

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR  
Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales

LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

TESIS DOCTORAL PRESENTADA POR

*Leonel Francisco Valle*

PARA OPTAR AL TITULO DE

**Doctor**

EN JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

San Salvador, El Salvador,

Centro América





UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

AUTORIDADES CENTRALES

CONSEJO DE ADMINISTRACION PROVISIONAL  
DE LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

Dr. FRANCISCO VEGA GOMEZ

SECRETARIO

Dr. EDMUNDO JOSE ADALBERTO AYALA MORENO

TRIBUNALES DE EXAMENES PRIVADOS

MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES:

Dr. JORGE ALBERTO BARRIERE  
Presidente

Dr. JUAN PORTILLO HIDALGO  
Primer Vocal

Dr. JORGE EDUARDO TENORIO  
Segundo Vocal

MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS:

Dr. MAURICIO ALFREDO CLARA  
Presidente

Dr. HECTOR MAURICIO ARCE GUTIERREZ  
Primer Vocal

Dr. ERNESTO ARBIZU MATA  
Segundo Vocal

MATERIAS CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION  
Y LEGISLACION LABORAL:

Dr. ARISTIDES AUGUSTO LARIN  
Presidente

Dr. RAFAEL MENJIVAR  
Primer Vocal

Dr. MAURICIO ALFREDO CLARA  
Segundo Vocal

ASESOR DE TESIS:

Dr. NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ

TRIBUNAL EXAMINADOR:

Dr. ATILIO RIGOBERTO QUINTANILLA  
Presidente

Dr. BENJAMIN RAMIREZ PEREZ  
Primer Vocal

Dr. CARLOS AMILCAR AMAYA  
Segundo Vocal

## INDICE

	Pag.
1. EVOLUCION DE LA RESPONSABILIDAD . . . . .	1
1.1 Tiempos primitivos	
1.2 Ley de Tali6n	
1.3 La Compensaci6n	
1.4 Daño p6blico y privado	
1.5 Ley Aquilia	
1.6 El Digesto	
1.7 Culpa Lata y Culpa Levis	
1.8 Culpa grave, leve y levísima	
1.9 Otras clasificaciones de la culpa	
1.10 Riesgo Creado	
1.11 Abuso del Derecho	
2. CLASES DE RESPONSABILIDAD . . . . .	12
2.1 Análisis previo del concepto Obligaci6n	
2.2 Clases de responsabilidad	
2.2.1 Responsabilidad civil propiamente dicha o de derecho privado	
2.2.2 Responsabilidad civil de origen penal	
2.2.2.1 Antecedentes hist6ricos	
2.2.2.2 Responsabilidad en el delito penal	
2.2.2.3 Responsabilidad del delito en materia civil	
3. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE DERECHO PRIVADO .	21
3.1 Generalidades	
3.2 Obligaciones de dar, hacer o no hacer	
3.2.1 Obligaciones de dar	
3.2.2 Teoría de los riesgos	
3.2.3 Obligaciones de hacer	
3.2.4 Obligaciones de no hacer	
3.3 Clasificaciones de Demogue	
3.4 Teoría de Marton. Obligaciones de Resultado	
3.5 Obligaciones de Medio	
3.6 Teoría de Kleneidom	
3.7 Teoría de Pierre Wigny.	

4.	REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. . . . .	37
4.1	Que exista un contrato	
4.2	Que el contrato sea válido	
4.2.1	Etapa precontractual	
4.2.2	Etapa postcontractual	
4.3	Suscripción del contrato	
4.3.1	Entre las partes	
4.3.2	Por un tercero	
4.3.2.1	Por medio de apoderado legal, o convencional	
4.3.2.2	Contratos en que se estipula o promete por otros	
4.3.2.3	Agencia Oficiosa	
4.4	Inejecución del contrato	
4.4.1	Inejecución excusable	
4.4.2	Inejecución total, parcial y retardada	
4.4.2.1	Inejecución total	
4.4.2.2	Inejecución imperfecta	
4.4.2.3	Inejecución retardada	
5.	LA CULPA . . . . .	47
5.1	Definiciones	
5.2	Clasificación	
5.3	La inejecución y la culpa	
5.4	Diferentes especies de culpa contractual	
5.5	Culpa de acción y de omisión	
5.6	Culpa por el hecho propio	
5.7	Culpa por el hecho de un tercero	
5.8	Culpa por el hecho de los animales y las cosas	
6.	EL PERJUICIO . . . . .	59
6.1	Diferencia entre daño y perjuicio	
6.2	Requisitos del perjuicio	
6.2.1	Cierto	
6.2.2	Actual	
6.2.3	Directo	
6.3	Daño emergente y lucro cesante	

	Pag
7. RELACION DE CAUSA A EFECTO ENTRE LA CULPA Y EL DANO . . . . .	50
7.1 Relación de causalidad	
8. BIBLIOGRAFIA . . . . .	61

## INTRODUCCION

En cumplimiento con el último requisito de nuestra Facultad para optar al grado académico, pretendo desarrollar el tema que se me asignó: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL"; para lo cual seguí el método expositivo, ayudado de las diversas posiciones que existen sobre el tema, de ahí que, el trabajo esté cargado de citas de autores, como consecuencia del uso de fichas bibliográficas.

Salvo su adecuación a nuestra legislación, lo demás del trabajo ha sido inspirado en la exposición que del tema se hace en las referidas obras.

Previo al desarrollo del tema, quiero dejar claro algunos conceptos:

Por responsabilidad se entiende: la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo, o en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado.

Las dos categorías básicas de la responsabilidad jurídica las integran la responsabilidad civil y la responsabilidad penal. La primera se escinde en contractual y extracontractual.

Son características de la responsabilidad civil: ser personal, directa del obligado; patrimonial, solamente recae sobre bienes; causal, por exigirse la relación de causa y efecto entre el responsable o las personas a su cargo, los animales suyos o las cosas que le pertenecen.

La responsabilidad civil contractual es la procedente de la infracción de un contrato válido. Su fuente es la voluntad de los particulares, comprende dos partes: la reparación del daño y la indemnización de perjuicios, pero se valora según la culpa del responsable.

Su extensión, no hablo de profundización, obedece a razones de tiempo y económicas, pero he hecho todo lo posible por dejar expuestas las bases fundamentales de un tema tan interesante como es la de la Responsabilidad Civil Contractual.

## 1. EVOLUCION DE LA RESPONSABILIDAD

### 1.1 Tiempos Primitivos

No tenían idea alguna de la obligación y responsabilidad. Al ocurrir un daño surgía la venganza para compensarlo, en la aplicación del castigo intervenía el individuo, el grupo, la familia, la tribu o la comarca. El daño causado a un elemento de la colectividad se consideraba a ella misma y siempre era mayor el castigo. Los primeros ejemplos los encontramos en materia penal por desconocer la especie humana por miles de miles de años, el concepto de propiedad privada.

### 1.2 Ley del Tali6n

A la satisfacci6n colectiva sigui6 el de la Medida o limitaci6n de la represalia al perjuicio recibido con lo cual se "personaliz6 la responsabilidad". Surge la justicia sobre la base equitativa de la reciprocidad como dice Dur6n Trujillo: "sintoma que no obstante perseverar en el sentimiento de la venganza privada, se inspir6 en la igualdad de los derechos individuales de los tiempos primitivos".<sup>1)</sup> Ejemplos en la historia los encontramos en: La regla del Pentatenco: "Al que haya golpeado de muerte a alguna persona, h6gasele morir y quien haya golpeado de muerte a alguna bestia, que la pague animal por animal. Y si alguno causare lesi6n corporal a su pr6jimo, h6gasele cosa semejante a la que 6l ha hecho. Rotura por rotura, diente por diente; h6gasele las mismas lesiones corporales que 6l ha hecho a otro".

El C6digo de HAMURABI en su art6culo 230 plasm6 este principio en materia contractual civil en la forma siguiente: "Si el maestro de obra no ha construido s6lidamente la casa y a consecuencia de ello se hunde y mata al propietario, el constructor ser6 muerto... y si en el hundimiento

-----  
1) MANUEL DURAN TRUJILLO - Nociones de Responsabilidad Civil, Editorial Temis, Bogot6.

muere el hijo del propietario, se matará el hijo del constructor". Este estudio conceptual se manifestó en preceptos semejantes en el Código Chino de Ta-Ising-Len, Ley de Manú, así como la Ley de Israel.

### 1.3 La Compensación

Con el desarrollo del comercio se dieron nuevas formas de cumplimiento de las responsabilidades, las cuales estaban íntimamente ligadas a las características especiales de este momento histórico, cobra importancia el "pago del daño en especie o en moneda", lo cual constituyó lo que se conoce con el nombre de "Compensación".

La compensación presentó varias formas: a) Voluntaria: cuando el perjudicado determinaba personalmente la suma con que debía satisfacerse el daño; y, b) Legal: cuando la autoridad del Rey o del Director, o del pater familias era la que regulaba la indemnización.

### 1.4 Daño Público y Privado

En el Derecho Romano se distingue entre el daño que proviene de un delito público y el que nace de un hecho ilícito privado. Consideraron público el acto cometido contra un individuo cuando era tan grave que repercutía en la sociedad como el homicidio; es decir, que el criterio de distinción lo determinaba la repercusión del hecho, pero lo interesante es que dichos hechos, daban lugar a tres acciones distintas, a saber: a) Civil: la cual tiene por objeto la indemnización por el hecho, en otras palabras, la cuantía monetaria a pagar a los ofendidos; b) Penal: persigue obtener condena de carácter expiatorio; y, c) Mixta: que tiene ambas características.

### 1.5 Ley Aquilia (408 n. e.)

Fue el primer enlace en la reacción indivisible que debe existir entre la responsabilidad jurídica y la responsabilidad moral, para indicar el grado de culpa, de voluntad o intención dañosa con que procedió el causante del perjuicio. Arias Ramos ejemplifica la culpa Aquiliana

de la siguiente manera: "una persona, por imprudencia causa un perjuicio a otra sin habérselo propuesto deliberadamente aunque entre perjudicado y causante no medie relación alguna de tipo obligatorio, los modernos, le llaman culpa extracontractual. Cuando la culpa se refiere a la conducta de un deudor respecto a su acreedor en relación con la obligación pendiente entre ambos, se le llama culpa contractual."<sup>1)</sup>

### 1.6 El Digesto

La noción legal de reparar, que se tuvo sobre los actos de los hombres que produjesen un daño, no distinguía entre los que provenían de un hecho voluntario o involuntario suyo. Una regla establecida en la Ley la. párrafo 3o., T. VIII, L. XLVIII, establece: "una atenuación de la pena para quien, más por causalidad que por voluntad mata a otro en riña".

El Fuero Juzgo (que contiene leyes romanas de los Visigodos, publicadas por mandato de Fernando III en el siglo XIII), distinguió con exactitud maravillosa el "animus nocendi" del autor del daño. Diferenció entre el delito culposo o de imprudencia del voluntario o doloso.

El Fuero Real, la novísima recopilación y las siete partidas configuran con precisión el delito intencional, el de imprudencia y el ocasional.

### 1.7 Culpa Lata y Culpa Levis

La culpa presenta grados de mayor o menor intensidad clasificándose en: culpa lata y culpa levis, la culpa lata supone un descuido extremo; consiste en no prever consecuencias que todos hubieran previsto. "Lata culpa est nimia negligencia, id est non intelligere omnes intelligent".

La lata se asimilaba al dolo, aunque en su esencia se

1) JOSE ARIAS RAMOS - Derecho Romano-Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid.

diferencia el dolo y la culpa por la intención cierta de hacer el daño que contiene el primario y la simple imprudencia o descuido que significa la culpa.

La culpa leve consiste en no usar aquella diligencia que un tipo medio de jefe de casa (bonus paterfamilias) pone en sus asuntos.

### 1.6 Culpa grave, leve y levisima

Los glosadores y posglosadores interpretaron mal la teoría dual de los Romanos sobre las culpas; interpretando la fuente de la culpa Aquiliana o extracontractual en la frase que dice: "... in lege Aquilia et levissima culpa venit..." creando la teoría de las tres culpas, agregando la levisima; a saber, culpa lata, leve y levisima. O sea que confundieron las bases de la culpa contractual, que es gradual, con las de la culpa Aquiliana, que es única y que va desde la más inocente hasta la más grave, sin escalas propiamente determinadas

En la Séptima Partida, título XXXIII, Ley XI, tomo IV, página 727, edición de 1843 dice: "Dolus en latín como en Romance quiere decir engaño: et desde fablomos en su título los complidaments. Et lata culpa quiere decir tanto como grande et manifiesta culpa: et esto serie como quando alguno non entendiese lo que todos los homes entienden o la mayor partida dellos. Et tal culpa como esta es como necedad, et ha semejanza de engaño: et esto serie como si algunt home tomase en guarda alguna cosa dotri, et la dexase en la carrera o a la puerta de su casa de noche, non cuidando que la tomarie otro home; ca si se perdiere, serie por ende en grant culpa, de que se non podrie excusar de la pechar. Esso mismo serie quando alguno cuidase fazer mandamiento de su señor sin pena, o ficiase yerros semejantes de alguno destes. Otrosi decimos que hi ha otra culpa a que dicen levis, que es como pereza o negligencia. Et otra hi ha a que dicen levisima culpa, que quiere tanto decir como non haber home aquella fermencia en aliñar it en guardar la cosa, que otro home de buen seso habrie si la troviere. Otrosi decimos que casus fortuitus en la-

tin quiere decir en romance como ocasión que acontece por ventura, da que non se puoce home evitar; et son estos - derrubamientos de casas, o fuego que ascendiese a achora, o quebrantamiento de navio, o fuerza de ladrones o de enemigos. Et quanto et en que razones han lugar estas culpas et estas ocasiones, deximos asaz cumplidamente en la Quinta Partida deste libro en el titulo de los emprésticos et de los condesijos en las leyes que fabled de esta razón".

