



321909

CENTRO DE ESTUDIOS UNIVERSITARIOS

ESCUELA DE DERECHO

INCORPORADA A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
CLAVE 3219

¿ CÓMO CUANTIFICAR LA REPARACIÓN
DEL DAÑO EN MATERIA CIVIL ?

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
BÁRBARA MARGARITA VEGA LÓPEZ

ASESOR DE TESIS:

LIC. MARÍA DE LOS ANGELES ROJANO ZAVALZA



MÉXICO, D. F.

2005

m 349161



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

CENTRO DE ESTUDIOS UNIVERSITARIOS

ESCUELA DE DERECHO

INCORPORADA A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
CLAVE 3219

¿ CÓMO CUANTIFICAR LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN MATERIA CIVIL ?

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
BÁRBARA MARGARITA VEGA LÓPEZ

ASESOR DE TESIS: LIC. MARIA DE LOS ANGELES ROJANO ZAVALZA

MÉXICO, D.F.

2005.

Agradecimientos

Gracias Señor por concederme
sabiduría para reconocer
mis errores y valor para poder
cambiar y corregir aquellos que puedo.

Gracias Señor por ser mi luz
cuando la obscuridad me rodea,
por ser el aliento de fuerza que llega
cuando las mías se han ido.

A los dos seres que más amo
por su desmedida entrega
para guiarme por el mejor de los caminos.
A ustedes Margarita y Marco Antonio. Los Amo.

A Mauricio y Marco .Ustedes
forman parte importante de mi
vida, porque crecer junto a
ustedes ha sido ir creciendo en
logros y como persona. Gracias
por ser mis hermanos.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la
UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el
contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: Barbara Margarita
Vega López

FECHA: 19 octubre del 2005

FIRMA: Barbara Margarita Vega Lopez

Por Ausencia
Manuel Fernández Cordova
Manuel F. C.

A mis hermanos por
convicción: Aldo, Arlette,
Edyamí, Gan, Jazmín, Mirko y
Nora, por todos estos años de
amistad, por quererme con
todos mis defectos y virtudes y
por dejarme tener lo mejor de
cada uno de ustedes.

Gracias Manuel por tu amor incondicional, por haberme tendido la mano en el momento en que más lo necesitaba sin esperar nada a cambio y por nunca haber dudado en que alcanzaría mi meta aún en momentos en que ni siquiera yo lo creía.

A la Lic. María de los Ángeles Rojano por haber aceptado dirigir esta tesis con tan poco tiempo, haciéndome ver que no hay imposibles. Gracias por todo su apoyo.

Al Lic. José de Jesús Luna Vilchis por su confianza y apoyo brindado en este trabajo.

Gracias “Centro de Estudios Universitarios” por ser la institución que me dió la oportunidad de culminar esta etapa tan importante de mi vida y a mis profesores por su gran labor en mi formación profesional.

Agradezco a todas y cada una de aquellas personas que a lo largo de mi vida se hicieron presentes dejándome experiencias buenas malas pero que sin ellas hubiera sido imposible forjar mi carácter.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación intitulada **“CÓMO CUANTIFICAR LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN MATERIA CIVIL”**, tiene como finalidad abordar uno de los problemas del derecho que ha sido, es y será la asignación de un valor, como magnitud económica al daño.

El desarrollo de este trabajo se enfoca al estudio de la cuantificación de la reparación del daño en materia civil; ello es, porque ese modo de medición encubre fenómenos complejos como: las clases sociales, la individuación, la identificación de la entidad del dañado y el dañador entre otras; ya que, una vez elaborada una sentencia, el error puede generar un nuevo daño e incluso ser de mayor magnitud que el que intenta reparar.

Pretendemos abrir fronteras, enriquecer el debate, colocar los saberes en la mesa de trabajo, nos proponemos el máximo de rigor en nuestra investigación; sin embargo, somos conscientes de la magnitud de la exploración que intentamos. De ahí que el aporte de este trabajo será sólo indicativo de un modo de pensar, sujeto a importantes observaciones y sugerencias.

Conformaremos un modo lógico de abordar la cuantificación, por lo que consideramos necesario dividir el presente trabajo para su estudio en cuatro capítulos con el objeto de llegar a una mejor comprensión.

En el primer capítulo se detallan: concepto de responsabilidad; responsabilidad civil y especies de responsabilidad, responsabilidad derivada de los actos ilícitos y exoneración de la responsabilidad civil.

En el segundo capítulo realizamos un estudio de El Daño, partiendo del concepto; características del daño, clasificación de los daños y perjuicios y la determinación de la intensidad del daño.

En el tercer capítulo hacemos referencia al marco conceptual del daño, Teoría de la reparación del daño, formas de reparación del daño, el derecho de daños en el nuevo milenio.

Por último en el cuarto capítulo nos adentramos a la cuantificación en la reparación del daño en materia civil, y para ello abordare los siguientes temas: la valuación del daño; el Juez y la cuantificación en la reparación del daño, la utilización de la estadística para la cuantificación de daños y la valuación actuarial como alternativa para determinar la cuantificación en la reparación del daño.

Para la elaboración del presente trabajo de investigación hemos utilizado el método deductivo, ya que nos hemos basado en los resolutivos de sentencias en las que se condena a la reparación del daño y en las cuales se observa la aplicación del libre albedrío de cada juzgador, mismo que varía considerablemente.

El planteamiento del problema que manejamos en esta investigación es: ¿Cómo establecer los parámetros para la cuantificación de la Reparación del Daño en materia civil?

La delimitación del tema problema consiste en: La cuantificación de la Reparación del Daño y el libre arbitrio de la autoridad para condenar a ella

La periodización esta abarcara del código civil del 2003 hasta el código civil vigente.

El objetivo que se pretende alcanzar con las críticas y conclusiones que se plantean en esta investigación es “Que se observen las características y condiciones del sujeto activo y pasivo para la cuantificación de la Reparación del Daño.

El propósito que se persigue en este estudio es la de “Establecer un parámetro legal que pueda dar solución a la cuantificación de la Reparación del Daño”

La justificación en que nos basamos es la siguiente: Debido a que la figura de la Reparación del Daño no ha sido muy atendida en nuestra legislación, y se ha dejado al libre albedrío del juzgador la cuantificación, se ha llegado a caer en criterios muy diversos entre uno y otro .

La utilidad práctica que pretendemos consiste dar una mayor certeza y claridad para establecer la cuantificación en la Reparación del Daño y la unificación de criterios de la autoridad para cuantificar la misma sin recurrir al libre albedrío

La hipótesis que planteamos es la siguiente “Que la autoridad se base y fundamente en las características y condiciones de los sujetos (activo y pasivo) para determinar la cuantificación de la Reparación del Daño en materia civil”.

De la misma manera las variables que exponemos en esta investigación son:

Una mayor eficacia para el establecimiento adecuado de la Reparación del Daño en materia civil.

Una mayor eficacia para el cumplimiento de la Reparación del Daño en materia civil.

La unificación de criterios en cuanto al establecimiento en la cuantificación de la Reparación del Daño en materia civil.

Para finalizar la contrastación o comprobación de la hipótesis de este trabajo de investigación será avalada mediante la exposición de sentencias en donde se demostrarán los diferentes criterios en cuanto a la aplicación de la Cuantificación de la Reparación del Daño en materia civil.

CAPITULO PRIMERO
RESPONSABILIDAD CIVIL

1.1. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD

Este es un capítulo destinado a la consulta y estudio de la responsabilidad civil para el resarcimiento de los daños. Es por ello que resulta inexorable recurrir previamente a ciertas reflexiones sobre su génesis y evolución, siendo nuestro propósito comprender la razón de su presente estructura a principios del tercer milenio.¹

La historia concebida como el combate creciente del hombre a través de los siglos en procura de una mayor libertad, es la realización creciente de la razón y la conquista sucesiva de la libertad con el cristianismo bajan al mundo la libertad y la reconciliación entre la sensibilidad y el pensamiento, entre lo particular y lo universal, entre la naturaleza humana y la divina.

Desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad comienza en el momento en que el Estado y la sociedad admiten que el hombre tiene derecho a la libertad, asumiendo el deber de reparar los perjuicios causados mediante su uso.

En el orden histórico la responsabilidad por los daños causados es tan antigua como el propio derecho. Consideramos que la noción de la responsabilidad por los daños ocasionados a terceros, ha sido al menos presentida desde que el individuo tiene conciencia de sus acciones y de la existencia de otros hombres.

Ahora bien, corresponde entonces, preguntarse quien hizo efectiva por primera vez esa responsabilidad: originariamente, una autoridad tribal o comunitaria determinaba tanto sus alcances como la sanción o reparación correspondiente por su incumplimiento; con el transcurso del tiempo, fueron considerados datos mas sutiles como la relación de causalidad entre el agente y el daño, las características del hecho causante y la situación de la victima.

¹ FERNANDEZ MADERO, Jaime, *Derecho de Daños Nuevos Aspectos Doctrinarios y Jurisprudenciales*, Buenos Aires, Ed. La ley, 2002, p.p. 15-20

Al respecto, en la fase que corresponde a la sociedad primitiva, se observa que el individuo se encontraba subordinado a los designios de la naturaleza, a sus fenómenos inesperados, y le resultaba difícil poder modificarlos y a veces incluso, comprenderlos de modo que evitar los daños que aquella pudiera provocar tampoco era una tarea sencilla. Es así que el origen del daño, en tanto inexplicable, resultaba irrelevante y desataba en el hombre primitivo como respuesta la ira al no poder discernir su causa, su fuente frente a tal circunstancia, el sujeto que ejercita el poder en la cultura de ese tiempo, es decir, el jefe del clan imponía la obligación de responder por el daño causado a un integrante de la comunidad, sin que ello se basara en algún tipo de relación real de causalidad.

Esta asignación de responsabilidad era el fruto de la necesidad social de imponer una pena por el dolor sufrido, la cual recaía sobre cualquier persona, aunque fuese ella inocente. Era la sanción de la “venganza”, y a este responsable se le imponía idéntico daño que el sufrido por la víctima. Reinaba la pena del talión ojo por ojo diente por diente si analizamos esta regla en su propio contexto histórico, pero utilizando los parámetros jurídicos actuales, podemos decir que el interés de la comunidad no se fundaba en la sanción a una conducta antijurídica.

Luego, la evolución conduce a la comprensión del daño, no solo desde el punto de vista del avance en el entendimiento de las causas que lo provocan, sino también desde la perspectiva de su inclusión en el marco del examen de la situación, y ya no aparece como primera reacción la furia social.

Por un lado, se advierte que a la víctima del daño le será más beneficioso resarcirse a partir del patrimonio de quien resulto sindicado como responsable que continuar la alternativa de la venganza. Se arriba así al ajuste y a la recomposición de los sucesos ya sean estas de tipo voluntario o bien de origen legal.

Por otro lado, ahora se distingue también entre la existencia de daños que son resultado de las conductas humanas y otros que continúan siendo provocados por la naturaleza; frente a estos últimos la respuesta social de protección fue la creación del instituto legal del seguro en los siglos XIV y XVI.²

En el caso de aquellos perjuicios causados por el hombre, la situación descrita del sindicado como “responsable” se fue modificando paulatinamente. En el derecho romano clásico, su acción comprendía un vínculo de causalidad con el daño. La concepción de la culpa no se había extendido aún, de lo cual se infiere que las razones de la atribución de la responsabilidad eran objetivas.

Sin embargo el propio termino “responsabilidad” no integraba dicho plexo normativo, y el fundamento de este régimen de reparación, era el amparo de una repartición equitativa de los bienes y no la culpa.

Es a partir de la etapa del posclásico y en los siglos subsiguientes cuando se entiende inaugurado el ciclo de la sanción al “culpable” del daño.

El centro de la responsabilidad y, por ende, del resarcimiento que ella acarrea se encamina, desde la relación causal, hacia la idea de la culpa.

Estos lineamientos reconocen un contexto histórico caracterizado por el auge del individualismo que impregno la codificación contemporánea partiendo del Code civil francés, una de las principales fuentes legislativas a las que recurrió Velez Sasfield para la construcción de su sistema de responsabilidad. Diversos doctrinarios nominan este periodo como “moderno” distinguiéndolo de la etapa “clásica” romana cuya característica está dada por la introducción de patrones de orden moral que se fundamentan en la idea de la culpa.

² *Ibidem*, p. 19.

Por su parte el capitalismo y la revolución industrial colaboraron en la introducción de cambios fundamentales en el derecho, en especial en el de daños, y su irrupción significó dejar atrás el sistema de la tipicidad reparatoria del daño y pasar a la de la apertura.

Antes se reparaban únicamente determinados perjuicios, y siempre que se cumplieran también ciertos presupuestos delimitados con exactitud. Luego la realidad amplió el panorama, y aparecieron nuevos agentes dañadores y nuevas víctimas. Aquel sistema cerrado de la tipicidad reparatoria estaba inspirado en la prioridad del derecho subjetivo de naturaleza patrimonial, ya que debía existir la violación de una norma que constituyera un derecho subjetivo, lo cual producía el ilícito; además el derecho violado debía ser de carácter económico. Sin ilícito, sin derecho subjetivo y sin daño patrimonial, no había responsabilidad.

Los nuevos tiempos fueron cambiando la metodología jurídica. Hoy el especialista examina antes que nada a la víctima, observando que el daño puede no ser meramente patrimonial, que puede no existir un ilícito, y sin embargo, haber sido provocado un perjuicio; que puede no mediar siquiera un derecho subjetivo lesionado y, no obstante ello nacer la responsabilidad

Por ello la responsabilidad adquiere una relevancia crucial en el tercer milenio y es por esto que entraremos de lleno al concepto de responsabilidad.

Etimológicamente la palabra “responsable” significa “el que responde “ Esta primera referencia se conecta en forma inmediata con la idea de reparación por el autor, de un evento dañoso padecido por alguien. Es como imputar una acción, como declarar la autoría de alguien, “ Responsabilizar” conlleva, entonces, la posibilidad de preguntar al responsable acerca de ella, obligarle a dar explicaciones y aún conceder una satisfacción.

En otras palabras, podemos decir que la responsabilidad importa un deber que como respuesta adecuada, soporta quien a causado un daño. Es una respuesta a un mal, disvalor o contravalor, que nos ha quitado algo que era nuestro: la integridad psíquica, la integridad física o el uso y disfrute de bienes.

A su vez, y a nivel universal los doctrinarios no han escatimado esfuerzos para poder elaborar una definición científica que englobe todos los aspectos que esta amplísima noción contiene; así observamos que Josserand entiende que la responsabilidad implica una distribución de daños de manera que quien deba cargar definitivamente con el daño, aunque sea la propia víctima, ha de ser calificado como “responsable”.

Desde un análisis puramente semántico, Hart reconoce al menos cuatro acepciones del término “responsabilidad”. La que a nuestro entender resulta válida es aquella descrita con la denominación “responsable como punible o moralmente o reprochable”. Aquí dicha expresión jurídica es empleada para indicar que el sujeto que provoco el daño con su conducta es posible de algún tipo de sanción o reproche. En una apreciación coincidente, Kelsen entiende que un individuo es responsable cuando es susceptible de ser sancionado independientemente de que haya cometido o no un acto antijurídico. Se observa que el autor deja afuera la efectivización de la sanción en el agente, quien resultara responsable cuando la ley le aplique reproche, mas allá de que la sanción le sea auténticamente asignada o no.

Por su parte, desde la visión particular del *common law*, se destaca que el contenido de la responsabilidad civil ha estado históricamente determinada por los jueces: que ellos contribuyen a su evolución y a lograr que responda a las necesidades sociales.

La responsabilidad implica siempre el sometimiento a la reacción jurídica frente al otro.

La expresión surge del latín *respondere*, que significa estar obligado.

Jurídicamente, esta voz admite dos acepciones principales: capacidad de responder ciertos actos en abstracto y necesidad de responder otros, concretos e imputables a determinado sujeto capaz. Ejemplo de la primera es la que tiene el mayor de edad para que se le atribuyan, legalmente, los actos jurídicos que realice, y nace de su plena capacidad de obrar; de la segunda, la que liga a una persona a las consecuencias de los actos realizados. En uno y otro caso, la responsabilidad significa imputación, posible o efectiva y puede ser civil o penal³

Por otra parte el maestro De Pina, opina que responsabilidad en su acepción jurídica, significa tanto como obligación que una persona tiene con respecto a otra de reparar los daños y resarcir los perjuicios que haya ocasionado como consecuencia de un acto propio o ajeno, o por el efecto de las cosas u objetos inanimados o de los animales.

La responsabilidad implica siempre el sometimiento a la reacción jurídica frente al daño⁴

Responsabilidad viene de responder, y este verbo del vocablo latino “respondere”. En español, pasó esa idea latina con un contenido de “Obligado a responder de alguna cosa o por alguna persona”, según expresa el Diccionario de la Lengua Española⁵

Ahora veamos cual es la interpretación jurídica que hace nuestro Máximo Tribunal y para ello invocare algunas tesis jurisprudenciales:

³ VAZQUEZ, Adolfo Roberto. *Responsabilidad Aquiliana del Estado y sus Funcionarios.*, 2ª ed. Actualizada y ampliada, Argentina, Ed. Fedye, 2001 p. 6

⁴ DE PINA, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*, volumen tercero, 2ª ed, Mexico; Ed. Porrúa, 1965, p. 232

⁵ Diccionario de la Lengua Española. 19ª ed, Madrid, 1970, p. 687

Sexta Época
 Instancia: Tercera Sala
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: CXXXVI, Cuarta Parte
 Página: 125

RESPONSABILIDAD OBJETIVA CONCURRENTES. El artículo 1913 del Código Civil señala que la responsabilidad objetiva opera cuando una persona, haciendo uso de mecanismos peligrosos, causa un daño a otro, teniendo la obligación de repararlo aun cuando no obre ilícitamente. La definición que el Código Civil sustenta considera a la causa como elemento esencial de la responsabilidad objetiva. Por consiguiente, cuando dos mecanismos peligrosos intervienen en la producción de un daño, es necesario estudiar si la causa del daño fue solamente uno de ellos, o ambos, para determinar quien es responsable de la reparación del daño, o del pago de la indemnización correspondiente.

Amparo directo 6452/67. Olivia Pavano y Cesionario Juan Nieto Hernández. 17 de octubre de 1968. 5 votos. Ponente: Mariano Azuela.

Sexta Época
 Instancia: Tercera Sala
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: CXXVII, Cuarta Parte
 Página: 42

RESPONSABILIDAD OBJETIVA, ELEMENTOS DE LA. El artículo 1913 del Código Civil consagra la teoría objetiva de la responsabilidad y de él se desprende que los elementos de la misma son: 1o. que se haga uso de un mecanismo peligroso, 2o. que se cause daño, 3o. que haya una relación de causa a efecto entre el hecho y el daño y 4o. que no exista culpa inexcusable de la víctima.

Amparo directo 8908/66. Ferrocarriles Nacionales de México. 8 de enero de 1968. 5 votos. Ponente: Rafael Rojina Villegas.

Volumen CXXIII, Cuarta Parte, pág. 66. Amparo directo 4544/60. Martín Gavica Garduño. 8 de septiembre de 1967. Mayoría de 4 votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa. Disidente: Rafael Rojina Villegas.

Quinta Época
 Instancia: Sala Auxiliar
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: CXV
 Página: 173

RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA. El hecho material de hacer uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos, aunque se obre lícitamente, sin culpa alguna, produce la obligación de responder civilmente del daño que se causa, y en este sentido debe entenderse que el artículo 1913 del Código Civil del Distrito Federal y Territorios consagra la teoría del riesgo creado o de la responsabilidad objetiva.

Amparo civil directo 7196/46. Morgado viuda de Hernández Inocencia. 29 de enero de 1953. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

1.2. RESPONSABILIDAD CIVIL Y ESPECIES DE RESPONSABILIDAD

La responsabilidad civil aparece, en tal concepción, como la necesidad jurídica de hacer frente a las consecuencias del obrar culpable culposo o doloso que ha ocasionado un daño a otro. Su presupuesto, el acto ilícito, concebido “como el acto voluntario con cuya ejecución se viola una regla de derecho, sea deliberadamente, sea por culpa o negligencia y que de producir un daño, obliga a su autor a repararlo”.

Su concepto, si bien no se confundía con el de la responsabilidad moral, era muy cercano, en tanto ambas suponían un reproche a la conducta del agente, que en la responsabilidad civil estaba constituido por la culpabilidad y en la moral, por la conciencia de la dañosidad. La confusión de ambas responsabilidades se revela claramente cuando se sostiene: “quien dice responsable, dice persona que ha obrado incorrectamente, que ha hecho algo que moralmente no está bien, porque la idea de responsabilidad presupone la de culpabilidad, y le es inseparable.

Los presupuestos son: la ilicitud, la culpabilidad, la relación de causalidad entre la conducta y el daño, y este mismo; el efecto: la obligación de resarcir el daño injustamente causado, o sea, hacerse cargo de las consecuencias dañosas de la propia conducta.

La naturaleza de la responsabilidad era predominantemente conmutativa: reunidos los requisitos de la responsabilidad, el daño debía resarcirse; si alguno de ellos faltaba, no había obligación de responder.

La responsabilidad civil se estructuraba sobre la base del acto ilícito, o sea, de ese trozo o parcela de la conducta del sujeto, sobre quien habría de pesar la obligación de soportar las consecuencias de su obrar.

Responsabilidad Civil, es la necesidad de responder, pecuniariamente, de los actos realizados con capacidad suficiente y, aún, de los ejecutados por otra persona con la cual se está en relación de dependencia legal o voluntaria.⁶

Al hablar jurídicamente, se encuentra que en lo civil se debe responder por los actos o hechos que se realicen.

Para Edgard Baqueiro Rojas la responsabilidad civil es: la situación jurídica que obliga a algunos a responder del daño causado por sus propios hechos ilícitos, los de otros sujetos a él y por sus cosas y animales.

La responsabilidad civil connota la obligación de responder, civilmente. A su vez responder es atender patrimonialmente un requerimiento formulado por el derecho, debido al acaecimiento de alguna circunstancia que le sirve de causa.⁷

Para nosotros, el concepto de responsabilidad civil es bastante más amplio que el que acabamos de mencionar y que repetimos, consiste en esa atención patrimonial formulada por el derecho, que no se limita sólo a desembolsar una suma de dinero o a resarcir; conforma una serie de situaciones desventajosas para el obligado, en beneficio del damnificado, que se derivan de la infracción antijurídica imputable que ocasiona un daño y que, pese a abarcar resarcimiento, no se limita a ese objeto.

⁶ VAZQUEZ, Adolfo Roberto, *Responsabilidad Aquiliana del Estado y sus Funcionarios*, Op. Cit. p. 6

⁷ PADILLA, René, *Responsabilidad civil por mora*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1996, p. 1

La doctrina distingue entre las varias especies de responsabilidad civil, la contractual de la extracontractual, la subjetiva de la objetiva y la directa de la indirecta.

