos que por atacar a la persona y atentar contra el honor concitaban el espíritu de venganza. Esa acción era la de reparación civil que se distinguía netamente de la acción por indemnización de daños y perjuicios”.⁵⁷

Aunque el Derecho Romano no libró completamente el carácter penal en relación con los daños a la persona y el honor, si en cambio lo hizo cuando se trataba de daños a los bienes donde la víctima podría solicitar el pago por daños y perjuicios, elemento que marcaría una diferencia en materia delictual y civil; más adelante, Domat, uno de los principales redactores del Código Civil Francés, establecería el principio de responsabilidad civil, que al ser citado por Mazeaud, obtuvo variaciones de la interpretación, razón por la que quedó redactado de la siguiente manera:

⁵⁷ BUSTAMANTE Alsina, Jorge Ob. Cit. pp. 43 y 44.

“Es una consecuencia natural de todas las especies de compromisos particulares y del compromiso general de no causar mal a nadie, que aquellos que ocasionen algún daño, sea por haber contravenido algún deber o por haber faltado al mismo, están obligados a reparar el mal que han hecho”.⁵⁸

Dicho principio general señala que, quien ha causado un daño por haber violado el deber general de conducirse diligentemente para no dañar a otros, es responsable del perjuicio ocasionado, por lo tanto, el que viola esa norma que impone esa conducta de no dañar, estará actuando culposamente que es un acto ilícito que origina el deber de reparar ese daño.

De esta forma, podemos señalar que es en la doctrina francesa y principalmente en el Código Civil Francés de donde se desprenden los principios del sistema moderno de responsabilidad civil y principalmente en materia de responsabilidad extracontractual, así lo advierte el maestro Bustamante:

“El Código de Napoleón iba a echar las bases del moderno sistema de responsabilidad extracontractual estableciendo los siguientes principios fundamentales.

- a) Obligación general de responder por el daño causado a otro.
- b) La imputabilidad del daño al autor del hecho no tiene otro fundamento que la culpa, no hay responsabilidad sin culpa.
- c) La culpa tanto puede ser intencional como por simple negligencia o imprudencia.
- d) Siendo la culpa la violación del deber genérico de no dañar a otro, ella convierte en ilícito el acto ejecutado en tales condiciones.
- e) Sin daño no hay responsabilidad civil.
- f) La obligación de responder es una sanción resarcitoria y no represiva que consiste en reparar el daño causado”.⁵⁹

⁵⁸ DOMAT, Jean, “*Les Loix civiles dans leur ordre naturel*”. Editorial Héricourt. 1777, L. III. Título V; citado por MAZEAUD, Henri y León. Ob. Cit. p. 52

⁵⁹ BUSTAMANTE Alsina, Jorge. Ob. Cit. pp. 46 y 47.

Estos principios, fueron tomados de nuestra legislación para estructurar el sistema en materia de responsabilidad civil extracontractual, el maestro Martínez Alfaro define a la responsabilidad extracontractual como:

“Esta responsabilidad puede definirse por exclusión, diciendo que es la que no es contractual, por tanto, no se deriva del incumplimiento de una obligación previamente contraída, sino de la realización de un hecho que menciona la norma jurídica, hecho que causa un daño pecuniario y al que la norma le atribuye la consecuencia de generar la obligación de repararlo, por violarse un derecho absoluto, derecho que es correlativo de un deber de abstención a cargo de un sujeto pasivo universal e indeterminado”.⁶⁰

Podemos advertir, que la responsabilidad extracontractual se deriva de un hecho que es contrario a la ley y que causa un daño, por lo tanto, nuestra ley positiva define a la responsabilidad extracontractual a través de un hecho ilícito, que al igual que la contractual es fuente de obligaciones.

En el artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal vigente señala:

“El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres causa un daño a otro, está obligado a repararlo, salvo que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.

De la citada norma, se desprenden los siguientes elementos que son: a) Un daño, b) La culpa a través de un hecho ilícito, y c) Relación de causalidad.

Ahora bien, procederemos a analizar al hecho ilícito que a decir del doctor Rojina Villegas debemos entenderlo como:

“Ilícito como toda forma de violación de un deber jurídico, pues no sólo se contraviene la norma general que se deduce del sistema jurídico, según la cual nadie puede interferir en una esfera jurídica ajena si el derecho no faculta para ello, sino que también se comprende en esa definición la violación de los deberes jurídicos concretos, es decir, el incumplimiento de las obligaciones de

⁶⁰ MARTÍNEZ Alfaro, Joaquín. Ob. Cit. p. 152.

dar, hacer, no hacer y tolerar que se impongan por virtud de una relación jurídica determinada entre un sujeto activo y un sujeto pasivo".⁶¹

Podemos observar que el doctor Rojina Villegas, define al hecho ilícito en sus dos especies de responsabilidad:

- a) Cuando se viola una norma general.
- b) Cuando no se cumple con una obligación previa, ya que esa esfera jurídica se transfiere, lo que es ilícito tanto ejecutar los actos prohibidos, como omitir los actos ordenados.

Nuestra ley sustantiva vigente define al hecho ilícito como:

"Artículo 1830. Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres".

De dicho precepto, se observa que toda conducta que contraviene las leyes de orden público estará obligado a responder del daño que se cause, además cuando un hecho sea contrario a las buenas costumbres, lo que nos conlleva a definir jurídicamente, ¿qué entendemos por buenas costumbres?, al respecto el doctor Borja Soriano señala:

"No basta el cumplimiento de los deberes de justicia; el hombre debe vivir honestamente, lo que no quiere decir simplemente sometiéndose a las leyes, sino teniendo una conducta debida que responda al ideal moral del hombre honrado".⁶²

Por lo anterior, diremos que habrá un hecho ilícito siempre que se viole un deber general de no dañar, o bien, cuando no se cumple con una obligación previamente contraída.

El elemento culpa, entendida en su aspecto *lato*, surge como la falta de cuidado, negligencia o impericia; en materia extracontractual se presumirá que se actuó

⁶¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. Cit. p.140.

⁶² BORJA Soriano, Rafael. Ob. Cit. p.153.

con culpa cuando haya una trasgresión a esa esfera jurídica de no dañar, es decir, habrá culpa del agente cuando se viola una norma de interés público o contrario a las buenas costumbres. Así lo señala el doctor Rojina Villegas:

"Pueden ocurrir múltiples casos de negligencia o descuido que no podamos imputarlos o referirlos a la violación de una ley de orden público, y que tampoco impliquen un ataque a las buenas costumbres. Sin embargo, en todos estos casos debe considerarse que del sistema jurídico se desprende una norma general que es de interés público, según la cual todo hombre debe proceder con diligencia o cuidado. ... Todo hecho del hombre que causa daño a otro violando esa regla general de conducta, obliga al culpable a la reparación del daño causado".⁶³

En relación con el daño en este tipo de responsabilidad extracontractual, podemos señalar la división general que hace la doctrina y nuestra propia ley positiva, en daños patrimoniales y daños morales, así los define el doctor Rojina Villegas:

"El daño patrimonial consistirá en todo menoscabo o pérdida que sufra un patrimonio, así como en la privación de toda ganancia lícita, cuando ello se deba a la violación de un deber jurídico de cualquier naturaleza, contractual o extracontractual. El daño moral consistirá en toda lesión a los valores espirituales de la persona, originada por virtud de un hecho ilícito o sea, por cualquier tipo de interferencia en la persona, en la conducta, o en la esfera jurídica de otro, que no esté autorizada por la norma jurídica".⁶⁴

En materia extracontractual, la víctima de un hecho ilícito, que provoque un daño, ya sea patrimonial o moral, podrá ser indemnizada conforme a lo dispuesto por los artículos 1916 2108 y 2109 del Código Civil, los dos últimos citados con antelación:

"Artículo 1916. Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien la consideración que de sí misma tienen los

⁶³ ROJINA Villegas, Rafael. Ob. Cit. p. 142.

⁶⁴ Ibidem. p 134

demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado un daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá en el que incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente código. ...”

Estos preceptos, se refieren al cumplimiento de una obligación, tanto en materia contractual; como en materia extracontractual, aplicándose la norma en forma análoga, analogía de casos, en virtud de que dicho daño es considerado un acto ilícito y por lo tanto el responsable estará obligado a repararlo. Así lo dispone el artículo 1910 del Código Civil del Distrito Federal que la letra cita:

“El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.”

Como último elemento, que surte efectos para todas las especies de responsabilidad civil, lo es la relación causal. En materia extracontractual, nuestra ley positiva no define en forma especial cuál será la causa que debe contemplarse para que exista esta responsabilidad; sin embargo, el artículo 2110 del Código Civil vigente, establece que los daños y perjuicios exigibles por el incumplimiento de un contrato, serán los daños directos e inmediatos que hayan causado o que necesariamente deban causarse. Este principio lo aplica la doctrina y la jurisprudencia a la culpa extracontractual.

La relación de causalidad se encarga de ligar el hecho dañoso con la culpa, puede darse el caso que un hecho que provoca un daño tenga varias causas, para reconocer cual es la directa o inmediata, tal como lo señala la ley sustantiva, supone algo complejo de determinar, razón por la que se han desarrollado diferentes teorías, mismas que ya fueron citadas con anterioridad y en obvio de

repeticiones sólo destacaremos la teoría que nuestra legislación toma en cuenta para fundamentar la causalidad que deberá probarse.

La teoría del hecho determinante de Von Buri, señala que el hecho determinante o *conditio sine qua non* de un daño imputable o no al demandado, debe determinarse tomando en cuenta si el daño se produjo por la actuación de éste; en cambio, si se hubiera producido aun cuando el demandado no hubiese actuado, no habrá base para la responsabilidad.

Al respecto señala Mazeaud:

“La teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non* ha sido sustentada por el juriconsulto Von Buri. Para este autor y para quienes lo siguen el único problema que debe estudiarse es este: Si el demandado no hubiere obrado, ¿se habría producido el perjuicio?. Desde el momento en que, sin la intervención del demandado, el perjuicio no se hubiera realizado, tal intervención, es la causa del perjuicio, y el demandado debe repararlo. Todos los acontecimientos que ocurran en la realización de un perjuicio son causas; todos, desde el punto de vista de la responsabilidad, son equivalentes; no hay por qué distinguir entre ellos; no se deben considerar unos como causas y otros no”.⁶⁵

Para ilustrar este tema, el doctor Borja Soriano citando a Planiol expone el siguiente ejemplo:

“Un negociante ha vendido a sabiendas una vaca enferma; el contagio se ha comunicado a los bueyes del comprador y le ha impedido cultivar sus tierras. El vendedor deberá, ciertamente, indemnizarlo del precio de las bestias muertas por efecto del contagio; pero no de los daños que resultan de la falta de cultivo, que son sino una consecuencia lejana e indirecta de su dolo; no estando cultivadas las tierras, el comprador se ha encontrado privado de su renta; no ha podido pagar a sus acreedores; éstos han embargado sus bienes, etc. Se puede desarrollar a voluntad la serie de las consecuencias. Todos estos acontecimientos no son la consecuencia necesaria de la venta de

⁶⁵ MAZEAUD, Henri y León. Ob. Cit. p.19.

una vaca enferma; habrían podido ser evitados; el comprador podría dar en arrendamiento sus tierras o procurarse otros animales para hacer sus labores".⁶⁶

Por lo tanto, el daño que deberá reclamarse en esta especie de responsabilidad será un daño real, es decir, que exista un menoscabo en el patrimonio o se afecte la moral de la víctima, que estos violen una norma general de no dañar (acto ilícito), y por último que exista una relación causal, donde dichos daños sean una causa inmediata y directa.

1.4. La indemnización de la responsabilidad civil.

Dentro de la responsabilidad civil que hemos analizado, podemos señalar que podrá exigir la reparación del daño en el momento que se tienen integrados los tres elementos de la responsabilidad civil, a) Daño, b) Culpa, y c) Relación causal entre el daño y el hecho. Por lo que se trata de supuestos complejos, debido a que la consecuencia jurídica no puede producirse sino hasta que se combinan todos aquellos supuestos que en forma aislada no podrían por si solos alcanzar ese resultado.

Por lo tanto, podemos señalar que dichos elementos que integran la responsabilidad civil son coexistentes, es decir que, cuando se origina esa agresión a la norma general de no dañar a nadie, nacerá ese derecho de crédito de exigir la reparación del daño causado, para lo que deberá acreditarse plenamente la relación causal entre el hecho culposo y el daño; una vez integrados éstos, se podrá entonces exigir la indemnización correspondiente.

La restitución del daño sufrido consistirá, en primer lugar a la restitución del bien dañado y cuando exista el caso que por su naturaleza ya no puede restituirse a su estado original, ante este hecho ilícito la ley determina que por justicia deberá

⁶⁶ PLANIOL, Tomo VI; citado por BORJA Soriano, Manuel. "Teoría General de las Obligaciones". Tomo II, Editorial Porrúa, México, 1991, p. 458.

restituirse ese daño, mediante un pago en dinero por concepto de daños y perjuicios.

Para que la víctima pueda hacer valer su acción y pueda ver resarcido su daño, tendrá que acreditar los elementos de la responsabilidad civil, saber qué esfera jurídica le ha sido afectada, ya sea contractual o extracontractual y por último, ejercitar la acción indemnizatoria que según el derecho actual, la doctrina, la jurisprudencia y la propia ley, la dividen en compensatoria y moratoria.

Desde la época de la venganza privada en derecho antiguo, donde el responsable tenía que hacer frente a su falta de la misma forma al daño o dolor sufrido por la víctima; en algunos casos podía ser condenado a perder la vida; más adelante con la intervención del Estado se cambia esta venganza privada por la de la composición, que consistía en que el agresor reemplazaba ese agravio mediante una suma de dinero. Esta composición podía ser voluntaria, la víctima fijaba el monto de la indemnización y en caso de no llegar a un arreglo intervenía el Estado mediante la composición legal a través de la cual se estipulaba cual sería la condena civil o el monto de la indemnización.

En la época de Justiniano, el daño (*damnum*), ya sea que proviniera de un delito público o de un delito privado, la víctima tenía dos acciones que podía ejercitar:

- a) Acciones reipersecutorias. Que eran acciones civiles por daños y perjuicios;
- b) Acciones penales. Que seguían una pena privada.

Aunque no lograron diferenciar estas acciones, los daños y perjuicios se concebían, aún la idea de pena privada y no como el moderno concepto de indemnización.

Dentro de los delitos privados que sancionaba la Ley de las XII Tabas, encontramos a la injuria y al robo (*furtum*), entendidos estos como el atentado material contra una cosa o una persona, hubo otros casos que no entraban dentro de esa clasificación, que eran delitos que afectaban los bienes ajenos, para lo cual se dictó un plebiscito por el tribuno Aquilius. por el cual se establecía una

acción única, que tenía por objeto el monto del perjuicio calculado sobre el más alto valor que la cosa destruida o deteriorada había tenido, tomando en cuenta el año o mes en el que se había cometido. De esta acción se desprende lo que hoy conocemos como perjuicio.

Es importante señalar, que en el Derecho Romano lo que importaba no era el comprobar el daño sino el perjuicio sufrido, el cual debía ser cuantificado al valor del daño en forma objetiva y que podría ser hasta el doble de su valor según la Ley Aquilia.

La concepción de la idea de la culpa en el derecho, no vino a modificar la indemnización a la que estaba obligado el responsable, sino como ya estudiamos, sólo puso los elementos para el estudio de la culpa como elemento subjetivo de la responsabilidad, desarrollando la graduación de la culpa que sirvió principalmente en materia contractual.

Fue en el Derecho Francés donde se desarrolló un principio moderno de la responsabilidad, separando el ilícito penal del ilícito civil, esta separación consistió en la sanción, mientras que en la primera se tomaba en cuenta el daño que se provocaba a la sociedad, la cual se pagaba con una pena; en materia civil el responsable del ilícito estaría obligado a una sanción pero que tendría que ser al pago de la reparación del daño, es decir, a la indemnización de los daños y perjuicios.

Los principios en materia contractual y extracontractual, establecen que toda persona que cometa un daño estará obligado a la reparación, ya sea, que esa obligación provenga del incumplimiento de un contrato o de cualquier otro ilícito que la norma general imponga de no dañar.

De estos antecedentes, nuestra legislación estructura el régimen de indemnización de la responsabilidad civil. En materia contractual, el responsable del incumplimiento de una obligación está obligado a la reparación del daño, es decir, al cumplimiento de la obligación cuando esto sea posible y en caso

contrario al pago de los daños y perjuicios, así lo estipulan los artículos 2080, 2104 y 2105 del Código Civil, analizados con antelación.

Cuando la responsabilidad extracontractual, se origina de la norma general de no dañar; interpretamos que cuando toda conducta ilícita genere un daño, el responsable estará obligado a repararlo, así lo dispone nuestra ley sustantiva en su artículo 1910 del Código Civil, al señalar como fuente de obligaciones a los actos ilícitos.

De estos preceptos, se desprende la obligación que tendrá el responsable de reparar el daño mediante una indemnización, por lo tanto, empezaremos por definir que se debe entender por indemnizar, al respecto el maestro Gutiérrez y González lo define de la siguiente forma:

"La necesidad jurídica que tiene una persona de observar una conducta que restituya al estado que guardaba, un derecho ajeno que sufre un detrimento, antes de la realización de un hecho culpable o no, que le es imputable a este, y de no ser ello posible, debe realizar una prestación equivalente al monto del daño y del perjuicio, si lo hubo".⁶⁷

A la responsabilidad civil, le interesa la devolución de la cosa o su precio, luego entonces, la indemnización consistirá en la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios, tal como lo concibe el citado autor y que nuestra legislación retomó de los principios del Derecho Francés al estipularlos en sus artículos del Código Civil que a la letra señalan:

*Artículo 1915. La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.

Artículo 2107. La responsabilidad de que se trata en este título, además de importar la devolución de la cosa o su precio, o la de entreambos, en su caso, importará la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios*.

⁶⁷ GUTIÉRREZ Y González. Ernesto. Ob. Cit. p. 577

De estos conceptos podemos concebir que la indemnización, consistirá en la obligación de reparar el daño pecuniario, ya sea que se haya causado por el incumplimiento de una obligación (responsabilidad contractual), por un hecho ilícito civil (responsabilidad extracontractual subjetiva), o por el hecho lícito consistente en el empleo de cosas peligrosas (responsabilidad extracontractual objetiva), reparación que deberá consistir según los artículos citados, al restablecimiento de la situación anterior a la comisión del daño, en caso contrario al pago de daños y perjuicios. Destacan, que sólo en materia contractual, conforme a lo que establece el artículo 2107 del Código Civil, primero se exigirá la reparación del daño, supuesto que a juicio del maestro Gutiérrez y González sea lo más correcto, ya que la finalidad de la responsabilidad civil, es restituir las cosas al estado que guardaban antes de la conducta dañosa, concepto que analizaremos más adelante. El artículo 1915 establece la elección del acreedor, al escoger entre solicitar la reparación del daño o el pago como indemnización de los daños y los perjuicios.

En relación con la indemnización, como forma de reparación del daño, el maestro Martínez Alfaro las divide en dos:

"a) *La indemnización en especie*: Consiste en restablecer la situación anterior a la comisión del daño, siempre y cuando sea posible dicho restablecimiento ejemplo: si se quiebra un cristal se coloca otro en su lugar, lo que significa que el daño fue reparado en forma total.

b) *La indemnización en numerario*: Consiste en pagar los daños y perjuicios cuando es imposible restablecer la situación anterior a la comisión del daño, o sea cuando no se puede indemnizar en especie. Ejemplo: Cuando el daño consiste en la pérdida de un órgano, pues en este caso el daño se va a reparar pagando una suma de dinero, en consecuencia la reparación será parcial".⁶⁶

⁶⁶ MARTÍNEZ Alfaro, Joaquín Ob. Cit pp. 169 y 170.

1.4.1. La indemnización compensatoria.

Como se puntualizó, para que la víctima pueda hacer valer su acción y tenga derecho a que se le resarza el daño, primero tendrá que acreditar los elementos de la responsabilidad civil, saber que esfera jurídica le ha sido afectada, ya sea contractual o extracontractual, por último, ejercitar la acción indemnizatoria que le concede el derecho, ya sea en especie, o en numerario.

Dentro del derecho a la indemnización por un hecho ilícito, la mayoría de la doctrina coincide en señalar que la indemnización civil sólo puede ser de dos formas:

- a) *Compensatoria*.- Aunque nuestra ley positiva no las define textualmente, esta se desprende de la propia naturaleza de las cosas; es decir, que en el momento que existe la obligación del responsable de un hecho ilícito de indemnizar, tanto por violación de una obligación previa como del deber general de no dañar y sea imposible cumplirse, requisito *sine qua non* para que la víctima obtenga el derecho a la indemnización compensatoria, precisamente por ese incumplimiento.
- b) *Moratoria*.- Cuando la obligación es susceptible de cumplirse pero con retraso, en este caso, estaremos hablando de una indemnización moratoria, por lo tanto podemos advertir que la víctima de un ilícito civil podrá exigir según sea el caso, una indemnización compensatoria y si hay retraso en esa indemnización podrá exigir la moratoria, formas de indemnización que a continuación estudiaremos.

El doctor Borja Soriano citando a Planiol señala:

*Se da generalmente, en la doctrina, el nombre de indemnización compensatoria a la que se debe al acreedor en razón de la inejecución de su obligación: bajo su forma ordinaria no es sino la evaluación en dinero del interés que el acreedor tenía en que la obligación fuese ejecutada. la compensación por consiguiente del perjuicio que la inejecución le causa; en

lugar de una ejecución en naturaleza, que no es posible, el acreedor obtiene una ejecución en dinero. una ejecución por equivalente⁶⁹.

El maestro Gutiérrez y González define a la indemnización compensatoria como:

“Se habla vulgarmente de indemnización compensatoria, para denotar que, al no ser ya posible cumplir con la prestación debida, se debe entregar a la víctima del incumplimiento, el importe del valor patrimonial que se le afecta, y entonces se dice que se le debe compensar⁷⁰.”

De los anteriores conceptos, coincidimos en que la indemnización compensatoria se originara del incumplimiento definitivo de la obligación previamente contraída (contractual), cuando la cosa es destruida, ya sea intencionalmente o por negligencia, ya que resulta imposible el cumplimiento de la obligación, esto se traduce en el deber de retribuir o compensar el valor patrimonial destruido, mediante la indemnización compensatoria. También habrá indemnización compensatoria, cuando se provoque un daño, lo que origina una violación definitiva de un deber jurídico (*stricto sensu*), por lo que debe restituirse el destrozo que se causó e indemnizar a la víctima por ese incumplimiento definitivo, compensando así el daño sufrido.

En relación con la indemnización compensatoria, proveniente del incumplimiento de un contrato, el maestro Martínez Alfaro señala:

“Indemnización compensatoria, el acreedor reclama el pago de los daños y perjuicios causados por el definitivo incumplimiento de la obligación. En esta indemnización no se reclama el cumplimiento, sino solamente que se le indemnice de los daños que le causaron por no recibir el pago. Esta indemnización es frecuente en las obligaciones de no hacer y también, aunque en menor grado, en las de hacer⁷¹.”

De estas definiciones podemos puntualizar, que la indemnización compensatoria o retributiva como señala el maestro Gutiérrez y González, se dará cuando existe

⁶⁹ PLANIOL, Tomo II; citado por BORJA Soriano, Manuel, Ob. Cit. p. 464.

⁷⁰ GUTIÉRREZ y González, Ernesto Ob. Cit. p. 578

⁷¹ MARTÍNEZ Alfaro, Joaquín. Ob. Cit. p. 152.

el ilícito civil; es decir, que cuando se viola la norma en sus dos aspectos, tanto por el incumplimiento de un deber general de no dañar (extracontractual) como del incumplimiento definitivo de la obligación previa (contractual), y se provoca un daño, el responsable estará obligado a la indemnización, la cual consistirá para compensar ese daño, en regresar las cosas al estado que guardaban antes de esa actividad dañosa o al pago de los daños y perjuicios.

Con relación a la indemnización se dice que tiene un carácter pecuniario ya que existen bienes en que no pueden regresar al estado que tenían, anterior al daño, (*in natura*), y al no ser posible la indemnización, ésta deberá consistir en dinero; criterio que adopta nuestra ley positiva; en cambio, para los casos extracontractuales, el artículo 1915 de Código Civil le concede a la víctima la elección, entre la reparación natural o la del pago de los daños y perjuicios, esta última es la que en la práctica jurídica tiene más aceptación, debido al criterio similar de la mayoría de los autores en esta materia, al considerar que todo daño puede ser traducido en dinero, criterio que implícitamente éste precepto adopta. Posición que ha ocasionado muchas discusiones entre diferentes doctrinarios, centrando su polémica en saber si dicha indemnización será plena o sólo parcial, discusión que surge principalmente en materia de la reparación del daño moral.

Por lo tanto, la indemnización compensatoria surgirá en el momento que es imposible el cumplimiento de la obligación, esto es, que si el acreedor solicita la ejecución forzada de la obligación y logra el cumplimiento, en este caso se extingue la materia de compensación, toda vez que la obligación fue cumplida, por lo que no podrá el acreedor solicitar la acumulación de la indemnización compensatoria, al no existir el objeto de reparar algo que sí se cumplió, donde se puede dar el caso de una acumulación procesal, es respecto a la indemnización moratoria, ya que si la indemnización compensatoria no se cubre oportunamente, dará lugar a una moratoria por ese retraso y se deberán cubrir las dos indemnizaciones, como se analizará mas adelante.

Para cubrir o pagar al acreedor en este tipo de indemnización, se deben analizar dos hipótesis: a) Cuando se cubren obligaciones en relación con las cosas y b)

Cuando la obligación de indemnizar proviene de una obligación cuyo objeto es una suma de dinero.

En el primer caso, cuando la cosa se pierde, se extingue o queda fuera del comercio o se tiene pero ésta ya no pueda ser integrada al patrimonio del dueño, la deuda estará a cargo del deudor quien quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios, por lo tanto se obliga retribuir o compensar el daño. Así lo señalan los siguientes artículos que establecen:

*Artículo 2017. En los casos en que la obligación de dar cosa cierta importe la traslación de la propiedad de esa cosa, y se pierde o deteriora en poder del deudor, se observarán las reglas siguientes:

- I. Si la pérdida fue por culpa del deudor, éste responderá al acreedor por el valor de la cosa y por los daños y perjuicios;

Artículo 2021. La pérdida de la cosa puede verificarse:

- I. Pereciendo la cosa o quedando fuera del comercio; y
- II. Desapareciendo de modo que no se tengan noticias de ella o que, aunque se tenga alguna, la cosa no se pueda recobrar”.

Ahora bien, si la cosa en cuestión se ha perdido o ha sufrido un daño grave que no pueda tener un uso natural, la indemnización consistirá de todo, el valor legítimo de ella, lo cual será a juicio de peritos. Así lo dispone el siguiente precepto del Código Civil:

*Artículo 2112. Si la cosa se ha perdido o ha sufrido un detrimento tan grave que, a juicio de peritos, no se pueda emplearse en el uso a que naturalmente está destinada, el dueño debe ser indemnizado de todo el valor legítimo de ella”.

En relación con el daño a las cosas, como ya analizamos, la ley regula los casos cuando existe una obligación previa; es decir, cuando hay un contrato, pero también son utilizados los mismos principios en materia extracontractual, aplicando la teoría del hecho ilícito como lo prevé el precepto 1910 de nuestra ley sustantiva.

Para el segundo caso, en donde la obligación tiene como objeto una suma de dinero; no puede hablarse de una indemnización compensatoria, en virtud de que el dinero es una cosa fungible, esto es, está en posibilidad de sustituirse por otra cantidad igual, luego entonces, no habrá cabida para la compensación y sólo existirá la posibilidad de una indemnización moratoria, cuando hay un retraso en el pago.

En relación con este tema, el doctor Borja Soriano citando a Planiol, señala:

“La falta de pago de una suma de dinero no da lugar a una indemnización compensatoria; como el objeto primitivo de la deuda es ya dinero, la cifra del perjuicio que sufre el acreedor está fijada de antemano; su pérdida es igual a la suma que le era debida”.⁷²

Podemos concluir, que existe responsabilidad compensatoria siempre que la obligación no se pueda cumplir, ya en forma natural debido a que la cosa desapareció o se destruyó, por lo que resulta imposible el cumplimiento de la obligación. lo que da origen a la retribución o compensación. Ahora bien, si en un momento dado se causan daños, se deberá retribuir o compensar el destrozo que se causó, en virtud de estar en presencia de una violación definitiva de un deber jurídico.

1.4.2. La indemnización moratoria.

La indemnización moratoria, es la segunda forma que la ley presume que se puede exigir dentro de la responsabilidad civil, la cual podrá originarse de dos formas:

a) Proveniente del incumplimiento de un contrato (contractual): esto es, cuando el deudor no cumple con la obligación en el tiempo que se pactó, pero está en posibilidad de cumplirse, si se ejecuta dicha obligación, se dice que se cumple pero en forma tardía, nacerá en este momento el derecho a la indemnización moratoria. es decir, que dicha indemnización sólo surgirá cuando la obligación todavía esté en posibilidad de cumplirse. circunstancia que otorga al acreedor el

⁷² PLANIOL Tomo II, citado por BORJA Soriano, Manuel. Ob. Cit. p. 467

derecho a exigir del deudor la indemnización por el perjuicio que provocó dicho atraso en su cumplimiento, en tal sentido se expresa el maestro Martínez Alfaro:

“La indemnización moratoria, el acreedor demanda el cumplimiento de la obligación, más el pago de los daños y perjuicios moratorios, o sea de los daños y perjuicios que se le han causado por el retardo en el pago, esta indemnización es la reclamación normal tratándose de deudas en dinero”.⁷³

b) La indemnización moratoria extracontractual; surge, cuando se viola ese deber general de no dañar, origina la obligación de indemnizar como ya estudiamos, por lo que el acreedor tendrá ese derecho a que se le compense o se le retribuya el daño o el perjuicio sufrido; sin embargo, existe la posibilidad de que el pago no se haga en forma inmediata, lo que daría pie a otro ilícito, debido al retraso en el pago, lo origina una obligación más como lo es la indemnización por mora, por esta razón, se dice que la indemnización moratoria se puede acumular a la compensatoria.

Por lo anterior, resulta pertinente definir que se entiende por mora en nuestro derecho positivo, y la relación que se tiene con la indemnización moratoria que estamos tratando, al respecto el doctor Borja Soriano citando a Alves Moreira, la define como:

“La mora es el nombre que toma el retardo en el cumplimiento de la obligación”.⁷⁴

Aunque no existe una definición de mora como tal en nuestra ley vigente, ésta se desprende del tipo de obligación, y el momento en que se tiene que exigir el pago de las mismas, para esto es necesario observar lo siguiente:

A) Cuando en la obligación no se estipuló plazo alguno, se deben analizar estos casos:

⁷³ MARTÍNEZ Alfaro, Joaquín Ob. Cit. p 151.

⁷⁴ ALVES Moreira, Tomo II. “*Obligaciones en General*”, Editorial Salvat; citado por BORJA Soriano. Manuel, Ob. Cit p 461

a) En una obligación de hacer, la responsabilidad empezará a correr cuando se exija el pago al acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento (artículo 2080 y 2104, fracción II, del Código Civil).

b) En relación con las obligaciones de dar y si no se tiene plazo cierto, no correrá la responsabilidad si no después de los treinta días siguientes a la interpelación judicial o extrajudicial (artículos 2080 primera parte y 2105 segunda parte).

c) Para el caso de obligaciones de no hacer, pagará daños y perjuicios desde el momento que se origine esa contravención (artículo 2104 parte final), sin interpelación.

B) Finalmente, para el caso en que si se haya estipulado plazo fijo para el cumplimiento de esa obligación, la ley establece que empezará la responsabilidad desde el vencimiento de éste (artículo 2104 fracción I y 2105 primera parte).

De estos preceptos deducimos, que se incurrirá en mora desde el momento en que no se cumple con la obligación, ya sea que se haya acordado plazo fijo, o no, pero que la ley exige su cumplimiento; entonces si no se cumple en los tiempos acordados, se dice que hay un retraso y por lo tanto se deberá indemnizar, lo que se traduce en una indemnización moratoria.

En tal sentido el maestro Gutiérrez y González, define a la responsabilidad moratoria:

“Cuando se viola una obligación previa al hecho ilícito, y se da cuando no hay incumplimiento definitivo de la obligación, sino solo cumplimiento tardío, pero se está en posibilidad de pagar, y por ello se traduce en la evaluación del interés que tenía el acreedor en que la obligación se hubiera cumplido en forma oportuna”.⁷⁵

Al igual que la responsabilidad compensatoria la moratoria tiene dos características importantes que se deben analizar, con el objeto de saber como se efectuará la reparación y si se puede acumular con la indemnización compensatoria. Ambos casos se analizan atendiendo el origen de la obligación.

⁷⁵ GUTIÉRREZ Y González, Ernesto. Ob. Cit. p. 579.

a) Cuando las obligaciones se derivan de incumplimiento de un contrato que provocan un daño a las cosas, nuestra ley positiva obliga al responsable a repararlo, ya sea que provenga de la conservación de la cosa (artículo 2025 Código Civil), o de su pérdida (artículos 2018, 2023, 2112, 2113, 2114, 2115 y 2116 del Código Civil), en forma extracontractual cuando se provoca un daño proveniente de un hecho ilícito (artículo 1910 del citado Código).

De este primer caso, queda claro que los citados preceptos, obligan al responsable a la reparación del daño, luego entonces, si la reparación no se realiza en forma inmediata, nacerá para el deudor otro hecho ilícito, derivado del retardo de esa reparación, lo que da origen a la indemnización moratoria, por lo que esa indemnización se podrá acumular con la compensatoria; es decir, el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la reparación, así como el perjuicio por el retraso indebido.

b) Un segundo caso se da, cuando el objeto de la obligación consiste en el pago de cierta cantidad de dinero, para la materia contractual, nuestra ley positiva señala que los daños y perjuicios que resulten de la falta de cumplimiento en pago de cierta cantidad de dinero, no podrán exceder del interés legal, salvo convenio en contrario, (artículo 2117, párrafo segundo del Código Civil), caso que también se aplica en materia extracontractual.

De conformidad con el anterior precepto, al momento en que se realiza ese daño y que repercute en una cantidad de dinero, la indemnización no podrá exceder del interés legal, que según nuestra ley vigente, es del nueve por ciento anual (artículo 2395), esto es que, si hay un retraso en el cumplimiento de la deuda en dinero, el responsable estará obligado al pago de una indemnización moratoria, que no podrá exceder al interés legal, que al igual que en el caso anterior, se puede acumular con la indemnización compensatoria que tiene el acreedor. Para ilustrar este tema, exponemos el siguiente ejemplo:

"Nayely prestó a Jorge mil pesos, y éste se los tiene que devolver el día último del mes; llega esa fecha y Jorge no paga, pero esta en posibilidad de pagar, por lo cual comete un hecho ilícito; entonces la ley le impone el que,

además de pagar la suma que adeuda, deba cubrir a Nayely una indemnización moratoria, una indemnización por su tardanza, que equivale pero sin que lo sean, intereses, al tipo legal que la suma prestada causaría, esto es, al nueve por ciento anual.

