Vol-6-Tesis-7
1951

Universidad Nacional Autónoma de México

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

BIBLIOTECA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE MEXICO
APARTADO

LA REPARACION DE LOS DAÑOS CIVILES. — ALGUNOS ASPECTOS DEL REGIMEN DE INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN NUESTRO DERECHO Y ALGUNAS OBSERVACIONES CRITICAS A NUESTRA LEY . . . . . .

Tesis que para obtener el grado de Licenciado en Derecho presenta el alumno - -

ARDO VILLARREAL

Universidad Nacional Autónoma de México
UNAM
Biblioteca Central
Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

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.

Dedico esta tesis:

A la memoria de mi padre,
con veneración;

A mi madre, a mis hermanos
y a mis tíos, con profundo
cariño;

A mis maestros con inmensa
gratitud, y de entre ellos al se-
ñor Licenciado Gabriel García
Rojas, amigo de todos y maes-
tro no sólo de los ignorantes
como yo, sino de los que
saben.

SEÑORES JURADOS:

Someto a vuestra consideración un ensayo sobre algunos aspectos del tema de indemnización de daños y perjuicios. Es en mi opinión éste un problema al que no se dispensa a menudo la atención que merece, tal vez porque se le considera sabido sin serlo, o porque se ve con malos ojos toda reclamación por daños y perjuicios en razón de que casi nunca prospera, lo cual hace que su estudio se considere cuestión de poco momento y poco digna de ocupar la atención. Yo pienso que no lo es, como tampoco ningún otro problema jurídico, aunque pertenezca al derecho civil, que es visto, al menos entre los que escogen tema para tesis profesional, con tan marcado desprecio; y en las páginas que siguen he puesto al menos mi voluntad en el empeño de entenderlo y estudiarlo.

No me guía, qué lejos estoy de ello, el afán de hacer una crítica a nuestras leyes solamente por darme el gusto de hacerla, ni estoy poseído de esa manía de corregir ni menos de hacer leyes de que tanto hoy se habla, sino que tengo el propósito de hacer ver algunos defectos de la legislación vigente que deben ser corregidos. Por otra parte, yo creo que esa manía en caso de existir no nos hace ningún mal, y me parece que es necio reprobar un sentimiento que apenas nace y cuyos resultados se ignoran.

El estudio que hago tiene muchos errores, y es que sirve mal mi sola voluntad al fin propuesto; pero vosotros que estáis en un plano superior de cultura jurídica sabréis excusarme. No puede exigirse madurez de criterio en la obra de un estudiante y además ¿adonde iríamos a parar si todos guardásemos nuestras ideas ante la consideración de nuestra ineptitud?

IDEA GENERAL DEL TEMA POR ESTUDIAR

La obligación constituye al deudor en la necesidad jurídica de ejecutar o no ejecutar un hecho que puede variar en su naturaleza según varía el objeto del vínculo obligatorio. Tal hecho debe prestarlo con la exactitud que haya estado en la intención de las partes al contratar. Es éste un efecto de la obligación que de una manera esencial y directa se presenta; sólo en vista de él los contrayentes han consentido en obligarse, por la representación del fin económico que van a lograr.

Es pues necesario averiguar de qué manera el acreedor puede procurarse, aun contra la voluntad del deudor, el cumplimiento, lo que quiere decir llegar a conocer la eficacia del vínculo obligatorio y desentrañar uno de sus elementos, la necesidad jurídica a que acabamos de referirnos. Pero íntimamente ligado con esta cuestión porque no es sino el otro aspecto de la misma se encuentra el incumplimiento con todas sus consecuencias. No voy a ocuparme ahora sino en estas dos cuestiones, en la primera,—cumplimiento—, tan sólo para enunciarla y establecer un paralelo entre ella y la otra; en la segunda, —incumplimiento—, para hacerla objeto de mi estudio. Quedan pues fuera del tema los demás efectos de las obligaciones que se llaman indirectos.

Pero aún no es todo; el mismo incumplimiento produce muchas consecuencias que no pretendo tocar, entre otras, lo que se denomina el riesgo y peligro de la cosa debida, la sujeción del deudor a los medios coercitivos que permite la ley, etc.; por manera que voy a ceñirme a estudiar de entre las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones, sólo aquélla que se llama resarcimiento del daño, o bien indemnización de daños y perjuicios.

Sucede ordinariamente que el deudor cumple su obligación del modo pactado sin necesidad de apremio, en cuyo caso el fin económico que los contrayentes han tenido en consideración se ha cumplido, y no tienen nada que reclamarse; pero son numerosos los casos en que o la prestación se hace imposible por hecho suyo, o se difiere inmotivadamente, o se realiza de modo incompleto, o bien se emplea para ejecutarla una diligencia menor que la que era debida, o se realiza el cumplimiento en condiciones de tiempo y lugar distintas de las pactadas. Todo ello tiene su explicación en el hecho de que siendo el vínculo obligatorio puramente moral, la necesidad jurídica que significa, que tiene el mismo carácter, puede quedar incumplida o por la voluntad del deudor o de otro modo.

El principio general del cumplimiento se enuncia así: el deudor debe ejecutar la prestación a que se ha obligado con exactitud en la sustancia, en el modo, en el lugar y en el tiempo. Si falta a ese deber, hace que el acreedor o bien no reciba en absoluto la satisfacción a que tiene derecho, o bien no la reciba sino en parte, en modo, lugar o tiempo distintos de los convenidos. En tales casos se presentará para el acreedor la posibilidad de hacer moverse al Estado para obligar al deudor a cumplir, si reviste para él interés todavía la prestación; pero a menudo sucederá que no se reúnen las condiciones requeridas para que sea posible la ejecución necesaria, y es entonces cuando funciona esta institución que voy a estudiar, porque de modo principal se presenta como consecuencia del incumplimiento la obligación para el deudor de reemplazar aquello que era objeto de su obligación por una cantidad de dinero, denominador común de todos los valores, que lo represente del modo más exacto posible, con lo cual el acreedor quedará compensado de lo que iba a recibir. Pero como ha podido sufrir un menoscabo en su patrimonio porque precisado por la necesidad tuvo que acudir a otro para obtener la satisfacción deseada, y la obtuvo en condiciones mucho más desfavorables por onerosas, y, a más de ello, por la falta de cumplimiento del obligado, dejó de obtener un lucro que legítimamente le correspondía, y son éstas otras tantas consecuencias del mismo hecho imputable al deudor, deberá éste reparar aquel menoscabo y reponer a su acreedor hasta donde sea posible en la misma condición que habría tenido de haberse realizado el cumplimiento.

Resulta de lo anterior que es preciso distinguir lo más claramente posible dos nociones: corresponde la primera a la disminución real sufrida por el acreedor en su patrimonio, en razón del incumplimiento; la segunda a lo que el acreedor ha dejado de percibir y que legítimamente podría esperar si la obligación se hubiera cumplido. La primera noción es la de daño, y no es extraña a ella la idea de un aumento de cargas en el patrimonio del acreedor, porque finalmente tanto sufre éste a consecuencia de un menoscabo real, como por un aumento de las obligaciones que antes tenía. La segunda noción, privación de lo que debió alcanzarse legítimamente por el cumplimiento, es la de perjuicio.

La distinción entre uno y otro términos es importante tan sólo porque tiene su consagración en la ley, que uniformemente los distingue, así como la doctrina, mas no porque sustancialmente difieran, pues pueden ambos perfectamente englobarse en la sola noción de daño, si se entiende por éste todo detrimento o lesión, perjuicios en el sentido gramatical o ideológico, que sufre un individuo sujeto de derecho en su persona o en sus bienes.

Si pues la causa primera de la obligación de reparar los daños y perjuicios es el incumplimiento del deudor, es indispensable decir, qué es lo que incumplimiento significa. Entendemos por él un término general que abarca cualquier forma o manera en que el deudor no cumple la obligación que asumió; en su mayor amplitud comprende la inejecución total o parcial, la ejecución en sustancia, modo o lugar distintos de los conveni-

dos, y el retraso con culpa o mora. De todas estas maneras acontece que el deudor puede dejar de cumplir y producir por esto daños y perjuicios al acreedor.

En el estudio de la obligación de repararlos, especialmente cuando resultan del incumplimiento de las obligaciones, voy a ocuparme. Incidentalmente, sin embargo, me detendré en el tema de la reparación del daño no proveniente del incumplimiento de obligaciones, sino de otras causas, para establecer un paralelo entre los sistemas de reparación que existen y convienen en cada caso.

CONCEPTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS

"En términos vulgares, dice Fischer, llámase daño, a todo detrimento o lesión que una persona experimenta en el alma, cuerpo o bienes, quienquiera que sea su causante y cualquiera que la causa sea, aunque se lo infiera el propio lesionado o acontezca sin intervención alguna del hombre. El lenguaje científico arranca de esta acepción usual para fijar el concepto de "daño" (damnum), incluyendo en él todos los perjuicios que el individuo sujeto de derecho sufre en su persona y bienes jurídicos, con excepción de los que se irrogue el propio perjudicado. Al derecho positivo sólo le interesa el daño, —en cuanto tema jurídico—, como fundamento determinante de penas e indemnizaciones." (Fischer, *Los daños civiles y su reparación.*)

Creo que esta definición es exacta porque además de colocarse en un punto de vista puramente jurídico, es una noción cabal y no comprende más de lo definido. Trataré de hacer un análisis de la noción de daño en lo que sigue:

a) El término perjuicio que usa está tomado en su sentido ideológico y comprende tanto el menoscabo o lesión real del patrimonio, como el aumento de las deudas y la privación del lucro lícito; engloba por lo mismo las dos nociones que dan origen al resarcimiento.

b) El perjuicio afecta a la persona en sí misma o a sus bienes. Mas adelante será la ocasión de demostrar la exactitud de esta idea de perjuicio en la persona, cuando me ocupe en el estudio de los daños no patrimoniales. Por lo que toca al daño patrimonial, la definición no ofrece problema y es exacta.

c) Por último, quedan fuera del concepto de daño los perjuicios que el mismo lesionado se irroga, por la razón de que no existe en este caso

obligación para nadie de repararlos, ni al derecho le interesa que el mismo perjudicado se repare a sí mismo; lo único que le importa es que al causarse a sí mismo daño no perjudique a un tercero. Véase si no es ésta la doctrina en que se inspira el artículo 840 del nuevo Código Civil. Sin embargo, nuestra ley civil vigente habla a veces sólo de daños, aunque más frecuentemente usa de la expresión daños y perjuicios, como puede verse especialmente en el capítulo relativo a Responsabilidad Civil (artículos 1458 a 1487), considerando como daño, al tenor del artículo 1464, "la pérdida o menoscabo que el contratante haya sufrido en su patrimonio por la falta de cumplimiento de la obligación", y como perjuicio, "la privación de cualquiera ganancia lícita que debiera haberse obtenido por el cumplimiento de la obligación" (artículo 1465). Estos dos conceptos corresponden a los dos modos en que el acreedor resulta perjudicado por el incumplimiento: sufriendo un menoscabo en sus bienes (pérdida) o impidiendo la realización de aumentos patrimoniales que debían esperarse legítimamente (privación de ganancias). Llámanse todavía con la expresión romana que estuvo en boga entre teólogos y moralistas "damnum emergens" y "lucrum cesans", o bien daño positivo y lucro frustrado.