1.2.1 Responsabilidad contractual.- La responsabilidad contractual es aquella que tiene su origen en la infracción de un vínculo obligatorio preexistente, es decir, la que tiene como presupuesto la existencia de una obligación, que exige, en caso de quedar incumplida, la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento.⁸

El contenido de la responsabilidad contractual lo señala el Código Civil para el Distrito Federal, al disponer que 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 (art. 2104 C.C.) y que el obligado a no hacer alguna cosa quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención (art. 2028 C.C.)

1.2.2. Responsabilidad extracontractual.- La responsabilidad extracontractual no está fundada en la existencia de un vínculo jurídico entre dos personas, sino en la realización de un acto ilícito por una persona contra otra, o bien en el resultado de la gestión de negocios o en las consecuencias de un riesgo creado.⁹

La responsabilidad extracontractual existe, según Colín y Capitant, cuando una persona causa, ya por sí misma, ya por medio de otra de la que responde, ya por obra de una cosa de su propiedad, un daño a otra persona, respecto de la cual no estaba ligada por vínculo alguno anterior¹⁰

⁸ DE PINA, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Ob. cit. p. 232

⁹ Idem

¹⁰ COLIN Y CAPITANT, *Elementos de Derecho Civil*, tomo III, , Trad. Esp. Reus, Madrid, 1951. p. 812

La generalidad de los autores considera que las diferencias que existen entre la responsabilidad contractual y la extracontractual no son esenciales, sino más bien de carácter técnico y accesorio.

1.2.3. Responsabilidad Subjetiva.- La responsabilidad subjetiva es la que recae sobre una persona determinada como consecuencia de un acto propio que ha causado un daño a otra. Junto a esta responsabilidad, emparejada con ella, aparece en la doctrina y en la legislación la que fuera de toda idea de culpabilidad, emana de un riesgo creado que se traduce en un evento dañoso de cuyas consecuencias perjudiciales está obligada a responder la persona que, en cierto modo se encuentra en situación de recibir algún beneficio de la actividad susceptible de ocasionar el daño.¹¹

1.2.4. Responsabilidad Objetiva.- La teoría de la responsabilidad objetiva, expuesta en forma más sencilla, consiste, simplemente en establecer que para que surja la exigencia de la reparación del daño ilícito extracontractual no se requiere, en modo alguno, el elemento culpa, por lo que lo único que se precisa es probar que el daño existe, así como concurre la relación de causa y efecto, no siendo necesario para nada el *animus nocendi*, la intención de dañar, o la imprudencia¹²

1.2.5. Responsabilidad Directa e Indirecta.- Finalmente, llamamos responsabilidad directa a aquella que recae sobre quien debe responder por lo que ha hecho, e indirecta a aquella que recae sobre, por el contrario sobre quien debe responder por lo que no ha hecho (responsabilidad del padre de familia, del tutor, etc., en los casos previstos por el Código Civil).

¹¹ DE PINA, Rafael, *Derecho civil Mexicano*, Ob. cit. p. 233

¹² GUAL VIDAL, *Responsabilidad civil derivada del uso de las cosas*, Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, México, t.II, núms.. 7 y 8, p. 279.

1.3. RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LOS ACTOS ILÍCITOS

El Código Civil para el Distrito Federal, en el Capítulo V de su Libro Cuarto, bajo la rúbrica de “De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos” hace una reglamentación bastante minuciosa de las responsabilidades que de ellos se derivan, con relación a los actos propios y ajenos, por consecuencia del manejo de objetos o cosas peligrosas, etc, en los términos siguientes:

La acción para exigir la reparación de los daños causados por los actos ilícitos, según el artículo 1934 del Código Civil para el Distrito Federal prescribe en dos años, contados a partir del día en que se haya causado el daño¹³

1.3.1. Responsabilidad por el acto propio.- Distingue el Código citado, a este respecto, la responsabilidad de quien obra ilícitamente o contra las buenas costumbres de la de quien por el contrario, lo hace dentro de la esfera de lo lícito.

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 (art. 1910). El incapaz que cause daño debe repararlo salvo que la responsabilidad recaiga en la persona encargada de él (art. 1911).

A esta responsabilidad por acto propio agrega el Código otra que no deriva de conducta ilícita, pero que el legislador estima que debe determinar la obligación de responder.

Así dispone que cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosos por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la

¹³ Código Civil para el Distrito Federal, México, Ed. Sista, 2004, p. 173.

corriente eléctrica que produzcan o por otras causas análogas, está obligado 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.

Cuando sin el empleo de mecanismos, instrumentos, etc., de que se ha hecho referencia y sin culpa o negligencia de ninguna de las partes se producen daños, cada una de ellas los soporta sin derecho a indemnización (art 1914.).

El abuso del derecho entra en la esfera de los actos ilícitos reconociéndolo así el legislador al disponer (art. 1912) que cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo, si se demuestra que el derecho sólo se ejerció a fin de causar daño, sin la utilidad para el titular del derecho, es decir, en el verdadero y propio caso de abuso del derecho.

1.3.2. Responsabilidad por el hecho (acto ajeno).- Esta responsabilidad, según las previsiones del Código Civil, puede recaer:

La de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores, sobre quienes ejerzan la patria potestad sobre ellos. Sin embargo, esta responsabilidad cesa cuando los menores ejecuten los actos que dan motivo a ella encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como directores de colegios, talleres, etc., pues entonces esas personas asumirán la responsabilidad de que se trate.

La responsabilidad de los incapacitados, recae sobre los tutores que los tengan bajo su cuidado.

Pero 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; sin embargo, 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 (art. 1922).

La responsabilidad de los operarios, derivada de la ejecución de los trabajos que se les encomienden, recae sobre los maestros y artesanos con los cuales trabajen.

La de los obreros o dependientes, en el ejercicio de sus funciones, sobre los patronos y los dueños de los establecimientos mercantiles en que las realicen. Pero esta responsabilidad cesa si se demuestran que en la comisión del daño no se les puede imputar culpa o negligencia.

La de los sirvientes de las casas particulares, hoteles o casas de huéspedes, recae sobre los jefes de casa, y dueños de los establecimientos mencionados.

Los maestros artesanos, los patronos, los dueños de establecimientos mercantiles, los jefes de casa y dueños de hoteles y hospedajes, pueden exigir la reparación directamente del responsable. El que paga el daño causado por sus sirvientes, empleados u operarios puede repetir de ellos lo que hubiere pagado.

La responsabilidad por el hecho de otro independiente del acto personal del interesado, incurriéndose en ella en razón del perjuicio causado por otra persona o por otra cosa de la que debe responder.¹⁴

Ahora bien, ¿Cuál es el fundamento de esta responsabilidad derivada del acto ajeno?.

Tradicionalmente se ha derivado dicha responsabilidad de una supuesta presunción de culpa, por falta de vigilancia respecto a la conducta del menor o

¹⁴ COLIN Y CAPITANT. *Curso Elemental de Derecho civil*. Tomo III, Trad. Esp. Madrid, Ed. Reus, 1951

incapacitado o por la negligencia en la elección de las personas con las que existe una relación de trabajo.

Sin embargo, autores como Josserand opinan que la responsabilidad civil de los padres es como una carga de la patria potestad, más precisamente, de los derechos de guarda y de educación que la misma lleva idisolublemente consigo¹⁵

La responsabilidad por el acto ajeno, se impone cuando entre el autor material y el que queda responsable hay un vínculo tal que se puede presumir fundadamente que si hubo daño, éste debe atribuirse, más que al autor material, al descuido o defecto de vigilancia de la otra persona.

Se entiende generalmente que quien ha ejercido una fiscalización deficiente sobre sus hijos o sobre las personas dependientes de él, o quien a carecido de acierto para escoger el personal que ha de estar bajo sus órdenes, no es del todo inocente en relación con el perjuicio que dadas estas circunstancias se haya producido.

Las presunciones establecidas por las disposiciones que atribuyen la responsabilidad por el acto ajeno son siempre taxativas, es decir, *numerus clausus*.¹⁶

1.3.3. Responsabilidad de las personas morales.- Las personas morales según el artículo 1918 del Código Civil para el Distrito Federal son responsables de los daños y perjuicios que causen sus representantes legales en el ejercicio de sus funciones.

La responsabilidad de las personas jurídicas obedece –según Von Tuhr- a la idea de que los actos del órgano son actos propios de aquéllas, ya que dichas personas son de suyo incapaces de obrar, de donde se sigue que sólo responden

¹⁵ JOSSERAND. *Derecho Civil*, t. II, vol. I p. 386

¹⁶ DE PINA, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*, Ob. cit. p. 238.

de los actos de sus órganos que, de acuerdo con las normas generales, constituyen en el deber de indemnizar.¹⁷

1.3.4. Responsabilidad del Estado por los daños causados por sus funcionarios.- Este tema corresponde al Derecho Administrativo más que al Derecho Civil. Nuestro Código Civil para el Distrito Federal, sin embargo, siguiendo el ejemplo de otros, dedica a esta materia alguna atención.

1.4. EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Las cuestiones relativas a la exoneración de la responsabilidad civil, total o parcial, no han sido estudiadas entre nosotros, hasta ahora de manera realmente satisfactoria, no obstante el interés que ofrecen.

La exoneración de la responsabilidad puede tener su origen, bien en la voluntad de las partes, bien en una disposición legal expresa o bien en circunstancias como las que autorizan el ejercicio de la excepción de contrato no cumplido, el estado de necesidad o la legítima defensa.

1.4.1 La cláusula de irresponsabilidad.- Llámese cláusula de irresponsabilidad a aquella en virtud de la cual se renuncia al derecho de exigir la que pueda derivarse del incumplimiento de un determinado contrato.

Esta cláusula es nula cuando la responsabilidad proviene del dolo de acuerdo con nuestro Código Civil para el Distrito Federal (art. 2106), pero por lo que toca al caso de culpa entiende Borja Soriano que no habiéndose prohibido para el mismo la renuncia, como se ha hecho tratándose del dolo, “podemos suponer que no es lícita la renuncia a la indemnización”.¹⁸

¹⁷ VON TUHR, *Tratado de las Obligaciones*, t II. Trad. De W Roces, Madrid, Ed. Reus, 1934, p. 288

¹⁸ BORJA SORIANO, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*, t I, 2ª ed, México, 1953

La cláusula de irresponsabilidad es, como la cláusula penal, una convención accesoria, pero así como ésta es bastante frecuente, aquella se presenta con carácter muy excepcional.

La cláusula de no responsabilidad o de responsabilidad atenuada o condicionada se ha dicho que opera en casos de responsabilidad contractual, pero no en los de responsabilidad extracontractual, porque ésta no puede ser objeto de acuerdo entre las partes.

El citado Código Civil exonera de responsabilidad en los casos y circunstancias a que se refieren sus artículos 1910 a 1913, 1920, 1922, 1924 y 1928 a 1930.

Tales preceptos, junto a la responsabilidad que normalmente imponen, fijan de manera expresa una causa de exención de la misma, que tiene naturaleza excepcional, pero que no por ello puede ser desconocida.

La excepción de contrato no cumplido constituye también una causa de exoneración de la responsabilidad civil, como hemos visto al tratar de dicha excepción al relacionarla con el derecho de retención.

1.4.2. El estado de necesidad.- los civilistas suelen vincular el problema del caso fortuito, así como el de la fuerza mayor, al del estado de necesidad que es objeto de particular atención por los tratadistas de derecho penal, pero que no es ajeno al interés de los civilistas.

En orden al derecho civil, se ha planteado la cuestión de si el estado de necesidad exonera al deudor o no de las consecuencias del incumplimiento de la obligación por tal causa.

Estado de necesidad significa tanto como la situación en que se encuentra una persona, dadas determinadas circunstancias, que le constriñen a realizar algún acto en perjuicio material de otra, para evitar un perjuicio personal o material grave, desproporcionado con el que se produciría en tal caso en el patrimonio ajeno.

Para que exista estado de necesidad, según la doctrina generalmente aceptada se requiere:

- I. Que exista un peligro actual o inminente, grave e imposible de evitarse sin causar daño; la probabilidad del daño temido debe ser grande, aunque no se exige la “certidumbre” del acontecimiento dañoso.
- II. Que ese peligro no sea imputable al autor del daño, es decir, que no concurra culpa propia de éste, que el estado de necesidad no haya sido causado por su imprudencia o negligencia.
- III. Que el daño causado sea de naturaleza material.
- IV. Que exista verdadera desproporción de valores entre el bien sacrificado y el bien salvado y que este último sea superior; en otros términos, que exista desproporción entre el daño inferido y el que se pretendió evitar.

El reconocimiento de la legitimidad del acto necesario no supone ni mucho menos que no se reconozca el derecho al justo resarcimiento del daño causado en el patrimonio ajeno como consecuencia de dicho acto, pues esto equivaldría a admitir una conclusión verdaderamente inicua. Por ello, el derecho a ser indemnizado no se funda en el supuesto del acto necesario, que naturalmente

produce un perjuicio patrimonial, en la idea de la culpa, sino en el reconocimiento a favor del dañado del derecho al ejercicio de la acción de enriquecimiento sin causa.

En realidad, en tales casos, existen frente al perjuicio ocasionado por el acto necesario productor del empobrecimiento en relación con un patrimonio ajeno, el beneficio del autor de dicho acto, equivalente al enriquecimiento.

1.4.3. La Legítima Defensa.- Tiene la legítima defensa, como se ha hecho notar un campo de aplicación muy limitado en la esfera de lo contractual, en la de las obligaciones, por lo tanto se ha reconocido no obstante, que la rareza del supuesto no excluye la necesidad o por lo menos la conveniencia de tenerlo en cuenta.

La conveniencia o no de introducir o desarrollar dentro de la esfera del derecho civil la institución de la defensa legítima, debe a nuestro juicio ser considerada atentamente.

La doctrina distingue la legítima defensa del estado de necesidad del que hemos tratado ya, aunque algún autor considera que ésta es un aspecto de aquella. Afirma Puig Peña que mientras la legítima defensa constituye el derecho de repeler un ataque actual, el estado de necesidad permite atacar la propiedad ajena, para prevenir o evitar un peligro, y que además, en la legítima defensa la situación de peligro proviene de una agresión humana ilícita, de la injusta acción de un hombre, es decir, que el daño se causa a un agresor mientras que en el estado de necesidad la situación ocurre sin que medie agresión; el peligro no deriva de un acto humano, sino que puede ser de una cosa, de un animal, o de un evento natural. La legítima defensa, dice el autor de referencia citando a Von Litz, se trata de restablecer el derecho frente a una injusticia; en el estado de necesidad se trata de salvaguardar un derecho a costa de otro derecho.¹⁹

¹⁹ PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil Español*. T. IV, vol. I p. 285.

El Código Civil para el Distrito Federal no hace referencia a ninguna, ni al estado de necesidad, ni a la legítima defensa, por lo que las cuestiones que puedan plantearse sobre ellas entre nosotros habrán de tener difícil solución.

1.4.4. El Caso Fortuito.- Vamos ahora a ver la situación inversa, es decir, una noción que nació en el marco del análisis del incumplimiento que luego se intentó extender al campo de los delitos y cuasidelitos, donde pierde su sentido.

Ya desde Roma se reconocía que el caso fortuito eliminaba la culpa del deudor. Si por ejemplo, una persona se obligaba a entregar cierto animal que luego moría por un rayo, no había culpa en el incumplimiento. Es importante recordar esto lo que el caso fortuito excluye es la culpa del deudor por eso es que el Código Civil legisla primero sobre la culpa del obligado y a continuación sobre dos situaciones que la descartan: el caso fortuito y la fuerza mayor. Se excluye la culpa entonces, pero es obvio que la obligación no fue cumplida.²⁰

Cuando la noción de caso fortuito se lleva al terreno de los delitos deja de ser útil. Se convierte simplemente en el nombre general para toda la multitud de hechos que permiten decir que el supuesto autor no cometió el acto que se le imputa.

El caso fortuito llevado al tema de los actos ilícitos excluye al mismo tiempo la acción de todos los habitantes del planeta. Se convierte así en una noción inútil. Es que no había nada que excluir.

Supóngase que muere una persona en el otro extremo del mundo, china digamos por un rayo. ¿Qué sentido tiene decir que el rayo es un caso fortuito y excluye mi acción (y la de cualquier otro hombre)? El rayo excluye la acción del asesino chino que se aprestaba a disparar sobre su víctima, y también excluye la acción de una jubilada Tucumana que paseaba a su perro a la hora del frustrado

²⁰ EMILIO BABERO, Ariel. *La Responsabilidad Civil Volver a los Límites del Código Civil*, Buenos Aires, Ed. Fedye, 2001, p. 66

crimen. Por supuesto que en el segundo caso en el de la jubilada que camina a miles de kilómetros de distancia, la pregunta ni siquiera se plantea. Pero el efecto del rayo es igual con respecto de la autoría de las dos personas.

En cambio, cuando tengo a una persona que ya estaba vinculada por una obligación que deja de cumplir (por ejemplo, entregar un caballo que muere por un rayo) ya hay algo especial respecto de esa persona, que la distingue de un vecino que pescaba ranas al momento en que el rayo fulminó al caballo. El caso fortuito excluye así la culpabilidad del incumplimiento de la obligación de entregar el caballo.

Lo que establece toda la diferencia es la preexistencia de una obligación (de una verdadera obligación, vale aclarar con acreedor y deudor, y no un deber general). Cuando se intenta aplicar la noción de caso fortuito a estas dos situaciones, se oscurece el hecho de que su significado es totalmente distinto en cada una de ellas. Materialmente podemos claro, estar ante un hecho idéntico (un rayo en nuestro ejemplo), pero eso no quiere decir que su significado jurídico deba ser igual en todas las situaciones.²¹

El entendimiento de la verdadera noción del caso fortuito se vuelve imposible cuando se considera, en serio su extensión a los actos ilícitos. En ese terreno, lo que el caso fortuito excluye es la acción misma del sujeto (matar, lesionar, dañar) y no sólo su culpabilidad volvamos ahora con esa misma idea al terreno del incumplimiento: ¿Qué acción del deudor es la que el caso fortuito excluye? En nuestro ejemplo de la obligación de entregar el caballo ¿qué acción del deudor es la que el caso fortuito descarta? Ninguna en realidad, supongamos que el deudor dormía cuando cayó a las cuatro de la madrugada de modo imprevisible e inevitable, el rayo que fulminó al caballo ¿qué hizo el deudor?. Dormía. Supongamos ahora que no cae ningún rayo, el deudor se levanta a la mañana y entrega el caballo saldando su obligación. ¿qué hizo de diferente el

²¹ *Ibidem*, p. 67

deudor en este segundo ejemplo, a las cuatro de la madrugada?. Durmió también. El rayo, el caso fortuito no se analiza aquí para valorar un hecho determinado como ocurriría con un verdadero acto ilícito como el homicidio, sino para descartar la culpa en el incumplimiento. Es frecuente que al estudiar el tema del caso fortuito se incurra en un inadvertido vaivén. Se lleva la noción del caso fortuito a los actos ilícitos por pura necesidad teórica de las doctrinas unificadoras. El concepto pierde en ese ámbito la función válida que tenía. Así, maltrecho se lo lleva nuevamente a su tierra natal, que era la de la inejecución. Pero ahora suponiendo que el *casus* excluye una acción, no encontramos ninguna.

Obsérvese, además que en el campo del incumplimiento tienen sentido toda una serie de cuestiones que desde antiguo se han estudiado en el derecho: si los requisitos de imprevisible e irresistible se refieren al deudor o a toda persona, si hay imposibilidad total o parcial. Todas estas cuestiones carecen de sentido si se aplica la noción del *casus* a los delitos.

Basta recordar las dos notas que definen al caso fortuito (imprevisible e irresistible) para comprender que sólo puede ser aplicado al incumplimiento. Es que nadie está obligado a perseguir a todos sus conocidos resguardándolos de todos los daños previsibles. Vamos ahora a la característica de irresistible: ¿a caso todo habitante tiene el deber de evitar, hasta el límite de lo irresistible, todos los hechos dañosos que afecten a sus semejantes? No.

En cambio, si un deudor deja de resistir un hecho que determinó el incumplimiento que él podía evitar es culpable ¿cuál es la diferencia entre estas dos situaciones? Que en el primer caso no había una deuda y en el segundo sí.

Veamos que nos dice nuestro Máximo Tribunal al respecto sobre el tema, y para ello citare algunas tesis jurisprudenciales:

Séptima Época

Instancia: Sala Auxiliar

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 121-126 Séptima Parte

Página: 81

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.

Amparo directo 4010/75. Sindicato de Empleados de Centralab- México, S. A. C. R. O. C. 27 de junio de 1979. 5 votos. Ponente: Gloria León Orantes.

Amparo directo 4008/75. Rosalba Guardiola y otros. 27 de junio de 1979. 5 votos. Ponente: Gloria León Orantes.

Amparo directo 4006/75. Gregorio Gallegos Labrado y otros. 27 de junio de 1979. 5 votos. Ponente: Gloria León Orantes. NOTA: Se elimina la leyenda "Sostiene la misma tesis".

Quinta Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CXIX

Página: 2074

FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO. De acuerdo con la doctrina jurídica mas autorizada, el caso fortuito o fuerza mayor exige la existencia de una imposibilidad verdadera y no que el cumplimiento de una obligación simplemente se haya hecho mas difícil, que el acontecimiento

que constituye el obstáculo para la ejecución de la obligación haya sido imprevisible y que el deudor no haya incurrido en ninguna culpa anterior.

Amparo civil directo 2791/35. Orozco Morales Alfredo. 25 de marzo de 1954. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Ángel González de la Vega. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VII, Enero de 1998

Tesis: II.1o.C.158 C

Página: 1069

CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR. CUANDO EL ACTO O HECHO EN QUE SE SUSTENTA ES UN ACTO DE AUTORIDAD.

La doctrina jurídica es unánime al admitir que existen ocasiones en que el incumplimiento de una obligación no puede ser imputable al deudor, porque éste se ve impedido a cumplir por causa de un acontecimiento que está fuera del dominio de su voluntad, que no ha podido prever o que aun previéndolo no ha podido evitar. A un acontecimiento de esa naturaleza se le llama caso fortuito o fuerza mayor. Los diversos tratadistas como Bonnetcase, García Goyena, Henri León Mazeaud y André Tunc también son acordes al distinguir tres categorías de acontecimientos constitutivos del caso fortuito o de fuerza mayor, según provengan de sucesos de la naturaleza, de hechos del hombre o de actos de la autoridad; sea que el acontecimiento proceda de cualquiera de esas fuentes y, por ello, provoque la imposibilidad física del deudor para cumplir la obligación, lo que traerá como lógica consecuencia que no incurra en mora y no pueda considerársele culpable de la falta de cumplimiento con la correspondiente responsabilidad de índole civil, dado que a lo imposible nadie está obligado. Las características principales de esta causa de inimputabilidad para el deudor son la imprevisibilidad y la generalidad, puesto que cuando el hecho puede ser previsto el deudor debe tomar las prevenciones correspondientes para evitarlo y si no lo hace así, no hay caso fortuito o fuerza mayor; el carácter de generalidad implica que la ejecución del hecho sea imposible de realizar para cualquier persona, no basta, pues, con que la ejecución sea más difícil, más onerosa o de desequilibrio en las prestaciones recíprocas. Así, cuando se trata de actos de autoridad, que algunos autores como Manuel Borja Soriano catalogan dentro de la categoría de hechos provenientes del hombre, el hecho del príncipe, se da a entender a todos aquellos impedimentos que resultan de una orden o de una prohibición que emana de la autoridad pública.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 487/97. U.S.A. English Institute, A.C. 9 de octubre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Romero Vázquez. Secretaria: Elizabeth Serrato Guisa.