Podemos concluir, diciendo que si una persona realiza un hecho ilícito al no cumplir con una obligación previa, derivada o no de un contrato, la víctima tiene derecho para exigir se ejecute de manera forzosa la obligación por el deudor, o bien, tiene el derecho al pago de los daños y perjuicios, originándose por un lado, la indemnización compensatoria, que surge cuando es imposible cumplir con la obligación, por lo tanto, el acreedor sólo podrá reclamar el cumplimiento de la obligación cuando ésta sea posible, en caso contrario, podrá entonces solicitar una indemnización compensatoria, más no ambas, no son acumulables; por otro lado, la responsabilidad moratoria si podrá acumularse con la ejecución forzada de la obligación, ya que si se da el ilícito de no cumplir oportunamente, surgirá además de la deuda principal la indemnización moratoria por ese retraso. En este caso, se puede decir que hay una acumulación de indemnizaciones.

En este sentido el maestro Gutiérrez y González concluye este tema:

“La indemnización retributiva no puede acumularse con el cumplimiento efectivo de la obligación, pues tal indemnización sólo procede cuando es imposible cumplir con la obligación.

La ejecución efectiva de la obligación y la indemnización moratoria, sí pueden acumularse, porque si se comete el hecho ilícito de no cumplir oportunamente, se puede cumplir después, y dar además una indemnización moratoria por la conducta ilícita de demorarse en cumplir con aquello a que está obligado.

Es posible acumularse las indemnizaciones retributiva y moratoria, pues si aquella no se cubre con toda oportunidad, se empieza a causar la segunda, y se deberá pagar el importe de las dos”.⁷⁶

⁷⁶ ibid. p. 583.

1.5. Causas de Irresponsabilidad.

Dentro de la teoría de la responsabilidad Civil, existen algunas causas o excepciones que, ante la existencia de un hecho ilícito, no llega a producir la obligación de indemnizar, es decir, existe el daño, (patrimonial o extrapatrimonial), la culpa (hecho lícito o ilícito), y la relación causal, pero que por un hecho del hombre, de la naturaleza, culpa de víctima, o por transcurso del tiempo para ejercitar ese derecho, liberará al responsable de pagar una indemnización.

Al respecto el maestro Gutiérrez y González advierte:

“Hay ocasiones en que una persona produce una conducta objetivamente igual a la que se aprecia cuando se comete un hecho ilícito o un hecho no ilícito, y también se causa un detrimento patrimonial, y sin embargo la ley determina que esa persona no queda obligada a reparar el detrimento causado, determina que no es responsable por el siniestro que se generó”.

Estos casos según nuestra ley positiva son los siguientes:

- A. Caso fortuito o fuerza mayor;
- B. Caso del artículo 1910, último párrafo;
- C. Caso del artículo 1914, y
- D. Prescripción.

En principio debemos entender por caso fortuito:

“Es un fenómeno de la naturaleza, o un hecho de persona con autoridad pública, temporal o definitivo, general - salvo caso excepcional-, insuperable, imprevisible, o que previéndose no se puede evitar y que origina que una persona realice una conducta que produce a otra persona, un detrimento patrimonial, contraria a un deber jurídico de no dañar (*stricto sensu*) o a una obligación (*lato sensu*)”.⁷⁷

- A. Caso fortuito o fuerza mayor:

⁷⁷ *Ibidem*, p. 606.

"Hay veces en que el incumplimiento de la obligación no puede ser imputable al deudor, por que este se ve impedido de cumplir a causa de un acontecimiento que esta fuera del dominio de su voluntad. A un acontecimiento de esta naturaleza se le llama en derecho caso fortuito o fuerza mayor".⁷⁸

De estos conceptos de no responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor, se desprende las siguientes características:

- a).- Un fenómeno de la naturaleza o un hecho de persona con autoridad pública, temporal o definitivo;
- b).- Un obstáculo general, salvo caso excepcional;
- c).- Insuperable;
- d).- Imprevisible; o
- e).- Previsible pero inevitable;
- f).- Produce una conducta dañosa contraria a un deber jurídico *stricto sensu* o a una obligación *lato sensu*.

Enseguida explicaremos en que consiste cada uno de ellos:

- a).- Un fenómeno de la naturaleza o un hecho de persona con autoridad pública.

La primera de estas características, se refiere a que el obstáculo que impide el cumplimiento de la obligación o del deber jurídico tiene dos orígenes:

El primero es que sean fenómenos de la naturaleza; pueden estimarse como tales a las enfermedades, muerte, temblores, inundaciones, rayos o cualquier fenómeno que el hombre no tenga su control.

El segundo es lo referente a los fenómenos o hechos de las personas con autoridad pública; como son: Las decisiones para declarar la promulgación de

⁷⁸ BORJA Soriano, Manuel Ob. Cit. p.473

decretos, guerra, invasiones; o decretos que impiden celebrar cierto tipo de operaciones, o que saquen del comercio determinados bienes.

b).- Un obstáculo general, salvo caso excepcional;

Otra de las características del caso fortuito o fuerza mayor, son aquellos hechos o circunstancias que presentan un obstáculo general y que impide cumplir con esa obligación, esto es, que mientras no exista algún motivo que la autoridad lo señale la obligación seguirá existiendo, caso contrario habrá responsabilidad. Como ejemplo a este caso, se tiene cuando la autoridad pública en vista de un bombardeo ordena la evacuación de la ciudad, por lo que se estará imposibilitado a cumplir con toda obligación.

Por otro lado, la excepción de generalidad se presenta cuando el sujeto obligado sufre algún accidente o enfermedad, el cual provoca una incapacidad física o mental, impidiendo cumplir o ejecutar la obligación contraída; como sería el caso de un pianista que está obligado a un recital, pero debido a ese caso fortuito que provocó lesión en sus brazos, presentándose así la imposibilidad física que le impide cumplir ese contrato.

Por lo tanto, el hecho constitutivo del obstáculo general debe ser común a todas las personas de la localidad o del lugar en que la obligación o el deber hayan de observarse; en consecuencia no debe ser específico de las circunstancias en que se encuentre el obligado, es decir, que la orden de la autoridad sea dirigida a toda la población.

Finalmente, el caso de excepción se presentará en aquellas obligaciones que se cumplen por la ejecución personal; esto es, no se exigirá el requisito de generalidad para considerar la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor tratándose de obligaciones que se cumplen por la ejecución de un hecho personal, como es el caso del pianista que sufre lesión en sus brazos.

c).- Insuperable;

Del principio de generalidad se desprenden las siguientes excepciones; la primera es un obstáculo insuperable, se refiere al hecho imposible de realizar, es decir, que deberán ser agotadas todas las posibilidades de cumplir con ese deber u obligación; el ejemplo sería en la celebración de un contrato de arrendamiento, sucede que la casa es destruida por un temblor y no existe otra a cambio. El elemento insuperable exige de realizar y agotar todas las posibilidades a su alcance para cumplir con esa obligación. Esto da pie al elemento imprevisible que por ser un hecho de la naturaleza, no puede preverse, un ejemplo de esto son los movimientos telúricos, que pueden ser previsible pero no inevitable, donde se toman todas las precauciones al alcance pero al ser un acontecimiento natural no se puede evitar, otro caso puede ser el transporte aéreo o marítimo.

De esta forma, el obstáculo debe hacer imposible de manera definitiva la ejecución de la obligación o el cumplimiento del deber, o bien, un plazo que haga ya después inútil el cumplimiento. No se debe tratar de un obstáculo que solo haga más difícil cumplir, pues ese no es motivo para incumplir. En caso de que esa dificultad no fuera general, podría originar el problema llamado de la "imprevisión", y entonces ya no podría hablarse de caso fortuito o fuerza mayor, excepción que la responsabilidad civil contempla en la ley sustantiva en su numeral 2111, que señala:

"Nadie está obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa o contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad, o cuando la ley se la impone"

d).- Imprevisible;

Este se presenta cuando el hecho que origina la obligación podía ser previsto y debía haberse tomado disposiciones para evitarlo, el deudor está en falta y por lo mismo, no hay caso fortuito o fuerza mayor y se estará obligado a resarcir el daño.

El acontecimiento que impide cumplir con la obligación o con el deber jurídico, no se puede conocer o conjeturar por señales o indicios que denoten su proximidad o llegada.

e).- Previsible pero no inevitable.

El acontecimiento que produce el incumplimiento de la obligación o del deber jurídico, puede ser previsible, pero en la capacidad del que debe cumplir, no está evitarlo.

Ejemplo: la devaluación generada por el Estado en 1994 y preparada 6 años antes, aun suponiendo que los deudores la hubieran podido "prever", no habrían podido evitarla, pues se trató de un "acto del príncipe" (SIC).

d).- Una conducta que genera un detrimento patrimonial contraria a un deber jurídico.

El obstáculo, como elemento del caso fortuito o fuerza mayor, es la causa por la cual una persona realiza una conducta que no debe, o no observa aquella a la que se había obligado, y con esa conducta produce un detrimento patrimonial a otra persona.

De ello deriva, que con vista de la fuerza mayor o caso fortuito no se cumple con las obligaciones previas, o se incumple lo que determina un deber jurídico, pero debido a este obstáculo se excepciona para responder de esos daños.

De los siniestros originados por caso fortuito o fuerza mayor el maestro Gutiérrez y González destaca los siguientes casos:

"Siniestro en la violación irresponsable de un deber jurídico stricto sensu"

Pero sea que haya observado una conducta, u omitido otra, contraria a lo preceptuado por el orden jurídico, por caso fortuito, no responde del detrimento generado, sino que la víctima del siniestro lo debe soportar y si sufre daño también el que incumple el deber, éste debe soportarlo.

Siniestro en la violación irresponsable en una declaración unilateral

La violación por fuerza mayor o caso fortuito de una obligación de dar, hacer o no hacer, derivadas de una declaración unilateral libera al deudor de toda responsabilidad por el siniestro.

Siniestro en la violación irresponsable de un contrato

En este caso debe distinguirse según se trate:

De una obligación de dar cosa genérica.- Cuando ésta se extingue por caso fortuito o fuerza mayor se aplica la máxima '*génera non pereunt*' significa que la cosa genérica no perece.

De una obligación de dar cosa específica.-Cuando un contrato versa sobre cosas de éste tipo, debe hacerse la distinción de si es un contrato bilateral o unilateral.

Siniestro y el contrato unilateral con obligación de dar cosa específica.- si la cosa específica perece por fuerza mayor o caso fortuito, entonces el deudor queda liberado de cumplir con su obligación.

Siniestro y contrato bilateral con obligación de dar cosa específica.- debe distinguirse si el contrato es o no traslativo de dominio.

Siniestro y contrato bilateral traslativo de dominio con obligación de dar cosa específica.- '*res perit dominio*'. la cosa perece para su dueño.

Siniestro y contrato bilateral no traslativo de dominio con obligación de dar cosa específica.- '*res perit creditore*'. la cosa perece para el acreedor.

Siniestro en el contrato que crea obligación de hacer.- en este caso cada parte soporta sus daños si se presenta el siniestro.

Siniestro en el contrato que crea obligaciones de no hacer.- en este caso, si el obligado a no hacer, hace por fuerza mayor o caso fortuito y con ello causa daño, lo soporta el que lo hubiere sufrido, sin derecho a indemnización".⁷⁹

En relación con la irresponsabilidad señalada en el numeral 1910 de nuestra ley civil, que como vimos regula la responsabilidad por hecho ilícito, entendida como toda acción u omisión que afecta normas de orden público o el deber general de no dañar; salvo excepción que se advierte en la última parte de este precepto "donde el daño se origine a culpa o negligencia inexcusable de la víctima", de tal forma que quien materialmente produce el daño, queda relevado de la responsabilidad.

⁷⁹ Ibidem, p. 619.

Un caso sería, cuando un conductor en forma imprudente no respeta los señalamientos de obra en la carretera, y cae en un bache u hoyo provocándose daños; podrá solicitar indemnización al gobierno, pero este quedará liberado de la indemnización, toda vez que existe culpa inexcusable de la víctima, al no respetar esos señalamientos de tránsito.

Otro caso de irresponsabilidad que prevé nuestra ley civil, es el caso del artículo 1914, que señala:

“Cuando sin el empleo de mecanismos, instrumentos, etc., a que se refiere el artículo anterior y sin culpa o negligencia de ninguna de las partes se producen daños, cada una de ellas los soportará sin derecho a indemnización.”

De este precepto podemos precisar su razonamiento lógico; que al no existir una responsabilidad objetiva, o subjetiva por falta del elemento culpa, las partes que intervengan en el hecho dañoso, quedaran eximidas de toda responsabilidad y asumirán o soportarán cada una su daño.

Un ejemplo sería, cuando dos personas que caminan por los túneles del metro, de repente se quedan sin luz, y al tratar de salir estas personas accidentalmente chocan entre sí, provocándose lesiones; este caso, aunque existe un daño, no hay culpa o negligencia de ambas partes, entonces cada uno de ellos debe sufrir sus daños y perjuicios, sin derecho a indemnización. pues se presenta el supuesto del artículo 1914.

Como último elemento o causa de irresponsabilidad, que estipula nuestra ley sustantiva es la denominada prescripción, la cual es definida en los siguientes preceptos, de nuestro Código Civil Federal.

“Artículo.1135. Prescripción es un medio de adquirir bienes o de liberarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo, y bajo las condiciones establecidas por la ley.

Artículo 1136. La adquisición de bienes en virtud de la posesión, se llama prescripción positiva; la liberación de las obligaciones por no exigirse su cumplimiento, se llama prescripción negativa”.

De estos preceptos se pueden analizar, dos tipos de prescripción que la doctrina ha definido en positiva y negativa, en relación con esta última y que es la que interesa a este estudio el doctor Borja Soriano la conceptúa de esta forma.

“Se llama prescripción negativa la exoneración de obligaciones por no exigirse su cumplimiento mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley, los elementos de la prescripción negativa son: a) La inacción del acreedor, que no exige el cumplimiento de la obligación y b) el transcurso de cierto tiempo por el cual dura esa inacción”.⁸⁰

Por su parte el doctor Gutiérrez y González lo define como:

“Es la facultad o derecho que la ley establece a favor del deudor, para que se excepcione validamente y sin responsabilidad, de cumplir con la prestación debida, o para exigir ante la autoridad competente la declaración de que ya no se le puede exigir en forma coactiva la prestación debida, cuando ha transcurrido el plazo que otorga la ley a su acreedor para hacer efectivo su derecho. La prescripción es aplicable a toda clase de responsabilidad”.⁸¹

Consideramos que el anterior concepto es el más preciso, por que precisa la diferencia que existe con la usucapión, que como lo estipula nuestra ley civil, las contempla en un solo numeral, lo que puede generar cierta confusión.

La prescripción a la que se refiere el anterior concepto, se puede desprender las siguientes características:

- a).- Liberatoria, extintivo o negativa, que sirve para librar al deudor de su obligaciones, mediante el transcurso del tiempo.
- b).- Sirve únicamente para que el deudor se oponga en forma valida, si quiere, que se le cobre coactivamente el crédito a su cargo.

Es pertinente precisar, que la prescripción no hace perder su derecho personal al acreedor, le hace perder únicamente el derecho a que se cobre coactivamente a

⁸⁰ BORJA Soriano, Manuel. Ob. Cit: p.475.

⁸¹ GUTIÉRREZ y González, Ernesto. Ob. Cit. pp. 626- 628.

su deudor, si este opone la excepción de prescripción, es decir, no pierde su derecho crédito, solo que no lo solicitó en tiempo.

La prescripción en el momento de consumarse, no hace aumentar o disminuir los patrimonios del deudor y acreedor, pues ese efecto se dio al momento de crearse el crédito que prescribe. La prescripción no requiere actividad alguna del deudor; solo se precisa el transcurrir del tiempo, y la pasividad del acreedor.

Finalmente, podemos decir que el tiempo o plazo que señala nuestra ley civil, para exigir del responsable de un hecho ilícito ya sea que se trate del incumplimiento de un deber general de no dañar o del incumplimiento de alguna obligación, será de dos años.

“Artículo 1934. La acción para exigir la reparación de los daños causado en términos del presente capítulo, prescribe en dos años contados a partir del día en que se haya causado el daño”.

CAPÍTULO 2

LOS SERVIDORES PÚBLICOS COMO SUJETOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

2.1. El Estado y el servicio público.

Es pertinente precisar que en el presente capítulo se abordará el tema del Estado en su aspecto concreto, es decir, como ente de derecho público, sujeto de derechos y obligaciones y titular de los órganos de la Administración Pública. Por tanto, habrá el acercamiento con el Derecho Administrativo sólo para conceptuar los elementos que lo integran y poder ubicar al Estado como sujeto de responsabilidad civil, materia del presente trabajo.

El Estado será sujeto de responsabilidad civil, cuando sus servidores públicos en ejercicio de sus funciones afecten derechos de terceros, nace así la obligación civil de indemnizar, donde el Estado asumirá la obligación solidaria o subsidiaria según sea el caso, esto en términos del artículo 1927 del Código Civil Federal, que señala:

“El Estado tiene obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos y subsidiarias en los demás casos, en los que sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos.”

Del citado precepto, tenemos en primer lugar que se habla del Estado, pero qué debemos entender como tal desde el punto de vista jurídico, el Estado se relaciona peculiarmente con dos ideas fundamentales. La primera es valedera solamente para el Estado Constitucional, aunque con algunos antecedentes históricos notables, es la del estado de derecho, principio en cuya virtud el Estado queda sometido al ordenamiento jurídico; la segunda, es la consideración del Estado como fuente del derecho, es decir, como creador principal del derecho positivo.

El Estado es definido como:

“Su concepto más generalizado se refleja en distintas definiciones doctrinales entre las que se encuentra la de Sánchez Agesta que transcribimos: una comunidad organizada en un territorio definido, mediante un orden jurídico servido por un cuerpo de funcionarios y definido y garantizado por un poder jurídico, autónomo y centralizado que tiende a realizar el bien común, en el ámbito de esa comunidad.”⁸²

De este concepto moderno de como se concibe al Estado, destacaremos como elemento de estudio la actividad o función que tiene éste con la Administración Pública; es decir, como el encargado de administrar la cosa pública que busca como fin el bien común, actividad que se realiza a través de los diferentes órganos del gobierno, ejercicio que materialmente se concreta por personas que nuestra ley denomina como servidores, funcionarios o empleados públicos, mismos que serán los sujetos de responsabilidad a quienes se pretende identificar.

En relación con la actividad del Estado el maestro Gabino Fraga señala:

“La actividad del Estado es el conjunto de actos materiales y jurídicos, operaciones y tareas que realiza en virtud de las atribuciones que la legislación positiva le otorga. El otorgamiento de dichas atribuciones obedece a la necesidad de crear jurídicamente los medios adecuados para alcanzar los fines Estatales.”⁸³

Si reconocemos al Estado como un producto social para mejorar el bienestar humano, debemos también aceptar que para realizar estos fines se requiere de órganos representados por funcionarios, quienes finalmente concretarán esos fines.

En este sentido se expresa el doctor Serra Rojas:

⁸² SÁNCHEZ Agesta; citado por el “*Diccionario Jurídico Espasa*”, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 2001. p. 656.

⁸³ FRAGA, Gabino, “*Derecho Administrativo*”, 42 Edición, Editorial Porrúa, México, 2002. p.13.

“El Estado en su doble carácter de gobierno y administrativo concreta sus fines, cometidos o competencias, en sus órganos jurídicos que forman una estructura especial. Son funcionarios y empleados públicos y los propios particulares los que desarrollan la actividad del Estado encaminado a satisfacer las necesidades generales o de una manera general, todos los fines de la vida social.”⁸⁴

Por lo tanto, debemos entender que servicio público es:

“... Aquella actividad desarrollada por los poderes públicos para atender necesidades de interés general que los individuos no pueden satisfacer aisladamente y que, en su organización y funcionamiento, se encuentra sometida a un régimen jurídico especial de derecho público.”⁸⁵

Del citado concepto, advertimos que el Estado dentro de su marco de derecho y con el objeto de cumplir con una de las tareas más importantes y complejas como es la administración de la cosa pública; entendida ésta como la actividad pública encargada de ejecutar todas aquellas tareas encaminadas a proporcionar y administrar los bienes y servicios requeridos por la sociedad. Actividad que se desarrolla a través de sus diferentes órganos públicos, entes investidos de poder público a quienes se les delega esta función a sus titulares o representantes denominados servidores o funcionarios públicos, los cuales procederemos a su estudio.

2.2. Concepto de servidor público y funcionario público.

Para identificar al sujeto responsable dentro de la responsabilidad civil del Estado, primeramente debemos concebir el término de servidor público, elemento esencial de la responsabilidad civil del Estado; toda vez, que es a través de una acción u omisión que se provoca un daño a la víctima o gobernado, originándose con ello la obligación de indemnizar.

⁸⁴ SERRA Rojas, Andrés. “*Derecho Administrativo*”, 10ª Edición, Editorial Porrúa, México. 1999. p. 26.

⁸⁵ DICCIONARIO Jurídico Espasa. Ob. Cit. p. 1308

En principio, tenemos que advertir, que antes de la reforma de 1994 a nuestra ley sustantiva en forma particular al artículo 1927 de la responsabilidad civil del Estado, mencionaba al "funcionario" como el sujeto idóneo para generar imputabilidad jurídica al Estado, pero no cualquier servidor público, sino específicamente se requería la calidad de funcionario (capacidad jurídica para vincular), que dentro del estatus burocrático, debería contar con la titularidad en la función del órgano y cierta jerarquía. Consecuentemente, si el daño provenía de servidor público distinto a funcionario público, no surtía la obligación para indemnizar.

La sustitución de "funcionario" por "servidor público", vino a superar la objeción planteada, haciendo más amplia la posibilidad de comprender a los sujetos generadores de los daños; sin embargo, ello no resuelve el problema, puesto que además de los servidores públicos existen otros tipos de individuos a cargo de funciones públicas, entre los que se encuentran las personas contratadas bajo el régimen de servicios profesionales encargadas de funciones públicas, cuya calidad de servidor público es dudosa por ser personas que operan como funcionarios de facto carentes de un vínculo laboral o profesional, pero cuyos actos se le imputan al Estado; particulares que son titulares de órganos a cargo de funciones públicas como los notarios, corredores públicos, agentes aduanales, personal de las universidades públicas, entre otros.

El término de servidor público tiene una doble función, por una parte, la de incluir en su hipótesis a una serie de personas susceptibles de vincular al Estado, por otra la de excluir las funciones que no obstante ser estatales, pero al estar a cargo de personas que carecen de calidad de servidor público evita comprometer al Estado. Desde esta perspectiva, puede extraerse un incentivo para trasladar cargas públicas mediante figuras como contratos de prestación de servicios profesionales, delegaciones a particulares u otras formas de privatización, quedando sujeta la responsabilidad al derecho común.

Empezaremos por advertir, que nuestra legislación mexicana conceptualiza al servidor público, como toda aquella persona que es elegida por elección popular o

que desempeñe una función, empleo, cargo o comisión en la Administración Pública, según artículo 108 Constitucional, párrafos primero y tercero los cuales establecen:

"Para los efectos de las responsabilidades a que alude este Título se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial Federal y del Poder Judicial del Distrito Federal, los funcionarios y empleados y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración Pública Federal o en el Distrito Federal, así como a los servidores del Instituto Federal Electoral, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.

Las Constituciones de los Estados de la República precisarán, en los mismos términos del primer párrafo de este artículo y para los efectos de sus responsabilidades, el carácter de servidores públicos de quienes desempeñen empleo, cargo o comisión en los Estados y en los Municipios."

Así también, la ley reglamentaria del citado precepto, denominada Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, estipula en su artículo 2º lo siguiente:

"Son sujetos de esta ley, los servidores públicos mencionados en el párrafo primero y tercero del artículo 108 constitucional y todas aquellas personas que manejan o apliquen recursos económicos federales."

En términos de los anteriores preceptos, podemos afirmar que los servidores públicos son todas aquellas personas físicas que desempeñen un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública, que manejen o apliquen recursos económicos federales.

De esta forma tenemos que el doctor Acosta Romero, concibe al servidor público como:

"Aquel ciudadano investido de un cargo, empleo o función pública, ligado por un vínculo de régimen jurídico, profesionalmente, por tanto, al cuadro de

personal del poder público. Tal vinculación puede ser directa (servidor de la administración pública centralizada) o indirecto (servidor de la administración pública paraestatal).⁶⁶

Del citado concepto, podemos observar que esta persona debe reunir diferentes calidades en su investidura, primeramente tiene que desempeñar un cargo, empleo o comisión en el servicio público. Para poder identificar a estas personas la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado en su numeral 1º, considera como servidores públicos:

"Artículo 1º. La presente ley es de observancia general para los titulares y trabajadores de las dependencias de los poderes de la unión, del Gobierno del Distrito Federal, de las Instituciones que a continuación se enumeran: Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. Junta Federal de Mejoras Materiales, Instituto Nacional de la Vivienda, Lotería Nacional, Instituto Nacional de Protección a la Infancia, Instituto Nacional Indigenista, Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, Comisión Nacional de Valores, Comisión de Tarifas de Electricidad y Gas, Centro Materno Infantil Maximiliano Ávila Camacho y Hospital Infantil; así como los otros organismos descentralizados, similares a los anteriores que tenga a su cargo función de servicios públicos."

Del citado artículo, se advierte que empleado público: es aquel que presta un servicio determinado de carácter permanente, a un órgano público mediante salario, caracterizado por un vínculo laboral que tiene su origen en la citada ley. De este concepto podemos deducir las siguientes características que deberán reunir el empleado público:

- a) Denominación específica;
- b) Atribuciones definidas y descritas en los cuerpos normativos;
- c) Retribuido por un salario;
- d) De naturaleza permanente o de base, y
- e) Creado por la ley.

⁶⁶ACOSTA Romero, Miguel *"Derecho Burocrático Mexicano"*. (Régimen Jurídico Laboral de los Trabajadores al Servicio del Estado), 2ª Edición. Editorial Porrúa, México 1999. p 130.

Por lo tanto, toda persona que realice un servicio público en calidad de empleado, tendrá también la calidad de servidor público, criterio sostenido por la Suprema Corte de la Nación en la siguiente tesis:

“DELITO COMETIDO POR SERVIDORES PÚBLICOS. CARÁCTER DE LOS EMPLEADOS DE LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO.

Siendo que el artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, se refiere a las sanciones a que se hacen acreedores 'los servidores públicos de las instituciones de crédito', es incorrecto sostener, que como el ahora quejoso argumenta tener sólo el carácter de 'empleado' de la institución de crédito ofendida, no se actualice la corporeidad del ilícito por el que fue sentenciado, por el hecho de ser empleado y no servidor público. Esto es así, porque de acuerdo con el artículo 212 del Código Penal Federal, servidor público es toda persona que desempeña un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza, ya sea en la administración pública federal centralizada o en la del Distrito Federal, así como en cualquier otra organización o sociedad que maneje recursos económicos del Estado, luego entonces, el promovente sí satisface la calidad requerida en el sujeto activo de servidor público a que alude el precepto de la ley especial invocada.⁶⁷

De esta forma, podemos concretar que servidor público en su aspecto amplio, es aquel ciudadano investido de un cargo, empleo o función pública, ligado por un vínculo de régimen jurídico, profesionalmente y por tanto adscrito a la nómina de personal del poder público. Tal vinculación puede ser directa (servidor de la Administración Pública centralizada) o indirecto (servidor de la Administración Pública paraestatal).

Ahora bien, hemos señalado que el artículo 108 de nuestra Carta Magna, regula las obligaciones de los servidores públicos y también advierte quienes serán las personas o sujetos que materialmente realizan ese servicio y los clasifica en su orden general al particular, por esto consideramos adecuada la adición que se

⁶⁷ No. Registro: 909,152. Tesis aislada. Materia (s): Penal Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Apéndice 2000. Tomo: Tomo II, Penal, P.R. TCC. Tesis. 4211. Página: 2055. Genealogía: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo :X. marzo de 1992, página 174, Tribunales Colegiados de Circuito. tesis I. 3o. Pág. 54.

llevó a cabo a nuestra ley civil, al emplear el concepto de servidor público por el de funcionario.

Sin embargo, es pertinente precisar los términos que se empleen para identificar o reconocer a éstas personas, toda vez que dependerá de la función o trabajo que estos desempeñen para identificarlo como servidor público, es decir, que para poder ejercitar una acción civil en contra del Estado, debe precisarse que la falta fue realizada por un servidor público y para poder identificarlo tenemos que saber que actividad desempeña en la función pública.

Así lo precisa la siguiente tesis jurisprudencial:

"RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. EN PRINCIPIO, LA DEMANDA RESPECTIVA DEBE ENTABLARSE CONTRA ELLOS.

La acción de responsabilidad civil prevista en el artículo 1927 del Código Civil Federal debe enderezarse, en principio, contra el funcionario en su calidad de servidor público y no contra el Estado, ya que este último interviene sólo en el supuesto de que la condena no pueda ser satisfecha con el patrimonio del directamente responsable, pues la acción que nace en este precepto tiene como fundamento la responsabilidad del servidor encargado de la función administrativa que, por imprudencia, inadvertencia, falta de atención o de cuidado, o impericia, provoca un daño a una persona que, desde luego, tiene que ser reparado por el propio funcionario, según la teleología de los artículos 108 al 114 de la Constitución Federal y sólo en el supuesto de que no haya obtenido íntegra reparación o la que haya obtenido resulte insuficiente, será procedente que el Estado responda de la condena de manera subsidiaria."⁸⁸

Hemos señalado, que la Administración Pública considerada como uno de los elementos de la personalidad del Estado requiere de personas físicas que formen y exterioricen la voluntad de éste.

⁸⁸ No. Registro: 922.176, Tesis aislada, Materia (s): Civil, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Apéndice (actualización 2002), Tomo: Tomo IV. Civil P.R. TCC, Tesis: 95. Página: 167, Genealogía: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XV enero de 2002, página 1345, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis 1 3o.C.276 C.

Entre los cuales se encuentran los llamados funcionarios, en tal sentido el Doctor Acosta Romero define estos conceptos:

“Los Funcionarios de la administración son aquellas personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulados por el derecho administrativo.

Funcionario Público: Es aquel que cubre un puesto oficial de trabajo en la administración pública y que no es empleado público, asumiendo un carácter de autoridad.”⁶⁹

De lo anterior, podemos señalar que la persona denominada funcionario público, deberá reunir las siguientes características:

- a) Desempeñe un puesto o cargo en la Administración Pública.
- b) No tenga la calidad de empleado público.
- c) Asuma la calidad de autoridad.

La primera de dichas características, se refiere al concepto de funcionario público que se estipula en nuestra Constitución (artículo 108), esto es que se desempeñe en un cargo especial dentro de la Administración Pública, entendida ésta como toda actividad encaminada a satisfacer los servicios públicos específicos; acciones limitadas por su propia ley (Ley Orgánica de cada Entidad Pública); y finalmente que esta actividad tenga un vínculo de representación, es decir, una actuación en calidad y poder de autoridad.

Por lo anterior, el Estado asumirá una responsabilidad civil por la actividad de sus servidores, funcionarios o empleados públicos, que en ejercicio de sus funciones, atribuciones o cargos públicos cometan un daño por falta de pericia, negligencia o de cuidado, afectando la esfera jurídica de otro (gobernados o particulares), conducta ilícita que genera la obligación de indemnizar, responsabilidad que será directa por el servidor público e indirecta por el Estado, asumiendo una responsabilidad solidaria, cuando dicha conducta haya sido dolosa, entendiéndose

⁶⁹ ACOSTA Romero, Miguel. Ob. Cit. p. 139.

esto como falta grave y subsidiaria en los demás casos donde el Estado sólo podrá responder, si previamente se probó la insolvencia del responsable directo.

2.3. Concepto de función pública.

Una vez identificado al sujeto responsable por la actividad irregular de sus servidores públicos, es pertinente precisar el concepto de función pública, en virtud de que por ésta acción u omisión, se define la naturaleza del daño y en consecuencia la imputabilidad del Estado.

Empezaremos, por saber que debemos entender por función pública. el maestro Gabino Fraga, advierte la necesidad de precisar los términos: atribución y función pública y señala:

"El concepto de atribuciones comprende el contenido de la actividad del Estado; es lo que el Estado puede o debe hacer. El concepto de función se refiere a la forma de la actividad del Estado. Las funciones constituyen la forma de ejercicio de las atribuciones. Las funciones no se diversifican entre sí por el hecho de que cada una de ellas tenga contenido diferente, pues todas pueden servir para realizar una misma atribución."⁹⁰

Para el Doctor Fernández Ruiz, las funciones públicas son:

"Por nuestra parte consideramos a las funciones públicas, como actividades esenciales del Estado contemporáneo, fundadas en la idea de soberanía, cuya realización satisface necesidades públicas, es decir, necesidades del Estado, necesidades del aparato gubernamental, necesidades de la administración pública. ..."⁹¹

Se ha dicho que la actividad que desempeña el Estado, es amplia, tradicionalmente se ha hecho énfasis en fincar responsabilidades solo a las personas que desempeñan una tarea en la actividad de la Administración Pública, incluso es frecuente encontrar el tema de la responsabilidad civil bajo el rubro

⁹⁰ Ibid. p.26.

⁹¹ FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge. "*Derecho Administrativo*" (Servicios Públicos). Editorial Porrúa. México, 1995 p 76.

anterior, lo que se corre el riesgo de presentar una visión limitada, ya que si bien la Administración Pública tanto por el tipo de funciones que desempeña como por ser el órgano cuyo personal es infinitamente mayor al del resto de los órganos del Estado, plantea el mayor número de problemas y casos de indemnización, no es el único órgano del que puede provenir la generación de responsabilidades patrimoniales o extrapatrimoniales.

En efecto, de acuerdo con las disposiciones sustantivas civiles y penales lo determinante para que se dé la hipótesis legal de responsabilidad, es que los individuos que se coloquen en ella sean servidores públicos, independientemente de si pertenecen a alguno de los órganos fundamentales del Estado o bien a otro tipo de personas u órganos estatales, sean paraestatales o autónomos.

Así pues, estarían contemplados los servidores públicos de la Administración Pública, (Órganos Ejecutivo, Jurisdiccional y Legislativo), como las tres funciones del Estado; estando excluidos de responder aquellos que de acuerdo a su calidad o situación especial estén sujetos a una condición, tal y como lo establece el artículo 61 y el Título IV de la Constitución.

“Artículo 61 Los diputados y senadores son inviolables por las opiniones que manifiesten en el desempeño de sus cargos y jamás podrán ser reconvenidos por ellas.

El presidente de cada cámara velará por el respeto al fuero constitucional de los miembros de las mismas y por la inviolabilidad del recinto donde se reúnan a sesionar.”

