

UNIVERSIDAD DE PANAMÁ
VICERRECTORÍA DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA DE MAESTRÍA DE DERECHO PRIVADO CON
ÉNFASIS EN DERECHO CIVIL

**“LA PATRIMONIALIDAD DEL DAÑO INDEMNIZABLE COMO
ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
EXTRA CONTRACTUAL PANAMEÑA”**

PRESENTADA POR:

ERIC MANUEL TEJADA AVILA

PROFESOR ASESOR:

HÉCTOR AQUILES CÁRDENAS VILLARREAL

TESIS PRESENTADA COMO UNO DE LOS REQUISITOS PARA
OPTAR AL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO
PRIVADO CON ÉNFASIS EN DERECHO CIVIL

PANAMÁ, REPÚBLICA DE PANAMÁ

2025

RESUMEN

La patrimonialidad del daño indemnizable se refiere a la característica de un daño que puede ser evaluado económicamente y, por lo tanto, ser objeto de una indemnización ya que este tipo de daños afecta los bienes materiales de la persona, es decir, su patrimonio. Al poseer esta característica, es posible calcular su valor en dinero de manera objetiva (contrario a lo que sucede con los daños no patrimoniales) a fin de establecer una compensación por la pérdida.

El concepto de patrimonialidad es fundamental en el ámbito legal, especialmente en casos de responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual, ya que esta institución jurídica lo que busca es reparar esas afectaciones que sufre una persona, y la forma más adecuada que ha encontrado para hacerlo, es a través de la reparación del patrimonio de la persona a través de la reposición de los bienes perdidos o suplantando los mismos por su valor medido en dinero. De ahí que, para que un daño sea indemnizable, no solo debe ser antijurídico, directo y cierto, sino también susceptible de valoración económica.

Los daños más comunes que han reconocido nuestra legislación

en este rubro, son el daño emergente y el lucro cesante; siendo el primero de ellos un daño directo al patrimonio de la persona (como por ejemplo la pérdida de bienes materiales, gastos médicos o costos de reparación) mientras que los segundos afectan aquella ganancia dejada de obtenerse como consecuencia del daño.

Por tanto, siendo que la patrimonialidad del daño es la condición que permite cuantificar económicamente un perjuicio y, por tanto, determinar la indemnización correspondiente a la víctima es que en este trabajo se abordó la materia en tres partes, iniciando con un análisis sobre la responsabilidad civil en general, como se divide, qué elementos la conforman entre otros aspectos. Luego pasamos al estudio de la figura del patrimonio que no es más que el conjunto de derechos y obligaciones que posee una persona. Y, finalmente concluimos nuestro estudio, con el punto central de nuestra tesis, en donde se analizará el daño indemnizable desde el punto de vista de su afectación patrimonial, en cuyo desarrollo distinguiremos sobre los tipos de daños patrimoniales que reconoce nuestra legislación, los requisitos para su configuración, su prueba y sus formas de indemnizarlos.

SUMMARY

The patrimonial nature of compensable damages refers to the characteristic of damages that can be economically assessed and, therefore, eligible for compensation, since this type of damage affects a person's tangible assets, in other words, his fortune. This characteristic makes it possible to objectively calculate its monetary value (unlike non-patrimonial damages) in order to establish compensation for the loss.

The concept of patrimonial nature is fundamental in the legal field, especially in cases of civil liability, both contractual law and tort law, since this legal institution seeks to repair the damages suffered by a person. The most appropriate way it has found to do so is by repairing the person's assets by replacing the lost assets or replacing them with their monetary value. Therefore, for damages to be compensable, they must not only be unlawful, direct, and certain, but also susceptible to economic valuation.

The most common damages recognized by our legislation in this area are consequential damages and loss of earnings. The former

represents direct damage to a person's assets (such as the loss of material goods, medical expenses, or repair costs), while the latter affect the profit lost as a result of the damage.

Therefore, since the patrimonial nature of the damage is the condition that allows for the economic quantification of a loss and, therefore, the determination of the compensation due to the victim, this work addresses the subject in three parts, beginning with an analysis of civil liability in general, how it is divided, and what elements comprise it, among other aspects. We then move on to a study of assets, which are nothing more than the set of rights and obligations held by a person. And finally, we conclude our study with the central point of our thesis, which will analyze compensable damage from the perspective of its patrimonial impact. In this development, we will distinguish between the types of patrimonial damage recognized by our legislation, the requirements for its configuration, its proof, and the methods of compensation.

INDICE

Resumen.....	i
Summary.....	iii
Índice de Jurisprudencia.....	xi
Introducción.....	xxxix

Capítulo I

Marco Metodológico

1.1 Antecedentes.....	1
1.2 Planteamiento del Problema.....	6
1.3 La Hipótesis.....	7
1.4 Objetivos Operacionales.....	8
1.4.1 Objetivo General.....	8
1.4.2. Objetivos Específicos.....	8
1.5 Justificación e Importancia.....	9
1.6 Metodología.....	10

1.7 Delimitación.....	12
1.8 Alcance y Limitaciones.....	12
1.8.1. Alcance.....	12
1.8.2. Limitaciones.....	13
1.9 Aportes.....	14

CAPITULO II

Marco Teórico

2.1 Responsabilidad Civil.....	15
2.2 Responsabilidad Civil Contractual.....	23
2.3 Responsabilidad Civil Extracontractual.....	33
2.4 Elementos de la Responsabilidad Civil Extracontractual.....	67
2.4.1 Hecho Ilícito.....	68
2.4.2 Criterio de Imputación.....	75
2.4.2.1 Criterio Subjetivo de Imputación, la Culpa.....	78
2.4.2.1.1 Responsabilidad por Hecho Propio.....	79
2.4.2.1.1.1 Jurisprudencia.....	90
2.4.2.1.1.2 Reevaluación de este criterio de imputación	99
2.4.2.1.1.2.1 Jurisprudencia.	103

2.4.2.1.1.3 La concurrencia de culpas.....	114
2.4.2.1.1.3.1 Jurisprudencia.....	117
2.4.2.1.1.3.2 Pluralidad de causantes del daño..	141
2.4.2.1.1.3.2.1 Jurisprudencia.....	145
2.4.2.1.2 Responsabilidad por Hecho de Tercero (Hecho Ajeno).....	152
2.4.2.1.2.1 Jurisprudencia.....	154
2.4.2.1.3 Responsabilidad por el hecho de las cosas...	165
2.4.2.1.4 Responsabilidad por actividades peligrosas..	172
2.4.2.1.4.1 Jurisprudencia.....	177
2.4.3 Daños y Perjuicios.....	193
2.4.3.1 Daño Moral o Daño No Patrimonial.....	195
2.4.3.2 Daño Material o Daño Patrimonial.....	197
2.4.4 El Nexó Causal.....	197
2.4.4.1 Teoría de la Equivalencia.....	208
2.4.4.2 Teoría de la Causa Próxima.....	211
2.4.4.3 Teoría de la Causa Adecuada.....	212
2.4.4.3.1 Jurisprudencia.....	218
2.4.4.4 Teoría de la Imputación Objetiva.....	226
2.4.4.4.1 Jurisprudencia.....	229
2.4.4.5 La Causa Extraña.....	250

2.4.4.5.1 Jurisprudencia.....	251
-------------------------------	-----

CAPITULO III

El Patrimonio

3.1 Antecedente.....	254
3.2 Concepto.....	261
3.3 Características.....	269
3.3.1 Es un atributo de la personalidad.....	269
3.3.2 Está compuesto por derechos y obligaciones.....	269
3.3.3 Tiene un valor en dinero.....	270
3.3.4 La Legalidad del Patrimonio.....	271
3.3.5 Es autónomo.....	272
3.3.6 La unidad del patrimonio.....	273
3.3.7 Es intransmisibile e inalienable.....	274
3.4 Función o Importancia del Patrimonio.....	276
3.5 Teorías que explican la naturaleza del patrimonio.....	281
3.5.1 Teoría Clásica o Subjetiva del Patrimonio.....	282
3.5.2 Teoría Objetiva, Moderna o del Patrimonio	
Afectación.....	288

3.6 Clases de Patrimonio.....	293
3.6.1 El Patrimonio Personal.....	294
3.6.2 Los Patrimonios Especiales, Separados o Autónomos o también conocidos como los Patrimonios de Destino o Patrimonios en Administración.....	296
3.6.3 Los Patrimonios Colectivos.....	300

CAPITULO IV

El Daño Patrimonial

4.1. Concepto.....	301
4.2 Teorías en torno al concepto de Daño.....	309
4.2.1 Teoría de la diferencia.....	309
4.2.2 Teoría del daño concreto.....	310
4.2.3 Teoría del daño normativo.....	311
4.3. Características del daño.....	313
4.3.1 Debe ser Cierto.....	313
4.3.2 Debe ser Personal.....	318
4.3.3 El beneficio afectado por el daño debe ser lícito.....	324
4.3.4 Debe ser antijuridico.....	327

4.4. Clases de Daños.....	327
4.4.1 Daño Moral o Daño No Patrimonial.....	327
4.4.2 Daño Material o Daño Patrimonial.....	329
4.4.2.1 Daño Emergente.....	335
4.4.2.2 Lucro Cesante.....	337
4.5 La Prueba del Daño Patrimonial.....	343
4.5.1 La prueba del daño en la jurisprudencia panameña....	349
4.6. La Reparación del Daño, La Indemnización.....	356
4.6.1 El Principio de Reparación Integral de la Víctima.....	359
4.6.2 Naturaleza de la Indemnización.....	369
4.6.3 Forma de Indemnizar los daños patrimoniales.....	375
4.6.4 Clases de Indemnización.....	379
4.6.5 El Cálculo de Intereses en la Indemnización.....	384
CONCLUSIÓN.....	421
BIBLIOGRAFÍA.....	426

INDICE DE JURISPRUDENCIA

Sentencia	Autoridad	Tema	Página
Fallo de 13 de diciembre de 2013.	Pleno de la CSJ.	Un mismo hecho puede generar varios tipos de responsabilidad y procesos simultáneos.	18
Fallo de 13 de julio de 2023.	Sala Civil.	Existe culpa de una persona cuando el hecho ocurrido le puede ser atribuido al comportamiento de esa persona y ese comportamiento deviene alejado del estándar del hombre prudente, o cuando el mismo es contrario algún mandato legal. Por tanto, quien actúa en ejercicio de un derecho de buena fe y sin rebasar los límites del mismo, no incurre en culpa.	90
Fallo de 4 de febrero de 2024.	Sala Civil.	Al hablar de dolo en materia civil no debemos evocar mentalmente un acto deliberado o con alevosía. Se trata de una acción irreflexiva en cabeza de una persona que no tenga una diligencia media ya que se trata de un comportamiento injustificable, tomando en consideración el perfil o característica de la persona en particular que genera el comportamiento reprochado.	93