Como queda establecido: la teoría sostenida por algunos, al desnaturalizar las expresiones o significados de los textos del Derecho Romano pretendieron encontrar la fuente de la culpa levisima, no tiene razón de ser; fue ACURSIO quien creó la culpa levisima. Según Acursio, este tipo de culpa necesitaba un cuidado más meticuloso, con previsión de lo que sólo hombres señaladamente inteligentes podrían prever. A estas 3 clases de culpa, agrupaban 3 tipos de deudores para medir su responsabilidad por tal concepto: 1a. deudores que respondían solamente de su culpa lata, porque la relación que originaba la deuda se había establecido únicamente en beneficio del acreedor, como sucedía con el depositario o el gestor de negocios; 2a. deudores responsables por su culpa leve, porque el acto del cual arranca la obligación ofrece un interés recíproco. Ej. el socio; 3a. deudores que responden de su culpa levisima, porque el negotium de donde la obligación deriva se estableció realmente en su interés y no en el del acreedor. Ej.: el comodatorio, que recibe una cosa gratuita para su uso.

Esta posición según la cual, la división de la culpa no tiene nada de Romana se vio apoyada en los trabajos de PERNICE, MITTEIS y KUBLER.

### 1.9 Otras Clasificaciones de la Culpa

Otra clasificación es la que distingue en "culpa in abstracto" y "culpa in concreto", la primera, es aquella cuya apreciación y medida se hace confrontando la conducta del deudor con una abstracción: la figura patron del hombre medio, el diligens o bonus paterfamilias. En cambio, -

se dice que la culpa se mide in concreto cuando la conducta del deudor en aquel caso particular es confrontada con la que él mismo acostumbra a seguir en sus asuntos.

Por último distínguese también la culpa in faciendo de la culpa in non faciendo. Incurrirá en la primera, el deudor que hace imposible la obligación por un acto suyo; en la segunda, el que llega a dicho resultado por haber dejado de hacer algo, por una omisión.

#### 1.10 Riesgo Creado

Se fundamenta en la imputación material y objetiva de la culpa. Pretendieron contemporizar el derecho con el hecho del crecimiento de la gran industria de su época. En esta teoría no hay grados de culpa, ni diferencia moral entre quien obra con intención de causar un perjuicio o sin ese ánimo doloso; ni para quien incumpla por negligencia y malicia o por fuerza mayor excusable. Basta que el daño se haya causado con motivo de actividad peligrosa para que concorra la obligación de indemnizar. René Demogue, Jossierand, Merkel y otros pretendieron suplantar la noción clásica de culpa por la de riesgo creado o culpa objetiva.

#### 1.11 Abuso del Derecho

"Es imposible hacer un estudio sistemático del derecho, sin tener en cuenta sus aspectos sociales" (Karl - Mann Heins).

En relación a esta institución existen diversas posiciones, a saber:

Henry y León Mazeau, basándose en ciertos pasajes de Gayo y Paulo expresan que los Romanos conocieron y sus juristas resolvieron el problema del abuso del Derecho.

El Dr. Ricardo Gallardo<sup>1)</sup> encuentra en el fragmento - 25 del Digesto, intitulado "de damno infecto" la base Ro-

-----  
1) Teoría Civilista del abuso de los derechos - Revista - Ciencias Jurídicas y Sociales, No 7, 1947.-

mana del Derecho de abuso, en él, Ulpiano refiere el caso del propietario que excava en su propio terreno, y supone que éste no está obligado a reparar el daño causado a su vecino, en caso de que las excavaciones contribuyan a segar las venas de agua de las que dispone este último, siempre que las excavaciones hechas en su propio fundo no sean tan profundas, que hayan causado imprudentemente, una hendidura en la pared de su colindante. Relativo al fragmento 1, partida 12 del Digesto "de aqua et aquae pluv", Ulpiano se refiere a una cita de Marcelo, quien dice que el propietario no está obligado a indemnizar a los vecinos por la ejecución de sus actos lícitos siempre que aquel haya obrado sin tener "animo vecino nocendi".

Planiol y Ripert<sup>1)</sup> si bien se encuentran en el Digesto ciertas fórmulas que, consideradas aisladamente permitan creer que para los jurisconsultos no se incurría en responsabilidad por el daño causado en el ejercicio de un derecho; otros nos demuestran de modo incontrovertible que esos juristas no admitían el uso de un derecho, hecho con el propósito de perjudicar a terceros (Digesto, 30, - 3.1 12; 39. 2.26; 47. 10. 44; daños causados a vecinos. Digesto 47. 10.19 demanda del acreedor contra los fiadores del deudor que se declaró dispuesto a pagar).

Los que niegan el origen Romano se fundan: en el carácter estrictamente individualista y de señorío absoluto del derecho de propiedad plasmado en la máxima "qui jure suo utitur neminem laedit". El Derecho Romano suponía al hombre social como una simple abstracción que vive en estructuras rígidas.

Al respecto el Dr. Guillermo Manuel Ungo<sup>2)</sup> dice que "el derecho se dirige de un modo cada vez más acentuado hacia el terreno de los valores morales; y por otra, se impregna de un sentido vital y social".

El sumo Pontífice Juan XXIII en su Encíclica "Mater

1) Marcel Planiol y Georges Ripert. Tratado Práctico del Derecho Civil Francés. Tomo VI, Editorial Cultural, La Habana.

2) Dr. Guillermo Manuel Ungo. *La evolución contemporánea del Derecho y la Teoría del Abuso del Derecho*. Editorial Universitaria.

et Magistra" decía: "uno de los aspectos típicos que caracterizan a nuestra época es la socialización, entendida como un progresivo multiplicarse de relaciones de convivencia, con diversas formas de vida y de actividad asociada, y como institucionalización jurídica".

Como se ve todas y cada una de las instituciones del derecho así como el derecho mismo cambian históricamente, reflejando los cambios de las estructuras socio económicas, de allí que, los juristas modernos consideran a Jossieroud el verdadero creador de la teoría del abuso del Derecho por haberle dado un desenvolvimiento tan amplio y profundo, en su obra "El espíritu de los Derechos y su relatividad". La teoría del abuso del Derecho dice: "Es verdad que el propietario es dueño absoluto de las cosas que le pertenecen, y que es libre para modificarlas, desnaturalizarlas y aún destruirlas, sólo es cierto esto abstractamente y desde el punto de vista de su interés o de su capricho en cuanto a la cosa que le pertenece; pero con relación a los terceros al ejercicio de este derecho corresponden la obligación de tomar todas las medidas necesarias, para no perjudicar a los vecinos".

Julien Bonnacase<sup>1)</sup> estudiando la teoría del abuso del derecho considera que hay que distinguir dos posiciones:

- a) Situación meramente psicológica: el hecho de que una persona titular de un derecho lo ejercite con el sólo fin de perjudicar a otra sin ningún interés para sí mismo;
- b) situación material: designa el acto por el cual una persona ocasiona un perjuicio a otra excediéndose de los límites materiales de un derecho que indiscutiblemente le pertenece y que sólo en apariencia revista un carácter absoluto. La Jurisprudencia Francesa en un principio consideró el aspecto Psicológico, trayendo como consecuencia una confusión del abuso del derecho con otras instituciones jurídicas tales como los cuasi-delitos, la responsabilidad objetiva y la colisión de derechos. No obstante, su avance consistió en el establecimiento de límites generales al derecho de propiedad.

1) Julien Bonnacase - Elementos de Derecho Civil, T. II, México

Hasta este momento se tiene claro que el abuso del derecho se plasma en el ejercicio que los particulares hacen de su derecho; pero se pregunta: ¿Podrá el Estado en el ejercicio de un derecho abusar del mismo?

Allesandri Somarriva<sup>1)</sup> trae el siguiente ejemplo: "Es un abuso de derecho expropiar un terreno por razones de utilidad pública sin utilizarlo después para el fin propuesto."

Las legislaciones se dividen en dos grandes grupos:

A) Las que impregnadas de un individualismo máximo no aceptan esta doctrina, tales como Estados Unidos e Inglaterra.

B) Y las que la aceptan, dividiéndose a su vez en dos ramas:

B.1 Toman como base el criterio objetivo o funcional, tales como Suiza en el Art. 2 del Código Civil que dice: "Se deben ejercer los derechos y cumplir las obligaciones según las reglas de buena fé."

El abuso manifiesto de un derecho no es protegido por la Ley.<sup>2)</sup> La Unión Soviética en el Arto. 1 del Código Civil: "Los derechos civiles gozarán de la protección de la ley fuera de los casos en que se ejerzan en contradicción con su finalidad económico-social".<sup>3)</sup>

¿Por qué se afirma que siguen el criterio objetivo o funcional? Porque toma en cuenta el comportamiento efectivo y externo del individuo y no los motivos subjetivos que lo deciden a actuar.

B.2 Siguen el criterio subjetivo, México, en su C.C. Art. 840: "No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero sin utilidad al propietario".<sup>4)</sup>

-----

- 1) Allesandri Somarriva, Curso de Derecho Civil, T. II, De los Bienes, Editorial Nascimento, Chile
- 2) Código de las Obligaciones, Suizas.
- 3) Legislación Moderna Soviética
- 4) Derecho Civil Mexicano

Alemania en el Art. 226 C.C. "No es permitido ejercer un derecho cuando el ejercicio tiene por único objeto dañar a otro".<sup>1)</sup>

¿Consagra nuestra legislación la teoría del abuso del Derecho?

El Dr. Ricardo Gallardo<sup>2)</sup> no logra determinar con claridad la naturaleza de la teoría del abuso y su influencia civilista lo hace concluir con un criterio patrimonialista afirmando que El Salvador legisla dicha institución y la centra a través de la indemnización de daños y perjuicios excluyendo al Derecho Penal. Sosteniendo además - que nuestro sistema jurídico admite dicha institución en una forma unitaria.

El Dr. Guillermo Manuel Ungo<sup>3)</sup> dice: "nuestro ordenamiento jurídico no consagra en forma bien definida, amplia y expresa la doctrina del abuso del derecho".

El Art. 152 C.p. reconoce implícitamente el absolutismo de los derechos al prescribir que: "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe" "... no obstante con un criterio exegético amplio y consideraciones de equidad podemos encontrar algunas aplicaciones en los Arts. 2080 c., al establecer el siguiente principio: "por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta..." no precisa si la acción u omisión sea contraria a la ley o extraña a la esfera del derecho objetivo, por lo cual permite que pueda interpretarse como ejercicio abusivo del derecho.

Se puede hacer la réplica siguiente al anterior planteamiento: el Art. 2080 c. está ubicado en el título de "los delitos y cuasi-delitos" y los ejemplos más bien son de fuentes de responsabilidad civil.

El Art. 1417 c. al consagrar el principio general de que los contratos deben ejecutarse de buena fe, por las

1) Derecho Civil Alemán

2) Dr. Ricardo Gallardo. obra citada

3) Dr. Guillermo Manuel Ungo. obra citada.

partes, y, por consiguiente, éstas están ligadas no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todo aquello que emana precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella. Si bien este artículo se dirige al aspecto contractual y de éste, al momento de la ejecución de los contratos, no por eso se encuentra en él la aceptación parcial de la doctrina del abuso para toda clase de contrato pues su carácter es general.

El abuso del derecho trae como consecuencias no sólo la reparación del perjuicio experimentado, sino también la supresión del abuso, es decir, en una satisfacción en especie.

El abuso del derecho no sólo consiste en ejercerlo, o no ejercerlo, sino también en ejercer un derecho sin utilidad; o como dice Hómard: "El abuso de un derecho consiste en su ejercicio contrario a su destino económico-social" y yo le agrego: "en su ejercicio o no ejercicio".

#### Relación entre el abuso del derecho y la culpa.

El abuso del derecho es una culpa especial nacida del ejercicio de un derecho legítimamente reconocido.

## 2. CLASES DE RESPONSABILIDAD

### 2.1 Análisis previo del concepto obligación

En el primitivo Derecho Romano no existió el concepto abstracto de la obligación ya que era incompatible con el materialismo del derecho antiguo. Lo que se conoce es el estado del obligado que lo encadena materialmente al acreedor convirtiéndose en un objeto de su propiedad, como dice GAYO se da un PRIORIS STATUS PERMUTATIO, que no es otra cosa que una variación del STATUS siendo éste el denominado CAPITIS DEMINUTIO MAXIMA mediante el procedimiento llamado MANUS INJECTO.

Con posterioridad en el mismo Derecho Romano aparece la concepción dualista de la obligación; la distinción entre el DEBITO y la RESPONSABILIDAD. La obligación no lleva aparejada responsabilidad, para que nazca es necesario que el acto que da nacimiento a la obligación se agregue un acto jurídico que fundamente y especifique la responsabilidad.