Otra cuestión, en la que la actual regulación sustantiva citada tampoco hace distinción, es la llamada función del gobierno de la que pudieran surgir actos políticos o de gobierno cuyas características pudieran diferenciarse y en tales circunstancias estén excluidos de la obligación indemnizatoria en caso de que con su práctica pudieran causar perjuicios.

Por lo tanto, en materia de responsabilidad civil del Estado, están incluidos todos los servidores públicos que tienen la calidad de realizar un empleo, cargo o comisión y todos aquellos que desempeñen una función pública y que tengan un

puesto oficial de trabajo en la Administración Pública, además asuman el carácter de autoridad.

Criterio que es sustentado en la siguiente tesis:

"SERVIDORES PÚBLICOS, ... (ARTÍCULO 70 DE LA LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS).

... Así, en torno de la función pública en nuestro país, se ha señalado que toda organización administrativa requiere de personas físicas que asuman la calidad de funcionarios o empleados públicos, los cuales aportan su actividad intelectual o manual para atender los propósitos del Estado mediante determinadas prestaciones. ...En la legislación positiva mexicana cabe señalar que en la exposición de motivos de la iniciativa de reforma al título IV constitucional denominado 'De las Responsabilidades de los Servidores Públicos', se dijo que el cambio en la denominación al de "servidores públicos" tenía como propósito acentuar el carácter de servicio a la sociedad que debía observar todo servidor público en su empleo, cargo o comisión. ...La nueva regulación constitucional definió cuatro tipos de responsabilidades en que pueden incurrir los servidores públicos: la penal, la civil, la política y la administrativa. En el título IV constitucional se determina, entre otras hipótesis, quiénes son sujetos del régimen de responsabilidades por su participación en la función pública (artículo 108) sujetándose en el nuevo régimen a todo servidor público de cualquiera de los tres poderes de la unión así como de los Estados y Municipios, superando la distinción de las diversas categorías de las personas que prestan sus servicios al Estado, sometiendo a todos al mismo régimen de responsabilidades, sin más distinción que la consideración del tipo de acto violatorio de la ley en que incurran, el tipo de falta que cometan y la consideración de estar sujeto a una protección constitucional especial (inmunidad y fuero constitucional.)⁹²

⁹² No Registro. 217,616. Tesis aislada Materia(s): Administrativa. Octava Época. Instancia Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XI, Enero de 1993 Tesis: Página: 335.

2.4. Los sujetos de responsabilidad en el servicio público.

Como se precisó en el capítulo primero, que los sujetos de responsabilidad civil, pueden ser personas físicas, morales y en forma especial el Estado a través de sus servidores, empleados o funcionarios públicos y ésta responsabilidad civil puede originarse de dos formas:

a) De forma directa, cuando a los servidores públicos se les imputa que por un hecho u omisión ilícito se afectó a otra persona en sus derechos patrimoniales y derechos de la personalidad y se lesionó uno o varios bienes que tutela el daño civil, será la persona a quien directamente se le reclame por haber cometido un agravio patrimonial o extrapatrimonial y que por consecuencia deberá de indemnizar al sujeto pasivo (gobernado).

b) La segunda forma que advierte la ley, es lo que la doctrina llama culpa aquiliana, que son las personas o ente público que en forma indirecta asumirán la obligación de responder de los hechos dañosos que hayan cometido las personas que se encuentran bajo su cuidado o supervisión; en un primer caso tenemos a los padres de los menores de edad, en virtud de que no son ellos los que cometen el daño, pero si quienes se encuentran obligados a repararlo (responsabilidad por hecho ajeno) en términos de los artículos 1919 y 1922 del Código Civil que establecen:

“Artículo 1919. Los que ejerzan la patria potestad tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos.

Artículo 1922. Ni los padres ni los tutores tienen obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y vigilancia, si probaren que les ha sido imposible evitarlos. Esta imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si aparece que ellos no han ejercido suficiente vigilancia sobre los incapacitados.”

En un segundo caso, tenemos que los maestros artesanos y los patrones, dueños de establecimientos mercantiles de la misma forma serán responsables indirectamente, respecto de las actividades que realizan sus operarios y

dependientes, (responsabilidad por ejercicio de un trabajo), en términos de los artículos 1923, 1924 y 1925 del Código Civil para el Distrito Federal.

Ahora bien, el Estado tiene que responder en forma solidaria o subsidiaria por la actuación de sus funcionarios que en ejercicio de su encargo causan un daño y no puedan repararlo en forma directa (responsabilidad de los servidores públicos), tal y como se desprende del artículo 1927 del Código Civil, que dice:

"El Estado tiene la obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos, en los que sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos."

Para estar en la posibilidad jurídica de establecer, que el Estado sea contemplado por nuestra ley sustantiva como responsable directo del evento dañoso con relación a la indemnización, cuando el daño se origine por la actividad irregular; para ello habremos de analizar las razones de hecho y de derecho que creemos suficientes para su implementación.

En principio, debemos reconocer que una de las obligaciones que con más frecuencia quedan impunes son las relacionadas a los daños originados por la actividad del Estado, principalmente por la insolvencia del funcionario público y la falta de garantía presupuestaria para que el Estado haga frente a esta particular responsabilidad.

Como puntualizamos con anterioridad, los sujetos de responsabilidad civil serán todas aquellas personas físicas o morales que en forma directa o indirecta cometen un daño a otra, para el caso que nos ocupa, cuando se afecten los bienes patrimoniales de los particulares por la activación pública del Estado a través del servidor público.

De aquí en adelante, tomaremos el concepto de servidor público, en su aspecto amplio (*lato sensu*), que contempla a todas las personas que participan en la función pública, es decir, aquellas personas que tienen un empleo o desempeñen una función en los tres órganos del Gobierno, Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Una clasificación más de los sujetos de responsabilidad, son las denominadas personas morales o jurídicas, entre las cuales se ubica al Estado como ente de derecho público. Estas personas morales pueden ser sujetos activos o pasivos de un agravio civil, para el caso de la afectación de los bienes de la personalidad, queda claro que, éstas sólo serán sujetos pasivos cuando se afecte su parte social pública, esto en razón de su personalidad jurídica que es pública.

"Artículo 1918. Las personas morales son responsables de los daños y perjuicios que causen sus representantes legales en el ejercicio de sus funciones."

Del tema general de las personas jurídicas, destacaremos únicamente el aspecto referente a la obligación o responsabilidad a la que son sujetos, cuando en ejercicio de su actividad u objeto se afecten derechos de terceros, y determinar en que casos la persona moral Estado será considerada como sujeto responsable.

El maestro Juan Antonio González define a las personas morales de la siguiente forma:

"La persona moral o jurídica, el conjunto de personas físicas que reúnen sus esfuerzos o sus capitales y en ocasiones, ambos para la realización de una finalidad común siempre lícita."⁹³

Aun y cuando nuestra ley sustantiva no define que son las personas morales si en cambio realiza una clasificación de éstas, tal y como se advierte del artículo 25 de Código Civil Federal, que señala:

"Son personas morales: las que pertenecen al derecho público y al derecho privado, en las primeras quedan comprendidos, la Nación, los Estados, los Municipios, etc.: y al orden privado, todas las sociedades civiles, mercantiles, cooperativas o mutualistas.

⁹³ GONZÁLEZ, Juan Antonio. "*Elementos de Derecho Civil*". 9ª Edición. Editorial Trillas, México, 2000. p. 65.

los sindicatos, las asociaciones profesionales y cualquier otra asociación. siendo lícitos.”

El citado ordenamiento otorga a las personas morales o jurídicas, personalidad y atributos jurídicos, divididos en entes públicos y privados, los cuales obran y se obligan de acuerdo a sus órganos de representación, por sus propias leyes o sus actas constitutivas y sus estatutos, así lo estipula el Código Civil:

“Artículo 27. Las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan, sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos.

Artículo 28. Las personas morales se regirán por las leyes correspondientes, por su escritura constitutiva y por sus estatutos.”

En el orden privado, podemos afirmar que una sociedad o persona jurídica ejercerá su capacidad de obrar a través de sus órganos y en la realidad jurídica son actos de la sociedad, por consiguiente los actos o hechos jurídicos que se deriven de éstos, tendrán la obligación de responder de forma directa, como si fueran actos propios; por consiguiente si dicha actividad de los órganos de representación provoca un ilícito, la persona jurídica quedará obligada a responder de los daños, esto en términos del artículo 1910 del Código Civil como hecho ilícito.

El Estado como ente público actuará como persona moral cuando así lo dispongan las normas de orden público y las personas que formen esta representación quedarán obligadas solidariamente con el Estado a cumplir con las obligaciones que esta figura jurídica representa.

Las personas físicas o servidores públicos que actúen en nombre y representación de la persona jurídica, ya sea por la actividad representativa (directores, gerentes, agentes y delegados) o mediante un mandato, obligarán a estas personas jurídicas asumir los actos o hechos que celebren éstos, y si dichos actos o hechos son ilícitos asumirán la responsabilidad como propio.

En relación con la representación legal de las personas jurídicas, el doctor Domínguez Martínez, ilustra en forma clara en que consiste ésta:

*Aunque se distingue el representante de la persona jurídica del representante del menor, en que éste le viene dado, proviene de fuera, es externo y temporal; mientras que la persona jurídica requiere, por su misma esencia, tener un representante (representación necesaria). El vocablo órgano expresa por ello mejor que se trata de quienes reciben su poder del mismo estatuto de la persona jurídica, y que están integrados en la estructura misma de la persona jurídica. Con lo que se hace bien visible, que los actos de sus órganos se consideren como de la propia persona jurídica, con todas las consecuencias favorables o desfavorables (*dolo possunt facere*) que de ello se derivan.

En una terminología rigurosa, por tanto se podría utilizar el nombre de órgano para los representantes estatutarios, y reservar la designación del representante legal para el que recibe su poder de fuera, impuesto por una declaración judicial; por ejemplo, un administrador judicial, la sindicatura. Representante voluntario o mandatario sería el que recibe su poder de los órganos de la sociedad.⁹⁴

Por lo tanto podemos advertir que en términos de nuestra ley vigente, las personas morales o jurídicas podrán ser sujetos de responsabilidad civil, cuando sus órganos de representación a través de sus titulares cometan un acto u omisión ilícito, en materia privada parece ser sencillo determinar al sujeto responsable, pero para el caso que nos ocupa, “cuando un servidor público en nombre y representación del Estado como persona moral”, como deberá identificarse al sujeto responsable.

Al respecto el maestro Borja Soriano, citando a Mazeaud señala:

*El agente de la administración es el órgano de la persona moral pública. Ahora bien, toda persona moral debe responder de los actos de sus órganos porque son sus propios actos, como toda persona física responde de los movimientos

⁹⁴ DOMÍNGUEZ Martínez, Jorge Alfredo. “*Derecho Civil (Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez)*”, Editorial Porrúa, México, 1990, p. 294.

de sus manos. Cuando el órgano obra en calidad de órgano de la persona moral es la que obra. Cuando el agente de la administración obra en su calidad de agente, es la persona moral pública la que obra la regla resulta de la concepción misma de la personalidad moral... pero como el agente responde también de sus faltas personales se encuentra uno enfrente de una acumulación de responsabilidades, la del agente y la de la administración, y esta acumulación se produce en ocasión de un mismo acto, el acto del agente, que al mismo tiempo falta del agente y falta de la persona moral pública... Solamente que el cúmulo de responsabilidades no podría significar acumulación de reparaciones...⁹⁵

En términos de lo anterior, podemos decir que el Estado cuando actúe en calidad de persona moral podrá ser obligado a responder civilmente de los daños y perjuicios que se originen por el acto u omisión ilícito, provocado por algún representante legal en ejercicio de sus funciones públicas. Así lo estipula el artículo 1918 del Código Civil Federal.

“Las personas morales son responsables de los daños y perjuicios que causen sus representantes legales en ejercicio de sus funciones ”

Por lo anterior, podemos acotar lo siguiente; el Estado será sujeto de una responsabilidad civil cuando sus servidores públicos en ejercicio de sus funciones afecten derechos de terceros, surge así la obligación civil de indemnizar donde el Estado asumirá una obligación solidaria o subsidiaria según sea el caso, esto en términos del artículo 1927 del Código Civil Federal.

Estos servidores públicos podrán convertirse en sujetos de responsabilidad civil, cuando bajo esta calidad y en ejercicio de sus funciones afecten derechos de terceros, si esa conducta ilícita es dolosa o intencional el Estado será solidariamente responsable, si dicha actividad ilícita es culposa o no intencional, será subsidiaria y sólo podrá reclamarse al Estado una indemnización cuando el responsable directo no tenga bienes o con los que cuente no sean suficientes.

⁹⁵ BORJA Soriano, Manuel. Ob. Cit. p. 359.

2.5. Las obligaciones en el servicio público.

Como se estudió en el inciso anterior, para poder responsabilizar al Estado de una obligación civil, es pertinente saber que actividad desarrolla cada servidor público y la ley que los obliga a cumplir dicha función pública, por que será la norma la que señale el tipo de responsabilidad que deberá asumir el Estado; es decir, que para poder imputar una obligación civil al Estado, deberá observarse que la conducta dañosa sea realizada por un servidor público y que esta acción u omisión sea en ejercicio de una actividad, que legalmente le fue asignada y de acuerdo a sus atribuciones.

Como se puntualizó las principales obligaciones que tienen los servidores públicos se encuentran reguladas en nuestra Carta Magna, una de ellas es dar pleno cumplimiento al derecho de petición y protestar su cargo, en términos de los artículos 8º y 87º que dicen:

“Artículo 8º. Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición. siempre que ésta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República.

A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario.

Artículo 87º El Presidente, al tomar posesión de su cargo, prestará ante el Congreso de la Unión o ante la Comisión Permanente. en los recesos de aquél, la siguiente protesta “Protesto guardar y hacer guardar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes que de ella emanen. y desempeñar leal y patrióticamente el cargo de Presidente de la República que el pueblo me ha conferido, mirando en todo por el bien y prosperidad de la unión. y si así no lo hiciere que la nación me lo demande.”

En relación con el acto de protesta, el doctor Acosta Romero la define:

“La protesta, como una promesa política y legal que liga al funcionario público con el Estado, propiciándose con ello, ciertos afectos jurídicos que se relacionan en sí, con la función pública, cabe aclarar que no solamente los

funcionarios públicos hacen la protesta correspondiente, sino también los empleados públicos.⁹⁶

Las obligaciones de los servidores públicos que realizan un trabajo o empleo público, están reguladas en la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.

Artículo 44. Son obligaciones de los trabajadores:

- I. Desempeñar sus labores con la intensidad, cuidado y esmero apropiados, sujetándose a la dirección de sus jefes y a las leyes y reglamentos respectivos.
- II. Observar buenas costumbres dentro del servicio.
- III. Cumplir con las obligaciones que les impongan las condiciones generales de trabajo.
- IV. Guardar reserva de los asuntos que lleguen a su conocimiento con motivo de su trabajo.
- V. Evitar la ejecución de actos que pongan en peligro su seguridad y la de sus compañeros.
- VI. Asistir puntualmente a sus labores.
- VII. No hacer propaganda de ninguna clase dentro de los edificios o lugares de trabajo, y
- VIII. Asistir a los institutos de capacitación para mejorar su preparación y eficiencia.

Artículo 43. Son obligaciones de los titulares a que se refiere el artículo de esta ley:

- I. Preferir en igualdad de condiciones, de conocimiento, aptitudes y de antigüedad, a los trabajadores sindicalizados respecto de quienes no lo estuvieren; ... que acrediten tener mejores derechos conforme al escalafón.

Para los efectos del párrafo que antecede en cada una de las dependencias se formarán los escalafones de acuerdo con las bases establecidas en el título tercero de esta ley;

- II. Cumplir con todos los servicios de higiene y de prevención de accidentes a que están obligados los patrones en general.
- III. Reinstalar a los trabajadores en las plazas de las cuales los hubieron separado y ordenar el pago de los salarios caídos, a que fueren condenados por laudo ejecutoriado.

⁹⁶ ACOSTA Romero, Miguel. Ob. Cit. p. 180.

- IV. De acuerdo con la partida que en el Presupuesto de Egresos se haya fijado para tal efecto, cubrir la indemnización por separación injustificada...”

Otras de las obligaciones, son las que se estipulan en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, artículo 8º y del correlativo artículo 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, leyes que reglamentan el Capítulo IV de los artículos 108 al 114 de nuestra Constitución, en materia Federal y Local respectivamente.

“Artículo 8º. Todo servidor público tendrá las siguientes obligaciones:

- I.- Cumplir el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia de dicho servicio...;
- II.- Formular y ejecutar los planes, programas y presupuestos correspondientes a su competencia, ...;
- III. Utilizar los recursos que tenga asignados y las facultades que le hayan sido atribuidas para el desempeño de su empleo,...;
- XXIV.- Abstenerse de cualquier acto u omisión que implique incumplimiento de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa relacionada con el servicio público. ...”

Artículo 47. Todo servidor público tendrá las siguientes obligaciones para salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben ser observadas en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, ... :

- I.- Cumplir con la máxima diligencia el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia de dicho servicio ...;
- II.- Formular y ejecutar legalmente, en su caso, los planes, programas y presupuestos correspondientes a su competencia, ...;
- III.- Utilizar los recursos que tengan asignados para el desempeño de su empleo, cargo o comisión, ...”

Se aclara, que no son las únicas obligaciones que pueden asumir los servidores públicos, ya que atendiendo el universo de tareas públicas que tiene el Estado, deberá observarse si éstas tienen su origen dentro de la Administración Pública centralizada o paraestatal, para lo cual, deberá observarse la Ley Orgánica de cada una de ellas.

2.6. La responsabilidad administrativa o patrimonial del Estado.

Hemos dicho, que por la actividad de los órganos del Estado se puede generar diferentes daños, cometidos por los servidores públicos encargados de tal función; una de las responsabilidades a los que pueden ser sujetos es la responsabilidad administrativa, tema que consideramos necesario abordar, por la estrecha relación con la responsabilidad civil del Estado; y así estar en posibilidad de argumentar al término de este trabajo, la existencia de la responsabilidad directa del Estado, para que sea regulada por nuestro derecho civil y la necesidad de crear un fondo de responsabilidad civil del Estado, que permita con ello garantizar al gobernado el pago del daño causado a su patrimonio mediante una indemnización.

Para puntualizar lo que se entiende por responsabilidad, el administrativista Juan Carlos Cassagne, ha señalado que:

“... así como la responsabilidad de las personas jurídicas atañe al Derecho Civil, la materia de responsabilidad del Estado, tomando en consideración su ámbito de actuación —el público— corresponde al Derecho Administrativo: por tanto, la responsabilidad es la situación que atañe a un sujeto a quien la ley le impone la reparación de un hecho dañoso, que afecta un interés protegido. Lo cual inicialmente era conocido por el Derecho Civil, pero en el ámbito del Derecho Administrativo, después de mucha evolución, es admitida en la mayoría de los países.”⁹⁷

Como concluimos en puntos anteriores, que la actividad del Estado se tiene que regir bajo el principio constitucional del estado de derecho, es decir, que ese poder tiene que estar sometido al imperativo legal y que cualquier actividad que se extralimite generará la obligación estatal de resarcir esa falta.

Así lo señala el maestro Rebollo.

⁹⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. “*Derecho Administrativo*”, 4ª Edición. Editorial Abelardo Perrot. Buenos Aires 1993, citado por Castro Estrada Alvaro, “*La responsabilidad patrimonial del Estado*”, Editorial Porrúa. México. 2000. p. 95.

"El estado de derecho se refiere precisamente a la sumisión del Poder al Derecho, con lo cual su actuación debe ser moderada, a fin de evitar ser posteriormente condenada, sin dejar pasar que, también puede visualizarse como un seguro frente al riesgo generado por situaciones imprevisibles, y puede ser un precio a pagar por la adopción de ciertas políticas expropiatorias o cuasi expropiatorias."⁹⁸

Las características de este tipo de responsabilidad y desde un aspecto general, puede generarse tanto por la actividad lícita como por la ilícita de naturaleza contractual o extracontractual, donde abarca todos los daños ocasionados por el Estado a través de sus órganos en ejercicio de la función pública; por lo cual comprenderá los tres ámbitos de la administración, pero también a sujetos particulares que se encuentren en funciones administrativas, distinguiéndose las siguientes:

- a) Un actuar ilícito, responsabilidad por falta o funcionamiento anormal del Estado en su actividad formal, o sea, a través de actos administrativos.
- b) Por su actuación lícita, como limitaciones al derecho de propiedad por expropiación, limitaciones por razones urbanísticas, entre otras.
- c) Por inactividad, omisiones, abstenciones.
- d) Por actividad contractual, en los contratos administrativos.

Entonces, su estudio puede realizarse desde dos perspectivas:

Desde la falta o funcionamiento anormal del servicio, o sea que, no es prestado de manera general, regular y continua; el Estado no cumple con su obligación de satisfacer la necesidad colectiva, finalidad del servicio público. Un supuesto de este tipo de responsabilidad puede ser: daños accidentales causados por obras públicas o inmuebles cuya administración y mantenimiento están bajo la custodia del Estado;

⁹⁸ REBOLLO, Luis Martín, "*Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones*". (En *La responsabilidad patrimonial del Estado en Venezuela*), por Rafael Badell Madrid, II Congreso Iberoamericano de Derecho Civil, Salta, Argentina, 2001, p. 15.

O por sacrificio particular, que surge cuando el Estado en ejercicio de su actividad lícita, causa un daño y rompe el principio de igualdad ante las cargas públicas: lo cual significa un sacrificio para el particular que excede de aquél común que todos los gobernados deben soportar, como sería la revocación de contratos administrativos por razones de interés público. Así lo sostiene el doctor Acosta Romero:

“Además, dicho sistema de responsabilidad descansa en el principio de la integridad patrimonial, conforme al cual, el gobernado tiene derecho a no soportar sin indemnización el daño sufrido, sin que sea necesario verificar, como requisito de procedibilidad de la responsabilidad, la conducta dolosa o culposa del agente del daño.”⁹⁹

Para que se configure este tipo de responsabilidad, deberán necesariamente analizarse los elementos constitutivos de la responsabilidad en general; el primero de estos es el daño, el cual debe ser imputable a la Administración, entendido este como la disminución sufrida en el patrimonio del gobernado, derivado de la actuación administrativa, el cual debe ser real e individualizado y dirigido a una persona, o a la colectividad. Al respecto, el doctor Badell Madrid puntualiza:

“Es necesario que el daño sea antijurídico, esto es, que se trate de un daño que el administrado no tiene el deber jurídico de soportar, dado que excede del común de las cargas que la gestión administrativa comporta para la colectividad..., diferenciando el propio autor que si el origen del daño es una actuación ilegítima, su reparación se extenderá hasta lo moral, más cuando proviene de una disposición legítima, la reparación debe limitarse al valor del derecho sacrificado y los daños producidos”.¹⁰⁰

El nexo causal, será aquel que vincule en forma directa ese daño con la gestión administrativa, es decir, que exista como causa del daño la actuación de la Administración, situación que puede desvirtuar como lo vimos la fuerza mayor,

⁹⁹ ACOSTA Romero, Miguel, *“Teoría General del Derecho Administrativo”*, 4ª Edición Editorial Porrúa, México, 1989, p. 95.

¹⁰⁰ BADELL Madrid, Rafael, *“La responsabilidad patrimonial del Estado en Venezuela”* (Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Civil) Editorial Salta, Argentina, 2001 p. 20.

circunstancia que opera como eximente de la responsabilidad, por ejemplo, durante la ejecución de una obra pública un acontecimiento inevitable afecta su realización. El hecho de un tercero, o sea, cuando el daño se deriva de una persona distinta al afectado y al autor, para que funcione como eximente de responsabilidad, será necesario que la intervención de la víctima haya sido la única y exclusiva causa del daño; pero si se da la concurrencia de la culpa de la víctima y la actividad de la Administración para originar el daño, la responsabilidad se distribuye entre las partes, atenuando la responsabilidad del Estado, por la contribución del gobernado.

La culpa como elemento necesario para fincar la responsabilidad del Estado, la analizaremos más adelante, cuando se aborde la responsabilidad subjetiva como una responsabilidad particular dentro de este capítulo.

Dentro de los argumentos jurídicos para fincar una responsabilidad del Estado, nuestro sistema jurídico ha avanzado en forma paralela con los planteamientos surgidos de los estudios doctrinarios, pretendiendo conceptualizar una administración eficiente y honrada, con leyes administrativas que modifiquen su actuar en lo inconveniente e imperfecto que pudiere llegar actuar; de ahí que el argumento más aceptado para sustentar la responsabilidad plena del Estado, proviene de la corriente francesa, refiriéndose a la igualdad de los individuos frente a las cargas públicas, bajo la cual si una actuación gubernamental causa un daño a un sujeto, rompe la igualdad respecto de los demás administrados, lo cual obliga a su resarcimiento, a cargo del erario público, en términos del artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, según el cual, es obligación de todos los mexicanos contribuir a los gastos públicos de la Federación, Estados y Municipios, de manera proporcional y equitativa que las leyes señalen.

“Artículo 31, Fracción IV Son obligaciones de los mexicanos:

IV.- Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.”

El antecedente más remoto que puede aproximarse a un régimen de responsabilidad del Estado, se localiza en la primera parte de la década de los cuarenta del siglo pasado, precisamente en la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal, del 31 de diciembre de 1941 al disponer:

“... cuando la reclamación se funde en actos u omisiones de los que conforme a derecho den origen a la responsabilidad civil del Estado, no será preciso demandar previamente al funcionario o funcionarios responsables, siempre que tales actos u omisiones impliquen una culpa en el funcionamiento de los servicios públicos.”

Ordenamiento que fue abrogado por inoperante, en los años ochenta. Más recientemente, en 1982, el Gobierno Federal insiste en el replanteamiento de la Administración, impulsándola dentro de la política pública de la renovación moral de la sociedad, de la cual surge la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, como una dependencia globalizadora de los sistemas de control interno del Ejecutivo Federal, pretendiendo así recuperar y fortalecer la credibilidad y transparencia en las instituciones públicas.

En 1994, por Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de enero, a través del artículo séptimo, se adiciona la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, con el artículo 77 Bis, estructurado en cuatro párrafos; simultáneamente con otras reformas y adiciones al Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero Federal, al Código Federal de Procedimientos Penales, al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y a la Ley de Amparo, entre otras; en los términos siguientes:

“Artículo 77 Bis. Cuando en el procedimiento administrativo disciplinario se haya determinado la responsabilidad del servidor público y que la falta administrativa haya causado daños y perjuicios a particulares, éstos podrán acudir a las dependencias o a la Secretaría de la Contraloría General de la Federación para que ellas directamente reconozcan la responsabilidad de indemnizar la reparación del daño en cantidad

liquida y en consecuencia, ordenar el pago correspondiente, sin necesidad de que los particulares acudan a la instancia judicial o a cualquiera otra.

El Estado podrá repetir de los servidores públicos el pago de la indemnización hecha a los particulares.

Si el órgano del Estado niega la indemnización, o si el monto no satisface al reclamante, se tendrán expeditas a su elección, la vía administrativa o judicial.

Cuando se haya aceptado una recomendación de la Comisión de Derechos Humanos en la que se proponga la reparación de daños y perjuicios, la autoridad competente se limitará a su determinación en cantidad líquida y a la orden de pago respectiva.*

El citado artículo, reitera lo dispuesto por el artículo 37, fracción XVI, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, donde se atribuye a la Secretaría de la Contraloría General de la Federación atender las quejas e inconformidades que presenten los particulares con motivo de contratos o convenios celebrados con las dependencias y entidades de la Administración, salvo cuando otras leyes establezcan procedimientos diferentes, numeral que a su vez refiere la prestación indirecta del servicio público, al referirse a los contratos y convenios que el Estado celebra sin menoscabo de su naturaleza, en términos del artículo 134 de la Constitución Federal, cuya ley reglamentaria, la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, insiste en una administración eficiente, honrada y eficaz al expresar como propósito, regular las acciones relativas a la planeación, programación, presupuesto, mantenimiento y control... de la prestación de servicios de cualquier naturaleza y obra pública y aquellos con ésta relacionados, que contraten los organismo de la Administración Pública Federal; insistiendo el propio ordenamiento en su artículo 15 en la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, para que "... conozca en la esfera administrativa, de las inconformidades que presenten los particulares en relación con los contratos señalados en esta Ley."

El primer párrafo, muestra la subsistencia de la responsabilidad indirecta para los servidores públicos, que si bien no disminuye los derechos consignados en el citado artículo, se considera como un principio de sistematización en lo relativo a la responsabilidad directa del Estado.

En el segundo párrafo, se observa la inclusión del procedimiento indemnizatorio, para lo cual también fue reformada la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, por Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de enero de 1994, en cuyo artículo undécimo, reformó su artículo 2º y señaló, que en el gasto público estarán comprendidas **las erogaciones entre otras, aquéllas que por concepto de responsabilidad patrimonial, que realizan.**

*Artículo 2º. El gasto Público Federal comprende las erogaciones por concepto de gasto corriente, inversión física, inversión financiera, así como pagos de pasivo o de deuda pública, y por concepto de responsabilidad patrimonial, que realizan:

- I. El Poder Legislativo,
- II. El Poder Judicial,
- III. La Presidencia de la República,
- IV. Las Secretarías de Estado y departamentos administrativos y la Procuraduría General de la República,
- V. El Departamento del Distrito Federal,
- VI. Los organismos descentralizados.
- VII. Las empresas de participación estatal mayoritaria,
- VIII. Los fideicomisos en los que el fideicomitente sea el Gobierno Federal, el Departamento del Distrito Federal o alguna de las entidades mencionadas en las fracciones VI y VII.

Sólo para los efectos de esta Ley, a las instituciones, dependencias, organismos, empresas y fideicomisos antes citados se les denominará genéricamente como 'entidades', salvo mención expresa.*

Y finalmente del tercer párrafo citado en el artículo 77 bis, se contempla el interés por parte del Estado Mexicano por establecer la Comisión de los Derechos Humanos, a decir de Salvador Valencia Carmona:

"Un sistema nacional de protección no jurisdiccional de los derechos humanos, que respondiera de manera ágil y sencilla a los múltiples requerimientos, sin que ello implicara de manera alguna que éstos abdicaran de los procedimientos judiciales ya que subyace el haber agotado el procedimiento

de amigable composición y el desahogo de la investigación en que se fundamentó la recomendación emitida".¹⁰¹

De lo anterior, podemos apreciar que la legislación mexicana aún no asumía una posición definida, como bien lo apunta el doctor Serra Rojas, como también es admisible que sólo se establecía un aparente sistema de responsabilidad patrimonial del Estado en el orden jurídico administrativo, como hemos analizado, sin embargo esta indefinición no pasó desapercibida para algunos doctrinarios mexicanos.

Entre ellos se tiene el estudio más reciente del doctor Castro Estrada, titulado *Responsabilidad patrimonial del Estado*, cuya aportación es responder a las opiniones que señalan las aparentes desventajas que se mencionan sobre su regulación, el cual señala que es urgente definir un sistema de responsabilidad estatal apropiado a un sujeto de derecho público, por lo cual inicia su trabajo, destacando la importancia del Instituto de la Responsabilidad del Estado, y su relación con el Estado de Derecho y los principios generales del Derecho.

De sus conclusiones, se advierte la propuesta del decreto por el cual modifica la denominación del Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y que se adicione un segundo párrafo al artículo 113 del citado ordenamiento, además de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, así como también, propone el decreto para aprobación del Congreso de la Unión, por el cual se reformen diversas disposiciones del Código Civil, de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación y otros ordenamientos; y finalmente, incluye una propuesta de decreto para aprobación de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, por el que se adicionan, reforman y derogan disposiciones de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal y del Código Financiero de la propia entidad, modificaciones necesarias para que el Estado asuma una verdadera responsabilidad patrimonial.

¹⁰¹ VALENCIA Carmona, Salvador "Derecho Constitucional Mexicano a fin de siglo" Editorial Porrúa. México, 1995. p.225.

De estas aportaciones doctrinarias es como nuestro derecho mexicano se ha nutrido para consolidar los lineamientos de la política pública en materia de Responsabilidad Patrimonial del Estado; al aprobarse en el año 2002 una reforma constitucional, donde se otorga una nueva garantía a los gobernados, la cual consiste en la obligación que tiene el Estado para asumir una responsabilidad directa y objetiva respecto a los daños que provoque en su actividad.

"DECRETO por el que se aprueba el diverso por el que modifica la denominación del Título Cuarto y se adiciona un segundo párrafo del artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
(publicado en el diario oficial de la federación el 14 de junio de 2002)

ARTÍCULO ÚNICO. Se modifica la denominación del Título Cuarto y se adiciona un segundo párrafo al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

TRANSITORIO

ÚNICO. El presente Decreto entrará en vigor el 1o. de enero del segundo año siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

La Federación, las entidades federativas y los municipios contarán con el periodo comprendido entre la publicación del presente decreto y su entrada en vigor, para expedir las leyes o realizar las modificaciones necesarias, según sea el caso, a fin de proveer el debido cumplimiento del mismo, así como para incluir en sus respectivos presupuestos, una partida para hacer frente a su responsabilidad patrimonial.

La aprobación de la reforma constitucional implicará necesariamente la adecuación a las disposiciones jurídicas secundarias, tanto en el ámbito federal como en el local, conforme a los criterios siguientes:

- a) El pago de la indemnización se efectuaría después de seguir los procedimientos para determinar que al particular efectivamente le corresponde dicha indemnización, y
- b) El pago de la indemnización estará sujeto a la disponibilidad presupuestaria del ejercicio fiscal de que se trate.

Para la expedición de las leyes o la realización de las modificaciones necesarias para proveer el debido cumplimiento del decreto, se contará con el

periodo comprendido entre la publicación del decreto y su entrada en vigor. Según la fecha de aprobación del decreto y su consiguiente publicación, el citado periodo no sería menor a un año ni mayor a dos”.

“Artículo 113 Constitucional, Segundo Párrafo. La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes.”

Reforma que entró en vigor en enero del 2004, tarea legislativa que deberá desarrollar la Federación, las Entidades Federativas y los municipios, a fin de conformar el marco regulatorio donde sean contemplados los principios de la responsabilidad patrimonial del Estado como sujeto del derecho público, así como las adecuaciones en sus presupuestos para proveer el cumplimiento de su responsabilidad patrimonial; de esa manera se fortalece la seguridad jurídica del gobernado y se procura la eficiencia del sistema jurídico vigente.

Es pertinente puntualizar, que el artículo Transitorio del citado decreto, establece que la indemnización se cubrirá atendiendo a la resolución con la que culmine el procedimiento correspondiente, cuyo monto se hará efectivo, según la disponibilidad presupuestaria del ejercicio fiscal de que se trate; de tal manera, que la objetividad prevaleciente en este tipo de responsabilidad, queda plenamente sistematizada.