Más adelante veremos que si reviste interés la distinción entre estos dos conceptos, daño y perjuicio, principalmente por la razón de que cuando se trata del daño no hay duda alguna sobre el deber de repararlo y es muy fácil hacer su valuación una vez conocida su existencia y reunidas las condiciones legales de su exigibilidad, cuando se trata del perjuicio es sumamente difícil fijar un criterio que sirva de límite al lucro frustrado.

La razón de ello debe verse en que el daño corresponde como concepto a una realidad exterior y está determinado por los hechos pasados en cuya virtud es fácil medir su alcance (salvo el caso de daños no patrimoniales), mientras que estando determinado el perjuicio por un concepto hipotético o imaginativo,—lo que habría de lucrarse el acreedor lícitamente,—no puede sino de modo difícil, incierto a las veces y muy poco seguro, fijarse su contenido; apenas si esa posibilidad existe cuando hay la seguridad de que se habría de alcanzar cierta ganancia de determinados hechos que se han frustrado con ocasión del evento dañoso; pero aun entonces cabrá la duda acerca de si no hubiera habido otra circunstancia distinta de aquélla que determinó el incumplimiento, que viniese a cambiar o interrumpir la cadena de hechos que se esperaban.

ORIGEN HISTORICO DEL CONCEPTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Esta denominación es de uso relativamente reciente. El derecho romano usó de la expresión "id quod interest", y la explicaba de este mo-

do: "Quantum mea interfuit; id est, quantum mihi abest quantumque lucrari potui," en la cual se encuentran las ideas de daño y de perjuicio. Existe una obra magistral sobre la reparación de los daños y perjuicios escrita por Dumoulin que lleva aquel nombre, "De Eo quod interest".

En las Partidas nos encontramos con la expresión "daños y menoscabos", y se define el daño como el destruimiento que home recibe en sí mismo o en sus cosas por culpa de otro (Ley primera, Título XV, Partida 7a.). En otra parte del mismo ordenamiento se dice que "e estos menoscabos atales se llaman en latín interesse" (P. Quinta, Tít. VI, L. 3a.)

Por último, encontramos ya la expresión daños y perjuicios en la Partida Quinta, Tít. XV., L.L. 3a. y 5a., Tít. VII. L.L. 7a., 14a., 15a., 16a., Tít. XI, L. 35a., Tít. XII, L. 30a., etc.

Los moralistas y los teólogos que se ocuparon largamente en condenar la usura, introdujeron las expresiones damno emergente y lucro cesante, que todavía se usan por los tratadistas.

OBLIGACION DE PAGAR DAÑOS Y PERJUICIOS EN LOS CONTRATOS

"La obligación válidamente constituída impone al que está obligado a prestarla el deber de cumplirla con aquella exactitud que está en la intención de las partes, según su respectiva posición en el contrato estipulado ..... (Chironi, "La culpa en el derecho civil moderno", p. 621).

El derecho romano, al decir de Giorgi, hacía tres excepciones a este principio: la primera consistía en lo que se llamaba el beneficio de competencia, que se concedía a ciertos deudores para que no fueran condenados sino en quantum facere poterant; la segunda era la cesión de bienes en el caso de que no pudieran ser pagados todos los acreedores: el deudor se liberaba abandonando a ellos cuanto tenía; la tercera consistía en atribuir al juez la facultad de conceder al deudor un término para que cumpliese.

El Código Civil Italiano suprimió todas estas excepciones, según dice Giorgi; pero el derecho francés dejó subsistentes las dos últimas. Entre nosotros tenemos el beneficio de competencia en cuanto se refiere a alimentos de los menores e incapaces expresamente consignado en el Código de Procedimientos Civiles, artículo 1027: "El deudor sujeto a patria potestad o a tutela, el que estuviere físicamente impedido para trabajar, y el que sin culpa carezca de bienes o de profesión u oficio, tendrán derecho a alimentos que el juez fijará, atendidas la importancia de la demanda y de los bienes, y las circunstancias del demandado." 1028: "Se exceptúa de

lo prevenido en el artículo anterior, el caso en que el actor no tenga más bienes que el importe de la demanda." El mismo beneficio se encuentra restringido en el artículo 1693 (concursos). El Código Penal de 1871 en su artículo 357 estableció el mismo beneficio en favor de los locos y de los menores y sordo-mudos que delinquiesen sin discernimiento, y el de 1929 prescribe igual cosa, aunque con la restricción que apunta el artículo 347. Debe tenerse en cuenta en este lugar el párrafo 2o. del artículo 22 constitucional.

Por lo que hace a la segunda de esas excepciones a la regla general del cumplimiento, existe tanto en la materia civil como en la mercantil. El artículo 1614 del Código de Procedimientos Civiles dice: "Por la cesión de bienes hecha y admitida legalmente, queda libre el deudor común de toda responsabilidad, salvo el caso en que mejore de fortuna". La quiebra de los comerciantes produce el mismo efecto (v. artículos 997 y siguientes del Código de Comercio).

Importa hacer notar que en el derecho romano se hacía cesión solamente de los inmuebles, a diferencia del derecho actual y seguramente por la razón de que los muebles se consideraban de poco valor (res mobilis, res vilis).

Por último, tienen especial interés como excepción a la regla del cumplimiento en el tiempo convenido, la concesión que hace el juez al deudor de un término para que ejecute el hecho a que se obligó (artículos 701 y 1022 frac. I del Código de Procedimientos Civiles), la que por regla general hace el juez en toda sentencia o, si no se hizo en ella, cuando se pida la ejecución (artículo 745 del mismo Código).

Las Ordenanzas de Bilbao que rigieron la materia mercantil hasta la aparición de nuestro primer Código de Comercio (1854, Código de Lares), y mucho tiempo después de la cortísima vida de éste, establecían el término de gracia o cortesía, que el Código Vigente suprimió (v. artículo 84); rige sin embargo la ejecución de las sentencias en los juicios mercantiles lo dispuesto en el artículo 745 del procedimiento civil, aplicado de modo supletorio.

Pero fuera de estas contadas excepciones, el cumplimiento debe hacerse en la sustancia, modo, lugar y tiempo convenidos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1459 y 1514 y siguientes del Código Civil, que se refieren al pago.

Tal es la regla. Veamos en seguida las causas por las cuales puede suceder que el deudor deje de cumplir en la forma antes dicha.

Por poco que se reflexione acerca de esta cuestión, se hallará que tal cosa puede suceder bien por voluntad del deudor o causa que a él le es imputable, o bien por influjo de una causa extraña a él. Esta distinción es

tan sencilla como importante, porque nos da la clave para imponer al deudor las consecuencias del incumplimiento o exonerarlo de toda responsabilidad.

Las causas de incumplimiento independientes de la voluntad del deudor reciben genéricamente el nombre de *caso*, aunque nuestra ley usa a veces de la expresión "caso fortuito o fuerza mayor", o bien sólo caso fortuito, y aún distingue entre uno y otro hechos, como sucede en el artículo 2721 del Código Civil.

Se entiende por caso todo hecho extraño al deudor que no le es imputable, i. e, que no puede preverse o que previsto no puede evitarse, y que hace imposible el cumplimiento de la obligación. Un poco distinta de la noción de caso es la de hecho del acreedor, que impide el cumplimiento, hipótesis en la cual también el deudor queda libre de responsabilidad. No me detengo a considerar si el caso fortuito y la fuerza mayor son o no dos cosas distintas, porque producen en cuanto a la obligación de reparar el daño siempre el mismo resultado.

Las causas de incumplimiento dependientes del deudor e imputables a él son la culpa y el dolo. Por la primera se entiende, en su sentido más lato, toda violación del vínculo obligatorio, inclusa la violación dolosa. En sentido más restringido la palabra culpa excluye el dolo, y significa omisión voluntaria de diligencia por la cual, no previendo las consecuencias ilícitas de un acto u omisión, violamos inadvertidamente nuestro deber jurídico. Sin embargo, se dice que el incumplimiento de la obligación depende de culpa cuando si bien la causa de él haya sido obra del mismo deudor, éste no ha tenido tal propósito, sino que ha faltado únicamente a aquella diligencia que estaba obligado a prestar (Giorgi, II, p. 52). Así pues, se llama culposo al acto que no se ejecuta con la intención de dañar, y que, si produce daño, se debe a que su autor debía desplegar mayor cuidado o diligencia, o bien prever todas las consecuencias probables. No hay pues voluntad en la falta de cumplimiento.

El dolo en el incumplimiento es distinto del dolo al contraer. Hay dolo en el incumplimiento cuando se tiene conciencia de éste, aunque no exista necesariamente la intención de dañar. A esto conduce el hecho de que en la mayoría de los casos de inejecución no existe en el deudor voluntad encaminada a dañar al acreedor, sino que, por el contrario, es lo más frecuente que simplemente quiera beneficiarse a sí mismo, aprovechándose de una situación ventajosa en que se halla colocado. Así pues, siempre que no ya por simple negligencia, sino conscientemente el deudor haga u omita hacer aquello que se obligó a no hacer o a ejecutar, se dirá que ha obrado con dolo.

Estos dos últimos aspectos del incumplimiento, el culpable y el doloso, son los que originan la obligación de reparación del daño producido. Cada uno de ellos, según veremos en lo que sigue, tiene su fisonomía propia y determina consecuencias especiales.

FUNDAMENTO DE LA OBLIGACION DE INDEMNIZAR

¿Cual es el fundamento de la obligación que pesa sobre el deudor de reparar el daño causado por su incumplimiento? Es a mi entender el mismo vínculo obligatorio: si el deudor se ha comprometido a realizar en favor de su acreedor una prestación cualquiera, y luego por razones que de él dependen deja de hacerlo, la fuerza misma del vínculo, por lo que tiene de jurídico, hará que el acreedor reciba la satisfacción esperada si es todadavía posible y le conviene; pero si no lo es, se presentará ante el derecho que asiste al acreedor una cuestión de hecho imposible de ser destruída por el deudor, cual es la cadena de hechos ya consumados y sus consecuencias ya realizadas; lo más que podrá hacer será evitar que sigan produciéndose los efectos dañosos de los hechos ya acaecidos, porque no está en la mano del hombre destruír o modificar los hechos realizados.

Pero esa imposibilidad material no es un escollo para el derecho. El deudor no puede por hecho suyo empeorar la condición de su acreedor, y entran aquí en juego dos principios jurídicos, el de que nadie puede por hecho propio hacer peor la condición ajena, y el de que nadie puede hacer mejor la propia con perjuicio de otro, y de su aplicación resulta que o bien se puede exigir con apremio al deudor que cumpla, si la ejecución necesaria es posible y útil aún para el acreedor, o bien su primitiva obligación se transforma, deja de tener el mismo objeto que al nacer y se convierte en una obligación pecuniaria. La equidad también lo exige.