Sexta Época
 Instancia: Tercera Sala
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: III, Cuarta Parte
 Página: 104

EMBARCACIONES, DAÑOS CAUSADOS POR LAS. FUERZA MAYOR (RESPONSABILIDAD OBJETIVA). No obstante que un barco puede ser considerado un objeto o máquina peligrosa cuando funciona o camina normal o anormalmente, por la velocidad, energía o fuerza que desarrolla, si cuando se causaron los daños no navegaba, sino que era arrastrado por el viento o huracanes y las corrientes impetuosas; y no ejecutaba, por lo mismo, sus maniobras ordinarias, no puede decirse que "una persona hacia uso", en los términos del artículo 1913 del Código Civil, de tal embarcación, y esa situación es equivalente a la prevista por el artículo 1914 del mismo Código, ya que el empleo del mecanismo, instrumento, etc., no debe ser obligado por una fuerza mayor.

Amparo directo 2787/56. Petróleos Mexicanos. 9 de septiembre de 1957. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Vicente Santos Guajardo. Tesis relacionada con jurisprudencia 118/85

Confirmamos así en el tema del caso fortuito lo que ya hemos observado antes: la unificación de la teoría de la responsabilidad civil sirve para confundir todos y cada uno de los conceptos. Claro que, salvo algún caso como no se postula la unificación por mero amor a la confusión. Es la necesidad de simetría en la teoría y nada más lo que explica las construcciones que examinamos.²²

²² *Ibidem*, p. 68

1.4.5. La obediencia debida.- Esta causal presupone la existencia de una orden emanada de un superior jerárquico y legítimo vale decir, competente para emitirla que resulta de cumplimiento obligatorio e inexcusable para el agente y en virtud de cuyo acatamiento éste ocasiona el perjuicio. Juristas como Llambias la describen como el supuesto en el cual “el agente se ve enfrentando a un conflicto de deberes pues o desobedece e incurre en un delito penal esta calificación nos parece excesiva u obedece y comete el daño al prójimo”

Lo expuesto es un principio general pero no constituye una regla absoluta pues el sometido a su cumplimiento puede en principio, juzgar su razonabilidad o abuso. Esto se convierte en obligación para ciertas ocasiones pues de lo contrario, no se liberará de responsabilidad por los hechos dañosos que provoque a terceros.

Se considera que el ámbito de aplicación de esta causal es principalmente la administración pública en su sentido amplio pues no resulta posible que sus reglas puedan aplicarse a los mandatos provenientes de autoridades privadas ya que la subordinación jurídica privada que se mueve en el marco de los hechos dependientes, no autoriza el accionar dañoso de éstos en aras del cumplimiento de una orden emanada del principal en tanto y en cuanto la dependencia encuentra su origen y fundamento en los intereses privados del comitente, existiendo además sólo para hechos obras o servicios lícitos.

En conclusión, cuadra aclarar que en varias oportunidades se ha confundido la obediencia debida con la autorización administrativa, siendo ello totalmente erróneo en tanto esta última es dada por el organismo competente con el fin de realizar una actividad bajo condiciones allí preestablecidas y tomando en consideración para otorgarlas las finalidades públicas y de bien común que el Estado persigue. No puede actuar como causa de justificación de un accionar dañoso.

1.4.6. El Ejercicio de un Derecho.- Conformar una causal que excluye la responsabilidad apriorísticamente impuesta la acción u omisión que implique ejercer de forma razonable un derecho, una prerrogativa que el ordenamiento legal explícitamente permite o bien no prohíbe.

“El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto”. Aunque “la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.”

Pese a la recepción expresa apuntada en nuestro derecho dogmático se presenta “como una causal de irresponsabilidad” muy discutida. Ciertos autores la califican como “causa de justificación” mientras que otro sector de la doctrina la concibe como “causa de inimputabilidad”.

En Conclusión puede darse así el caso de perjuicios que el agente puede justificar, demostrando que fueron ocasionados en el ejercicio de un derecho propio, esto es, que su obrar estaba legitimado al conformar un derecho subjetivo, lo cual le importa posibilidades concretas de actuación. Tal es el caso de los daños que un profesional puede ocasionar a sus colegas, atrayendo clientes con su prestigio, privando de ellos a otros profesionales, fundamentándose en el correcto ejercicio de su derecho subjetivo a la actividad para la cual tiene un título habilitante. En la actualidad, esta competencia entre los profesionales es fuente de daños pero no de responsabilidades.²³

²³ FERNANDEZ MADERO, Jaime. *Derecho de Daños Nuevos Aspectos Doctrinarios y Jurisprudenciales*, Ob. cit p.p. 185-187

CAPITULO SEGUNDO
EL DAÑO

2.1 CONCEPTO DE DAÑO

En la redefinición de los elementos de la responsabilidad civil, desde la óptica del derecho de daños, encontramos que el daño mismo esta siendo reexaminado.

Nuestro Código define al daño. En el artículo 2108 dice: “ Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.

El concepto que trae el Código Civil no difiere del concepto vulgar de lo que es el daño; así, en el idioma castellano, dañar es causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia.

Para Edgard Baqueiro Rojas el daño es: Toda pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio, sea por un hecho ilícito (responsabilidad extracontractual) o por el incumplimiento de una obligación derivada de un contrato (responsabilidad contractual). La diferencia entre ambas responsabilidades solo estriba en que en la responsabilidad contractual existe una obligación previa que es incumplida, dando lugar a la indemnización de daños y perjuicios, que puede regularse en el contrato (cláusula penal) mientras que en el hecho ilícito que produce daño no existe obligación previa que sea incumplida sino un deber legal y moral que obliga a determinado comportamiento conforme a la ley y las buenas costumbres, pudiendo haber o no relación preexistente entre el agente dañoso y la víctima.

El concepto de daño (*damnus emergens*) va normalmente asociado al de perjuicio (*lucrum cessans*) o privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido del cumplimiento de la obligación.

En todo caso los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa del hecho ilícito extracontractual o del incumplimiento del contrato.

La responsabilidad del autor del daño implica tanto la restitución de las cosas al estado anterior como el cumplimiento de la obligación, además de la indemnización por el daño (disminución patrimonial) como el pago de las ganancias no logradas.

Por regla general no debe tomarse en cuenta el valor estimativo de la cosa dañada sino solamente el deterioro en el precio y el costo de la reparación. A menos que hubiera habido dolo en el deudor e intencionalmente causara el deterioro o pérdida de la misma, generando el llamado daño moral.²⁴

A mayor abundamiento el daño es el centro de gravedad sobre el cual reposa el deber de responder. Todo daño injusto debe ser reparado, a menos que exista una causa de justificación de la conducta lesiva. Sin perjuicio de ello, en ocasiones, aunque no medie una acción antijurídica, la injusticia intrínseca del daño impone su resarcimiento.

Básicamente se puede decir que el daño es un detrimento, un menoscabo, un perjuicio, un acto que produce nocividad, pero con ello no se alcanza a definir el concepto que interesa al derecho. El daño es fundamentalmente el resarcible o daño antijurídico, ya que ese es el que la ley sanciona. Aclaremos que hay ciertos daños muy especiales, llamados no antijurídicos, y que la ley admite que sean indemnizados por razones de conveniencia jurídica y equidad.

Cabe señalar que el daño es el presupuesto central de la responsabilidad civil. De allí que pueda hablarse de daños o de una responsabilidad por daños. La responsabilidad civil se concreta en el daño, y a falta de daño no habrá que reparar. El interés de la víctima en la reparación emerge del daño sufrido, y donde no hay interés no hay acción.

²⁴ BAQUEIRO ROJAS, Edgard, *Diccionarios jurídicos temáticos Vol 1, Derecho civil*, México, Ed. Harla, 1997, p. 29.

Si no hay daño no hay interés, y sin interés no hay acción. De modo que sin daño no hay juicio de daños.

El intérprete debe iniciar su análisis por el daño. Es lo primero que debe verificar, y es superfluo, ante la inexistencia de daño, seguir con la acreditación de los demás elementos de la responsabilidad civil.²⁵

Nuestro Máximo Tribunal al respecto nos señala que debe entenderse por daño, y para ello me permitiré citar algunas tesis jurisprudenciales:

DAÑO. DISTINCION ENTRE LOS CONCEPTOS DE DAÑO A QUE SE REFIEREN LOS ARTICULOS 1913 Y 2108 DEL CODIGO CIVIL. (LEGISLACION DEL DISTRITO FEDERAL).

Tipo de Documento: TESIS AISLADA Clave de Publicación: No Asignada

Clave de Control Asignada por SCJN:

Sala o Tribunal emisor: 3ra. Sala - 5ta. Época - Materia: No Especificada

Fuente de Publicación: Semanario Judicial de la Federación

Volumen: CXXXII Página: 56

Si de acuerdo con el Código Alfonsino (antecedente remoto de la palabra daño como institución jurídica), que en su Ley Primera, Título XV, Partida 7a., define el daño diciendo que es el detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda o persona; en cambio, de acuerdo con la teoría de la responsabilidad objetiva, o extracontractual, daño viene siendo el detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe, independientemente de la culpa, en la hacienda o persona, y "es claro que la pérdida de un hijo redundo en detrimento y en perjuicio de los padres, por el solo hecho de serlo; la responsabilidad por este concepto no amerita una prueba especial respecto del daño causado a los progenitores". Por otra parte, el concepto de daño a que alude el artículo 2108 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, es radicalmente distinto al que menciona el artículo 1913 del propio ordenamiento, puesto que aquel se refiere al daño patrimonial originado por el incumplimiento de obligaciones contractuales y de ninguna manera al daño cuya reparación establece el citado artículo 1913, toda vez que si esto fuera así, carecería de sentido el contenido del artículo 1915 del propio Código, que reglamenta dicha reparación, y principalmente su fracción III, que textualmente establece que cuando la reparación del daño no pueda consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él, como en el

²⁵ ALEGRIA, Héctor, *Revista de derecho de daños*, Argentina, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2001, p.p. 28-29.

caso en que es imposible de toda imposibilidad volver a la vida a una persona, tales daños y perjuicios deberán repararse sobre la base de que "si la víctima no percibe utilidad o salario, o no pudiera determinarse éste, el pago se acordará tomando como base el salario mínimo", lo que quiere decir, como antes se dijo, que el concepto de daño a que los repetidos artículos se refieren, de ninguna manera puede coincidir.

Amparo directo 2500/56. Manuel Grosso. 8 de abril de 1957. Cinco votos.
Ponente: Mariano Azuela.

DAÑO Y PERJUICIO, DIFERENCIA ENTRE. (LEGISLACION DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES).

Tipo de Documento: TESIS AISLADA Clave de Publicación: No Asignada

Clave de Control Asignada por SCJN: No especificada

Sala o Tribunal emisor: 1ra. Sala - 6ta. Época - Materia: Penal

Fuente de Publicación: Semanario Judicial de la Federación

Volumen: CXV, Segunda Parte Página: 19

Conforme a la Legislación Civil, artículos 2108 y 2109, el daño implica pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio, por falta de cumplimiento de una obligación, y el perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación. Lo cierto es que jurídicamente, tanto el daño como el perjuicio, implican lesión al patrimonio, pues según la connotación que al término daño asigna Escriche en su Diccionario de Legislación y Jurisprudencia: es el detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda o la persona. En general, todo daño puede causarse por dolo o malicia, por culpa o por caso fortuito; importando mucho en cualquier evento, saber el modo para arreglar la responsabilidad que debe exigirse. Como es de verse, aún cuando la Legislación Civil define en dos preceptos al daño y el perjuicio, en realidad no existe entre los términos daño y perjuicio, sino una diferencia de matiz, pero de todas formas, la parte de la pérdida o menoscabo tratándose del daño, o la privación de cualquier ganancia lícita, tratándose del perjuicio, de todas formas, este y el daño repercuten en el patrimonio.

Amparo directo 4809/66. Carlos Morales Saldívar y coags. 20 de enero de 1967. 5 votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

Quinta Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: LXXXIV

Página: 1663

RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA. El artículo 1913 del Código Civil del Distrito Federal, sólo revela a la persona que hace uso de instrumentos peligrosos, de la obligación de reparar el daño que con éstos se causa, cuando prueba que hubo culpa o negligencia inexcusable de la víctima; pues de lo contrario el daño causado obliga a la reparación independientemente de los actos del propietario del instrumento peligroso y de la culpabilidad que pueda, o no, tener.

TOMO LXXXIV, Pág. 1663.- Amparo Directo 1403/42, Sec. 1a.- Cía. Telefónica y Telegráfica Mexicana.- 9 de mayo de 1945.- Unanimidad de 4 votos.

De esta manera podemos concluir diciendo que el concepto del daño es aquel que no solamente repercute en la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio de una persona sea esta física o moral, sino que se vea afectada en su esfera jurídica es decir, que de las facultades que el propio derecho le otorga (Derecho Subjetivo) estas se vean afectadas por un tercero y es ahí cuando surge el daño y al mismo tiempo la facultad de la víctima para exigir del autor del daño la reparación del mismo que puede consistir en restablecer el derecho lesionado y cuando esto no sea posible el pago en dinero del importe de los daños y perjuicios a que tenga derecho la víctima.

2.2 CARACTERÍSTICAS DEL DAÑO

El daño, para que sea indemnizable, debe tener ciertas características. No basta que se produzca un perjuicio patrimonial o moral en cabeza de alguien para que se pueda demandar reparación. La acción esta subordinada al lleno de algunos requisitos. Esas limitaciones están determinadas no solo en consideración al perjuicio mismo sino a la calidad jurídica de las personas que lo sufren.

En cuanto a las condiciones del perjuicio indemnizable, decimos que este debe ser cierto y la persona que reclama la indemnización debe ser la misma que resulto perjudicada, aunque el bien lesionado no fuere de su propiedad, o no fuere

su propia integridad personal la que se vio lesionada, finalmente el beneficio moral o económico que se ve disminuido o suprimido debe estar protegido por el orden jurídico, si es que se pretende obtener una reparación.²⁶

Fuera de las características anteriores, el perjuicio debe ser directo y actual. Sin embargo, esas notas en sentido estricto, no hacen parte esencial del daño. En efecto, cuando decimos que el perjudicado debe ser directo, no estamos hablando mas que del nexo causal. Ahora, si ese nexo causal no existe, es decir, si el daño no es directo simplemente para efectos de la responsabilidad civil que se estudia, en un caso concreto, el daño es inexistente.

2.2.1 El Daño Reparable Debe Ser Cierto

El daño indemnizable debe ser cierto, y en principio salvo en contadas excepciones, corresponde al demandante probarlo. Si no existe esa certidumbre no habrá lugar a condenar al autor de la acción lesiva. Sin embargo, la certidumbre del daño esta sujeta a una serie de matices y de dificultades en el espacio y en el tiempo, que hacen demasiado volátil cualquier principio general que trate de establecerse al respecto.

En primer lugar el daño, en sí mismo, no requiere ser actual para que deba ser indemnizado, según veremos; en cambio, el fenómeno que lo genera (conducta activa u omisiva del agente) tiene que haberse producido necesariamente, es decir, no puede ser futuro y eventual. Es preciso que el responsable, con su omisión o acción por si mismo o por interpósita persona, cosa o actividad que este bajo su responsabilidad, haya desatado una cadena de mutaciones en el mundo exterior, cuyo efecto final va a ser la lesión a un bien patrimonial o extracontractual de la victima.

²⁶ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *De la responsabilidad civil Tomo II De los perjuicios y su indemnización*, 2ª ed., Colombia, Ed. Temis, 1996, p. 10.

Este requisito unánimemente reconocido por la doctrina consiste precisamente en que el daño debe de ser cierto. Debe mediar certidumbre en cuanto a la existencia del mismo (que puede ser presente o futuro). Para considerarlo existente y no meramente conjetural el daño debe, en el plano del acaecer fáctico, constituir un verdadero suceso, que provoca o provocara la privación efectiva de un bien.

Revisten certidumbre tanto el daño actual como el futuro. En cambio es irrelevante la magnitud económica del daño.

- a) **Daño actual:** es aquel daño que no genera dificultades desde la certeza, por que siendo aquel que ya se ha producido, es sencillamente verificable. Se entiende que es aquel verificable antes de la sentencia. Por ejemplo: en el caso del peatón víctima de un accidente, integran el daño actual los gastos de la cura (atención médica, remedios, terapias entre otros gastos).
- b) **Daño futuro:** Es el que, no habiéndose materializado al tiempo de la sentencia, ya por entonces aparece como objetivamente previsible su existencia, que habrá de concretarse verosivilmente según las circunstancias del caso y la experiencia de la vida.

Puede tener dos modalidades:

- 1.- Cuando existen consecuencias dañosas de un evento ya ocurrido, que no han dejado de manifestarse y de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos se habrán de prolongar o agravar (daño continuado o sucesivo).

2.- Otros que no son la prolongación o agravamiento del daño actual, sino consecuencias dañosas que directamente se han de manifestar luego de la sentencia, por ejemplo los daños psicofísicos que suele producir la contaminación ambiental en sus distintas formas.²⁷

Además cabe precisar certeza absoluta del nexo causal entre el hecho dañoso y el daño mismo, ya que podría presentarse la certidumbre del hecho, sin que se sepa a ciencia cierta cuales van hacer sus efectos; o se conocen los efectos, pero no si ellos son producidos por ese hecho dañoso o por otro. Por ejemplo: Una Industria pretende instalar aparatos contaminadores del aire, razón por la cual un cultivador de la localidad alega la existencia de futuros perjuicios en sus cosechas, por causa de los desechos químicos de las instalaciones. Hasta ese momento la eventual victima solo podría tratar de impedir las instalaciones, pues únicamente existiría una amenaza de daño y las causas de este ni siquiera se han producido.

En cambio, si ya la maquinaria ha impregnado la región con sus componentes tóxicos, el cultivador podrá reclamar Indemnización por el perjuicio futuro que causara a sus cosechas, siempre y cuando pruebe que la toxicidad ya existe y que con el transcurso del tiempo ella dañara sus sembrados; si prueba la contaminación del medio ambiente y la futura perdida del cultivo, pero no demuestra que la causa de la segunda es la primera, faltara entonces la certidumbre del nexo causal.

Por otra parte la pérdida de una oportunidad (*chance*) constituye un daño cierto. Toda vez que el concepto de daño cierto ha encontrado grandes tropiezos en lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado perdida de un "*chance*" o de una oportunidad. Se presenta esta situación por ejemplo: cuando un abogado descuida un proceso que se pierde, pero cuyo éxito no podía asegurarse, aun sin culpa del abogado. Lo mismo puede predicarse del participante en un concurso o competencia, cuya oportunidad de participación se extingue por culpa

²⁷ ALEGRIA, Héctor, *Revista de derecho de daños*, Ob. cit. p p. 31-32.

de un tercero. Es decir, el único daño consiste en no poder disfrutar la posibilidad de ganar una competencia que, como consecuencia lógica, también podía haber perdido.

Así las cosas podrían apreciarse a primera vista que no hay lugar a indemnización, ya que el daño no es cierto, puesto que no había la seguridad de que la víctima hubiera obtenido el beneficio esperado, en caso de no haber mediado la conducta culposa del demandado.

Sin embargo, nosotros estamos de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas, que consideran que en tales circunstancias hay lugar a indemnizar puesto que el daño si es cierto, y la única dificultad que resta es la de fijar el monto indemnizable. En efecto, el que tiene la posibilidad de ganar algo, dispone de un bien económico que inclusive a veces puede enajenarse, como cuando se vende un derecho litigioso, o un billete de lotería. El valor, desde luego, depende del porcentaje de probabilidades de éxito que se tienen con esa oportunidad. El daño consiste no en la pérdida del premio o de la pretensión, sino en la pérdida de la oportunidad de conseguirlos.

Ahora bien el problema de la evaluación del daño se resuelve, precisamente, teniendo en cuenta las probabilidades que tenía la persona que se ha visto privada de su oportunidad. Si el juez por ejemplo, llega a la conclusión de que las posibilidades eran casi del 100% entonces la indemnización será total. Así, si el premio del concurso era de \$ 100,000.00 y era casi seguro el triunfo de la víctima, entonces ese será el monto indemnizable. En cambio, si el actor solo tenía el 30% de probabilidades de éxito la indemnización será de \$ 30,000.00.²⁸

En conclusión, la causa del daño deberá ser actual y absolutamente cierta, como también deberá ser cierta la relación causal entre esa causa dañosa y el daño mismo.

²⁸ TAMAYO, JARAMILO, Javier, *De la responsabilidad civil Tomo II, De los perjuicios y su indemnización*, Ob. cit. p p. 28-29.

2.2.2 El daño debe ser personal

Este requisito se vincula con el principio según el cual sin interés no hay acción. Es decir, el interés debe ser personal del accionante. Por ello quien reclama el daño debe ser aquel que lo ha sufrido.

Ello implica que nadie puede demandar daños que otro haya sufrido, excepto que se haya visto obligado a soportarlos o voluntariamente haya asumido el costo de reparación de las consecuencias dañosas del hecho.

Es necesario destacar que víctima es quien sufre un daño, damnificado es quien puede solicitar su resarcimiento. El carácter de víctima es común a todos los damnificados, sea que hayan recibido el daño con o sin participación en el evento dañino.²⁹

La convicción de que solo se puede reclamar un daño a un interés propio no resulta un obstáculo a la resarcibilidad, sino simplemente una cuestión de legitimación. Hablar de personalidad del daño significa indagar sobre la calidad del damnificado, y esta calidad lleva inexorablemente a la titularidad de la acción resarcitoria.

En consecuencia, cuando se menciona que el daño debe recaer sobre un interés propio, no es un nuevo requisito, sino el hecho de quien reviste la calidad de damnificado y quien es el titular de la acción resarcitoria.

Desde el punto de vista del sujeto titular de la acción de resarcimiento, el daño debe ser personal del accionante, se trate de una persona individual o colectiva, sea este daño directo o indirecto. Esto no significa que incluya a terceros en la medida en que el reclamante deba, a su vez soportarlos.

²⁹ ALBERTO PARELLADA, CARLOS, *Daños en la actividad judicial e informática desde la responsabilidad profesional*, Buenos aires, Ed. Astrea, 1990, p.p. 50-51.