Fallo de 31 de marzo de 2021.	Sala Contencioso Administrativo.	Un daño es antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria a derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable.	103
Fallo de 19 de julio de 2001.	Sala Civil.	Reducción de la indemnización en caso de concurrencia de culpas con fundamento en el artículo 988 del Código Civil.	117
Fallo de 11 de julio de 2007.	Sala Contencioso Administrativo.	En nuestro medio, dentro de la responsabilidad concurrente de las partes, el grado de contribución culposa en la producción del daño servirá de parámetro para la operación de compensación de culpas, dejándose a discreción del juzgador, quien deberá observar las piezas de convicción incorporadas al proceso para determinar el monto de dicha concurrencia.	121
Fallo 730/2021 de 28 de octubre de 2021.	Tribunal Supremo de España.	Cuando en la producción del daño concurren varias causas, debe acompasarse la cuantía de la responsabilidad al grado y naturaleza de la culpabilidad de manera que, si no se produce culpa exclusiva de la víctima y es compartida por el agente, debe distribuirse proporcionalmente el quantum, siendo la moderación de responsabilidades prevenida	129

		en el artículo 1103 del Código Civil, aplicable tanto a los casos de responsabilidad civil contractual como extracontractual.	
Fallo de 16 de mayo de 2006.	Sala Civil.	Referente a la "negligencia contributiva o concurrencia de culpa", el sentenciador no puede atribuir culpa o negligencia contributiva en el accidente a factores ambientales o elementos climáticos, como el viento que soplaba al momento del accidente, pues los entes inanimados y los fenómenos atmosféricos no puede actuar con negligencia. En todo caso, los fenómenos naturales podrían llegar a exonerar de responsabilidad, cuando los mismos constituyen caso fortuito (art.34d y 990 del C.Civil).	145
Fallo de 26 de diciembre de 2001.	Sala Civil.	Responsabilidad por hecho ajeno es la extensión de la responsabilidad extracontractual aplicada a casos determinados haciendo responsable a una persona por actos u omisiones que llevan a cabo otras por las que de acuerdo a la Ley se debe responder en virtud de que entre ellas existe un vínculo de dependencia o subordinación.	154
Fallo de 21 de febrero de 2024.	Sala Civil.	La responsabilidad por hecho ajeno (vicaria) se produce cuando se traslada la	160

		responsabilidad del artículo 1644 del Código Civil a los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. La relación de dependencia en este tipo de responsabilidad no ha de ser necesariamente laboral pudiendo derivarse de otros vínculos jurídicos como los de arrendamiento de obras y servicios.	
Fallo 807/2021 de 15 de marzo de 2021.	Tribunal Supremo de España.	La creación de un riesgo, del que el resultado dañoso sea realización, no es elemento suficiente para imponer responsabilidad (objetiva o por riesgo), ni siquiera cuando la actividad generadora del riesgo sea fuente de lucro o beneficio para quien la desempeña. Se requiere, además, la concurrencia del elemento de la culpa (responsabilidad subjetiva). La aplicación de la doctrina del riesgo, cuya entidad está en consonancia con la importancia de los daños que pueden ocasionarse, se traduce en una acentuación de la diligencia exigible para adoptar las medidas que eviten los accidentes con consecuencias dañosas para	178

		las personas o las cosas, en una posición procesal más gravosa en el ámbito probatorio y una cierta presunción de culpabilidad o reproche culpabilístico.	
Fallo de 6 de septiembre de 2002.	Sala Civil.	La calificación de las actividades económicas denominadas peligrosas constituye, más que una responsabilidad objetiva, una presunción de culpa que tiene que destruirse mediante la prueba de la diligencia para prevenir el daño en virtud del principio de la inversión de la carga de la prueba. Dicho principio parte del supuesto de que los daños causados por los autores de aquellas actividades que encierran un riesgo o un peligro potencial requieren que su autor haya desplegado, con particular esmero y energía, las diligencias encaminadas a prevenirlos y, en esos casos, al presumirse la culpa, esta se desplaza al causante del daño quien para liberarse de dicha presunción, como presunción iuris tantum que es, ha de acreditar o comprobar que realizó una especial diligencia para prevenir el daño.	189
Fallo de 25 de febrero de 2000.	Sala Civil.	Cuando se habla de la relación de causalidad como presupuesto de la responsabilidad, lo que debe entenderse es que el actuar	218.

		de quien esté obligado a indemnizar haya sido la causa de la ocurrencia del daño, o sea, que entre el comportamiento del agente y el daño acaecido exista una relación de causa a efecto. Para que una persona sea responsable de un daño es necesario concluir que, de no haber sido por la conducta de dicha persona, el perjuicio sufrido por el demandante no habría ocurrido. En otras palabras, la conducta del demandado tendría que constituir la condición necesaria, real o eficiente del daño del demandante.	
Fallo de 8 de mayo de 2020.	Sala Civil.	La teoría de la causalidad adecuada o eficiente, la cual, en realidad, va encaminada a una teoría de imputación, ya que, con la misma, no se persigue establecer si un elemento de hecho es la causa de un determinado resultado, sino que intenta solucionar si los hechos acaecidos deben o pueden ser considerados jurídicamente relevantes y si permiten la imputación objetiva del hecho a una determinada persona.	222
Fallo 3885/2021 de 28 de octubre de 2021.	Tribunal Supremo de España.	La imputación objetiva. La determinación de la relación de causalidad, predominan las denominadas doctrinas de la bifurcación o de atribución	229

		causal de doble secuencia, en las que se distingue una causalidad material, natural o empírica, que actúa como presupuesto de una causalidad jurídica, que opera, a su vez, mediante la selección de unas causas jurídicamente relevantes.	
Fallo de 26 de abril de 2016.	Sala Contencioso Administrativo.	En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico. la imputación objetiva implica la "atribución", lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de "cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta". En atención a los hechos planteados en la demanda, y las demás piezas procesales presentes en el proceso, lo procedente es determinar si efectivamente el demandado, es responsable de los daños que se le imputan.	234

Fallo de 5 de abril de 2017.	Sala Contencioso Administrativo.	La llamada doctrina de la imputabilidad objetiva del daño, que subraya con acierto cómo una cosa es la relación de causalidad entre la actuación del demandado y el daño producido, cuestión puramente fáctica, y otra muy distinta la de en qué supuestos puede imputarse ese daño causado al demandado. Para ello, es necesario distinguir entre los daños que el sujeto tiene el deber de soportar y, por consiguiente, no generan responsabilidad, y los daños que el sujeto no tiene el deber de soportar (daños antijurídicos) y que generan responsabilidad.	239
Fallo de 6 de septiembre de 2002.	Sala Civil.	La denominada causa extraña consiste en una circunstancia que interrumpe el vínculo causal, y su fundamento legal se suele ubicar en el artículo 990 del Código Civil. Ordinariamente se ubican en la categoría de causa extraña como fundamento de liberación de la responsabilidad el caso fortuito, la fuerza mayor o la acción de la víctima. Por lo que corresponde al demandado invocar la correspondiente defensa o excepción, acreditando la existencia de una causa extraña.	251

Fallo de 2 de febrero de 2017.	Sala Contencioso Administrativo	El daño es la lesión definitiva a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona, el cual reviste la característica de ser antijurídico, que se alcanza, cuando el daño cumple con los requisitos de ser personal, cierto y directo.	303
Fallo de 1 de octubre de 2019.	Primer Tribunal Superior	El daño es el elemento que da interés al acreedor para ejercer la acción de responsabilidad, pues, en materia civil, a diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad penal (que no es la que se reclama), la antijuridicidad de la acción (incumplimiento en sentido objetivo), ni aún cuando vaya unida a culpa (incumplimiento en sentido subjetivo), sería suficiente para dar lugar a la reacción del ordenamiento jurídico.	304
Fallo de 2 de abril de 1997.	Tribunal Supremo de España.	La entidad del resarcimiento (según lo proclama el artículo 1106 del Código Civil), presupuesto el evento perjudicial y la conducta sancionable, abarca a todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso,	309

		bien por disminución efectiva del activo, bien por la ganancia perdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo	
Fallo de 15 de junio de 2017.	Sala Civil.	Ahora bien, en alusión a lo que afirma este impugnador, en el sentido de que es necesario que exista certeza de que el daño ha producido un lucro cesante, para que el mismo sea reconocido, esta Superioridad no comparte el punto de vista del apelante, habida cuenta que el lucro cesante tiene como característica un cierto nivel de eventualidad, que se extiende al grado o cuantía de la afectación producto de la pérdida o disminución de la posibilidad de registrar ingresos a futuro, como consecuencia del hecho dañoso, lo cual encuentra justificación en la imposibilidad de predecir en términos exactos, la conducta ulterior del afectado, respecto a la generación de activos para su patrimonio, de no haber sido perjudicado con el acontecimiento lesivo.	346
Fallo de 9 de junio de 2023.	Sala Civil.	el daño es un elemento trascendental de la responsabilidad civil, y se puede decir que es la base a partir del cual debe trabajar el juzgador a la hora de analizar	349

		la responsabilidad civil de una persona, pues sin daño, no existe nada que reparar y por tanto no podrá surgir la responsabilidad civil reclamada	
Fallo de 18 de marzo de 2016.	Sala Civil.	Entiéndase que la indemnización corresponde al daño que se ha causado y que se ha de reparar, pues este es uno de los elementos estructurales de la responsabilidad contractual o extracontractual. Su plena demostración recae en quien demanda, lo que conlleva, por regla general, a que el actor en asuntos de tal naturaleza, esté obligado a acreditarlo cualquiera que sea su modalidad, puesto que quien afirma que su deudor le ha inferido un daño por su dolo o culpa está forzado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio, demostrando los hechos que lo constituyen y su cuantía o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración.	350.
Fallo de 26 de diciembre de 2001.	Sala Civil.	la Sala se muestra de acuerdo con la sentencia impugnada ya que todo daño, sea éste material o moral, para que sea reconocido y originar la obligación de su reparación debe, entre otras cosas, ser probada su existencia en el	350

		proceso, es decir debe quedar demostrado con certeza a fin de que no exista duda sobre su realidad, salvo que se trate de los denominados por la doctrina como daños morales abstractos, intangibles, indeterminados, subjetivos o no objetivados, es decir, aquellos que por su propia naturaleza, contrario a lo que ocurre con los daños morales objetivos o tangibles, no pueden ser comprobados, pero se establecen con la prueba del hecho que los causa y de la condición del afectado.	
Fallo de 09 de abril de 1999.	Sala Civil	Esta Sala considera que es acertada la conclusión a la que llega el Ad-quem de que en el presente caso el demandante no tiene derecho a una indemnización por lucro cesante. Como lo plantea el sentenciador, de acuerdo a la doctrina, esta modalidad del daño material no puede fundamentarse en un daño hipotético basado en suposiciones o conjeturas por muy fundamentadas que parezcan. En este sentido, se aprecian algunos ejemplos contenidos en la citada obra de Alessandri Rodríguez, los cuales se asemejan a la pretensión del casacionista en atención a que no se considera un daño indemnizable el que se hace	351