Pero no es todo, pues ya sea por el retraso injusto del pago, por la imposibilidad absoluta de hacerlo, o porque se realice en sustancia, modo o lugar distintos de los convenidos, el acreedor ha podido resentir perjuicios y sufrir menoscabos, y si todos esos modos de incumplimiento tienen como causa un hecho o una omisión del deudor, intencionales o no, conscientes o simplemente derivados de su falta de diligencia, pero en uno y otro casos imputables a él, deberá también reparar esos efectos procurando reponer a su acreedor, lo más exactamente posible, en la situación que tendría si hubiera recibido satisfacción en los términos convenidos.

Sentado pues que el fundamento de la obligación de reparar el daño causado está en ese principio que obliga a reparar las consecuencias del hecho injusto, impidiendo que el deudor se lucre indebidamente o empeore la condición de su acreedor, no puede considerarse sino errónea la teoría que asienta ese deber en la voluntad expresa o tácita de los contratantes. Si esto fuera cierto, además, no existiría obligación de indemnizar en todos aquellos casos en que no hay convenio, v. g. en los cuasicontratos, en las obligaciones puramente legales, y aun en los casos en que no hay sombra de obligación preexistente, y en que la culpa no puede ser sino extracontractual.

A este respecto se produce así Chironi: "La injuria (lesión injuriosa) contenida en el acto culposo puede ser cometida respecto a una obliga-

ción existente entre el ofendido y el injuriante; de modo que por la culpa de este último el cumplimiento de la obligación no se ha verificado o ha sufrido retraso injusto; negligencia ésta (falta de la diligencia debida) que en la ejecución de la relación de obligación constituye la culpa contractual. Las normas que la ley da acerca de ellas tienen por esto un valor, no sólo en el caso de que las partes, con su silencio, hayan hecho de ellas parte integrante del contrato, sino también en aquellas formas especiales de los cuasicontratos, y en general siempre y cuando se trata de la ejecución de una relación obligatoria que surgiera, bien sea por la voluntad, bien sea por causa de la ley. Pero bien se advierte, y con eficacia, la institución de la culpa, aun en la hipótesis en que no preexista ninguna obligación: entonces se tiene la culpa extracontractual, aquiliana, justificada siempre con el criterio fundamental expuesto de que cada cual está obligado a las consecuencias de la injuria a que él hubiere dado lugar con su negligencia y que le fuere imputable" (La Culpa en el Derecho Civil Moderno, Culpa Contractual, pgs. 23 y 24).

LOS DAÑOS Y PERJUICIOS COMO OBLIGACION EXTRACONTRACTUAL

Si reviste gran interés el estudio de la reparación de los daños y perjuicios en la materia de los contratos, no lo tiene menor el de los daños en cuyo origen no se encuentra sombra alguna de obligación, que pueden llamarse por este motivo extracontractuales, aunque el término no se ajusta del todo al concepto, por la razón de que aparte del delito hay otras muchas fuentes de obligación que no son el contrato. Hay en nuestras leyes civil y penal, así como en el Código de Comercio y en otras muchas leyes especiales, gran número de preceptos que se refieren a la obligación de reparar el daño causado no por el incumplimiento de las obligaciones, sino por hechos u omisiones en que no media obligación contractual.

Antes que todo, importa tener presente que si es cierto que esta especie de daños tienen su origen en un hecho o en una omisión sin que medie vínculo obligatorio ninguno, es decir, en la culpa que se llama aquiliana, ésta no es en substancia distinta de la contractual; ambas tienen el mismo fundamento, producen efectos iguales (al menos por lo que toca a la obligación de reparar el daño en nuestro derecho), etc. Sin embargo, las legislaciones de modo tradicional reconocen la distinción y consagran capítulos distintos a los preceptos que regulan una y otra especies de culpa; y la doctrina se empeña en hacer ver que es peligroso confundirlas. En ambas hay de común la existencia de un hecho o de una omisión que pudieron y debieron ser evitados.

Difieren desde luego en la manera de probarse, pues mientras en la culpa contractual es el deudor quien debe aportar la prueba de que ha

hecho cuanto debía para dar cumplimiento a su obligación, y que si hay incumplimiento se deriva de un hecho que no le es imputable, en la aquiliana es el acreedor quien debe probar la existencia del hecho u omisión que producen el daño y la imputabilidad del uno o de la otra a la persona a quien reclama la reparación (hecha excepción de las obligaciones de no hacer, en que debe probar el acreedor). Planiol señala además otros dos capítulos de distinción, a saber, a) que cuando se trata de apreciar la culpa se obra con más severidad tratándose de la delictuosa (extracontractual), que tratándose de la contractual, y b) que la reparación del daño que se exige es más completa cuando se origina en culpa delictuosa. No creo sin embargo que estas diferencias sean constantes y por lo mismo pienso que no pueden servir para distinguir las dos especies de culpa. Con respecto al modo de apreciarlas no siempre se es más severo en la delictuosa que en la contractual; apenas si puede decirse que ésta última admite grados y aquélla no, distinción que no es cierta cuando se considera la culpa como institución abstracta; pero no es extraño a la ley civil un criterio de severidad en la apreciación de la culpa tan duro como el que impera en la apreciación de la delictuosa.

Tampoco es cierto en absoluto que una especie de culpa, ésta última, exija una reparación más cabal que la otra; lo que más frecuentemente sucede es que se aplica a las dos el mismo criterio legal para descubrir el daño resarcible y estimarlo: es lo que sucede en nuestra ley, que engloba en un mismo capítulo bajo el rubro "responsabilidad civil" la que proviene del incumplimiento de los contratos y la que nace de hechos u omisones que constituyen los cuasidelitos, y para una y otra establece los mismos preceptos. Así pues, la distinción no es exacta, al menos en nuestro derecho no lo es en absoluto.

No tenemos en nuestro derecho una disposición sobre la culpa extracontractual de tanta amplitud como los artículos 1382 y 1383 del Código de Napoleón, concebidos en términos tales que no escapa de su prescripción ningún acto dañoso: "Todo hecho del hombre, cualquiera que sea, obliga a aquél por cuya culpa acontece a repararlo". "Cada quien es responsable del daño que causó no sólo por su hecho, sino también por su negligencia o por su imprudencia"; preceptos que tienen en el derecho italiano sus equivalentes en los artículos 1151 y 1152. Pero a pesar de la generalidad de su disposición, la jurisprudencia los ha considerado aplicables, con muy contadas excepciones, a los delitos y cuasidelitos solamente. Constituyen una plausible innovación a este respecto los artículos 1910 a 1914 inclusive del código 1928.

Pero no obstante que no tenemos en nuestro derecho positivo disposiciones de un carácter tan general, por aplicación de los principios generales de derecho elevados a la categoría de leyes supletorias por los artículos 14 constitucional y 20 del Código Civil, puede concluirse que todo aquél que causa un daño por su culpa o por culpa de personas de quienes responde, debe repararlo, con la sola excepción en la materia penal de aquellos casos en que existe el dolo penal y sin embargo no constitu-

yen delitos, y esto porque entonces es un obstáculo la garantía del artículo 14 constitucional, párrafo tercero; pero aun en tal caso puede haber lugar a la reparación por la vía civil.

Tenemos en nuestro derecho positivo regulada la responsabilidad proveniente de culpa extracontractual en el capítulo que se refiere a responsabilidad civil en el Código Civil, que regula también lo que se refiere a la culpa contractual. El Código Penal puesto en vigor en diciembre de 1929 que ha sido objeto de tantas censuras, dedica el Libro Segundo a la materia de la reparación del daño, y en honor de la verdad constituye un acierto la reglamentación del tema, si se la compara con la del Código Penal de 1871 en los preceptos que sobre responsabilidad civil proveniente de delito contenía este ordenamiento. Por último, el Código de Comercio, el de Procedimientos Civiles, casi todos los demás y muchas otras leyes, en disposiciones aisladas se refieren a la obligación de reparar el daño causado sin que exista obligación contractual.

Antes de ir más adelante, es necesario precisar los caracteres de la culpa contractual y de la otra especie, ver si son dos conceptos incompatibles o no, si se puede trazar un límite entre una y otra. Todo ello nos servirá para evitar el incurrir en yerros de consideración, aplicando a la una las disposiciones de la otra para determinar su existencia y evitar que se invierta la carga de la prueba y que se quiera aplicar para medir los efectos de una de ellas la doctrina que sirve de criterio y medida para la otra.

"La culpa como hecho ilícito tiene siempre su especial razón de ser en la negligencia (negligentia, imprudentia, ignavia) imputable al agente, que no ha tenido presente, según debía y podía hacerlo, la ofensa al derecho ajeno inherente al acto mismo cumplido (sic), o las consecuencias injuriosas de un acto lícito en si; lo cual, por lo demás, no implica confusión de los dos aspectos que puede revestir, porque la identidad del motivo no contradice en ella la diversidad del modo de aparecer". (Chironi, ob. cit., pág. 43). Pero si el hecho de donde toman su origen las dos especies de culpa es el mismo, la circunstancia de que en unos casos exista previamente una obligación en cuya ejecución se comete esa culpa, mientras que en otros casos no haya tal, da fisonomía propia a cada una de las dos imponiendo a la culpa cuando se comete con ocasión de un contrato la fisonomía propia de la obligación, y permitiendo estimar la diligencia observada por el deudor de acuerdo con la medida que cada una de las partes tiene derecho a esperar de la otra por la naturaleza del contrato. Nuestra ley civil sanciona expresamente la distinción en su artículo 1458, que considera como causas de responsabilidad civil el incumplimiento de los contratos y los hechos u omisiones sometidos expresamente a ella por la ley, y el novísimo Código de 1928 consagra capítulos especiales a cada especie de culpa (arts. 1910 a 1934 y 2104 a 2118).

Es de la esencia de la culpa contractual que exista una obligación previa en cuyo cumplimiento se cometa aquélla, violando el deber jurídi-

co que significa la obligación con actos u omisiones que se realizan sin intención de dañar y que entrañan al menos un principio de incumplimiento. En cambio, en la culpa extracontractual se incurre sin que haya obligación contractual y por el solo hecho de que alguien ocasione un daño por su negligencia o imprudencia, ya sea ejecutando un acto o dejando de ejecutar otro, distinción que conviene por igual a las dos especies de culpa (in faciendo, in non faciendo).

Por otra parte, en la reglamentación de cada uno de los contratos nuestra ley establece la diligencia que el obligado debe prestar, que es lo mismo que decir cuando incurre el deudor en culpa, porque esto sucederá cuando deje de observar la diligencia debida. El papel de la ley en esta clase de culpa es el de disposición excepcionalmente preceptiva y supletoria de la voluntad de las partes; sólo es preceptiva en los casos en que el orden público prohiba a las partes estipular sobre el grado de diligencia más allá de ciertos límites. Lo contrario sucede en lo dispuesto para la culpa extracontractual o aquiliana, pues entonces la disposición es siempre prohibitiva o imperativa. Esta distinción obedece a que la culpa contractual está dominada por la relación contractual, que le imprime su carácter, mientras que la aquiliana participa más bien del carácter de derecho público que tienen las normas en que está consagrada.