2.2.3 Subsistencia del Daño

Otro de los requisitos es que este subsista al tiempo en que se lo computa. O sea que no haya desaparecido al momento en que deberá ser resarcido. No se trata de un requisito autónomo, sino un presupuesto de la certeza.³⁰

La subsistencia alude al momento de la reclamación por el damnificado. Si el daño fue reparado por el responsable, el perjuicio es insubsistente. Pero si fue reparado por la víctima, el perjuicio subsiste por el quantum de la reparación.³¹

El recaudo de la subsistencia del daño debe ser comprendido en su exacta dimensión; significa que no haya sido liquidado por el responsable ni por un tercero, que se haya subrogado en los derechos del damnificado. La circunstancia de que la víctima haya reparado el daño, no lo hace insubsistente; si el herido está sanado, no desapareció el daño, sino que desde el punto de vista material, lo que era una lesión corporal se ha transformado en un daño al patrimonio disminuido por el costo de los tratamientos para recuperar la salud.³²

En conclusión las características del daño como lo hemos estudiado líneas arriba, son presupuestos que pretenden dar una mayor certeza y seguridad jurídica, en primer lugar a la existencia del daño y en segundo lugar a la víctima que ha sufrido el daño y que para exigir su reparación, necesariamente deberá probar los requisitos antes señalados.

2.3 CLASIFICACION DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

A fin de evaluar la responsabilidad de acuerdo a la índole de la lesión sufrida, se han elaborado diversos criterios distintivos de los daños se cree así que su clasificación es una mera aproximación a ellos.

³⁰ ALEGRIA Héctor, *Revista de derecho de daños*, Ob. cit. p.p. 31-32.

³¹ ZANNONI A. Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, 2ª ed., Buenos aires, Ed. Astrea, 1987, p.57.

³² ALBERTO PARELLADA Carlos, *Daños en la actividad judicial e informática desde la responsabilidad profesional*, Ob. cit. p. 51.

La operatividad de la categorización de los perjuicios es clarificarlos como objeto de estudio y facilitar su análisis. De manera que no escapando a esta cuestión, consideramos oportuno dedicar a este punto un breve desarrollo de las diferentes especies de daños, algunas tradicionales y otras producto del nuevo derecho de daños.

2.3.1. Daño justo y Daño Injusto: Esta distinción a pesar de no verse incluida como categoría en los textos jurídicos tradicionales, reconoce su primer origen como calificativo para el daño en la *Lex Aquilia*, resultando el concepto de “*damnum iniuria injusto datum*”. Posteriormente, dicha concepción resurge a partir de hallazgos realizados por la doctrina moderna durante la década de los 60 con los juristas italianos como sus máximos exponentes.³³

De todos modos y a la hora de determinar el concepto, la doctrina no logro acordar un contenido definitivo. Así para algunos “daño injusto” es “el actuar sin derecho y con culpa” Windscheid Couder para otros consiste en un obrar lesionado de un derecho, o sea, contra ius Ferrini. La única coincidencia lograda fue la relación de la injusticia a partir del comportamiento dañoso demostrativo de la visión tradicional antes del sufrimiento del perjuicio.

La nueva opinión hace hincapié por su parte, en la relación jurídica a la que debe dar cabida un “daño injusto”. Así se considera que la obligación de no dañar ya no es solo un deber de abstenerse en provocar un menoscabo al interés de otro. Mas que eso, se trata de un deber de realizar una conducta en aras de evitarlo y prevenirlo.

³³ FERNANDEZ MADERO, Jaime, *Derecho de daños nuevos aspectos doctrinarios y jurisprudenciales*, Ob. cit. p.p. 59-60

En definitiva, esta creación doctrinaria entiende al “daño injusto” como aquel resultado sufrido superando el concepto de antijuricidad. En contraposición, entiende al daño justo concibiéndolo como determinado detrimento que se origina con ausencia de algunos de los presupuestos propios y tradicionales de la responsabilidad, esto es, con la presencia de alguna causa de justificación.

2.3.2 Daño cierto y Daño Probable: Hemos expuesto que la certidumbre del daño es uno de sus elementos fundamentales. Consiste en la realidad del mismo demostrable en su existencia. Aquel que se reconoce como indudable. Se opone de esta forma al daño con probabilidad, vale decir aquel que puede o no ocurrir, el hipotético o eventual.³⁴

2.3.3 Daño Actual y Daño Futuro: En este punto el criterio definitivo se basa en la efectividad que cabe atribuirle al perjuicio y nuevamente se atiende al aspecto temporal de su acaecimiento. Así, el primero será aquel detrimento ya ocurrido que aun subsiste al momento de dictarse la decisión judicial y, por su parte, el daño futuro es el que necesariamente ocurrirá con posterioridad o bien el no acaecido aunque su causa generadora ya existe.

2.3.4 Daño común y Daño propio: el daño común puede definirse como el menoscabo que cualquier sujeto puede sufrir frente al incumplimiento. En otras palabras, aquellos que se producen cuando un hecho o causa que los determina regularmente, se manifiesta. Estos se incluyen siempre en la indemnización.

³⁴ *Ibidem*, p. 61.

A su vez, el daño propio es el perjuicio que sufre exclusivamente un sujeto individualizado y por su especial condición y situación. En consecuencia, un sujeto solo puede reclamar la reparación de un perjuicio cuando le es propio, por derivar la lesión de bienes morales o económicos que lo agravian tanto de manera directa, como si lo afectara indirectamente.

2.3.5 Daño Patrimonial y Daño Extrapatrimonial: El concepto de daño patrimonial implica el perjuicio o menoscabo al conjunto de bienes materiales que pertenecen a un individuo. Aquel que puede afectar de manera directa o indirecta los bienes o derechos de un sujeto, siendo estos susceptibles de valuación económica. implica la alteración desfavorable de los bienes que constituyen la esfera jurídica de pertenencia del damnificado. Esta categoría se desmembra en daño emergente, pérdida o disminución de valores existentes y lucro cesante frustración de ventajas esperadas.³⁵

En cambio, cuando el acto ya sea contractual o extracontractual lesiona un derecho que no goza de aquella característica de pecunio, el daño es moral o extrapatrimonial. Por ejemplo: pueden mencionarse el daño a la vida, la dignidad, la integridad física y psíquica, la salud, el honor. Nuestro Código Civil contempla la indemnización por daño moral expresamente para la esfera de la responsabilidad extracontractual en el artículo 1916 mientras que en el plano contractual, se le reconoce como facultad del juez quien podrá incluirlo en la reparación correspondiente, respetando su sana crítica y teniendo en cuenta la índole de hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso.

³⁵ *Idem.*

Es el siglo XIX el parteaguas por excelencia de la concepción patrimonial de los daños, dejando la persona del individuo librada a su suerte, considerándola solo cuando le ocurrieran daños laborales. Ante este supuesto recién accedía al derecho a la indemnización y mientras no se demostraba la incapacidad para el trabajo, no se cubrían los perjuicios. Actualmente, por el contrario, se observa una apertura del criterio jurídico en su conjunto hacia la consideración distintiva de los perjuicios patrimoniales y los no patrimoniales como ideas caducas. Pautas de diferenciación y privilegio que han perdido fuerza en relación con el reconocimiento en uno y otro caso como daño indemnizable, siendo rescatable cuando se refiere a la búsqueda de la incorporación de ambos en el resarcimiento integral con su justipreciación autónoma.

Resulta absolutamente valida desde el punto de vista del valor justicia, la moderna concepción de dar curso a un resarcimiento mas equitativo no solo en el orden de los bienes materiales sino también en el marco de los espirituales. Sin embargo, el daño moral o extrapatrimonial sigue siendo de difícil comprobación y aún de relevancia cuantitativa por los tribunales.³⁶

Entonces debemos de tener en consideración que lo importante son los daños que la persona sufre en si misma o en sus bienes, no importa la esfera afectada, ambas merecen reconocimiento y plena tutela jurídica la diferencia se ve así reducida a que algunos de esos perjuicios tienen una fácil traducción dineraria mientras que otros, los daños morales, son difíciles de valorar patrimonialmente.

³⁶ *Ibidem*, p. 62.

En opinión de Mosset Iturraspe, se ganaría mucho con la desaparición de la categoría de daño moral, puesto que este perjuicio tan particular se encuentra limitado al ser reducido al precio del dolor soportado por la víctima. En consecuencia propone la apertura del daño a la persona como un todo, estableciendo de tal suerte una nueva categoría.

Finalmente, es honesto advertir que la variedad de daños señalada sirve en muchas ocasiones de muletilla argumental en las demandas, careciendo de sostén probatorio suficiente en pos de alcanzar la convicción del juez, lo cual acarrea como contrapartida la incredulidad generalizada de su reconocimiento económico en las decisiones judiciales.

2.3.6 Daño Inmediato y Daño mediato: Aquí el criterio clasificatorio utilizado se relaciona con el presupuesto de la relación de causalidad, esto es, el grado de conexión entre la acción dañosa y el perjuicio causado, vinculándose por supuesto con la teoría de las consecuencias.³⁷

Se entiende como daño inmediato el que se origina a partir de la conducta perjudicial de acuerdo al curso natural y ordinario de las cosas por su parte los daños mediatos serán aquellos nacidos de la relación del acontecimiento lesionante con un hecho distinto.

Por su parte y en virtud de lo establecido normativamente en el ámbito de la responsabilidad contractual son indemnizables los daños nacidos como consecuencia necesaria del hecho mientras que en el supuesto de los daños mediatos, se requiere la prueba de malicia.

³⁷ *Ibidem*, p. 63.

Cabe aclarar que la relevancia de esta distinción se diluye a la luz de la tendencia moderna de hacer desaparecer las diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.

2.3.7 Daño Directo y Daño Indirecto: En relación a estos conceptos, cierta corriente doctrinaria sostiene la existencia de un significado dual en el área extracontractual. El daño directo es el que sufre propiamente la víctima del hecho ilícito sucedido mientras que el indirecto es definido como el que afecta por efecto de rebote a otra persona diferente pero en derecho propio.

2.3.8 Daño Intrínseco y Daño extrínseco: El acreedor, frente al incumplimiento de la obligación, puede sufrir dos tipos de daños: los perjuicios que derivan de la relación con la cosa debida o el objeto mismo, denominados “daños intrínsecos”, y en cuyo caso, a él se le debe la obligación por la prestación en si misma. Y los daños que se ocasionan por un incumplimiento que afectan a otros bienes del patrimonio del acreedor porque el perjuicio se extiende más allá de la prestación debida por el deudor, y ellos se denominan “extrínsecos”.

En otras palabras, el daño intrínseco es aquel que se proyecta en el bien sobre el cual recae la prestación, siendo el extrínseco, el que se refleja en otros bienes del acreedor.

2.3.9 Daño Contractual y Daño Extracontractual: En la esfera de la responsabilidad contractual, el daño se configura cuando una de las partes del acuerdo o negocio jurídico no cumple con las condiciones, las obligaciones que habían sido preestablecidas por ellas mismas. Implica una relación preexistente entre agente

y víctima dada por un vínculo nacido en un contrato y luego del ilícito están perfectamente individualizados el autor del daño deudor y el damnificado acreedor.³⁸

En el daño extracontractual, el perjuicio sufrido se da de una manera ajena a una relación jurídica anterior entre las partes. El vínculo de responsabilidad que se genera, tiene su único origen en el ilícito. Cuando nace, provoca como efecto jurídico la violación del derecho al no observar la obligación implícita y genérica de no dañar y de respetar los intereses ajenos.

2.3.10 Daño moratorio y Daño compensatorio: Para esta clasificación, el criterio distintivo tenido en cuenta es la causa. Desde este punto de partida es que se identifica como “daño compensatorio” al perjuicio sobre el patrimonio de la víctima causado por una inobservancia obligacional que tiene el carácter de definitivo. Se incluye aquí, por supuesto, el incumplimiento imperfecto o parcial ambos igualmente terminantes. De este modo, su indemnización resulta ser sustantiva de aquella prestación originalmente debida y luego definitivamente incumplida. El acreedor obtendrá a través de la indemnización, el mismo beneficio que le hubiera correspondido de haber mediado una plena ejecución, esto es, realizado en debido tiempo y forma por parte del deudor.³⁹

A diferencia del supuesto anterior, en daño moratorio no hay incumplimiento sino cumplimiento, aunque tardío. Podemos definirlo entonces, como el perjuicio provocado por ese retardo en la satisfacción del beneficio obligacional que el deudor ha convenido cumplir. De ello deviene entonces que su reparación

³⁸ *Ibidem*, p. 64.

³⁹ *Ibidem*, p. 65

será acumulativa al objeto de la obligación a cumplir tardíamente. Se trata del efecto principal originado en el estado de mora del deudor: su responsabilidad por los daños provocados por su morosidad.

Entendemos que en virtud de su naturaleza patrimonial, ambas categorías tienen como principal ámbito de aplicación, el campo contractual y sobre todo las obligaciones dinerarias como objeto de la prestación debida.

2.3.11 Daño Interés Positivo y Daño Interés Negativo:

Conceptualmente, el origen de esta clasificación se halla en la doctrina alemana, ubicándose su principal campo de actuación en la responsabilidad precontractual. Se entiende que el criterio de diferenciación resulta según el interés que el cumplimiento de la obligación represente. Vale decir que el centro de la cuestión radica en “la virtualidad jurídica del título en que se apoya la pretensión resarcitoria. En base a lo dicho, el daño al interés positivo se configura ante la privación de los bienes que habría tenido el acreedor, si el contrato se hubiese cumplido eficazmente.

Por su parte, el daño al interés negativo encuentra fundamento en la reparación del perjuicio a raíz de la frustración del contrato. Implica resarcir al acreedor por haber confiado en el deudor, saneando los daños que no habría sufrido si no se hubiera generado la obligación con el incumplidor. En términos reales, se configura cuando el acuerdo contractual no se perfecciona en virtud de la culpa de una de las partes, cuando el negocio jurídico es anulado o bien cuando es resuelto.

2.3.12 Daño Moral Resarcible: en esta clasificación entendemos por daño moral y/o patrimonio moral todas aquellas características y condiciones que dan forma a la personalidad, todos los activos espirituales e intelectuales de los cuales se ha ido haciendo la persona con el transcurso de los años. Si dichas condiciones y activos son lesionados por el obrar dañino de un individuo, la reparación es tan imperiosa o en muchos casos mayor que la que se exige en caso de daño material.

2.4 DETERMINACION DE LA INTENSIDAD DEL DAÑO

Una vez que aparezca claro que el presunto responsable ha actuado contra el orden jurídico y que tal conducta le ha causado daños a un tercero, corresponde al juez determinar la intensidad de ese perjuicio y, en su caso de no ser posible la reparación en especie, entonces fijara el monto monetario con el cual se pretende reparar. En el orden causal de los fenómenos, el resultado dañoso puede aumentarse o disminuirse con el transcurso del tiempo; e inclusive, haber comenzado a producirse con anterioridad a la acción del responsable; por otra parte, la economía de la postguerra se ha visto forzada aceptar un huésped permanente, como es la inflación monetaria. Puesto que entre la fecha en que ocurrió el hecho dañoso y el momento en que la víctima es indemnizada puede correr un largo lapso de tiempo, es preciso entonces determinar las bases para liquidar el monto indemnizatorio. Primero determinaremos el contenido del daño cuando la víctima ya había empezado a sufrirlo, antes del hecho imputable al demandado. Luego nos referiremos a la fecha en la cual se debe determinar la intensidad o contenido del daño y por último estudiaremos la variación intrínseca del perjuicio.⁴⁰

⁴⁰ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *De la responsabilidad civil Tomo II, De los perjuicios y su indemnización*, Ob. cit. p.p. 223 –224.

2.4.1 DETERMINACION DEL CONTENIDO DEL DAÑO CUANDO LA VICTIMA YA HABÍA EMPEZADO A SUFRIRLO ANTES DEL HECHO DEL DEMANDADO

El principio general es el de que el responsable debe pagar todos los perjuicios que por su conducta se causen a la víctima; sin embargo, este axioma encuentra dificultades de aplicación cuando la acción del responsable no hace más que agravar daños anteriores o desatar una cadena fenoménica que termina por lesionar un bien de la víctima, con lo cual se produce el perjuicio. En tal virtud es necesario analizar en cuales casos esas predisposiciones del damnificado deben ser tenidas en cuenta al momento de determinar el contenido del daño reparable en caso *sub judice*; para ello se ha de distinguir entre las predisposiciones morbidas que contribuyen a lesionar el bien de la víctima y los perjuicios ya causados, que simplemente se agravan a causa del hecho realizado por el demandado.

En cuanto al primer punto, diremos que el responsable debe pagar todo el perjuicio que se derive de la lesión a un bien de la víctima, incluyendo su integridad personal, poco importa que esta tuviese predisposiciones patológicas que contribuyeron a desencadenar la lesión del bien. Tomemos como ejemplo el caso de quien padece hemofilia pero que, salvo su enfermedad latente, no sufre incapacidad alguna derivada del mal. Si por desgracia alguien lesiona al hemofílico y a causa de ello este muere por anemia, el responsable deberá pagar todas las consecuencias que de la muerte se deriven, y no podrá alegar a su favor el hecho de las predisposiciones patológicas del occiso, puesto que, según las diferentes teorías de la causalidad, cualquier culpa hace responsable de todo el daño al autor o coautores del mismo, y solo cuando hay de por medio culpa de la víctima, procede reducir la reparación.

Obsérvese como, en el ejemplo propuesto, la víctima no había sufrido perjuicio alguno y simplemente tenía predisposiciones patológicas a una anemia derivada de su enfermedad. En ese sentido, pues la muerte o las lesiones

personales, según el caso, le son totalmente imputables al demandado. Acertadamente los tratadistas Mazeaud Tunc Chabas expresan al respecto: Puede ocurrir que la víctima haya visto las consecuencias del accidente agravadas por un estado patológico anterior. Si dicho estado no engendraba incapacidad, la reparación total será debida tanto en el dominio de los accidentes de trabajo como en los de derecho común.⁴¹

Pero no debe confundirse la situación anterior con la que se presenta cuando estas predisposiciones morbidas ya habían, por sí mismas, causado algún daño, que con posterioridad vino a aumentarse o agravarse en razón de la conducta del demandado. Tal es el caso de la persona que habiendo perdido un ojo, queda con una incapacidad del 30% y posteriormente, por una lesión en el otro ojo, queda totalmente incapacitado; el responsable del segundo hecho solo responderá del setenta por ciento del perjuicio, puesto que el treinta por ciento restante le es imputable a una causa que le es anterior y exterior al demandado, al respecto el citado autor expresa: Del hecho de que, a pesar de las predisposiciones, el demandado sea considerado causa del daño, no se puede concluir que el juez jamás deba tener en cuenta el estado anterior de la víctima; tal estado, por ejemplo podía haber determinado con anterioridad una disminución de las capacidades profesionales de la víctima; ahora el perjuicio debe apreciarse por comparación entre la capacidad anterior al accionante y la que subsiste posterior a este. Deberá el juez considerar únicamente los hechos en relación con la víctima: ¿Qué ganaba ella antes del accidente? ¿Qué puede ganar después del mismo?

Así, en el caso en que la receptividad personal de la víctima atenué las consecuencias dañinas de la falta, el responsable no debe reparar sino ese daño atenuado. Por ejemplo un individuo que tiene la mano cortada, es víctima de un accidente que necesita la amputación del brazo; el sufre evidentemente un perjuicio menor que si hubiese todavía tenido su mano al momento del accidente; el responsable debe beneficiarse de ello. O bien un individuo que sufre de una

⁴¹ *Ibidem*, p. 225.

afección cardiorenal grave e incurable, que disminuye o disminuirá pronto su capacidad de trabajo, halla la muerte en un accidente de automóvil; la reparación deberá hacerse sobre la medida de la capacidad de trabajo reducida. El perjuicio deberá pues eventualmente con respecto a la víctima, en consideración de lo que este efectivamente ha sufrido.

2.4.2 Fecha en que debe evaluarse el contenido intrínseco del daño

Ya hemos visto como el responsable de un daño esta obligado a indemnizarlo en su totalidad. Basta simplemente que haya un nexo causal entre su falta y el perjuicio producido, para que la reparación haya de ser completa.⁴²

Ahora, desde que la víctima formule bien sus pretensiones, el contenido del daño indemnizable será el que exista al momento del juzgamiento, es decir, el responsable estará obligado a pagar todo el perjuicio causado por su conducta a la hora de dictarse sentencia condenatoria.

En primer lugar decimos que todo depende de la forma como el demandante formule sus peticiones, por cuanto el juez no puede fallar mas allá de lo pedido, según principios generales de derecho procesal bien conocidos. De acuerdo con ello, si el demandante fija como limite máximo de la demanda el contenido del daño existente al momento de incoarse la acción, el juez no podrá otorgarle en la sentencia el equivalente de la agravación del perjuicio ocurrida entre el momento de presentarse la demanda y el día del juzgamiento. Por lo tanto es aconsejable que, dentro de los parámetros legales, el demandante deje abierta la posibilidad de cobrar la totalidad de los perjuicios sufridos, poco importa que ellos no hayan aparecido sino con posterioridad a la demanda.

⁴² Ibidem, p. 226.

Al respecto es bueno tratar de erradicar la idea según la cual en las demandas por indemnización de perjuicios, se requiere fijar desde un principio, la cifra exacta en pesos, que se pide como reparación.

En realidad es perfectamente válido solicitarle al juez, en las pretensiones, que el demandado sea obligado a pagar todos los perjuicios materiales y morales sufridos por el demandante a raíz de los hechos imputables al demandado. A condición desde luego, que se identifique el bien sobre el cual recayó el daño con lo que se evitan dudas acerca del objeto pedido por el demandante. Ahora, para efectos de determinar la cuantía, y en consecuencia saber cual es el juez competente, basta por ejemplo, expresar que la pretensión es superior a trescientos mil pesos, en cuyo caso, según los límites actuales, el competente será el juez civil de circuito.

Si se tiene en cuenta lo expuesto en los párrafos anteriores podrá observarse que, siempre que la demanda lo permita, el juez tiene plenas facultades para reconocer a la víctima todos los perjuicios que aparezcan causados por la acción del demandado, poco importa que la agravación o atenuación del perjuicio se haya producido con posterioridad a la presentación de la demanda. En consecuencia la intensidad del perjuicio debe medirse al momento de dictar sentencia condenatoria; inclusive, si entre las sentencias de primera y segunda instancia o la que resuelve el recurso de casación, el contenido del daño hubiese variado, el juez de turno deberá tener en cuenta dicha evolución.⁴³

Si el perjuicio se agrava con posterioridad al juzgamiento definitivo, la víctima podrá iniciar una nueva acción para cobrar la agravación sufrida, pues el proceso inicial tenía un objeto diferente del de la nueva demanda. En cambio si el perjuicio disminuye, el responsable no podrá pedir revisión del fallo y el reembolso parcial o total de lo pagado a la víctima, pues la institución de la cosa juzgada no lo permitiría.

⁴³ *Ibidem*, p. 227.

Lógicamente, esa posibilidad de nuevo proceso no existe cuando el daño en su contenido intrínseco no ha variado, sino que la depreciación del dinero envilece la indemnización otorgada.

2.4.3 Variación Intrínseca del Daño

Entre la fecha de la acción lesiva y el momento del juzgamiento las variaciones del daño pueden consistir en su disminución o en su agravación.