		consistir en la privación de la ganancia o utilidad que la víctima habrá podido obtener por el hecho de haber estado organizando una industria, ya que no se sabrá si tal negocio habrá llegado a realizarse y cual hubiera sido su utilidad probable.	
Fallo de 28 de diciembre de 2017.	Sala Civil.	De lo anterior se deduce que la indemnización por daños y perjuicios que constituye la pretensión de la Demandante comprende tanto los daños materiales como los daños morales y para que proceda dicha indemnización, resulta imperativo que la actora acredite la existencia del hecho dañoso, que el mismo fue producto de una conducta ilícita y el nexo causal entre el daño, el hecho dañoso y el demandado.	353
Fallo de 26 de enero de 1998.	Sala Civil.	El resarcimiento debe entenderse como la reparación integral del menoscabo del interés ajeno y, desde ese punto de vista, se deben considerar antijurídicos todos los comportamientos contrarios a la Ley, aunque estos sean de carácter involuntario o hayan tenido lugar a través de las cosas o de los animales. Por igual motivo, en el caso específico de los actos ilícitos que no sean delitos o que no hayan sido calificados como tales por	361

		un tribunal competente, también se tiene que reputar como indemnizable el daño moral, siempre y cuando sea dable establecer con objetividad el grado de responsabilidad que le quepa a los ofensores.	
Fallo de 14 de agosto de 2015.	Sala Civil.	El instituto de la responsabilidad civil se basa en el principio de la reparación integral del daño causado. Por ende, quien es titular de un derecho afectado por la acción u omisión ajena, no tiene por qué soportar tales perjuicios, sino que corresponde reparar estos a su autor o a quien resulte civilmente responsable por los mismos.	362
Fallo de 14 de febrero de 2020.	Sala Civil.	Uno de los principios rectores para el resarcimiento del daño, ampliamente reconocido en la doctrina para los daños materiales -para el moral se habla más bien de una compensación dada la imposibilidad de restituir el bien lesionado-, es el de su reparación integral. Explica Enrique Barros Bourie que "de conformidad con este principio, la reparación tiene por objeto poner al demandante en la misma situación en que se encontraría si no hubiese sido víctima del daño causado por el hecho del demandado"	363

		(p.255). La obligación del agente de restituir al afectado el estado que tenía previo al hecho dañoso, si bien le impone reparar todos sus efectos, estará sujeto a las particularidades en concreto que presente cada caso, como por ejemplo el bien afectado, tipo de daño, sus consecuencias, prueba para su liquidación, entre otros.	
Fallo de 14 de julio de 2020.	Tribunal Supremo de España.	La responsabilidad civil no se explica sin la existencia del daño. Puede concurrir una responsabilidad civil sin culpa, pero no es viable sin menoscabo, perjuicio o dolor ajeno. La causación del daño, cuando concurre un título de imputación jurídica, justifica la transferencia o endoso del perjuicio sufrido del patrimonio de la víctima al del causante, al que se le impone, por elementales exigencias de decencia en las relaciones humanas, la obligación de resarcirlo... En definitiva, nuestro sistema de responsabilidad civil está orientado a la reparación del daño causado, bien in natura o mediante su equivalente económico (indemnización)	363
Fallo de 9 de junio de 2020.	Sala Civil.	Esta obligación de reparar los daños causados es la que nace "ex lege" como derivación de la obligación general que tiene cualquier	376

		persona de no dañar o lesionar a otro en su persona o en sus bienes, denominada "alterum non laedere", cuando no existe una relación jurídica previa entre los sujetos de dicha obligación, el agente del daño y la víctima o persona que lo sufre y que se convierte en acreedora de la obligación de reparar los daños, que consiste bien en la restitución o reparación del bien (reparación in natura, de ser físicamente posible) o en la indemnización de los daños y perjuicios causados, tanto patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) como no patrimoniales o morales.	
Fallo de 28 de septiembre de 2015.	Tribunal Supremo de España.	las formas de reparar el daño son la reparación específica o "in natura" y la indemnización por equivalencia. Dentro de las primeras distingue la dogmática, en sede de responsabilidad contractual, entre la reparación "in natura" del daño y el cumplimiento "in natura" de la obligación incumplida. La reparación "in natura" consistirá en reintegrar la esfera jurídica que se ha lesionado a otra persona a su estado anterior a la causación del daño, colocando al damnificado en la situación en la que se encontraría si no se hubiese producido el evento dañoso.	377

		Por contra, la reparación por equivalencia, denominada también indemnización y resarcimiento, lo que persigue es que se compense o resarza el menoscabo patrimonial sufrido por el damnificado, a través normalmente de la entrega de una suma de dinero, que se traduce en la prestación del “idquod interest”.	
Fallo de 14 de julio de 2020.	Tribunal Supremo de España.	El daño ha de ser resarcido, pero también en su justa medida. No puede convertirse en beneficio injustificado para el perjudicado.	382
Fallo de 1 de septiembre de 1993.	Sala Civil.	No procede entonces condena al pago de intereses porque no existe una cantidad líquida exigible y por consiguiente, el demandado no puede haber incurrido en mora.	385
Fallo de 4 de junio de 1999.	Sala Civil.	En el presente caso, el demandante obtuvo una indemnización compensatoria a través de la sentencia condenatoria que determinó la suma de dinero que el demandado debía pagar en concepto de daños y perjuicios y costas de trabajo en derecho. El demandante no tiene derecho a que se compute un interés legal previo a dicha sentencia condenatoria, es	386

		decir, a que se fije una indemnización moratoria.	
Fallo de 16 de julio de 2003.	Sala Civil.	De la disposición transcrita se colige que se incurre en mora desde el momento en que el acreedor le exige al deudor el cumplimiento de su obligación, lo cual puede hacer judicial o extrajudicialmente. Consecuentemente, debe entenderse que en casos como el presente, en los que el demandado resulta condenado a pagar una suma de dinero que ha sido determinada en la sentencia, el demandante, al considerársele acreedor por el efecto retroactivo que tiene la sentencia de condena, también tiene derecho a que se le paguen los intereses legales correspondientes, los cuales deben ser computados desde la fecha, no de la presentación de la demanda como sostienen algunos, sino desde la notificación de la demanda que es cuando el deudor es requerido de pago judicialmente, de manera que es desde ese momento que se considera que el demandado incurre en mora al no pagar la obligación que se le exige, al tenor de lo dispuesto en el citado artículo 985 del Código Civil y, en consecuencia, debe cubrir los intereses originados por la misma, pero con	388

		independencia de los intereses causados por la mora del deudor consagrada en el artículo 993 ibidem, por contemplar éste el supuesto de la existencia de un acuerdo de voluntades sobre el pago de una suma de dinero que al quedar impaga convierte a los intereses en una sanción o penalización por el incumplimiento de la obligación.	
Fallo de 31 de julio de 2013.	Sala Civil.	Como segunda censura, el recurrente alega que es improcedente la condena al pago de los intereses legales correspondientes, toda vez que lo pretendido no era el pago de una suma líquida determinada, sino una indemnización. Siendo que, a juicio del recurrente no corresponde el pago de intereses moratorios como impone la sentencia. Sobre el referido cargo, la Sala debe manifestar que mediante sentencia de 6 de marzo de 2003, esta Sala modificó la posición en cuanto el tema del pago de los intereses legales, en el sentido que podrán computarse intereses cuando la suma reclamada sea tanto líquida como indeterminada, y dichos intereses deberán ser calculados desde la notificación de la demanda.	391

Fallo de 25 de febrero de 2021.	Tribunal Supremo de España.	La STS de 16 de noviembre de 2007, RC n.º 4267/2000, declara que, a través de la exigencia de la liquidez de la deuda y con apoyo en el principio in illiquidis non fit mora [tratándose de sumas ilíquidas, no se produce mora] (sin base histórica, ni de derecho positivo), la doctrina jurisprudencial vino manteniendo durante mucho tiempo un criterio muy riguroso que se traducía en requerir, prácticamente y de modo general, la coincidencia de la suma concedida con la suplicada para que pudiera condenarse al pago de los intereses legales desde la interpelación judicial (...), exigencia atenuada a partir de la STS de 5 de marzo de 1992, seguida por las de 17 de febrero de 1994, 18 de febrero de 1994, 21 de marzo de 1994, 19 de junio de 1995, 20 de julio de 1995, 9 de diciembre de 1995 y 30 de diciembre de 1995, y otras muchas posteriores, en el sentido de sustituir la coincidencia matemática por la "sustancial", con la consecuencia de que una diferencia no desproporcionada de lo concedido con lo pedido no resulta obstáculo al otorgamiento de intereses.	415
---------------------------------	-----------------------------	--	-----

INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de responsabilidad civil nos estamos refiriendo a la obligación de reparar un daño injusto. Pero ¿qué es una obligación en sentido jurídico?

Según la clásica definición de Justiniano, la obligación es el vínculo jurídico que constriñe a una persona a pagar a otro alguna cosa según las leyes de la ciudad. “*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*” (I.3.13.pr). Es decir, la obligación es un vínculo jurídico que nos constriñe a ejecutar determinada prestación que puede consistir en un hacer, no hacer o dar alguna cosa, conforme a la legislación nacional de que se trate.

“*En el antiguo Derecho romano, de la obligación nacía un vínculo estrictamente personal, y el acreedor insatisfecho obtenía a través del proceso la misma persona del deudor que incumplía, reduciéndolo a la servidumbre. Más tarde, el Pretor introdujo el sistema de ejecución, no ya sobre las personas, sino sobre los bienes del deudor que incumple,*

y Justiniano confirma que el acreedor, en caso de incumplimiento, podría obtener una satisfacción pecuniaria equivalente, mediante la ejecución del patrimonio del deudor.

Admitida la ejecución patrimonial, el vínculo que ligaba al acreedor y deudor, abandonó su carácter personal para convertirse en un vínculo jurídico que activaba una serie de medidas (acciones), no sólo para constreñir al deudor al cumplimiento voluntario, sino también para obtener en caso de incumplimiento una ejecución forzosa.

*De modo que la obligación es un vínculo jurídico entre dos o más personas determinadas, llamadas acreedor (creditor) y deudor (debitor). Tales términos, que en un principio se aplicaron sólo a las relaciones nacidas del contrato de mutuo (préstamo de dinero u otras cosas fungibles), se utilizaron luego de forma general para designar, respectivamente, al sujeto activo y pasivo de cualquier tipo de relación obligatoria. A este respecto, Gayo, en sus comentarios al Edicto provincial (D. 50. 16. 11), afirma: *Creditorum appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed omnes, quibus ex quilibet causa debetur* (no solamente son llamados acreedores los que prestaron dinero, sino también todos aquéllos a los que por cualquier*

causa se les debe).”.