Cabe hacer mención que aún es una tarea pendiente de nuestros legisladores federales y locales, realizar las adecuaciones pertinentes o el de crear la ley reglamentaria de esta reforma, sin embargo existen algunos gobiernos de los estados que antes de esta reforma prevenían algunas formas de responsabilidad tal como lo cita la doctora Rodríguez Cañada:

“Los estados de Nuevo León, Sinaloa y el Estado de México, los cuales desde 1994 establecen que los Tribunales de lo Contencioso conocerán de la responsabilidad patrimonial reclamada al Estado, a los municipios, a las entidades paraestatales..., reconociéndose al mismo tiempo que “el costo

social de los actos administrativos al margen de la Ley, es sumamente elevado."¹⁰²

Cuando en el año 2000 el Estado de Veracruz llevó a cabo la reforma integral a su Constitución Política, inició la regulación de la responsabilidad patrimonial, al trasladar la responsabilidad de los servidores públicos del Título Sexto, Capítulo I, para el Título Quinto, Capítulo I, con el rubro "De las responsabilidades de los servidores públicos", con lo cual alude a la responsabilidad administrativa, política y penal de los servidores públicos, nomenclatura con la que ahora se identifica al Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como parte de esta reforma en estudio.

2.6.1. La responsabilidad subjetiva.

Como señalamos, antes de la reforma a nuestra ley sustantiva de 1994, el artículo 1928 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para la Federación en Materia Federal, establecía que el Estado tenía la obligación de responder subsidiariamente por los daños causados por sus **funcionarios** en el ejercicio de sus funciones (el término funcionario como se puntualizó tiene una significación más estrecha que la de servidor público), y sólo podrá hacerse efectiva cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes, o los que tuviere no fueren suficientes para responder del daño causado.

Régimen predominante, que se encuentra tanto en el ámbito federal como en todas las entidades federativas, no obstante haberse establecido una vía de acción para el resarcimiento de los daños, éste se llevó a cabo en condiciones tales que aún es un mecanismo con escaso ejercicio efectivo dado el régimen de cargas probatorias y procesales, tales como:

Que el acto generador debe ser cometido en ejercicio de sus funciones y en condiciones de ilicitud, la acción ejercida en contra del funcionario público, y sólo

¹⁰² RODRÍGUEZ Cañada, Emma, "*Contencioso Administrativo*", en Mesa Redonda celebrada el 31 de agosto de 1999 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana. México

una vez que se demuestre que carece de bienes o que los mismos sean insuficientes, se podrá ejercer contra el Estado.

Además, si no se encuentra comprendida una partida en el Presupuesto de Egresos del ejercicio en curso, deberá programarse para el ejercicio siguiente, aunado a la inmunidad del patrimonio estatal para trabar embargos sobre sus bienes, así como que las vías para lograr la indemnización para la reparación del daño tanto por la vía civil o penal.

La evolución de la responsabilidad subjetiva, se ha distinguido por la atenuación paulatina de las dificultades o desincentivos para hacer efectiva la indemnización. Esta tendencia se observa en la reforma de 1994, en la que se establecieron diversas disposiciones concernientes a la responsabilidad de los servidores públicos y la correspondiente al Estado que abarcaron a los Códigos Civil y Penal, ambos para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, así como en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Para mejor comprensión de dichas reformas es conveniente describirlas:

El artículo 1927 del Código Civil Federal, quedó como sigue:

"El Estado tiene obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos, en los que sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos."

En cuanto al Código Penal Federal, las reformas se dieron en el mismo sentido. El artículo 32, fracción VI, establece que el Estado está obligado a reparar el daño solidariamente, por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones, y subsidiariamente cuando aquellos fueren culposos."; así como en el artículo 46, fracción IV del Código Penal para el Distrito Federal en el que se establece que el Gobierno del Distrito Federal responderá

solidariamente por los delitos que cometan sus servidores públicos, con motivo del ejercicio de sus funciones.

El propio ordenamiento penal define las acciones dolosas y culposas, que resumimos de la siguiente forma: obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley; obra culposamente el que produce el resultado típico que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado, que podía y debía observar según las circunstancias y condiciones personales.

A reserva que, en el siguiente capítulo se analicen los elementos de la responsabilidad civil del Estado, puntualizaremos solo los avances que esta reforma aporta a dicho tema, para observar que aun son insuficientes; y estar en posibilidad de proponer al final de este trabajo una adición a este rubro, con la intención de que la indemnización sea realmente pagada.

El primer elemento de la responsabilidad subjetiva es que el daño sea causado por una actuación de un individuo que tenga un vínculo cualificado con el Estado. De esta suerte, la precisión del tipo de relación con el mismo es determinante para imputar la responsabilidad del Estado para indemnizar. Como se mencionó en renglones previos, antes de la reforma de 1994, la ley mencionaba al "funcionario" como el sujeto idóneo para generar imputabilidad jurídica al Estado, no cualquier servidor público sino, específicamente se requería la calidad de funcionario (capacidad jurídica para vincular), que dentro del estatus burocrático requiere titularidad en la función del órgano y cierta jerarquía. Consecuentemente, si el daño provenía de un servidor público distinto a funcionario público, según se desprende del precedente jurisprudencial anotado, no se establecía la obligación para indemnizar.

Como se estudiará más adelante, la sustitución de funcionario por servidor público no resuelve todos los problemas, principalmente para la forma de vincular al sujeto responsable con esa actividad: se tienen casos de personas que ejercen funciones públicas específicas en calidad de servicios profesionales y por la naturaleza del

mismo, no existe vínculo con la función pública del Estado y por lo tanto no reúne la calidad de servidor público, actividad profesional que no está exenta de provocar algún daño ilícito que ante la calidad dudosa del servidor público, pudiera aun presumirse cierta impunidad por parte del Estado.

Como se estableció, la función pública es concebida tradicionalmente hacia el régimen de responsabilidades de la Administración Pública, incluso es frecuente encontrar el tema bajo el rubro anterior, lo que tiene el riesgo de presentar una visión limitada, que si bien la Administración Pública tanto por el tipo de funciones que desempeña como por ser el órgano cuya planta de personal es mayor al del resto de los órganos del Estado, plantea el mayor número de problemas y casos de indemnización, no es el único órgano del que dolosa o culposamente puede provenir la generación de algún daño patrimonial; tal es el caso de un juez que no cumple con el principio de celeridad del procedimiento, o bien de los malos actuarios que hacen de su práctica diaria la dádiva y no se diga de nuestros sensatos legisladores que hacen de la práctica parlamentaria un verdadero circo político, dilatando los procesos legislativos, como la reforma que hoy nos ocupa.¹⁰³

Otra cuestión en la que la actual regulación sustantiva no hace distinción es con la llamada función del gobierno de la que pudieran surgir actos políticos o actos de gobierno y cuyas características pudieran diferenciarse y en tales circunstancias estén excluidos de la obligación indemnizatoria en caso de que con su práctica pudieran causar perjuicios.

Para que se origine la obligación estatal de indemnizar se requiere de actos ilícitos, sean estos dolosos o culposos, lo anterior es claro, cuando la responsabilidad provenga de ilícitos penales, así como actos de responsabilidad civil. Sin embargo, existen algunos puntos que se deben aclarar en relación con la ilicitud de la conducta, el primero de estos es:

¹⁰³ Recientemente en la política nacional han sucedido ciertos eventos políticos que denigran la vida parlamentaria de nuestro país, es el caso que los días 5 y 7 del mes octubre del 2004, fue tomada la tribuna de la Cámara de Diputados, por supuestos legisladores locales y federales del Partido de la Revolución Democrática, supuestamente en defensa de los derechos de los capitalinos al presupuesto a la educación, no dudamos que el fin sea noble, sino lo que se critica es que tomen estos recintos para realizar propaganda política y buscar beneficios particulares o de partido

El determinar que tipo de conducta ilícita se refiere si de la propia redacción del artículo 1927 no es precisa, al limitarse a establecer que la responsabilidad estatal será subsidiaria "en los demás casos", sin que de ello se desprenda que deba requerirse que al igual que en los dolosos, los actos cometidos por servidores públicos en el ejercicio de sus funciones sean ilícitos. La opinión contraria vendría a ampliar las posibilidades resarcitorias si el énfasis, pudiera colocarse en la inexistencia de deberes de los particulares dañados para soportar las cargas.

Otro caso es, la exigencia que la conducta sea irregular según supone la norma constitucional, y en tal sentido sea antijurídica. En sentido inverso, si la conducta es regular, la obligación de indemnizar no surge, independientemente si hubo daño como podrían ser los casos de expropiación, (conductas permitidas por el derecho que implican privación patrimonial, según sea el caso, llevando aparejada una indemnización).

Para poder distinguir si un acto irregular es ilícito, al respecto encontramos el siguiente precedente:

"RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS PROVENIENTE DE ACTOS ILÍCITOS. LA FALTA DE INTENCIÓN DE CAUSAR DAÑOS NO DEMUESTRA LA AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD POR LOS CAUSADOS.- Del análisis del artículo 1910 del Código Civil del Distrito Federal, que establece la responsabilidad por daños y perjuicios que se derivan de actos ilícitos, y del numeral 1928, que prevé la responsabilidad subsidiaria del Estado por los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que les están encomendadas, así como de los demás preceptos relacionados, se infiere que la falta de intención de causar daños no impide que un funcionario público sea responsable de los daños y perjuicios que ocasione con los actos que en el desempeño de sus funciones realice cuando los mismos sean ilícitos por no estar ajustados a la Constitución y a la ley, puesto que en ninguno de estos dispositivos se señala esa excepción respecto de la hipótesis que se contempla. Consecuentemente, si se demanda la responsabilidad de funcionarios administrativos por los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la clausura de una negociación que ya fue declarada inconstitucional en

sentencia firme, los demandados son responsables de los daños que su acto ilícito originó, independientemente de que haya o no procedido con la intención de causar daños, a menos que se demuestre que los mismos se produjeron como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima, única excepción que contempla el primer precepto citado."¹⁰⁴

Una de las soluciones al tema de la ilicitud es la apuntada por Sánchez Meda! quien se pronuncia en contra del precedente citado acogiendo el siguiente principio:

"... de que un funcionario público es civilmente responsable en lo personal de un determinado acto realizado en el ejercicio de su cargo, sólo cuando, independientemente de que tal acto haya sido revocado o anulado por el correspondiente órgano de control, aparezca que tal acto no únicamente es contrario a la ley o a la Constitución, sino que además, aparezca que dicho funcionario actuó con culpa, o sea no por (simple error de opinión), sino por (negligencia o ignorancia inexcusables) o lo que es lo mismo, en contra de lo que un funcionario prudente y diligente hubiera actuado en condiciones semejantes."¹⁰⁵

La culpa entonces como elemento de ilicitud, la debemos entender como la negligencia o ignorancia inexcusable, elementos desencadenantes de la responsabilidad personal del funcionario judicial, lo que arroja una responsabilidad subsidiaria del Estado, por lo que además de ellos deben comprenderse los que son causados por dolo que traen como consecuencia la solidaria. Sin embargo, el punto es complejo cuando se presenta un caso concreto y poder distinguir cuál es el ámbito de actuación del servidor público cuando éste goza por ejemplo de cierta inmunidad.

Aun cuando la legislación citada en materia de responsabilidad civil o subjetiva, el empleo genérico de "servidores públicos" impide hacer una distinción que atienda a las particularidades funcionales de cada uno de ellos; por vía de jurisprudencia y

¹⁰⁴ Tercera Sala, SJF, Séptima Época. Volumen 175-180. Cuarta parte, página 141.

¹⁰⁵ SÁNCHEZ Meda!, Ramón. "La Responsabilidad Civil por los Actos Ilícitos por los Servidores Públicos", Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, Año 9, número 9, México, 1985; citado por CASTRO Estrada, Álvaro. Ob. Cit. p 231

la doctrina se ha hecho una distinción en atención a la función que desempeñan los servidores públicos.

Así pues, al examinar el tema de la responsabilidad subjetiva que coloca al servidor público como uno de los sujetos pasivos, sea en condiciones de obligado principal único o como obligado solidario, la determinación de las condiciones de ilicitud de su actuación debe ser establecida en forma clara, a efecto de proporcionar al servidor público una información suficiente de su ámbito de actuación de manera que se dé un terreno firme sobre el que sustente su actuación.

En relación con lo anterior, creemos que en una futura reforma que se haga en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado, deberá contemplar dos elementos: La existencia de un número limitado de causas excluyentes de responsabilidad y la delimitación de estándares de cumplimiento de la regularidad de la función administrativa que pueda abarcar tanto los elementos sustanciales de calidad en la actividad como en los referentes éticos o de resultados. Al respecto, los códigos de ética, pueden ser un referente importante; apoyadas también en adecuaciones a nuestras leyes secundarias, entre esas nuestro código civil, que para el caso de lograr acreditar esta responsabilidad, se cuente con el presupuesto necesario para hacer frente a las indemnizaciones, tema que ampliaremos al final de este trabajo, respecto a la necesidad de crear un fondo de la responsabilidad civil del Estado.

2.6.2. La responsabilidad objetiva.

Una vez analizadas las principales características de la responsabilidad subjetiva (a excepción del daño), se pasará al estudio de la responsabilidad objetiva, la cual presenta una diversidad de grados.

En principio, puede decirse que la responsabilidad objetiva no elimina la responsabilidad de los servidores públicos que con sus actos irregulares causaron un daño a los particulares y sean responsables de ello, lo que cambia, es el modo

de exigibilidad ante el Estado y la ampliación de las causas generadoras del daño, las que no necesariamente parten de la actuación irregular de los servidores públicos, sino la importancia que adquiere el daño en sí y el deber de soportarlo a cargo de los particulares.

Si bien en la legislación mexicana se han presentado y son cada vez más abundantes los casos de responsabilidad objetiva, puede al mismo tiempo afirmarse que ha sido regulada en medio de severos problemas de eficacia y marginalidad. Sin embargo, ha existido una fuerte corriente en la doctrina que durante tiempo atrás ha propugnado por la ampliación del régimen estatal de responsabilidad.

Como se mencionó con anterioridad, la reforma constitucional del 2002, se estableció una garantía en favor de los gobernados y una obligación al Estado, la cual entre otros aspectos contempla la responsabilidad objetiva.

"Título Cuarto

De las responsabilidades de los servidores públicos y patrimonial del Estado.

Art. 113 ...

La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes."

En sus transitorios establece un mandato a los legisladores federales y a los Estados para que, a la entrada en vigor del decreto de la reforma (plazo no menor de un año ni mayor de dos) se expidan las leyes para hacer efectiva la reforma e incluyan en sus presupuestos las partidas correspondientes con los siguientes criterios:

- "a) El pago de la indemnización se efectuaría después de seguir los procedimientos para determinar que al particular efectivamente le corresponde dicha indemnización. y

- b) El pago de la indemnización estará sujeto a la disponibilidad presupuestaria del ejercicio fiscal de que se trata."

Del citado precepto se destaca "que con motivo de su actividad administrativa irregular", la anterior frase precisa el paso con el que se busca superar la responsabilidad subjetiva y se coloca en lo que la doctrina conoce como responsabilidad por falta o falla en la función administrativa (en el servicio administrativo).

La irregularidad puede provenir ya sea de irregularidades propiciadas por actuaciones atribuibles a los servidores públicos precisables o de difícil identificación, o bien, cuando no existiendo responsabilidad subjetiva, esté presente tal irregularidad en la actividad y que la misma sea atribuible al Estado. Aun cuando la objetividad se exprese en que la exigencia se dirija al Estado y no a los servidores públicos, y que la irregularidad en la actuación del servidor se traslade a la irregularidad en el servicio, no se abandona la exigencia de que la causa generadora radique en el quehacer del sujeto jurídico y no en el daño. Lo anterior adquiere mayor notoriedad si se considera que el afectado requiere para que se declare fundada su acción, en la demostración de la irregularidad de dicha conducta, que significa en estricto derecho, el alejamiento de las reglas que marcan los estándares de regularidad y eficiencia de la función administrativa; actuación que es calificada como una expresión de la potestad del Estado, como es la administrativa; y que la doctrina define como parte de las relaciones de coordinación, esto es, que el Estado y gobernado rigen su actuar en igualdad de derechos.

Al respecto, nuevamente es de destacar el antecedente de la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1941. Este ordenamiento a diferencia de la legislación civil, basada en la responsabilidad subjetiva, dio base para que la reclamación fuera por "actos u omisiones que impliquen una culpa en el funcionamiento de los servicios públicos", casos en los que no era preciso demandar previamente al funcionario o funcionarios responsables.

El siguiente aspecto que observa esta reforma, es el relativo a la actividad estatal que contempla el deber de indemnizar "con motivo de su actividad administrativa", al respecto el dictamen de la citada reforma señala:

"Los miembros de estas Comisiones, después de haber hecho los análisis pertinentes y sopesado las consecuencias de las modificaciones legales y constitucionales que se plantean, buscando como primer objetivo el respeto de la justicia en nuestro Estado, consideran conveniente proponer que la responsabilidad patrimonial del Estado se aplique *exclusivamente a los actos de la administración pública*, por lo siguiente: a) no obstante que el Estado puede causar daños por la actuación de cualquiera de sus órganos, es evidente que la mayor parte de ellos, el sector que requiere de mayor protección, es el que corresponde al órgano ejecutivo,... b) la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado se ha ubicado y ha avanzado preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo, debido a que se hace recaer sobre los actos administrativos, que son aquellos que producen efectos singulares y tienen como finalidad la aplicación de una ley. ... No se niega que se puedan causar daños por actos legislativos, o incluso judiciales, ... sin embargo la naturaleza y caracteres de los actos legislativos y judiciales, nos lleva a proponer excluirlos, cuando menos por ahora, de la responsabilidad patrimonial. ... se podrían derivar graves inconvenientes, por un lado se estaría creando una acción paralela a la de la inconstitucionalidad de leyes y decretos, pues para que una acción de responsabilidad proceda requiere de un presupuesto de antijuridicidad, al menos en su resultado; y por otro lado podrían sobrevenirse demandas de indemnización masivas, que difícilmente serían soportables con el presupuesto real. "

Es cierto, la propuesta crea el problema de excluir expresamente los casos de responsabilidad patrimonial por daños provenientes de actuaciones judiciales, específicamente en el supuesto de sentencias, puesto que al referirse a "actividades administrativas", la interpretación se conduce por la vía de distinguir, y se emplea un criterio material de las funciones judicial y legislativa. Lo anterior, aun cuando pudiera provocar una tendencia de ampliar el terreno de las funciones administrativas que lleven a cabo los órganos jurisdiccionales o legislativos.

llegaría al límite de no comprender a los actos materialmente jurisdiccionales o legislativos.

El dictamen abunda la exclusión con las siguientes consideraciones:

"En el caso de los actos judiciales, existe el riesgo de estar creando una instancia más de revisión, pues el objeto de la acción tendría que ser el fondo de la sentencia que cause, toda vez que si la sentencia es conforme a derecho, no se puede considerar que su dictado, ni su ejecución, sean antijurídicas ni dañinas.

Por lo analizado y expuesto en estas líneas, concluimos que es preferible no incluir los actos legislativos ni los actos judiciales dentro de la responsabilidad patrimonial del Estado. Es pertinente hacer la aclaración de que si quedarían incluidos los daños causados por los actos administrativos que realizan los órganos legislativo y judicial, ya que el criterio de separación seguido es en razón de su naturaleza y de sus efectos no sí del órgano que lo expide."

Al entender la obviedad de tal criterio, ahora el problema es el alcance que tiene el término "actividad administrativa" y su distinción con la actividad política del Ejecutivo y de los órganos superiores de la administración. Para poder diferenciar las funciones políticas o de gobierno de las administrativas, dado el carácter decisorio o de dirección de los asuntos públicos que revisten las primeras, podría sostenerse que cuando exista deficiencia o irregularidad en las funciones políticas o de gobierno no habría responsabilidad patrimonial.¹⁰⁶

La legislación mexicana no ha sido del todo ajena a la responsabilidad por irregularidad en el servicio, así por ejemplo, el segundo párrafo del artículo 52 del Reglamento de Tránsito del Distrito Federal establece.

"Cuando la causa del accidente de tránsito sea la falta de mantenimiento de una vialidad, una inadecuada señalización o alguna otra causa imputable a las autoridades

¹⁰⁶ Un caso prototípico que se coloca en la hipótesis es el célebre "error de diciembre", en el que se hizo público la falta de pericia al no tomar las decisiones debidas con la oportunidad indicada, que originó una devaluación de la moneda mexicana frente al dólar y que pudo evitarse como consecuencia, vimos disminuida nuestra riqueza de un momento a otro. Bajo el supuesto de que las acciones u omisiones se trataron de decisiones de política económica, o de gobierno, no se surte la obligación de indemnizar

de la administración Pública del Distrito Federal, los implicados no serán responsables de los daños causados y podrán efectuar reclamación ante la autoridad que corresponda para que ésta, a través de las dependencias u organismos y procedimientos legales correspondientes, repare los daños causados a su persona y/o patrimonio."

La Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica dispone:

"Artículo 27. La Comisión Federal de Electricidad no incurrirá en responsabilidad, por interrupciones del servicio de energía eléctrica motivadas:

I. Por causas de fuerza mayor o caso fortuito;

II. Por la realización de trabajos de mantenimiento, reparaciones normales, ampliación o modificación de sus instalaciones. En estos casos, deberá mediar aviso previo a los usuarios a través de un medio de difusión masiva, o notificación individual tratándose de usuarios industriales servidos en alta tensión con más de 1000 KW contratados o prestadores de servicios públicos que requieran de la energía eléctrica como insumo indispensable para prestarlos, en cualquiera de los casos con un mínimo de cuarenta y ocho horas de antelación al inicio de los trabajos respectivos; y

III. Por defectos en las instalaciones del usuario o negligencia o culpa del mismo."

Sin embargo, la responsabilidad estatal por irregularidad en la actividad administrativa no es el grado más desarrollado de responsabilidad patrimonial; si observamos, existen casos de daños que no provienen de actividades sino de riesgos; así como aquellos donde lo decisivo es el deber de soportar el daño como causa excluyente del pago (la expropiación), y cuyo contrario ignora la causa generadora del daño.

Por lo anterior, queda claro que en una responsabilidad objetiva deberá estudiarse si esa acción u omisión ilícita fue realizada o implica una actividad administrativa, requisito que según la citada reforma, necesita ser acreditado, tarea que sin duda es bastante complejo de precisar. No obstante, trataremos de puntualizar los elementos que integran este tipo de responsabilidad objetiva.

Además de las hipótesis de responsabilidad tratadas hasta ahora y que se han referido fundamentalmente a casos cuyo elemento común se encuentra en la

conducta o actividad de los sujetos, se presentan otros casos de responsabilidad de daños causados por las cosas o por el empleo de cosas riesgosas.

En el derecho común encontramos el artículo 1932 del Código Civil Federal que dispone:

"Igualmente responderán los propietarios de los daños causados:

- I. Por la explosión de máquinas, o por la inflamación de sustancias explosivas;
- II. Por el humo o gases que sean nocivos a las personas o a las propiedades;
- III. Por la caída de los árboles, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor;
- IV. Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes;
- V. Por los depósitos de agua que humedezcan la pared del vecino o derramen sobre la propiedad de éste;
- VI. Por el peso o movimiento de las máquinas, por las aglomeraciones de materias o animales nocivos a la salud o por cualquiera causa que sin derecho origine algún daño."

Esta disposición es base para considerar los deberes de indemnización del Estado como propietario, no obstante, al menos por lo que se refiere a las primeras cinco fracciones, la responsabilidad se ha asociado con la culpa o negligencia del propietario. Sin embargo, dice Castro Estrada:

"... se ha querido ver -no sin cierta razón- en la última parte de la fracción VI una situación diferente, ya que en las últimas palabras de la citada fracción hablan de responsabilidad para el propietario por otras causas que den origen a un daño (sin derecho) lo cual da lugar a pensar que el acento se pone en el daño -antijurídico- y no ya en la conducta culposa del agente propietario."¹⁰⁷

Otro de los casos, es el conocido como riesgo creado cuyo fundamento de derecho común es el artículo 1913 del Código Civil Federal, y sus análogos en las entidades federativas:

¹⁰⁷ CASTRO Estrada, Álvaro Ob. Cit. p. 203.

"Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos, o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que se demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima."

De este precepto, se deriva en efecto una responsabilidad cuyo fundamento no es un acto ilícito, sin embargo, el sujeto obligado es el individuo que lleve a cabo una conducta específica respecto de ellos, el uso. Así pues para establecer la responsabilidad del Estado se requiere construir el nexo de exigibilidad a un tercero por actos no ilícitos, que en su caso se hallaría en la fracción VI del artículo 1932 ya citado. Al respecto, aun cuando se tenga que realizar una interpretación a *contrario sensu*, podríamos apoyar nuestra acción en el siguiente precedente:

"REPARACIÓN DEL DAÑO INOPERANCIA DE LA, SIN DELITO.- Si no se promovió juicio apoyándose en la teoría del riesgo creado o responsabilidad objetiva a que se refiere el artículo 1913 del Código Civil, y el incidente promovido por la persona cuyos bienes resultaron dañados fue en contra de persona diversa del inculpado y relativo a la reparación del daño proveniente del delito, debe decirse que en los términos del artículo 32 del Código Penal Federal, no es la responsabilidad de un tercero la que prevé ese precepto cuando no existe la comisión de un delito, habida cuenta de que al no darse éste, menos aún puede condenarse a un tercero al pago de la reparación del daño dentro del incidente: tanto más cuanto que, tratándose del Estado, según la fracción VI del invocado artículo 32, está obligado a reparar el daño, subsidiariamente, por sus funcionarios y empleados, debiendo entenderse tal disposición en el sentido de que la obligación subsidiaria subsiste cuando exista la comisión del delito y se ha condenado al inculpado a reparar el daño, reparación ésta que tiene el carácter de pena pública."¹⁰⁸

En el derecho comparado el doctor Blasco Esteve, proporciona un ejemplo de la exigibilidad al Estado por bienes riesgosos.

¹⁰⁸ Primera Sala SJF. Séptima Época, volumen 51, segunda parte, página 27.

"se condena a un municipio a indemnizar el perjuicio por la caída de un cable desconociéndose su causa, ya que, hecho el análisis de rigor, se concluye que la tragedia no fue generada por la culpa de la administración ni de la víctima. Pero el daño ocurrió y tuvo, a no dudarlo, su causa eficiente en el riesgo especial creado por los cables de conducción empleados para la prestación del servicio público de la energía eléctrica y en tal virtud la administración está obligada a reparar el daño patrimonial causado a la demandante. La lesión padecida por la víctima no debe soportarla ésta ni sus causahabientes; antes bien, con fundamento en lo prescrito por el artículo 90 de la Carta Política, se impone su resarcimiento."¹⁰⁹

Por lo tanto, podemos decir que el daño en la responsabilidad objetiva del Estado como extremo en la protección de los derechos patrimoniales, se localiza en un sistema de responsabilidad objetiva fundada en la ilicitud del daño, misma que se sustenta en la inexistencia del deber jurídico para soportarlo.

"En la interpretación generalizada de la doctrina española, lo que quiere decir la ley seguramente es que el daño exceda de lo que llamamos cargas comunes que exige la vida en sociedad... La idea es que –y es una idea que viene del Consejo del Estado francés– hay ciertas molestias que sufrimos los ciudadanos que se traducen en perjuicios patrimoniales, molestias y perjuicios que deben ser soportados sin compensación..."¹¹⁰

En el caso colombiano, sucede algo similar ya que la antijuridicidad aparece cuando se causa un detrimento patrimonial que carece de título jurídico válido y que excede el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social. Es decir, no sólo se definió por la carencia de título en el deber de soportar el daño sino porque éste excediera la carga normal que debe soportarse en sociedad. Discusión que doctrinariamente se encuentra abierta para saber si todo daño es indemnizable o bien el mismo requiere de ciertas condiciones. esto es si cualquier daño que careciera de título jurídico válido tuviese que ser indemnizado, o si tan sólo debiese serlo aquel que además de

¹⁰⁹ BLASCO Esteve, Avelino. "*La Responsabilidad Patrimonial del Estado*", Editorial INAP, México 2001 p.139.

¹¹⁰ *ibidem*. p.25.

reunir el requisito anterior, supusiera una anomalía y gravedad. El punto que queda pues a la interpretación, es el de determinar si los dos requisitos son acumulativos o alternativos.

Al respecto, los maestros García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, abundan lo siguiente:

"Para que exista lesión resarcible se requiere, sin embargo, que ese detrimento patrimonial sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a derecho (antijuridicidad subjetiva), sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuridicidad objetiva), las causas justificativas, han de ser expresas para que puedan ser estimadas y deben consistir siempre en un título que determine o imponga como jurídicamente querido el perjuicio contemplado (el concepto técnico de lesión resarcible), a efectos de responsabilidad, requiere pues, un perjuicio patrimonialmente evaluable, ausencias de causas de justificación, no en su comisión, sino en su producción respecto al titular del patrimonio contemplado, y, finalmente, posibilidad de imputación del mismo a tercera persona (en este caso a la administración), puesto que si el perjuicio se imputase al mismo titular no habría antijuridicidad, porque nadie puede hacerse agravio jurídico a sí mismo, ni cabe imaginar tampoco un auto deber de reparación, y si se imputase a una causa extraña o fuerza mayor, suele faltar también la nota de antijuridicidad. no existiría un sujeto al que atribuir el deber de resarcimiento, que es la finalidad última de la institución."¹¹¹

La ausencia de deber para soportar el daño, puede llegar a tener magnitudes verdaderamente amplias, máxime cuando el Estado actúa bajo un régimen de facultades expresas para afectar a particulares pero a la vez deberes sumamente amplios para salvaguardar la vida, patrimonio, integridad y libertad de las personas. La jurisprudencia colombiana nos muestra un caso ejemplificativo de lo anterior:

¹¹¹ GARCÍA de Enterría, Eduardo y Fernández, Ramón Tomás, "*Curso de Derecho Administrativo II*". 7ª Edición, Editorial Civitas, Madrid, 2000 p. 367.

"En un interesante fallo de la Sección Tercera, en el cual se condenó al Estado a reparar los perjuicios ocasionados a un transeúnte por el atentado que terroristas produjeron con una bomba contra el Brigadier General Maza Márquez en momentos en los que se desplazaba en su vehículo, se afirmó que (frente a la realidad que se deja detallada, la Sala encuentra que en el caso en comento sí es posible aplicar el régimen de responsabilidad por daño especial), y, (por ello patrocina la argumentación que se recoge en el fallo impugnado, en uno de cuyos apartes se lee (que) de lo dicho, y para hechos como el que se dirime, observa la Sala, sí puede deprecarse declaratoria de responsabilidad. Esta tiene como razón, el reparar daños ocasionados como consecuencia de un riesgo de naturaleza excepcional, a que se ven sometidos los administrados, cuando el estado combate las fuerzas ilegales que quieren aniquilarlo o destruirlo), (el atentado contra el Brigadier General Maza Márquez fue un acto terrorista que, por lo mismo, se orientaba a socavar las instituciones, lo que explica la selección del personaje contra el cual se ejecutó), (el fenómeno violento (dirigido) contra la organización estatal, con el fin de destruirla, o a la búsqueda de concesiones importantes, para quienes seleccionan esa forma de lucha) (si en ese enfrentamiento propiciado por los terroristas, contra la organización estatal son sacrificados ciudadanos inocentes, y se vivencia que el objeto directo de la agresión fue un establecimiento militar del gobierno, un centro de comunicaciones al servicio del mismo, o un personaje representativo de la cúpula administrativa, etcétera, se impone concluir que en medio de la lucha por el poder se ha sacrificado un inocente, y, por lo mismo, los damnificados no tienen porqué soportar solos el daño causado... En el caso sub-examine el daño resulta antijurídico, porque un grupo de personas, o una sola de estas, no tiene porqué soportar los daños que se generan con motivo de la defensa del orden institucional, frente a las fuerzas de la subversión. El actuar de la administración, en estos casos, es lícito, pero ello no libera del deber jurídico de indemnizar daños que cause con tal motivo."¹¹²

¹¹² BLASCO Esteve, Avelino. Ob Cit. 137.

En otro caso que al igual que el anterior donde al menos podría contra argumentarse caso fortuito o fuerza mayor como formas de exclusión de la responsabilidad estatal, nos refuerza la importancia de la obligación resarcitoria:

"... lo procedente releva de otras consideraciones dada la claridad del asunto, ya que el proceso pone de presente un evidente rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas. Así se demostró que el conductor del vehículo particular, señor José del Carmen Núñez, fue obligado a prestar un servicio a la autoridad (transporte de tropa por zona de alta confrontación guerrillera), con tan mala suerte que los militares fueron emboscados por los delincuentes organizados, quedando de ese enfrentamiento varios muertos, entre estos el citado conductor. Se le impuso a la víctima una carga excepcional que no tenía porqué soportar: y dado el resultado de esa exigencia que la Nación le impuso deberá indemnizar a los damnificados."¹³

Por lo anterior y a reserva de que en el siguiente capítulo se abunde sobre los elementos de la responsabilidad civil del Estado, podemos puntualizar lo siguiente; mientras no exista una ley reglamentaria a la citada reforma constitucional, respecto de la responsabilidad patrimonial directa y objetiva del Estado y sus adecuaciones a las respectivas leyes secundarias, en forma particular nuestra ley sustantiva, poco se podrá avanzar para lograr convertir esa función estatal, en una verdadera actividad responsable.

¹³ Ibidem p. 138

CAPÍTULO 3

MARCO JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL SERVICIO PÚBLICO**3.1. Código Civil Federal.**

La expresión de “responsabilidad civil del Estado”, es sin duda un concepto moderno de la teoría de la responsabilidad, que ha venido evolucionando en forma paralela a las ideas y conceptos del Estado moderno, es decir, que en la medida que fue concebido como ente de derechos y sujeto de obligaciones, se justificó su participación responsable ante la sociedad a la que representa: pensamiento que lo destligó de aquellas ideas arcaicas, donde se pensaba que “el rey no se equivocaba”.

En la Constitución Federal de 1917, el Estado Mexicano fue concebido como un poder soberano, creado por la voluntad del pueblo como un ente jurídico (sujeto de derechos y obligaciones), encargado de ejercer el poder público a través de sus diferentes órganos encargados de llevar a cabo actividades o funciones públicas.

“Artículo 39. La soberanía nacional reside esencialmente y originalmente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.”

Una vez concebido al Estado como sujeto de responsabilidad, pasaremos a analizar la responsabilidad desde el ámbito civil, es decir, cuando por esta actividad se provoca un daño a los bienes patrimoniales o extrapatrimoniales del gobernado y su derecho que tiene de exigir la reparación a través de una indemnización. Veremos como la responsabilidad soportada en la teoría de la culpa, fue superada por las nuevas figuras de la responsabilidad moderna del Estado, las que apoyan a la culpabilidad ya no en la conducta ilícita de los funcionarios, sino en la responsabilidad objetiva que se origina por el mal funcionamiento en el servicio público. criterios doctrinarios y avances legales que estudiaremos con el objeto de justificar y fundamentar al final de este trabajo la

necesidad de establecer en nuestra legislación civil la responsabilidad patrimonial directa del Estado.