En el derecho moderno predomina la idea, al menos se va haciendo predominante, de que todo aquel que cause un daño a otro, aunque no provenga del incumplimiento de un contrato, ni de un cuasicontrato, ni de un delito, ni de un cuasidelito especialmente determinados por la ley, debe indemnizarlo; y se admite sin dudas el resarcimiento del daño moral cuando lleva consigo daños materiales, y con cierto temor o recelo y mucha imprecisión e inseguridad el resarcimiento del daño por dolores físicos o espirituales. A este respecto constituye un acierto el capítulo denominado "De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos" en el nuevo Código Civil, y de él merecen mención especial los artículos 1910, 1911, 1912, 1913, 1914, 1915, 1916, 1928, 1930, 1932. El artículo 1916 dice lo siguiente: "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 a título de reparación moral, que pagará el responsable del hecho. Esa indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el artículo 1928" (responsabilidad del Estado por sus funcionarios). El precepto es una novedad y un adelanto; pero la limitación que se contiene en su segunda parte creo que lo hará frustráneo en los casos en que no haya sino daño moral, y en los demás es una cortapisa al libre arbitrio que debe dejarse al juez en casi toda esta materia de la reparación del daño, pero de modo indispensable en el daño moral.

Por el contrario, merece aplauso la reglamentación sencilla y atinada que está contenida en el Código Penal que acaba de ponerse en vigor (artículos 25 al 39, Capítulo V, Título Segundo, Libro Primero).

CONDICICIONES QUE DEBEN REUNIRSE PARA QUE HAYA OBLIGACION DE INDEMNIZAR POR INCUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS

Atento lo expuesto, es por demás sencillo comprender que tres son las condiciones que se requieren para que nazca en el deudor la obligación de reparar daños y perjuicios, a saber: 1º un principio de incumplimiento en cualquiera de sus formas; 2º que ese principio de incumplimiento se origine por un hecho o una omisión que sean imputables a él; 3º la existencia del daño resarcible.

El incumplimiento se requiere, según llevo dicho, como causa primera de la obligación de indemnizar; en cuanto a que sean imputables al deudor el hecho o la omisión que determinan el daño, debe concurrir esa imputabilidad porque de no existir culpa o dolo en la conducta del deudor, no habría daño en el sentido jurídico, y podría válidamente excusarse oponiendo la existencia de un hecho extraño a él. Por último, es necesario que exista un daño resarcible. Más adelante diré qué cosa es daño resarcible, y me limito por el momento a decir que si no existiera como condición previa al resarcimiento, el acreedor obtendría una prestación que no le pertenece, y resultaría contrariado así el principio que preside todo el problema de la reparación del daño, que es el de que no se va a enriquecer al acreedor otorgándole más de lo que hubiera tenido por el cumplimiento de la obligación, sino tan sólo a reponerlo lo más exactamente posible en la situación que tenía derecho a esperar, y que se ha frustrado por el incumplimiento.

LOS CONCEPTOS DE INTERES, VALOR GENERAL O COMUN Y VALOR DE AFECCION EN LA REPARACION DEL DAÑO

El patrimonio no sólo es una unidad de bienes; es también y por consiguiente una unidad de valor formada por la suma total de los valores de cada uno de los bienes que lo integran, deducción hecha del monto de las deudas.

Ahora bien, de este concepto del patrimonio, como unidad de valor, nace esta otra idea, la de "interés", propia del problema de la indemnización de daños y perjuicios. Interés significa la estimación subjetiva hecha por el perjudicado de los daños y perjuicios que acarrea en el caso concreto el evento dañoso, y se determina por medio de una operación aritmética consistente en hallar la diferencia entre la situación real del patrimonio después del daño y la situación imaginaria que sin éste habría alcanzado.

"Esta fórmula matemática (Fischer, ob. cit.) en que se cifra el patrimonio, es indispensable para la determinación del daño patrimonial. Gracias a ella, y sin esfuerzo alguno, podemos reducir al concepto de daño y colocar bajo la protección jurídica todos los menoscabos experimentados en el patrimonio, aun los que causalmente se hallen más alejados del hecho que los provoca. Basta, para que exista daño patrimonial, que, aun permaneciendo inmunes los valores o bienes positivos, aumenten las deudas o resulte frustrada una ganancia o adquisición. Estas dos modalidades del daño hállanse comprendidas en el concepto general de interés".

Determinar el interés es en consecuencia determinar el daño resarcible, y se logra hallando la diferencia valorativa que el daño representa para el patrimonio lesionado, es decir, sin prescindir del concepto de patrimonio como unidad de valor. Pero puede también estimarse el daño que se va a indemnizar con independencia del concepto del patrimonio que lo sufre como unidad de valor, si se atiende simplemente al valor objetivo de la cosa o al daño concreto cuando recae sobre bienes determinados.

El concepto del interés como criterio para estimar el daño resarcible es el generalmente admitido aun sin estar hecho ley expresa, pues la doctrina más universal lo acoge, con menosprecio del cálculo objetivo del valor que sanciona el otro sistema. Es el más justo y el que responde más íntegramente al fin que persigue la indemnización.

Tiene su origen este criterio en el id, quod interest de las fuentes romanas. Allí se hace ver cómo es necesario medir el alcance del daño considerando en cada caso la situación especial del perjudicado, y se citan ejemplos muy elocuentes en apoyo de esa doctrina, tales como los siguientes: Si teniendo alguno dos siervos que juntos cantaban bien, matares al uno de ellos, has de satisfacer el valor del muerto, y además lo que el otro valiere menos por quedarse solo (Part. 7. tít. 15, L.19); o bien si matares uno de los caballos del mismo color que forman una cuadriga, debes satisfacer el valor de él y además el menosprecio de ella (D. 9, 2, 22, 1). Es lo mismo que significan las expresiones id, quod interest; quantum mea interfuit, id est, quantum mihi abest, quantumque lucrari potui.

El derecho romano incipiente, por demasiado estricto y no influído por los sentimientos de equidad que lo transformaron en la época clásica, exigía para que hubiera lugar a reparación la concurrencia de hechos exteriores que recayesen sobre bienes determinados, mejor dicho, sobre objetos determinados, y para medir el detrimento y el perjuicio sufridos, consideraba los bienes con separación del patrimonio, y hacía la estimación del daño con independencia absoluta de él. Pero esta fase primitiva del derecho estricto vino abajo con el triunfo de la equidad, y sucedió la idea del interés a la del daño concreto. Al criterio absoluto de tasar el daño según el valor común del objeto que lo sufría, sucedió por un evidente progreso el que consideraba para hacer la tasación la posición subjetiva del perjudicado en el caso concreto, haciendo una apreciación

del daño en relación con el patrimonio lesionado, según el efecto que sobre éste y no sobre bienes determinados tuviese el hecho dañoso.

Tal es el criterio que sigue nuestra ley, aunque de modo expreso no lo establece, sino que se deduce fácilmente de sus preceptos; las excepciones en que prevalece el valor común sobre el interés deben estar expresas. De paso diré que estando en las operaciones mercantiles destinados los bienes al tráfico constante y rápido, no parece que deba aplicarse a ellas ese criterio del interés con exclusión del otro, sino que deba tasarse el daño tomando en cuenta la comerciabilidad de los bienes, la mayor o menor facilidad de su circulación, etc., en relación con la situación especial del acreedor; en suma, como en casi todos los problemas que suscita el daño, debe apreciarse cada caso especial según sus circunstancias materiales, dado que no hay una fórmula general que pueda aplicarse para medir la extensión del daño y tiene que intervenir el arbitrio judicial. Dedúcese a veces el concepto de interés de combinaciones puramente materiales de los bienes dentro del patrimonio, y en ocasiones depende de multitud de circunstancias eventuales o fortuitas. Supóngase por ejemplo el caso de un comodatario obligado a devolver la cosa en cierto día para que el dueño la entregue a un tercero con quien se ha obligado bajo fuerte pena convencional.

Opuesta a la idea de valor general u objetivo es la de valor de afección, de significado puramente subjetivo. Es el que tiene un objeto sólo para una persona en razón de sus sentimientos o inclinaciones puramente personales. Para que exista es necesario que con exclusión de cualquiera otro juicio valorativo de un tercero, el bien dañado tenga para su dueño o su poseedor determinado valor; si otra u otras personas comparten esa apreciación del perjudicado, el valor deja de ser de afección.

El Código Civil vigente en su artículo 1471 y el de 1928 en el artículo 2116 establecen por regla general que al estimar el deterioro de una cosa no se atenderá al precio estimativo o de afección, a no ser que se pruebe que el responsable causó el daño con el objeto de lastimar la afección del dueño, en cuyo caso se podrá acordar un aumento que no exceda de una tercera parte del valor común de la cosa. Así pues, sólo por excepción se admite que el valor de afección pueda ser objeto de indemnización, aunque más bien en el caso que suponen esos preceptos no se trata de indemnización de daños y perjuicios, sino de aplicar una sanción que tiene el carácter de pena.

Entre los dos extremos, valor general o común y valor de afección, está colocado el concepto de interés, aplicable a la generalidad de los casos.

LA REPARACION NATURAL Y LA REPARACION EN METALICO

Producido un daño o una cadena de hechos dañosos o de consecuencias dañosas, como es más frecuente, es necesario ver de qué manera puede el acreedor obtener la reparación.

Hemos ya dicho que no está en la mano del hombre el descartar de la naturaleza los hechos ya acaecidos, ni tampoco borrar sus consecuencias ya realizadas, y que por tal razón una vez producido el suceso dañoso lo único que le es dado hacer es interrumpir en cierto momento la serie de hechos dañosos que son consecuencia del incumplimiento y las consecuencias perjudiciales de éste que se están produciendo. Si el acontecimiento dañoso ha venido a interrumpir el orden natural de los acontecimientos, el obligado a quien le es imputable deberá reparar las consecuencias dañosas ya producidas y evitar que se realicen otras, reponiendo al acreedor en una situación imaginaria que es aquélla en que debiera estar sin el incumplimiento. Su deber, en suma, consiste en indemnizar al perjudicado, pero ¿cómo logra hacerlo?

De dos modos puede lograrse la reparación y se hace efectivamente en la práctica, sea reponiendo las cosas al estado que guardaban antes de acaecer el hecho dañoso, si es posible hacerlo, o bien pagando el deudor al acreedor una suma de dinero que represente en valor lo más exactamente posible el daño sufrido; reparación natural y reparación en metálico.

De éstos dos modos de reparación es el más cabal el primero, porque la reparación no se hace por equivalencia como en el segundo, sino en la misma especie omitida, echando mano de la fungibilidad de los bienes, aunque por esto mismo representa más bien que una verdadera restauración, un resarcimiento.

¿Por qué se paga en dinero el daño? Porque éste significa en última instancia para el acreedor a la indemnización una disminución de su patrimonio valuable en dinero, supuesto que el mismo patrimonio no es otra cosa que un concepto aritmético. Es pues necesaria una tasación del daño considerando el patrimonio en dos distintas etapas y estableciendo un cálculo diferencial que permita decir a cuanto asciende en numerario el daño inferido. El acreedor no recibe aquello mismo que esperaba por el cumplimiento de la obligación, sino una suma de dinero que lo represente lo más exactamente posible.