Luego, el jurista Paulo precisa que el objeto de la obligación puede consistir en dar, hacer o no hacer: “*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquid corpus nostrum (aut servitutem nostrum) faciat, sed ut alium nobis obstringat at dandum aliquid, vel faciendum, vel prestandum* (D. 44. 7. 3. pr.). Es decir: “*La esencia de la obligación no consiste en convertir algo en cosa o servidumbre nuestra; sino en compeler a otro para darnos, hacernos o prestarnos algo*”, con lo cual se perfila el concepto de obligación que se maneja en nuestros días.

Del concepto romano de obligación surgen tres elementos indispensables: 1) los sujetos: el activo o acreedor (*reus credendi*) y el pasivo o deudor (*reus debendi*). 2) el objeto, cuyo contenido es la prestación (*dare, facere, praestare*). Y 3) el vínculo (*vinculum juris*), que constriñe al cumplimiento.

Actualmente, algunos doctrinarios definen la obligación como “*un vínculo jurídico por virtud del cual una persona denominada deudor, se encuentra constreñida jurídicamente a ejecutar algo en favor de otra persona, llamada acreedor.*” (ROJINA VILLEGAS, Rafael. 1998. P.3).

Así, para los juristas Atilio Aníbal Alterini, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana, la obligación es la *“Relación jurídica en virtud de la cual un sujeto (deudor) tiene el deber jurídico de realizar a favor de otro (acreedor) determinada prestación”* (ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, ROBERTO M. 1996. P.15). Mientras que para el jurista español Manuel Albaladejo, la *“obligación significa vínculo jurídico que liga a dos (o más) personas, en virtud del cual una de ellas (deudor) queda sujeta a realizar una prestación (un cierto comportamiento) a favor de la otra (acreedor), para la satisfacción de un interés de este digno de protección; y a este (acreedor) le compete un correspondiente poder (llamado derecho de crédito) para pretender y poder exigir tal prestación.”* (ALBALADEJO, Manuel. 1997. P.15).

Como se puede apreciar, en el fondo en las definiciones modernas se percibe el mismo concepto expuesto por los romanos, por lo que podemos decir que una obligación es un vínculo jurídico que une a dos o más personas determinadas, a fin de que una persona llamada deudor, cumpla una prestación a favor de otra llamada acreedor, que puede consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa lícita. Es así, que lo que caracteriza a una obligación es esa necesidad jurídica que tiene una persona de dar, hacer o no hacer algo a favor de su acreedor, quien

a su vez tiene una facultad o poder de exigir o constreñir a su deudor para que cumpla con lo que debe.

Por tanto, toda obligación presenta, un aspecto activo: un poder o facultad de exigir algo; y uno pasivo: un deber de dar, hacer o no hacer. La facultad y el deber son aspectos distintos de un concepto unitario, que es la obligación. Son el anverso y el reverso de una misma medalla, pues no se puede concebir crédito sin deuda ni deuda sin un crédito. De lo dicho surge que toda obligación supone un sujeto activo, llamado acreedor, y uno pasivo, llamado deudor; implica también la existencia de una cosa o conducta debida, denominada prestación. Este cumplimiento, conforme a nuestro sistema jurídico, viene respaldado con todos los bienes que posea el deudor, más no con su persona. En este sentido, el artículo 1653 del Código Civil (concordante con el artículo 1911 del Código Civil Español) dispone que: *“Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”*.

En cuanto a una definición legal de esta figura, es de anotar que la mayoría de los Códigos no definen lo que es una obligación, sino que se limitan a establecer en qué consiste la misma. En este sentido,

tenemos que el artículo 1088 del Código Civil Español dispone que: *“Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa”*, redacción que es idéntica a la contenida en el artículo 973 del Código Civil panameño. En este punto, vale la pena resaltar que el Código Napoleónico no desarrolló una norma especial como la antes descrita, sino que contempló los elementos de una obligación a partir de su definición del contrato o convenio. En este sentido, dispone el artículo 1101 del Código Civil Francés que: *“Contrato, es un convenio en cuya virtud una o varias personas, se obligan respecto de una o de varias otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa”*. (concordantes con el artículo 1254 del Código Civil Español que dice: *“El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”*. Y con el artículo 1105 del Código Civil Panameño que dispone: *“Contrato o convenio es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o muchas personas”*).

Ahora bien, una obligación puede tener su fuente u origen en diversas situaciones, así nuestro Código Civil en su artículo 974 dispone que: *“Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos en que intervenga*

cualquier género de culpa o negligencia.” (concordante con el artículo 1089 del Código Civil Español), con lo cual se mantiene la clásica división entre las obligaciones que nacen de los convenios (por acuerdo de voluntades) y las que nacen de la ley de manera genérica (sin acuerdo de voluntades), es decir, las que se contraen sin convenio, entre las cuales se encuentran los cuasi contratos y las obligaciones que nacen de culpa o negligencia, está última regulada en el Capítulo II del Título XVI, del Libro Cuarto del Código Civil panameño.

En este sentido, y en comparación a la regulación que existe respecto de las obligaciones que se contraen por convenio, tenemos que la regulación sobre responsabilidad extracontractual (obligaciones que nacen de culpa o negligencia), mantiene una normativa un poco limitada y muy genérica, tal cual como fue regulada por los Código de la época, en dónde básicamente todo el sistema de responsabilidad civil extracontractual, se contrae a una sola norma o principio de derecho, el cual dispone así: *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”* (al respecto, véase los artículos 1644 del Código Civil Panameño, concordante con los artículos 1902 del Código Civil Español y 1382 del Código Civil Francés, este último dispone así: *“Cualquier acto*

del hombre que causa a otro un daño, obliga a aquel que lo ha hecho a repararlo”).

Es por ello, que nuestro sistema de responsabilidad civil se fundamenta en la culpa del agente dañador, ya que, sin culpa, no existe la obligación de reparar, salvo las excepciones o casos de responsabilidad objetiva que pueda contemplar el legislador.

Para Manresa, este tipo de obligación se funda en un principio de justicia, reconocido por todas las legislaciones según el cual todo agravio, todo daño, o todo perjuicio que reciba una persona en sus derechos, ya sea por acción ya por omisión, crea una relación jurídica de la que se deriva el derecho que tiene el agraviado a ser indemnizado y la obligación consiguiente por parte del agraviante. (MANRESA Y NAVARRO, José Maria. 1907. P.595)

Sobre esta clase de obligación, la doctrina y la jurisprudencia han establecido que es necesaria la concurrencia de ciertos presupuestos para que pueda surgir este tipo de responsabilidad, lo que significa que, si no concurren todos los elementos al mismo tiempo, no puede haber la obligación de reparar el daño. Estos elementos son: 1) Hecho Ilícito;

2) Daño; y, 3.) Nexo Causal.

En este sentido, la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dicho en Fallo de 15 de junio de 2006 lo siguiente: *“El derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios ocasionados por responsabilidad extracontractual derivada de culpa o negligencia, según el artículo 1644 del Código Civil, prospera en los casos donde ello ocurre como consecuencia de un acto u omisión ilícita. Así lo ha expresado esta Sala Primera de la Corte en la sentencia de 14 de junio de 2001, en la que explicó: “Cabe precisar, en relación con los cargos de ilegalidad que se formulan contra la sentencia recurrida, que tanto la existencia del hecho ilícito como su relación causal con el daño que se reclama, constituyen presupuestos básicos para la configuración de la responsabilidad extracontractual que se reclama, consagrada en el artículo 1644 del Código Civil, el cual dispone que ‘el que por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado’. La norma citada, claramente, presupone que, además del daño, por culpa o negligencia, se requiere que el mismo se deba a la conducta ilícita del agente (hecho ilícito), y que del mismo se derive el daño ocasionado a persona distinta a su autor (relación causal). En consecuencia, corresponderá, a quien*

alegue haber sufrido un daño extracontractual, acreditar los presupuestos básicos de existencia de la misma.”

Teniendo en cuenta los elementos de este tipo de responsabilidad civil que se ha generado sin un convenio previo, debemos señalar que la finalidad de esta investigación es abordar el estudio de uno de dichos elementos, como lo es el “Daño”, desde un punto de vista patrimonial.

En este sentido, podemos mencionar que un daño patrimonial será todo perjuicio que sufra una persona en su patrimonio, a causa del dolo, la culpa o negligencia de otra; con lo cual se genera la obligación de reparar y el derecho a exigir la reparación de ese daño. En este sentido, una vez acreditada la responsabilidad civil, nuestra legislación permite contemplar dentro de este rubro, el daño emergente y el lucro cesante.

El daño emergente comprenderá todos los daños materiales, directos e indirectos, que cause el hecho ilícito; mientras que el lucro cesante, será la ganancia dejada de percibir por la víctima, a causa de la ocurrencia del hecho ilícito.

Es por ello que este estudio pretende abordar el aspecto material y/o económico que existe en la ocurrencia de un siniestro y cuáles son las formas de reparar el mismo, teniendo como norte que este tipo de responsabilidad busca como fin acercar a la víctima lo más posible a la situación que tenía antes de la ocurrencia del hecho dañoso, con lo cual se debe evitar indemnizaciones que conlleven un enriquecimiento ilícito de la víctima en detrimento del deudor.

Capítulo I

Marco Metodológico

1.1 Antecedentes.

Se ha definido al ser humano como un animal social debido a que necesita de otros seres humanos para su protección, bienestar y desarrollo, lo que lo obliga a relacionarse entre sí, pero en esta interacción todos los seres humanos están expuestos a sufrir algún tipo de daño en algún momento. Ahora ¿Este daño sufrido quién lo debe soportar? o ¿Cuándo podemos hablar de que una persona ha sufrido un daño jurídicamente relevante? Estas son cuestiones a las que el ordenamiento civil da respuesta a través de la institución de la Responsabilidad Civil, ya sea contractual o extracontractual, componiéndose dicha responsabilidad por tres pilares fundamentales como lo son: la existencia de un daño, un hecho que ha sido catalogado de ilícito y un nexo causal que vincula el daño con el hecho ilícito que le es imputable a una persona o varias personas determinadas. En esta oportunidad abordaremos lo referente a uno de esos elementos, como lo es el daño, entendido el mismo como todo perjuicio o menoscabo que sufre una persona ya sea en su patrimonio o en su persona, a la cual el

ordenamiento jurídico le brinda protección y dentro de este elemento, haremos énfasis a su connotación patrimonial.

La institución jurídica de la responsabilidad civil, es la que se ocupa de determinar quién tiene la obligación de reparar o soportar el daño ocurrido, ya sea un tercero o la propia víctima, es decir, es la encargada de determinar en cabeza de qué persona surge esa obligación legal de reparar o asumir las consecuencias del daño que se ha producido como consecuencia del comportamiento doloso, culpable o negligente del agente dañador, o, cuando aun no mediando un comportamiento culpable de su parte, la ley lo obliga a reparar el daño en vista de su condición o cualidad. De ahí que una persona pueda responder por culpa propia (Sistema de responsabilidad basado en la culpa del agente), o, de manera excepcional, sin culpa suya, pero sólo en los casos permitidos en la ley (Sistema de responsabilidad objetiva).