La responsabilidad civil del Estado fue contemplada en nuestra ley sustantiva en el artículo 1928, por los hechos y actos ilícitos ejecutados por sus funcionarios públicos, el cual establece:

“El Estado tiene obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que les están encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria y sólo podrá hacerse efectiva contra el Estado cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado.”

En la reforma del 10 de enero de 1994 al Código Civil para el Distrito Federal en materia común, se modificó el artículo 1928 en la siguiente forma: cambió la numeración y el contenido de este artículo por el número 1927 y asignó a este último el número 1928. En consecuencia el nuevo artículo 1927 quedó redactado en los siguientes términos:

“El Estado tiene obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos y subsidiaria en los demás casos en los que sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos.”

Este procedimiento como lo analizaremos, fue ideado por los legisladores para fincar una responsabilidad apoyada en la teoría de la culpabilidad, el cual presenta diversas peculiaridades que lo hace impracticable por ser un juicio largo y tedioso, por lo tanto, poco recurrido por los afectados o litigantes; en razón de que primeramente se debe ejercer la acción en contra del servidor público responsable, sujeto que, como lo analizamos, es difícil su identificación así como el acreditar que el acto u hecho ilícito resultó del ejercicio de sus atribuciones, término que no es del todo preciso; una vez concluido el juicio si el responsable

directo carece de medios económicos necesarios para pagar la totalidad o parte de los daños ocasionados, es cuando interviene el Estado en calidad de deudor subsidiario.

En contraposición a esta responsabilidad, han existido antecedentes en donde se podía exigir el pago de los daños sin que previamente se acreditara la culpa del funcionario, estipulada en la Ley de Depuración de Créditos, creada con el propósito de depurar y reconocer las obligaciones del Estado, para ello el Ejecutivo de la Unión el 31 de diciembre de 1941, promulgó dicha Ley. en la que en su artículo 1º dispuso:

“Se autoriza al Ejecutivo de la Unión para que por conducto del Tribunal Fiscal de la Federación, depure y reconozca las obligaciones, no prescritas a cargo del Gobierno Federal, nacidas o derivadas de hechos jurídicos acontecidos durante el período que comienza el 1º de enero de 1929 inclusive al 31 de diciembre de 1941 y que se hallan pendientes de pago.”

En relación, a la responsabilidad del Estado, el artículo 10 de la citada ley estableció:

“Todo crédito cualquiera que sea su origen con las únicas excepciones a que se refiere el artículo 2º para que en el futuro no exista asignación presupuestaria, en el año de su constitución, ni en el inmediatamente posterior, deberá reclamarse ante el Tribunal Fiscal de la Federación en enero del ejercicio siguiente. De lo contrario prescribirá.”

Como se desprende de los citados preceptos, la reclamación se fundaba en actos u omisiones en la que conforme a derecho daban origen a la responsabilidad civil del Estado donde no era necesario demandar previamente al funcionario responsable, pero que tales actos u omisiones implicaban una culpa en el funcionamiento de los servicios públicos, es decir, que ese procedimiento abreviado de carácter administrativo sólo procedía cuando se acreditaba la ejecución de actos y en ciertos casos de omisiones que implicaban culpa en el funcionamiento de los servicios públicos.

A este sistema elaborado en la Ley de Depuración de Créditos de fecha 31 de diciembre de 1941 se le dio el carácter permanente, en virtud de lo establecido en el artículo 13 que indicó: "A partir del año 1943 figurará en el presupuesto una partida para cumplir con los fallos que se dicten en los juicios a que se refiere el artículo 10." Ley que por falta de operatividad fue abrogada en 1988.

3.2. Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

En la reforma del 10 de enero de 1994 a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, en su artículo 77 Bis, se contempla al igual que en la derogada Ley de Depuración de Créditos un procedimiento administrativo para hacer efectivo el pago de las indemnizaciones por daños y perjuicios que ocasionen los funcionarios del Estado. Dice el citado artículo en su redacción actual:

"Cuando en el procedimiento administrativo se haya determinado la responsabilidad del servidor público y que la falta administrativa haya causado daños y perjuicios a particulares, éstos podrán ocurrir a las dependencias, entidades o a la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, para que ellas directamente reconozcan la responsabilidad de indemnizar la reparación del daño en cantidad líquida y en consecuencia ordenar el pago correspondiente, sin necesidad de que los particulares acudan a la instancia judicial o a cualquier otra.

El Estado podrá repetir de los servidores públicos el pago de la indemnización hecha a los particulares.

Si el órgano del Estado niega la indemnización, o si el monto no satisface al reclamante, se tendrán expeditas, a su elección, la vía administrativa o judicial.

Cuando se haya aceptado una recomendación de la Comisión de Derechos Humanos en la que se proponga la reparación de los daños y perjuicios, la autoridad competente se limitará a su determinación en cantidad líquida y la orden de pago respectiva."

El artículo 78 de esta ley fue modificado en su fracción III, en la siguiente forma:

"Las facultades del superior jerárquico y de la Secretaría para imponer las sanciones que esta ley prevé, se sujetarán a lo siguiente:

I...

II...

III: El derecho de los particulares a solicitar la indemnización de daños y perjuicios, prescribirá en un año, a partir de la notificación de la resolución administrativa que haya declarado cometida la falta administrativa.

IV. etc."

Íntimamente relacionado con lo anteriormente expuesto, fueron también enmendadas la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, en su artículo 23, fracción X y la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, en su artículo 21, fracción VII.

La fracción X, del artículo 23 de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, quedó redactada en la siguiente forma:

"Las que se dicten negando a los particulares la indemnización a que se contrae el artículo 77 bis de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. El particular podrá optar por esta vía o acudir ante la instancia judicial competente."

Y se agrega la fracción VII, del artículo 21 de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal que dice:

"Las resoluciones que se dicten negando a los particulares la indemnización a que se contrae en el artículo 77 bis de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. El particular podrá optar por esta vía o acudir ante la instancia judicial competente."

3.3. Constitucional.

En el año 2000, se llevó a cabo una reforma constitucional respecto a la responsabilidad de los servidores públicos, donde se adicionó el artículo 113, párrafo segundo, en el que se estableció la responsabilidad patrimonial del Estado, y en virtud de la importancia que representa la citada reforma y con el objeto de tener precisos sus alcances, se transcribe un resumen de la exposición de motivos de esta reforma constitucional:

“... Las iniciativas mencionadas tienen como objeto central establecer la responsabilidad patrimonial del Estado... En ellas se propone elevar a rango constitucional esta institución, que los iniciadores denominan *garantía de integridad patrimonial* a favor de los particulares en contra de la actividad dañina que sea consecuencia del funcionamiento regular o irregular de la función pública del Estado. ... La evolución del Estado de Derecho a nivel internacional ha ido afirmando la importancia de establecer un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado como una de las bases de la justicia en el Derecho Público... Las razones que se han esgrimido en México en contra de establecer la responsabilidad directa del Estado, se encuentran fundadas en las dificultades económicas que supone sufragar los montos de indemnización. Este temor, sin duda justificable, no se sostiene actualmente frente a la necesidad de hacer prevalecer el Estado de Derecho... La compleja conformación de la actividad del Estado requiere de sistemas sencillos y ágiles para proteger a los particulares y la responsabilidad patrimonial, establecida de manera directa, se traduce en un mecanismo de equidad en las cargas públicas evitando que quien sufra un daño, tenga que soportarlo inequitativamente... Así pues nos parece que la reforma contribuye al fortalecimiento del Estado de Derecho en México. ... No obstante que en algunos países la responsabilidad del Estado toma su fundamento en leyes secundarias, sin estar consagrada en sus Constituciones, estamos ciertos de que los efectos de establecerlo en la Constitución, es el de darle carácter de norma superior, que obligue y limite al legislador ordinario; de esta forma se garantiza que la responsabilidad directa y objetiva del Estado será regulada tanto en la legislación federal como en la de las entidades federativas... El objeto de la presente iniciativa es establecer la garantía de integridad patrimonial a favor de los particulares, y el correspondiente deber de la autoridad de indemnizar por los daños causados... La responsabilidad patrimonial del Estado será directa y objetiva, de manera que el legislador quede obligado por el texto constitucional a establecer en la ley la responsabilidad directa del Estado, no pudiendo establecer un régimen de responsabilidad patrimonial subsidiaria o indirecta, pues este es precisamente el *status quo* que pretende modificarse...”

Dicha reforma, modificó la denominación del Título Cuarto y adicionó un segundo párrafo al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

“Artículo 113. - La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes y derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, y límites y procedimientos que establezcan las leyes.”

De la citada reforma, se destacan sus transitorios, donde se precisa su ámbito de vigencia, las adecuaciones que se deberán realizar a las Constituciones de los Estados, leyes secundarias pertinentes y condiciones de pago.

“TRANSITORIOS

ÚNICO.- El presente decreto entrará en vigor el 1º de enero del segundo año siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

La Federación, las entidades federativas y los municipios contarán con el período comprendido entre la publicación del presente Decreto y su entrada en vigor, para expedir las leyes o realizar las modificaciones necesarias, según sea el caso, a fin de proveer el debido cumplimiento del mismo, así como para incluir en sus respectivos presupuestos, una partida para hacer frente a su responsabilidad patrimonial.

La aprobación de la reforma constitucional implicará necesariamente la adecuación a las disposiciones jurídicas secundarias, tanto en el ámbito federal como en el local, conforme a los criterios siguientes:

- a) El pago de la indemnización se efectuará después de seguir los procedimientos para determinar que al particular efectivamente le corresponde dicha indemnización; y
- b) El pago de la indemnización estará sujeto a la disponibilidad presupuestaria del ejercicio fiscal de que se trate.

Para la expedición de las leyes o la realización de las modificaciones necesarias para proveer el debido cumplimiento del decreto, se contará con el período comprendido entre la publicación del decreto y su entrada en vigor.

Según la fecha de aprobación del decreto y su consiguiente publicación, el citado periodo no sería menor a un año ni mayor a dos.¹⁴

3.4. Responsabilidad civil y su vinculación con el servicio público.

La responsabilidad civil en general implica la obligación de reparar los daños que se causen a las personas. Por lo tanto, la responsabilidad del Estado también comprende un deber que se tiene ante los gobernados cuando se origina un daño derivado de las funciones públicas.

El doctor Castro Estrada define la responsabilidad del Estado como:

“La obligación que tiene el Estado de proteger jurídicamente a los ciudadanos contra decisiones arbitrarias e ilícitas de la administración pública: federal y estatal, y de sus funcionarios, indemnizándolos del daño causado mediante una compensación económica que restituya el perjuicio patrimonial e inclusive moral que el Estado ocasione como consecuencia de la actividad administrativa que desempeña en cumplimiento de las funciones que le han sido encomendadas.”¹⁴

Para poder determinar hasta que grado ha llegado la responsabilidad del Estado es necesario tomar en cuenta la evolución que se ha dado sobre este tema. En un principio no se aceptaba la responsabilidad del Estado por daños causados al pueblo, al partir de la idea de que el Estado era soberano y como tal ejercía sus atribuciones dentro de un marco legal, sin que se admitiera la posibilidad de originar algún daño a los particulares.

Este tipo de responsabilidad, parte del supuesto de que el Estado como entidad jurídica abstracta, constituida y organizada para la satisfacción del bien común, sólo puede actuar por medio de sus funcionarios y dentro del mandato de la Ley. Por tal motivo el Estado no es responsable al no poder causar daño a los gobernados, y si éstos lo llegaran a sufrir sería a consecuencia de que el

¹⁴ CASTRO Estrada, Álvaro. Ob. Cit p. 185

funcionario en su actuación quebrantó la Ley, por lo tanto al ser culpable del daño, él es el único responsable.

De acuerdo con lo anterior, antes de aceptar la responsabilidad directa del Estado, debemos señalar que actualmente existe la responsabilidad del servidor público, ya que él a través de sus actos u omisiones puede causar un daño al particular, por lo que queda obligado ante ellos a repararlo mediante una indemnización.

Esta responsabilidad es reconocida por la doctrina y la ley como responsabilidad indirecta del Estado, la cual podrá originarse por una conducta que la ley señala como ilícita, esta puede ser de dos formas: La primera es cuando existe una omisión en el cumplimiento de una obligación previamente contraída, conducta que provoca un daño pecuniario, es decir, cuando existe una relación de acuerdo de voluntades para la celebración de una obligación y ésta no se cumple por alguna de las partes, nacerá entonces la responsabilidad civil de indemnizar, por el daño que se origina por ese incumplimiento, llamada también responsabilidad contractual. La segunda forma, será cuando se causa un daño en el ejercicio o no de un derecho, hecho que afecta la esfera jurídica del otro o que la ley tutela, ilícitos que obligarán al responsable a reparar o indemnizar, responsabilidad conocida también como extracontractual.

En cuanto a la responsabilidad indirecta del Estado, el doctor Andrés Serra Rojas comenta lo siguiente:

“La responsabilidad indirecta del Estado se inspiró originariamente en los principios del derecho privado, en el capítulo relativo a la responsabilidad por culpa de tercero y de carácter subsidiario. La fundamentación de esta tesis la encontramos en el cuasi delito, en la falta que cometan determinadas personas en la vigilancia o en la elección de otras que están bajo su potestad o su responsabilidad.”¹¹⁵

¹¹⁵ SERRA Rojas, Andrés. “*Derecho Administrativo. Doctrina, Legislación y Jurisprudencia*” 5ª Edición, México, Impresora Galve 1972. t. II p. 1323.

En efecto, la responsabilidad indirecta del Estado no sólo se inspiró en el Derecho Privado, sino que ha sido en el Código Civil en donde se ha regulado esta especie de responsabilidad, según se puede apreciar en el artículo 1927 del Código Civil Federal, que textualmente expresa lo siguiente:

“El Estado tiene obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos, en los que sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos.”

De la referida norma, se deduce que quien se encuentra directamente obligado a reparar los daños que se causen con motivo de las funciones estatales, son los servidores públicos que de manera dolosa incurrieron en faltas que ameritan responder ante los particulares por los daños que se les ocasione. Solamente cuando dichos servidores públicos no tengan los recursos suficientes para la reparación del daño es cuando el Estado asume la responsabilidad frente a los administrados. Al respecto el artículo 1928 del propio Código Civil Federal que dice:

“El que paga los daños y perjuicios causados por sus sirvientes, empleados, funcionarios y operarios, puede repetir de ellos lo que hubiere pagado.”

En relación con la citada normatividad, aunque aplicándolo especialmente a la responsabilidad civil del Estado, el doctor Álvaro Castro Estrada define que:

“Doctrinalmente se distingue la llamada responsabilidad en directa e indirecta. Entendiéndose la primera como aquella que se imputa a la Administración Pública, sin ser indispensable identificar o demandar previamente al agente o servidor público de la misma; en cambio, la responsabilidad indirecta es aquella que precisa identificar previamente al agente o servidor público a quien

por su actuación culposa, negligente o dolosa se le responsabiliza frente al particular lesionado.^{*116}

En el orden jurídico mexicano como vimos la responsabilidad directa del Estado se aceptó con la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de junio del 2002, que entró en vigor a partir del 1º de enero del 2004, mediante la cual se modificó la denominación del Título Cuarto y se adicionó un párrafo al artículo 113 constitucional para establecer lo que ahora se conoce como responsabilidad de los servidores públicos y patrimonial del Estado.

De la vinculación entre la responsabilidad civil y el Estado como sujeto de responsabilidad, destacaremos en el presente capítulo los elementos que actualmente exige la ley civil para fincar o atribuir dicha responsabilidad y poder analizar la inoperancia de tal sistema debido principalmente, a que ésta es fundada en la culpabilidad del servidor público, elemento que como veremos ha sido superado por la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado, la cual otorga a ese elemento de culpa una connotación más amplia como es la culpa en el daño.

3.5. Responsabilidad civil solidaria del Estado.

Del artículo 1927 de nuestra Ley Civil Federal vigente, podemos destacar primeramente que la responsabilidad civil del Estado, se origina por la conducta irregular de las funciones o atribuciones de sus servidores públicos, ilicitud que podrá realizarse por dolo o culpa, ambos en su aspecto abstracto, es decir, que la actuación se haya realizado por falta grave, imprudencia o negligencia.

*Artículo 1927. ... Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, ..."

¹¹⁶ CASTRO Estrada, Álvaro. Ob. Cit. p. 46.

De este primer análisis al citado precepto, podemos observar que se contemplan dos tipos de responsabilidad, mismas que tendrán su origen en la culpabilidad del agente, la primera de ellas depende si se actuó con dolo, esto es, si esa acción u omisión ilícita del agente fue con intención de provocar un daño civil, acreditada dicha circunstancia, el Estado estará obligado a responder en forma solidaria.

“Artículo 1917. Las personas que han causado en común un daño, son responsables solidariamente hacia la víctima por la reparación a que están obligadas de acuerdo con las disposiciones de este capítulo.”

Por lo cual, podemos precisar que la responsabilidad solidaria, será aquella acción que deja al sujeto pasivo del ilícito civil, la opción de elegir indistintamente a quien dirigir su reclamación de indemnización, sea al servidor público causante del daño o a la Administración Pública de quien depende. La responsabilidad solidaria es un avance en tanto que permite el ejercicio directo de la acción en contra del Estado, pero sujeto a la demostración de la responsabilidad subjetiva del servidor público.

3.6. Responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

Del propio artículo 1927 de la ley sustantiva Federal, se desprende la segunda hipótesis para determinar la responsabilidad subsidiaria del Estado, al señalar, “... *Y subsidiaria en los demás casos...*”, redacción que creemos es poco precisa, ya que origina la posibilidad de dar diferentes interpretaciones; la primera de ellas y que se desprende de la secuencia lógica del propio enunciado, cuando la conducta ilícita dañosa sea realizada con culpa, es decir, con negligencia o falta de cuidado en el desempeño de la función pública atribuida al servidor público o agente dañoso; sin embargo, por la amplitud y ambigüedad que representa dicha redacción “*en los demás casos*”, puede generar cierta confusión, como puede ser el caso, cuando se genera un daño pero no se acredite la intención o la falta de cuidado de su agente, ¿deberá fincarse una responsabilidad subsidiaria al Estado?, si aplicáramos la extensión que señala dicho concepto, podríamos decir que sí, se presumiría contemplar los casos de responsabilidad objetiva, misma que se fundamenta no en la ilicitud de la conducta sino en la actividad irregular del

agente, es decir, no existe dolo o culpa del servidor público pero si el daño; un ejemplo a este caso, - es la muerte de una persona en un hospital público, hecho que se origina no por falta de pericia o negligencia de los médicos, sino por la falta de medicamentos-, caso donde habrá una responsabilidad no fundada en la culpabilidad, sino por una actividad irregular o deficiente en el servicio público. Creemos que para evitar dicha confusión y amplitud en su interpretación, es necesario precisar el alcance a este tipo de responsabilidad, para que en una futura reforma al citado precepto, se aclaren sus elementos jurídicos. Una de estas redacciones que se sugiere, es la contemplada en Ley Civil del Estado de México, que en su numeral 7.172, señala en que consiste la responsabilidad subsidiaria del Estado.

“El Estado, los Municipios y sus respectivos Organismos Descentralizados, tienen obligación de responder de los daños causados por sus servidores públicos en el ejercicio de las funciones públicas que les estén encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria y sólo podrá hacerse efectiva, cuando el servidor público responsable directo, no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado.”

Podemos decir entonces, que la responsabilidad subsidiaria, se da cuando el Estado sólo interviene en la reparación correspondiente cuando sus servidores públicos no estén en posibilidad económica de resarcir los daños y perjuicios ocasionados con su actuación ilícita. Es decir, que el Estado sólo podrá responder, si previamente se probó la insolvencia del responsable directo.

La responsabilidad subsidiaria o solidaria del Estado, plantea también peculiaridades procesales en el ejercicio de la acción, según se muestra en el siguiente precedente:

“DAÑOS CAUSADOS POR LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS. OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE RESPONDER DE LOS. Para que exista, conforme al artículo 1928 del Código Civil, la responsabilidad subsidiaria del Estado, por actos de sus funcionarios, se requiere: a), que un funcionario cause daño: b), que este daño se origine en el ejercicio de sus funciones que le están

encomendadas; c) el carácter subsidiario de esta responsabilidad sólo podrá hacerse efectiva, cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado, lo que quiere decir que este tercer requisito que señala el precepto que se comenta, solamente se cumple cuando el que resulte lesionado en sus intereses, ejercita la acción principal, frente al causante de los daños, y que, no habiendo ejercido satisfacción o habiéndola logrado sólo en parte por insuficiencia de los bienes del responsable principal, obtiene por este hecho la mejor demostración de la insolvencia del funcionario responsable, y por tanto, la prueba jurídica suficiente y eficaz para demandar subsidiariamente por los daños causados por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones que les están encomendadas, sino cuando el lesionado en sus intereses haya ejercitado la acción principal sin haber obtenido íntegra reparación o la que ha obtenido es insuficiente, o si está justificado en autos, que el actor hubiese ejercitado la acción principal contra el obligado en primer término, se impone la conclusión jurídica de que no tiene derecho de demandar subsidiariamente al Estado.¹¹⁷

Esta resolución incrementa los costos para exigir la reparación del daño al exigir un segundo juicio, lo que resulta una interpretación abusiva si es que se demanda al mismo tiempo dos obligaciones distintas que debería traducirse en un mero problema de ejecución diferenciada de la sentencia. La necesidad de un doble juicio, como se podrá suponer incrementa los costos de tiempo y dinero para lograr el pago de la indemnización.

3.7. Responsabilidad civil del Estado.

Hemos señalado, que mientras no exista una ley que regule la responsabilidad del Estado objetiva y directa por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, con motivo de su actividad administrativa irregular que se cause en los bienes o derechos de los particulares, esta deberá fincarse sólo en la responsabilidad subjetiva e indirecta que regula actualmente nuestra ley sustantiva, por la cual los

¹¹⁷ Tercera Sala. SJF. Quinta época. Tomo XCIX, p. 1679.

particulares afectados tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establece dicha norma; elementos jurídicos que enseguida analizaremos, con el objeto de reconocer sus alcances y límites que advierte esta clase de responsabilidad.

3.7.1. Elementos de la responsabilidad civil del Estado.

Los elementos estructurales de la responsabilidad civil, son los requisitos necesarios para obligar al responsable de asumir por la falta una obligación indemnizatoria a favor de la víctima, la cual deberá previamente acreditar el hecho ilícito y poder así, ejercitar el derecho indemnizatorio que la ley vigente le otorga.

El artículo 1927 del Código Civil Federal establece en su primer párrafo, tres hipótesis para la procedencia de la reclamación del pago o indemnización por daño civil, las cuales son: 1) La existencia de un hecho u omisión ilícita; 2) Que el hecho realizado o la omisión se imputen a un servidor público en el ejercicio de sus funciones; 3) Que produzca una afectación o daño a determinada persona en cualquiera de los bienes, tanto patrimonial o extrapatrimonial; y, 4) Que exista una relación de causa-efecto entre el hecho u omisión ilícita y el daño causado.

Estos elementos se analizarán de acuerdo a la clasificación general que hemos estudiado de la responsabilidad civil y a los principios que señala nuestra legislación positiva; así como sus principales críticas y su aplicación al tema que se estudia.

3.7.1.1. La actividad dañosa.

El primer elemento de la responsabilidad subjetiva es que el daño sea causado por una actuación de un individuo que tenga un vínculo cualificado con el Estado. De esta suerte, la precisión del tipo de relación con el mismo es determinante para fincar la responsabilidad última del Estado para indemnizar. Como se mencionó en renglones previos, antes de la reforma de 1994, la ley mencionaba al "funcionario" como el sujeto idóneo para generar imputabilidad jurídica al Estado, no cualquier servidor público sino específicamente se requería la calidad de funcionario

(capacidad jurídica para vincular), que dentro del estatus burocrático requiere titularidad en la función del órgano y cierta jerarquía. Consecuentemente, si el daño provenía de servidores públicos distintos a funcionarios públicos, según se desprende del precedente jurisdiccional anotado, no surtiría la obligación para indemnizar.

La sustitución de "funcionario" por "servidor público", viene a superar la objeción planteada, hecho que genera y amplía los elementos jurídicos para determinar al sujeto generador del daño; sin embargo, con ello no se resuelven todos los problemas, puesto que además de los servidores públicos existen otro tipo de individuos a cargo de funciones públicas, entre los que encontramos a personas que están contratadas por servicios profesionales y se encuentran a cargo de funciones públicas, cuya calidad de servidores públicos es dudosa; personas que operan como funcionarios de facto y que carecen de un vínculo laboral o profesional con el Estado pero cuyos actos se imputan a éste; particulares que son titulares de órganos a cargo de funciones públicas tales como los notarios, corredores públicos o agentes aduanales, de igual manera no están comprendidos los particulares que tengan a su cargo funciones públicas como servicios públicos o el manejo de bienes del Estado.

El término de servidor público tiene pues una doble función, por una parte la de incluir en su hipótesis una serie de personas como susceptibles de vincular al Estado, por otra parte, la de excluir funciones, que no obstante ser estatales, pero al estar a cargo de personas que carecen de calidad de servidor público evita comprometer al Estado. Desde esta perspectiva, señalamos que para poder identificar al servidor público responsable y vincularlo con la función estatal, tenemos que observar si dicha actividad pública pertenece algún órgano público, si estos son estatales o paraestatales y además si estos desempeñan ese trabajo en calidad de funcionario o empleado público, para lo cual deberá analizarse sus respectivas leyes orgánicas a las que pertenecen.

Ahora bien, sabemos que el supuesto fundamental de la responsabilidad civil es la existencia de un daño, este es concebido por nuestra ley civil como el menoscabo

o pérdida que se origina por el incumplimiento de una obligación, en estricto sentido reconoce el daño patrimonial contractual, así lo establece nuestra ley sustantiva:

Artículo 2108. Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.

Por su parte, el artículo 2109 del ordenamiento legal invocado aclara que perjuicio es la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.

Sobre el particular, el maestro Borja Soriano señala:

“Se entiende por daño los antiguos llamaban daño emergente, es decir, la pérdida que una persona sufre en su patrimonio. Se reputa perjuicio lo que antiguamente se llamaba lucrocesante, es decir, la privación de una ganancia lícita.”¹¹⁸

Por lo tanto, para que se advierta la responsabilidad patrimonial del Estado es necesario que exista un daño, este considerado como el elemento objetivo, ya que tiene una naturaleza material que se traduce en la disminución del patrimonio del particular que ha sido afectado.

En relación con este elemento, los autores Luis Humberto Delgadillo y Manuel Lucero comentan lo siguiente:

“El elemento objetivo de la responsabilidad consiste en el daño o perjuicio causado a una persona. Se ha dicho que este elemento es esencial de la responsabilidad, ya que sin daño o sin perjuicio no se puede hablar de la existencia de una responsabilidad, en virtud de que ésta tiene como fin la reparación o, en su caso, la indemnización respectiva, lo cual no se puede lograr si no existe algo que reparar.”¹¹⁹

¹¹⁸ BORJA Soriano, Manuel. Ob. Cit. p. 352.

¹¹⁹ DELGADILLO Gutiérrez, Luis Humberto y Manuel Lucero Espinosa “*Elementos de Derecho Administrativo*”, Segundo Curso, Editorial Lemusa, México 1995 p. 165

En cuanto al daño civil, hemos dicho que estos son divididos en patrimoniales (materiales), que son todos aquellos bienes susceptibles de tener un valor económico; y extrapatrimoniales (morales), bienes que forman parte de la personalidad, es decir, son subjetivos y por lo tanto no valorados en dinero.

Con relación a estos últimos, el artículo 1916 del propio Código Civil, señala que puede haber daño moral, entendido como la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, afectos, configuración de aspectos físicos, o bien, en la consideración que de sí misma tienen los demás y que deberá repararse mediante una indemnización en dinero, independientemente del daño material que se hubiere ocasionado. Al aplicar los preceptos anteriores a la responsabilidad patrimonial del Estado, tenemos que el daño material puede ser el más común, ya que mediante él se produce un menoscabo en el patrimonio del particular afectado. Pero también, es posible que ese daño afecte la esfera jurídica personal, es decir, que afecte la vida y la integridad de las personas. Sobre el daño moral se ha dicho que si este se presenta, obliga al responsable a una indemnización en dinero. En cuanto al daño moral, es posible que se cause a través de la actuación de los funcionarios que forman parte de la Administración Pública. Por consiguiente, es evidente que el Estado habrá de asumir toda la responsabilidad que se le atribuya.

Este tipo de daño tiene que presentar características esenciales tales como:

- a) Debe ser un daño real e inminente.- Es decir se debe observar un deterioro o pérdida en el bien material, para los daños patrimoniales será sencillo poder acreditar esta circunstancia, pero respecto a los daños morales cuando sus bienes son inmateriales o subjetivos ¿cómo podríamos objetivar ese daño?, veremos más adelante que esto no es posible, en virtud de lo subjetivo del concepto, además que el dolor que sufre una persona por ese agravio, cambia de uno a otro; por esto que en materia de daño moral la ley sólo exige se demuestre la realidad del ataque.

- b) Que el daño sea actual.- Definido como aquel que surge al momento que se da la controversia, cuya existencia, magnitud y gravedad se asimilan al hecho ilícito que lo produce; daño que surge en contraposición a un daño futuro.
- c) Daño directo.- Como aquel que soporta el agraviado, es decir, que la afectación del bien protegido debe afectar sólo a la persona que sufre este ilícito, en oposición al indirecto o reflejo, donde el sufrimiento del mismo afecta a persona distinta del agraviado inmediato.

La actividad dañosa podrá, por tanto, ser realizada por cualquier persona o sujeto, la doctrina ha clasificado a los sujetos que integran la relación jurídica que nace del daño moral, en sujeto activo, quien es toda persona física o moral causante del daño; y el sujeto pasivo será la persona física o moral que sufra el daño, así los define el maestro Ochoa Olvera:

*Sujeto activo o agente dañoso. Es aquél a quien se le imputa que por un hecho u omisión ilícitos afecta a una persona en sus derechos de la personalidad, lesionando uno o varios bienes que tutela el daño moral, el cual será responsable moralmente ante el ofendido del daño causado.

Agraviado o sujeto pasivo. Es toda persona que soporta el daño cierto y actual sobre un bien de naturaleza extrapatrimonial y por lo cual tendrá la acción de reparación moral en contra del sujeto activo de la misma.¹²⁰

Respecto a los sujetos de la actividad dañosa del Estado, cabe señalar, que en materia jurídica las obligaciones que guardan los sujetos entre sí, se derivan siempre de una remisión regulada o reconocida por el Derecho, de donde surgen derechos y obligaciones, es decir, frente al derecho de alguna persona existe correlativamente la obligación de otra.

Esto sucede también en el campo del Derecho Administrativo, en donde existen relaciones jurídicas entre el gobernado y el servidor público, quien actúa en cumplimiento y ejercicio de las funciones estatales. Si dentro de esa relación se

¹²⁰ OCHOA Olvera, Salvador. "*La demanda por daño moral*". Editorial Monte Alto, México, 1993. p. 64.

causa un daño al gobernado o administrado, entonces existe la obligación de que se le repare debidamente, surgiendo así la responsabilidad del Estado.

En cuanto a esto, el Dr. Álvaro Castro Estrada señala lo siguiente:

“Ahora bien, como toda relación jurídica obligacional, la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado supone la existencia de dos sujetos de la misma. Uno, denominado activo, que tiene el derecho personal de exigir una prestación, y otro, denominado pasivo, que tiene la obligación de realizar la prestación respectiva. Como toda materia de obligaciones puede haber tanto concurrencia de titulares o sujetos activos de la relación jurídica, como de personas o sujetos pasivos obligados a la indemnización en que consista la prestación debida.”¹²¹

En el caso de la responsabilidad patrimonial del Estado, se advierte que el sujeto activo es el particular, que en su carácter de administrado o gobernado tiene el derecho a ser indemnizado cuando de la actuación irregular derivada de la Administración Pública se le ocasiona un daño o perjuicio.

Ahora bien, el sujeto pasivo de esa especie de relación jurídica obligacional será el Estado, concretamente la entidad administrativa de la cual forme parte el servidor público que de manera específica causó el daño reclamable, tema que abordaremos más adelante para justificar la responsabilidad directa del Estado.

3.7.1.2. La conducta ilícita.

Además de existir una actividad dañosa esta deberá ser ilícita, es decir, que el afectado debe acreditar la ilicitud del hecho u omisión, como supuesto indispensable para que se genere la obligación de reparar el daño civil, esa ilicitud es la definida en el artículo 1910 del Código Civil que advierte:

¹²¹ CASTRO Estrada Álvaro Ob Cit p 328.

“El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.”

Respecto a la interpretación de este precepto el tratadista Borja Soriano advierte que este artículo contempla las doctrinas francesas de la responsabilidad civil y que este acto generador de dicha responsabilidad, se descompone en los siguientes elementos:

“1º. Un acto (de comisión o de omisión); 2º. Imputable al demandado; 3º. Dañosos para el demandante, ya sea que se experimente una pérdida o que sea privado de una ganancia; 4º. Ilícito, es decir, causado sin derecho, intencionalmente o por imprudencia o negligencia...”¹²²

De esta forma podemos señalar que los hechos ilícitos son todos aquellos que se realizan en contravención de la norma general de no dañar, cuando se invade la esfera jurídica de otro, decimos que existe un hecho ilícito y por lo tanto existe la obligación civil de indemnizar; si este hecho ilícito es de los enunciados en el artículo 1916 del Código Civil, (sentimientos, honor, vida privada, etc.), diremos entonces que habrá un daño moral, hecho que la norma obliga al responsable a repararlo.

En cuanto al primer elemento, queda claro que la responsabilidad patrimonial proviene de una conducta humana, la cual puede ser una acción, o bien, una omisión. La primera implica hacer algo, con lo cual se origina un daño a los particulares. Esta especie de conducta comprende actos o hechos ilícitos, los cuales son contrarios a lo que la obligación jurídica establece, por lo tanto, el funcionario que lo realiza y el mismo Estado se hacen responsables de este comportamiento. La omisión se refiere a un no hacer o dejar de hacer algo, con lo que también se causa un daño, ya que el abstenerse de obrar en el sentido que lo determina una norma, produce una responsabilidad cuando no se cumple con la función pública.

¹²² BORJA Soriano. Manuel. Ob. Cit. p. 356.

Consecuentemente, debe existir primeramente una acción u omisión, es decir, una conducta positiva o negativa que origine un daño en contra de los particulares derivados de la actuación irregular de sus atribuciones. Si esto sucede, se habrá cumplido el primer elemento de la responsabilidad civil del Estado.

Nuestra ley positiva define que debe entenderse como hecho ilícito, estableciendo como toda conducta omisiva o activa la que vaya en contra de nuestras normas vigentes, así lo dispone el artículo 1830 del Código Civil para el Distrito Federal, que dice:

“Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.”