El ideal en un sistema de reparación del daño consiste en restaurar en toda su integridad la situación anterior a éste; pero por desgracia esto es imposible en la mayoría de los casos, sumamente difícil en otros y en ocasiones injusto o inconveniente para el acreedor o demasiado oneroso para el obligado, y entonces debe acudirse a la indemnización en metáli-

co, ya que la natural en tales casos sólo teóricamente significa el mejor sistema.

Origen de uno y otro modos de reparación.

El derecho romano antiguo no conoció sino la reparación pecuniaria. Llevado por la sencillez de este procedimiento y por la seguridad jurídica que significa, no conoció otra manera de reparar el daño inferido. El procedimiento mismo de la época clásica de aquel derecho no consentía distinción entre la indemnización en dinero y el cumplimiento de la obligación, y todo proceso en que se ventilaba una reclamación patrimonial se traducía forzosamente en una condenación pecuniaria. El equivalente único que el acreedor podía esperar en vez del cumplimiento era una prestación pecuniaria, y para este fin las partes mismas se ponían de acuerdo sobre la litis aestimatio o si no lo alcanzaban, el demandante invocaba, ya en el procedimiento ejecutivo, el arbitrio del juez para que fijara el cuanto de su demanda.

En el procedimiento anterior al formulario de la época clásica existió también sin excepción aquella regla de la estimación pecuniaria; y en el que le siguió perdura. Existe duda acerca de si andando el tiempo el mismo derecho romano modificó esta regla absoluta y permitió al acreedor de cosa cierta ponerse en posesión de ella por medio de la fuerza, y al acreedor de un hecho, obligar al deudor a ejecutarlo; esta duda parece obedecer al hecho de que en derecho romano no correspondía a la noción del id, quod interest la noción del daño que se reparaba de manera efectiva o natural; las reglas relativas a esta especie de reparación del daño no formaban parte del régimen de indemnización propiamente dicho, porque los casos en que tenía lugar la reparación natural no se consideraban, con una lógica muy absoluta, dentro del campo de la indemnización de daños y perjuicios. Pero esto no nos autoriza a concluir, como hacen algunos tratadistas, que fuera completamente extraña a aquel derecho en todas las épocas la idea de la reparación natural.

Otro sistema es el que tiene por principio consagrada la reparación natural y por excepción la pecuniaria. Lo siguen los derechos germánicos y nació con ellos, quizá por la falta de dinero efectivo que se observó en esos pueblos y por las dificultades que consiguientemente entrañaba la evaluación del daño. Así se reparaban el robo, el daño o la muerte de ganados, etc.; así se hacía el resarcimiento de frutos y de toda especie de objetos fungibles: dando al acreedor otros de igual especie y valor y tomando el deudor para sí los bienes dañados, nada tenían ya que reclamarse. Sólo se permitía la reparación pecuniaria cuando la objetiva no era posible o era muy difícil para el obligado, y cuando el objeto no era fungible.

Estos dos sistemas se dividen el campo de la reparación del daño en las legislaciones modernas, aunque en verdad ninguna tiene uno de ellos con absoluta exclusión del otro, sino que los combinan del modo que me-

jor responda al concepto teórico de reparación. Las legislaciones actuales derivadas del derecho romano y que conservan la tradición, tienen por sistema la indemnización pecuniaria y por excepción admiten la natural; lo contrario sucede con los países de tradición germánica, que admiten sólo subsidiariamente la indemnización en metálico.

Las legislaciones latinoamericanas, la nuestra entre ellas, son partidarias del primer sistema, que es también el de Francia e Italia; pero hay infinidad de casos en que de modo racional se impone y exige la reparación natural; v.g.: cuando por sólo el consentimiento se trasmite la propiedad de una cosa cierta y determinada y el deudor se niega a entregarla, o bien en los contratos que transmiten sólo la posesión o la tenencia de las cosas; cuando el objeto de la obligación del deudor es un hecho de los llamados fungibles, el deudor se niega a ejecutarlo y lo hace un tercero en su lugar, o el mismo obligado en vías de apremio como sucede entre nosotros; cuando se obliga al deudor de obligación de no hacer a destruir la obra que ejecutó violando su obligación, sin que pierda el acreedor su acción para exigir otra reparación de orden pecuniario. Estas excepciones por igual se presentan en una u otra especie de obligaciones y por lo mismo no son propias de ninguna de ellas. Nuestro Código Civil de 1928 en su artículo 1915 establece como regla tratándose de actos ilícitos la reparación natural.

El Código Civil Alemán vigente es el tipo de las legislaciones que establecen la obligación de reparar de modo natural el daño. Su artículo 249 dice así: "El obligado a reparar el daño deberá restablecer el estado de cosas que existiría a no haber ocurrido el hecho que origina aquella obligación", precepto que establece en suma que la obligación de reparar no recae sobre una cantibad de dinero, sino sobre un hecho que consiste en restablecer un estado de cosas que era de esperarse. Rige no sólo los actos ilícitos, como podría creerse, sino todos los casos de indemnización.

Igual principio se halla en los códigos prusiano, austriaco y aún francés, pero con salvedades y distinciones.

VENTAJAS E INCONVENIENTES DE UNO Y OTRO SISTEMAS DE REPARACION DEL DAÑO.

Independientemente de lo expuesto, es decir, que el régimen de reparación natural es el que responde mejor teóricamente a la idea de una indemnización cabal (si se dice restauración o resarcimiento es mejor), y esto porque no hay en él sustitución del objeto de la obligación por una prestación en metálico, sino que procura al acreedor la misma cosa o el mismo hecho que tenía derecho a esperar, tienen cada uno de los sistemas ventajas e inconvenientes que procuraré poner de relieve en lo que si-

gue, para ver en abstracto cual es el mejor, pues de antemano diré que no puede establecerse una regla para todos los casos, y que lo más adecuado es considerar aisladamente cada caso concreto y ver qué solución le conviene.

a). La reparación en dinero no tropieza en la práctica con obstáculos insuperables, como sucede con la reparación natural. Resalta esta ventaja en los casos en que la obligación tiene por objeto una cosa cierta y determinada en especie, en cuyo caso, por destrucción total o parcial de ella, la reparación en especie se hace imposible, o no merece el nombre de reparación, porque el objeto no es fungible a la perfección debido al afecto que siente por él el acreedor. En un plano más general, la reparación en dinero tiene ventaja sobre la otra en todos aquellos casos en que la prestación primordial se hace imposible o injusta, pues la sustitución del objeto de la obligación por una cantidad de dinreo es siempre posible, a menos que se quiera una equivalencia tan perfecta que no sea dable obtenerla.

b). En el terreno procesal es más rápida y fácil la reparación en dinero posque versa ya la obligación del deudor sobre una cantidad, algo cierto y determinado, y esto evita toda duda posterior acerca de si la reparación fue o no fue íntegra, de si se ha respuesto o no en toda su integridad el estado del patrimonio lesionado, con independencia del daño. Significa una indemnización previa estimación del daño en la contienda, y deja por este motivo satisfechos los deseos de la víctima del daño y de su causante, que han podido intervenir en el procedimiento y sacar avantes cada uno sus puntos de vista. Procura además al acreedor de la indemnización una satisfacción más pronta, porque significa inmediata ejecución sobre los bienes, y no deja a las posibles demoras del deudor y a otras contingencias el cumplimiento de la obligación de reparar el daño causado. Aun en aquellas legislaciones en que goza de primacía la reparación natural, la jurisprudencia ha tenido que fingir en muchos casos una imposibilidad que no existe, para evitar una demora injusta del deudor en la reparación, y permite la indemnización en numerario.

c). La reparación natural presenta a veces serios inconvenientes para el acreedor. En ciertos casos es factible para el deudor de la manera más sencilla, y no presenta para el acreedor motivo alguno de rechazo; trátase por ejemplo de reponer un cristal roto, de devolver lo sustraído que todavía existe, de retornar un libro prestado que por descuido se perdió, de ejecutar el mandatario un acto que reviste aún la misma utilidad que antes, etc. Pero también puede suceder, por ejemplo, que un enfermo que contrató los servicios de un médico para hacerse operar de un brazo o de una pierna que después de la operación quirúrgica y por ineptitud del cirujano quedaron anquilosados, no quiera con justicia someterse de nuevo a los servicios del mismo profesionista para lograr que se corrija el defecto. En este caso y en otros muchos semejantes mal parece indicado para hacer desaparecer un daño el mismo que lo causó, y hay razón para desconfiar que lo haga cumplidamente.

d). Por último, hay un gran número de hipótesis en que la prestación del daño en la forma natural no reviste utilidad alguna para el acreedor, y en los cuales sólo por medio de la reparación en metálico puede alcanzarse el objeto deseado. El mismo código alemán no persigue en el artículo antes transcrito y los que lo complementan la idea de imponer siempre al acreedor la obligación de contentarse con la prestación omitida, sino el objeto también de garantizar al perjudicado la misma situación económica que era de esperarse sin el acontecimiento dañoso. Sirva de ejemplo el siguiente, que tomo de Fischer en su obra citada: Si la modista no acaba el traje de la novia para el día señalado para la boda y lo entrega diez días después, es evidente que repara para el porvenir el estado material que se habría producido sin el daño. Pero tal reparación no sería suficiente si los padres de la novia, urgidos por las circunstancias, hubiesen tenido que pedir a la capital por la vía más rápida posible otro vestido, que resulta mucho más caro. El principio de la reparación económica exigirá en el caso que la modista pague el sobreprecio, o bien que tome a su cargo la obligación de pagar al modisto de la capital, mediante pago del precio primitivo. En otro caso, alquilo por ejemplo una segadora para recoger mi cosecha de trigo que tengo prometido en venta para tal día, no se me entrega en la fecha indicada sino un mes después, y por ello me vi obligado a alquilar otra pagando más alto precio, o bien a adquirir una en propiedad, erogando considerable cantidad de dinero: la prestación primitiva no reviste interés alguno para mí que ya he segado todo mi trigo, y sólo el resarcimiento de los daños en metálico puede colocar mi patrimonio en el estado que hubiera alcanzado sin el incumplimiento.

e). Tiene en cambio excepcional interés para mí la prestación originaria y por consecuencia la reparación natural en todos aquellos casos en que he contratado sobre una cosa o sobre un hecho sin importarme precisamente la época en que aquélla me sea entregada o éste sea ejecutado, sino la calidad misma del objeto de la prestación, porque en estos casos la reparación en metálico, por bien que represente el equivalente de la prestación, ne priva de algo que aun puedo alcanzar si el Estado me presta su fuerza en mi apoyo y hace ejecutorio el vínculo. Igual cosa sucede cuando reclamo lo que me ha sido sustraído o lo que se me debe entregar y todavía existe en naturaleza, bien individualmente, bien en especie, o cosa determinada en cantidad o especie solamente, o un hecho fungible como podar los árboles, pues en todos estos casos, existiendo la posibilidad de la ejecución en forma específica, podré adquirir a costa del deudor la cosa deseada o hacer ejecutar por otro a costa del obligado el hecho fungible.

f). Por último, ambos modos de reparación son aplicables en el caso de contravención a una obligación de no hacer: la reparación efectiva exigirá que se destruya o deshaga la obra material o permanente, si la hay, y la pecuniaria me resarcirá de los daños y perjuicios que haya podido resentir (v. art. 1428 C.C.).