En este sentido, como nuestro sistema se fundamenta en la culpa del agente, se exige que para que una persona pueda ser responsable de reparar un daño sufrido por otra persona, se tengan que acreditar los siguientes elementos: (a) la omisión o comisión de un comportamiento alejado del estándar de un buen padre de familia (Hecho Ilícito); (b) que este comportamiento indebido negligente, culpable o doloso genere una

situación de damnificación (Daño); (c) que exista una relación de causa-efecto entre el actuar negligente y el daño ocasionado (Nexo Causal), (d) Que dicho hecho le sea imputable a la persona a quien se reclama y (e) que no exista ninguna eximente de responsabilidad civil de la cual se pueda beneficiar el agente dañador, los cuales, como ya mencionamos, son los pilares sobre los cuales descansa la responsabilidad civil.

Como se aprecia un elemento fundamental en nuestro sistema de responsabilidad civil es que se acredite la existencia de un daño, debido a que sin daño, no se puede generar ningún tipo de responsabilidad civil porque no existiría nada que reparar.

Ahora bien, debemos tener presente que las concepciones que se tuvieron en su oportunidad para determinar lo que era un daño indemnizable, obviamente ya no son suficientes para nuestros tiempos, debido a que las condiciones económicas, sociales y políticas que existían en aquella época, cuando se aprobaron los códigos civiles decimonónicos, ya no son las mismas que existen en la actualidad, en donde la masificación de las relaciones comerciales y los avances tecnológicos han hecho aflorar categorías de daños diferentes que eran inconcebibles en épocas pasadas.

En este sentido, el concepto filosófico de la dignidad humana, que en un principio sirvió para salvaguardar desde antaño derechos fundamentales, entre ellos la autodeterminación individual de la persona y su integridad física, hoy se emplea para tutelar otros derechos personales fundamentales, tales como el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a la igualdad, el derecho a la identidad, el derecho al trabajo (digno), el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la protección de la propia imagen, derecho a la intimidad y el derecho a un ingreso mínimo vital, entre muchos otros. De allí que este concepto de la dignidad de la persona ha hecho evolucionar otro concepto jurídico, como lo es el de daño indemnizable, a fin de otorgar protección y tutela a los hechos que dañen la dignidad de la persona, por lo que resulta necesario tener una concepción actual de lo que se debe entender por daño indemnizable y cómo ese instituto jurídico es visto y tutelado por nuestros tribunales a través del tiempo, en especial cuando afecta el patrimonio de una persona.

De allí que debamos ver los daños que pueda sufrir una persona en su patrimonio desde una óptica más amplia, y ya no sólo como una efectiva disminución en su haber patrimonial sin que se confunda con los daños morales que pueden ser reconocidos en el mismo proceso;

ya que, por el momento, en nuestro país, existe una diferencia marcada en la legislación y en la doctrina sobre lo que es un daño patrimonial y lo que es un daño moral, por lo que abordaremos la relación entre estos tipos de daños, es decir, si por un mismo hecho se pueden generar a la vez daños patrimoniales y daños morales, o, si por el contrario, el reconocimiento del uno excluye al otro.

Finalmente, debemos reconocer que en Panamá no se han hecho muchos estudios al respecto sobre nuestro tema en específico, si bien existen trabajos e investigaciones que abordan tipos especiales de daños (y/o responsabilidades civiles), como lo referente al daño moral, la responsabilidad de los médicos, del Estado, la decenal etc., en cuanto a nuestro objeto de estudio hemos podido ubicar dos trabajos relacionados para el caso panameño, el primero de ellos es el de la Licenciada Elsa Fernández Aguilar, quien elaboró su tesis de grado sobre *“El daño en la responsabilidad civil extracontractual”*, en el año 2001; y el segundo el del Licenciado Antonio Rodríguez Villarreal, quien elaboró su tesis de grado sobre *“El daño resarcible en la legislación panameña y las nuevas tendencias de reparación del daño”* en el año 2017.

A nivel de maestría, no hemos ubicado un estudio como el nuestro, sin embargo, existen estudios sobre daños específicos como el del Magister Alan Ariel Aguilar Pinto quien abordó el tema de *“El daño moral en la Legislación Panameña”*; o el del Magister David E. Zamora Smith quien investigó sobre *“La pérdida de la oportunidad y su incidencia en la responsabilidad civil médica”*, ambos trabajos elaborados en el año 2019. A nivel de Doctorado, nos encontramos con un trabajo relacionado al nuestro elaborado por el Doctor Claudio Timpson Layne, quien desarrollo su tesis acerca de la *“Simplificación del régimen de reparación del daño en función de la responsabilidad objetiva”* en el año 2019.

1.2 Planteamiento del Problema.

Nuestro sistema de responsabilidad civil vigente desde 1917, aprobó un sistema basado en la culpa del agente, salvo contadas excepciones de responsabilidad civil objetiva. Este sistema viene intacto desde la aprobación del Código Civil, en donde la única evolución que ha sufrido este régimen ocurrió en el año de 1992, cuando el legislador introduce el artículo 1644-A al Código Civil, el cual más que variar el sistema imperante, lo que hizo fue regular lo concerniente al daño moral.

Siendo que los códigos de reciente data aprobados en los distintos países de la región, sumado a la influencia del derecho norteamericano en esta materia a través de su figura conocida como “*Tort Law*”, ha evolucionado lo que entendemos por “daño indemnizable”, es por ello que nos planteamos el siguiente problema de investigación, ¿Acaso la legislación panameña se ha quedado anticuada para tutelar las nuevas tipologías de daños que han surgido en nuestra sociedad actual, en especial aquellos que afectan el patrimonio de las personas?

En general, la legislación panameña ampara una amplia gama de daños patrimoniales, sin embargo, existen ciertas situaciones donde los daños podrían no estar cubiertos, dependiendo de la naturaleza del daño y las circunstancias específicas de cada caso. Daños como la pérdida de una chance, al proyecto de vida, por violación de derechos humanos por particulares o incluso por una concepción no deseada son rubros en que nuestra legislación guarda silencio.

1.3 La Hipótesis.

Es por ello que planteamos la siguiente hipótesis de investigación:
La legislación panameña se quedó anticuada para tutelar las nuevas tipologías de daños que han surgido en nuestra sociedad en

consideración a cómo puede verse afectado el patrimonio de una persona.

1.4 Objetivos Operacionales.

1.4.1 Objetivo General.

Analizar la figura de los daños patrimoniales indemnizable como elemento de la responsabilidad civil extracontractual en el derecho panameño.

1.4.2. Objetivos Específicos.

A. Distinguir los elementos que conforman la Responsabilidad Civil en el derecho panameño.

B. Explicar la figura del Daño indemnizable como requisito de la responsabilidad civil en el derecho panameño.

C. Conocer la evolución que ha sufrido el concepto de daño indemnizable en la legislación y jurisprudencia panameña.

D. Identificar los tipos de daños que reconoce nuestra legislación y la jurisprudencia panameña.

E. Comparar nuestra regulación sobre el daño indemnizable y los daños

patrimoniales respecto a los recientes códigos civiles aprobados en la región latinoamericana.

F. Identificar y desarrollar cuáles son los daños patrimoniales que contempla nuestra legislación.

1.5 Justificación e Importancia.

Al hablar de daños nos estamos refiriendo a todo menoscabo que sufre una persona ya sea en su patrimonio como en su persona, pero ¿Cuándo podemos considerar que dicho menoscabo es digno de ser reparado? Dar respuesta a esta interrogante es la importancia de nuestra investigación, pues es necesario definir cuándo nos encontramos en presencia de un daño indemnizable, es decir, aquel que el ordenamiento jurídico considera digno de tutela y protección a fin de poder obligar a una persona, diferente a la que sufrió el menoscabo, a repararlo.

Ello obedece a que no todos los daños que sufre una persona son indemnizables e incluso en algunas circunstancias, la persona afectada debe asumir las consecuencias nocivas del deterioro sufrido, sin posibilidad de reclamar su reparación a otra persona.

Por ello esta investigación es un buen instrumento para jueces, abogados y públicos en general, quienes son las personas envueltas en este tipo de reclamación y son lo que al fin de cuenta sufren y causan los daños.

Por otra parte, siendo que nuestra legislación data de principios del siglo pasado, se hace necesario conocer las nuevas directrices doctrinales, legales y jurisprudenciales sobre la materia, a fin de garantizar a todos los ciudadanos susceptibles de sufrir algún tipo de daño durante su vida, el tratamiento justo y adecuado a su causa, teniendo como norte el respeto a la dignidad de la persona.

1.6 Metodología.

La metodología utilizada para la presente investigación es de tipo histórica, toda vez que investigamos los temas relacionados con la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento jurídico a fin de detallar su evolución, los elementos que la conforman y su estado actual. Luego de ello, profundizamos en nuestro objeto de estudio, el elemento daño indemnizable como elemento de la responsabilidad civil, tanto a nivel doctrinal, legal y jurisprudencial a fin de obtener un resultado abarcador de lo que es un daño indemnizable.

Para el logro de nuestra investigación consultamos los estudios que a la fecha se han realizado en Panamá, como lo son los trabajos de grado de los licenciados Elsa Fernández Aguilar y Antonio Rodríguez Villarreal, así como obras de autores panameños como las de los profesores universitarios Claudio Timpson, Dulio Arroyo Camacho (Q.E.P.D.), Alexander Valencia Moreno y Virgilio Trujillo López, Jacinto Espinoza, Julio Lombardo, Olmedo Arrocha y el Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Seguido hicimos uso de los tratados sobre la materia realizados por juristas destacados a nivel internacional.

Este trabajo se fundamenta en la normativa del Código Civil Panameño y su comparación con los códigos civiles de España, Perú, Argentina, Chile, Colombia y Francia.

En cuanto a la jurisprudencia, centramos nuestra investigación en los pronunciamientos emitidos por la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, haciendo énfasis en los fallos de la última década; incluso, utilizamos jurisprudencia del Tribunal Supremo de España.

De igual forma en este trabajo empleamos los métodos históricos a fin de encontrar los orígenes y evolución de la figura a investigar; de derecho comparado a fin de analizar el fenómeno en diferentes contextos legislativos, el método analítico a fin de descomponer la figura en sus partes para analizarla; el método deductivo ya que utilizamos principios generales para llegar a conclusiones particulares y el método exegético a fin de presentar interpretaciones que se enfoquen en el análisis detallado y literal de un texto, buscando su significado original y la intención del autor.