SHUPFER, citado por Durán Trujillo, distingue con relación al nacimiento de la responsabilidad tres fuentes en el Derecho Romano: a) La responsabilidad nace exclusivamente del delito. b) La responsabilidad nace de la garantía añadida al débito mediante un acto especial. Y c) La responsabilidad nace directamente del débito, lo mismo sucede con la obligación moderna, en donde ambos elementos se conjugan. Hay que advertir que desde el punto de vista doctrinario se reconocen casos de responsabilidad sin débito y de débito sin responsabilidad.

En el Derecho Romano Clásico se formuló el concepto de obligación que pasó al Derecho moderno. La fuente fueron las leyes POETILIA y VALLIA, en donde se conceptualizó la obligación como un derecho dirigido a obtener una determinada prestación del deudor.

JUAN TRUJILLO Y AROLLO<sup>1)</sup> afirma: "Los Romanos tuvieron

1) Juan TRUJILLO Y AROLLO . Lecciones de Derecho Romano  
Libro IV. Bogotá.

como causas o fuentes generadoras de obligaciones, los contratos y los delitos".

LUIS JOSSELRAND<sup>1)</sup> dice: "Las fuentes de las obligaciones son: actos jurídicos, hechos ilícitos, enriquecimiento sin causa y la ley".

PLANIOL<sup>2)</sup> al tratar el punto en cuestión afirma que - "las fuentes de las obligaciones nacen siempre del contrato y la ley".

DURAN TRUJILLO<sup>3)</sup> dice: "Sólo cabe distinguir tres fuentes: los actos jurídicos, los hechos ilícitos y la ley, de estas tres causas generadoras de obligaciones se deduce - siempre por acción u omisión.

Según nuestro código en el Art. 1308 C. las fuentes de las obligaciones son: "Las obligaciones nacen de los contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos, faltas y de la ley. Los Arts. 567 (4) C., y 2035 C. reconocen las fuentes de las obligaciones aludidas.

Nuestro código sigue la línea trazada por POTHIER en - su tratado de las obligaciones, el cual influyó en la mayoría de Códigos de América y que modernamente ha sido considerada como anticuada.

Modernamente se consideran como fuentes de las obligaciones, la responsabilidad civil, el abuso del derecho, el acto jurídico, el enriquecimiento sin causa justa, la declaración unilateral de voluntad, con relación a esta última se cuestiona su calidad de fuente, al respecto se señalan dos teorías: a) la que sustituye el contrato como fuente de las obligaciones por la voluntad unilateral, sostenida por MORMS y BONILLA, desde el punto de vista racional; y, desde el punto de vista histórico por el alemán SIEGEL. b) La que sostiene que el Derecho admite por excepción la -- fuerza de la promesa unilateral supeditándolo a los intereses de las transacciones comerciales, ejemplos: la oferta

- 
- 1) LUIS JOSSELRAND, Derecho Civil T. II, Volumen I, Editorial Bosch, Buenos Aires.
  - 2) MARCEL PLANIOL, Tratado Elemental de Derecho Civil, T. II, Edit. Librería General de Derecho y de Jurisprudencia, París.
  - 3) RAFAEL DURAN TRUJILLO, obra citada.

de venta, recompensa, títulos a la orden y al portador, -  
estipulaciones en provecho de otro. El código suizo de -  
las obligaciones admite en determinados casos la promesa  
unilateral como fuente de las obligaciones, el Código Ci-  
vil General Austríaco en su Art. 860 dice: "La promesa de  
un salario hecha a persona determinada por razón de un -  
trabajo a realizar o un resultado a conseguir (policita-  
ción) se hace obligatoria desde que es publicada".

Para el maestro vienés (su mérito radica en haber do-  
tado al derecho de un método y de una lógica jurídica) -  
las obligaciones tienen como fuente única y exclusivamen-  
te la ley<sup>1)</sup>; al respecto, en un análisis general LUIS R.  
SICHES dice: "Kelsen ve en el estudio del derecho, desde  
un punto de vista autosuficiente y sin ningún sentido --  
axiológico, es decir, carente de una estimativa jurídica  
y de una idea finalista"<sup>2)</sup> de ahí que el planteamiento -  
Kelseniano sea hacia el ordenamiento jurídico positivo.

## 2.2 Clases de Responsabilidad

Tomando como elementos comunes: la culpa, el daño y -  
la relación entre ambas, así como su naturaleza, se pue-  
den clasificar en:

2.2.1 Responsabilidad civil propiamente dicha o -  
de derecho privado

2.2.2 Responsabilidad civil de origen penal.

2.2.1 En apartados posteriores analizaré con ma-  
yor atención este rubro, por el momento basta dejar claro  
que se rige por el método de las 3 culpas consagradas en  
nuestra ley en el Art. 1418 C., el cual aplica el caso -  
del deudor, la clasificación hecha por el legislador en -  
forma comparativa en el Art. 42 C.

-----

1) HANS KELSEN. Teoría General del Derecho y del Estado.  
Textos Universitarios, México.

2) LUIS RECASENS SICHES. Tratado General de Filosofía del  
Derecho, Editorial Porrúa, México.

La responsabilidad contractual civil requiere la capacidad legal correspondiente; cuando son varios los que concurren en la responsabilidad contractual, por regla general, no existe solidaridad. Art. 1357 No. 3C.

La prueba en materia contractual demuestra la inejecución del contrato y la existencia del perjuicio. La prueba del incumplimiento de la obligación de parte del deudor debe estudiarse bajo los siguientes aspectos: incumplimiento total Art. 1542 C. incumplimiento parcial Art. 1460 C. y la mora del deudor Art. 1422 C.

No obstante lo anterior la inejecución del contrato puede provenir con las consecuencias jurídicas pertinentes: a) caso fortuito o fuerza mayor señalados en los Arts. 1348 No. 6C, 1418 (2) C. 1429 (2) C. 1540 C; b) caso de incumplimiento del deudor pero en el cual obró sin el cuidado o diligencia que el contrato le imponía señalados en los Art. 1418 (1) C. 1541 C., y 1420 C; c) incumplimiento por dolo señalado en el Art. 1429 (1) C.

El incumplimiento de la obligación de acuerdo con el Art. 1418 (3) C: "La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito, al que lo alega." presume la culpabilidad del deudor, presunción que confirme el Art. 1541 C: "Siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o por culpa suya." De tal manera que es al deudor a quien le toca establecer por los medios legales correspondientes que obró con la diligencia o cuidado que le exigía el contrato celebrado.

## 2.2.2 Responsabilidad Civil de Origen Penal

### 2.2.2.1 Antecedentes históricos

Los Romanos distinguieron; las obligaciones nacidas ex-maleficio y las nacidas quasi-exmaleficio, es decir, como delitos y cuasi-delitos.

Las obligaciones señaladas en las Instituciones de Justiniano como quasi-exmaleficio eran: a) Si Judex litem sumum facerit, que en el derecho moderno es el delito de prevaricación. La expresión litem suam facit significaba que el Juez hacía suyo el proceso cuando fallaba mal; la parte que recibía el agravio podría por medio de un actio in factum perseguir el pago de daños y perjuicios. b) En vista de la dificultad en descubrir el autor de los daños cuando se ejercitaba la actio legis aquilia, el Pretor había creado la actio de effusis et dejectis contra los que vivían en un edificio de apartamentos de donde se arrojaban cuerpos duros o materias líquidas. c) Depositis et suspensis, se refería a las cosas suspendidas sobre la vía pública, que cayendo podían causar daño. Era una acción popular que pretendía al pago de una multa. d) La culpa nacida para el encargado de cuidar las naves, fondos o establos cuando los efectos y equipos eran dañados o hurtados.

#### 2.2.2.2 Responsabilidad en el delito penal.

Nuestro Código Penal siguiendo la escuela dogmática jurídica en su Art. 20 señala los elementos del hecho punible -manifestación de voluntad por acción u omisión, cambio en el mundo exterior y relación de causalidad-; todo hecho punible indudablemente es un hecho típicamente antijurídico, imputable a una persona determinada, la cual puede ser o no culpable y en base a su culpabilidad ser sancionada.

El delito penal es sancionado por el Código Penal y trae consecuencias civiles del delito señaladas en el Art. 130 Pn: "Toda persona responsable de un delito o falta lo es también civilmente."

El Art. 131 señala las consecuencias civiles del delito en sus 4 numerales. Creo que el No. 2 "la reparación del daño causado" es tan amplio que tiene comprendido al No. 3 "la indemnización de perjuicios", razón por la cual no debería de figurar. La efectividad de la responsabilidad civil se ejerce en la manera señalada en los Arts. 89 y sig. Pr. Pn.

2.2.2.3 Responsabilidad del delito en materia civil

A) Del Delito

Al respecto JUAN RAMIREZ GRONDA en su diccionario jurídico nos dice lo siguiente: "en el orden civil se reputa delito el acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar a la persona, bienes o derechos de otros, aunque éstos últimos se confunden con la existencia de la persona. Para que el acto ilícito se repunte delito, es necesario que sea el resultado de una libre determinación de parte del autor, que será también responsable por omisión sólo cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación el hecho omitido. De todo delito nace la obligación de reparar los daños y perjuicios que resultaren no sólo a quien dañifique sino a toda persona que por él sufre aunque sea de una manera indirecta. Esta obligación pesa solidariamente sobre todos los que han participado en el delito como autores, consejeros o cómplices, aunque se trate de un hecho que no sea penado por el derecho criminal; y en caso de que lo fuere la obligación que de él nace no sólo comprende la indemnización de pérdidas o intereses sino también del agravio moral que el delito hiciere sufrir a la persona, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus aficiones legítimas."

Podemos definir el delito civil como "todo acto que con intención ocasione un daño a otra persona, no castigado por la ley penal"<sup>1)</sup>

El delito civil es amplísimo, lo que en él se castiga es la violación del deber de conducta que está obligado a guardar toda persona prudente y diligente; siempre y cuando dicha violación de conducta sea apreciable económicamente.

B) Del Cuasidelito

Tiene por fundamento la culpa, en él no hay intención de ocasionar un daño, pero como se ha ocasionado un mal, -

1) Dr. MARIO CASTRO GARCIA, De la Responsabilidad Civil - Extracontractual provenientes de los delitos y cuasidelitos en materia civil. Tesis doctoral.

es más justo y equitativo que se indemnice a la víctima. POTHIER lo definió como "el hecho por el cual una persona sin malicia, pero por una imprudencia que no es excusable causa algún perjuicio a otra" 1)

C) Disposiciones generales del delito y cuasidelito - civil.

La responsabilidad delictual o cuasidelictual civil - proviene de un hecho ilícito intencional o no, que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro. - Como bien dice ALESSANDRI: "Dicha responsabilidad no deriva de la inejecución de una obligación preexistente, y si la hay, ésta se produjo al margen de ella y no resulta de su infracción" 2). De ahí que nos sirva de explicación a - efecto de defender la tesis que sostiene el Art. 1308 C. los delitos y cuasidelitos sean fuentes de las obligaciones ya que con anterioridad no existía entre las partes, ninguna obligación con la cual se relaciona el hecho que la genera.

Esta característica es un distintivo para con la responsabilidad contractual, tesis aceptada por la generalidad de los comentaristas y combatida por Planiol quien - afirma: "tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual son idénticas porque ambas crean una obligación, cual es la de reparar el daño causado, ambas suponen una obligación anterior, que en la responsabilidad contractual nacería del contrato y en la responsabilidad delictual o cuasidelictual de la ley, y en ambas la culpa está constituida por un mismo hecho, la violación de esta obligación." 3) Planiol para sostener esta posición necesita suponer que la responsabilidad delictual o cuasidelictual provienen de una obligación legal preexistente, - que sería la de no causar daño a otro.

- 
- 1) POTHIER, Tratado de las Obligaciones, Tomo II, Edit. - Bugnet, Paris.
  - 2) ARTURO ALESSANDRI RODRIGUEZ, De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil. Editorial Nascimento, Chile.
  - 3) MARCEL PLANIOL, Tratado Elemental de Derecho Civil, - T. III, Librería General de Derecho y Jurisprudencia. Paris

Algunos autores como los hermanos Mazeaud no llegan a tanto, pero sí afirman que entre ambas responsabilidades existen diferencias secundarias establecidas por el legislador; pero ambas crean una nueva obligación, la de reparar el perjuicio causado, ya por la inejecución del contrato, ya por el delito o cuasidelito, la responsabilidad daría origen a una nueva obligación que vendría a sustituir la primitivamente estipulada, que se extinguiría, habría algo así como una novación. La realidad es que la obligación es la misma, lo que ocurre es que esta pasa a producir uno de los efectos que la ley le atribuye como consecuencia de la fuerza obligatoria del contrato.