Si entre el momento de ocurrir el hecho dañoso y aquel en que el juez resuelve el perjuicio ha disminuido, ese cambio deberá ser tenido en cuenta por el juzgador, poco importa que la mejoría del daño, si así puede decirse, se deba a causas ajenas al responsable mismo del hecho.

Así por ejemplo tenemos el caso de una víctima que sufre de una incapacidad permanente total derivada del hecho imputable al agente, pero que le permitirá una supervivencia de 40 años, y muere 2 años después del accidente, a causa del hecho del demandado, de un infarto, o a causa de otro accidente, el lucro cesante a cargo del responsable inicial ya no se evalúa sobre el presupuesto de los 40 años de vida probable que tenía al momento de iniciar la acción, sino teniendo en cuenta la supervivencia real 2 años que tuvo el occiso entre el momento del hecho dañoso y su fallecimiento.

Ahora si en el ejemplo propuesto la muerte se produjo como consecuencia directa de la acción del demandado, los herederos cobrarán, ejerciendo la acción hereditaria, el lucro cesante de dos años de la víctima fallecida. Pero, además las personas que dependían del causante herederos o no podrán en una demanda posterior, cobrar el perjuicio personal que pudieron haber sufrido como consecuencia de verse privadas del auxilio que recibían de la víctima directa antes de ocurrir el accidente mortal. En el fondo son dos situaciones jurídicas diferentes: si la víctima no hubiese muerto, habría sido ella quien cobrara

el perjuicio teniendo en cuenta sus 40 años de supervivencia, en cambio, a causa del deceso, su propio perjuicio se ve reducido a 2 años. Por el contrario, ese hecho inesperado hace que nazca un derecho en cabeza de quienes, herederos o no, sufren un daño personal con motivo de la muerte de la víctima, pues el fallecimiento le es imputable a quien inicialmente lo lesiona.

Pero si la muerte de la víctima incapacitada se debe a fuerza mayor o caso fortuito, los herederos que suceden al demandante inicial solo podrán cobrar el lucro cesante que se genere entre el momento en que surja la incapacidad y aquel en que se produzca el fallecimiento. En este caso el causante de la incapacidad nada tiene que ver con el deceso del incapacitado, y antes bien, por esas situaciones del azar, la muerte de este lesionado le favorecerá al disminuir notoriamente la duración del perjuicio.

Finalmente, si la muerte se debe al hecho de un tercero, los herederos de la víctima cobrarán al demandado inicial el lucro cesante generado entre el día del accidente y aquel en que muera el causante. En lo que hace relación a la posible demanda contra el causante de la muerte de la víctima, cabra la acción personal de perjuicios, instaurada por todo el que alegue un daño personal derivado de ese hecho. Generalmente son los mismos herederos, aunque no siempre es así, ya que hay herederos que no sufren perjuicio alguno y, en cambio hay persona que aun sin ser herederas, sufren un daño personal a causa de la muerte.

Nos corresponde ahora analizar la incidencia que para efectos de determinar el contenido del daño implica la agravación de este, ocurrida entre la demanda y el fallo definitivo.

Al respecto, podemos sentar el siguiente principio: toda la agravación del daño que sea consecuencia directa del la acción del responsable, debe ser reparada por este, y por tanto deberá indemnizar la totalidad del perjuicio existente al momento de producirse el fallo definitivo.

La agravación del perjuicio sucede, por ejemplo, cuando la incapacidad inicial era del 40% pero en virtud de la evolución misma de la lesión se aumenta al 60%, haciendo mas dañina la situación de la victima. En ese caso la evaluación se hará teniendo en cuenta las incapacidades existentes en los diferentes periodos: por ejemplo, si es del 30% durante los primeros seis meses, se liquidara el daño de ese lapso teniendo en cuenta la incapacidad efectivamente sufrida. Si posteriormente aumenta al 80% y la incapacidad es permanente, el perjuicio de esa época se liquidara entonces sobre la base de la vida probable de la victima y teniendo en cuenta el 80% de la incapacidad.

En conclusión, no debe olvidarse la distinción planteada en párrafos anteriores, según la cual no es lo mismo la coautoría en la lesión al bien, que la agravación del perjuicio proveniente de varios hechos. En efecto si varias personas han causado un mismo daño todas ellas serán solidariamente responsables, y en consecuencia cada una estará obligada a pagar la totalidad del perjuicio. De igual forma, el hecho de que la victima tenga predisposiciones, tal es el caso del hemofílico no excluye el derecho de la victima a cobrar la totalidad del perjuicio recibido, si es que un tercero desata la cadena causal generadora del daño. En este caso no hay lugar a reducción del monto indemnizable, puesto que, a pesar de la enfermedad, no existía daño alguno, ya que, en el ejemplo propuesto a pesar de la homofilia, la victima tenía toda su capacidad fisiológica, la que solo se disminuyo a partir de la acción del responsable de la lesión. En cambio, en el caso que nos ocupa en este apartado ya existe un daño totalmente imputable al demandado, por el cual debe responder, pero que se agrava por la acción de un tercero o de la victima misma. Como hemos dicho se trata de dos perjuicios diferentes.⁴⁴

⁴⁴ Ibidem, p.236.

CAPITULO TERCERO
LA REPARACIÓN DEL DAÑO

3.1 MARCO CONCEPTUAL

En el capítulo anterior nos hemos referido a la ontología del daño, es decir, al perjuicio como elemento estructural de la responsabilidad civil. Por ello averiguamos en que consiste el daño, cuales son sus características, su clasificación así como la determinación de la intensidad del mismo.

Nos corresponde ahora estudiar como se repara el daño ya producido. Para lograrlo, sentaremos en primer lugar el Marco conceptual de reparación del daño, para después analizar la teoría de la reparación del daño, las formas de reparación del daño y por ultimo el derecho de daños en el nuevo milenio.

El modo o manera en que el daño ha de ser reparado, implica la determinación del contenido de esa reparación. Se trata aquí de precisar como señala Hedemann, “el contenido de la relación obligatoria encaminada a obtener la reparación del daño”.⁴⁵

Para Rafael de Pina la reparación del daño es: la indemnización entregada a quien los ha sufrido por la persona que resulte responsable de ellos.⁴⁶

Así, encontramos que nuestra legislación civil reconoce la reparación del daño en su artículo 1915 que a la letra reza: la reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el establecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.

Con respecto a este tema integrante y protagonista del tratamiento jurídico de la responsabilidad civil, podemos decir que es el más antiguo de todos sus carices y el que produjo mayor interés entre los juristas.

⁴⁵ ZANNONI A. Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Ob. cit. p. 221.

⁴⁶ DE PINA Rafael, *Diccionario de derecho*, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 1970, p. 290.

El acaecimiento del daño, desde las primitivas concepciones del derecho, provoca la respuesta espontánea, instintiva como la califica Llambias de la imposición de un castigo. Una reparación que en los comienzos tenía como único referente, la causalidad material del perjuicio y posteriormente fue objeto de un afinamiento progresivo, dando lugar a una búsqueda de justicia, y a una valoración moral, lo cual llevó a la intencionalidad a crecer en importancia respecto de la causalidad. Sorprende de esto último, el hecho que las actuales tendencias plantean un regreso a aquellas fuentes que diluían el reproche por la acción consumada.

No obstante se observa una diferencia significativa y sumamente trascendental entre aquella responsabilidad netamente objetiva de las comunidades primitivas y la que hoy conocemos. Ella reside en la individualización del responsable y la imposición del deber de resarcir puesto que en aquellas sociedades solo y exclusivamente el autor del daño era el obligado mientras que en la actualidad el espectro de legitimados pasivos se ha expandido pueden serlo además el dueño, el guardián, su comitente para provecho de la víctima.

Pero no es válido continuar a nuestro parecer, sin consignar una definición apropiada. Llambias afirma que la indemnización de daños y perjuicios tiene “una función de equivalencia patrimonial... con la cual se procura dejar al acreedor del crédito resarcitorio en la misma situación patrimonial que habría tenido si el deudor hubiera cumplido exactamente su obligación.

Esta como otras tantas descripciones son en sentido técnico, reflejo del significado corriente del término “reparar”. En esta dirección significa “componer, arreglar una cosa”; “enmendar, corregir, remediar”; “desagraviar, satisfacer al ofendido”; “remediar, precaver un daño o perjuicio”.⁴⁷

⁴⁷ FERNANDEZ MADERO, Jaime, *Derecho de Daños Nuevos aspectos doctrinarios y jurisprudenciales*, Ob. cit. p. p. 555-556.

Por su parte, Mosset Iturraspe atendiendo a los distintos aspectos involucrados en el concepto jurídico de fondo y formal del resarcimiento, lo describe como “ la satisfacción del interés jurídico tutelado con la pertinente aclaración de nuestra parte sobre la inclusión del interés simple no ilegítimo en esta categoría de resarcibilidad la pretensión resarcitoria, puede demandarse del estado tanto en jurisdicción civil como en sede penal pero requiere una petición del titular, de la persona legitimada al efecto. La punibilidad civil que es consecuencia de la responsabilidad resarcitoria, requiere la inicial y oportuna voluntad del titular del derecho está condicionada a una manifestación de voluntad de la persona que ha sufrido el daño, damnificado directo o indirecto, o de su representante.

En este contexto es Llamblas el encargado de presentar cierta correlación entre las expresiones “responsabilidad” y “reparabilidad”. El fundamento reside en la fijación del criterio subjetivo como el factor de atribución general que impera en nuestro derecho, explicando entonces la imputación objetiva mediante la noción de la “reparabilidad” dada la necesidad evidenciada por los avances tecnológicos y sus consecuentes múltiples daños. Es así que se concluye reconociendo como “conciliable un sistema genérico de responsabilidad subjetiva, con supuestos objetivos de reparabilidad objetiva”

Pensamos, que se trata en todos los casos de responsabilidad en alguno de ellos está es atribuida con fundamento en la culpa y en otros lo es objetivamente. No se trata de reglas y excepciones y mucho menos lo es hoy en día cuando se han visto ciertamente incrementados los últimos supuestos. La vinculación entre ambos conceptos queda cabalmente demostrada ante la obligación de resarcir, lo cual implica responsabilidad.

Desde el comienzo y en casi todas las exposiciones vertidas sobre la reparación, se advierte sobre el propósito de la misma. La finalidad atribuida a la reparación es clara. Se intenta la búsqueda del restablecimiento de las cosas al

buen y justo estado en que se encontraban anteriormente. En ciertas ocasiones, dicho resarcimiento se concreta recomponiendo las mismas cosas que fueron objeto de la lesión cuando ello es materialmente posible y, en otros casos los mas frecuentes, se trata de compensar únicamente los valores económicos menoscabados mediante el pago de una suma de dinero.

La más elemental razón de justicia impone la necesidad de restituir a la víctima al estado precedente al injusto *status quo* que le toca padecer. Y así lo ha entendido y acogido nuestro ordenamiento legal cumpliendo con la máxima que lo define. *Jus est ars boni et aequi*, “el derecho es el arte de lo bueno y lo justo”. Y en ese caso, será la compensación, el resarcimiento a la víctima.⁴⁸

A mayor abundamiento y para una mejor comprensión sobre el tema mencionaremos algunas tesis jurisprudenciales que nuestro Máximo Tribunal ha tenido a bien pronunciar:

Quinta Época
Instancia: Sala Auxiliar
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: CXVII
Página: 516

REPARACION DEL DAÑO EN MATERIA CIVIL. Según el artículo 1915 del Código Civil del Distrito Federal, la reparación debe consistir en el establecimiento de la situación anterior al daño y cuando ello sea imposible, en el pago de daños y perjuicios, los artículos 1913 y 1915 del mismo ordenamiento legal no son muy claros, pues en caso de muerte de una persona es difícil determinar el monto de los daños y perjuicios que se pueden considerar causados a los deudos de esa persona; en tal situación, para interpretar esos preceptos se debe estar a lo que disponen los artículos 14 constitucional y 19 de Código Civil, según los cuales las controversias judiciales del orden civil se deben resolver conforme a la ley o a su interpretación jurídica, y a falta de ley, conforme a los principios generales del derecho.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 558.

Amparo civil directo 6884/40. Agencia Eusebio Gayosso, S. A. 31 de julio de 1953. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juan José González Bustamante. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Quinta Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: LXXXIV

Página: 1663

RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA. El artículo 1913 del Código Civil del Distrito Federal, sólo revela a la persona que hace uso de instrumentos peligrosos, de la obligación de reparar el daño que con éstos se causa, cuando prueba que hubo culpa o negligencia inexcusable de la víctima; pues de lo contrario el daño causado obliga a la reparación independientemente de los actos del propietario del instrumento peligroso y de la culpabilidad que pueda, o no, tener.

TOMO LXXXIV, Pág. 1663.- Amparo Directo 1403/42, Sec. 1a.- Cía. Telefónica y Telegráfica Mexicana.- 9 de mayo de 1945.- Unanimidad de 4 votos.

Quinta Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XCIII

Página: 2034

REPARACION DEL DAÑO. Por la reparación del daño se procura restablecer "efectivamente el estado que existía, de no haberse producido el acontecimiento o causa del daño"; tal es la "reposición natural", según la doctrina, y a la cual se refiere la primera hipótesis del artículo 1915 del Código Civil del Distrito Federal. Cuando es imposible la reparación natural, la indemnización debe hacerse en dinero, en la medida necesaria para evitar el menoscabo económico del afectado.

Amparo civil directo 8267/41. Banco de Londres y México, S. A. 3 de septiembre de 1947. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Quinta Época
 Instancia: Tercera Sala
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: LXXXII
 Página: 296

DAÑO MORAL. El artículo 1916 del código civil del distrito, esta redactado con tal claridad, que hace innecesaria su interpretación. se dice en el, que independientemente de los daños y perjuicios, el juez puede acordar en favor de la victima de un hecho ilícito, o de su familia, si aquella muere, una indemnización equitativa, a titulo de reparación moral, que pagara el responsable. se ve de este texto, que el derecho de los familiares, al ser indemnizados a titulo de reparación moral, y según la apreciación judicial, no puede considerarse como realizado sino en caso de fallecimiento de la victima.

Quinta Época
 Instancia: Tercera Sala
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: LXXXI
 Página: 1603

RESPONSABILIDAD CIVIL, BASES PARA COMPUTAR LA REPARACION DEL DAÑO EN CASO DE. Según lo dispuesto por el artículo 1915, reformado, del Código Civil del Distrito Federal, la reparación del daño debe computarse aplicando las cuotas que establece la Ley Federal del Trabajo, según las circunstancias de la víctima, y tomando por base la utilidad que percibía ésta.

TOMO LXXXI, pág. 1603.- Amparo Directo 3705/43, Sec. 1a.- Hernández Vda. de Vázquez Patricia y coags.- 24 de julio de 1944.

Noriega Vda. De Silva Adela Y Coags. Pág. 296 Tomo LXXXII. 4 De Octubre De 1944. Cinco Votos.

Quinta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: LVI
Página: 2323

REPARACION MORAL. El artículo 1916 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, previene que independientemente de los daños y perjuicios, el juez puede acordar en favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia, si aquélla muere, una indemnización equitativa, al título de reparación moral, que pagará el responsable del hecho, y que esa indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Es indudable que según los preceptos de nuestra ley, la obligación de reparar el daño comprende tanto al material como al moral, y también un autor de doctrina, afirma que ese daño o perjuicio puede trascender, no sólo al patrimonio, sino también al aspecto moral, abarcando en este concepto, toda la serie de trastornos morales que pueden producirse a la víctima de un delito y a sus familiares. Como la dificultad de la prueba es insuperable para la demostración del daño causado en el aspecto moral, debe quedar al prudente arbitrio del juzgador, para ser su estimación, atendiendo a todas las circunstancias del hecho y al daño material, para ahí derivar o imponer, de acuerdo con su criterio y buen juicio, la obligación de pagar una cantidad que puede reparar el daño moral causado.

TOMO LVI, Pág. 2323.- Amparo Directo 548/1938, Sec. 2a.- Ovadieff
Jako (Jacobo).- 29 de junio de 1938.- Unanimidad de cinco votos.

Quinta Época
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: CXI
Página: 217

RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA. El artículo 1913 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales consagra la teoría de la responsabilidad objetiva o del riesgo creado, que, en su forma más abstracta, podría formularse diciendo: toda persona que haga nacer un riesgo para otra, es responsable del daño que se realiza. No obstante que este artículo está dentro del capítulo denominado: "De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos", elimina por completo el elemento culpa y deja únicamente la noción de causalidad. Se ha propuesto este nuevo concepto de la responsabilidad, para extender, prácticamente, los casos de aplicación de la regla de reparación, dispensando a la víctima, de la

obligación de probar la culpa cometida por el auto del daño. Algunos autores, como Planiol, opinan que esta nueva doctrina, lejos de ser un progreso, constituye un retroceso, que nos conduce a los tiempos bárbaros, anteriores a la ley Aquilia, cuando se atendía a la materialidad de los hechos, y que por otra parte, el rigor científico del principio de causalidad en que se funda, es sólo aparente, ya que entre las diversas causas de un daño, es imposible determinar cuál debe considerarse como la causa eficiente. Sea de esto lo que fuere, el hecho es que la teoría está consagrada por nuestra ley, al establecer que cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosos por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por 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.

Amparo civil directo 4681/51. Valencia Marcelina. 11 de enero de 1952. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Vicente Santos Guajardo. Relator: Hilario Medina.

En conclusión podemos decir que la reparación del daño consiste en la búsqueda del restablecimiento de las cosas al buen y justo estado en que se encontraban anteriormente antes de ser dañado siempre y cuando sea posible y no haya mediado culpa o negligencia inexcusable de la víctima o bien mediante el pago de daños y perjuicios causados.

3.2 TEORIA DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO

La necesidad de adecuación del pensamiento científico a una realidad pronta y cambiante es una exigencia imperativa para evitar que la distorsión y la disgregación produzcan situaciones y trastornos que lleven a la irritación social.⁴⁹

Como lo ha expresado el jurista alemán Hedemann: "El derecho de indemnización no puede ponerse en duda, constituye verdaderamente un modulo de las inclinaciones y del nivel cultural de un pueblo. Esta verdad de Perogrullo ha

⁴⁹ ALBERTO GHERSI, Carlos, *Teoría General de la reparación de daños*, 2ª ed., Buenos aires, Ed. Astrea, 1999, p. 38.

sido muchas veces esgrimida como tantas otras, pero olvidada cuando debió tenerse presente, ya que abarca los más amplios espectros de la vida de una comunidad jurídicamente organizada. Por ello, los juristas debemos hacer un alto en la bizantina discusión acerca de la responsabilidad, inventariar la cuestión y hacer ese replanteo como función social del derecho.

Así lo expresa Kelsen cuando dice que la función de todo orden social es lograr cierta conducta reciproca de los hombres, esto es, inducir a los hombres a abstenerse de ciertos actos que por una razón u otra son reputados como inútiles a la sociedad.⁵⁰

El estudio desarrollado durante varios años (las inquietudes las genero Bofi Boggero, quien aun cuando no compartía la idea que asumimos, sin embargo con una actitud propia de esos grandes hombres hacia de interlocutor, alentándonos en la investigación nos llevo a dos conclusiones: a) ese punto cero, que todo pensamiento debe tener para su desarrollo, era que debíamos cambiar la óptica; había que desplazar el núcleo de estudio de la responsabilidad a la reparación, y b) tener el daño como idea central.

En cuanto a la primera conclusión tiene dos fundamentos: uno terminológico y otro conceptual, con respecto al fundamento terminológico, el vocablo "reparación" es de mayor claridad que el de responsabilidad, y se asienta sobre dos ideas básicas: la de compensar y la de satisfacer un daño o una ofensa.

El fundamento conceptual radica en la necesidad de estructurar una teoría general a la luz de este concepto (mas amplio y valioso que el de responsabilidad), en la idea de superar los desencuentros y llegar a una casación doctrinaria.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 39.

Los elementos básicos en toda reparación son: el hecho humano, representado por la interferencia de conducta; el resultado dañoso y la relación de causalidad entre el supuesto de hecho y el daño.

Por otra parte, la idea de responsabilidad solo puede asentarse en la concepción de *reprochabilidad*, que es la que observa el daño desde el agente productor para obligarlo a reparar su inconducta (la reprochabilidad de la conducta socialmente inadecuada), incluso medir el alcance de la extensión por su grado de culpa-dolo.⁵¹

En este esquema es indudable que hay dos ideas madre para entender conceptualmente esta situación: la antijuricidad y la culpabilidad.

Al analizar la responsabilidad objetiva, es difícil contemplar todos los supuestos existentes en el ordenamiento jurídico (civil, administrativo y otros), pero como idea común, podemos decir que hay responsabilidad porque así lo dispone la ley, por diversas razones y fundamentos, llamados factores de atribución.

La segunda conclusión mencionada es el daño como realidad incuestionada y también lo debe ser su reparación todo esto nos permite extraer una línea del pensamiento: la reparación (no la responsabilidad) es una necesidad social que debe tener los elementos comunes enunciados.

Este es el punto de partida: “todo daño debe ser reparado”; la base del sistema será la reparación y no la responsabilidad, pues ceñirse a la premisa de la conducta reprochable o antijurídica, o quedarse atado al factor de atribución coyuntural, es detener la cuestión. Deberá elaborarse una teoría general de reparación que partiendo de elementos básicos, indispensables, estructurales

⁵¹ *Ibidem*, p. 40

genere el embrión, para luego analizar que vía o canal se recorrerá en la búsqueda de la reparación, cuando esta sea socialmente justa.

3.2.1 Elementos Comunes: Existen dos tramos de igual importancia en el camino a la reparación del daño. El primero de ellos, dedicado al estudio de los factores o elementos que se consideran imprescindibles, comunes a toda situación dañosa que tenga pretensiones de reparabilidad; de allí, entonces, que este primer filtro elimine situaciones que, por carecer de ellos, no contienen el embrión de la reparabilidad.

- a) **Hecho Humano.** Cuando planteamos la necesaria existencia de este elemento aludimos a la regulación de conductas humanas (puras o combinadas con hechos acaecidos como consecuencia de fenómenos naturales).

Para analizar este tema, que no carece de cierta complejidad, vamos a destacar tres aspectos que resultan de interés.

Sostuvimos que el centro de la cuestión es el hecho del hombre, en contraposición (no excluyente) al fenómeno natural, y que el derecho solo puede acreditar su razón de ser y existencia a partir de ser un instrumento regulador de la conducta humana.

En el aspecto de la reparación de daños, ello implica que la causa generadora de estos debe ser necesaria e imprescindiblemente el ser humano, en su constante interacción y también en su relación con las otras causas (como los fenómenos de la naturaleza).

Sostener que el hecho humano sin adjetivaciones jurídicas es el elemento principal de la reparación por daños es, sin duda importante, pero creemos que lo es mas aun señalar su principal característica: ese hecho humano que

concebimos como requisito es aquel que aparece desprovisto de toda calificación jurídica.

Insistimos en esto porque al calificarlo lo vinculamos a cierta y determinada vía específica de la reparación: a la conducta antijurídica, en cuyo caso lo deslindamos de aquellas situaciones en que siendo la conducta adecuada al ordenamiento jurídico deberá reparar el daño generado por ejemplo: cuando se construye un horno con las previsiones legales estatuidas e ilegalmente se causa un daño.