Por lo tanto, para que se establezca la obligación estatal de indemnizar se requiere de actos ilícitos, sean estos dolosos o culposos, lo anterior es claro cuando la responsabilidad proviene de ilícitos penales, así como cuando la responsabilidad civil deviene de actos dolosos. Si bien existe opinión en el mismo sentido en tratándose de actos de relevancia civil distintos a los dolosos, la consecuencia no es clara ya que el artículo 1927 del citado Código Civil, se limita a decir que la responsabilidad estatal será subsidiaria "en los demás casos", sin que de ello se desprenda que deba requerirse que al igual que en los dolosos los actos cometidos por servidores públicos en el ejercicio de sus funciones sean ilícitos. La opinión contraria viene a ampliar las posibilidades resarcitorias si el énfasis pudiera colocarse en la inexistencia de deberes de los particulares dañados para soportar las cargas.

De las reformas aprobadas en 1994 se tiene que el hecho generador de la obligación de reparar el daño cuando el mismo proviene de conductas de servidores públicos y que las mismas tengan la significación jurídica de ilicitud, sea civil, penal, administrativa o de violación a los derechos humanos (esta última calificada por el organismo de derechos humanos y siempre que la recomendación sea aceptada).

Se configura así, como exigencia que la conducta contenga una irregularidad, esto es, se aparte de la conducta debida según la norma, y en tal sentido sea antijurídica. A *contrario sensu*, si la conducta es regular, la obligación de indemnizar no surge, independientemente del daño que cause (lo aquí analizado no incluye los casos de conductas permitidas por el derecho que implican privación patrimonial pero que, según sea el caso, llevan aparejada indemnización, tales como expropiación, ocupación temporal, rescate y reversión).

Lo anterior tiene diversas complicaciones, pues el ordenamiento jurídico prevé además de los mecanismos en los que se individualiza la responsabilidad de quien realiza el acto (los procedimientos judiciales o administrativos de responsabilidades), procedimientos de control de los actos tales como recursos judiciales, administrativos e incluso constitucionales en los que se abren nuevas posibilidades y cuyo resultado puede ser la revocación, nulidad o inconstitucionalidad de los actos emitidos.

Ante esta posibilidad, frecuente por cierto, ¿será ilícito el acto irregular?, por lo tanto, se derivará una responsabilidad patrimonial. Al respecto encontramos el siguiente precedente:

“RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS PROVENIENTE DE ACTOS ILÍCITOS. LA FALTA DE INTENCIÓN DE CAUSAR DAÑOS NO DEMUESTRA LA AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD POR LOS CAUSADOS.- Del análisis del artículo 1910 del Código Civil del Distrito Federal, que establece la responsabilidad por daños y perjuicios que se derivan de actos ilícitos, y del numeral 1928, que prevé la responsabilidad subsidiaria del Estado por los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que les están encomendadas, así como de los demás preceptos relacionados, se infiere que la falta de intención de causar daños no impide que un funcionario público sea responsable de los daños y perjuicios que ocasione con los actos que en el desempeño de sus funciones realice cuando los mismos sean ilícitos por no estar ajustados a la Constitución y a la ley, puesto que en ninguno de estos dispositivos se señala esa excepción respecto de la hipótesis que se contempla. Consecuentemente, si se demanda la responsabilidad de funcionarios

administrativos por los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la clausura de una negociación que ya fue declarada inconstitucional en sentencia firme, los demandados son responsables de los daños que su acto ilícito originó, independientemente de que haya o no procedido con la intención de causar daños, a menos que se demuestre que los mismos se produjeron como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima, única excepción que contempla el primer precepto citado¹²³.

Aun cuando el citado precedente se refiere al modificado artículo 1928 del Código Civil, cuyo contenido es recogido por el actual artículo 1927, el problema subsiste y es de mayor importancia, pues la **ilicitud es convertida como equivalente de un acto irregular** declarado por la autoridad con poderes de revisión y cuya resolución prevalece, lo anterior afecta no solamente a los actos provenientes de órganos administrativos como es el caso sino los provenientes de los propios órganos jurisdiccionales. Como podrá observarse, la solución al amparo Quimzoo señalado en el anterior precedente jurisprudencial genera una extraordinaria amplitud a la obligación de indemnizar, no solo en cuanto recae sobre la responsabilidad individual, sino que de ahí se deriva la responsabilidad solidaria o subsidiaria del Estado. La invalidación del acto puede provenir de una serie de circunstancias que bajo la apariencia legal busca causar un perjuicio deliberado y que encubren actos de corrupción, mala fe, ignorancia o impericia de los titulares de los órganos al desprenderse irregularidad en la valoración de las pruebas, vicios en los elementos del acto, hasta aquellos que por diferencias de criterios o interpretación son invalidados.

Si bien, el citado precedente pudiera abrir una vía benéfica para los afectados por actos de autoridad, precisamente por su amplitud se corre el riesgo de provocar efectos contraproducentes en el ejercicio de la función pública que pudiera generar tendencia de actuar tímidamente en cuanto a afectar patrimonios de las personas, pero también en la proclividad a evitar la revocabilidad de los actos, en tanto la estructura escalonada de los mecanismos de revisión coloca a los actores

¹²³ Tercera Sala, SJF. Séptima Época, volumen 175-180 Cuarta Parte, página 141.

públicos ante la posibilidad de que sus actos sean revocables (salvo el caso de la Suprema Corte de Justicia) y por ende que ellos mismos se coloquen en la situación de estar obligados a indemnizar.

El extremo al que puede llegar dicho criterio jurisprudencial, puede hacer víctima al servidor público, que al igual que cualquier persona tiene un patrimonio afectable que es necesario garantizar (sus derechos de propiedad también valen). Cuáles son los espacios de acción que como titulares de funciones públicas son válidamente ejercitables y por ende protegibles de la responsabilidad patrimonial, es una cuestión que el derecho deberá abordar.

Una de las vías para resolver el citado caso de ilicitud, es la apuntada por el maestro Sánchez Medal quien se pronuncia en contra del precedente citado acogiendo al siguiente principio:

"... de que un funcionario público es civilmente responsable en lo personal de un determinado acto realizado en el ejercicio de su cargo, sólo cuando, independientemente de que tal acto haya sido revocado o anulado por el correspondiente órgano de control, aparezca que tal acto no únicamente es contrario a la ley o a la Constitución, sino que además, aparezca que dicho funcionario actuó con culpa, o sea no por 'simple error de opinión', sino por 'negligencia o ignorancia inexcusables' o lo que es lo mismo, en contra de lo que un funcionario prudente y diligente hubiera actuado en condiciones semejantes." ²⁴

Al respecto localizamos el siguiente precedente:

'RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES. LOS JUECES PENALES QUEDAN SUJETOS A LA. Este Tribunal Colegiado considera que las normas contenidas en los artículos 728 a 737, que forman el Capítulo IV del Título Décimo Segundo del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, determinando que los jueces y magistrados pueden incurrir en responsabilidad civil en el desempeño de sus funciones,

²⁴ SÁNCHEZ Medal, Ramón. Ob. Cit. pp 371-372

*cuando infrinjan las leyes por negligencia o ignorancia inexcusable, fijando los requisitos necesarios para que proceda la reclamación, los órganos competentes para su conocimiento y el procedimiento que debe seguirse en la tramitación de esas controversias, no son aplicables exclusivamente a los funcionarios judiciales en materia civil, familiar y de arrendamiento inmobiliario, sino también a los jueces y magistrados que se ocupan de la materia penal, lo que resulta de la interpretación sistemática de dichos preceptos legales, en relación con los antecedentes legislativos de que provienen, los estudios doctrinales que los informan y los principios generales de derecho que los armonizan".*¹²⁵

La negligencia o ignorancia inexcusable son pues los elementos desencadenantes de la responsabilidad personal del funcionario judicial. Ambos supuestos pueden englobarse dentro de los supuestos de culpa, lo que arroja una responsabilidad subsidiaria del Estado, por lo que además de ellos deben comprenderse los casos que son causados por dolo y que traen como consecuencia la responsabilidad solidaria. En España la responsabilidad se genera por error judicial y por anormalidad en el funcionamiento de la administración de justicia que se concreta en la lentitud en el funcionamiento tardío, en la infracción del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Al respecto, el Código de Procedimientos Cíviles para el Distrito Federal cita:

"Artículo 728 La responsabilidad en que puedan incurrir jueces y magistrados cuando en el desempeño de sus funciones infrinjan las leyes por negligencia o ignorancia inexcusable, solamente podrá exigirse a instancia de la parte perjudicada o de sus causahabientes, en juicio ordinario y ante el inmediato superior del que hubiere incurrido en ella"

El punto es verdaderamente complejo, ya que se pone a discusión el problema de cual es el ámbito de actuación del servidor público que es inmune a la responsabilidad subjetiva, no obstante, que su acto sea invalidado o si la

¹²⁵ Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito SJF, Tribunales Colegiados, parte sexta 206- 216, p 444

irregularidad del acto sea cual fuere su motivo acarrea la responsabilidad patrimonial en caso de causar un daño.

Aun cuando la legislación citada en materia de responsabilidad subjetiva el empleo genérico de "servidores públicos" impide hacer una distinción que atienda a las particularidades funcionales de cada uno de ellos; por vía de jurisprudencia y la doctrina si se ha hecho una distinción en atención a la función que desempeñan los servidores públicos.

Así pues, al examinar el tema de la responsabilidad subjetiva fundamentada en el hecho ilícito, coloca al servidor público como sujeto pasivo, sea en condiciones de obligado principal único o como obligado solidario, la determinación de las condiciones de ilicitud de su actuación debe ser establecida claramente, a efecto de proporcionar al servidor público una información precisa de su ámbito de actuación de manera que se dé un terreno firme sobre el que sustente su actuación, tema en el que abundaremos en el siguiente capítulo para justificar esta responsabilidad en atención a la actividad administrativa.

Ahora bien, las condiciones de ilicitud se darán en tanto transgreda el ámbito de competencia que le está asignada al órgano por el que actúa y que son también sus propios límites al ser su elemento personal (*actuación ultra vires*), situación que se vuelve complicada en virtud que como hemos señalado su acción u omisión ilícita será en función a lo que sus propias leyes les asignen.

Como se puntualizó con anterioridad, los deberes señalados en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, no se limitarían si los contrastamos con un acto administrativo al cumplimiento de sus elementos de validez con los cuales podría satisfacerse la exigencia de legalidad, sino que también, podrán requerirse elementos de contextualización del acto en función de su "buena conducta", "respeto", "diligencia", cuestiones relacionadas con la eficiencia requerida; para el caso de un servidor público que presta un servicio asistencial, habrá de requerirse no solamente la prestación del servicio, sino las condiciones del mismo, según la oportunidad y las condiciones propias de la *lex*

artis. Pero más allá de que su conducta personal sea regular, habrá que ver si la Administración le proveyó de las condiciones adecuadas y suficientes para cumplir sus deberes (instrumental para el tratamiento o el diagnóstico, medicamentos) o si la falta de los mismos le es imputable.

En el caso de las funciones administrativas y jurisdiccionales, si bien ambas pudieran considerarse como similares en cuanto individualizan normas generales, tienen sin embargo, sus peculiaridades, pues aun cuando tienen como referente común la sujeción a la ley, operan sin embargo bajo reglamentos administrativos, normas generales administrativas o interpretaciones.

En este orden de ideas, es posible que el servidor público cause un daño aun cumpliendo los deberes exigibles a su conducta personal, pero motivado por la carencia de recursos o medios materiales y cuya falta no le sea imputable. A lo anterior habrá que agregar, la imposibilidad material para cumplir con los deberes de tutela de los bienes bajo su custodia y que opera como una excluyente de responsabilidad.

Otro caso, que merece atención en tanto puede tener efectos en materia de responsabilidad proveniente de los actos ilícitos del gobierno, son los contenidos en los planes o programas. Daños que pueden originarse por las malas decisiones en la dirección de los asuntos fundamentales para el país, la asunción de políticas que tienen como consecuencia impactos en la economía personal, y que dentro de la administración tienen que ser acatadas por ser orientaciones de conducta obligatorias para los servidores públicos de acuerdo a su sujeción de instrucciones o en ejercicio de la facultad para conducir la política, no existe actividad ilícita, conformándose un ámbito de inmunidad a la responsabilidad subjetiva.

3.7.1.3. El nexo causal o relación causalidad.

El nexo causal o elemento de causalidad es para la responsabilidad civil el supuesto lógico para determinar la responsabilidad, esto es, la relación que existe entre la conducta antijurídica que será la causa y el daño que es la consecuencia; en otras palabras se puede decir que ante una conducta ilícita que provoque un

daño debe haber una relación causal, que en términos de nuestra ley civil será la inmediata y directa.

Con relación al nexo causal, el maestro Martínez Alfaro señala lo siguiente:

“La relación de causalidad entre el hecho y el daño. Para que haya responsabilidad civil es necesario un hecho causante y un daño causado por ese hecho; es decir, que el hecho sea la causa y el daño la consecuencia, por lo que entre hecho y daño debe haber una relación de causalidad, pero esa relación debe ser inmediata y directa, o sea que el daño sea una consecuencia necesaria del hecho causante.”¹²⁶

Sabemos, que ante una conducta ilícita que provoca un daño es sencillo determinar la relación causal, pero puede darse el caso que un hecho cause varios daños o bien que varios hechos causen un daño. En el primer caso se tendrá que determinar cual de los hechos fue la consecuencia directa e inmediata; y para el segundo se tendrá que observar si los hechos corresponden a una persona, para este caso, será ésta el responsable y si fueron varias personas que actuaron en común, todas responderán solidariamente a la víctima por el daño causado (artículo 1917 del citado Código Civil).

Para reconocer el nexo causal en la responsabilidad civil por el Estado, analizaremos el siguiente supuesto: Una conducta que afecta los bienes patrimoniales, actividad ilícita realizada por el servidor público que en ejercicio de sus funciones expide una licencia de construcción, la cual al ser entregada al ciudadano carece de los sellos correspondientes y la firma del funcionario que la expidió, lo que provoca la clausura de la obra y por consecuencia el retraso de la misma; la conducta omisiva será la que se origina por la falta de cuidado y vigilancia en la expedición de documentos oficiales, para esta hipótesis los elementos de la responsabilidad quedarán claramente señalados, donde el servidor público será el sujeto responsable, en virtud de quedar plenamente

¹²⁶ MARTÍNEZ Alfaro, Joaquín. Ob. Cit. p. 150

acreditada la omisión de la falta de cuidado (conducta antijurídica), afectación a los bienes patrimoniales (daño), determinándose el nexo causal directo entre los dos elementos, pues si no hubiera existido esa omisión (la conducta omisiva) no hubiera acontecido dicho daño.

Por lo tanto, en la responsabilidad civil del Estado la relación causal que deberá existir es la inmediata y directa, habrá dicha relación de causalidad si la conducta ilícita es el hecho determinante del daño, es decir, si el daño se produjo por la acción u omisión ilícita, además, que la conducta sea determinante del hecho dañoso; en cambio, si el daño se hubiera producido aun y cuando el sujeto no haya actuado, entonces no habrá responsabilidad por la inexistencia del nexo causal.

La teoría del hecho determinante o *conditio sine qua non*, es aplicada para determinar el nexo causal en toda responsabilidad civil, la cual es claramente expuesta por el doctor Rojina Villegas de la siguiente forma:

“De acuerdo con las ideas de Buri, el hecho determinante o *conditio sine qua non* de un daño imputable o no al demandado, debe determinarse de acuerdo con la siguiente base: Si el daño se produjo por la actuación de este último será responsable; en cambio si se hubiera producido aún cuando el demandado no hubiese actuado, no habrá base para la responsabilidad...”¹²⁷

Al destacar la importancia del nexo causal, el doctor Álvaro Castro Estrada señala que:

“Nos encontramos en este momento frente al que consideraríamos el problema capital de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado. En la debida apreciación técnica de este requisito descansa la verdadera eficacia de la concepción de la responsabilidad patrimonial objetiva del Estado. Es en su correcta formulación donde podemos encontrar la garantía de que la aplicación del sistema de responsabilidad del Estado no va a trastornar las finanzas

¹²⁷ ROJINA Villegas, Rafael. Ob. Cit. p 150

públicas, como consecuencia de una laxa interpretación administrativa o jurisdiccional de este requisito, al pretender -injustificadamente- condenar al Estado a la reparación integral de daños ante prácticamente cualquier reclamación. Igualmente, es válido afirmar que una deficiente –por excesivamente restrictiva- apreciación de la relación de causalidad en la responsabilidad patrimonial del Estado, puede hacer nugatoria esta noble y solidaria institución, ya que se volvería en extremo difícil acreditar la relación de causalidad respectiva.¹²⁸

De acuerdo con lo anterior, es importante acreditar la relación de causa que existe entre la conducta del servidor público que actúa en ejercicio de las funciones estatales y el daño que se causa al particular, ya que al no comprobarse el vínculo no se podrá reclamar la responsabilidad patrimonial del Estado. Consecuentemente, se puede decir que el nexo causal constituye el supuesto esencial de la responsabilidad patrimonial del Estado.

3.8. La indemnización por los daños y perjuicios.

Para saber en que consiste la indemnización de los daños civiles, recordaremos que los daños se dividen en patrimoniales y extrapatrimoniales o morales. los primeros de los citados es la afectación que recae en los bienes materiales o económicos y los segundos son los que no pueden valuarse en dinero.

En consecuencia, recordaremos que el concepto reparar es definido por nuestro Código Civil en su artículo 1915 que establece:

“La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en pago de daños y perjuicios.”

Como señalamos, el citado concepto se apoyó en la teoría de la reparación *in natura* o específica, que consiste en reponer al perjudicado en un estado igual o similar al que poseía antes de efectuarse la actividad dañosa; así como la reparación por equivalente, cuando no se pueden volver las cosas al estado en

¹²⁸ CASTRO Estrada, Álvaro. Ob. Cit. pp. 349-350.

que se encontraban antes del evento dañoso, como sucede generalmente en materia del daño moral, la reparación se traduce en el pago de daños y perjuicios.

Las teorías que afirman que no es posible el concepto de reparar en materia de daño moral, lo hacen bajo la premisa de que este daño no se puede cuantificar y por lo tanto no debe condenarse a ninguna persona a indemnizar a título de reparación moral, fundándose en la naturaleza inmaterial de los derechos de la personalidad y su imposible traducción en dinero.

Para reparar los daños patrimoniales, es claro aplicar dichos conceptos, en el sentido que para reparar el daño cuando se debe entregar una de la misma calidad o especie y si no es posible esto al pago de una suma de dinero, que tendrá una función equivalente o compensatoria; por lo tanto podemos decir que para el daño moral la reparación por equivalencia tendrá un papel eminentemente satisfactorio, en la que se entrega también una suma de dinero en vía de resarcimiento del daño causado, pero no a título de compensación, sino de satisfacción, porque dichos bienes conculcados no pueden ser valuados en dinero, caso típico de los daños morales.

Al respecto el doctor Rojina Villegas precisa:

‘Ante la imposibilidad de reparar los valores espirituales lesionados o el dolor causado por un hecho ilícito, al herir los sentimientos o las afecciones de una persona, especialmente por la pérdida de los seres queridos, el derecho no ha encontrado otra forma de lograr una satisfacción para la víctima o sus herederos, y una sanción para el culpable, que condenarlo a un pago de una suma de dinero, independientemente de la responsabilidad penal en que pudiere haber incurrido. Estamos de acuerdo en que se trata de una satisfacción muy imperfecta y que jamás podrá alcanzarse la reparación total como suele ocurrir tratándose de daños patrimoniales, pero sería injusto que ante la imposibilidad de alcanzar ese resultado, la víctima quedase desamparada.’¹²⁹

¹²⁹ Ibidem. p. 136.

El fin de la reparación por equivalencia es proporcionar a la víctima en cierta forma el de mitigar el dolor sufrido por la actividad dañosa, de la misma forma se expresa el maestro Borja Soriano al analizar el citado precepto:

“...La satisfacción que de el resulta, y el hecho de saber que esta suma de dinero se ha tomado al culpable, deben mitigar la amargura de la ofensa y calmar en cierta medida el deseo de venganza...”¹³⁰

De lo anterior, así como del texto legal, el maestro Salvador Ochoa, señala las siguientes conclusiones:

“A. En nuestro derecho, la reparación moral siempre se resarcirá con la entrega de una suma de dinero, con excepción del daño moral agravado o calificado, que se refiere a que con independencia de la indemnización que se pague al agraviado, si éste quiere puede demandar que la sentencia que contiene la retracción de lo hecho o dicho en los casos del honor, reputación, decoro o consideración, se le dé publicidad en los mismos medios que utilizó el sujeto para cometer su acto ilícito.

B. En ningún momento la entrega de una suma de dinero al agraviado implica que se valore o ponga precio a bienes de naturaleza extrapatrimonial, valores que no pueden ser objeto de apreciación pecuniaria, como son los derechos de la personalidad tutelados por la figura del daño moral.

C. En materia de agravio moral, la regla general es que ninguna reparación podrá borrar el daño causado, por ser esto imposible. El ataque al honor que sufre una persona, no será reparado con el pago de una suma de dinero, toda vez que dicho perjuicio permanecerá ante su familia y ante la sociedad, y el hecho de que se entregue la indemnización no implica que desapareció el agravio ni que vuelvan las cosas al estado que guardaban antes del evento dañoso.”¹³¹

No obstante que en nuestro país no existen datos que nos ilustren sobre el monto global que se ha destinado al pago de indemnizaciones por responsabilidad patrimonial del Estado y por consiguiente estar en posibilidad de evaluar el

¹³⁰ BORJA Soriano, Manuel. Ob. Cit p 375

¹³¹ OCHOA Olvera, Salvador. Ob. Cit p 62.

impacto que ha tenido en las finanzas de los distintos niveles del gobierno. Sin duda existe un impacto que tiene que ser solventado de alguna manera y que repercute en los rubros de ingreso del Estado (más impuestos, aumento de deuda).

Si bien, cada indemnización pagada puede apreciarse como derechos patrimoniales garantizados, por otra parte, regresa como un efecto generalizado a los contribuyentes; no hay pues indemnizaciones sin costos sociales. Es también inmediatamente comprensible que una ampliación a la obligación estatal para indemnizar, arroja un incentivo para incrementar las acciones ejercidas contra el Estado y en último término el aumento de los montos presupuestales para cubrir tales rubros. En caso de que no fueren cubiertos por el presupuesto del ejercicio vigente tendrá que programarse para el siguiente, dice la interpretación judicial.¹³²

La magnitud que puede alcanzar el rubro descrito en la economía del país puede ser sustancial. Al efecto, el caso colombiano es palpable, según datos de agosto de 1999, el 1.3% del producto interno bruto, está comprometido con el pago de sentencias y conciliaciones por daños causados por el Estado. Esta cifra fue aumentando, según datos de Juan Carlos Henao:

"En 1990 el rubro destinado a tal concepto significaba sólo el 0.16% del presupuesto, mientras que para el año de 1997, significará el 0.86." ¹³³

Por tal razón, cualquier medida para ampliar el régimen de responsabilidad estatal debe ser cuidadosamente evaluada. Al menos en la presentación y discusión de las iniciativas de la reforma constitucional citada, no existe ninguna evaluación del impacto económico de tal reforma. Además si consideramos que uno de los déficits de nuestra administración pública es la deficiente tradición de sujeción a la ley, la existencia de severos problemas en la prestación de servicios públicos, la ausencia de un servicio civil de carrera, la escasez de recursos para hacer frente a

¹³² Adeudos del Estado a cargo de particulares Tesis T. LXXX P. 2031, Quinta Época, Informe 1945, Páginas 52 y 53.

¹³³ HENAO, Juan Carlos "La Responsabilidad Patrimonial del Estado en Colombia". Editorial INAP. México, 2000, p 106

los cometidos estatales, la ausencia de códigos de conducta, los niveles de corrupción, entre otras condiciones, el riesgo económico puede ser mayor.

Una implicación consecuente de lo anterior es el tratamiento del riesgo, al respecto se plantea la alternativa de asumirlo directamente o bien transferirlo contratando un seguro. Aun cuando el impacto económico puede ser distinto, el costo es inevitable, mientras mayor sea el riesgo el costo por el pago de primas se verá afectado.

Ahora bien, para que proceda el pago de la indemnización por los daños que se causen a los particulares, se requiere que la responsabilidad del Estado sea con motivo de su actividad administrativa irregular de sus servidores públicos. Esto significa que la irregularidad se identifica con un mal funcionamiento dentro de la Administración Pública, de acuerdo a la actividad de los funcionarios que intervengan en ella.

En consecuencia, el tipo de indemnización que asumirá el Estado es en relación directa a la responsabilidad solidaria o subsidiaria, que se fundamenta en la actividad ilícita de sus servidores públicos; que a contrario de la responsabilidad objetiva del estado, donde no importa la licitud o ilicitud de la conducta realizada por el servidor público, sino lo que interesa es que se causó un daño a los bienes o derechos de los particulares, siempre que la actividad administrativa tenga el carácter de irregular.

Como señalamos en la reforma constitucional de 2002 al artículo 113, se reguló la responsabilidad objetiva y directa del Estado, lo cual significa que es éste quien responderá ante los reclamos de la indemnización que presenten los particulares, independientemente de los servidores públicos que hayan intervenido en la actividad administrativa irregular. No obstante, el Estado tendrá el derecho de repetir lo pagado contra los servidores públicos que a través de sus acciones u omisiones hayan incurrido en una falta o infracción que cause los daños a los particulares.

La parte final del artículo 113 constitucional establece que los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes. Es plenamente justificado que se haga esta remisión a la legislación secundaria, toda vez que no es propio de la Constitución precisar las bases, límites y procedimientos.

Al respecto, el doctor Álvaro Castro Estrada dice lo siguiente:

"A mi juicio, esta previsión constitucional es bastante saludable, en virtud de la amplitud y generosidad del principio general de la responsabilidad patrimonial que contiene el nuevo segundo párrafo del Artículo 113 constitucional. Además, resulta inteligente y plausible que sea el legislador ordinario quien, en función del desarrollo aplicativo que la institución jurídica que se estudia vaya reportando en el tiempo, fije los límites que estime procedentes: máxime que su determinación y eventual reforma, podrá hacerse bajo un procedimiento menos rígido que el previsto para una reforma constitucional."¹³⁴

Es razonable que sea en una ley reglamentaria en donde se establezcan las bases, límites y procedimientos para que se indemnice a los particulares por la responsabilidad patrimonial del Estado, ya que se deberán considerar aspectos presupuestales para no afectar las finanzas públicas.

Cabe aclarar que el precepto constitucional no precisa quién establecerá dichas bases, es decir, no se hace mención que sea el Poder Legislativo Federal o los Poderes Legislativos Locales. Sin embargo, el único artículo transitorio de la reforma constitucional que adicionó lo concerniente a la responsabilidad patrimonial del Estado señala que:

"La Federación, las Entidades Federativas y los municipios contarán con el periodo comprendido entre la publicación del presente Decreto y su entrada en vigor, para expedir las leyes o realizar las modificaciones necesarias, según sea el caso, a fin de proveer el debido cumplimiento del mismo, así como para

¹³⁴ CASTRO Estrada, Álvaro Ob Cit p 452.

incluir en sus respectivos presupuestos, una partida para hacer frente a su responsabilidad patrimonial”.

La aprobación de la reforma constitucional implicará necesariamente la adecuación a las disposiciones jurídicas secundarias, tanto en el ámbito federal como en el local, conforme a los criterios siguientes:

- a) El pago de la indemnización se efectuará después de seguir los procedimientos para determinar que al particular efectivamente le corresponde dicha indemnización.
- b) El pago de la indemnización estará sujeto a la disponibilidad presupuestaria del ejercicio fiscal de que se trate.
- c) Para la expedición de las leyes o la realización de las modificaciones necesarias para proveer el debido cumplimiento del decreto, se contará con el periodo comprendido entre la publicación del decreto y su entrada en vigor. Según la fecha de aprobación del Decreto y su consiguiente publicación, el citado periodo no será menor a un año ni mayor a dos.
- d) Consecuentemente, la facultad para expedir las leyes reglamentarias corresponde a la Federación, las Entidades Federativas y los municipios. Naturalmente, dichas leyes podrán ser modificadas para adecuarse a las exigencias, condiciones y, sobre todo, a las partidas presupuestales que se asignen para cumplir la obligación indemnizatoria cuando surja la responsabilidad patrimonial del Estado.
- e) De conformidad con el primer párrafo del Artículo único transitorio del Decreto de reforma constitucional que adiciona el segundo párrafo del artículo 113 de nuestra Ley Fundamental, dicho Decreto entrará en vigor el 1º de enero del segundo año siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación. Esto significa que el 1º de enero del 2004 entró en vigor la norma constitucional que nos ocupa con todos sus efectos legales.

En el supuesto de que el Estado realice el pago al particular afectado de acuerdo con la ley, tiene el derecho de reclamar al servidor público cuya conducta sea la

causante del daño el pago equivalente; mediante esta vía se tiene la posibilidad de recuperar lo erogado o una parte del mismo, pero también la vía de repetición cumple con otra función, la de ser un mecanismo que evita la fuga de responsabilidades del servidor público frente al Estado.

En esa medida, la vía de regreso forma parte de los instrumentos para motivar la observancia que los servidores públicos deben tener de sus deberes. En tal sentido, no basta mantener tal potestad sino tomar en consideración lo anterior como razón fundamental para ponderar la obligación en el ejercicio de la acción de regreso.

El resarcimiento económico también puede provenir de una sanción económica derivada de un procedimiento administrativo de responsabilidad. Tal posibilidad es arbitraria en contra del funcionario, al tener que pagar una cantidad doble, la derivada de la vía de regreso y la impuesta como sanción.

La posibilidad constitucional de instrumentar a la vez diversos procedimientos de responsabilidad contra el servidor público (civil, penal, administrativa e incluso política) por un mismo acto, coloca al sujeto en una situación de fragilidad en la medida en que las vías pueden conducir a la afectación de su patrimonio sea a título de indemnización, reparación del daño o sanción administrativa. Las garantías a favor del servidor público impiden ser sancionado dos veces con una medida de la misma naturaleza (indemnización civil, reparación del daño penal, multa penal o multa administrativa); sin embargo, puede ser sancionado con una indemnización (reparación del daño y multa administrativa hasta de tres tantos por el daño causado).

Así lo establece la siguiente tesis jurisprudencial:

“SERVIDORES PÚBLICOS. SANCIÓN ECONÓMICA IMPUESTA A LOS, EL ARTÍCULO 55 DE LA LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES RELATIVA, AL NO FACULTAR A LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA AL EJERCICIO DEL ARBITRIO PARA INDIVIDUALIZARLA, RESULTA INCONSTITUCIONAL. De conformidad con el artículo 113 constitucional, la sanción económica que

prevé. se impone a los servidores públicos de acuerdo con los beneficios económicos obtenidos por el responsable y por los daños y perjuicios causados por sus actos u omisiones, hasta en tres tantos del monto a que ascienden esos trastornos originados por el actuar indebido del infractor, o sea que el constituyente señaló los elementos a los que la autoridad debe atender para individualizar la sanción, estableciendo como parámetro mínimo el beneficio obtenido o el perjuicio ocasionado y como máximo el equivalente a tres tantos de ello; luego, si el artículo 55 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos establece que, en el caso de las sanciones económicas a los servidores públicos, se aplicarán dos tantos del lucro obtenido y de los daños y perjuicios causados, es inconcuso que contraviene lo dispuesto en el invocado precepto constitucional, virtud de que no establece reglas para que las autoridades impositoras tengan la posibilidad de graduar la cuantía de la sanción obligando a la autoridad administrativa a aplicarla de manera fija, lo que impide ejercer la facultad prudente del arbitrio para individualizar y cuantificar el monto de la sanción, provocando la aplicación de ésta a todos por igual, de manera invariable e inflexible.”¹³⁵

Las garantías jurisdiccionales que los servidores públicos deben tener para sufrir una afectación a su patrimonio (juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, derecho de audiencia y de defensa), la responsabilidad solidaria plantea el siguiente problema. Ante la posibilidad de demandar indistintamente al servidor público o al Estado, cabe la hipótesis de que al servidor público no sea citado a juicio no obstante que se debata una conducta personal atribuible a él (sea dolosa o intencional). Que la vía de regreso esté a cargo de un sujeto de derecho público, como es la Administración, abre la posibilidad de que la misma instrumente diversos procedimientos de recuperación distintos a la vía jurisdiccional (en la que un tercero imparcial estará a cargo de la decisión), las vías probables podrían ser un procedimiento sancionatorio en el que como juez y parte, vía multa, podría fijar hasta tres veces el monto erogado, o bien convirtiendo la erogación como un crédito fiscal. En ambos casos se estaría convirtiendo en los

¹³⁵ Tesis P. CXL/97. Semanario Judicial de la Federación y su gaceta. Novena Época. página 207

hechos una deuda civil en un crédito de derecho público en detrimento de las garantías de defensa del servidor público.

3.9. Ausencia de responsabilidad del Estado.

Es cierto que, la amplitud que representa el establecimiento de la responsabilidad objetiva y directa del Estado atribuye una responsabilidad real en contra de éste, la cual es fincada por la actividad irregular de la función pública, ya sea por una conducta lícita o ilícita, originando con ello una obligación indemnizatoria y la necesidad de poder determinar cual será su límite.

Entre las diversas opiniones, se destaca la propuesta de incrementar las causas de excluyentes de responsabilidad, mismas que se determinarán en función a la actividad particular que se desarrolle. Mientras tanto analizaremos las estipuladas en materia civil y en particular a las aplicables a la responsabilidad del Estado.

Por una parte, es de aceptación general que al tratarse de responsabilidad subjetiva, cabe alegar como excluyente de responsabilidad el hecho o culpa inexcusable de la víctima, la fuerza mayor o caso fortuito y el hecho de un tercero. Por ser causas cuya aplicación opera en los casos de responsabilidad de los sujetos que se hallen en relaciones de "coordinación", habrá que estar alerta a las modalidades específicas de la calidad del servidor público, ya que la naturaleza de sus actos varía; así pues, en el caso del hecho o culpa inexcusable de la víctima, en los casos de actos de autoridad es improbable la presencia de tal excluyente, pero es posible su operatividad en otros tipos de actos, al respecto se cita la siguiente tesis:

"CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR. ELEMENTOS.

Independientemente del criterio doctrinal que se adopte acerca de si los conceptos fuerza mayor y caso fortuito tienen una misma o diversa significación, no se puede negar que sus elementos fundamentales y sus efectos son los mismos, pues se trata de sucesos de la naturaleza o de hechos del hombre que, siendo extraños al obligado lo afectan en su esfera jurídica, impidiéndole temporal o definitivamente el cumplimiento parcial o total de una

obligación, sin que tales hechos le sean imputables directa o indirectamente por culpa, y cuya afectación no puede evitar con los instrumentos de que normalmente se dispone en el medio social en el que se desenvuelve, ya para prevenir el acontecimiento o para oponerse a él y resistirlo."¹³⁶

En el caso fortuito o fuerza mayor, la imprevisibilidad y la irresistibilidad son las notas imprescindibles, "la primera se presenta cuando no es factible creer en su realización, y la segunda, cuando no es posible evitar su acaecimiento o sus consecuencias". En el caso fortuito se requiere que sea imprevisible, inevitable y por hecho ajeno.