Las diferencias que existen entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual son las siguientes:

a) En cuanto a la capacidad: en materia delictual y cuasidelictual es mucho más amplia que en la contractual. Art. 2070 C. y sig.

b) En cuanto a la graduación, en materia contractual la culpa admite graduaciones, Art. 1418 C.; en materia delictual y cuasidelictual toda falta de diligencia o cuidado, por levísima que sea, engendra responsabilidad.

c) En cuanto a la constitución en mora: en materia contractual es necesario que el deudor esté en mora para que pueda demandársele por indemnización de perjuicios a menos que se trate de obligaciones de no hacer; en materia contractual, el perjuicio resulta de la sola existencia del hecho y el autor está en mora de indemnizar el daño de pleno derecho.

d) En cuanto a la extensión de la reparación: en materia contractual, el deudor sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; salvo que pueda imputársele dolo, en cuyo caso responde aún de los imprevistos, el daño moral no es indemnizable, a tenor de lo establecido en el Art. 1429C.

e) En cuanto a la solidaridad: en materia contractual por regla general los deudores contractuales no son solidarios, salvo el caso establecido en el Art. 1397 No. 3 C. o si así se estipulare en el contrato. En los delitos y cuasidelitos cometidos por varias personas, cada una de ellas responderá solidariamente por el perjuicio causado, Art. 2068C.

f) Con relación a la prueba. Tratándose de la responsabilidad contractual el acreedor sólo debe probar la in-ejecución del contrato y la existencia del perjuicio, ya que de acuerdo con el Art. 1418 (3) C. el incumplimiento de la obligación se presume culpable conforme el Art. -- 1541 C.; en cambio en la delictual y cuasidelictual, debe probar la víctima -el hecho doloso o culposo que imputa al demandado- salvo que la ley presume la culpabilidad -de éste, Art. 1569 C.

g) Con relación a la prescripción. La extracontractual según el Art. 2083 C. prescribe a los tres años; y la contractual está sujeta a las reglas establecidas en el Art. 2254 C.

### 3. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE DERECHO PRIVADO

#### 3.1 Generalidades

Generalmente, el efecto de una obligación civil, cuando es perfecta, es que el deudor se halla en la necesidad jurídica de cumplir la prestación que constituye su objeto, de dar, hacer, o no hacer aquello a que se obligó, de un modo completo, en la época y de la manera convenida, en una palabra, de pagar.

En la obligación del deudor según su naturaleza se distinguen las obligaciones de dar, hacer o no hacer, clasificación que viene desde el derecho Romano. Justiniano en sus Instituciones párrafo 7 T 16 L. 13 decía: "Non solum res instipulatum deduci possunt sed etiam facta, ut si stipulamur aliquid fieri vel non fieri".<sup>1)</sup> La expresión "res" da a entender una dación; y por eso en otros textos y autores, Gayo, por ejemplo, se hablaba que una obligación tiene por objeto una de estas dos cosas, "dare o facere", en que dare designa el hecho de transferir la propiedad o aún de constituir un derecho real cualquiera, separando así las enajenaciones de todos los demás hechos, los cuales permanecan comprendidos en la denominación amplia de facere, en que entran también las obligaciones de no hacer, non facere.

Esta clasificación ha perdurado en el derecho civil, nuestro código la consagra en su Art. 1331 C. que dice: "Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer...", división confirmada en el Art. 1309 C. que en lo pertinente dice: "... se obliga para con otra u otras, o recíprocamente a dar, hacer o no hacer alguna cosa". Esta división según sus sustentadores tiene la facilidad que ofrece la apreciación de los afectos de las diversas clases, y la importancia que en el régimen procesal determina cada una.

1) Justiniano, obra citada.

### 3.2 Obligaciones de dar, hacer, o no hacer

#### 3.2.1 Obligaciones de dar

"Son aquellas que tienen por objeto, sea el pago de sumas de dinero, o de otras cosas que tengan según la convención el carácter de cosas fungibles, sea la entrega de una cosa determinada que el acreedor puede reclamar en virtud de un título que le ha conferido el dominio u otro derecho real, por medio del cual puede llegar a ser propietario de la cosa o de dicho derecho en ella, o que el dueño había entregado al deudor en virtud de un título no traslativo de dominio"<sup>1)</sup>.

Don Urbano Marín<sup>2)</sup> trae el concepto siguiente: "Aquel-  
la en que la prestación del deudor consiste en la trans-  
ferencia del dominio o de un derecho real constituido co-  
bre una cosa y es incuestionable que, cuando la obligación  
de entregar envuelve también la de transferir dominio u -  
otro derecho real constituido sobre la cosa que se debe,  
queda comprendido entre las de dar; pero hay casos en que  
una persona puede tener una cosa como mero tenedor de --  
ella y, entonces, su obligación de devolverla al dueño no  
es de dar, sino de hacer, o en que, teniendo dominio u otro  
derecho real sobre la cosa, la entrega a otra persona, pe-  
ro sin transferirle su derecho, quedando el que la recibe  
como mero tenedor de ella."

En Laurent el concepto de la obligación de dar tiene  
por objeto una cosa, y esta cosa debe ser entregada al -  
acreedor, poco importa el objeto que sea, para transferir  
la propiedad o para darle el uso o la posesión.

El Dr. Atilio Rigoberto Quintanilla en un ensayo de -  
concepto de obligación de dar, dice: "aquella cuyo objeto  
es transferir el dominio, constituir un derecho real so-  
bre una cosa o simplemente traspasar la mera tenencia de  
un objeto"<sup>3)</sup>.

1) Luis Claro Solar. Explicaciones de Derecho Civil Chile  
no y Comparado T. II, Edit. Nascimento, Chile.

2) Mencionado en los apuntes de la teoría general de las  
obligaciones del Dr. Atilio Rigoberto Quintanilla.

3) Dr. Atilio Rigoberto Quintanilla. obra citada.

Para el autor Alvaro Pérez Vives<sup>1)</sup> la obligación de dar es una obligación compleja, por cuanto comprende varias: a) hacer tradición de la cosa, la cual se efectúa mediante la entrega, siempre que se cumplan todos los requisitos de ley; b) conservarla, si es un cuerpo cierto hasta su entrega, característica relacionada con la teoría de los riesgos; c) entregar, propiamente hablando, dicha cosa, la cual se cumple poniendo el bien raíz a disposición del nuevo propietario a fin de que tenga la posesión material. La obligación de dar no se entenderá cumplida mientras no se haya agotado la totalidad de ese contenido.

Los autores -dice el Dr. Miranda- están en la razón cuando asimilan ésta (la obligación de entregar) a la obligación de hacer, porque en ella no hay sino la ejecución de un hecho, el traspaso material sin significación jurídica.

Nuestro Código en su Art. 656 C. cuando dice: "Para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio..." sigue el sistema Romanista y de las Partidas, en los cuales se exige el título, causa remota, y el modo de adquirir, causa próxima para la adquisición del dominio, desarrollando el principio Romanista: "Traditionibus et usucapionibus non mediis pactis transferuntur".

El Art. 1419 C. dice: "La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene además la de conservarla hasta la entrega..."

#### Análisis del artículo anterior.

Hay que distinguir la obligación de dar de la obligación de entregar la cosa que contiene aquella. No toda obligación de entregar es una obligación de dar; la obligación de dar supone un título que, según la voluntad de las partes o la ley, debe hacer al acreedor propietario

1) Mencionado en los apuntes de la teoría de la obligación del Dr. Adolfo Oscar Miranda.

de la cosa que constituye el objeto de este título o hacerle adquirir un derecho real en ella; la obligación de entregar es por su naturaleza secundaria y puede darse ya en una obligación de dar, ya en una de hacer.

No obstante el Código emplea las expresiones "entrega" y "tradición" en sentido promiscuo que perturba las ideas; así cuando habla de las obligaciones del vendedor en el Art. 1627 C dice: "Las obligaciones del vendedor se reducen en general a dos, la entrega o tradición..." y, en el Art. 1629 C dice: "El vendedor es obligado a entregar la cosa vendida..."

Al referirse al Comodato en el Art. 1932 C. dice: -- "... es un contrato en que una de las partes entrega a la otra..."; en el inciso segundo vuelve a utilizar las expresiones de la forma siguiente: "Este contrato no se perfecciona sino por la entrega de la cosa". El Art. 1969 C, refiriéndose al depósito lo hace de la forma siguiente: -- "El contrato se perfecciona por la entrega...", el Art. 1968 C. dice: "... se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie..."; y, el Art. 1970 C. dice: "Se podrá hacer la entrega de cualquier modo que transfiera la tenencia de lo que se deposita..." En este caso se emplea la expresión entrega en su acepción propia.

Cuando define el mutuo vuelve a caer en la confusión de la tradición con la simple entrega; el Art. 1954 C. dice: "El mutuo o préstamo de uso es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles..."; y, el Art. 1955 C. agrega: "No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio".

El Dr. Miranda<sup>1)</sup> con relación a este punto dice: "La entrega jurídica es distinta de la entrega material; la primera, se efectúa a través de la tradición, en cambio, la segunda, es la entrega efectiva que se hace de la cosa sobre que recae el negocio jurídico".

-----  
1) Dr. Adolfo Oscar Miranda, obra citada.

La obligación de dar contiene la obligación de conservar la cosa hasta la entrega. La ley hace suponer que se trata de una cosa individualmente determinada y en efecto, el Art. 1419 C dice: "... es una especie o cuerpo cierto..." y no de una cosa de género, ya que entonces dicha obligación no tendría aplicación alguna, puesto que una obligación de género puede cumplirse con cualquier individuo del género a que la obligación se refiere.

Esta obligación de conservar la cosa hasta la entrega es una obligación de hacer, en cuanto debe hacer todo lo necesario para evitar la pérdida o el deterioro de la cosa; y, de no hacer, en cuanto, todo aquello que pudiere acarrear su destrucción o deterioro...

La ley ha dicho que el deudor es responsable en la ejecución del contrato de la culpa en que incurra, así el Art. 1420 C. dice: "La obligación de conservar la cosa exige que se emplee en su custodia el debido cuidado", la cual se determina en base a los Arts. 42 y 1418 (1) C. y de conformidad a la naturaleza del contrato.

### 3.2.2 Teoría de los riesgos

Con la expresión "riesgo" se entiende, dice don Luis Claro Solar, "un peligro de naturaleza particular, el que hace correr a una persona la obligación en que se encuentra de soportar las pérdidas o deterioros, que una cosa está expuesta a experimentar por consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor"<sup>1)</sup>

Partiendo de la definición anterior podemos decir que el deudor está obligado a emplear en la custodia el cuidado debido; pero no responde de la pérdida o deterioro de la cosa que no puede serle imputable, por haber ocurrido sin culpa suya. Nuestra ley al legislar al respecto en el Art. 1421 C. dice: "El riesgo del cuerpo cierto cuya tradición se deba, es siempre a cargo del deudor, salvo que el acreedor se constituya en mora de recibir, pues en tal caso será a cargo de éste el riesgo de la cosa, hasta que la tradición se verifique".

1) Luis Claro Solar, op. cit. p. 100.

La cuestión de los riesgos se presenta únicamente para las cosas determinadas que son objeto de una obligación y, particularmente de una obligación de dar.

¿Cuál es la importancia de la teoría de los riesgos?

Es saber a cargo de quién será la pérdida o deterioración del cuerpo cierto, no obstante que sea producto de fuerza mayor o caso fortuito. Existe el principio de que la cosa perece para su dueño.

En materia contractual la aplicación del anterior -- principio no tiene dificultad alguna, cuando la cosa perece por fuerza mayor o caso fortuito tratándose de contratos unilaterales, tales como: el depósito, así el Art. 1987 C. dice: "El depositario que no se ha constituido en mora de restituir, no responde naturalmente de fuerza mayor o caso fortuito..."; el comodato, el Art. 1936 (2) C. al respecto dice: "Es por tanto responsable de todo deterioro que no provenga de la naturaleza o del uso legítimo de la cosa,..."; y en general en todos aquellos contratos en los cuales se sea un mero tenedor.

En los ejemplos anteriores hay una extinción de la obligación, la cual tiene su expresión legal en el Art. 1540 C. que dice: "Cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de existir en el comercio, o porque desaparece y se ignora que existe, se extingue la obligación; salvo empero las excepciones de los artículos subsiguientes". En el Título XIV, del Libro IV al hablar de las extinciones de las obligaciones en el Art. 1438 (2) C. dice: "Las obligaciones se extinguen en todo o parte" No. 6 "Por pérdida de la cosa que se debe o por cualquier otro acontecimiento que haga imposible el cumplimiento de la obligación".

Hay una aplicación pura y simple de los principios sobre la extinción de las obligaciones y en consecuencia la cuestión de los riesgos no puede darse; como tampoco se -

está obligado a indemnizar al acreedor en razón de la pérdida, ya que se ha cumplido conservando la cosa, que perece por caso fortuito o fuerza mayor. En los contratos sinalagmáticos es donde cobra importancia la teoría de los riesgos, ya que éstos consisten propiamente hablando, no en perder lo que se debía sino en no recibir lo que se debía suministrar a cambio. Por ejemplo: en una compraventa que versa sobre una especie o cuerpo cierto, el vendedor se obliga a efectuar la tradición y entrega de la cosa vendida dentro de cierto lapso de tiempo, si pendiente el plazo perece el objeto del contrato por fuerza mayor o caso fortuito, indiscutiblemente la obligación del vendedor se extingue. Quién soporta la pérdida? Si, es el vendedor, el comprador no está obligado a pagar el precio, si ya lo hizo tiene derecho a que se le devuelva; si es el comprador, el vendedor tiene derecho a que se le pague lo pactado.