En resumen, es imposible decir en tesis general cual modo de reparación es más adecuado, con independencia del caso concreto, para alcanzar el fin que la indemnización se propone, pues la solución que conviene a unos casos no conviene a otros; pero sí que la indemnización en metálico no presenta inconveniente alguno en todas las hipótesis, como no sea el que deriva de su misma naturaleza, a saber, el sustituir el objeto primitivo de la obligación por su equivalente en dinero.

¿Cual es el sistema del Código Civil Mexicano? Inspirada nuestra legislación civil en códigos extranjeros que tomaron como punto de partida los cánones romanos, es partidaria de la indemnización en metálico. En efecto, aun cuando no tiene precepto alguno que así de modo terminante lo establezca, se sobreentiende en muchas de sus disposiciones este principio. Así los artículos 1467 a 1471, y la disposición del código procesal civil contenida en el artículo 608, que manda al juez fijar en cantidad líquida la condenación en daños y perjuicios o establecer al menos las bases para hacer la liquidación de ellos cuando no fueren el objeto principal del juicio.

No empece a lo dicho la disposición del artículo 1463, que dice: "La responsabilidad de que trata este capítulo (responsabilidad civil), además de importar la devolución de la cosa o su precio, o la de entrambos en su caso, importará la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios", porque si habla de devolución de la cosa, no la establece como principio, y del conjunto de los preceptos que regulan la responsabilidad civil no puede desprenderse otra cosa sino que el medio primario y principal que establece para la reparación es el pago en dinero del quantum del daño.

Resta decir que la reparación natural no excluye la posibilidad del resarcimiento pecuniario, porque puede suceder que aquélla no baste para dejar indemne al perjudicado o que éste para hacer ejecutar la prestación haya tenido que hacer desembolsos, y pueden presentarse otras muchas posibilidades de daños que deben ser reparados mediante sumas de dinero.

CUALES SON LOS DAÑOS Y PERJUICIOS RESARCIBLES

Voy a ocuparme en el tercer elemento necesario para la existencia de la obligación de indemnizar, es decir, la necesidad de que haya daño.

Nadie duda de la necesidad de éste para que haya obligación de reparar. Casos hay en que el incumplimiento de la obligación no produce daño alguno al acreedor, se cita generalmente el de un procurador negligente que descuida hacer la inscripción de una hipoteca. Si ese procurador

demuestra que a pesar de que hubiera hecho antes la inscripción, la hipoteca no habría mejorado de lugar ni producido efecto alguno por ser nula, ningún daño se causa al acreedor por tal descuido. Pero supuesta la existencia de un daño o ,como sucede más generalmente, de una serie de hechos dañosos o de consecuencias dañosas eslabonados unos y otras con el incumplimiento, hay que fijar un criterio para distinguir de entre todos esos daños, aquéllos de que responde el deudor, pues no todos le son imputables.

Fijados ya los conceptos de daño y perjuicio, es fácil comprender que no son inseparables una y otra nociones, pues bien puede suceder que el incumplimiento de la obligación origine solamente daños, o solamente perjuicios (sentido estricto). Sucede lo primero por ejemplo en el caso de destrucción de un objeto artístico o de ornato, que por su misma naturaleza no es susceptible de producir ganancia alguna en el tiempo que media entre la destrucción y la liquidación del daño; sucede lo segundo cuando por la demora culposa en cumplir el acreedor de la prestación se ve privado de ganancias solamente (intereses, daños moratorios), sin que sufra menoscado real en su patrimonio. Sin embargo, en los casos más comunes concurren el daño y el perjuicio.

Enunciada en términos generales la obligación de resarcir significa que el deudor que no cumple su obligación debe indemnizar al acreedor de la pérdida que éste sufre y de la ganancia de que lo priva la inejecución. Pero si es necesario establecer que no está sujeto el deudor a todos los daños y perjuicios indistintamente, más lo es que en el terreno del lucro frustrado se trace una línea que le sirva de límite, pues es en este aspecto de la indemnización donde la fantasía del acreedor codicioso tiene un campo más extenso y crea frecuentemente verdaderos "sueños de ganancia". No es extraño ver en los tribunales contiendas en que se ventilan reclamaciones fantásticas por concepto de daños, y más todavía de perjuicios; es de ver como una imaginación pobre para otros achaques, en esto despliega sus alas y construye castillos en el aire al pretender cantidades fabulosas por desmedidas como indemnización de perjuicios que sólo en la mente de quien los alega existen.

Los principios que rigen esta cuestión del daño resarcible son en su esencia los del derecho romano, que han llegado al través de los comentadores a inspirar con su sabiduría las legislaciones modernas. Podría decirse casi sin temor a duda que en aquello en que se han separado las leyes modernas, en cuanto se refiere al tema de la reparación del daño, de aquellos principios, es en lo que yerran y en lo que las innovaciones han sido menos felices.

Lugar prominente ocupa entre los expositores de la doctrina y jurisprudencia romanas Dumoulin. Su obra magistral "De Eo Quod Interest", comentario del libro de Justiniano así llamado, es según la opinión de los más prestigiados juristas, la compilación más completa que puede darse acerca de la reparación del daño, con toda la casuística romana y las

soluciones posteriores, dadas por los teólogos, postglosadores, etc. En él se inspiró Pothier, de quien tomó el Código de Napoleón los principios básicos de su sistema de reparación.

La mayoría de las legislaciones actuales siguen la doctrina de este último tratadista, y es por esto, y para que se vea cómo nuestra legislación se separó de ella, por lo que merecen aquí ser transcritas lo más extensamente posible sus enseñanzas. (Véase Pothier, Tratado de las Obligaciones).

I.—Cuando no se pueda imputar ningún dolo al deudor y no es sino por simple culpa por lo que no ha cumplido su obligación, ya sea porque se ha comprometido temerariamente a una cosa que no podía cumplir, sea porque después de haberse obligado se ha imposibilitado por culpa suya para cumplir su compromiso, no responde sino de los daños y perjuicios que al contratar pudo prever que sufriría el acreedor. (En este principio está inspirado el artículo 1150 del Código de Napoleón, que dice: "El deudor no responde sino de los daños y perjuicios que han sido previstos o que se han podido prever al contratar, cuando no es por su dolo motivado el incumplimiento").

De esta regla general deduce Pothier ésta otra: sólo responde el deudor de los daños y perjuicios que resultan para el acreedor con relación a la cosa misma que es objeto del contrato y no de los que resienta en sus demás bienes, pues se considera que sólo los primeros pudieron preverse: damni et interesse propter ipsam rem non habitam. Por ejemplo, si he vendido a alguien un caballo que me he obligado a entregar en un corto plazo, no se lo he entregado y ha tenido por ello necesidad de comprar otro pagando un sobreprecio porque aumentaron de valor los caballos, lo que ese comprador haya pagado de más por no haber comprado el mío y haber tenido que adquirir otro de la misma calidad, es un daño resarcible, porque lo sufre el acreedor con relación a la cosa misma que es objeto del contrato, y yo pude preverlo, pues debí considerar que el precio de los caballos está sujeto a variar.

Pero si ese comprador era un canónigo que, por no haber recibido oportunamente el caballo que le vendí ni haber podido conseguir otro, no pudo llegar a tiempo a recibir su prebenda, y ha dejado de obtener con ello considerable cantidad de dinero, no estaré obligado a esta pérdida, aunque sea la inejecución de mi obligación lo que la causó, pues es un perjuicio extraño al objeto de mi obligación, que no pudo ser previsto al contratar. Mas si por cláusula expresa del contrato mi obligación ha sido entregar el caballo en tiempo hábil para que el canónigo acuda a recibir su prebenda y comenzar a percibir sus ganancias, y no he cumplido, y el canónigo no ha podido conseguir otro caballo ni otro medio de locomoción para hacer su viaje, quedo obligado aún a los daños extrínsecos que él sufra, porque la existencia de cláusula tal hace que se consideren previstos.

Otro ejemplo: He dado en arrendamiento por un plazo de dieciocho años una casa que de buena fe creía de mi propiedad; después de diez o doce años mi inquilino es evincido por el propietario y tiene que mudarse pagando un precio más alto. Los gastos de mudanza y el sobreprecio del arrendamiento son daños causados propter ipsam rem, y respondo de ellos. Mas si mi inquilino ha establecido un comercio y por la evicción sufre la pérdida de su clientela y deja de lucrar como consecuencia de ello, yo no estoy obligado a indemnizarle de ese perjuicio porque es extraño al objeto de la obligación que contraje de permitirle el goce de la casa, y ni ha sido previsto ni pudo preverse.

Mas si he arrendado mi casa a alguno en su calidad de comerciante o si la he arrendado para posada o albergue, y el inquilino es evincido en su goce, los daños y perjuicios de que respondo no serán sólo los gastos de mudanza y el sobreprecio del arrendamiento, como sucede en el caso anterior, sino que la pérdida de su clientela, si no ha podido encontrar otra casa en el barrio, se tendrá en cuenta, pues habiéndole yo arrendado mi casa para tienda o para posada, el riesgo de tal daño ha sido previsto y estoy sometido a él tácitamente.

Otro caso: Alguien me ha vendido vigas de las cuales me he servido para la construcción de mi casa, y ésta se ha desplomado por defecto de las vigas, que estaban podridas. Si el que me las vendió no era de oficio vendedor de ellas o traficante en ellas, y de buena fe hizo la venta ignorando el defecto, los daños que resulten de éste no irán más allá de una deducción en el precio, para reembolsarme lo que pagué de más creyendo bueno lo que era defectuoso; pero no abarcarán la pérdida de mi construcción, pues no se reputa sometido a este riesgo el vendedor de buena fe que no estaba más obligado que yo a conocerlo y preverlo (L. 13 ff. de Act. empt.). Mas si el que me vendió las vigas es un hombre del oficio, si es un carpintero y me las ha vendido para construir mi casa, responderá de la ruina que provoque el defecto de las vigas, y no le valdrá como excusa el decir que las creía buenas y adecuadas, pues aunque dijera verdad, tal ignorancia suya no sería excusable en un hombre que hace profesión pública de un oficio o de un arte: imperitia culpa annumeratur. (L. 132 ff. de Reg. jur.). Al venderme esas vigas en su calidad de carpintero, se presume que se obligó a responder de la eficacia de ellas y de su suficiencia, y del riesgo si no lo fueron. (Molin. Tract. de eo quod interest, No. 51).

Pero no está obligado a responder sino del riesgo a que se ha obligado. Si ese carpintero me ha vendido las vigas para apuntalar cierta construcción y yo me he servido de ellas para otra mucho mayor, no sólo no responderá de la ruina de la construcción en el caso en que las vigas hayan sido suficientes para sostener la construcción pequeña a que estaban destinadas, porque en ese caso no tendrá culpa de ninguna clase; pero ni aún en el caso en que hubiera tenido culpa por ser las vigas absolutamente insuficientes o defectuosas aún para la construcción pequeña a que estaban destinadas: no responderá de los daños y perjuicios originados por

la ruina de mi construcción grande sino hasta la concurrencia del valor de la pequeña construcción, pues si no me vendió las vigas sino para sostén de ésta, no ha entendido correr un riesgo mayor que lo que ella vale. (Molin. ibid. No 62).