"Por imprevisibilidad se entiende que el hecho debe ser imposible de prever y esta imposibilidad debe ser apreciada objetivamente en relación a un deber normal de prever; la inevitabilidad se hace consistir en ser imposible evitarlo no obstante la atención, cuidados y esfuerzos normales respecto del acontecimiento de que se trata considerando las circunstancias del lugar, tiempo y persona (...) En cuanto al hecho ajeno, se considera que el mismo no debe ser imputable al responsable, pues de poder imputársele, el hecho dejaría de ser fortuito."²⁷

En el caso de hecho de tercero opera cuando el acto sea o no lícito, provenga de una persona de cuyos actos no sea responsable el Estado.

No obstante, la aplicación de las excluyentes mencionadas, debe tomarse en cuenta, además, los casos en los que el servidor público no cuenta con los recursos o instrumentos necesarios para desempeñar adecuadamente su función y aquellos derivados de actos del gobierno.

En efecto, es posible que el servidor público cause un daño aun cumpliendo los deberes exigibles a su conducta personal, pero motivado por la carencia de recursos o medios materiales y cuya falta no le sea imputable. A lo anterior habrá que agregar, la imposibilidad material para cumplir con los deberes de tutela de los

¹³⁶ No Registro: 245,709 Tesis aislada Materia(s) Laboral. Séptima Época Instancia: Sala Auxiliar Fuente. Semanario Judicial de la Federación Tomo. 121-126 Séptima Parte Tesis: Página. 81. Genealogía Informe 1979, Segunda Parte, Sala Auxiliar, tesis 11: página 36

bienes bajo su custodia y que opera como una excluyente de responsabilidad, y cuya procedencia es posible localizar en el siguiente precedente:

"ROBO DE OBJETOS BAJO LA CUSTODIA DE FUNCIONARIOS JUDICIALES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA).- La responsabilidad subsidiaria del Estado, conforme al artículo 1928 del Código Civil del Estado de Baja California, no requiere culpa del Estado; basta que los funcionarios hayan incurrido en culpa en el ejercicio de sus funciones y sean insolventes. Doctrinalmente esta responsabilidad parte de una culpa en la elección o culpa in eligendo, culpa en el mandamiento del funcionario o empleado. Ahora bien, en un medio como el mexicano, de escasos recursos económicos, en donde los juzgados no tienen caja fuerte ni locales debidamente seguros, por su pobre construcción, y carecen además de un servicio de policía que los proteja, no puede hacerse responsable al juez y a su primer secretario del robo que sufren de unos objetos que tienen como depositarios de los mismos a título gratuito, y que por ser administradores de justicia, recibieron en relación a un proceso penal que ante ellos se tramitaba, ya que ellos sólo responderían de su negligencia o malicia, más no deben responsabilizarse si actuaron con diligencia al guardar los referidos efectos. Dice un principio de Derecho: a lo imposible nadie está obligado: *'impossibile nulla obligatio est'*; por lo tanto, el robo de los objetos en tales circunstancias constituye un verdadero caso de fuerza mayor. En tal virtud, el pueblo de la ciudad donde ocurrió el robo, que no pudo o no quiso pagar contribuciones suficientes para tener juzgados seguros en su construcción y con una caja fuerte lo bastante segura, es en definitiva el único responsable o, por lo menos, debe liberarse al juez, al secretario y a la entidad federativa respectiva; aceptar lo contrario sería tanto como hacer responsables por ejemplo, a los Ministros de la Suprema Corte de Justicia y a sus Secretarios del robo de expedientes que en ocasiones pueden contener títulos de crédito por sumas cuantiosas o contratos también por valores de importancia."¹³⁷

¹³⁷ Tercera Sala, SJF. Séptima Época volumen 26 cuarta parte página 33.

CAPÍTULO 4

PROPUESTA PARA LA CREACIÓN DE UN FONDO PARA GARANTIZAR EL PAGO DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA Y DIRECTA DEL ESTADO.

4.1. Propuesta de adición al artículo 1927 del Código Civil Federal, para establecer la responsabilidad solidaria y directa; y del fondo de responsabilidad patrimonial del Estado.

Desde diversas vertientes de la sociedad mexicana, se ha venido externando una preocupación que tiene que ver, de manera muy particular, con la forma en que el Estado asume su responsabilidad patrimonial al dar respuesta a las violaciones a los derechos patrimoniales y extrapatrimoniales en que incurran los servidores públicos y el Estado directamente.

Es de importancia capital, que quien ejerce la función pública ajusten sus actos a la jerarquía que a partir de la Norma Fundamental, respetuosa de los derechos de las personas, configura al orden jurídico mexicano. Por ello, es imperativo que cuando un servidor público o el Estado que deliberadamente violen esos derechos, la persona afectada deba ser plenamente resarcida de los daños y perjuicios sufridos.

Esta postura encuentra sólidos antecedentes doctrinarios, donde se ha estimado como urgente buscar una solución más adecuada al problema de reparar el daño, así como el de establecer un principio de justicia para el particular afectado, puesto que siempre habían resultado infructuosos los reclamos habidos, ya fuera por la falta de un sustento normativo eficaz o por las penurias económicas estatales a las que se enfrentan los ciudadanos afectados.

4.1.1. Responsabilidad solidaria y directa del Estado.

Como hemos dicho, la responsabilidad subsidiaria e indirecta del Estado, es un sistema proteccionista de las obligaciones de éste, toda vez que deposita esa responsabilidad y sus consecuencias en las personas físicas que materialmente

las ejecutan (servidores públicos o funcionarios), si bien es cierto que reconoce cierta responsabilidad solidaria, también lo es que ante las nuevas ideas democráticas de respeto al estado de derecho, resulta atrasada e ineficaz. En las actuales circunstancias de relación entre el Estado-ciudadano, donde se exige del Estado una mayor responsabilidad, en forma particular las obligaciones que se originan por el mal funcionamiento de las actividades públicas que realiza el Estado, sin importar si el servidor público fue el directamente responsable, surge un nuevo pensamiento de la figura de la responsabilidad civil, misma que se funda en la culpa en el daño, la cual como dijimos traslada ese elemento subjetivo a uno objetivo como es la ilicitud por la actividad de las funciones públicas.

Ante estas circunstancias, se propone establecer en nuestra ley sustantiva, los elementos que integrarían la nueva teoría de la responsabilidad directa del Estado, para esto proponemos que nuestra ley civil contemple los siguientes aspectos:

a) La responsabilidad solidaria del Estado, para efecto de la indemnización, es decir, el concepto solidario deberá evolucionar y contemplarse en su aspecto *lato sensu*, para obligar al Estado a asumir una indemnización directa a favor de la víctima, esto bajo el principio de la obligación ante las cargas públicas; además que esta indemnización cumpliría con los principios de prontitud y equidad.

b) La responsabilidad civil del Estado fundada en la culpa, tomando dos aspectos, la culpa fundada en la conducta ilícita de la persona que directamente comete el daño (servidor público), y la culpa fundamentada en el daño, ilicitud que tendrá su origen en la actividad irregular del Estado (culpa en el daño), es decir, que existen casos en que al llevar a cabo el servidor público el servicio encomendado no se advierte intención de dañar, falta de cuidado o negligencia, pero sí un daño real y objetivo ilícito que según esta teoría de la responsabilidad directa del Estado, deberá ser resarcido por éste, tema que abundaremos más adelante a fin de estar en posibilidad de establecer la necesidad de crear un fondo al cual se le denominará como Fondo para garantizar el pago de la responsabilidad solidaria y directa del Estado.

En relación con la primera propuesta, respecto a la responsabilidad solidaria del Estado, la podemos concebir como la obligación que tendría el Estado para asumir el pago directo de la indemnización; esto es, que una vez agotado el procedimiento judicial, donde se acreditó la responsabilidad patrimonial o extrapatrimonial del Estado, ya sea por responsabilidad directa del servidor público o del Estado por su irregularidad en el servicio en la función pública, la víctima podrá solicitar de forma directa al Estado el pago de la indemnización, acción que desde luego beneficiaría al agraviado del ilícito civil al proporcionarle una mayor certeza y seguridad jurídica para ver resarcido su daño, al no tener que enfrentarse a un procedimiento largo y tedioso; indemnización que será inmediata y que derogaría esa acción procesal dilatoria, que señala que para solicitar la indemnización solidaria al Estado, primero se deberá acreditar la insolvencia del servidor público, circunstancia que incrementa los costos para exigir la reparación del daño, al requerir prácticamente un segundo juicio, lo que resulta una interpretación abusiva si es que se demanda al mismo tiempo dos obligaciones distintas que se traducen en un mero problema de ejecución diferenciada de la sentencia. La necesidad de un doble juicio, como podrá suponerse, incrementa enormemente los costos de tiempo y dinero para que el agraviado logre que se le pague la indemnización.

Creemos, que la responsabilidad solidaria del Estado que proponemos justifica su implementación, además de los casos señalados, a que éste, por su organización, recursos, medios de programación y sistemas de vigilancia, así como por su responsabilidad en la selección, capacitación y control de personal que presta sus servicios, está en condiciones en todo momento de prever y corregir las actuaciones ilícitas de los servidores públicos. Consideramos que esta responsabilidad solidaria para efecto de la indemnización, representaría un gran avance en las obligaciones del Estado, tanto para que permita el ejercicio directo de la indemnización en su contra, pero desde luego sujeto a la demostración de la responsabilidad subjetiva ilícita del servidor público y/o del Estado por su actividad irregular en las funciones públicas.

Es pertinente precisar que en el supuesto de que el Estado realice el pago al particular afectado, de acuerdo a la responsabilidad solidaria que proponemos, el Estado deberá conservar el derecho a la vía de regreso para reclamar al servidor público, cuya conducta sea la causante del daño, el pago equivalente, mediante esta vía se tiene la posibilidad de recuperar lo erogado o al menos una parte del mismo, pero también, la vía de repetición cumple con otra función, la de ser un mecanismo que evita la fuga de responsabilidades del servidor público frente al Estado. En esa medida, la vía de regreso forma parte de los instrumentos cuya efectividad se convierte en uno de los resortes para motivar la observancia que los servidores públicos deben tener en los deberes encomendados en la prestación de sus servicios para los cuales fueron contratados por el Estado. En tal sentido, no basta solamente con mantener tal potestad, sino tomar en consideración lo anterior como razón fundamental para ponderar la obligatoriedad en el ejercicio de la acción de regreso. Lo contrario, sería dejar en manos de los servidores públicos responsables del ejercicio de la acción la decisión de no ejercerla; esto podría dar lugar al no ejercicio sea por una cuestión de solidaridad de grupo o bien por ser potestativa. se busque, por parte del sujeto infractor, la obtención de un no ejercicio, o evitar que se ejerza aun bajo el pretexto de las cargas de trabajo. ¿Debería mantenerse como potestativa la repetición contra el infractor o debería establecerse como obligatoria? Lo hasta aquí comentado parece sugerir que resulta preferible la obligatoriedad de su ejercicio, no solamente por los efectos conductuales ya anotados sino porque la indemnización otorgada por el Estado lo cual repercute en la riqueza social, o dicho de otra manera, se afecta al patrimonio público y que por lo tanto debería excluirse de la decisión de los servidores públicos.

Cabe mencionar, que en los casos de responsabilidad directa del Estado que se acredite por una actividad irregular y cuya responsabilidad naturalmente no es imputable a ningún servidor público, la vía de regreso sería inoperante, lo contrario por mero sentido de justicia; cuya indemnización sería directa y soportada por el erario público.

En cuanto a la responsabilidad directa, la doctrina y nuestra propia norma suprema contempla que existen casos en la actividad pública del Estado en que no existe una responsabilidad imputable al servidor público; es decir, la acción u omisión que origina el daño al particular o gobernado no se acreditó la intención, negligencia o falta de cuidado de parte del servidor público y esto lo exime de esa responsabilidad fundada en la culpa, sin embargo, ante la existencia real y objetiva de un daño, surge la siguiente cuestión ¿será justo tener que soportar dicho daño o deberá asumir el Estado una responsabilidad directa fundada en la ilicitud de su actividad irregular?, para argumentar este último caso han surgido diferentes teorías que justifican su existencia.

A continuación se hará una breve referencia a los criterios más importantes que justifican el derecho de los particulares para ser indemnizados por el Estado, cuando éste incurra en responsabilidad por su actividad irregular.

Primeramente tenemos la teoría de la **representación**, basada en argumentos de derecho civil que parten de la idea de que los servidores públicos actúan en representación del Estado, por lo tanto, si se causaba un daño al particular, el representado (Estado) debía responder por los actos de sus representantes, con las limitaciones ya señaladas (responsabilidad subjetiva).

El criterio anterior, es criticado ya que si bien es válido sobre la materia civil, resulta inapropiado dentro de la Administración Pública, en donde más que una cuestión de representación implica un aspecto de funcionamiento de los órganos estatales.

Esto último dio lugar a la teoría **organicista**, acerca de la cual Luis Humberto Delgadillo y Manuel Lucero expresan lo siguiente:

“La Teoría Organicista manifiesta que el Estado sólo puede actuar a través de sus órganos, los cuales se integran por un elemento objetivo (competencia) y uno subjetivo (funcionario). Todo lo que éstos hagan se entiende hecho por la

propia administración, por lo que si al actuar lesionan a un particular, el Estado debe responder por los daños causados”.¹³⁸

Otra teoría que ha surgido es la de la **igualdad o proporcionalidad** de las cargas públicas.

En cuanto a esto el maestro Gabino Fraga señala que:

“Sin duda una de las teorías que ha alcanzado mayor difusión es la que adopta como base el principio de la igualdad de los individuos ante las cargas públicas, principio conforme al cual si una actuación gubernamental causa un daño a un individuo sobre quien se hace recaer todo el peso de dicha actuación, la ruptura que así se produce de la igualdad respecto de los demás administrados, obliga al restablecimiento de ella, transfiriendo la carga del daño al patrimonio público alimentado por la contribución de todos los administrados”.¹³⁹

Una postura más es conocida como la teoría del **riesgo profesional**, explicada por el Dr. Andrés Serra Rojas en los siguientes términos:

“El Estado es siempre responsable de la actividad de sus agentes en el funcionamiento de los servicios públicos o en la realización de su esfera de competencia. En determinadas condiciones el Estado puede repetir contra del causante el daño, si le es directamente imputable. La culpa en el servicio se origina por el funcionamiento regular de éste que ocasiona daños imprevistos. Para determinar la responsabilidad personal del funcionario por los daños causados en su actividad, la doctrina comienza por distinguir entre la culpa personal y la culpa del servicio, esta última siempre a cargo de la administración. La primera se origina por actos ilegales, propios e intencionados que entrañan errores y violaciones a la ley personal”.¹⁴⁰

Por otro lado, se encuentra el criterio que sustenta el principio de **estricta justicia**, bien común, solidaridad social y estado de derecho, según el cual es necesario considerar diversos elementos para atribuir la responsabilidad al Estado cuando se cause un daño a los particulares. Entre esos elementos se encuentran la

¹³⁸ DELGADILLO, Gutiérrez, Luis Humberto y LUCERO Espinosa Manuel “ *Elementos de derecho administrativo*” Segundo Curso Editorial Limusa, México, 1995 p. 67.

¹³⁹ FRAGA Gabino. Ob. Cit. p. 421

¹⁴⁰ SERRA Rojas, Andrés. Ob. Cit. t. II p. 1323.

justicia y equidad, ya que en todas las relaciones jurídicas, el Estado debe actuar en estricto respeto a los derechos de los gobernados, por lo que su actuación debe ser justa y equitativa, y no lo sería cuando cause daños a los particulares sin la correspondiente indemnización, principios generales del derecho como lo es la justicia y el bien común.

En relación con esto, el Dr. Álvaro Castro Estrada afirma lo siguiente:

"Por nuestra parte, pensamos también que los principios de justicia y bien común constituyen los valores fundamentales del Derecho y consideramos que el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado, está basado o fundamentado en principios generales del Derecho que no son sino expresiones elocuentes de su contenido de valor —justicia y bien común— incorporados en la configuración misma de tal institución jurídica".¹⁴¹

De acuerdo con lo anterior y basándonos en la justicia, equidad y el bien común, es indudable que si se causa un daño a los particulares debe ser reparado, ya que de lo contrario implicaría una injusticia contra el ciudadano. Asimismo, por equidad debe buscarse en todo caso que los gobernados puedan solicitar la indemnización correspondiente cuando sufren un daño, aún cuando sea el Estado el que se lo ocasionó por su función pública.

Si se actúa bajo principios de justicia y equidad, estará cumpliéndose también con el fin estatal consistente en el bien común, mediante el cual se procura que los gobernados alcancen el mayor bienestar posible, lo que comprende evitar todo daño en su contra, pero cuando eso surja deberá repararse, aún cuando la responsabilidad recaiga en el propio Estado.

Bajo este último criterio, es posible pensar en un estado de derecho donde el Estado asuma la responsabilidad de sus actos cuando cause daño a los particulares, derivados tanto de la responsabilidad directa de los funcionarios como de aquellos actos u hechos ilícitos donde no exista esa participación, pero

¹⁴¹ CASTRO Estrada, Álvaro. Ob. Cit. p.134.

que ambos originan una actividad irregular de las funciones públicas. Principios que deberán ser clasificados en el derecho civil, como un elemento en la evolución de las obligaciones civiles, en forma particular del elemento culpa, como el hecho ilícito fundado en la actividad irregular del servicio público al momento de llevar a cabo el servicio encomendado.

Es cierto, que esta evolución del elemento culpa fundado en la irregularidad del servicio público contemplado en el derecho civil, pudiese presentar algunas objeciones, entre estas la que señala que la responsabilidad fundada en la actividad irregular, deberá contemplarse dentro del derecho público o administrativo, en virtud de que la falta se origina por la acción u omisión de los servicios públicos a los que el Estado está obligado, es decir, que el daño se fundamentará no en una conducta ilícita del servidor público como representante del Estado, sino por la ilicitud en el daño.

Por lo tanto creemos, que si bien es cierto que la nueva teoría de la responsabilidad del Estado fundada en la actividad administrativa o pública, debe ser regulada por los principios de ese derecho, también lo es que el derecho civil o privado, deberá evolucionar y contemplar esos nuevos elementos que estructuran la responsabilidad civil fundada en la actividad irregular del Estado, es decir, que dicha irregularidad en la actividad o función pública puede tener dos orígenes:

- a) Por la falta directa del servidor público encargado de las funciones públicas.
- b) Por la falta directa del Estado, al no proporcionar las condiciones y recursos necesarios para el regular funcionamiento.

Ahora bien, para poder determinar tal responsabilidad, es necesario precisar en que consistirá esa ilicitud a través de una actividad irregular; hemos dicho que actualmente nuestra legislación sustantiva sólo contempla la responsabilidad civil fundada en la culpa directa del servidor público, ilicitud que tiene su origen en las funciones o atribuciones que legalmente le son asignadas por la prestación de un servicio, ya sea en condiciones de obligado principal único o como obligado

solidario; para señalar los casos de ilicitud fundada en la actividad irregular, debemos precisar los casos u ámbitos de actuación ilícita de los servidores públicos, a efecto de señalar las condiciones de imputación de este y, por consecuencia, la exigibilidad directa de la indemnización, o bien, que dada la regularidad de la conducta individual o la no imputabilidad, el daño que pudiera haberse causado sea exigible al Estado por su función pública.

En primer término, debemos tener presente que el servidor público está sujeto a un estatuto especial de derecho público que determina el tipo de relación jurídica que lo vincula al Estado (funcionario u empleado), que asigna su estatus como elemento humano dentro de la organización estatal (titular del órgano o servidor público auxiliar), o asigna los caracteres con los que se exterioriza su actuación (función de autoridad, prestación de servicios públicos, celebración de contratos).

La delimitación de lo que el funcionario puede hacer válidamente, se contempla en los ordenamientos que establecen la competencia de los órganos (leyes y reglamentos orgánicos, entre los más destacados) y, por otra parte, el modo de cumplir los deberes y las sanciones derivadas del incumplimiento que se determinan fundamentalmente en los ordenamientos que regulan la disciplina y responsabilidad de los servidores públicos, sea en leyes generales (Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos), para citar el caso especial o bien en los ordenamientos especiales que regulan estatutos particulares (Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, o las que regulan la disciplina militar, como ejemplo). A los anteriores regímenes de responsabilidad administrativa habrá que agregar los ilícitos civiles como el que hoy nos ocupa o penales que dan lugar a consecuencias correspondientes.

Suponiendo, que la base para determinar la responsabilidad directa exigible al servidor público es su actuación en tanto desempeña funciones públicas, las condiciones de ilicitud de esa actividad se darán en tanto transgreda el ámbito de competencia que le están asignadas al órgano por el que actúa y que son también sus propios límites al ser su elemento personal (actuación *ultra vires*); o bien,

actuando dentro de su competencia lleve a cabo alguna conducta (acción u omisión) que implique un incumplimiento de los deberes del adecuado cumplimiento de sus funciones que le fueron encomendadas por la prestación de sus servicios.

Como advertimos en materia federal, la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, señala un conjunto de obligaciones específicas para "observar buena conducta en su empleo, cargo o comisión, tratando con respeto, diligencia, imparcialidad y rectitud a las personas con las que tenga relación con motivo de éste. "De esta manera, mientras en algunos casos podemos localizar deberes que establecen conductas de objetivación precisa (vgr., presentar la declaración patrimonial ante la autoridad correspondiente), en otros casos el empleo de conceptos jurídicos indeterminados o términos abiertos dificulta tal objetivación (vgr., cumplir con la máxima diligencia el servicio encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia de dicho servicio; observar respeto y subordinación legítima respecto a sus superiores; atender con diligencia las instrucciones, requerimientos y resoluciones).

El empleo de términos que dan lugar a márgenes de indeterminación conductual o bien a una diversidad de significaciones, origina ciertas zonas grises no solamente para la actuación discrecional del servidor público al llevar a cabo las funciones encomendadas por la prestación de sus servicios, sino para que el órgano controlador de sus actuaciones, dado su propio esquema referencial, pueda fincar responsabilidades con consecuencias patrimoniales.

La indeterminación se complica si tales obligaciones, se interpretan de acuerdo con los principios y/o valores que guían tal disposición "legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia" y que originan sus propios problemas interpretativos.

A lo anterior, habrá que agregar que a pesar de que los deberes de los servidores públicos al llevar a cabo las funciones encomendadas por la prestación de sus servicios se dirigen a la generalidad de éstos, ante la diversidad de funciones públicas que desempeñan las condiciones de regularidad son distintas, sea por las características de la función y por la regulación aplicable a la misma. De esta suerte, un acto de autoridad diferirá del servicio que presta un médico en un hospital público, o bien, el estatuto y función de un órgano administrativo diferirá de la de un órgano jurisdiccional.

Como podrá observarse, los deberes señalados en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, no se limitarían, si los contrastamos con un acto administrativo, al cumplimiento de sus elementos de validez con los cuales podría satisfacerse la exigencia de legalidad, sino que también podrán requerirse elementos de contextualización del acto en función de su "buena conducta", "respeto", "diligencia", cuestiones relacionadas con la eficiencia requerida; para el caso de un servidor público que presta un servicio asistencial (vgr. la salud), habrá de requerirse no solamente la prestación del servicio sino las condiciones del mismo, según la oportunidad y las condiciones propias de la *lex artis*.

Pero más allá de que su conducta personal sea regular, habrá que ver si la Administración le proveyó las condiciones adecuadas y suficientes para cumplir sus deberes (instrumental para el tratamiento o el diagnóstico, medicamentos,) o si la falta de los mismos le es imputable.

En el caso de las funciones administrativas y jurisdiccionales, si bien ambas pudieran considerarse como similares en cuanto individualizan normas generales, tienen sin embargo sus peculiaridades, pues aun cuando tienen como referente común la sujeción a la ley, operan bajo distintos subsistemas constituidos, sea por los reglamentos administrativos, las normas generales administrativas o las interpretaciones administrativas, o bien sea bajo las reglas de actuación delimitadas por la jurisprudencia. Lo anterior, puede arrojar en una misma materia

modos de aplicación distintos y aun contradictorios, pero que colocados en una línea de producción normativa podría prevalecer la decisión jurisdiccional, en tanto la misma surge de la función revisora a cargo de los órganos jurisdiccionales.

¿Cómo determinar entonces la objetividad de la actividad irregular del servicio público y la delimitación a la actuación de los servidores públicos?. La solución creemos que tiene que buscarse en dos vías, por una parte en la existencia de un número limitado de causas excluyentes de la responsabilidad de los servidores públicos, y por otra, en la delimitación de estándares de cumplimiento de la regularidad de la función administrativa, y si cumplidos estos requisitos aun existiese un daño, el Estado deberá asumir esa responsabilidad.

En el primer sentido, encontramos ya algunos precedente en la doctrina y jurisprudencia:

Por una parte, es de aceptación general que tratándose de responsabilidad subjetiva, cabe alegar como excluyentes de responsabilidad el hecho o culpa inexcusable de la víctima, la fuerza mayor o caso fortuito, y el hecho de un tercero. Por ser causas cuya aplicación opera en los casos de responsabilidad de sujetos que se hayan en relaciones de "coordinación", habrá que estar alerta a las modalidades específicas de la calidad del servidor público, ya que la naturaleza de sus actos varía; (actos de autoridad que el gobernado deba soportar), así pues, en el caso del hecho o culpa inexcusable de la víctima, en actos de autoridad es improbable la presencia de tal excluyente, si es posible su operatividad en otro tipo de actos, al respecto se cita la siguiente tesis:

"CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR. ELEMENTOS.

Independientemente del criterio doctrinal que se adopte acerca de si los conceptos fuerza mayor y caso fortuito tienen una misma o diversa significación, no se puede negar que sus elementos fundamentales y sus efectos son los mismos, pues se trata de sucesos de la naturaleza o de hechos del hombre que, siendo extraños al obligado, lo afectan en su esfera jurídica, impidiéndole temporal o definitivamente el cumplimiento parcial o total

de una obligación, sin que tales hechos le sean imputables directa o indirectamente por culpa, y cuya afectación no puede evitar con los instrumentos de que normalmente se disponga en el medio social en el que se desenvuelve, ya para prevenir el acontecimiento o para oponerse a él y resistirlo.¹⁴²

Para el caso fortuito o fuerza mayor, los elementos de imprevisibilidad y la irresistibilidad como ya vimos son elementos imprescindibles, el primero se presenta cuando no es factible creer en su realización, y el segundo, cuando no es posible evitar su acaecimiento o sus consecuencias.

No obstante, la aplicación de las excluyentes mencionadas, existe que de forma directa o indirecta el servidor público cause algún daño aun cumpliendo los deberes exigibles a su conducta personal, pero que por causa no imputable a él se origina un daño, entre otros casos se destacan los siguientes:

- a) Daño que tiene su origen por la falta de recursos o instrumentos necesarios para desempeñar adecuadamente su función.
- b) Actos de gobierno.
- c) La imposibilidad material para cumplir con los deberes de tutela de los bienes bajo su custodia, entre otros; daños que según la teoría moderna de la responsabilidad deberán ser resarcidos.

Un ejemplo de este tipo de excluyente, es el que tiene que ver con los llamados actos de gobierno, en particular aquellos distintos a los actos legislativos y que provienen de órganos administrativos (vgr. los contenidos en los planes o programas de desarrollo). Efectos que tienen que ver con decisiones de dirección de los asuntos fundamentales para el país, políticas que tienen como consecuencia impactos en las economías personales, y que dentro de la

¹⁴² No. Registro: 245,709. Tesis aislada. Materia(s): Laboral. Séptima Época. Instancia: Sala Auxiliar. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 121-126 Séptima Parte. Tesis: Página: 81. Genealogía: Informe 1979, Segunda Parte, Sala Auxiliar, tesis 11, página 36.

Administración Pública tienen que ser acatadas por su condición de obligatorias para los servidores públicos y que en acatamiento de instrucciones o como ejercicio de la facultad para conducir la política, pueden conformar un ámbito de inmunidad a la responsabilidad subjetiva (sin que por ello se prejuzgue la objetiva atribuible al Estado que se analiza). Evidentemente, la valoración de la teoría y del régimen jurídico de los actos de gobierno presenta una problemática especial, tanto por la insuficiencia de su tratamiento en derecho positivo o en la dogmática jurídica nacional, como porque su aceptación es un arma de doble filo, pues no sólo se configuraría como una técnica de protección de los derechos de propiedad del servidor público, sino como un instrumento cuyo uso discrecional provocaría consecuencias hacia los patrimonios privados. Por lo que en caso de estipularse esta excluyente de responsabilidad, deberá previamente aclararse el alcance y limitación de dichos actos.¹⁴³

Para sostener dicha responsabilidad, surge una corriente de pensamiento doctrinario que señala, que dicha responsabilidad se fundamenta en la culpa en el servicio; es decir, que el daño tiene su origen en el incumplimiento de los servicios públicos en las funciones encomendadas por la prestación de sus servicios al Estado; pensamiento que, traslada ese elemento subjetivo de la persona, a un elemento objetivo que es la actividad o función pública, responsabilidad que se fundamentará entonces en lo que la doctrina ha llamado culpa en el daño, tema que desde luego tendrá que desarrollarse en el derecho administrativo, pero que el derecho civil deberá señalar cuales son los elementos que integran dicha responsabilidad.

En razón de lo anterior, consideramos necesario una reforma a nuestra ley sustantiva en materia civil, respecto a la responsabilidad directa del Estado, por su actividad irregular, ilicitud originada tanto por la actividad directa de sus servidores

¹⁴³ Un caso paradigmático que puede llegar a generar un daño patrimonial a los todos los ciudadanos de nuestro país, es lo referente a lo sucedido el pasado 15 de noviembre de 2004, fue la controversia que origino la aprobación del presupuesto egresos de la federación, donde la cámara de diputados hizo modificaciones al proyecto inicial del ejecutivo federal, argumentando este, que dichas modificaciones van en contra del programa nacional de desarrollo, que de ser cierto provocarían diferentes perjuicios sociales.

públicos por la prestación de sus servicios, como de aquellos casos en el que la conducta irregular no es imputable a ellos, pero que ante un daño real y objetivo, obliga al Estado a asumir dicha responsabilidad; adecuación que consideramos proporcionará los elementos para estructurar esta reciente obligación que el Estado tiene ante sus gobernados, esto es, ante un daño que el particular no tenga el deber legal de soportarlo, el Estado estará obligado a asumir una responsabilidad objetiva y directa por su actividad irregular (Reforma a la Constitución del 2002).

Es por ello que proponemos que nuestra ley sustantiva sea reformada en su numeral 1927 en materia Federal y local para el Distrito Federal, respecto a la responsabilidad civil del Estado, estableciéndose la propuesta planteada, la cual tendría la siguiente redacción:

Redacción actual:

"Artículo 1927. El estado tiene obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos, en los que sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos".

Redacción propuesta:

"Responsabilidad civil por la actividad irregular del Estado.

Responsabilidad por el servidor público.

Artículo 1927. El Estado, los municipios y sus respectivos organismos descentralizados, tienen la obligación de responder de los daños causados por sus servidores públicos en ejercicio de las funciones públicas que les estén encomendadas. Esta responsabilidad es directa para el servidor público y solidaria del Estado para efecto de la indemnización.

Responsabilidad por el Estado.

Si el daño se origina por un hecho ilícito no imputable al servidor público, el Estado deberá responder directamente por esa actividad administrativa irregular. Y sólo podrá hacerse efectiva, cuando el afectado no tenga el deber legal de soportarlo.

Para garantizar esta responsabilidad, el Estado creará el fondo de la responsabilidad civil del Estado, que tendrá por objeto indemnizar a la víctima de los daños y perjuicios del Estado”.

Las adiciones a nuestra ley sustantiva aquí propuestas serían letra muerta si, simultáneamente, no se realizaran las adecuaciones necesarias a la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, de manera que, una vez obtenida una resolución administrativa o jurisdiccional en la que se funden las obligaciones del Estado a fin de que lleve a cabo la reparación de los daños y perjuicios causados a los particulares, ya sea directamente por el servidor público o del Estado por esa actividad irregular en el servicio encomendado por la prestación de sus servicios, se disponga de los recursos presupuestales para dar cumplimiento a tal resolución. Por tanto se propone incluir un renglón específico, dentro del gasto público federal, que se refiera al fondo de la responsabilidad patrimonial del Estado que permita garantizar al ciudadano el pago de la indemnización por el daño ocasionado a su patrimonio.

4.1.2. Fondo para garantizar el pago de la responsabilidad civil del Estado.

Ante la necesidad de que el Estado pueda hacer frente a la responsabilidad patrimonial y en forma particular a la responsabilidad civil solidaria y directa que se ha propuesto, es necesario crear las medidas preventivas para cubrir esa indemnización ante las eventuales obligaciones.

Sabemos que nuestra legislación civil vigente, contempla diferentes sistemas para garantizar los daños que tienen su origen en algún ilícito civil, ya sea por el incumplimiento de una obligación o por el deber general de no dañar, principio

primordial que nuestra Carta Magna le otorga al gobernado, por ello en la actualidad el sistema más utilizado es el contrato de seguro, medio a través del cual una Compañía Aseguradora se subrogará con el obligado directo a cumplir con la futura indemnización, póliza de seguro que es contratada como garantía de pago al hecho ilícito.

Por otra parte, se tienen las cauciones a través de billetes de depósito, para garantizar las obligaciones que por su naturaleza requieren de la protección inmediata, como son los casos de la pensión alimenticia en materia familiar, o cuando las partes así lo estipulan, casos como se menciona, sirven como garantía para el futuro en el que el servidor público tenga que enfrentarse al pago de la indemnización por un daño ocasionado al gobernado con motivo de su actividad ilícita civil derivada de la prestación de su servicio.

Para el caso que nos ocupa, respeto a la eventual obligación de algún servidor público o del Estado por la comisión de un ilícito civil, no existe una garantía real y *ex profeso* que garantice plenamente el derecho a la indemnización, que desde luego tiene toda persona afectada por el daño directo o indirecto del Estado.

La frecuente inoperancia de este derecho a la indemnización del Estado, pensamos que se debe a cuatro factores principales:

- a) La falta de conocimiento por parte de la víctima de estos derechos o conociéndolos se desconoce como ejercerlo.
- b) El elevado costo que implica el procedimiento jurídico de esta naturaleza.
- c) La insolvencia o precaria capacidad económica de la mayoría de los servidores públicos de bajo nivel, que según nuestra ley actual son los directamente responsables y por lo tanto con una mayor incidencia a cometer dichos ilícitos, circunstancias que los limita para enfrentar la materialización del riesgo de esa función pública.

- d) La falta de una partida presupuestal para hacer frente al nuevo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado.

Consideramos que la solución a estos problemas, consiste en crear un fondo de garantía a la “responsabilidad patrimonial y directa del Estado”, que coadyuve a la insolvencia del sujeto activo y motive a la víctima a ejercer dicho derecho, con el conocimiento de que podrá ver resarcido su daño en forma directa por el Estado.