De conformidad a nuestra ley, el Art. 1421 C. dice: "El riesgo del cuerpo cierto cuya tradición se debe es siempre a cargo del deudor, salvo que el acreedor se constituya en mora de recibir, pues en tal caso será a cargo de éste el riesgo de la cosa, hasta que la tradición se verifique"; aplicando el presente artículo al ejemplo anterior, la pérdida la soporta el deudor, si la cosa vendida perece por fuerza mayor o caso fortuito.

Es de advertir que en muchas legislaciones modernas la obligación de dar no se considera como efecto del contrato, así como tampoco la obligación de entregar se toma como consecuencia de la de dar.

### 3.2.3 Obligaciones de hacer

Es la que tiene por objeto la ejecución de un hecho que no sea la entrega de una cosa, en los términos convenidos con el acreedor de tal manera que el deudor por regla general debe intervenir personalmente haciendo alguna

cosa, ya un hecho material, ya uno jurídico, motivo por el cual puede ser obligado cuando no quiera o no pueda hacerlo.

Se refiere a un hecho material, por ejemplo: cuando un artista se compromete a pintar un cuadro; un constructor, a construir una casa. A uno jurídico, cuando se compromete a otorgar un instrumento o una escritura.

Nuestra ley en el artículo 1425 C. legisla sobre el precontrato o promesa de celebrar un contrato en los términos siguientes: "La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurra las circunstancias siguientes..." y enumera cuatro requisitos. La promesa de celebrar un contrato no debe confundirse con el contrato prometido.

Al no cumplimiento de la obligación, la situación legal del deudor de conformidad a nuestra ley, Art. 1424 C. es la siguiente: "Si la obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas dos cosas, a elección suya:

- 1º Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido;
- 2º Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor.

También podrá pedir que se rescinda la obligación y que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato".

El término "rescinda" empleado en el anterior artículo debe entenderse como resolver o resolución.

El artículo transcrito en su primer inciso contempla lo que se conoce con el nombre de daños y perjuicios moratorios, pero existen también la indemnización de perjuicios compensatorios establecidos en el Art. 1427 C. que contempla el daño emergente y el lucro cesante, en cuanto dice: "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante..."

### 3.2.4 Obligaciones de no hacer

Es la que estriba en que el deudor cumpla la obligación absteniéndose de ejecutar un hecho y cuidar que no se cometa un acto de esa naturaleza, que de no existir la obligación le sería lícito realizarla.

El deudor es responsable de la falta de diligencia en la omisión del hecho, si por esa falta de diligencia ejecuta el hecho responde de los daños y perjuicios que haya causado al acreedor.

Nuestra ley regula la obligación de no hacer en su Art. 1426 C. que dice: "Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho".

Pudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, será el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a efecto a expensas del deudor.

Si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, en estos casos será oído el deudor que se allane a prestarlos".

Por su naturaleza la obligación se cumple con la abstención del deudor, si el deudor viola la abstención no se trata de una situación de mora sino de una infracción de lo pactado, una contravención, y el deudor incurre en las sanciones legales. Nuestra ley al respecto dice, Art. 1428 C. "... Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención". El Art. 1409 C. dice: "Si la obligación es negativa, se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse."

### 3.3 Clasificación de Demogue<sup>1)</sup>

Explica su clasificación de la siguiente forma: En toda convención dos son las obligaciones de los contratantes: una, de resultado; y, otra, de medio. Estamos en presencia de una obligación de resultado cuando el hecho prometido es un cuerpo cierto; y, es de medio, cuando el obligado no promete determinado resultado, sino que emplear los medios a su alcance para cumplir la obligación. Ejemplo: el abogado que compromete sus servicios profesionales para llevar un juicio, se obliga a emplear recursos legales eficaces, obrar con diligencia y previsión, pero no a ganar el pleito.

Es el contenido del contrato el que determina la naturaleza de la obligación; debiéndose diferenciar la obligación en sí de los hechos que impidieron ejecutarla, para no convertir la obligación pactada en otra; por ejemplo, se pacta una obligación de medio no debe convertirse en ningún momento en una de resultado.

### 3.4 Teoría de Marton. Obligaciones de Resultado<sup>2)</sup>

En las obligaciones de resultado se busca exclusivamente un fin, no interesan los medios de que se valga el deudor. La obligación de resultado se extingue cuando el fin propuesto se ha cumplido.

Marton dice: "Si el deudor debe un resultado, responde de este resultado aunque su realización dependa de circunstancias que escapan a su poder. A las obligaciones de resultado debe corresponder una responsabilidad de resultado".

La obligación pactada de resultado será siempre de resultado y sólo se extinguirá por el incumplimiento de ella, o por la absoluta imposibilidad de realizarla debido a la intervención de fuerza mayor, caso fortuito o de

1) René Demogue. Tratado de las obligaciones en general, Tomo V, París

2) Mencionado por Manuel Durán Trujillo, obra citada.

un elemento extraño. Crítica: No en todos los casos se puede obtener un resultado precontratado a pesar de ponerse los medios y la actividad humana posible a causa de la fabilidad o posibilidad de engañarse en el hombre, o de hechos imprevistos o imprevisibles.

Esta situación hace que la obligación de resultado se vuelva una obligación de medio, de conducta; de ahí que, no debe tenerse presente el fin económico propuesto ya que fue imposible lograrlo, sino que debe considerarse, valorizarse la actividad desplazada por el deudor.

Marton únicamente admite como medio liberatorio de la obligación el resultado.

#### Defensa de la teoría de Marton

1. Confunden la no ejecución de la obligación, en sí misma de resultado, con los elementos de prueba excusable de la imposibilidad de cumplirla. 2. Degeneran la obligación de resultado en obligación de conducta, y le atribuyen a ésta última el poder exonerativo que corresponde a los elementos de prueba que justifican el incumplimiento. 3. Las obligaciones de resultado no únicamente admiten el resultado como medio liberatorio de la obligación, ya que se puede justificar el resultado negativo probando fuerza mayor, causa extraña u otro medio de igual fuerza legal.

#### 3.5 Obligaciones de medio

Parten del dogma de que en los contratos el deudor únicamente se obliga a portarse como un buen padre de familia. Tiene su base en la definición Romana de obligación en los términos concebidos de "dare, facere, praestare" - en las cuales sostienen que en ellas únicamente se señaló y comprometió la actividad del deudor. En las obligaciones de medio el acreedor y el deudor no tienen en mira un provecho cuya posibilidad o imposibilidad es incierta, sino que la intervención activa, prudente y diligente del deudor en el cumplimiento de la obligación.

El deudor en el cumplimiento de una obligación prome-

te actuar con pertinencia e interés hasta lograr el resultado que busca el acreedor; al acreedor le basta juzgar la conducta empleada por su contratante para declarar cumplido o no el convenio.

El incumplimiento puede darse por: enfermedad, indigencia, quiebra, presidio, etc. o la obligación era de tal naturaleza que no podía delegar sus funciones en otra persona.

Se debe entender que se excluye las obligaciones de no hacer.

### Crítica

Se reconoce la existencia de las obligaciones de medio o de conducta, pero no se justifican en el derecho, ni tienen actividad real, dice Marton. Las obligaciones de resultado no deben confundirse con las obligaciones de medio, porque en un mismo convenio no pueden pactarse las dos, ni tampoco puede reducirse la expectativa económica del acreedor a una prudente actividad personal del deudor, ya que de su contratante espera un resultado positivo.

Toda prestación admite distinguir entre la diligencia y el resultado deseado; o sea, obligaciones de conducta y de fin, pero como en las primeras siempre debe coincidir y el resultado estipulado, no tiene sentido práctico la distinción entre las dos obligaciones.

En todo contrato debe entenderse que se pacta un resultado aunque no esté expresamente determinado en el convenio, y no lo contrario, una obligación de conducta, en que se paga al deudor el esfuerzo de su buena voluntad en actuar y nada más.

Los Pandectistas, especialmente los alemanes, sostienen con relación a la obligación de "dare" que la esencia de la obligación consiste en que prevalezca la voluntad del acreedor sobre la voluntad del deudor, o bien, considerando la cuestión en sentido contrario, en el sometimiento

to de la voluntad del deudor a la del acreedor. Es así como Windscheid define la obligación diciendo que ella constr tr ñe al deudor en virtud del compromiso que lo obliga a determinar de una manera cierta su voluntad hacia una actitud exterior, es decir, a obrar de cierto modo.

Szaezy-schwarz, afirmaba: "la realización del resultado con ve n i d o co n v e n i d o no era el objeto de la obligación, sino su fin".<sup>1)</sup> Con lo cual se pretende demostrar que podía ser uno el resultado buscado; y, otro, el fin de todo contrato.

C r i t i c a: Unicamente se puede referir a la obligación de medio, no tiene un carácter general pues las obligaciones de resultado siempre deben cumplirse con el resultado prometido.

En cuanto a las obligaciones de medio, de conducta, de "facere", hay que apreciar el fin y el resultado, que interpretados nos llevan a la conclusión de que se confunden.

### 3.6 Teoría de Kleneidam<sup>2)</sup>

Acepta que la obligación se satisface con el advenimiento del hecho positivo convenido, o con el empleo de una conducta ejemplar, y que se justifica el incumplimiento con la imposibilidad de la prestación, pero agrega que la imposibilidad no debe tomarse en su sentido estricto, absoluto, riguroso, sino en su relatividad, por ser elemento humano expuesto a contingencias el que se compromete. De ahí concluye que la extrema dificultad y el costo excesivo de la prestación sobrevenidos durante la ejecución del contrato, son causas liberatorias de su cumplimiento ya que, en tales casos, la dificultad y el costo excesivo tienen el mismo alcance que la imposibilidad para cumplir la prestación.

Se deben precisar, agrega Kleneidam, no sólo la espe-

1) Mencionado por Manuel Durán Trujillo, obra citada.

2) Citado por Pierre Signy. Revista trimestral de Derecho Civil, Tomo 24, París

cie dentro del género, sino los medios limitados que el deudor se obliga a emplear, fuera de los cuales no compromete su responsabilidad, y si no se especifican de modo solemne, se entiende que le han sido fijados el máximo esfuerzos, gastos y cuidados que soportaría un buen padre de familia. Esta reserva es de tal naturaleza propia, que se subentiende en todos los contratos.

La ejecución de la obligación pactada debe ser racional, en el sentido que no se exija diligencias y esfuerzos notables al deudor, ya que las partes proponen una ejecución normal del contrato.

Con relación a la conducta del deudor existen dos sistemas: a) sistema subjetivo en el cual el deudor no puede ofrecer más que lo que tiene, es decir, en cuanto a su capacidad como profesional, y sus esfuerzos como ente; b) sistema objetivo, en el cual el deudor se compromete como normalmente lo haría un buen padre de familia, o sea, un individuo cuidadoso en el ejercicio de su profesión.

### 3.7 Teoría de Pierre Wigny<sup>1)</sup>

Refuta la tesis del alemán Kleneidam sosteniendo que la teoría de la obligación de resultado interpreta mejor la voluntad de las partes; ya que éstas antes de legalizar el convenio han previsto el beneficio que dicho contrato les traerá.

Esta posición exclusivamente personal hace que sea inexacta la tesis que considera que las partes tienen en mente el sacrificio que les acarrearía a cada uno de ellos. Las obligaciones contraídas en un contrato son tan recíprocas que cada una de las partes asume la pérdida que le ocasione ya que está en su capacidad prever las contingencias de su negocio.

Algunos comentaristas de la altura de Rafael Durán Trujillo sostienen que la tesis sostenida por Wigny está correcta, ya que no pueden dejarse a la eventualidad no

1) Pierre Wigny. Responsabilidad contractual  
Revista Trimestral de Derecho Civil, tomo 34, París

previstas en ellos, como la dificultad extrema y el costo excesivo, no habría estabilidad en los negocios, ya que el menor embarazo constituiría para los contratantes negligentes, motivo de inejecución. Creó, no obstante, su sanción penal, que debe abarcar aquellos contratantes maliciosos.

En nuestro medio en materia de construcción de viviendas se da con cierta regularidad el siguiente caso: un ingeniero o una empresa le es autorizado un crédito para la construcción de un número determinado de viviendas a determinado precio, se ofrecen a los posibles clientes; y éstos después de ciertos arreglos, consignan determinada cantidad de dinero que constituye el "derecho de reserva", el cual se consigna en el papel sellado correspondiente - como un simple recibo, dicha cantidad es abonada a la prima siempre y cuando sea aprobado el crédito en la institución financiera, en caso de no ser aprobado el crédito, el ingeniero o contratante, le retiene una parte de dicho dinero en concepto de gastos de administración y operación.

Quiero señalar que la ausencia de un ordenamiento legal en interés de las mayorías y de un verdadero control de los créditos del Estado a través de la Financiera Nacional de la Vivienda y ésta a las instituciones financieras del sistema concedidos a la empresa constructora es la que ha permitido abusar de la necesidad de las personas. Los llamados "derecho de reserva" deberían de efectuarse por medio de un contrato en el cual conste: generales de las partes, objeto del contrato bien detallado, cantidad que se dá en concepto de reserva, precio total del inmueble, plazo, cláusulas relativas a la aprobación del crédito, y a la multa en la que caerá el empresario por no haber terminado la obra en el plazo fijado.