No obstante, sería absurdo pensar que esto es todo. Al contrario, hay otra relación de causalidad que se da en forma mediata: la del hecho humano y la cosa.

- b) **DAÑO** como ya lo mencionamos en líneas arriba un daño tradicionalmente resarcible debe ser cierto, personal del accionante y que de él resulte una lesión a un derecho subjetivo.

Obviamente, sin daño no hay reparación, pero los aspectos de aquel se han diversificado tanto que es necesaria una atención permanente de los juristas, jueces y legisladores.

- c) **RELACION DE CAUSALIDAD** Mucho y bien se ha escrito en lo atinente al tema, por lo cual resulta superfluo volver sobre la cuestión, salvo para señalar que es imprescindible su presencia como elemento básico.

Sin embargo no resulta ocioso insistir sobre la doble relación de causalidad que ya señalamos al referirnos a otro de los elementos comunes; el

hecho humano cuando el daño se realiza “por las cosas”; es igualmente aplicable el planteo cuando intervienen animales, asimilados por la ley a estas.⁵²

3.3 FORMAS DE REPARACIÓN DEL DAÑO

Tradicionalmente, la doctrina habla de que tanto el daño contractual como el extracontractual pueden ser reparados *in natura* (en especie) o por equivalente. Sin embargo, existe una gran confusión doctrinal en cuanto a la utilización de términos. Así, por ejemplo, hay autores que sostienen que en materia contractual la reparación en especie es imposible. Otros no están de acuerdo en el significado exacto del concepto “reparación por equivalente”, y es así como para algunos esta última no solo se refiere al pago de sumas de dinero., sino también a la reparación mediante el reemplazo por objetos de las mismas características del bien dañado.

Conceptualmente y fuera de toda consideración de un especial derecho positivo, hay dos modos o maneras de reparar el daño patrimonial. Un modo de hacerlo es a través de lo que se denomina reparación natural o *in natura* que consiste en la reintegración en forma específica, o reparación en especie, implica literalmente, “volver las cosas al estado que tendrían si no hubiera ocurrido el hecho dañoso”. El otro modo de reparar el daño es la llamada reparación por equivalente, o propiamente, indemnización mediante la cual aunque no se repone o reintegra en forma específica el bien dañado, se compensa o resarce el menoscabo patrimonial sufrido en razón del daño: se tiende de esta manera, a restablecer el equilibrio patrimonial en función del valor que representa el perjuicio.

Es decir, en suma que mientras la reparación natural o en especie tiende a reponer el bien cosa u objeto en general dañado, por supuesto sin tales daños, la reparación por equivalente toma en cuenta su valor patrimonial mesurable a través del común denominador que lo cuantifica: el dinero, o en algunos casos

⁵² *Ibidem*, p. 42.

mediante la reposición de un bien similar que “equivale” al dañado o perdido. Como se advierte, esta última posibilidad solo es viable cuando se da la fungibilidad entre el bien dañado o destruido y el que se pretende entregar a cambio por el responsable del evento dañoso. De allí que la doctrina distinga entre reparación por equivalente dinerario y por equivalente no dinerario o no pecuniario.

En general la doctrina suele detenerse inicialmente en la consideración acerca de cual de los dos modos de reparación del daño que hemos enunciado debe considerarse preponderante. Por supuesto esa consideración no prescinde del derecho positivo que delimita los parámetros dentro de los que transita la obligación resarcitoria.⁵³

Sin embargo, nosotros, antes que eso y previo incluso a la obligada reseña de las dos grandes tradiciones en este punto: romanista la una, germánica la otra, hemos de intentar establecer en que casos la reintegración en forma específica o reparación natural, en especie es posible. Creemos que este intento no es vano, pues toda discusión o digresión en el plano del deber ser está, al menos aquí, limitada por la facticidad que se da en el plano causal. Pues bien el planteo es, entonces el siguiente: ¿cuando es posible la reparación en especie?.

A priori señalamos que en ciertos casos, la reparación en especie es posible, en otros, muchos es imposible y finalmente en algunos siendo posible no es conveniente al interés del damnificado.

Es claro, no pueden hacerse consideraciones en abstracto en esta materia, pues toda reparación se hace en concreto. Y como la reparación lo es del daño, es necesario partir de la naturaleza de cada daño en su entidad específica para poder responder el interrogante planteado. En punto al daño patrimonial, que es el que nos ocupara, sabemos que puede ser, en primer lugar

⁵³ ZANNONI A. Eduardo, *El daño en la Responsabilidad civil*, Ob. cit. p.p. 221-223.

directo o indirecto. El primero es el perjuicio o menoscabo que afecta a bienes patrimoniales de la víctima, en tanto que el segundo es el que resulta de un ataque o lesión a bienes extrapatrimoniales de ella, aun cuando provoca además perjuicio patrimonial. A su vez el daño patrimonial directo o indirecto se traduce en daño emergente o lucro cesante; en materia contractual, daño compensatorio o moratorio; daño al interés positivo o al interés negativo.

Lo primero que debe señalarse es que la llamada reintegración en forma específica, o en especie, es posible cuando se trata de daño patrimonial directo. En efecto, si el daño es indirecto, es decir, perjuicio patrimonial que acaece como consecuencia de la lesión o menoscabo de un interés extrapatrimonial de la víctima, la reposición no puede interesar el bien jurídico personal afectado, pues solo es posible, a lo sumo indemnizar las consecuencias patrimoniales (daño emergente o lucro cesante) que el menoscabo o pérdida de ese interés extrapatrimonial provoca.

Veamos algunos ejemplos. El homicidio hace nacer la obligación de indemnizar a los damnificados indirectos (cónyuge supéstitute e hijos menores u otros damnificados) lo necesario para su subsistencia, u otros lucros del muerto, en función de la pérdida de la vida que allegaba esos recursos económicos a tales damnificados. No hay reparación in natura posible, pues ello equivaldría a resucitar al muerto. Si se trata de lesiones o en general, daños a la integridad personal de la víctima, lo que se resarce es el daño patrimonial que provocan las lesiones, lo que implica el pago de gastos (daño emergente) o lucro cesante que sufre la víctima durante el periodo de curación y restablecimiento, pero resulta físicamente imposible evitar esos gastos o ese lucro cesante, lo que equivaldría retroceder el tiempo y evitar el daño mismo.⁵⁴

Es que en todos estos casos el daño patrimonial es el reflejo de un menoscabo a bienes personales, extrapatrimoniales. El patrimonio recibe el

⁵⁴ *Ibidem*, p. 224.

impacto del perjuicio no porque un componente de él, un elemento integrante, haya sido dañado o destruido, sino porque a consecuencia del ataque a un bien extrapatrimonial, ese patrimonio se empobrece (daño emergente) o deja de enriquecerse o pierde utilidades apreciables pecuniariamente (lucro cesante), de modo que es imposible pensar en la reposición, en la reintegración en forma específica sino a través del equivalente a lo gastado o lo que, se estima el patrimonio ha perdido a consecuencia del daño. En suma, en estos casos es imposible volver el patrimonio a su situación anterior, por la sencilla razón de que no se trata en la hipótesis, de reponer, de reintegrar un bien, objeto o cosa dañado sino en procurar una situación de equivalencia relativa en que se toma en cuenta lo que no se habría gastado o no se habría dejado de percibir de no ocurrir el evento dañoso.

En este punto es importante salir al encuentro de un ejemplo de pretendida reintegración específica o *in natura* que no es tal. Pertenece a Orgaz, quien si bien descarta la reposición natural a cargo del responsable cuando el daño ha consistido en lesiones personales, lo hace en razón de que ello implicaría “autorizar a aquel”, con prescindencia de la voluntad de la víctima, a elegir el sanatorio en que está ha de ser internada y el personal médico que le va a prestar asistencia. Y añade todo cuanto se refiere a la salud y a la integridad corporal propias es de tal modo de incumbencia del directo interesado que la ley no autoriza ni podría autorizar la intromisión de personas y profesionales extraños a aquella voluntad (salvo por supuesto en caso de estado de necesidad) no advierte Orgaz que, en el ejemplo por él propuesto, aun admitiendo por hipótesis que el responsable dispusiera del médico que asistirá al lesionado y se hiciera cargo de la clínica o sanatorio en que él se asistirá y supuesto de la víctima que aceptase esto, no se está reparando en especie un daño patrimonial, sino más bien soslayándolo (pues se evitan a la víctima los gastos que insume el tratamiento de las lesiones) De modo que en caso propuesto no se trataría de una reintegración en forma específica del daño, sino un modo de evitar un concreto daño patrimonial, que por lo tanto no integraría la cuenta indemnizatoria por los daños

subsistentes, como puede ser, por ejemplo, el lucro cesante durante el periodo de convalecencia.

En cambio, cuando el daño patrimonial es directo la reintegración en especie supone reponer en el patrimonio el bien dañado como si el daño en ese objeto no se hubiese producido. Aquí si es posible la reparación in natura que se resuelve, ni mas ni menos, que en la actividad del responsable tendiente a obtener la reparación del daño, a su costa. Pero es claro, en estos casos, la reparación se ejecuta cuando el responsable cumple con devolver, reintegrar al patrimonio de la victima, el bien u objeto sin daños.

Sin embargo, no todo daño patrimonial consiste en el deterioro de cosas. Veamos aquí también algún ejemplo. En materia contractual, el llamado daño compensatorio es por definición, el que se irroga al acreedor en razón de la prestación definitivamente incumplida. Su resarcimiento en consecuencia, es indemnizatorio del equivalente, o sea del valor que para el acreedor representaba, en su patrimonio, la prestación incumplida. Y ¿Qué decir del daño moratorio? si, como hemos explicado, este daño esta constituido por lo perjuicios provocados al acreedor por el retardo imputable en el cumplimiento del obligado (deudor) el resarcimiento de tales perjuicios daño emergente y lucro cesante, en su caso no consiste en reponer objetos que existían en el patrimonio damnificado, sino en compensar gastos o perdidas provocadas por el incumplimiento. Como se ve en estos casos hablar de reintegración especifica o de reparación in natura es un contrasentido.

Algunas veces se confunde, en materia contractual reparación natural con ejecución forzada de la prestación debida por el deudor, o incluso por el incumplimiento de un tercero a cargo del deudor. Pero ¿Es esto resarcimiento de daños ? Parece evidente que no: la ejecución forzada de la prestación debida por el deudor o la ejecución por un tercero, a su cargo, constituyen cumplimiento "in natura", pero no reparación "in natura", al que se añade o agrega la indemnización

de los daños moratorios. Es claro, el cumplimiento no es resarcimiento por cuanto a través del primero no se repara un daño sino que se realiza o satisface el interés económico que el contrato esta destinado a realizar. Porque si no con igual criterio, podría llegar a sostener que la restitución de las prestaciones cumplidas en caso de resolución por incumplimiento, implican resarcimiento in natura de daños, lo cual es absurdo.⁵⁵

En conclusión, la reintegración en forma específica o reparación en especie solo es posible cuando se trata de daño patrimonial directo y en tanto el daño consista en la pérdida o destrucción de bienes susceptibles de ser repuestos en el patrimonio damnificado.

3.4 EL DERECHO DE DAÑOS EN EL NUEVO MILENIO

El progreso tecnológico y el proceso de globalización de tales avances, han intensificado la cantidad y la calidad de los daños.⁵⁶

La evolución en materia de responsabilidad civil se exhibe desde que hoy no se afirma que no hay responsabilidad sin culpa sino que no hay responsabilidad sin daño, y este ya no es solo aquel que reviste el carácter exclusivamente individual o grupal, sino que también lo es cuando incide en la colectividad o sociedad y por ende en sus miembros que lo integran.

Por otra parte a modo de explicación: el derecho reacciona frente al daño injustamente causado; centra su atención en la víctima, juzga el perjuicio sufrido y en lugar de desentrañar el culpable o responsable para reprochar, busca un daño para indemnizar.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico algunos autores sostienen que no resulta adecuado denominar “responsable” a quien se le atribuye la

⁵⁵ *Ibidem*, p. 227.

⁵⁶ CORDOBA E. Jorge, *El derecho de daños en el nuevo milenio*, Argentina, Ed. Alveroni, 2002, p.45.

obligación de reparar un daño prescindiendo de su culpabilidad; ello porque la responsabilidad presupone la voluntariedad, consecuente con esto, el encarecimiento de la convivencia de remplazar la denominación “responsabilidad civil” por “teoría general de la reparación del daño” o “derecho de daños”, que incluiría la totalidad del fenómeno resarcitorio, todos los supuestos de daños que merecen reparación.

Elementos que han traído una fuerte dosis de bienestar al hombre, a la vez se han tornado grandes dañadores, como los vehículos y los accidentes de automotores (una de las principales causas de mortalidad humana); la intensificación del uso de recursos energéticos y la contaminación del medio ambiente catástrofes como Chernobyl procesos constantes de emisiones de gases tóxicos, los avances en la biotecnología y los riesgos de la manipulación genética. Sujetos activos de tales detrimentos no solamente son los hombres individuales, o los grupos asociados, sino también el mismo Estado aparece como gran deflagrador por acción u omisión.

El contexto formulado sirve de marco para el surgimiento y consolidación del derecho de daños, el cual frente a la realidad de la intensificación de los factores de riesgos conocidos, la aparición de otros desconocidos y las consecuentes soluciones normativas, procura con fines tuitivos, ampliar la perspectiva horizontal de la responsabilidad civil de dar al responsable lo suyo: la obligación de reparar proporcionalmente el daño causado, para llevar el resarcimiento a una dimensión vertical, en donde el daño injustamente sufrido se extiende o distribuye entre los responsables que son el hombre individual, el grupo o la empresa y también el Estado.

La heterogeneidad de las regulaciones resarcitorias no impiden la vigencia del derecho de daños. Este sirve para ordenar y encuadrar dichas normas dentro del propio sistema de esta rama jurídica.

La columna vertebral del sistema del derecho de daños, pasa por el principio universal de que esta prohibido dañar a otro *alterum non laedere*; existe un deber de no perjudicar, salvo causa de justificación; la materia esta constituida no solamente por el derecho a la reparación de los daños injustamente sufridos sino también el derecho a la prevención de los menoscabados. Por lo expuesto, los elementos configurativos de la responsabilidad por daños son el perjuicio o el peligro antijurídico de este y el factor de atribución al responsable, constituyendo un presupuesto general no absoluto la relación de causalidad entre el daño o el peligro y el hecho generador, y son presupuestos eventuales la antijuricidad y la culpabilidad.

La responsabilidad en el derecho de daños se conceptualiza como la Asunción de las consecuencias perjudiciales injustas sufridas o que pueden llegar a sufrir las personas, por acciones realizadas o que pueden realizarse; quiere decir que frente a estas circunstancias responde el obligado a resarcir o a prevenir esas consecuencias acaecidas o que pueden ocurrir.

La mas reciente perspectiva por la que transita esta nueva rama jurídica, es que no se agota en la reparación del daño injusto (función resarcitoria) sino que se expande a la prevención del detrimento o menoscabo (función preventiva), aspecto este que tiene una gran trascendencia y estrecha relación con el objeto central de esta tesis. A más de lo señalado, debe adicionarse una función social represiva o sancionatoria consistente en el empleo de instituciones destinadas a desalentar en la colectividad conductas o acciones dañosas.

Las funciones preventivas y represivas, se corresponden con la moderna pretensión de llevar al resarcimiento a una dimensión vertical, en donde el daño injustamente sufrido se extiende o distribuye entre los responsables que son el hombre individual, el grupo o la empresa y también el Estado.⁵⁷

⁵⁷ *Ibidem*, p. 50.

CAPITULO CUARTO
LA CUANTIFICACIÓN EN LA REPARACIÓN DEL DAÑO

4.1. LA VALUACIÓN DEL DAÑO

El tema que a continuación desarrollaremos, parece a priori de fácil explicación pero pese a los términos sencillos que lo describen veremos que mientras se avanza en su tratamiento, las consideraciones accesorias que son necesarias para su acabada comprensión, se multiplican y diversifican.⁵⁸

Una vez demostrada la certeza y existencia del perjuicio, llega la compleja tarea de determinar su valoración pecuniaria. Siendo nuestro propósito en este título cómo evaluar y valorar, justipreciar, estimar equilibradamente la cuantía del daño material y moral padecido por la víctima.

La valuación del perjuicio puede llevarse a cabo de distintas maneras de acuerdo a quien lo ejecute. En este sentido, encontramos que la misma puede ser “convencional o contractual”, acordada entre quien ha resultado damnificado y el responsable. Por su parte se denomina “legal” cuando ella es cuantitativamente fijada por la norma ya sea en la previsión de topes máximos o mínimos de los montos debidos como ocurre, por ejemplo, con la legislación de los infortunios laborales.

La restante alternativa que abordamos en primer término es la “judicial” elaborada por el juez según su prudente arbitrio y basándose en la prueba acercada al expediente. Es “la obligación impuesta por sentencia en las acciones por daños y perjuicios, que impone al responsable reestablecer la situación de la víctima conforme a derecho, o sea, a reponer las cosas tal como se hallaban antes del acto dañoso”.

Luego de la sucinta reseña, nos avenimos a tratar en el contexto judicial, la cuestión relacionada a los lineamientos formados para guiar la determinación ecuaníme que allí se requiere.

⁵⁸ FERNANDEZ MADERO, Jaime, *Derecho de daños nuevos aspectos doctrinarios y jurisprudenciales*, Ob. cit. p. 568.

Mencionaremos la prudencia como primera y esencial regla que el Juez ha de tener presente al momento de determinar la cuantía resarcitoria debida por quien él ha considerado responsable. El Juez puede y debe estimar prudentemente los daños y ello no significara más que cumplir con los parámetros legales.

Partiendo de esta premisa inicial, veremos que sobre la base distintiva del daño patrimonial y extrapatrimonial, la doctrina expone respecto del primero la elaboración de dos criterios, uno objetivo y otro subjetivo. Como pauta general, el Juez ha de tener en cuenta la cotización ordinaria o “valor de compra en el mercado” que corresponde a la cosa o servicio dañado. Mientras que el criterio subjetivo propone la consideración de la estimación que estas cosas tenían para la víctima del perjuicio, vale decir, se toman en cuenta las circunstancias e intereses particulares del individuo damnificado, su “valor de uso personal”. Como es natural en el intercambio comercial moderno, muchas veces ambas valuaciones no se muestran coincidentes lo cual genera indefectiblemente una disyuntiva cuando dicha diferencia es de considerable entidad.

Las opiniones dogmáticas, como en tantos otros temas se dividen en las clásicas direcciones extremas. Algunos autores propugnan la adopción de la pauta subjetiva fundando tal preferencia en el denominado “principio del interés de la víctima” eje del sistema resarcitorio. Mientras que la otra postura que prefiere el empleo del criterio objetivo, sustentada como principal exponente por Mosset Iturraspe, se basa en la eficiencia e imparcialidad del valor en el mercado para la determinación del daño material. No resulta del todo desacertado este criterio pues es generalmente difícil comprobar aquellas circunstancias individuales de las que hablamos. Por otro lado, ellas se vinculan íntimamente con los sentimientos del damnificado; de allí deriva este concepto de valor efectivo del daño material por lo que parece más apropiada su inserción como pauta en el daño moral o extrapatrimonial.

No obstante, existen ciertas opiniones doctrinarias que toman buena cuenta de las condiciones subjetivas que, frente a ciertos eventos dañosos ejercen importante influencia a la hora de la determinación cuantitativa. En este marco, Orgaz se inclina por la admisión de tales referencias cuando se trata de la incapacidad laboral emergente de un perjuicio en cuyo caso se examinan circunstancias tales como la profesión ejercida por la víctima, su edad, perspectiva de vida económicamente activa, las posibilidades de mejoramiento y escalamiento de posiciones en su trabajo, estado anterior de salud, entre otras tantas.⁵⁹

En lo que se refiere al daño moral los criterios propuestos son los mismos solo que operan con ciertas particularidades. De tal modo que mientras la apreciación subjetiva atiende a las sensaciones afectivas de la víctima con valoración en concreto, la óptica objetiva practica la evaluación tomando como punto de referencia la sensibilidad del “hombre medio”, factor abstracto de estimación del perjuicio. Entre ambas pautas, la elección de la doctrina mayoritaria se inclina por la primera de las aquí expuestas. Por lo íntimo de la valuación de este tipo de perjuicios para que la misma resulte equilibrada. En nuestra opinión, esta postura ecléctica es en la práctica saludable pues deja la puerta abierta a las múltiples contingencias fácticas que pueden presentarse, pues es verdad que la realidad supera a la ficción en muchas ocasiones y el mundo del derecho debe tomar cabal previsión de ello.

Es por ello que debemos convenir que lo más apropiado es que el Juez inmerso en esta decisión ha de justipreciar, guiado por un criterio de razonabilidad las condiciones fácticas y las cualidades espirituales tanto de la víctima como de los sujetos legitimados que reclaman este concepto indemnizatorio. Claro es que realizará esta labor en forma presunta objetiva y abstracta considerando cuál sería el estado anímico de un hombre medio que padecería la misma situación concreta de la víctima. Se aplican de este modo ambos criterios.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 572.

Otro caso de manifiesta dificultad a la hora de establecer el *quàntum* indemnizatorio, se presenta con el reconocimiento de la pérdida de **chance**. Aquí la evaluación no versará sobre la frustrada ganancia debido al suceso del menoscabo sino sobre la chance misma. Vale decir, jurídicamente “el valor de la frustración estará dado por el grado de probabilidad” de convertirse en una ganancia o prevención de daño cierto.

Reanudando el tratamiento de los otros métodos de fijación del monto indemnizatorio, toca el turno seguidamente a la evaluación “convencional” cuyo principal testimonio es la previsión de cláusulas penales, La cláusula penal es aquella en que una persona para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardo o de no ejecutar la obligación.

En nuestro ámbito coincidimos con quienes aluden a ambos propósitos de esta cláusula: la “compulsiva al momento de la celebración de la obligación, de allí su carácter preventivo y resarcitoria cuando la obligación no se cumple o se cumple tardíamente”. En pocas palabras se trata de un tope convencional y una fijación anticipada de los daños resarcibles del contrato a ejecutarse o preferiblemente de un negocio jurídico o una convención o estipulación accesoria por la cual una persona a fin de reforzar el cumplimiento de la obligación, se compromete a satisfacer cierta prestación indemnizatoria si no cumple lo debido o lo hace tardía o irregularmente.

De la lectura de ambas previsiones legales, emana con mayor claridad en la legislación civil la función resarcitoria que denota esta forma de determinación convencional.⁶⁰

Ahora veamos cual es la interpretación jurídica que nuestro Máximo Tribunal hace con respecto a la valuación del daño, y para ello citare algunos criterios jurisprudenciales:

⁶⁰ *Ibidem*, p. 575

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 79 Segunda Parte

Página: 27

REPARACIÓN DEL DAÑO, FIJACION DE LA. Si el tribunal de segundo grado se concreto a citar las disposiciones aplicables del Código Penal, del Civil y de la Ley Federal del Trabajo, pero sin razonar debidamente las causas por las cuales concurre a fijar una cantidad determinada, en tales circunstancias, indudablemente que se conculcan las garantías individuales al inculpado, por no relacionar las normas respectivas con los elementos que conducen a establecer un determinado importe.