1.7 Delimitación.

Esta investigación plantea profundizar en uno de los elementos de la responsabilidad civil, como lo es el daño patrimonial indemnizable en la responsabilidad extracontractual. Para ello utilizamos lo establecido en la doctrina tanto nacional como extranjera, así como los distintos fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia y algunos tribunales extranjeros sobre la materia como referencia.

1.8 Alcance y Limitaciones.

1.8.1. Alcance.

El alcance de este trabajo es definir lo que se entiende por daño patrimonial indemnizable en la responsabilidad extracontractual según la legislación y jurisprudencia panameña de los últimos 10 años, a fin de aclarar los tipos de daños patrimoniales que están siendo reconocidos y cuáles no dentro de la responsabilidad civil extracontractual, con el propósito de que los lectores tengan una visión de la situación actual de la figura jurídica.

1.8.2. Limitaciones.

Nuestra investigación encontró como limitante la falta de librerías especializadas donde poder ubicar literatura clásica y actualizada, por lo que en adición a los trabajos publicados por los profesores panameños que consultamos, tuvimos que recurrir a la adquisición de libros en el extranjero. De igual forma, la falta de una recopilación adecuada de los fallos que emite la Corte Suprema de Justicia, debido a que algunos no fueron publicados en el Registro Judicial correspondiente y evidentemente el cierre de bibliotecas y las restricciones de movilidad a causa de la pandemia provocada por el Covid-19.

1.9 Aportes.

Lo que se pretende con esta investigación es tener claro qué entiende el legislador y la jurisprudencia panameña por daño patrimonial indemnizable como uno de los requisitos indispensable de la responsabilidad civil extracontractual, a fin de que el afectado sepa qué derechos puede reclamar ante los tribunales, teniendo en cuenta los parámetros que definen o hacen que los perjuicios que sufre una persona puedan considerarse un daño patrimonial indemnizable en la responsabilidad civil extracontractual.

CAPITULO II

Marco Teórico

2.1 Responsabilidad Civil.

Etimológica y gramaticalmente, el término responsabilidad está vinculado a una persona. Es, por consiguiente, un término de relación que indica que es responsable ante otra persona. Señala un nexo entre dos personas que en principio son una que ocasiona el daño y otra que lo sufre. Pero jurídicamente el término responsabilidad se concreta como la obligación de asumir las consecuencias de un hecho, de un acto, de una conducta. (MARTINEZ RAVE, Gilberto. 1993. P.15).

La Real Academia Española (RAE) nos brinda diversas definiciones sobre el concepto de responsabilidad, entre las cuales podemos mencionar las siguientes: “*Cualidad de responsable*” siendo responsable la persona obligada a responder por algo o por alguien. Otras definiciones son las siguientes: “*Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal*”; “*Capacidad existente en todo sujeto activo*

de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente”.

Para Guillermo Cabanellas la responsabilidad es 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.”*; agrega este autor que la *“responsabilidad civil es la obligación de resarcir, en lo posible, el daño causado y los perjuicios inferidos por uno mismo o por un tercero, y sin causa que excuse de ello”*. (CABANELLAS, Guillermo. 2006. P.421).

Por su parte el Diccionario Jurídico Consultor Magno, define la Responsabilidad como la *“Expectativa respecto de una obligación del deudor de una prestación que genera en el acreedor la posibilidad de su reclamo judicial o extrajudicialmente sobre el cumplimiento o la indemnización sustitutiva”*; mientras que la responsabilidad civil es la *“Obligación de reparar las consecuencias de un hecho dañoso”*. (GOLDSTEIN, Mabel. 2008. P.494).

Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón nos indican que *“responsabilidad significa la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de*

reparar el daño producido” (DÍEZ-PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio. 1995. P.591).

Como se puede apreciar, la responsabilidad se trata de una obligación consistente en reparar algo o cumplir con un deber, ya sea por algún hecho o acto que hemos realizado libremente o porque tengamos la carga de reparar lo que otra persona o cosa haya realizado. En fin, es una carga que debe satisfacer una persona para con alguien más.

Entonces, esta obligación de asumir las consecuencias de nuestros actos o de los actos por quien debamos responder, puede darse en diversos terrenos o campos jurídicos, por ello, existe la responsabilidad penal, administrativa, tributaria, laboral, etc.

Dentro de estos campos, existe la responsabilidad civil, con lo cual se diferencia de otros tipos de responsabilidades, la cual surge en cabeza de un sujeto, por la realización de alguna acción u omisión que causa un daño a otra persona o que, aun no realizando la conducta, el ordenamiento lo obliga a repararlo. Sobre el particular, el autor Gilberto Martínez Rave nos comenta que la responsabilidad civil se ha considerado como la *“obligación de asumir las consecuencias*

patrimoniales, económicas, derivadas de un hecho, conducta o acto que ha ocasionado un lesionamiento a un patrimonio ajeno.” (MARTINEZ RAVE, Gilberto. 1993. P.16). Agrega dicho autor que este tipo de responsabilidad no sólo regula las facetas o circunstancias netamente civiles, sino que se aplica a conflictos o coyunturas laborales, comerciales, contencioso administrativas, en la medida que, surja la necesidad de reparar un daño ocasionado.

Es por ello que, un mismo hecho o comportamiento puede generar distintos tipos de responsabilidades, por ejemplo, en un accidente de tránsito, el sujeto culpable puede ser responsable civil, penal o administrativamente según la magnitud del accidente. Corresponderá a la responsabilidad civil reparar los daños materiales o morales que se ocasionaron; a la administrativa, sancionar al responsable por haber infringidos las normas de circulación, lo cual, por lo general, se traduce en la imposición de una multa; y si con ese hecho se incurrió en una conducta delictiva (ejemplo lesiones personales u homicidio culposo), entonces el sujeto puede ser sancionado con una pena, por la comisión de un hecho delictivo.

Sobre este punto, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que *“es posible que sobre un mismo hecho puedan concurrir*

simultáneamente otros procesos, ya sean administrativos, penales o civiles, donde cada uno es independiente del otro, porque aunque exista identidad de hecho y de sujeto, lo que varía es la identidad de fundamento del proceso, es decir, que no hay coincidencia en el bien jurídico protegido lesionado por el comportamiento ilícito y los procesos responden a vulneraciones de ordenamientos diferentes y actúan como reacciones sancionadoras en ámbitos diferentes, donde no existe incompatibilidad entre las jurisdicciones” (ver Fallos de 27 de diciembre de 2013, exp. 449-12; 28 de mayo de 2014, exp.599-12; 18 de noviembre de 2014, exp.937-13, entre otros).

Delimitado el campo que atañe a la Responsabilidad Civil, la podemos definir como la obligación que tiene una persona de reparar los daños y perjuicios causados en la persona o en el patrimonio de otra, ya sea que fueren ocasionados por su culpa, o en circunstancias en las que, a pesar de no haber mediado un comportamiento culposo por parte del agente, la ley lo obliga a reparar dicho daño y perjuicio por su condición o cualidad. Esta carga u obligación debe afectar el patrimonio de la persona responsable, trasladándose de esta manera, de alguna forma, el daño producido a su causante, en la medida que dicho daño ha sido avaluado económicamente.

Así, Enrique Barros Bourie considera que “el derecho de la responsabilidad civil establece los requisitos para que el daño sufrido por una persona dé lugar a una acción reparatoria. Planteada en términos kantianos, la responsabilidad civil es expresiva de un orden de delimitación de esferas de libertad. A menos que se cumplan los requisitos de la responsabilidad, el principio general es que la pérdida de un accidente debe quedar donde caiga. Ese principio tiene su fundamento moral en el orden de libertades que nos posibilita desarrollar nuestros planes de vida, porque de la misma manera como nos beneficiamos de la convivencia, recíprocamente debemos soportar los riesgos que surgen de esas relaciones. Por eso, el derecho privado asume que cada cual soporta las vicisitudes de su propia vida, salvo que haya una razón para atribuir responsabilidad a un tercero. Lo mismo también vale desde un punto de vista pragmático, porque se desincentivaría la espontaneidad de la vida en común si tuviéramos que asumir cualesquiera consecuencias imprevisibles e incontrolables que se derivan para terceros de nuestros actos. Una sociedad regida por un principio extenso de responsabilidad estricta sería asfixiante, porque cada daño daría lugar a la búsqueda de un responsable, en la medida que casi siempre hay algún tercero cuya acción u omisión pudo evitar el perjuicio.” (BARROS BOURIE, Enrique. 2020. P.27-28).

Por su parte, Javier Tamayo Jaramillo nos explica al respecto que *“la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros”*. Sostiene el autor, que *“ese comportamiento ilícito consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, el delito, el cuasidelito, o la violación del deber general de prudencia”*. (TAMAYO JARAMILLO, Javier. 2018. P.8).

Sobre el particular, los autores panameños Alexander Valencia Moreno y Virgilio Trujillo López, indican que *“jurídicamente, llamamos responsabilidad a la obligación de una persona de responder ante el daño que le ha causado a otra. La responsabilidad civil se da cuando la persona que ha causado el daño tiene la obligación de repararlo en naturaleza o por un equivalente monetario (normalmente mediante el pago de una indemnización de perjuicio). Esta concepción de responsabilidad se introdujo con el devenir histórico en la esfera jurídica a partir del día en que el Estado se arroga la misión de penar, de castigar a los culpables, la concepción de la responsabilidad se advertirá que se transforma, se desdobla. En otros tiempos tan solo la víctima tenía la carga de sancionar con una pena al autor del daño, pena corporal, luego pecuniaria (composición); pero que constituía siempre la expresión de*

la venganza. Con esto no termina el papel de la víctima. Ese medio axiológico no es el mismo en nuestros días, ha habido una transformación, la víctima hoy pide una indemnización, una reparación de daños.” (VALENCIA MORENO, Alexander y TRUJILLO LÓPEZ, Virgilio. 2011. P.169-170).

Mientras que el Dr. Claudio Timpson la define como *“el deber jurídico de reparar que pesa sobre un sujeto que habiendo actuado contrario a derecho y en forma distinta a su obligación general o específica ha ocasionado daños reparables en el patrimonio o en la persona de su deudor.”* (TIMPSON LAYNE, Claudio. 2017. P.22-23).

En definitiva, tal como lo sostiene el autor Fernando Reglero Campos, *“La gran cuestión a resolver por parte de la responsabilidad civil siempre ha sido la que se deriva de la contradicción que existe entre la protección de los bienes y derechos y la libertad de comportamientos; o, expresados en otros términos, en el conflicto de intereses entre dos o más patrimonios o entre dos o más esferas jurídicas. Sobre esta base, se ha afirmado que quien pretende de otro una reparación por los daños que le ha causado debe fundamentar su pretensión en una razón suficiente que le legitime para ello, pues de otra manera su reclamación sería arbitraria y resultaría indigna de toda protección jurídica. En*

consecuencia, la responsabilidad civil debe dar una respuesta a las preguntas de en qué casos el daño debe ser soportado por el perjudicado y en cuáles debe ser reparado o compensado por otro patrimonio, así como por cuál y con qué alcance.” (REGLERO CAMPOS. L. Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel. T.1. 2014. P.67).