En abono de esta posición está la tesis de Wigny, conforme a la cual no puede justificarse la irresponsabilidad o malicia de los empresarios de la construcción, en cuanto sostienen reiteradamente que los cambios en los precios -

convenidos se deben a la alza de la mano de obra, materia prima, alegando que son situaciones no previsibles; así como no podrían suspender la terminación de la obra para luego justificar el aprovechamiento de la plus valía por razón del tiempo; y, la aplicación del Art. 1791 C No. 1 que dice: "el empresario no podrá pedir aumento de precio a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales..."

#### 4. REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Los Mazeaud dijeron que dos son las condiciones que se exigen para que haya responsabilidad civil contractual: 1. que exista un contrato válido firmado entre la víctima y el autor del daño; y, 2. que haya inejecución del contrato.<sup>1)</sup>

La primera condición señalada por los Mazeaud, es tan compleja que a criterio de Rafael Durán Trujillo debe subdividirse en: a) que exista un contrato. b) Que éste sea válido. c) Que haya sido suscrito entre la víctima y el autor del daño, subdivisión totalmente acertada y que he tomado en consideración en el desarrollo del presente rubro.

##### 4.1 Que exista un contrato

Sin lugar a dudas nadie puede cuestionar que para sustentar una acción debe de mediar un convenio previo que sirva de base legal a la demanda, porque sin un contrato previo no hay responsabilidad. En la práctica se presentan casos que nos llevan a la meditación, por ejemplo: ¿la simple promesa de contratar engendra responsabilidad contractual? éste y otros problemas son los que pretendo resolver en este apartado.

Veamos a continuación el primero: Nuestro Código Civil en su Art. 1425 C. dice: "La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurren las circunstancias siguientes:

1. Que la promesa conste por escrito
2. Que el contrato prometido no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces
3. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato.
4. Que en ella se especifique de tal manera el contra

1) Henry y León Mazeaud. Obligaciones y Contratos Especiales, en Obligaciones general y responsabilidad civil, Revista Trimestral de Derecho Civil, T. 53. París.

te prometido, que sólo falten para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban.

Concurriendo estas circunstancias habrá lugar a lo prevenido en el Art. precedente."

Cuando la ley en el N<sup>o</sup> 1 dice que debe constar por escrito, ¿a qué se refiere? ¿a que esté simplemente escrito o a que debe constar en escritura pública? Algunos sostienen que no es necesario que conste en escritura pública, ya que la ley sólo exige para el perfeccionamiento de la promesa de contrato que conste por escrito; con dicha expresión la ley no entiende designar la escritura pública sino un acto escrito. Cuando la ley quiere que sea en escritura pública así lo declara, ejemplos: Art. 1605 (2) C. cuando dice: "La venta de los bienes raíces, y servidumbres, y de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectos ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública"; en el Art. 1572 C. "La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad..." en el Art. 2159 C. dice: "La hipoteca deberá otorgarse por escritura pública", al hablar sobre la constitución de la renta vitalicia, el Art. 2025 también lo exige.

La ley, otras veces no exige la formalidad de la escritura pública sino que únicamente que sea por escrito, ejemplo: cuando legisla sobre el arrendamiento en el Art. 1703 (2) C. dice: "Deberá constar por escrito..."

Alguna jurisprudencia chilena sostiene que la promesa de contrato de compraventa de bienes raíces requiere escritura pública porque siendo indispensable tal escritura para su venta, es lógico que también lo sea para el contrato de promesa de venta.

Es de advertir que la primera posición por sus fundamentos es la que ha predominado entre los estudiosos del derecho y tratadistas.

Comentando el N<sup>o</sup> 2 del Art. en estudio, dice don Luis -

Claro Solar, en este numeral el legislador al utilizar la expresión "ineficaces" no fue muy afortunado, ya que no era necesario que lo dijera, pues aún no diciendo nada es evidente que no habría podido la promesa de contrato dar un valor a un acto declarado ineficaz por las leyes.

#### 4.2 Que el contrato sea válido

##### 4.2.1 Etapa precontractual

Algunos autores sostienen que el simple ofrecimiento hecho en forma pura y simple, obliga a quien lo hace a no retirarlo sin motivo justo y razón seria, ya que la simple oferta es fuente de obligaciones. Se afirma que el proponente desde que hace la oferta, queda obligado, ya que los contratos no se forman repentinamente en un espacio significativo de tiempo sino que muchas veces requiere negociaciones preliminares largas y aún difíciles, discusiones sobre los pormenores del negocio propuesto, afirmaciones del proponente y de la persona a quien se le ha propuesto, hasta llegar al fin a producirse el consentimiento de ambas partes y a perfeccionarse el contrato llevando las formalidades requeridas por la ley para manifestar el consentimiento; y después de todo resulta que el contrato es nulo en su formación, en este caso planteado ¿quién responde de la culpa de la nulidad? Jhering al exponer la teoría del error esencial encontró la solución a estos casos en la teoría de la CULPA IN CONTRAHENDO, la cual la extrajo de los textos romanos. Según Jhering, "toda persona que propone un contrato debe asegurarse de que nada, sea en ella misma, sea en el objeto de la obligación que ha de incumbirle, se opone a la existencia o a la validez del contrato de que se trata. Precisamente porque ella propone el contrato, garantiza en el hecho que ha efectuado esta verificación; en otros términos, que está en situación de concluir este contrato, sin que pueda resultar un perjuicio a la otra parte. Por consiguiente, si el contrato llega a ser anulado o a ser declarado inexistente por un motivo que le es personal o que es deducido de la naturaleza del objeto de su obligación, debe ser --

responsable porque esto supone que no ha hecho la verificación o que la ha hecho mal. En semejante caso debe, como reparación, a la otra parte, el equivalente del interés que ésta habría tenido en no contratar en tales condiciones. La convención comprende así a más del contrato propiamente dicho, un pacto que hace al oferente responsable de los perjuicios que pueden causarse por haber quedado sin efecto o ser declarado nulo el contrato, pacto que es tácitamente aceptado por la persona a quien se le hizo la oferta, la cual acepta el contrato en la inteligencia de que el oferente ha investigado de que no haya nada referente a su persona o a la cosa objeto del contrato que se oponga a su existencia y validez. Habría entonces una especie de antecontrato."<sup>1)</sup>

Quiere decir que para Jhering la obligación de prestar la diligencia in contrahendo comienza con la oferta.

La teoría de Jhering se resume a la siguiente regla: La diligencia contractual es requerida en las relaciones contractuales en vía de formación del mismo modo que en las relaciones establecidas. La inobservancia de esta diligencia da lugar, en uno como en otro caso, a la acción contractual para la indemnización de daños y perjuicios. La culpa in contrahendo no es otra cosa que la culpa contractual en una dirección especial. Nuestro Código recoge casos de la culpa in contrahendo entre otros a través de los Arts. 1326 (2) C. que dice: "Pero en este caso la persona con quien erradamente se ha contratado, tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato", y en el Art. 1713 (2) C. que reza: "Habrá lugar a esta indemnización aún cuando el arrendador haya creído erróneamente y de buena fe, que podría arrendar la cosa, salvo que la imposibilidad haya sido conocida del arrendatario, o provenga de fuerza mayor o caso fortuito".

El Dr. Adolfo Oscar Miranda<sup>2)</sup> sostiene "que en el Art. 1326 (2) nos encontramos frente a una responsabilidad delictual".

1) R. Von Jhering, De la culpa in contrahendo

2) Obra citada

Alessandri y Somarriva sostienen que no existe responsabilidad contractual y a efecto dicen: "... los efectos de la nulidad consisten en suponer que los actos y contratos no se han celebrado, en volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la celebración del acto, como si este no hubiere existido." "Distintos son los casos de resiliación o resolución del contrato en los cuales la responsabilidad que existe si es de carácter contractual".<sup>1)</sup>

Planiol y Ripert consideran: "la responsabilidad es siempre contractual, ya sea que se trate de contratos que adolezcan de nulidad absoluta o relativa; y no, como algunos sostienen que por el hecho de haber desaparecido el vínculo que dió origen al contrato dicha responsabilidad es delictual".<sup>2)</sup> Con esta posición queda bastante clara la tesis de quienes sostienen que siempre existe responsabilidad contractual y se desvirtúa la tesis de los que sostienen que existe responsabilidad delictual.

Considero que en el artículo citado se tipifica una verdadera responsabilidad precontractual, y en consecuencia en nuestra legislación el contrato nulo sí tiene consecuencias contractuales.

Crítica el Dr. Adolfo Oscar Miranda, la tesis de Jhering en el sentido de que es injusta e inexacta; además, parte de la base errónea de que uno de los contratantes es culpable...<sup>3)</sup>

Precisamente considero que uno de los méritos de la tesis de Jhering es su base justa, así se entendió y aplicó en el Derecho Romano, teniendo como consecuencia no la ejecución del contrato sino una indemnización pecuniaria, ejemplo: el caso de la venta de herencia, que resulta no tener el vendedor, JAVOLENUS, expresaba que el comprador podía demandar al vendedor el importe de ella, lo que hubiese gastado por esta razón y lo que importare al comprador, "... si nulla est (hereditas) de qua actum videatur pretium duntaxat et siquid in eam rem impensum est, emtor

1) Alessandri y Somarriva. Curso de Derecho Civil, T. IV, Editorial Nascimento, Chile

2) Obra citada.

3) Obra citada.

a venditore consequatur<sup>1)</sup>

4.2.2 Etapa Postcontractual

Así como la responsabilidad contractual comienza con la promesa o con el contrato, así también en la actualidad se habla de culpa postcontractual.

Por regla general cuando el contrato se ha cumplido - es indiscutible que no puede surgir cuestiones de ninguna naturaleza relacionadas con la responsabilidad contractual. Sin embargo, algunos tratadistas, y entre éstos los hermanos Mazeaud, consideran que las partes pueden incurrir en una responsabilidad posterior, para el caso un técnico obtiene datos confidenciales de la fabricación de un producto determinado, para luego aprovecharse de ellos poniéndose a las órdenes de la competencia. No obstante que el contrato terminó, dicho técnico no puede sin incurrir en responsabilidad, divulgar o aprovecharse de dichos datos confidenciales.

4.3 Suscripción del contrato

4.3.1 Entre las partes

Las operaciones son efectuadas y firmadas generalmente por los propios interesados, pero en algunos casos el interesado directo comisiona a un tercero para que contra<sup>te</sup> a su nombre, o pueda darse el caso que otra persona es<sup>tipule</sup> o prometa por él hasta sin su conocimiento.

4.3.2 Por un tercero

4.3.2.1 Por medio de apoderado legal o convencional

Los representantes voluntarios y legales que, facultados en debida forma, contratan en nombre de sus mandantes y comprometen a éstos, se dice entonces que es como si - las mismas personas ejecutaren directamente las cuestio--nes y firmaran el contrato; ese es el espíritu del Art. -

1) Digesto, libro 18.

1319 C. que establece: "Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultado por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiere contratado él mismo".

Se cumple el principio de que para que haya responsabilidad contractual, la convención debe estar suscrita por la víctima y por el autor del perjuicio.

Son representantes legales los señalados en el Art. 41 C. que dice: "Son representantes legales de una persona, el padre o madre, bajo cuya potestad vive; su tutor o curador general; y lo son de las personas jurídicas, las designadas en el Art. 546 C."

El Art. 546 C dice: "Las corporaciones son representadas por las personas a quienes la ley o las ordenanzas respectivas, han conferido este carácter..." Otros casos de representaciones legales son: El juez en las ventas en pública subasta -Art. 652 (3) C.- El Síndico Municipal de sus respectivas Alcaldías Municipales -Art. 696 No. 1 C.

#### 4.3.2.2 Contratos en que se estipula o promete por otro

Nuestra legislación contempla estos casos en los Arts. 1320 y 1321 C.

El Art. 1320 C. dice: "Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarlo; pero sólo esta tercera persona podrá mandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él. Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato."

El Art. 1321 C. dice: "Siempre que uno de los contratantes se comprometa a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación;

y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa."

#### 4.3.2.3 Agencia oficiosa

Tiene similitud con la anterior, tanto por el hecho de proceder el individuo sin mandato, como por obligar al dueño de los negocios, caso de que apruebe los actos de la administración oficiosa.

Si la persona por quien obra el agente aprueba lo que en su nombre ha hecho, se compromete como si el mismo hubiera contratado, lo cual se desprende de la interpretación del Art. 2041 (1) C. que dice: "Si el negocio ha sido bien administrado, cumplirá el interesado las obligaciones que el gerente ha contraído en la gestión y le reembolsará las expensas útiles o necesarias".

### 4.4 Inejecución del contrato

#### 4.4.1 Inejecución excusable

Existe inejecución excusable de un contrato cuando su no realización se debe a fuerza mayor, caso fortuito, intervención de fuerza extraña e imposibilidad absoluta. Los tres primeros casos están contemplados en nuestra ley en el Art. 43 C. definiéndolos de la siguiente manera: "Se llame fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."; el último elemento, es decir, la imposibilidad absoluta, no tiene una expresión exacta y en consecuencia es más o menos dúctil y susceptible a extensas apreciaciones.