Por una razón semejante Dumoulin decide que cuando un carpintero me ha vendido vigas para apuntalar mi construcción y ésta se ha venido a tierra por defecto de ellas, los daños y perjuicios a que queda obligado se limitan a la ruina de la construcción y no se extienden a la pérdida que he sufrido de mis muebles, que se han roto o perdido entre las ruinas, pues al verderme el capintero las vigas para apuntalar, no ha entendido responder sino de la conservación de la construcción y no de la pérdida de mis muebles, porque no pudo prever que los dejaría yo dentro, supuesto que lo ordinario es desalojar las construcciones que van a apuntalarse. Otra cosa sucederá si expresamente aceptó el riesgo, y la excepción confirma la regla.

Caso distinto es aquél del arquitecto ignorante que me ha construído mi casa cuando ésta se desploma poco tiempo después de construída por defecto o vicio de la misma: responderá también del valor de los muebles que se destruyan o deterioren, pues al obligarse a construir una casa para habitación mía o de mi inquilino, no pudo ignorar que se llevarían a ella muebles, —porque esto es lo que de ordinario sucede—, y debe asumir el riesgo.

Esta regla de Pothier que hace responsable al deudor sin dolo solamente de los daños y perjuicios previstos o previsibles trasciende al problema de la tasación del daño, y más adelante veremos su influjo sobre ella.

Por último, cita Pothier una ley de Justiniano (ley única, Cod. de Sentent. quae pro eo quod interest) que prescribía que los daños y perjuicios debidos con relación a la cosa misma objeto de la obligación no podían ser tasados más allá del doble del valor de la misma cosa, comprendido el valor de ella. Esta regla, que ni siquiera tenía aplicación en la época de Pothier y sólo va en apoyo de su doctrina, además de referirse a la tasación del daño, tocaba también el problema de la previsibilidad y el de la distinción entre daños causados propter ipsam rem o extrinsecus. Por esto vale hacer la cita.

El principio que le sirvió de apoyo es para Dumoulin el de que las obligaciones que nacen de los contratos no pueden formarse sino por el consentimiento de las partes, y por lo que toca a daños y perjuicios se presume que el deudor no pudo consentir en obligarse más allá de aquella cantidad a que pudo verosímilmente prever que ascenderían; en lo que excedan deben ser moderados y reducidos.

Esa ley, en cuanto limita el monto de los daños y perjuicios origina-

dos sin dolo al doble del valor de la cosa, era indudablemente arbitraria; pero según el decir de Pothier el principio en que se inspiró está fundado en la razón y en la equidad natural y debe seguirse siempre que los daños sean excesivos, concediendo al juez la facultad de moderarlos; pero no tiene aplicación con respecto a los daños sufridos en los demás bienes, como se verá por el ejemplo siguiente:

Un tonelero me vendió toneles defectuosos, lo que dió por resultado la pérdida del vino que puse en ellos. Como me los vendió en su calidad de tonelero, se ha hecho responsable de la bondad de ellos, y tácitamente quedó obligado a responder de la pérdida del vino, que puede ascender a diez o más veces el valor de los toneles, y que es un daño extrínseco que no puede ser regulado según el valor de la cosa debida (Molin. No. 49).

Sin embargo, aun en este caso deben moderarse los daños cuando son excesivos, y no debe condenarse al deudor más allá de la suma que pudo prever alcanzarían cuando más. Si he puesto en un tonel un vino extranjero u otro licor de un precio inmenso que se ha perdido por vicio del tonel, el tonelero del ejemplo no debe ser condenado a indemnizarme en absoluto de esa pérdida, sino hasta la concurrencia del valor de un tonel del mejor vino del país, pues al venderme los toneles no ha entendido hacerse cargo de riesgos mayores, por no haber podido prever que yo habría de poner en el tonel un licor de precio mucho mayor (Molin.; ibid. No. 60).

Igual cosa sucede en el caso del arquitecto que construyó para mí una casa, la cual al desplomarse por vicio de la construcción destruyó mis muebles o hizo que se perdieran entre las ruinas; queda obligado hacia mí por esa pérdida; pero si entre las cosas perdidas hubiesen figurado pedrerías o bien manuscritos de inmenso valor que no era de esperarse estuvieran en mi poder dada mi posición, no debe imputársele esa cuantiosa pérdida sino hasta la concurrencia del precio de los muebles que ordinariamente tiene una persona de igual posición que yo.

II.—En caso de dolo del obligado, responde indistintamente de todos los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del dolo, bien sea en la cosa misma objeto del contrato o bien en los demás bienes del acreedor, sin que haya lugar a distinguir ni discutir en el caso si el deudor deba reputarse sometido a ellos, es decir, sin que haya necesidad de averiguar si han sido previstos o no, pues el que obra con dolo se obliga velit, nolit, a la reparación de todo el daño que su dolo cause (Molin., ibid. No. 155). Pero aun en este caso no deben comprenderse entre los daños y perjuicios que obligan al deudor por razón de dolo aquéllos que no son sino una consecuencia lejana de éste, o bien una consecuencia no necesaria, que tuvo o pudo tener otras causas.

Si un comerciante me ha vendido una vaca que sabía estaba atacada de una enfermedad contagiosa y ha callado el vicio, esta disimulación es un dolo que lo hace responsable del daño sufrido no sólo en la vaca

misma objeto de su obligación, sino también en todos los demás animales míos que fueron contagiados. Mas si pretendo que me indemnice por el hecho de que habiendo sido contagiados mis bueyes que ocupo en labores de labranza no he podido cultivar mis tierras, y más aún, porque sin la cosecha que podría yo esperar no he podido obtener dinero suficiente para pagar a mis acreedores, éstos han secuestrado mi hacienda y vendido a vil precio todos mis bienes, y son todos estos hechos perjudiciales ocasionados por su dolo, se excepcionará con éxito alegando que todas esas consecuencias no tienen una relación próxima con su dolo y no son siquiera un efecto necesario de él, sino que pudieron tener otras causas. En tal sentido se pronuncia el artículo 1151 del Código de Napoleón: "Aun en el caso en que la inejecución del convenio resulte del dolo del deudor, los daños y perjuicios no deben comprender, en cuanto a pérdida experimentada por el acreedor y ganancia de que ha sido privado, sino lo que es una consecuencia inmediata y directa de la inejecución del convenio".

En la especie propuesta, dice Pothier, ese comerciante no responde de los daños que sufrí por el secuestro de mis bienes, pues tal daño es apenas una consecuencia muy remota y muy indirecta de su dolo, y no hay entre éste y aquélla una relación necesaria, pues si bien es cierto que la pérdida de mis animales ha podido influir en la ruina mía, ésta ha podido tener otras causas.

"La pérdida que he sufrido por la falta de cultivo de mis tierras parece ser una consecuencia menos lejana del dolo del comerciante, dice Pothier; sin embargo, pienso que no debe obligársele a responder de ella, al menos en absoluto no puede obligársele. Esa falta de cultivo no es una consecuencia absolutamente necesaria de la pérdida de mis animales que originó el dolo del comerciante; yo hubiera podido remediarla cultivando las tierras por medio de otros animales que podría haber comprado o, si no tenía los medios, alquilado, o bien, pude haber arrendado mis tierras para que en manos de otro produjeran. Sin embargo, como recurriendo a estos expedientes no habría yo obtenido tanto provecho de mis tierras como el que hubiera alcanzado cultivándolas yo mismo con los bueyes que he perdido; esto puede entrar en cierto modo en los daños y perjuicios de que responde".

En resumen, las enseñanzas de Pothier, que tomó de Dumoulin, son, abreviadas, las siguientes:

1ª—El obligado que no procede con dolo responde solamente de los daños y perjuicios que se hayan previsto o se hayan podido prever al contratar, y que resulten con relación a la cosa misma objeto de la obligación y no en los demás bienes del acreedor.

2ª—El que dolosamente falta al cumplimiento de la obligación responde de los daños y perjuicios aun imprevistos o imprevisibles, ya se refieran al objeto mismo de la obligación, o a los demás bienes del acreedor;

3º—En los dos casos propuestos los daños y perjuicios deben ser una consecuencia directa y necesaria del incumplimiento y no derivar ex nova causa.

Estas reglas por igual las hace Pothier aplicables a los daños y perjuicios compensatorios y moratorios, actuales y potenciales, etc.

LA INFLUENCIA DE POTHIER EN LOS CODIGOS

Las reglas de Pothier constituyen la doctrina en que se inspiran las legislaciones de muchos países, en particular las afines a la nuestra. El Código de Napoleón y el Italiano que lo copió admiten sin reparo esos principios derivados de la sabiduría romana (arts. 1150 y 1151 C. N. y 1228 y 1229 C. C. I.). Y la jurisprudencia francesa lo mismo que la italiana proporcionan ejemplos de gran variedad en que se reflejan aquellas reglas. Conservan pues la tradición y distinguen entre daños y perjuicios previsibles y no previsibles, previstos y no previstos, para imponer al deudor unos u otros o todos al mismo tiempo según que haya obrado con culpa o con dolo.

El Código Español distingue también entre deudor de buena fe y de mala fe, y extiende la responsabilidad de éste a los daños y perjuicios que fueren conocidamente ocasionados por su dolo, limitando la responsabilidad del deudor con culpa a los previstos o susceptibles de ser previstos al constituirse la obligación (Art. 1107). El portugués adoptó el mismo principio, pero sin distinguir entre inejecución dolosa y culpable, y guiándose tan sólo por el principio de causalidad.

Las legislaciones latinoamericanas casi uniformemente sancionan esta distinción. Constituyen excepción el Código Civil Argentino y el Mexicano, que simplemente erigen en principio el de causalidad entre el incumplimiento y el daño en todos los casos.

Aun el Código Civil Alemán, que como los demás de tipo germánico difiere tanto en esta materia de las legislaciones latinas, en cuanto a lucros frustrados imputables al deudor contiene una disposición que se discute si consagra el principio de distinción apuntado; tal es el artículo 252: ".....Se considera frustrada la ganancia que fuese de esperar con cierta verosimilitud, según el curso normal de las cosas o las circunstancias especiales del caso, y atendiendo principalmente a las medidas y providencias adoptadas".

FUNDAMENTO DE LA DISTINCION Y CRITICA DE NUESTRA LEY

¿Qué razones existen en favor de esa doctrina de distinción entre daños y perjuicios de una y otra especie, previstos e imprevistos, causados propter ipsam rem y extrínsecos, derivados del incumplimiento y de otras causas remotas o ajenas?

La cuestión propuesta reviste el mayor interés para mi estudio porque es el punto central de la crítica que hago a nuestra ley civil en la cuestión del resarcimiento del daño e indemnización del perjuicio.