Ubicado el contexto en que opera la responsabilidad civil, tenemos que la misma, desde el punto de vista doctrinal, se clasifica en responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual.

2.2 Responsabilidad Civil Contractual.

La responsabilidad civil contractual es la que se origina por el incumplimiento de un deber establecido en un contrato, que presupone para su configuración, la existencia de una relación contractual previa entre las partes. En este tipo de responsabilidad, el sólo incumplimiento presupone la culpa del agente dañador, incumplimiento que suele catalogarse de doloso.

Este tipo de responsabilidad, *“supone la transgresión de un deber de conducta impuesto en un contrato”* (DÍEZ-PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio. 1995. P.591), en otras palabras, es la que *“nace para la*

persona que ocasiona un daño por el incumplimiento, demora, o desconocimiento de determinadas obligaciones, adquiridas a través de un contrato o convención.” (MARTINEZ RAVE, Gilberto. 1993. P.17).

En este sentido, explican los profesores Valencia y Trujillo que la *“obligación de pagar daños y perjuicios aparece como un efecto directo de la convención o contrato, por lo cual este tipo de responsabilidad requiere que el responsable y la víctima se encuentren unidos por un contrato válido, sin un contrato previo no hay responsabilidad contractual. (VALENCIA MORENO, Alexander y TRUJILLO LÓPEZ, Virgilio. 2011. P.199-200).*

Al haber un vínculo jurídico entre las partes, su incumplimiento, genera a favor de la parte que ha cumplido con su obligación, una acción destinada a petitionar su cumplimiento forzoso, o la resolución del vínculo, teniendo el responsable, en ambos supuestos, la obligación de resarcir los daños y perjuicios ocasionados por su inejecución o por su ejecución imperfecta.

Además, siendo que ese incumplimiento suele ser catalogado de doloso, le resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 992 del Código Civil, quedando obligado el responsable a reparar todos los daños y

perjuicios que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de su obligación, es decir, que responde de los daños previstos y de los imprevistos.

Esa obligación que nace por la celebración de un contrato contiene ciertos elementos que la componen. En este sentido nos explica el autor Raimundo Emiliani Román, que *“Estos elementos se desprenden de la definición misma de obligación: vínculo jurídico, que ata el deudor al acreedor, llamado elemento jurídico; elemento subjetivo o personal, integrado por el acreedor o acreedores y el deudor o deudores, que son los extremos del vínculo jurídico; elemento objetivo, constituido por la prestación que el deudor debe cumplir; hay que añadir el elemento teleológico, o, si se prefiere, psicológico, de la finalidad de la obligación.”* (EMILIANI ROMÁN, Raimundo. 2001. P.13).

Este mismo autor indica que el vínculo jurídico *“constituye la textura misma de la obligación, porque es la atadura jurídica que constriñe al deudor para que le cumpla al acreedor una determinada prestación, y confiere a éste el poder de compeler al deudor a su pago, recurriendo a las autoridades judiciales, en caso de mora en el cumplimiento”*. (Ibidem).

En cuanto a la forma de manifestarse dicho vínculo jurídico, la regla general, es que existe libertad de forma, es decir que las partes pueden escoger libremente sobre qué medios plasman su acuerdo, razón por la cual, dicho vínculo puede manifestarse verbalmente, por escrito, por escritura pública o por medios electrónicos.

En este sentido, y para diferenciarla de la responsabilidad civil extracontractual, nos comenta Hernán Corral Talciani que *“en la responsabilidad contractual existe un vínculo obligatorio preexistente, de cuya violación resulta el deber de indemnizar; mientras que en la responsabilidad extracontractual no hay obligación previa entre las partes, sino que es justamente el hecho ilícito el que genera la obligación de resarcir.”* (CORRAL TALCIANI, Hernán. 2003. P.25).

Por su parte Enrique Barros Bourie explica que *“La obligación principal que nace de un contrato consiste en cumplir lo convenido, de modo que la obligación indemnizatoria surge solo una vez que el deudor ha incumplido esa obligación contractual (de primer grado). La responsabilidad contractual es un remedio que el derecho confiere al acreedor para hacer frente al incumplimiento de lo pactado. Así se explica que en materia contractual la acción de responsabilidad complementa o sustituya a la acción que tiene por objeto el*

cumplimiento en naturaleza de la obligación principal. La obligación indemnizatoria (obligación de segundo grado) tiene precisamente por fundamento y medida el incumplimiento de la obligación principal (o de primer grado)."

Agrega Barros Bourie que "Esta diferencia no es puramente teórica. En materia contractual lo determinante es el acuerdo de las partes, al que la ley atribuye efecto obligatorio (artículo 1545). Ese acuerdo contractual determina el alcance de las obligaciones y, subsecuentemente, la responsabilidad que se sigue del incumplimiento. Por el contrario, la responsabilidad extracontractual tiene por antecedente los deberes generales de cuidado que nos debemos recíprocamente en nuestra actividad susceptible de dañar a terceros. Por eso, la fuente de la responsabilidad contractual es la convención que opera como un mecanismo de autovinculación, mientras que en sede extracontractual lo determinante es el derecho, que heterónomamente pone límites y establece consecuencias patrimoniales al ejercicio de nuestra libertad cuando este resulta de un daño a tercero." (BARROS BOURIE, Enrique. 2020. P.23).

Otro punto que diferencia una obligación contractual de una extracontractual, lo será el término de prescripción; ya que en la primera

variará dependiendo el tipo de contrato que vincule a las partes, siendo la regla general el término de 7 años en materia civil (art.1701 del C. C.) o de 5 años en materia comercial (art.1650 del C de Co); mientras que, en la responsabilidad aquiliana, siendo su naturaleza civil, es de 1 año (art.1706 del C.C.).

Sin embargo, autores como Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón sostienen que *“a pesar de la separación entre las obligaciones que nacen de la convención y las que tienen su origen en la culpa o negligencia civil no es más que de régimen jurídico, pues el fundamento último es el mismo; una acción y omisión culposa, aunque también dolosa, que daña a otro. Incluso el régimen jurídico de las primeras [responsabilidad contractual] se aplica, según reiterada doctrina jurisprudencial, a las segundas de manera subsidiaria.* (DÍEZ-PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio. 1995. P.591). Con lo anterior, se quiere destacar el hecho que, en ambos regímenes de responsabilidad, ya sea contractual como extracontractual, ambas tienen en común que su fundamento último es la producción de un daño, que le es imputable a una persona que asume el deber de indemnizar a la víctima para repararlo.

Es por ello que en la doctrina existen dos teorías acerca de si la responsabilidad contractual o la extracontractual son una misma o distintas. Así para la teoría dualista la fuente de la obligación de indemnizar en el caso de la responsabilidad extracontractual es la ley misma, con lo cual la obligación de indemnizar no surge de un anterior vínculo obligatorio entre el ofensor y la víctima, solo tiene su fuente en un comportamiento del ofensor, esto es, la culpa del ofensor. En tanto que en el caso de la responsabilidad contractual el intérprete se encara con la situación opuesta: la culpa contractual, de por sí, no engendra la obligación de indemnizar; en el caso de la responsabilidad contractual, la verdadera causa de la obligación de pagar daños y perjuicios es el contrato violado. Según la tesis monista la consideración de los conceptos jurídicos en mención, muestra que la responsabilidad contractual no se puede considerar distinta de la responsabilidad extracontractual: la responsabilidad que la concepción clásica o dualista llamaba contractual es, por su propia naturaleza, responsabilidad de carácter delictual. (cfr. VALENCIA MORENO, Alexander y TRUJILLO LÓPEZ, Virgilio. 2011. P.178-179).

Unos de los máximos exponentes actualmente de la teoría de la unidad de la responsabilidad civil (tesis monista), es decir, que la responsabilidad civil extracontractual y la contractual son lo mismo, es

el autor John Gardner, quien en su libro *"Torts and other wrongs"* (capítulo 11), explica que una forma de distinguir el derecho de daños (tort law) de otras ramas del derecho, es que el derecho de daños, es un derecho de: (a) acciones civiles (civil recourse); (b) por perjuicios; (c) en el que se intenta principalmente la justicia correctiva; (d) en un modo principalmente reparador; (e) en respuesta a reclamaciones por sumas por liquidar (ilíquidas); y, (f) donde los deberes incumplidos son extracontractuales y que en base a estas características, lo único que diferencia a la responsabilidad civil extracontractual de la contractual es el último elemento (f. donde los deberes incumplidos son extracontractuales).

Para Gardner, tanto la responsabilidad extracontractual como en la contractual lo que se persigue es la reparación de los daños ocurridos a causa del incumplimiento de un deber, ya sea el deber general de no causar daños, así como los deberes de conducta pactados en los contratos. Así, indica Gardner que: *"Los contratos deben cumplirse, sin duda. Pero los daños (agravios) también deben evitarse. A los ojos de la ley es mejor no cometer un daño (agravio) que reparar un daño (agravio), al igual que a los ojos de la ley es mejor cumplir un contrato que reparar un incumplimiento. En ambos casos, cumplir con su deber ("principal"), en el primer lugar, es lo que la ley preferiría ver.*

Por ello, “En ambas ramas de la ley el objetivo de las indemnizaciones por daños y perjuicios es poner a P, tan lejos como el dinero pueda hacerlo, en la misma posición en la que hubiera estado si la obligación principal de D' se hubiese cumplido”, por lo que la diferencia en que en la responsabilidad contractual el objetivo de la indemnización es poner a P en la posición en la que debería estar ahora, según el contrato; mientras que en la responsabilidad extracontractual es volver las cosas a donde estaban antes, no constituye una diferencia relevante ni útil.

Considera el autor Gardner que la otra distinción entre obligaciones extracontractuales y obligaciones contractuales radica en que las primeras se consideran que son obligaciones no voluntarias, mientras que las segundas son obligaciones voluntarias. Sobre el particular concluye Gardner que no existe esa distinción entre obligaciones voluntarias y no voluntarias, porque tanto en las obligaciones contractuales existen casos en los que uno decide no asumir ningún tipo de responsabilidad (invocando para ello el caso *Hedley Byrne versus Heller*) mientras que hay ciertas obligaciones en los contratos que forman parte del mismo a pesar que las partes no digan nada, incluso aunque estén en contra de esas obligaciones ya

que son impuestas por la ley. Por lo cual, el contratar solo sería una forma de asumir obligaciones voluntariamente.