En efecto, bajo el supuesto de la indemnización solidaria y directa que asumirá el Estado, la creación de este fondo de garantía, tendría dos objetivos principales:

1. Garantizar la insolvencia del servidor público responsable, mediante el pago de las indemnizaciones a través del fondo.
2. Garantizar el pago directo por parte del Estado, respecto de las obligaciones originadas por su actividad irregular.

4.1.2.1. Viabilidad jurídica para la creación del fondo.

Un primer elemento que da viabilidad jurídica para la creación del fondo de la responsabilidad patrimonial del Estado, se desprende de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público, que en su numeral 2º, párrafo segundo, última parte, señala la obligación de contemplar como gasto público federal erogaciones entre otras, aquéllas que por concepto de responsabilidad patrimonial se originen.

Artículo 2º. El gasto Público Federal comprende las erogaciones por concepto de gasto corriente, inversión física, inversión financiera, así como pagos de pasivo o de deuda pública, y por concepto de responsabilidad patrimonial, que realizan. ...

En segundo lugar, podemos contemplar esta posibilidad jurídica en la obligación estipulada en la reforma constitucional de 2002, donde se otorga una nueva garantía a los gobernados, la cual consiste en la obligación que tiene el Estado para asumir una responsabilidad directa y objetiva respecto a los daños que

provoque en su actividad pública, la cual el gobernado no tiene obligación de soportar ni mucho menos que se vea mermado su patrimonio, pues en algunos casos es el único medio por el cual el ciudadano provee sus más elementales necesidades y la de su familia.

Obligación que se desprende de nuestra Carta Magna, al otorgarle a sus gobernados la facultad de exigir al Estado una indemnización por su actividad irregular:

“Artículo 113 Constitucional, Segundo Párrafo.

La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes.”

Reforma que entró en vigor en enero de 2004, tarea legislativa que deberá desarrollar la Federación, las entidades federativas y los municipios, a fin de conformar el marco regulatorio donde sean contemplados los principios de la responsabilidad patrimonial del Estado como sujeto del derecho público, así como las adecuaciones en sus presupuestos para proveer el cumplimiento de su responsabilidad patrimonial.

Es pertinente puntualizar que el artículo Transitorio del citado decreto, establece que la indemnización se cubrirá atendiendo a la resolución con la que culmine el procedimiento correspondiente, cuyo monto se hará efectivo, según la disponibilidad presupuestaria del ejercicio fiscal de que se trate; de tal manera que la objetividad prevaleciente en este tipo de responsabilidad, queda plenamente sistematizada.

Cabe hacer mención que para complementar la viabilidad del fondo es necesario que en ambas leyes se realicen adecuaciones o adiciones, donde se faculte a la Secretaría de la Función Pública y sus similares de los Estados de la República Mexicana, a fin de crear y administrar el fondo de la responsabilidad patrimonial del Estado aquí propuesto, que tendrá como objeto cumplir con la nueva

responsabilidad del Estado, y así estar en condiciones de que el gobernado tenga la certeza jurídica de ver resarcido el daño causado por la actividad ilícita imputable al servidor público con motivo de la prestación de su servicio o en su caso, la del Estado por su función irregular.

4.1.2.2. Facultad de la Secretaría de la Función Pública Federal y sus similares de los Estados de la República, para su creación y operación.

Las dependencias encargadas de crear y administrar dicho fondo de la responsabilidad civil del Estado, estarían a cargo de la Secretaría de la Función Pública en materia Federal y de las locales de cada Estado de la República, toda vez que reúnen las condiciones materiales y legales para su funcionamiento, dependencia cuya principal función es la de regular y supervisar todas las actividades de los servidores públicos y de las obligaciones del Estado.

Pensamos que sería la Secretaría la idónea para crear y administrar el fondo de la responsabilidad patrimonial del Estado propuesto, entre otras razones por las siguientes:

- a) Ser una dependencia que tiene el control y supervisión de las actividades y funciones de los servidores públicos.
- b) Su actual marco jurídico permite la viabilidad del manejo y supervisión de este fondo, ya que contempla aunque en forma discrecional un procedimiento administrativo para el pago de daños y perjuicios a los particulares por responsabilidad de los servidores públicos (Artículo 77 bis de la Ley Federal de los Servidores Públicos).
- c) Como el objeto del fondo de la responsabilidad patrimonial del Estado es garantizar la indemnización de la responsabilidad directa en que pudiere incurrir el Estado o indirecta por la responsabilidad de los servidores públicos; sólo requerirá revisar y reconocer la responsabilidad legal, por lo cual sería inoperante crear algún otro organismo o instituto público autónomo, toda vez

que generaría engrosar más el personal burocrático y los recursos materiales del Estado y en consecuencia generar un mayor gasto público.¹⁴⁴

- d) Es la autoridad encargada de proteger el patrimonio del Estado, para cumplir con esta obligación cuenta con medios materiales y humanos que supervisan y auditan el manejo correcto del gasto público asignado a cada dependencia para garantía de gobernado.

Facultades que se desprenden de su propia Ley Orgánica:

*Artículo 32 bis.- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

A la Secretaría de Función Pública de la Federación corresponde el despacho de los siguientes asuntos:

I. Planear, organizar y coordinar el sistema de control y evaluación gubernamental. Inspeccionar el ejercicio del gasto público federal y su congruencia con los presupuestos de egresos; ...

V. Comprobar el cumplimiento, por parte de las dependencias y entidades de la administración pública federal de las obligaciones derivadas de las disposiciones en materia de planeación, presupuestación, ingresos, financiamientos, inversión, deuda, patrimonio y fondos y valores de la propiedad o al cuidado del gobierno federal; ...

VIII. Inspeccionar y vigilar directamente o a través de los órganos de control que las dependencias y entidades de la administración pública federal cumplan con las normas y disposiciones en materia de: Sistemas de registro y contabilidad, contratación y pago de personal, contratación de servicios, obra pública, adquisiciones, arrendamiento, conservación. ...

XII. Opinar sobre el nombramiento, y en su caso, solicitar la remoción de los titulares de las áreas de control de las dependencias y entidades. ...

¹⁴⁴ Existen otras propuestas, entre las mas destacadas es la presentada por el doctor Álvaro Castro Estrada, el cual propone en crear el *Instituto de la Responsabilidad Patrimonial del Estado*, organismo descentralizado autónomo, que entre otras obligaciones se encargaría de operar y administrar la indemnización de los daños y perjuicios por la actividad irregular de la función publica; aparato que creemos sería lento en su actuar, además de generar un gran costo para el erario público.

- XV. Recibir y registrar las declaraciones patrimoniales que deben presentar los servidores de la administración pública federal. ...
- XVI. Atender las quejas que presenten los particulares con motivos de acuerdos, convenios o contratos que celebren con las dependencias y entidades de la Administración Pública. ...
- XVII. Conocer e investigar los actos, omisiones o conductas de los servidores públicos para constituir responsabilidades administrativas, aplicar las sanciones que correspondan en los términos que las leyes señalan, ...*

Por la naturaleza propia del fondo de la responsabilidad patrimonial del Estado, que es la de administrar recursos para el pago de los daños y perjuicios del Estado, y que estos pueden ser originados por sus servidores públicos y/o por la actividad administrativa a la que están obligados con motivo de la prestación de su servicio, esta Secretaría reúne esos requisitos, toda vez que regula y supervisa todos los contratos del personal que prestan un servicio público, es decir, realiza una función de patrón que conoce sus obligaciones en la prestación de los servicios públicos; así también el de vigilar y de supervisar la aplicación de los recursos públicos, elementos que forman parte de la naturaleza propia del fondo de la responsabilidad patrimonial del Estado que se propone con el objeto de garantizar al gobernado se le cubra la indemnización con motivo de un daño en contra de su patrimonio con motivo de la actividad irregular del servidor público.

Como el objetivo principal de crear el fondo de la responsabilidad patrimonial del Estado, es precisamente el de administrar los recursos que sean asignados para hacer frente a esa responsabilidad, dicha Secretaría cuenta con los elementos técnicos y materiales necesarios para esa operación, toda vez que sólo realizará la función de recabar las solicitudes de egresos de cada dependencia para ese rubro y calcular el monto que deberá solicitarse en la Ley de Egresos. Así como, el de revisar y en su caso autorizar el pago por concepto de responsabilidad patrimonial del Estado, esto es, sólo realizarán actividades estrictamente administrativas.

4.1.2.3. Creación de la Dirección dependiente de dicha Secretaría para su administración y funcionamiento.

Para la creación de la dependencia encargada de administrar el fondo de la responsabilidad patrimonial del Estado será necesario, también realizar las adecuaciones al marco jurídico actual, entre otras, a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y local de los Estados, a efecto de facultar a la Secretaría de la Función Pública, para crear una Dirección de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, la cual tendrá como objeto el de encargarse de administrar y operar dicho fondo de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Esta Dirección, formará parte de la Administración Pública, y tendrá como función principal el control de los recursos que forman parte del fondo de la responsabilidad patrimonial, para esto contará con una estructura de gobierno la cual se formará por un Director General y dos Subdirectores Administrativos, los cuales estarán encargados de la operación jurídica y administrativa, entre otras las siguientes:

- a) Realizar el monto global del presupuesto de egresos que formará parte del fondo de la responsabilidad patrimonial del Estado.
- b) El control de las aportaciones de los servidores públicos al fondo de la responsabilidad patrimonial del Estado.
- c) Revisar y evaluar las solicitudes de indemnización por los particulares afectados.
- d) Autorizar y aprobar en su caso, el pago por concepto de indemnización por los daños y perjuicios del Estado a los particulares.
- e) Realizar los controles de reincidencia de siniestros, para fijar los montos de presupuestos que se solicitarán anualmente a la Secretaría de la Función Pública.

- f) Promover en su caso el juicio de repetición contra los servidores público, que con su actuación u omisión hayan ocasionado daños y perjuicios y que el Estado haya asumido el pago de su responsabilidad.
- g) Vigilar y prever que los montos de las partidas presupuestales se destinen a cubrir las responsabilidades patrimoniales del ejercicio fiscal autorizado, el cual deberá ajustarse anualmente en una proporción igual al incremento promedio que se registren en dichos presupuestos.
- h) Denunciar a toda persona que directa o indirectamente participe, coadyuve, asista o simule la producción de daños con el propósito de acreditar indebidamente la responsabilidad patrimonial del Estado o de obtener alguna indemnización fraudulenta del fondo de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Esta Dirección tendrá la función de administrar y supervisar el manejo correcto del fondo de la responsabilidad patrimonial del Estado, el cual podrá operar mediante la idea de una Institución de Seguro, fondo que se formará a través de aportaciones realizadas principalmente por el Estado, mediante el presupuesto de egresos asignado a dicho rubro, así como de las aportaciones directas de los servidores públicos que se encuentren laboralmente activos, estas aportaciones tendrán como objeto el de garantizar la insolvencia que en dado momento pudiera enfrentarse el servidor público responsable del daño al momento de llevar a cabo las funciones encomendadas con motivo de la prestación de su servicio.

En este contexto, las aportaciones que formarán el fondo de la responsabilidad patrimonial del Estado serán de la siguiente forma:

- a) Cuota bimestral por cada servidor público, que servirá para garantizar el pago de la posible responsabilidad generada por el ejercicio de sus atribuciones, cuota que será voluntaria y el monto dependerá principalmente del nivel, puesto o cargo que desempeñe el servidor público, y

- b) Para el caso de la responsabilidad por la actividad irregular del Estado, ésta será obligatoria y se integrará por la partida presupuestal *ex profeso* asignada a cada Secretaría o Contraloría de cada Estado, para asumir dicha responsabilidad patrimonial.

La integración de este fondo de la responsabilidad patrimonial del Estado presentará las siguientes características:

1. En razón del primer supuesto, para el caso de que el fondo de la responsabilidad patrimonial del Estado sea integrado por cuotas voluntarias de los servidores públicos, ésta podría llevarse acabo de la misma forma en que funciona el Instituto Mexicano del Seguro Social o ISSSTE, es decir, que todo funcionario o servidor público que se encuentre en nómina y perciba un sueldo del erario público aportará a dicho fondo una cuota mensual, la cual será denominada “cuota de la responsabilidad patrimonial de las funciones públicas”, la suma de las cuotas cobradas deberán ser suficientes para efectuar los pagos requeridos, a las eventuales responsabilidades.

Cabe mencionar, que podrá realizar esta aportación cualquier persona que tenga la calidad de servidor público, es decir, todo aquel que desempeñe un empleo, cargo o comisión en la Administración Pública, maneje o aplique recursos públicos. Esta cuota es voluntaria para los servidores públicos, en razón de dejar a salvo los derechos constitucionales y/o laborales; pero una vez aceptado será obligatorio por el tiempo que dure la prestación de su servicio o función pública, cuyo periodo no podrá ser menor de un año.

Para el caso que la obligación de indemnizar haya surgido por responsabilidad directa del servidor público, se pueden observar dos situaciones:

- a) Que el autor del daño esté afiliado al fondo.
- b) El autor del daño no se encuentre afiliado al fondo.

En ambas situaciones, el fondo de la responsabilidad patrimonial del Estado pagará la indemnización y sólo se ejercería el derecho en vía de regreso, respecto del segundo supuesto.

Esto es, si el servidor público autor del daño no está afiliado al fondo, el Estado recobrará lo pagado a título de indemnización, a través del ejercicio del derecho en vía de regreso, en aquellos casos en que se demuestre que el autor del daño tiene los medios suficientes para responder; en los casos en que se demuestre lo contrario, el fondo de la responsabilidad patrimonial del Estado absorberá, ya sea el total o una parte del monto de la indemnización, de acuerdo con el resultado del estudio de sus bienes que se le haga al servidor público acreedor (autor del daño).

2. En el segundo caso, respecto a que el fondo de la responsabilidad patrimonial del Estado sea integrado por una partida anual, que formará el presupuesto de egresos para el rubro de la responsabilidad patrimonial del Estado, éste deberá ser solicitado por la Secretaría de la Función Pública y sus similares de la República; para integrar dicha solicitud, cada dependencia deberá enviar a esa Secretaría su presupuesto, para lo cual, deberá tomar en consideración entre otros elementos los siguientes:

a) El estudio y balance de pasivos del último año anterior, respecto al riesgo que cada una representa en su operación.

b) El número de siniestros acaecidos en el ejercicio, en ambos casos se deberá realizar el desglose respecto a la participación directa u indirecta en el daño, esto es, el número de siniestros donde el servidor público fue el directamente responsable y el número donde lo fue el Estado, esto con el objeto de llevar a cabo las estadísticas de reincidencia correspondientes. Solicitud que será entregada a la Dirección del fondo de la responsabilidad patrimonial dependiente de la Secretaría de la Función Pública, para el caso Federal, y sus similares en materia local, para efecto de la integración global, que formará parte

del monto total anual de la partida presupuestal, respecto del rubro de la responsabilidad patrimonial del Estado.

La solución en todos los casos sería la misma: a la realización de un daño, el Estado a través de la Dirección General propuesta y del fondo para la responsabilidad patrimonial del Estado, pagaría de inmediato a la víctima la indemnización correspondiente, tanto si el daño es producto de un acto directo intencional o no del servidor público derivado de su actividad encomendada por la prestación de un servicio, como si lo es del Estado, mismo que podrá ejercer la acción de subrogar en los derechos de la víctima, para obtener la recuperación de la suma pagada o ejecutar la vía de regreso, lo que naturalmente sólo se llevaría a cabo en los casos en que el acreedor -autor del daño- no estuviera afiliado al fondo de la responsabilidad patrimonial del Estado.

4.1.2.4 Procedimiento para el cobro de la indemnización.

El procedimiento de responsabilidad patrimonial del Estado, se iniciará por reclamación de la parte interesada. Una vez que se cuente con una resolución judicial o administrativa, que haya causado estado y sea ejecutable por algún juicio de responsabilidad civil del Estado, (civil, penal, administrativa o cualquier otra), la víctima o particular afectado, podrá acudir a solicitar el reconocimiento y aceptación de dicha responsabilidad a la dependencia denominada "Dirección General de la Responsabilidad Patrimonial del Estado", la cual dependerá de la Secretaría de la Función Pública en materia Federal y sus similares en materia local.

El procedimiento para el cobro de la indemnización será el siguiente:

- a) La reclamación deberá realizarse por la parte interesada o por sus dependientes económicos.
- b) Llenar una solicitud de reclamación ante la Dirección General de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, la cual deberá contener como mínimo:

los datos generales del reclamante; como domicilio para oír notificaciones y la narración de hechos imputable al servidor público o al Estado en su caso.

- c) Copia certificada del auto que declare que la sentencia ha causado ejecutoria, documento donde se acreditó la responsabilidad directa o indirecta del Estado.

Una vez que la autoridad haya revisado la certificación y veracidad de la misma (resolución ejecutoriada), deberá dictaminar o emitir su resolución de pago por escrito en un plazo que no excederá de diez días hábiles.

La indemnización deberá pagarse en moneda nacional, de conformidad con los términos y condiciones establecidas en la resolución acaecida, sin perjuicio de que pueda convenirse con el interesado su pago en especie o en parcialidades cuando no afecte el interés público ni la garantía del gobernado afectado.

Las resoluciones o sentencias firmes deberán registrarse por las dependencias o entidades, dichas autoridades, deberán llevar un registro de indemnizaciones por responsabilidad patrimonial, que será de consulta pública, a fin de que siguiendo el orden establecido, según su fecha de emisión, sean indemnizadas las lesiones patrimoniales cuando procedan de acuerdo con la ley.

En los casos de haberse celebrado un contrato de seguro contra la responsabilidad patrimonial, ante la eventual producción de los daños y perjuicios que sean consecuencia de la actividad administrativa del Estado, la suma asegurada se destinará a cubrir el monto equivalente a la reparación integral o equitativa, según el caso. De ser esta insuficiente, el Estado continuará obligado a resarcir la diferencia respectiva, por medio del fondo de la responsabilidad patrimonial del Estado. El pago de cantidades liquidadas por concepto de deducible corresponde a las dependencias o entidades y no podrá disminuirse de la indemnización.

Por lo anterior, podemos precisar que el fondo de la responsabilidad patrimonial del Estado que se propone, dependerá de la expedición de la ley que regule la

responsabilidad patrimonial del Estado estipulada en la reforma al artículo 113 Constitucional del 2002 y que entró en vigor en el 2004; así también de la adición a la Ley de Presupuesto Contabilidad y Gasto Pública, con el objeto de facultar a la Secretaría de la Función Pública, para la operación y funcionamiento de dicho fondo.

4.2. Propuesta de decreto para la aprobación de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, por el que se reforma el artículo 1927 del Código Civil para el Distrito Federal, cuya iniciativa presentaría el Jefe de Gobierno del Distrito Federal.

El proyecto de reforma a nuestra ley civil, va encaminada a otorgar mayores elementos de juicio al juzgador, para que al momento de emitir las resoluciones, éstas sean más apegadas a la justicia y la equidad.

La propuesta de decreto quedaría redactada de la siguiente forma:

Se reforma y adiciona el artículo 1927 del Código Civil para el Distrito Federal, para quedar como sigue:

ARTÍCULO ÚNICO. Se reforma el artículo 1927 del Código Civil para el Distrito Federal, en los siguientes términos:

*Responsabilidad civil del Estado.

Responsabilidad del servidor público.

Artículo 1927. El Estado, los municipios y sus respectivos organismos descentralizados, tienen la obligación de responder de los daños causados por sus servidores públicos en ejercicio de las funciones públicas que les estén encomendadas. Esta responsabilidad es directa para el servidor público y solidaria para el Estado para efecto de la indemnización.

Responsabilidad por actividad irregular del Estado.

Si el daño se origina por un hecho ilícito no imputable al servidor público, el Estado deberá responder directamente por esa actividad administrativa irregular. Y sólo podrá hacerse efectiva, cuando el afectado no tenga el deber legal de soportarlo.

Para garantizar esta responsabilidad, el Estado creará el fondo de la responsabilidad civil del Estado, que tendrá por objeto proteger a la víctima de los daños y perjuicios causados del Estado*.

TRANSITORIOS

ARTÍCULO ÚNICO.- Este decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal.

4.3. Beneficios de la propuesta planteada.

Es plausible el propósito de integrar en nuestro ordenamiento jurídico un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, en virtud que esto se ha convertido en una exigencia cada vez más reiterada; primeramente, porque la compleja conformación de la actividad del Estado requiere de sistemas sencillos y ágiles para proteger a los particulares, y en segundo término, porque la responsabilidad patrimonial, establecida de manera directa, se convierte en un mecanismo de equidad en las cargas públicas, evitando que quien sufre un daño, tenga que soportarlo inequitativamente.

Como hemos señalado en las propuestas planteadas, tienen como objeto principal el de proporcionar a la víctima de estos ilícitos civiles, mayor certidumbre y equidad jurídica; esto es, en aquellos casos donde el Estado ya sea por su actividad directa o indirecta, provoque algún daño en los bienes y derechos de los gobernados, responda siempre de forma directa para su reparación; indemnización solidaria que obliga al Estado a actuar con una mayor responsabilidad en favor de la víctima de estos ilícitos.

El sistema de responsabilidad que actualmente se estipula en nuestra ley civil, está apoyado en la responsabilidad subsidiaria e indirecta del Estado, sustentada en la culpa del servidor público, sistema que provoca en la víctima de estos ilícitos bastante incertidumbre y desánimo para solicitar su reclamación, entre otras causas, por el largo tiempo y los diferentes gastos que implica un procedimiento judicial de esa naturaleza; con esta propuesta se le otorga a la víctima una mayor seguridad jurídica, toda vez que podrá ver resarcido su daño en forma inmediata y directa por parte del Estado.

Con la implementación de esta figura de la responsabilidad solidaria del Estado para efecto de la indemnización directa, la víctima obtendría otro beneficio, este sería de carácter procesal, para otorgar mayor celeridad jurídica; en virtud de que esos daños podrán ser resarcidos, sin que previamente tenga que acreditarse la insolvencia del responsable directo, responsabilidad que asumirá el Estado bajo los principios de equidad ante las cargas y de estricto respeto al estado de derecho.

Así mismo, con la ampliación de la figura de la responsabilidad, fundada en la culpa en el daño, abre la posibilidad de imputar al Estado diferentes daños y que actualmente por la naturaleza subjetiva de la responsabilidad hace imposible su imputación; es decir, que existen casos en los que no hay intención, falta de cuidado o negligencia del servidor público, pero si un hecho real y objetivo que provoca un daño, circunstancia que actualmente no es contemplada en nuestro sistema de responsabilidad, provocándose con ello un estado de indefensión del agraviado de estos ilícitos. Con el estudio y la evolución del elemento culpa de la responsabilidad fundada en el daño, hemos propuesto su implementación a nuestro sistema de responsabilidad civil del Estado, con la finalidad de otorgar a la víctima mayores elementos de imputación a la actividad irregular del Estado.

Con la propuesta planteada, se le otorga certeza jurídica a los particulares para que siempre que el Estado con su actividad administrativa, produzca lesiones en sus bienes y derechos, responda de manera directa, para el pago de la

indemnización. Además, se pretende fijar las bases y el procedimiento para reconocer el derecho a la indemnización a quienes, sin obligación jurídica de soportarlo, sufran una lesión en su patrimonio con motivo de la actividad ilícita del servidor público por la prestación de un servicio.

Otro de los beneficios de la propuesta planteada es la relacionada con la implementación del fondo de la responsabilidad civil del Estado, sistema que otorga a los sujetos pasivos de un ilícito civil del Estado, una garantía real de pago; esto es, el Estado podrá hacerse de los recursos necesarios para hacer frente a esa responsabilidad patrimonial y solidaria; para la integración de este fondo, en donde participarán el Estado como sujeto de responsabilidad por su actividad irregular, a través de la asignación de una partida presupuesta; y de cuotas voluntarias por parte de los servidores públicos adscritos al Estado.

Además, se establece la posibilidad de que los servidores públicos, que por su actuación u omisión hayan ocasionado daños y perjuicios, y que, en un régimen de responsabilidad directa y objetiva del Estado se le impute a éste por los particulares lesionados en su patrimonio y éstos puedan hacer frente a esta nueva responsabilidad participando en el fondo de la responsabilidad patrimonial del Estado y garantizar así el derecho de los particulares a su integridad patrimonial.

Es importante señalar, que la presente propuesta de ninguna manera tiene como propósito solapar las responsabilidades personales de los servidores públicos, sino por el contrario garantizar fundamentalmente el derecho de los particulares a su integridad patrimonial, a través del reconocimiento expreso de una garantía de pago directo del Estado por concepto de indemnización, sistema que deja a salvo el derecho de repetición contra los servidores públicos, que con su actuación u omisión ilícita hayan ocasionen daños o perjuicios. Además, hay que considerar que no todas las lesiones patrimoniales causadas a los particulares, necesariamente tienen que provenir de la conducta activa u omisiva de los agentes de la administración pública o servidores públicos, ya que en un número importante de eventos, las afectaciones lesivas derivan de problemas

organizacionales de la propia administración que no pueden válida y justamente atribuirse a éstos en forma individual.

Finalmente, al establecer la responsabilidad patrimonial del Estado, seguramente se favorecerá la eficiencia en los servicios públicos, despertando a los gobernados la confianza en las autoridades al ver protegido su patrimonio; así también, el de generar un incentivo de confianza para la inversión privada, nacional y la extranjera, que entre otros beneficios se crean fuentes de trabajo, y por consecuencia la estabilidad económica, social y política que actualmente necesita nuestro país.

CONCLUSIONES

1. Del presente estudio, podemos afirmar que el sistema de responsabilidad civil del Estado, fundado en la subsidiariedad del acto, resulta actualmente insuficiente y anacrónico; para superar dichas deficiencias, la teoría de la responsabilidad civil del Estado debe evolucionar y adaptarse a la nueva concepción de las responsabilidades de los servidores públicos y patrimonial del Estado, que exige a éste, a asumir una responsabilidad directa y solidaria; es decir, obligar al Estado, a participar en el pago de los daños y perjuicios, tanto de la responsabilidad de sus servidores públicos, como por la actividad irregular, sistema que otorgaría a la víctima mayor certidumbre y seguridad jurídica, para ver resarcido su daño.
2. El sistema de responsabilidad civil del Estado, se apoyó en la teoría de la culpa, posee características de ser subjetiva, otorga al particular el derecho de reclamar el daño provocado por el agente del Estado y éste participa sólo subsidiariamente cuando se actúa con culpa y solidaria por dolo.
3. Recientemente esta teoría evolucionó y actualmente establece que la responsabilidad será solidaria entre el agente y el Estado, para reparar el daño al particular; el hecho de que se establezca en la Constitución ese carácter de responsabilidad objetiva y directa del Estado, es trascendente por que otorga a los ciudadanos una protección total ante las acciones ordenadas por el gobierno, como representante del Estado.
4. Sistema que desde luego deberá ser desarrollado e implementado por el derecho público, pues, la ilicitud del daño se traslada de la culpa del servidor público a la ilicitud en el servicio o actividad pública. No obstante, consideramos que la consolidación de dicha reforma, implica actualizar todo el marco jurídico referente a la responsabilidad del Estado, entre esas nuestra ley civil.
5. La implementación de la responsabilidad directa y objetiva del Estado en nuestra ley civil, vendría a solventar la laguna jurídica, y responsabilizar al Estado por aquellos daños, donde no existe una responsabilidad imputable al servidor público; es decir, la acción u omisión que origina el daño al particular o gobernado donde no se acreditó la intención, negligencia o falta de cuidado de éste, hecho que lo exime de esa responsabilidad fundada en la culpa, pero deja a la víctima en estado de indefensión; para corregir esa insuficiencia jurídica, se propone implementar el principio de

responsabilidad fundada en la objetividad del daño, esto es, ilicitud en la actividad o función pública. Adecuación que tendrá como objeto, complementar la responsabilidad subjetiva y no suprimirla como pretende el derecho público.

6. La responsabilidad solidaria del Estado que se propone tiene por objeto obligar al Estado a asumir una indemnización directa a favor de la víctima; responsabilidad solidaria que deberá concebirse en su sentido más amplio (*lato sensu*), apoyada en los principios de representación y obligación ante las cargas; obligación que estará el Estado en condiciones de asumir, en otras razones; por la organización, recursos, medios de programación, sistemas de vigilancia, selección, capacitación y control de personal.
7. Esta responsabilidad solidaria para efecto de la indemnización, representaría un gran avance en las obligaciones del Estado, tanto para que permita el ejercicio directo de la indemnización en su contra, pero desde luego sujeto a la demostración de la responsabilidad subjetiva ilícita del servidor público y/o del Estado por su actividad irregular en las funciones públicas. Conservando naturalmente el derecho a la vía de regreso para reclamar al servidor público responsable.
8. Para cumplir con esa responsabilidad patrimonial del Estado, se propone crear un fondo de garantía, que coadyuve a la insolvencia del sujeto activo y motive a la víctima a ejercer su derecho, con el conocimiento de que podrá ver resarcido su daño en forma directa por el Estado; fondo que será administrado por éste, a través de la Secretaría de control administrativo, por reunir los elementos materiales y humanos para tal función, allegándose de recursos a través de los servidores públicos y de una partida presupuestal, aportaciones que tendrán como objeto, garantizar la insolvencia que en dado momento pudiera enfrentar el servidor público responsable del daño al momento de llevar a cabo las funciones encomendadas con motivo de la prestación de su servicio.
9. Dichas propuestas, como quedaron precisadas en capítulo 4, son un componente más para conformar un nuevo concepto de responsabilidad de la función y del servicio público, caracterizados por una mayor capacidad de organización colectiva, de autogestión, de movilización ciudadana y de participación política, donde prevalecen el respeto y la confianza como impulsores de la convivencia y el desarrollo de nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel, "*Teoría General del Derecho Administrativo*", 10ª Edición, Editorial Porrúa, México 1993.

ALTERINE ATILO Anibal, "*Responsabilidad civil. Límites de la responsabilidad civil*", 3ª. Edición, Editorial Abelardo Perrot, Buenos Aires 1992.

ARNAIZ AMIGO, Aurora, "*Estructura del Estado*", 2ª. Edición, Editorial MC. GRAW HILL, México, 1999.

ARROYO HERRERA, Juan Francisco, "*Régimen jurídico del servidor público*", Editorial Porrúa, México, 1995.

BADELL MADRID, Rafael, "*La responsabilidad patrimonial del Estado en Venezuela, Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Civil*", Editorial Salta, Argentina, 2001.

BAQUEIRO ROJAS, Edgar, "*Diccionario Jurídico. Derecho civil, México*", Editorial Harla, 1995.

BORDA A. Guillermo, "*Manual de Obligaciones*", Editorial Abelardo Perrot Buenos Aires 1994.

BORJA SORIANO, Manuel, "*Teoría General de las Obligaciones*", Tomo I, Editorial Porrúa, SA. México, 1991.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, "*Las Garantías Individuales*", 32ª edición, Editorial Porrúa, México, 1992.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "*Teoría General de la Responsabilidad Civil*", Editorial Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1993.

CABRERO, Enrique y **ESCOTTO**, Teresita, "*Evolución reciente de los procesos de reforma de la administración pública y su efecto en los modelos organizacionales*", México, Centro de Investigación y Docencia Económicas, 1995.

CASTILLO VELASCO, José María, "*Ensayo sobre el derecho administrativo mexicano*", México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1995.

CASTRO ESTRADA Álvaro, "*La responsabilidad patrimonial del Estado*", Editorial Porrúa, México, 2000.

D'ORS, "*Derecho Privado Romano*", Ediciones Universidad de Navarra España, 1991.

DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, "*Derecho civil (Parte general. Personas. Cosas. Negocio Jurídico e Invalidez)*". Editorial Porrúa, México, 1990.

ELÍAS AZAR, Edgar, "*Personas y bienes en el derecho civil mexicano*". Jurisprudencia y artículos concordados, México, Porrúa, 1995.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, "*Derecho administrativo. Servicios públicos*", México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Porrúa, 1995.

FRAGA GABINO, "*Derecho administrativo*", Editorial Porrúa, México, 1989.

GALINDO CAMACHO, Miguel, *Derecho administrativo*, , editorial Porrúa, México 1995.

GALINDO GARFÍAS Ignacio, "*Estudios de derecho civil, México*", editorial Porrúa, México, 1995.

GAUDEMET Eugene, (Traducción Pablo Macedo), "*Teoría General de las obligaciones*", 1ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1974.

GONZALEZ, Juan Antonio. "*Elementos de derecho Civil*", 9ª. Edición Editorial Trillas México 2000.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "*Procedimiento administrativo federal*". Porrúa, México, 1995.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, "*Derecho de las Obligaciones*", Editorial José M. Cajica Jr., México, 1974.

- "*El Patrimonio, el Pecuniario y el Moral o Derechos de la Personalidad*", 5ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1995.

IGLESIAS, Juan, "*Derecho Romano*", Editorial Ariel, Barcelona, 1995.

JEANNOT, Fernando, "*La industria paraestatal en México*", Fondo de Cultura Económica-Secretaría de Energía Minas e Industria Paraestatal-Universidad Autónoma Metropolitana, 1995.

MARGADAT FLORIS, Guillermo, "*El Derecho Privado Romano*", Editorial Esfinge, México, 1993.

MARTÍN REBOLLO, Luis, "*Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones, En La responsabilidad patrimonial del Estado en Venezuela, por Rafael Badell Madrid, II Congreso Iberoamericano de Derecho Civil*", editorial Salta, Argentina, 2001.

MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, "*Teoría de la Obligación*", Editorial Porrúa, México, 1993.

MAZEAUD Y LEON, Henry, "*Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*", Editorial Jurídica Europa América Buenos Aires, 1977.

MIGUEL DÍAZ, Luis, *“Responsabilidad del Estado y contaminación. Aspectos jurídicos”*, Editorial Porrúa, México, 1982.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *“Responsabilidad por años”*, Tomo I, Editorial Comercial y financiero, Buenos Aires, 1982.

OCHOA OLVERA, Salvador, *“La Demanda por Daño Moral”*, 2ª Edición, Editorial Monte Alto, México 1993.

OLIVERA TORO, Jorge, *“El Daño Moral”*, Editorial Themis, México 1993.

PAILLET, Michel, *“La Responsabilidad Administrativa”*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Colombia 2001

PETIT, Eugene, *“Tratado Elemental de Derecho Romano”*, Editorial Abelardo Perrot Buenos Aires, 1989.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *“Derecho Civil Mexicano”*, Editorial Porrúa, México, 1976.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *“La Nueva Legislación sobre la Libertad Religiosa”*, Editorial Porrúa, México, 1997.

SANTOS BRIZ, Jaime, *“La Responsabilidad Civil”*, Editorial Montecargo, Madrid, 1991.

SARMIENTO GARCÍA, Manuel G. *Estudios de Responsabilidad Civil*, Editorial, Universidad Externado de Colombia, Colombia 2002

SERRA ROJAS, Andrés, *“Derecho Administrativo”*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2000.

VENTURA SILVA, Sabino, *“Derecho Romano”*, 4ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1978.

ZANONI A., Eduardo, *“El daño en la Responsabilidad Civil”*, 2ª Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires 1993.