Ese criterio que casi universalmente inspira a las legislaciones, que lo tomaron de Pothier directamente, es decir, del Código Napoleón que se inspiró en ese tratadista, y que fue formado por Dumoulin con diversos pasajes del derecho romano de los cuales dedujo una verdadera doctrina, no es el que sigue nuestra ley. Es preciso averiguar por lo mismo si esa desviación debe considerarse como un acierto porque la doctrina tradicional no se acomode a los principios de justicia o por otro motivo igualmente válido, o bien si los principios que consagra nuestra ley responden mejor a las exigencias que reclaman la idea de justicia y las necesidades prácticas de la vida jurídica.

Ya hemos visto al transcribir a Pothier las razones que aduce. El sentimiento de justicia que despiertan las decisiones de ese tratadista sería bastante para aceptar sin reparo su doctrina, pues la justicia de ciertos postulados se siente a veces mejor que se explica o se funda. Pero no ha faltado quien censure su sistema, bien con decir que el fundamento de la distinción en que se basa es criterio propio del derecho penal y no del civil, o bien sosteniendo que se presta a dar poca seguridad al vínculo contractual; que es inseguro y poco práctico.

Sostiene Bélime, citado por Giorgi, que el medir la extensión de la responsabilidad del deudor por su estado de ánimo es propio del derecho penal y no del civil. Pero si es esto cierto (al menos respecto de las teorías morales de derecho penal o de las eclécticas), es dudoso que sea concluyente, porque en esta cuestión de la reparación del daño sobre todo, pero también en otras muchas más, existe una muy íntima relación entre las normas del derecho penal y del civil, y si en otros muchos casos la distinción entre justicia penal y justicia civil puede hacerse casi perfectamente, en esta cuestión se confunden y enlazan de tal manera que es imposible establecer una línea cortante de separación. Y no es caso único de tal imposibilidad.

A más de ello, es imposible desentenderse de la imputabilidad al deudor en esta materia, porque es el criterio que campea en toda la legislación, y a menos de admitir que la ley ha sido inconsecuente consigo misma, es preciso decir que sigue como sistema para medir la responsabilidad el grado de imputabilidad del incumplimiento al deudor. Si se admiten como extremos para eximir de toda responsabilidad al deudor el

caso fortuito y el hecho del acreedor (argumento del artículo 1459 C.C.), que suponen que no existe voluntad de aquél en el hecho u omisión que provocan el daño, y por otra parte se hace sin excepción responsable al obligado de todos los daños causados deliberadamente por su malicia o su mala fe, de acuerdo con la doctrina universalmente admitida, no hay razón para no graduar su responsabilidad dentro de esos extremos y admitir que la voluntad de quien causa el daño pueda tener muy diversa participación en su desencadenamiento; de otro modo no se comprende el régimen de reparación como un todo sistemático, sino como un conjunto inarmónico e inconsistente de preceptos.

Así pues, nada tiene de extraño que se mida la extensión del daño según que el causante de él haya obrado simplemente con culpa o bien dolosamente, pues aquel caso corresponde, pudiéramos decir, al mínimo grado de responsabilidad, que más se acerca al caso fortuito, y admite asimismo grados, y éste se aproxima al grado máximo de responsabilidad y llega hasta él sin tocar el dolo penal: va desde la simple conciencia del deudor de que no cumple con su obligación, hasta su malicia y su contumacia para no cumplir y ocasionar deliberadamente daños al acreedor.

La segunda crítica consiste en decir que el medir las consecuencias del incumplimiento y con ello distinguir el daño resarcible del que no lo es y establecer las reglas de su estimación según que haya sido previsto o previsible al contratar o no lo haya sido, es un criterio de muy poca firmeza y seguridad, que da lugar a muchas dudas sobre la cuantía y existencia del daño, y deja por lo mismo un amplio campo al arbitrio judicial.

Don Florencio García Goyena, que es el autor de esta crítica, rechazó el sistema de Pothier que mantiene el Código de Napoleón, sosteniendo que las palabras del legislador francés no dan una idea clara del tema, y en su artículo 1016 del Proyecto de Código Español de 1855 obliga al deudor a la indemnización de los daños y perjuicios que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del contrato en todo caso, y en el de dolo, a la indemnización de todos los que hayan sido conocidamente ocasionados por él.

Su objeción es ésta: no puede determinarse cuales son los daños y perjuicios que fueron previstos, y cada contratante dirá que él previó los daños de diferente manera, y ante esa dificultad, el mejor camino es rechazar ese criterio y sustituirlo por otro que encuentre en la práctica fácil aplicación.

Y entonces formula su regla en el artículo 1016 antes citado y erige en principio general lo que en el sistema francés es la regla para el caso del deudor doloso, quien debe responder de los daños aún imprevistos, e impone las mismas consecuencias a éste que al que sólo ha obrado con culpa. Es lo que dice el precepto citado: "En el resarcimiento de daños y perjuicios sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y

directa de la falta de cumplimiento del contrato. En caso de dolo se extenderá la indemnización a los que hubiesen sido conocidamente ocasionados por él".

Mas lo curioso del caso es que el mismo García Goyena después de hacer esta crítica y separarse de la doctrina de Pothier, remite a ésta para la comprensión de su doctrina, lo cual demuestra que no entendió del todo bien las enseñanzas de Dumoulin tomadas de los textos del derecho romano. Llevado quizás por un afán de olvidar las ideas viejas y aventurarse en el terreno inseguro de las innovaciones, quiso dejar a un lado las enseñanzas de la tradición y, tan acertado y airoso en otros tantos problemas jurídicos, erró en éste.

Su error fundamental consistió en abandonar ese criterio de la previsión o previsibilidad del daño como medida de la reparación, sosteniendo que no puede establecerse si el daño fue previsto o pudo preverse al contratar y que por esta razón cada contratante dirá que él previó los daños de diferente manera. Pero su objeción carece de base si se tiene en cuenta cómo la doctrina de la previsión o previsibilidad del daño halla una explicación tan fácil en la vida jurídica, y cobra una claridad y una justicia innegables en los ejemplos que propuso Dumoulin, y en todos los más que puedan presentarse.

Por lo que se refiere al principio de causalidad entre el incumplimiento y el daño, no creo que sea necesario explicar su fundamento porque bien fácilmente se comprende. No rige las consecuencias dañosas derivadas del incumplimiento con el concurso de nuevas causas. La concurrencia de nuevas causas es una cuestión de hecho en que tiene gran cabida el prudente arbitrio del juez.

Pero nuestros legisladores se hicieron eco de la crítica de García Goyena, y establecieron un sistema defectuoso e injusto, que perdura desde 1870 hasta nuestros días, sin que el Código Calles lo abandone. Sin embargo, es necesario decir que su injusticia, aunque muy grande, no se deja sentir como debiera en los fallos de los tribunales porque en la mayoría de los casos de reclamaciones de daños y perjuicios no llega el juez a tener que aplicar criterio alguno para discernir el daño resarcible, en virtud de que generalmente termina con asentar que no se ha probado durante el juicio la existencia de ningunos daños sufridos por el reclamante, y esto le evita la necesidad de llegar hasta el punto de aplicar el criterio legal para la determinación de los daños y perjuicios que deben indemnizarse. Pero esto evidentemente no puede alegarse en desagravio de la ley, que de todos modos no resuelve el problema, a mi entender, a la luz de la doctrina más generalmente admitida, ni de la justicia.

No creo que parezca erróneo establecer un criterio de estimación del daño que se relacione con la situación subjetiva del que lo causa. Y no es tampoco inseguro ese modo de establecer la responsabilidad del obligado atendiendo a que se haya previsto o no el daño o haya sido o no previsi-

ble, porque esto no quiere decir que se acuda a investigarlo en la conciencia de los contratantes y con independencia de los términos del contrato, de su naturaleza y de la respectiva posición de cada uno de ellos en él, sino que precisamente estos son elementos suficientes para que el juez con su prudente arbitrio determine si el daño ha sido previsto o no. Y los casos prácticos hablan más claro sobre la justicia y la practicabilidad del sistema tradicional que su simple exposición y la crítica de los juristas, por muy fundada que parezca.

Lo cierto es que nuestros legisladores se distanciaron de la tradición siguiendo a García Goyena (a través del código portugués). quien la considera errónea y poco segura por las razones expuestas, y siguiendo como regla general la que de los daños y perjuicios deben ser siempre una consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento, hicieron de este último principio la llave mágica de su sistema y el eje a cuyo derredor se mueve todo el régimen de indemnización. Y el error ha perdurado y se incide en él en el código de 1928 que va a ponerse en vigor, y que a pesar de su anhelo de transformación de las instituciones, conserva el mismo defectuoso sistema (v. art. 2110).

El error fundamenral de nuestras leyes civiles ha consistido en haber hecho una copia defectuosa e incompleta de los preceptos de otras legislaciones y de los principios de la tradición. En esta cuestión consideran como principio básico y universal lo que tradicionalmente se ha considerado como una regla secundaria. En efecto, lo principal en el sistema de las fuentes en que se inspiraron nuestros legisladores es la regla de que el deudor con culpa sólo responde de los daños y perjuicios previstos al contratar o previsibles, mientras que el que obra con dolo responde de los previstos y no previstos, de los previsibles y no previsibles, y la salvedad en una y otra hipótesis es la siguiente: los daños y perjuicios deben ser en todo caso una consecuencia directa y necesaria del incumplimiento. De donde resulta que esta salvedad es la que que se erigió en regla general para determinar los daños y perjuicios que deben indemnizarse, en lo cual hay una gran injusticia y un grave desconocimiento del problema por resolver.

En el antiguo derecho se decía para expresar el principio de causalidad entre el incumplimiento de la obligación y el daño que de él deriva, que el acreedor tenía derecho a exigir la utilitas quae circa ipsam rem consistit, a la cual se oponía la utilitas extra rem. A esta distinción corresponde la de daños inmediatos y mediatos, directos e indirectos, que consagra nuestra ley indudablemente para no hacer al deudor responsable de los daños provenientes de causas extrañas al incumplimiento o derivados de éste, pero con el concurso de causas extrañas.

Pero no basta para resolver los problemas que surgen ese criterio, que aunque contiene una distinción verdadera y que corresponde a una necesidad, y por lo mismo debe conservarse, no agota toda la materia del problema de la determinación del daño resarcible con atender solamente

I N D I C E :

	Págs.
Idea general del tema por estudiar	9
Concepto de daños y perjuicios	11
Origen histórico del concepto de daños y perjuicios	12
Obligación de pagar daños y perjuicios en los contratos	13
Fundamento de la obligación de indemnizar	16
Los daños y perjuicios como obligación extracontractual	17
Condiciones que deben reunirse para que haya obligación de indemnizar por incumplimiento de los contratos	21
Los conceptos de interés, valor general o común y valor de afección en la reparación del daño	21
La reparación natural y la reparación en metálico	24
Ventajas e inconvenientes de uno y otro sistemas de reparación del daño	26
Cuales son los daños y perjuicios resarcibles	29
La influencia de Pothier en los códigos	36
Fundamento de la distinción y crítica de nuestra ley	37
Algunas observaciones complementarias deducidas de los preceptos de nuestra ley y algunas sugestiones	41
Conclusiones	44