Amparo directo 1326/75. Daniel Madrigal Ontiveros. 21 de julio de 1975.

Unanimidad de 4 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

Sexta Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: LXIII, Cuarta Parte

Página: 67

REPARACION DEL DAÑO CIVIL. INDEMNIZACION EN CASO DE MUERTE. El artículo 1915 del Código Civil establece que cuando el daño se causa a la persona y produzca la muerte, el monto de la indemnización, en cuyo pago deberá consistir la reparación del daño, se fijará aplicando lo que establece la Ley Federal del Trabajo, según las circunstancias de la víctima y tomando por base la utilidad o salario que perciba. Cuando la utilidad o salario exceda de \$25.00 diarios, no se toma en cuenta sino esa suma para fijar la indemnización. Si la víctima no percibía utilidad o salario o no pudiera determinarse éste, el pago se acordará tomando como base el salario mínimo. De tales normas, no se desprende como una correcta interpretación jurídica, la establecida por la autoridad responsable, en el sentido de que si la víctima del daño es una persona que percibía un salario, la indemnización debe fijarse aplicando como cuota el salario diario que percibía y que la indemnización se fijará aplicando como cuota la que correspondía a la utilidad que percibía la víctima cuando esta no fuera persona asalariada. Lo que una exacta aplicación de la Ley de referencia impone entender es que: la indemnización se fijará aplicando las cuotas que establece la Ley Federal del Trabajo, según las circunstancias de la víctima, tomando por base la utilidad o el salario que percibía, hasta el límite máximo de \$ 25.00 diarios, pero sin que impida que cuando la víctima, según sus circunstancias, haya percibido tanto salario como utilidades, en forma acumulativa, sólo deba tomarse en cuenta el salario y no la utilidad hasta el límite máximo,

en que sumadas ambas percepciones no excedan de \$ 25.00 diarios. Lo que pretende la ley con las normas de referencia es que las indemnizaciones por daños que produzcan la muerte de una persona no alcancen una cuantía excesiva, que afecte hasta la vida económica del responsable por ese daño, sea persona física o jurídica. Esta conclusión se desprende sin dudas de los razonamientos aducidos al formularse la iniciativa del Decreto que reformó el artículo 1915 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales y que a la letra dicen: "La disposición aludida establece que la reparación del daño debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él, y cuando ello sea imposible, en el pago de daños y perjuicios. En la aplicación práctica de este precepto, han surgido graves dificultades en atención a que no fijándose en él reglas para su interpretación, esto es, bases firmes para determinar la cuantía de las indemnizaciones que hayan de cubrirse, los tribunales hacen una aplicación discrecional, ya sobre el cálculo de vida probable, ya sobre la presente capacidad productiva; alcanzándose con ello que en ocasiones, la indemnización es positivamente reducida, y en otros de una cuantía excesiva, que llega hasta a afectar la vida económica de las empresas. En nuestro sistema jurídico existen disposiciones concretas en las cuales se contienen reglas para los diversos casos que puedan presentarse; pero estas reglas que pertenecen a la esfera de leyes especiales sólo pueden ser tomadas como base para las decisiones del Poder Judicial, cuando una ley así lo determine, razón por la cual se hace preciso adicionar al Código Civil en los términos que se proponen. Como en estos casos, es el daño y perjuicio material lo que debe indemnizarse, no ha lugar a tomarse en cuenta el daño moral, y, por esta circunstancia se propone, que cuando la víctima no perciba utilidad o salario o no puede determinarse este, el pago se acordará tomando como base, el salario mínimo. Con el propósito de asegurar en lo posible, que las indemnizaciones beneficien efectivamente a la víctima o a sus familiares, se propone que los créditos por este concepto, sean intransferibles y que se cubran preferentemente en forma de pensión o pagos sucesivos". Lo anterior conduce a establecer que si la víctima del daño que produjo la muerte, percibía un salario y además obtenía como provecho o fruto de su trabajo, una utilidad por concepto de "propinas", que son cantidades de dinero con que se remunera un buen servicio, ambos ingresos deben tomarse en cuenta para fijar la indemnización con cuyo pago se reparará ese daño, en la inteligencia de que cuando sumados al salario y utilidades, excedan de \$ 25.00 diarios, no se tomará en cuenta sino esta cantidad.

Amparo directo 6412/60/2a. Amparo García. 20 de septiembre de 1962. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez. Tesis relacionada con jurisprudencia 268/85

Quinta Época
 Instancia: Tercera Sala
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: CXIX
 Página: 2370

RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA, MATERIA DE FIJARLA. El artículo 1915 del Código Civil, según su texto vigente en la época en que sucedieron los hechos y se decidió la contienda, preceptuaba que "la reparación del daño debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él, y cuando ello sea imposible en el pago de daños y perjuicios"; por lo que no proporcionando el texto de la ley ninguna base para fijar el pago de daños y perjuicios, el juzgador pudo valerse de las tablas de probabilidades de vida aceptadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para calcular una cantidad que, aún en forma imperfecta, reparara el daño económico causado a la familia de la víctima.

Amparo civil directo 8177/37. Ferrocarriles Nacionales de México. 11 de febrero de 1953. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Ángel González de la Vega. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Quinta Época
 Instancia: Sala Auxiliar
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: CXVII
 Página: 516

REPARACION DEL DAÑO EN MATERIA CIVIL. Según el artículo 1915 del Código Civil del Distrito Federal, la reparación debe consistir en el establecimiento de la situación anterior al daño y cuando ello sea imposible, en el pago de daños y perjuicios, los artículos 1913 y 1915 del mismo ordenamiento legal no son muy claros, pues en caso de muerte de una persona es difícil determinar el monto de los daños y perjuicios que se pueden considerar causados a los deudos de esa persona; en tal situación, para interpretar esos preceptos se debe estar a lo que disponen los artículos 14 constitucional y 19 de Código Civil, según los cuales las controversias judiciales del orden civil se deben resolver conforme a la ley o a su interpretación jurídica, y a falta de ley, conforme a los principios generales del derecho.

Amparo civil directo 6884/40. Agencia Eusebio Gayosso, S. A. 31 de julio de 1953. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juan José González Bustamante. La publicación no menciona el nombre del ponente.

4.2. EL JUEZ Y LA CUANTIFICACIÓN EN LA REPARACIÓN DEL DAÑO

La cuantificación del daño de fuente extracontractual fundamentalmente del daño a la persona en su físico o en sus afecciones legítimas (daño material y daño moral según los criterios generalizados, más allá de matices) puede ser hecha *ex ante* por la ley o puede ser fijada por el juez de acuerdo a la prueba que se rinda en cada caso.

La cuantificación legal rigurosa *ex ante* es la propia del derecho de los accidentes del trabajo en sus primeras manifestaciones legislativa.

En efecto: la ley cuantificaba en una tabla cuanto valía una falange de un dedo de la mano izquierda o derecha, o una pierna o un ojo, y lo que surgía de la tabla era la indemnización que se concedía a la víctima del accidente de trabajo.⁶¹

La cuantificación puramente judicial, conforme a los daños que se acrediten por la prueba rendida en el proceso, es en nuestro derecho la propia de los accidentes que no son de trabajo. El juez pondera la prueba producida y de acuerdo a ella fija una indemnización sin estar atado a ninguna previsión legal previa. Una de las mayores dificultades con que se enfrentan los jueces en estos casos radica en la valuación del daño moral, materia que ha dado lugar a una basta bibliografía y a una jurisprudencia caótica; es sabido que incluso la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha anulado por arbitraria la sentencia que fijó una indemnización por daño moral irrisoria. Y por supuesto que uno de los efectos propios de este sistema radica en las desigualdades que produce en concreto, pues casos semejantes son juzgados de manera diversa; en fin, la estimación judicial depende “demasiado” de la “apreciación” judicial y ello conduce a diferencias a veces abismales entre las indemnizaciones concedidas por distintos tribunales para daños relativamente semejantes. También suele ser muy compleja

⁶¹ ALEGRIA, Hector, *Revista de derecho de daños*, Ob. cit. p.18.

la valuación del lucro cesante y de las chances perdidas, existiendo criterios bastantes diversos para su apreciación y cuantificación.

Citare ahora algunos de los criterios jurisprudenciales que la Suprema Corte de Justicia ha pronunciado respecto de la cuantificación judicial:

Séptima Época

Instancia: Sala Auxiliar

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 33 Séptima Parte

Página: 23

DAÑO MORAL, CUANTIFICACION DEL. No estuvo en lo justo el tribunal ad quem, en un caso, en el razonamiento que lo condujo a fijar como importe del resarcimiento por daño moral la cifra equivalente a la doceava parte del importe de los daños y perjuicios sufridos. El artículo 1849 del Código Civil del Estado de Veracruz, coincidente con el 1916 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, establece la potestad judicial para acordar, en favor de la víctima de un hecho ilícito o de su familia, si aquella muere, una indemnización a título de reparación moral, pero señala que dicha indemnización no debe exceder de la tercera parte de la condena y debe ser equitativa. En otras palabras, el arbitrio del juez para cuantificar una condena de esta índole debe atender al criterio de equidad. Tradicionalmente la equidad es el resultado de la aplicación de la justicia al caso concreto, pero, por otra parte, la equidad supone, en todo juicio en el que haya necesidad de dictar condena por concepto de daño moral, que la parte condenada no sufra excesivamente con el detrimento de su patrimonio en beneficio del patrimonio del ofendido, puesto que mediante el ejercicio de la acción de responsabilidad civil, cuando existe sentencia condenatoria, con ella se satisfacen legalmente los daños y perjuicios sufridos por el ofendido. En el caso se observa que efectivamente el demandado produjo los daños y perjuicios y quedó afectado al pago de la responsabilidad civil correspondiente, lo cual implica que, mediante la ejecución de la sentencia condenatoria, el actor se resarcirá de los daños y perjuicios ocasionados por el demandado, y aunque sea cierto que el demandado haya actuado ilegalmente ocasionando los daños y perjuicios, ello no sería argumento suficiente para que se decretase una condena por daño moral que alcance el grado máximo permitido por la ley. Por otra parte, si resulta también evidente que la condena a la doceava parte de la responsabilidad civil por concepto de daño moral a la que haya llegado el tribunal responsable en la sentencia que de origen a la queja, no satisface el invocado principio de equidad, en cuanto que el argumento esgrimido por el ad quem justifique la condena misma, más no su importe, que resulte bajo, dados los antecedentes legales del juicio debe señalarse que el criterio de equidad

que debe presidir la cuantificación del daño moral ocasionado debe ser el de evitar un exceso en la condena por tal concepto, sin que por otra parte el demandado quede exonerado o sólo condenado a una cantidad ínfima. Atento lo anterior, si el tribunal responsable no hizo un uso prudente del arbitrio que le fue confiado, deberá resolver que la condena por concepto de daño moral causado debe ser la mitad del máximo autorizado en la ley, y como este es el de la tercera parte del que importa la responsabilidad civil, en el presente caso la condena deberá quedar establecida en la sexta parte del importe de esa misma responsabilidad civil. Al no haberlo observado así, el tribunal responsable dejó de cumplir con la ejecutoria de amparo a la que debió dar cumplimiento.

Queja 179/66. Iparino Fernández. 24 de septiembre de 1971. 5 votos.

Ponente: Alfonso López Aparicio.

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: VII-Abril

Página: 169

DAÑO MORAL. FUNDAMENTACION DE SU CUANTIFICACION. A diferencia de los daños y perjuicios de naturaleza material causado según las circunstancias a que se aluden en el artículo 1913 del Código Civil para el Distrito Federal, que deben repararse a elección de la víctima u ofendido restableciendo el estado de cosas que tenían antes de la causación del daño cuando ello sea posible o en el pago en dinero equivalente a los daños y perjuicios causados o bien, en la hipótesis de que el daño recaiga en las personas y produzca la muerte o incapacidad total o permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo que dispone la Ley Federal del Trabajo en su parte relativa, porque así lo dispone expresamente el segundo párrafo del artículo 1915 de dicho ordenamiento sustantivo, la reparación del daño moral que define e instituye el primer párrafo del artículo 1916 del Código Civil citado, debe hacerse de acuerdo a las prevenciones contenidas en los diversos párrafos de dicho artículo y, específicamente, en lo que concierne al monto de la indemnización, de acuerdo a la disposición contenida en el cuarto párrafo de dicho artículo. La anterior determinación se fundamenta en la naturaleza inmaterial del daño moral que es diferente a los daños o perjuicios derivados de lo que la doctrina y la ley denominan responsabilidad objetiva. Por eso la ley estableció la procedencia de la indemnización pecuniaria tratándose de la causación de los daños morales, independientemente de las circunstancias de que se hayan causado o no daños materiales, es decir, instituyó la autonomía del daño moral a que se ha hecho referencia.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 6185/90. José Manuel González Gómez y otra. 28 de febrero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Jesús Casarrubias Ortega.

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XIV-Julio

Página: 527

DAÑO MORAL. FIJACION DEL. De lo estipulado por el artículo 1916 del Código Civil del Distrito Federal aplicable en materia federal en toda la República se concluye que el monto de la reparación del daño moral debe ser fijado por el juzgador de instancia de manera potestativa, y sólo debe atender a los derechos lesionados, al grado de la responsabilidad, a la situación económica del responsable y de la víctima, así como de las demás circunstancias del caso.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 126/89. José María Pérez Conca y Rosa Barranco Martínez (sucesión de Sara Palma Barranco). 28 de noviembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Guillermo Báez Pérez.

Pero la cuantificación por vía de una tasa legal fijada *ex ante* o por la exclusiva determinación judicial no son necesariamente las únicas posibilidades, pues existen métodos que combinan ambas. Así puede diferirse la cuantificación del daño al juez de acuerdo a la prueba, con cierto límite máximo o mínimo establecido legalmente. Criterios de esta especie pueden verse en las indemnizaciones tarifadas de pérdidas de equipaje o retardos en el contrato de transporte, y en algunos países con relación a la fijación del daño corporal, y aun

del daño moral o de los daños punitivos en los sistemas que conocen y aplican esta especie.⁶²

Por lo tanto, no es uno u otro; sino que puede ser muy bien uno con otro, y quizás esto acerque la cuestión a un entendimiento mas sencillo y a soluciones que contemplen los distintos valores en juego.

La cuantificación del daño en el derecho mexicano, como en general en los derechos de cuño romano germánico, es una exigencia básica en el derecho civil, en tanto:

- a) No existen parámetros legalmente establecidos
- b) Ciertos aspectos de la indemnización dan un enorme margen a la apreciación judicial (chances, daño moral).
- c) Fundamentalmente, la indemnización debe colocar a la víctima en la situación en la que se encontraría si el acto dañoso no se hubiese producido.
- d) Por lo tanto, esa indemnización no ha de constituirse en una fuente de enriquecimiento de la víctima, y
- e) De allí que solo sea indemnizable el daño efectivamente probado.

4.2.1 Virtudes y defectos de la cuantificación judicial

La doctrina de todos los países, se ha ocupado de exteriorizar los defectos de la cuantificación judicial.

En principio la insatisfacción que causa la cuantificación judicial deriva de la comprobada disparidad que reflejan las indemnizaciones atribuidas por los

⁶² *Ibidem*, p. 19.

tribunales en casos sustancialmente análogos, a la que venimos de hacer referencia.

Héctor Pedro Iribarne señala justamente una recomendación de las jornadas de derecho civil de Junin que dice:

Se considera necesario superar la situación revelada por el estudio de las decisiones judiciales que fijan las indemnizaciones por muerte y lesiones, que revela la ausencia de criterios regulares idóneos para fijar prestaciones resarcitorias semejantes en casos análogos. Tal situación suscita perplejidad en litigantes y abogados engendrando con ello una gran sensación de injusticia.⁶³

Sin duda, en la siempre relativa homogeneidad de las indemnizaciones esta en juego la seguridad jurídica, que sufre enormemente por la disparidad de las cifras provenientes de sentencias emanadas de distintos tribunales.

Ahora bien, una primera cuestión es discernir cuales son las causas por las cuales tales disparidades ocurren. La segunda es si tales disparidades pueden ser superadas sin recurrir a la cuantificación legal fija o determinada.

Es muy posible que algunas de las causas de esas disparidades se encuentren en lo que Iribarne ha llamado los “criterios ocultos que inspiran las sentencias”, que encierran un alto grado de “subjetividad” judicial y que pueden ser aplicados por la carencia de reglas preestablecidas a las cuales deban estar sometidos los jueces al tiempo de valuar el daño y cuantificar la indemnización. También señala que los jueces tienen una errada quizás insuficiente seria mas ajustado apreciación de la realidad económica; ellos se limitan a la administración de su salario y a veces generalmente carecen de toda referencia de los hábitos operativos de orden económico y financiero de muchos sectores de la población; especialmente no tienen la menor idea de lo que es la realidad empresaria, y

⁶³ *Ibidem*, p. 20.

aunque parezca mentira desconocen hasta la misma realidad de la vida profesional del abogado, lo cual se refleja muchas veces en regulaciones de honorarios que no retribuyen mínimamente el trabajo desplegado.

Todo esto conduce generalmente no al exceso de las indemnizaciones, raramente denunciado por la doctrina, sino mas bien a la irrisoriedad de ciertas reparaciones, lo que se aprecia en particular en materia de indemnización de los perjuicios sufridos en los derechos de la personalidad espiritual.

Es que la indemnización judicialmente estimada permite valorar concretamente las circunstancias del caso; esto es, el juez puede ameritar el daño causado a ese sujeto individual, único e irrepetible que es el ser humano en el marco de todas sus circunstancias vitales: edad, aptitud, física, fortuna, proyecto de vida, estado de familia, capacidad de generar ganancias, y hasta su singular sensibilidad espiritual.

En esta orientación se dice que el principio de la reparación integral y el principio indemnizatorio tienen por corolario una estrecha personalización del daño a la vez en la estricta determinación de los perjuicios sufridos y en su valuación.

4.3. LA UTILIZACIÓN DE LA ESTADÍSTICA PARA LA CUANTIFICACION DE DAÑOS

En este punto focal es justamente en donde el andamiaje que une al derecho de fondo y la materialización de aquellos preceptos por medio del derecho de forma debe ser perfecto, de manera que la traducción a la realidad de aquello que fue plasmado en una norma jurídica se identifique con proximidad suficiente al espíritu con que fue concebida.⁶⁴

⁶⁴ ALBERTO GHERSI, Carlos, *Cuantificación económica Econometría Jurídica*, Argentina, Ed. Astrea, 2001, p 117.

La puesta no resulta sencilla y la dificultad para su concreción aumenta cuando no enfrentamos a normas jurídicas cuya abstracción otorgan amplia discrecionalidad a quien debe decodificarlas para su aplicación en concreto. Es aquí en donde el decodificador deberá interpretar y estudiar las diversas posibilidades que se le presentan, para finalmente seleccionar y aplicar aquella que según su sana crítica resulte acorde al espíritu de la ley.

Concluida esta primera etapa ocurre que decodificada satisfactoriamente una norma ya sea por el impacto que provoca, bien por carencia de otras posibilidades que optimicen su resultado, su aplicación comienza a darse sistemáticamente de aquel modo.

La imperiosa necesidad de contar con la mayor cantidad de pruebas posibles en un proceso no es ajena a la temática de la cuantificación. De este modo se puede confiar en que convenceremos al juzgador no solo de la verosimilitud del reclamo en cuestión sino también del valor asignado a el con iguales consecuencias cuando se trate de contestar demandas.

El problema se suscita cuando no se cuenta con pruebas suficientes que otorguen basamento al planteo. En muchos supuestos, al momento de entablar una demanda se plantean peticiones excesivas a fin de sacar el "mayor provecho del daño", en cuestión reclamando sumas completamente arbitrarias y que exceden cualquier mínimo razonamiento acerca de lo que realmente se debe en materia de reparación, y el demandado adopta la actitud inversa, sin desconocer la arbitrariedad del monto al cual ha llegado. Esta situación pone al juzgador en una posición en la que deberá sentenciar decidiendo entre dos posturas extremas sin mayores pruebas.

La solución que se esboza en este trabajo consiste en la utilización de estadísticas confiables a las cuales el abogado o el juez puedan acudir al momento de cuantificar un daño.⁶⁵

Con la utilización de este sistema de cuantificación estamos reafirmando la idea de recomposición del daño sufrido económicamente, es decir, volver las cosas al status jurídico-económico anterior al hecho generador del daño. A partir de allí este último se medirá en función de la frustración de la tendencia que normal y ordinariamente debió haber acaecido.

Un supuesto en el cual nos enfrentamos a la carencia de pruebas sería el caso de un obrero de la construcción que trabaja y que sufre un daño físico disminuyendo su capacidad laboral en un 20%. Debemos probar por testigos, por ejemplo, que realmente trabajaba, pero la traducción en términos monetarios de esa incapacidad y su relación con el quantum de lo que producía resulta más difícil de demostrar.

En conclusión, si pudiéramos conocer la ganancia promedio de un trabajador de la construcción, el cálculo nos resultaría más sencillo y, así mismo, la verificación de la verosimilitud de la cifra estadística obtenida se simplifica si ella proviene de un organismo oficial del Estado, con actualizaciones periódicas claro ejemplo de dicho organismo podría ser el (INEGI).

4.4. LA VALUACIÓN ACTUARIAL COMO ALTERNATIVA PARA DETERMINAR LA CUANTIFICACION EN LA REPARACIÓN DEL DAÑO

En este apartado nos ocuparemos de la cuantificación de los daños por un profesional y de una ciencia poco conocida por el común de los profesionales, no solo en el área del derecho, sino en general en todas las áreas de la investigación.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 121.

El proceso de matematización de la economía impone actualmente, al abogado y a los estudiantes de derecho, contar con el conocimiento de las herramientas que permitan ajustar las teorías del derecho al comportamiento de los hechos.⁶⁶

El uso de las matemáticas y, dentro de ella la matemática actuarial y la financiera, proporciona al derecho el camino para ajustar lo abstracto de la ley al comportamiento real de los hechos, su explicación y definición con mayor rigor científico. Con ellas puede estructurarse una mejor fundamentación, cuantificar variables e incluso dar mayor precisión al lenguaje jurídico, aportando más objetividad a los razonamientos y facilitando fundamentalmente llegar a definir medidas de valor monetario para el resarcimiento de daños, sean físicos o patrimoniales.

Por ello en el área judicial, el actuario con sus estudios técnicos y sus desarrollos numéricos, permite llevar a cabo la toma de decisiones por parte de quienes tienen la responsabilidad institucional de impartir justicia. Estas decisiones basadas en la equidad y la justa determinación de los valores correspondientes a las indemnizaciones de daños y perjuicios, se darán principalmente en el ámbito del derecho privado, especialmente el civil.