Cuando la obligación es de entrega de cuerpo cierto ésta se extingue de conformidad al Art. 1540 C. que dice: "Cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque se deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación...", con lo que se confirma sea la causa que sea

la que impidió entregar el objeto, definitivamente o transitoriamente, hay exoneración para el deudor siempre que no intervenga el elemento culpa. La causa sería definitiva si se debiera por caso fortuito -incendio, terremoto, inundación, etc.- o temporal, si fue robada o está prohibida su venta por las leyes, situación en la cual es posible que se recupere el objeto o que se levante la prohibición legal de venderlo.

En las obligaciones de hacer, sea que se determine que deba cumplirla personalmente el deudor, debido a su aptitud y conocimientos especiales, o sea que se especifiquen los medios de que pueda servirse, la imposibilidad de cumplir el contrato es definitiva, si muere la persona, enloquece crónicamente o pierde el órgano esencial a obtener lo prometido; y temporal, si el encargado es encarcelado, reclutado, etc.

En las obligaciones de no hacer, como la actitud del deudor es pasiva, los impedimentos que suelen presentarse para cumplir la obligación son muy raros, pues en la generalidad son actos de su voluntad o actos de la autoridad.

#### 4.4.2 Inejecución total, parcial y retardada

El Art. 1427 (1) C. al hablar de la indemnización de perjuicios en los contratos dice: "... ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento". Establece pues tres clases de inejecución: total, parcial o retardada.

##### 4.4.2.1 Inejecución total

Se configura cuando se ha faltado en su integridad al cumplimiento de la obligación bien por causas justificadas, por simple culpa, o por premeditada intención de no ejecutarla.

##### 4.4.2.2 Inejecución imperfecta

La inejecución imperfecta es la realización a medias,

o sea, aquella en que el obligado da principio al cumplimiento, más no llega a su conclusión o termina pero no en los términos pactados.

#### 4.4.2.3 Inejecución retardada

Obedece al factor tiempo, es decir, que el deudor cumple con su obligación pero no en el tiempo estipulado en el contrato sino que con posterioridad a éste. ;

## 5. LA CULPA

### 5.1 Definiciones

Existen diversas definiciones de culpa las cuales responden a diversos criterios o escuelas; traeré a cuenta - las que considero que por alguna razón especial son más - significativas:

Geny "La culpa no es otra cosa que un error de conducta, una falta de actitud que normalmente se aprecia según el tipo abstracto del hombre recto y seguro de sus actos."<sup>1)</sup>

Planiol y Ripart "se incurre en culpa cuando se causa un perjuicio ilícito, ya sea consciente y voluntariamente, sea por imprudencia o negligencia"<sup>2)</sup>, es una definición - descriptiva de cuando es que se comete culpa no en qué - consiste ésta; a su vez significa de conformidad a lo anterior que existen casos en que el daño es lícito, bien - porque se tenga el derecho de causarlo o bien por no estar obligado a prever la eventualidad.

Planiol la define de la siguiente manera: "Culpa es - la violación de una obligación preexistente"<sup>3)</sup>, de conformidad a lo cual una persona incurre en culpa cuando falta a sus obligaciones.

Colin y Capitant: "cuando se dice que un hombre comete una culpa, se quiere significar que ese no se ha conducido en la forma en que ha debido hacerlo, lo que ha debido hacer."<sup>4)</sup>

René Demogue: "Para que haya culpa son necesarias dos condiciones, según la jurisprudencia francesa: una objetiva, que se atente contra el derecho; y otra, subjetiva, - que haya podido preverse que se atentaba contra el derecho ajeno"<sup>5)</sup>

-----

- 1) Citado por Rafael Durán Trujillo
- 2) Obra citada
- 3) Planiol. Tratado Elemental de Derecho Civil, T. III, - Edic. Librería General de Derecho y Jurisprudencia. París
- 4) citado por Rafael Durán Trujillo.
- 5) René Demogue. Revista trimestral de Derecho civil. obligaciones y contratos especiales. T. XXXIV. París.

Don Luis Claro Solar refiriéndose al concepto de culpa dice: "... el concepto jurídico de culpa es uno, sin que quepa distinción según se le examine respecto del cumplimiento de una obligación contractual preexistente, o bien fuera de tal relación; e implica como razón de ser propia la falta de diligencia" o sea dice: "... o en la intención positiva de dañar que constituye el dolo, o en la falta de diligencia que constituye la culpa"<sup>1)</sup>

Nuestra ley no define la culpa sino que por vía comparativa establece las diversas especies en su Art. 42 C.

Considero que la culpa es el elemento básico de la responsabilidad civil y ésta no tiene existencia sin aquella, que son a manera de fuente y obligación, atributo y complemento una de otra. Indudablemente lo que caracteriza a la culpa es su carácter de no intencionalidad, aunque voluntario.

## 5.2 Clasificación

A) Atendiendo a que el daño haya sido producido por acto positivo o por una abstención. Es por un acto positivo cuando por ejemplo se hiere a una persona con un arma; es por una abstención, cuando se permite el desarrollo de un incendio que pasa de un edificio a otro; en este caso para estimar la culpa es necesario que se estuviese obligado a actuar. No obstante que la simple indiferencia de una persona que puede evitar un daño grave a un tercero puede darse una conducta culposa, también es cierto que en la práctica resulta imposible hacer efectiva esa responsabilidad, ya que es preciso demostrar que el que se abstuvo de obrar conocía el daño y podía evitarlo.

B) Según la naturaleza del elemento Psicológico. Intencional o no.

C) Según su fuente. Contractual, solamente se toma en consideración cuando presenta cierto grado de gravedad; extracontractual, en este caso se toma en cuenta la culpa más leve; y, legal, se da cuando por la ley se es responsable de un hecho o acto que ocasiona daño o perjuicio a otro.

D) Delictual y cuasidelictual. La doctrina clásica siguiendo la distinción tradicional de las obligaciones entre delito y cuasidelito, hace diferenciar la responsabilidad cuando ésta proviene de un delito civil y de un cuasidelito, afirmando que existe delito en el hecho de causar intencionalmente un daño a otra persona; y, cuasidelito en los demás supuestos.

Algunos tratadistas sostienen la inutilidad de la anterior distinción; dicha distinción no se presenta en relación con el principio mismo de la responsabilidad civil; por una parte, esa responsabilidad descansa en la culpa y no en la intención; y por otra parte, la reparación es teóricamente adecuada al daño causado y no a la culpa; así que es más lógico, como algunos tratadistas lo proponen, entre ellos Planiol, Baudry-Lacantinerie y Barde y algunas legislaciones modernas, no hablar de dicha distinción sino que de "Actos ilícitos".

No obstante Planiol y Ripert con el concurso de Pablo Esmein hablando de la intención delictuosa dicen: "Sin embargo, sería erróneo creer que la intención de perjudicar deja de tomarse en consideración en materia de responsabilidad.

Su importancia se evidencia si se tiene en cuenta los siguientes extremos: 1. Es la característica de los abusos de los derechos e implica la responsabilidad del titular del derecho, que normalmente se encuentra protegido contra los daños causados en el ejercicio de su derecho. 2. No permite las cláusulas de no responsabilidad o la limitación de la responsabilidad, ni el seguro de responsabilidad. 3. Descarta toda duda en cuanto a la relación de causalidad entre la culpa y el daño."<sup>1)</sup>

### 5.3 La Inejecución y la culpa

Los hermanos Mareaud y con ellos René Demogue afirman que la inejecución y culpa son un mismo fenómeno en la responsabilidad contractual; que cuando se ha incumplido

1) Obra citada

un contrato, el incumplimiento es la culpa por la cual se ha faltado a la obligación. La mayoría de los tratadistas cuando se hallan ante la concurrencia del elemento culpa y del requisito inejecución, pues, a la vez que sostienen que la culpa es la base de la responsabilidad civil de todo orden, cuando se trata de la responsabilidad contractual, llegan a la conclusión de que es la inejecución del contrato el fundamento de la responsabilidad. A ello se debe que tratándose de la responsabilidad contractual -- equiparan la inejecución a la culpa.

Les surge entonces el problema que consiste en sostener que la culpa es fuente de responsabilidad y que la inejecución --hecho derivado de la culpa-- también es --fuente de derecho. Lo primero es exacto, no así lo último.

Rafael Durán Trujillo sostiene que es necesario distinguir entre inejecución, la cual es requisito esencial de la responsabilidad en los contratos, y la culpa, que es elemento de la responsabilidad contractual, delictual, administrativa y legal.

La culpa hace relación al hecho u omisión causados por un error de conducta; la inejecución se refiere a la culpa y al perjuicio. Por ello, cuando se dice de una persona que es culpable contractual, se quiere significar --que lo es de la culpa y de los perjuicios que cause en el incumplimiento. Por otra parte, la inejecución es un fenómeno objetivo, material, sujeto a las fuerzas de la naturaleza, y la culpa, es un acto de conciencia, psicológico, que dependen de las fuerzas de la voluntad. En la inejecución intervienen muchos factores externos; en la culpa, --sólo obra la voluntad del agente por influjo de cierta pasión o emoción.

En materia de responsabilidad contractual pueden concurrir el requisito de la inejecución y el elemento culpa sin que se confundan.

#### 5.4 Diferentes especies de culpa contractual

*nuestra legislación acoge la división tripartita de*

culpa lata, culpa leve y culpa levísima. El Art. 42 C. dice: "La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. . . .

Esta culpa en materia civil equivale al dolo.

La culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro".

Dicha división responde a la comparación de tres tipos humanos: el negligente, el prudente, y el muy diligente, pero no es suficiente hacerlo en abstracto, sino que en concreto, para lo cual hay que tomar en cuenta las circunstancias externas e internas que intervienen en el momento dado.

Las reglas anteriores muy teóricas de por cierto son complementadas en el código por algunos artículos que determinan el grado de culpabilidad, así el Art. 1418 (1) C. dice: "El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes, y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficios."

Como se ve dicha disposición es casística y no permit

te que el legislador aprecie condiciones obj tivas y sub-  
jetivas, lo mismo sucede cuando la ley habla en los diver-  
sos contratos de la culpa en que incurren el acreedor y -  
el deudor, ejemplo: cuando el mandato es remunerado la -  
ley dice, Art. 1889 (1) C. "El mandatario responde hasta  
de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo"; en el  
depósito refiriéndose a la culpa en que cae el deposita--  
rio dice el Art. 1979 C. "Las partes podrán estipular que  
el depositario responde de toda especie de culpa".

"A falta de estipulación responderá solamente de la -  
culpa grave".

En el comodato está obligado el comodatario a emplear  
el mayor cuidado en la conservación de la cosa, y respon-  
de hasta de la culpa levísima, Art. 1936 C.; y hablando -  
de la fianza el Art. 2101 C dice: "El fiador es responsa-  
ble hasta de la culpa leve en todas las prestaciones a -  
que fuere obligado".

#### 5.5 Culpa de acción y de omisión

En el campo contractual son muy frecuentes; la primera  
se produce cuando el hombre obra, hace o entrega; la segun-  
da, cuando deja de hacer, de dar o de decir lo convenido.  
Cuando una de las partes contratantes no dirige su activi-  
dad al cumplimiento del contrato y que por el contrario -  
compromete el objeto o la actividad materia del acuerdo -  
bilateral con otra persona, incurre en culpa de acción. Y  
en el caso del contratante que permanece inmóvil ante sus  
obligaciones para con la otra parte, o que hace caso omi-  
so de ellas, comete culpa de abstención.

La culpa de abstención no debe confundirse con las -  
obligaciones de no hacer, ya que tienen un significado ju-  
rídico distinto. Las locuciones dejar de hacer significa  
una omisión culpable y no hacer una obligación negativa.

Hay culpa de abstención tanto en las obligaciones po-  
sitivas como negativas; tanto en las de resultado como en  
la de medio, pero nunca las negativas se confunden con -  
las de omisión de ejecutar, porque el concepto de abstención

u omisión de hacer una cosa, no es de carácter negativo - en el sentido simplista del adverbio no, sino todo lo contrario a lo que se pacta, de abstención de hacer lo estipulado, de omitir lo que se acuerda que no se haga.

#### 5.6 Culpa por el hecho propio

Hay culpa por hecho o actuaciones propias cuando el - obligado falta a la realización del objeto materia del - contrato, sea porque se compromete en cláusula especial a verificar en persona el fin del contrato, o porque asume su ejecución por propia voluntad.

Cuando el deudor se obliga en virtud de sus capacidades y conocimientos a realizar personalmente el objeto - del contrato y comisiona a otra persona, que la ejecuta - mal, no puede hablarse de responsabilidad por el hecho de otro, sino de responsabilidad propia, porque desde el instante en que delega su obligación incumple el contrato.

#### 5.7 Culpa por el hecho de un tercero

Hay culpa por el hecho de un tercero que impide la - realización del convenio, cuando esta tercera persona es - comisionada para que realice el fin del contrato. La falta directa del tercero causante del daño repercute entonces sobre el inmediato y único obligado en el contrato.

Un ejemplo claro se manifiesta en nuestra ley en el - Art. 1460 (1) C. que dice: "Si la deuda es de un cuerpo - cierto, debe el acreedor recibirlo en el estado en que se halle, a menos que se haya deteriorado y que los deterioros provengan del hecho o culpa del deudor, o de las personas por quienes éste es responsable..." esta disposición de carácter general da principio a la responsabilidad por otro en la conservación de la cosa debida.