Estos daños están relacionados con la supresión de la vida o con los efectos que ellos producen, como incapacidades torales o parciales, temporarias o permanentes y que están totalmente vinculadas al valor económico de la vida humana, conceptos absolutamente actuariales.

La determinación del daño material que produce la pérdida de la vida o cualquiera de aquellos perjuicios que están asociados con el valor de la vida, permite a los legitimados reclamar el respectivo daño dentro de un valor justo y cierto, definido científicamente.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 146.

La legislación procesal tanto nacional como provincial, es bastante uniforme para determinar la necesidad de la prueba pericial en los juicios llamados de conocimiento (ordinarios, sumarios o sumarísimos) cuyas normas son en general aplicables a otros tipos de litigios. Ellas reiteran la definición del Código Procesal Civil, en su artículo 346: “La prueba pericial solo será admisible cuando se requieran conocimientos especiales de la ciencia, arte, técnica, oficio o industria de que se trate...”

En muchos casos, la determinación de algún hecho controvertido exigirá la producción de la prueba pericial impuesta de oficio que será obligatoria aunque las partes no lo hayan solicitado.

Las acciones que se ejercen en los juicios donde se reclama indemnización por muerte o por incapacidad, intentan lograr un resarcimiento fundado en el valor económico de la vida y determinar los diferentes valores que corresponden a cada sujeto reclamante.

La valuación económica de la vida de una persona genera distintos derechos económicos y la extensión del resarcimiento difiere cuando el reclamo lo realiza el sujeto objeto del daño (caso de incapacidad) u otra persona que ejerce el derecho. En este caso, los coeficientes correspondientes al valor vida serán aplicables según el grado de parentesco del que reclame (esposa, hijos, padres entre otros).

Por ejemplo, veamos el caso en que fallece un jefe de familia y los derechohabientes, es decir, aquellos que tienen un interés legítimo (esposa e hijos), entablan una demanda por daños y perjuicios a una empresa de servicios.

a) Bases Actuariales de Cálculo. Los datos necesarios a requerir para la realización de la pericia son los siguientes:

1.- Fecha del accidente: Este dato fija el momento de la determinación del valor económico del causante; es decir que los valores monetarios a considerar en la pericia estarán expresados en moneda a la fecha del accidente.

2.- Edades actuariales de cálculo: Se requieren las edades tanto del causante como de los derechohabientes (esposa, hijos, etc.)

b) Tabla de Mortalidad.- A los efectos de la valuación de los aspectos biométricos (medida de la vida) vinculados con la supervivencia de los componentes del grupo familiar, considerando su sexo y edad, se utilizan tablas de mortalidad; por ejemplo, la *Comissioner Standard Ordinary – 1980 (CSO 80)* en uso en el mercado de seguros y reaseguros nacional para la valuación de coberturas en el riesgo de muerte. Esta tabla es de carácter conservador.

c) Tasa de Interés Anual. La valuación se debe realizar sobre la base de valores en moneda constante a la fecha del accidente y que sean preservados del proceso de pérdida del poder adquisitivo de la moneda, según las condiciones económicas del país y al plazo de valuación del hecho.

d) Ingresos del causante. El ingreso anual del causante a la fecha del siniestro y una estimación de los futuros ingresos que, dada la edad, se pueden incrementar sea por desarrollo profesional, empresarial, etc.; tomando una tasa de crecimiento anual acumulativa, permiten proyectar los ingresos que hubiera tenido el causante en el caso de no haber ocurrido el hecho.

e) Edad Jubilatoria. Se debe considerar la edad jubilatoria concebida por la ley en vigencia y de acuerdo con ella se deben determinar los futuros haberes jubilatorios.

f) **Valuación Actuarial.** Con la fecha de nacimiento y la de fallecimiento del causante, en función de la tabla de mortalidad, se determina la expectativa de vida futura adicional del actor a la fecha del accidente.

El valor económico de la vida humana se determina ponderando el nivel de ingresos, los aspectos biométricos vinculados con la supervivencia del causante y del grupo familiar asistido, y los aspectos financieros, por tratarse de ingresos distribuidos en el tiempo. Se aplica, por lo tanto el método actuarial de las rentas vitalicias continuas, determinándose un capital indemnizatorio cuyo importe a la fecha del accidente corresponde al valor vida del causante.⁶⁷

Las valuaciones a considerar comprenden cuatro etapas cada una:

- I. La de la composición del grupo familiar asistido;
- II. La que incluye a los hijos hasta cumplir los veinticinco años de edad;
- III. La del valor hasta la edad jubilatoria, y
- IV. La del valor desde la edad jubilatoria.

En cuanto a las fórmulas matemáticas para el cálculo de los distintos *item* de la pericia consideramos innecesario explicarlas dada su complejidad. Las técnicas actuariales de resolución de rentas vitalicias continuas utilizan el cálculo integral por aplicación de la regla de los trapecios en función de los factores de valuación actuariales con intervalos de plazo anual.

Creemos que de este modo quedan expuestos los conceptos fundamentales que pueden incorporar al conocimiento de los actores de las ciencias jurídicas sobre la ciencia actuarial y su práctica, a fin de que sean incluidos en su desempeño profesional en el beneficio del logro de una justa valoración de las reparaciones causadas por daños o hechos jurídicos en general. En definitiva para alcanzar una mejor justicia, bien supremo de la humanidad.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 150.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La responsabilidad en general nace cuando se reconoce al hombre un derecho a la libertad, que conlleva un deber de reparar los perjuicios causados mediante el uso de su libertad.

SEGUNDA.- La responsabilidad civil la concebimos como una necesidad jurídica de hacer frente a las consecuencias del obrar culpable culposo o doloso que ha ocasionado un daño a otro; es decir, es la necesidad de responder, pecuniariamente de los actos realizados por sí mismo o de aquellos ejecutados por otra persona con la cual se está en relación de dependencia legal o voluntaria.

TERCERA.- Para que la exoneración de la responsabilidad pueda darse, se requiere que exista voluntad de las partes, una disposición legal expresa o bien que se generen circunstancias como las que autorizan el ejercicio de la excepción de contrato no cumplido: el estado de necesidad o la legítima defensa, el caso fortuito, una obediencia debida y/o el ejercicio de un derecho.

CUARTA.- El Daño es toda pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio y es el elemento principal para que la responsabilidad civil se concrete; es decir, para que se pueda exigir una reparación del daño, ya que si no hay daño no hay interés, y sin interés no hay acción. De modo que sin daño no hay juicio de daños.

QUINTA.- La indemnización del daño debe contemplar: ser cierto, la persona que reclama la indemnización debe ser la misma que resultó perjudicada, aunque el bien lesionado no fuere de su propiedad, o no fuere su propia integridad personal la que se vio lesionada, finalmente el beneficio moral o económico que se ve disminuido o suprimido debe estar protegido por el orden jurídico, si es que se pretende obtener una reparación.

SEXTA.- La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el establecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.

SÉPTIMA.- Para poder llegar a una cuantificación de la reparación del daño se examinan circunstancias tales como la profesión ejercida por la víctima, su edad, perspectiva de vida económicamente activa, las posibilidades de mejoramiento y escalamiento de posiciones en su trabajo, estado anterior de salud, entre otras tantas.

OCTAVA.- La insatisfacción que causa la cuantificación judicial se deriva de la comprobada disparidad que reflejan las indemnizaciones atribuidas por los tribunales en casos sustancialmente análogos, por ello es que la indemnización judicial que proponemos permite valorar concretamente las circunstancias del caso; esto es, el juez amerite el daño causado a ese sujeto individual, único e irrepetible que es el ser humano en el marco de todas sus circunstancias vitales: edad, aptitud, física, fortuna, proyecto de vida, estado de familia, capacidad de generar ganancias, y hasta su singular sensibilidad espiritual.

NOVENA.- El juzgador deberá sentenciar contando con la mayor cantidad de pruebas posibles utilizando estadísticas confiables a las cuales pueda acudir al momento de cuantificar un daño, ya que por lo general se plantean peticiones excesivas a fin de sacar el “mayor provecho del daño”, en cuestión reclamando sumas completamente arbitrarias y que exceden cualquier mínimo razonamiento a cerca de lo que realmente se debe en materia de reparación y con la utilización de este sistema de cuantificación se pretende volver las cosas al status jurídico-económico anterior al hecho generador del daño

DECIMA.- Con el uso de las matemáticas actuarial y la financiera, se proporciona al derecho el camino para ajustar lo abstracto de la ley al comportamiento real de los hechos, es decir, con ellas puede estructurarse una mejor fundamentación, cuantificar variables e incluso dar mayor precisión al lenguaje jurídico, aportando más objetividad a los razonamientos y facilitando fundamentalmente llegar a definir medidas de valor monetario para el resarcimiento de daños, sean físicos o patrimoniales.

PROPUESTAS

PRIMERA.- Se propone que para la determinación, valuación y cuantificación de la reparación del daño en materia civil, se recurra o se tome en cuenta una tabla de valuación que contemple aspectos personales de los sujetos (activo y pasivo) como son: ingresos económicos, nivel de preparación, estado de salud, estado civil, dependientes económicos; con lo cuales, se alcanzaría una mayor equidad en la cuantificación del daño.

SEGUNDA.- Se propone como otro instrumento de apoyo para el juzgador el auxilio de peritos en materia actuarial para determinar la cuantificación del daño en materia civil, ya que con esto, el juzgador se allegaría de elementos que le proporcionen mayor precisión al momento de cuantificar la reparación del daño.

TERCERA.- Se propone la utilización de la estadística para la cuantificación de daños con el fin de evitar reclamos excesivos por parte del demandante y el incumplimiento por parte del demandado.

CUARTA.- Se propone una reforma al Código Civil para el Distrito Federal con la que se introduzcan la estadística, la tabla de valuación y el auxilio de los peritos en materia actuarial para que se reduzca la discrecionalidad que la ley otorga a los juzgadores en relación a la cuantificación de la reparación del daño y de esta manera reducir la disparidad en las indemnizaciones en casos análogos.

BIBLIOGRAFIA

- ALEGRIA Héctor, *Revista de derecho de daños*, Rubinzal-Culzoni, Argentina, 2001.
- ALBERTO GHERSI, Carlos, *Teoría General de la reparación del daños*, 2ª. Ed., Astrea, Argentina, 1999.
- , *Derecho de daños y contratos*, Club del libro, Argentina, 1999.
- , *Cuantificación Económica, Econometría Jurídica*, Astrea, Argentina,
- , *Daños en la actividad judicial e informática desde la responsabilidad profesional*, Astrea, Argentina, 1990.
- ANIBAL ALTERINI, Atilio, *La Responsabilidad*, Abeledo Perrot, Argentina, 1995.
- BAQUEIRO ROJAS, Edgard, *Diccionarios Jurídicos Temáticos Volumen I Derecho civil*, Harla, México, 1999.
- CORDOBA E. Jorge, *El Derecho de daños en el Nuevo Milenio*, Alveroni, Argentina, 2002.
- DE PINA Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Volumen Tercero, Segunda edición, Porrúa, México, 1966.
- FERNANDEZ MADERO, Jaime, *Derecho de daños nuevos aspectos doctrinarios y jurisprudenciales*, La Ley, Argentina, 2002.
- FERNANDEZ MADERO, Jaime, *Derecho de daños nuevos aspectos doctrinarios y jurisprudenciales*, Fedye, Argentina, 2002.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, Porrúa, México, 1999.
- JESÚS BUERES, Alberto, *Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio*, Abeledo Perrot, Argentina, 1997.
- LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de Responsabilidad*, Fontamara, México, 2000.
- PASCUAL ESTEVIL, Luis, *La Responsabilidad Extracontractual Aquiliana o Delictual*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1992.

ROBERTO VAZQUEZ, Adolfo, *Responsabilidad Aquiliana del Estado y sus Funcionarios*, Segunda edición actualizada y ampliada, Fedye, Argentina, 2001.

TAMAYO JARAMILLO, Javier, *De la Responsabilidad Civil*, Tomo II, Segunda reimpresión, Temis, Colombia, 1996.

ZANNONI Eduardo, *El Daño en la Responsabilidad Civil*, Segunda edición actualizada y ampliada, Astrea, Argentina, 1987.

ORDENAMIENTOS LEGALES

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Cuarta edición, México, Ed. Isef, 2001.

Código Civil para el Distrito Federal, México, Ed. Sista, 2003.

Código Civil para el Distrito Federal, México, Ed. Isef, 2005.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, México, Ed. Sista, 2005.

DICCIONARIOS

DE PINA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Segunda edición, Porrúa, México, 1970.

Diccionario, Real Academia Española, Decima novena edición., Madrid, Ed. Espasa, 1970.

Diccionario de la Lengua Española, España, Ed., Espasa, 1994.

Diccionarios Jurídicos Temáticos, Harla, México, 1999.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, IUS 8, *Jurisprudencia y Tesis aisladas 1917-1998*.

OTRAS FUENTES

<http://www.scjn.gob.mx>

www.visionjuridica.com

ANEXO 1. SENTENCIA CIVIL EN MATERIA DE REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL.

México, Distrito Federal a veintiséis de noviembre del año dos mil cuatro.

V I S T O S para resolver en definitiva los autos del juicio ORDINARIO CIVIL, promovido por _____, en contra de **INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL Y OTROS** expediente 872/2003, y;

R E S U L T A N D O

1.- Por escrito presentado el día veintinueve de octubre del año dos mil tres, ante la Oficialía de Partes Común de los juzgados Civil y Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, la parte actora, por conducto de su representante legal, demanda de **INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL Y OTROS**, el pago de un daño moral y responsabilidad civil, de conformidad con las reglas establecidas en los artículos 1915, 1916 y 1916 bis, del Código Civil Federal; el pago de los intereses que al tipo legal, se generen sobre las prestaciones antes referidas, desde el día en que ocurrieron los hechos que originaron esta demanda y hasta que se haga el pago total de las mismas; la declaración judicial en el sentido de que, de existir una esperanza dentro de la medicina, los demandados tienen en todo tiempo la obligación de pagarle gastos médicos hospitalarios y viáticos para el y otra persona, a fin de que sea atendido en el país o en el extranjero y supla, en la medida de lo posible el retraso mental irreversible que le ocasionaron, dada su negligencia e impericia de dichos demandados, y la obligación de darle atención médica y medicamentos por el resto de su vida, así como el pago de los gastos y costas que el presente juicio origine. Fundándose para ello en los hechos y consideraciones de derecho que señala en su escrito inicial de demanda, y que por economía procesal, se tiene aquí por reproducidos como si se insertaran a la letra.

2.- Admitida a tramite la demanda por auto de fecha veintiuno de noviembre del año dos mil tres, se emplazo a juicio a los demandados **INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL Y OTROS** quienes comparecieron en tiempo a contestar la demanda y a oponer excepciones y defensas, el primero por conducto de sus apoderados los CC. _____ y el segundo por si, negando el derecho de la actora para reclamarles las prestaciones que señala, y en cuanto a los hechos los controvirtieron en la forma y términos que aparece en su escrito de contestación, y que también por economía procesal se tienen aquí reproducidos como si se insertaran a la letra, dándose con ello la relación procesal entre las partes.

CONSIDERANDO

I.- La suscrita juez es competente para conocer del presente juicio en términos de lo dispuesto por el artículo 50 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y 156 del Código de Procedimientos Civiles.

II.- Conforme lo señala el artículo 1913 del Código Civil, para que proceda la acción de responsabilidad objetiva, debe probarse en primer lugar, el uso de un mecanismo peligroso; segundo, que cause daño; tercero, que haya una relación de causa a efecto entre el hecho y el daño, y; cuarto, que no exista causa inexcusable de la víctima. Dichos elementos quedaron debidamente acreditados con la confesión vertida por los codemandados el C. _____ como médico responsable y tratante en la aplicación de prostaglandinas, e INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL, como responsable solidario en términos del artículo 1916, párrafo segundo del Código Civil.

III.- Ahora bien, atento a lo dispuesto en los dos primeros párrafos del artículo 1916 del Código Civil, resulta evidente que en el caso concreto se causó daño moral al hoy actor el C. _____, con motivo de la aplicación de prostaglandinas y la falta de vigilancia hipóxica severa, ya que si bien el daño moral no es objeto de prueba directa, en el caso concreto se acredita que existió negligencia en el manejo del medicamento, por parte del codemandado físico, por lo que se corrobora la presunción legal de su causación.

IV.- En consecuencia de lo antes analizado y valorado, y en uso de las facultades discrecionales que se le conceden a esta juzgadora en el párrafo cuarto del artículo 1916 del Código Civil, y tomando en cuenta la naturaleza de los derechos lesionados y el grado de responsabilidad, así como la situación económica de las partes y a las demás circunstancias del caso, y dado que es un hecho notorio la capacidad económica de la codemandada INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL, discrecionalmente esta juzgadora determina que procede a condenar de manera directa a los codemandados a pagar a la parte actora la cantidad de \$9'854,209.30 (NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS NUEVE PESOS 30/100 M.N.), cantidad que se determina en base a las reglas de la lógica y la experiencia, pues es evidente que la afectación del hoy actor tiene como consecuencia el que la persona afectada pueda desempeñar alguna actividad y obtener ingresos por sí mismo; siendo 8'000,000.00 (OCHO MILLONES DE PESOS 00/100 M.N.) a cargo del INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL; en tanto que al codemandado físico, debe condenársele a pagar a la parte actora, la cantidad de \$1'854,209.30 (UN MILLÓN OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS NUEVE PESOS 30/100 M.N.), estimándose que la cantidad antes referida \$9'854,209.30 (NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS NUEVE PESOS 30/100 M.N.), que se determina es

en consideración a que la misma resulta de multiplicar el salario mínimo vigente de 43.65, salario mínimo general diario a la fecha en que fue presentado el escrito de demanda y proporcionado en el mismo, siendo del conocimiento general y que multiplicado por los trescientos sesenta y cinco días del año , y por lo setenta y tres años correspondientes al tiempo aproximado de vida del hoy actor, así como multiplicado por el 847.27% que es el aumento aproximado que pudiera tener según las cuantificaciones y operaciones aritméticas que en su caso pudieran corroborarse con el escrito de la actora y con el promedio de aumento que se ha dado de las fechas a que se aluden, se llega a la cantidad referida

V.-

VI.- (.....) Por lo expuesto y con fundamento en los artículo 1913, 1916, 1916 bis y demás relativos y aplicables del Código Civil, así como lo dispuesto por los artículo 79 fracción VI, 80, 81, 91 y demás relativos del Código de Procedimientos Civiles, es de resolverse y se resuelve :

PRIMERO.- La parte actora probó su acción y la parte demandada no justificó sus excepciones y defensas.

SEGUNDO.- Se condena a la parte demandada INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL y al codemandado físico a pagar a la parte actora, en un plazo de cinco días contados a partir de que cause ejecutoria esta resolución o sea legalmente ejecutable, la cantidad equivalente a mil noventa y cinco días de salario, tomando como base el cuádruplo del salario mínimo vigente más alto de la región de Acapulco, Estado de Guerrero, previa liquidación que se lleve a cabo en ejecución de sentencia, así como a proporcionar a la parte actora, asistencia médica, hospitalización , medicamentos y material de curación durante el resto de su vida, absolviéndolos del pago de viáticos para el actor y otra persona, para que el primero sea atendido en el extranjero.

TERCERO.-

CUARTO.-

QUINTO.-

SEXTO.- Sáquese copia de esta resolución y agréguese al legajo de sentencias.

SÉPTIMO.- Notifíquese

ASI, definitivamente juzgando lo sentenció y firma la C. Juez Séptimo de lo Civil, LICENCIADA _____ . DOY FE.

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	IV
 CAPITULO PRIMERO RESPONSABILIDAD CIVIL	
1.1 Concepto de Responsabilidad	2
1.2 Responsabilidad Civil y Especies de Responsabilidad	9
1.2.1 Responsabilidad contractual	11
1.2.2 Responsabilidad extracontractual	11
1.2.3 Responsabilidad Subjetiva	12
1.2.4 Responsabilidad Objetiva	12
1.2.5 Responsabilidad Directa e Indirecta	12
1.3 Responsabilidad derivada de los actos Ilícitos	13
1.3.1. Responsabilidad por el acto propio	13
1.3.2. Responsabilidad por el hecho (acto ajeno)	14
1.3.3. Responsabilidad de las personas morales	16
1.3.4. Responsabilidad del Estado por los daños causados por sus funcionarios.	17
1.4 Exoneración de la Responsabilidad Civil	17
1.4.1 La cláusula de irresponsabilidad	17
1.4.2 El estado de necesidad	18
1.4.3 La Legítima Defensa	20
1.4.4 El Caso Fortuito	21
1.4.5 La obediencia debida	27
1.4.6 El Ejercicio de un Derecho	28

CAPITULO SEGUNDO

EL DAÑO

2.1	Concepto de Daño	30
2.2	Características del Daño	34
2.2.1.	El Daño Reparable Debe Ser Cierto	35
a)	Daño actual	36
b)	Daño futuro	36
2.2.2	El Daño Debe Ser Personal	39
2.2.3.	Subsistencia del Daño	40
2.3	Clasificación de los Daños y Perjuicios	40
2.3.1	Daño justo y Daño Injusto	41
2.3.2	Daño cierto y Daño Probable	42
2.3.3	Daño Actual y Daño Futuro	42
2.3.4	Daño común y Daño propio	42
2.3.5	Daño Patrimonial y Daño Extramatrimonial	43
2.3.6	Daño Inmediato y Daño mediato	45
2.3.7	Daño Directo y Daño Indirecto	46
2.3.8	Daño Intrínseco y Daño extrínseco	46
2.3.9	Daño Contractual y Daño Extracontractual	46
2.3.10	Daño moratorio y Daño compensatorio	47
2.3.11	Daño Interés Positivo y Daño Interés Negativo	48
2.3.12	Daño Moral Resarcible	49
2.4	Determinación de la Intensidad del Daño	49
2.4.1	Determinación del daño cuando la víctima ya Había empezado a sufrirlo antes del hecho del Demandado.	50

2.4.2. Fecha en que debe evaluarse el contenido intrínseco del daño	52
2.4.3 Variación intrínseca del daño	54

CAPITULO TERCERO

LA REPARACIÓN DEL DAÑO

3.1 Marco Conceptual	58
3.2 Teoría de la Reparación del Daño	65
3.2.1 Elementos Comunes	68
a) Hecho humano	68
b) Daño	69
c) Relación de causalidad	69
3.3 Formas de Reparación del Daño	70
3.4 El Derecho de Daños en el Nuevo Milenio	75

CAPITULO CUARTO

LA CUANTIFICACION EN LA REPARACIÓN DEL DAÑO

4.1 La Valuación del Daño	79
4.2 El Juez y la Cuantificación en la Reparación del Daño	86
4.2.1 Virtudes y Defectos de la Cuantificación Judicial	90
4.3 La Utilización de la Estadística para la Cuantificación de Daños	92
4.4 La Valuación Actuarial como alternativa para determinar la Cuantificación en la Reparación del Daño	94

Conclusiones	99
Propuesta	102
Bibliografía	103
Anexo	105
Índice	108