En los casos de estipulación, promesa por otro, y -- agencia oficiosa, como ya quedó demostrado, el contratante no compromete su responsabilidad por el solo hecho que un tercero hable y obre en su nombre, es necesaria la ratificación.

Otros ejemplos se encuentran en los Arts. 1735 C. al legislar sobre las obligaciones del arrendatario en su inciso 4 dice: "En cuanto a los daños y pérdidas sobrevenidas en la cosa arrendada durante su goce, deberá probar - que no sobrevinieron por su culpa, ni por culpa de sus - huéspedes, dependientes o subarrendatarios, y a falta de - esta prueba será responsable". El Art. 1895 C. reza: "El mandatario podrá delegar el encargo sino se le ha prohibido; pero no estando expresamente autorizado para hacerlo responderá de los hechos del delegado, como de los suyos propios". Se considera que el mandante y mandatario son - una sola persona, y con respecto de terceros perjudicados, responde el individuo obligado por el contrato; entre sí, responde el mandatario ante su poderdante.

#### 5.8 Culpa por el hecho de los animales y las cosas

Algunos expositores hablan también de la culpa contractual por los animales y por las cosas. Otros sostienen que queda incluido en la culpa por el hecho propio y por el hecho de otra persona.

Una aplicación de la última tesis es la que se da en el siguiente ejemplo: cuando una persona vende tres toros de los cuales uno de ellos es bravo, no es que como antiguo propietario deba responder de la muerte que cause al nuevo comprador el toro bravo; se responde de una falta - personal de imprudencia y de descuido al no advertir al - nuevo propietario que entre los animales vendidos uno de ellos es bravo; si el vendedor hizo la advertencia, y no obstante, se los compra quiere decir que acepta el riesgo, en ese caso el vendedor se descarga de toda responsabilidad. Lo mismo sucede si en vez del propietario hace el negocio un encargado de él.

## 6. EL PERJUICIO

### 6.1 Diferencia entre daño y perjuicio

Según los Romanos, daño era el detrimento causado a una cosa, a un objeto material; y perjuicio, era el daño que recibía el dueño de una cosa por su destrucción o avería. La nota distintiva era para ellos, el efecto destructor sobre la cosa, y la pérdida pecuniaria de ella para su dueño, todo lo cual se encontraba en la Ley Aquilia.

Los tratadistas modernos no le dan valor a la anterior distinción y llaman indiferentemente daño o perjuicio al causado a una persona con la inexecución de un contrato, o con un acto ilegal, intencional o contravencional.

Hans A. Fischer<sup>1)</sup> dice: "Daño es todo detrimento o lesión que una persona experimenta en el alma, cuerpo o bienes cualquiera que sea su causante y cualquiera que sea la causa, aunque se lo infiera el propio lesionado o acontezca sin intervención alguna del hombre". De conformidad a la anterior definición el daño puede ser: moral o material, sobre el cuerpo y los bienes de una persona, llama la atención por la falta de interés jurídico el hecho de que afirma que constituye daño cuando ha sido causado por el propio lesionado.

Los Mazeaud dice: "es el acto que causa a otro un daño y da lugar a reparación".<sup>2)</sup>

Alessandri y Gomarriva, dicen: "daño es todo detrimento, molestia o dolor que por causa de otro sufre un individuo en sus bienes o persona, sea éste físico, moral, intelectual o afectivo. Para que exista daño es necesario que se lesione un derecho; basta que se prive a la víctima de una ventaja o beneficio lícito".<sup>3)</sup>

El Dr. Adolfo Oscar Miranda dice: "Perjuicios son los

1) Hans Fischer. Los daños civiles y su reparación. Madrid.

2) Henry y León Mazeaud. Responsabilidad civil delictuosa y contractual. T. II, Ed. Colmex, México.

3) Alessandri y Gomarriva. Curso de Derecho Civil, T. IV Edt. Nascimento, Chile.

daños que sufre el acreedor en su patrimonio, ya sea que - sufra disminución, o que no ingrese al mismo lo que legiti- mamente esperaba obtener si se hubiera cumplido la obliga- ción en la forma específica que fue contraída".<sup>1)</sup>

Pothier mencionado por el Dr. Miranda llamaba daños y perjuicios a la pérdida que experimenta el acreedor y las ganancias que ha dejado de hacer.

Es de hacer notar la condición material como fuente - del perjuicio y la expresión económica de las anteriores - definiciones.

Sostengo contra la opinión docta de muchos de los expo- sitores del Derecho Civil nuestro, que nuestro código no - sigue la tendencia romanista en cuanto establece diferen- cias de fondo entre el perjuicio y el daño, ni a los trata- distas modernos que consideran que no hay distinción algu- na, bien claro establece el Art. 1427 C. lo por mí afirma- do cuando dice: "La indemnización de perjuicio comprende - el daño emergente y el lucro cesante...", lo que significa desde el punto de vista lógico que el término perjuicio - contiene el del daño.

## 6.2 Requisitos del perjuicio

### 6.2.1 Cierto

Se dice que el perjuicio es cierto cuando aparece con- sumado y definitivo, efectivo y real en el momento de li- quidarse.

### 6.2.2 Actual

El perjuicio puede ser actual o futuro, con tal que - sea cierto.

La actualidad del perjuicio hace relación a su existen- cia en el pasado y presente, más nunca en el porvenir.

El perjuicio futuro -dice Planiol y Ripert- puede - justificar una condena inmediata si resulta ser cierta su

1) obra citada

realización futura por tratarse del desarrollo inindudable de un perjuicio actualmente en evolución o que actualmente sea incierto sólo en lo que se refiere a su cuantía; lo mismo podemos decir del caso en que teniendo un carácter eventual, ha de ser la consecuencia o la repetición de un perjuicio actual.

### 6.2.3 Directo

El daño directo proviene de la inexecución de un contrato y no de otra causa.

El requisito de ser directo significa que sea la consecuencia inmediata de la inexecución del contrato. Algunos tratadistas hablan de perjuicio indirectos cuando se está frente a consecuencias mediatas producidas por el objeto de la obligación.

### 6.3 Daño emergente y lucro cesante

Durán Trujillo<sup>1)</sup> dice: en toda clase de responsabilidad se presentan dos especies de daños, a saber: daño positivo o real, que los romanos llamaron "damnum emergens", consistente en los gastos, las erogaciones y el tiempo perdido en el cumplimiento de un contrato que la otra parte no se allana a ejecutar debidamente; y, el lucro frustrado, lucrum cessans, que nace de las ganancias o del provecho dejados de obtener por uno de los contratantes debido a inexecución del contrato.

No obstante la docta opinión del tratadista Durán Trujillo, las expresiones damnum emergens y lucrus cessans, no aparecen usadas por los romanos, ya que ellos se sirvieron de las locuciones "id quod interest, quanti mea interest, quanti ea res est"<sup>2)</sup>.

Es cierto que hacen distinción entre daño y lucro; para los romanos de conformidad a Paulo, la indemnización debía comprender el daño y el lucro, ya que debería darse al acreedor todo el interés que él tenía, id quod interest, en el cumplimiento completo y exacto de la obligación.

1) Obra citada.

2) Digesto, libro 46.

El Art. 1427 (1) C al referirse a la indemnización de perjuicios dice: "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento".

En los dos primeros casos, la indemnización se convierte en parte esencial de la obligación el contrato subsiste pero la obligación cambia de objeto y la prestación a que el deudor se obligó es sustituida en todo o parte por la indemnización. En el tercer caso, la indemnización tiene por objeto abonar al acreedor el valor de los perjuicios que ha experimentado en su patrimonio por el retardo con que el deudor da cumplimiento a la obligación. - Toca al juez determinar en cada caso qué es lo que forma el daño emergente y qué el lucro cesante.

## 7. RELACION DE CAUSA A EFECTO ENTRE LA CULPA Y EL DAÑO

### 7.1 Relación de Causalidad

Para que pueda hablarse de daño producido por la inejecución de un contrato, es necesario que la relación o vínculo de causalidad entre el motivo de la inejecución y el perjuicio sea directo, que la concordancia entre la causa determinante y el efecto producido sea estrecha e íntima; y que del acto de obrar nazca directamente el perjuicio y no al segundo, tercero, grados del hecho sucesivos. Nuestra ley recoge la anterior teoría y la plasma en el Art. 1429 C. que dice: "Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron prevenirse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento". En ambos casos, si hay dolo se indemniza el perjuicio previsible al tiempo del contrato; si no hay, se responde de perjuicio directo o inmediato, se trata de perjuicio conocido por las partes, la causa del incumplimiento era presumible que atacara los beneficios ciertos que el contrato iba a producir.

Hay que distinguir el deudor a quien puede imputársele dolo, es decir, al que procede de mala fe; y el deudor que solamente es culpable de su falta de cuidado, es decir, el deudor de buena fe.

Los daños y perjuicios que las partes han podido prever al contratar son los intrínsecos, los que el acreedor sufre en la cosa que es objeto de la obligación no cumplida; son extrínsecos aquellos que sufren en sus otros bienes, o como dice Pothier, los intereses que las partes han previsto al contratar son los daños y perjuicios que el acreedor, por la inejecución de la obligación, podría sufrir con respecto a la cosa misma.

Existen una serie de teorías que explican la causalidad de los contratos, aplicada a la responsabilidad que

comporta su inejecución, pero entre ellas cobra especial mención la de "urán Trujillo quien sostiene "que la relación de causalidad puede suprimirse ya que puede suplirse por el requisito del daño directo, quedando así probada - la obligación de indemnizar perjuicios con la comprobación de dos elementos: la culpa y el daño, bien demostrados, - examinados y juzgados."<sup>1)</sup>

Tomar la causa de la obligación de indemnizar perjuicios como elementos de responsabilidad es desnaturalizar su esencia jurídica. Es un principio científico que todo fenómeno proviene de una causa, aplicado al tema, toda obligación proviene de una causa que induce a ella, de ahí que debe aceptarse en toda su amplitud, sin sujeción a teoría alguna, ya que entonces sería considerar a la causa el tercer elemento para definir la obligación de indemnizar.

---

1) Obra citada

BIBLIOGRAFIA

Adolfo Oscar Miranda. Apuntes de la Teoría General de las Obligaciones.

Alessandri Somarriva. Curso de Derecho Civil, tomos II-IV. Editorial Nascimento, Chile.

Arturo Alessandri Rodríguez. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil. Edit. Nascimento, Chile.

Atilio Rigoberto Quintanilla. Apuntes de la Teoría General de las Obligaciones.

Código Civil General Austríaco.

Código de las Obligaciones Suizas.

Constitución y Códigos de la República.

Derecho Civil Alemán.

Derecho Civil Mexicano.

El Digesto.

Eugenio Petit. Tratado Elemental de Derecho Romano.

Guillermo Manuel Ungo. La Evolución Contemporánea del Derecho y la Teoría del Abuso del Derecho. Editorial Universitaria, El Salvador.

Hans Fischer. Los daños Cíviles y su Reparación, Madrid.

Hans Kelsen. Teoría general del Derecho y del Estado. Textos Universitarios, México.

Henry y León Mazeaud. Responsabilidad Civil Delictuosa y Contractual. Tomo II, Editorial Colmex, México.

Henry y León Mazeaud. Obligaciones y Contratos Especiales, en Obligaciones Generales y Responsabilidad Civil. Revista Trimestral de Derecho Civil. Tomo 53, París.

José Arias Ramos, Derecho Romano, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

Juan Trujillo y Arrollo. Lecciones de Derecho Romano, Libro IV, Bogotá.

Juan XXIII, Encíclica Papal Mater et Magistra.

Julián Bonnetcase. Elementos de Derecho Civil, Tomo II, México.

Legislación Moderna Soviética.

- Luis Claro Solar. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo II, Edit. Nascimento, Chile.
- Luis Josseland. Derecho Civil Tomo II, Vol. I, editorial Bosch, Buenos Aires.
- Luis Recasens Siches. Teoría General de Filosofía del Derecho. Editorial Porrúa, México.
- Manuel Durán Trujillo. Nociones de Responsabilidad Civil. Editorial Temis, Bogotá.
- Marcel Planiol y George Ripert. Tratado Práctico del Derecho Civil Francés, Tomo VI, Editorial Cultural, Habana.
- Marcel Planiol. Tratado Elemental de Derecho Civil. Tomo II-III Editorial Librería General de Derecho y Jurisprudencia, París.
- Mario Castro García. De la Responsabilidad Civil Extracontractual Provenientes de los Delitos y Cuasidelitos en Materia Civil. Tesis doctoral.
- M. Ortolan. Instituciones de Justiniano.
- Pierre Wigny. Responsabilidad Contractual. Revista trimestral de Derecho Civil. Tomo XXXIV, París.
- Pothier. Tratado de las obligaciones, Tomo II, Editorial Buguet. París.
- René Demogue. Tratado de las Obligaciones en General, Tomo V, París.
- René Demogue. Revista trimestral de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos Especiales, Tomo XXXIV, París.
- Ricardo Gallardo. Teoría Civilista del abuso de los Derechos. Revista Ciencias Jurídicas y Sociales No. 7.
- R. von Jhering. De la culpa in contrahendo.