Por lo que concluye Gardner que: una obligación voluntaria es un caso especial de una obligación. Hay obligaciones convencionales (por defecto) y obligaciones voluntarias. Las obligaciones extracontractuales constituyen la clase general y las obligaciones contractuales son una clase especial extraída de ella. El incumplimiento de un contrato es entonces un caso especial de responsabilidad civil extracontractual. En otras palabras, las obligaciones extracontractuales pertenecen a la clase básica. Las obligaciones contractuales sólo pueden entenderse en contraste con ellas, como casos especiales.

El derecho de responsabilidad civil y el derecho contractual son similares en cuanto a que contienen obligaciones que se crean legalmente sólo a raíz de un intento de reconocimiento legal de obligaciones extralegales. Llamemos a esto la clase de obligaciones con forma legal. Dentro de esta clase, las obligaciones del derecho de responsabilidad civil extracontractual son del tipo general. Las obligaciones del derecho contractual son del tipo voluntario especial.

Nuestro Código Civil reconoce esta división en el artículo 974 el cual dispone que “*Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi-contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.*”. Conforme a nuestro ordenamiento positivo, el fundamento jurídico de ambas responsabilidades se regula en normas distintas, así para la extracontractual será el artículo 1644 del Código Civil, mientras que para la contractual lo será el artículo 976 del Código Civil, con lo cual, a nuestro juicio, se recoge la teoría dualista antes explicada.

Por ello, considera nuestra legislación que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, por lo que deben cumplirse al tenor de los mismos; dejando aquellas obligaciones que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley, a la regulación establecida en el Libro IV, Título XVI, Capítulo II, que abarca lo que conocemos como obligaciones extracontractuales.

2.3 Responsabilidad Civil Extracontractual.

Como explica el Dr. Fernando Reglero, “*la responsabilidad civil por daños extracontractuales es aquella que se encarga de establecer*

los presupuestos, condiciones y circunstancias por las que una persona que ha sufrido un daño jurídicamente tutelable como consecuencia de la conducta o actividad de un tercero tiene derecho a exigir su reparación a ese tercero o a otra persona que se encuentre con él en una determinada relación". (REGLERO CAMPOS. L. Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel. T.1. 2014, P.70).

Sostiene los profesores Valencia y Trujillo que *"La responsabilidad extracontractual o aquiliana surge producto de la lesión causada a un derecho subjetivo absoluto, al margen de un contrato o fundada en la violación de un deber legal, de exigencias del orden público o lo que es lo mismo, la transgresión de ese deber genérico neminem laedere, el de abstenerse de un comportamiento lesivo para los demás. En tal sentido, la responsabilidad civil extracontractual es independiente de una obligación preexistente y consiste en la violación no de una obligación concreta, sino de un deber genérico de no dañar. La responsabilidad civil extracontractual se impone directamente por la ley sin existencia de convenio alguno. De allí que en este tipo de responsabilidad no es lícito al responsable por el daño causado, en un momento determinado, por maquinarias e industrias peligrosas, pretender liberarse de la responsabilidad exhibiendo letreros de*

exoneración o disminución de su responsabilidad.” (VALENCIA MORENO, Alexander y TRUJILLO LÓPEZ, Virgilio. 2011. P.180).

Sobre el particular nos dice Gilberto Martínez Rave, que la responsabilidad extracontractual *“es la que nace para una persona que ha cometido un daño en el patrimonio de otra y con la cual no la liga ningún nexo contractual. Es decir, que nace para quien simple y llanamente ocasiona un daño a otra persona con la cual no tiene ninguna relación jurídica anterior.” (MARTINEZ RAVE, Gilberto. 1993. P.17).*

El causar daño a otra persona, sin que exista una relación contractual previa entre ellas, es la que origina este tipo de responsabilidad. Así, la *responsabilidad civil extracontractual* es la que se origina por el incumplimiento del deber general de prudencia, es decir, por el principio general de derecho que prohíbe causar un daño injusto a otra persona. En este tipo de responsabilidad no existe una relación previa entre la partes ni vínculo contractual alguno del cual se deriva la responsabilidad civil, pues como explica Luis Diez-Picazo y Antonio Gullón, la responsabilidad aquiliana, *“responde a la idea de la producción de un daño a otra persona por haber transgredido el genérico deber neminem laedere, es decir, el de abstenerse de un*

comportamiento lesivo para los demás.” (DÍEZ-PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio. 1995. P.591).

La responsabilidad civil extracontractual ha sufrido una larga evolución a través de la historia, así podemos mencionar que, al principio, el régimen dominante de responsabilidad en las primeras culturas parece haber sido el de responsabilidad estricta, la cual se determinaba por el solo resultado dañoso, y ello se daba, porque en la mayoría de los casos, los daños eran atribuibles a la voluntad de dañar. Así, las primeras manifestaciones las encontramos en el Código de Hammurabi (siglo XVII a.C.), que establece la ley del talión (ojo por ojo y diente por diente), en cuya esencia dominaba el mero propósito de la venganza. Así este Código contemplaba castigos severos para sus infractores, por ejemplo: Si un hombre vacía el ojo de otro hombre, se vaciará su ojo. Si rompe un hueso de otro hombre, se le romperá su hueso. Si un hombre arranca un diente a un igual, se le arrancará su diente. Si un constructor construye una casa para alguien, y no lo hace adecuadamente, y la casa se hunde y mata a su propietario, el constructor será ejecutado. Si mata al hijo del propietario de la casa, el hijo del constructor será ejecutado. (cfr. artículos 196 al 230 del Código de Hammurabi).

Es de advertir que este Código primitivo contempló la compensación en dinero para ciertos daños no personales, sobre todo cuando la víctima era mujer, un esclavo o una cosa, por lo que la idea de reparar los daños mediante una compensación en metálico no era desconocida en la antigüedad.

En el Derecho Romano, con el establecimiento de la Ley de las XII Tablas (siglo V a.C), de igual forma se estableció como regla general la ley del talión, pero se dejaba abierta la puerta para que privadamente se pactara una compensación. Así por ejemplo en la Tabla VII, De los Delitos, se disponía que, si alguno rompiese a otro algún miembro, quedaba sujeto a la pena del talión, a no ser que pactasen otra cosa el ofensor y el ofendido.

Sin embargo, esta Legislación también reconocía casos en que los daños podían ser compensados en metálico por el ofensor, así por ejemplo se disponía que, si alguien infiriese a otra injuria leve de hecho o de palabra, debía pagarle a la víctima 25 ases; en caso de que le rompiese el diente a un hombre libre debía pagar 300 ases; o cuando algún animal causaba daño en campo ajeno, su dueño debía resarcir al propietario.

Es de advertir que los romanos distinguían los delitos públicos de los privados. Los primeros interesaban a la ciudad (sacrilegio, traición) y eran castigados con sanciones propiamente penales. Los segundos estaban entregados a formas institucionalizadas tendientes a transformar sus efectos corporales en patrimoniales. Por eso, la obligación en dinero que surgía de los delitos no era una reparación, sino una multa penal. Ante todo, era frecuente que los delitos típicos (*furtum*, *iniuria*, *damnum iniuria datum*) dieran lugar a penas pecuniarias en beneficio de la víctima, que era por el duplo o el cuádruplo del daño efectivo.

La *iniuria* designa el ataque a la persona. Conforme a Max Kaser, “las **XII Tablas** (8, 2–4) conocen tres supuestos de lesiones a personas: a) *Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto* («Si se mutilase un miembro, se aplica el Talión, a menos que se pacte»): la mutilación de un miembro se expía mediante el Talión; el autor del delito debe sufrir en la misma parte de su cuerpo lo que él ha infligido. La solución mediante un *pactum* de expiación, es decir, uno cuyo objeto es el pago de una suma de dinero, no estaba prescrito como obligatorio; el «si» y el «cuánto», quedaban al arbitrio de la víctima.— b) *Manu fustive si os fregit, libero CCC, si servo, CL poenae sunt* («cuando uno con la mano o con una porra ha quebrado un hueso, debe, si lo ha hecho a una

persona libre, pagar la multa de 300 ases; si a un esclavo, 150 ases»).—
c) *Si iniuria(m) alteri faxsit, XXV poenae sunt* («Si uno ha cometido una
«injuria» contra otro, debe pagar 25 ases de multa»): estas «injurias»,
de un importe de 25 ases, en tiempos antiguos solo incluían otras clases
de agresiones sobre el cuerpo.” (KASER, Max. 2022. p.531).

En la “ley de las XII tablas, la injuria no comprendía más que los
ataques a la persona física, golpes, heridas más o menos graves, pero
sin distinguir si había intención culpable o simple imprudencia. En
Derecho clásico, la noción de la injuria se ha restringido, porque se
exige la intención de dañar para que haya delito. Pero se ha ampliado
desde el punto de vista de los hechos que constituyen injuria; el ataque
a la personalidad puede manifestarse bajo las formas más diversas:
golpes o heridas, difamación escrita o verbal, violación de domicilio,
ultrajes al pudor, y, en general, todo acto de naturaleza que comprometa
el honor y la reputación ajena.” (PETIT, Eugène. 2007. P.464).

Como se puede apreciar, la ley de las XII tablas establecía la pena
del talión para la injuria más grave (pérdida de un miembro), a menos
que las partes acordaran una composición pecuniaria. Otras injurias
leves se contemplaba una multa. Sin embargo, el pretor sustituyó estas
penas a una reparación pecuniaria en relación a la gravedad de la injuria

y se obtenía mediante la acción *injuriarum*, que implicaba la nota de infamia. Así, “La **actio iniuriarum**, tiene por objeto una multa cuyo monto debe determinar el juez, de acuerdo con lo que a él, atendidas las circunstancias particulares del hecho, parezca como adecuado como pena y desagravio (D. 47. 10. 17. 2). La acción es activa y pasivamente intransmisibile y su ejercicio tiene plazo de un año.” (KASER, Max. 2022. p.532). Luego la ley Cornelia permitió a la víctima escoger entre la acción *injuriarium* y una persecución criminal.

El *damnum injuria datum* (Lesiones a los esclavos y daños causados en las cosas), es un daño causado injustamente a la cosa ajena, el cual era reprimido por la Lex Aquilia (Plebiscito probablemente del año 286 a.C., propuesto por el Tribuno Aquillius) (cfr.D.9.2; C. 3.35), que es la base sobre la cual los juristas romanos fueron autorizando la indemnización por daños patrimoniales (en cosas ajenas). Básicamente esta ley establecía lo siguiente:

D. 9. 2. 2. pr.	
Lege Aquilia capite primo cavetur: «ut si quis servum servamve alienum alienamve quadrupedem	En el primer capítulo de la ley Aquilia se prevé: «si alguien injustamente matare a un esclavo

vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto».	o esclava ajenos, o a un cuadrúpedo o una res, sea condenado a dar al dueño el mayor valor que hubiese alcanzado en el año»
D. 9. 2. 27. 5.	
Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: «Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto»	El tercer capítulo de la ley Aquilia establece: «En las demás cosas, además del esclavo y de la res que hayan sido muertos, si alguien hiciere daño a otro en lo que hubiere quemado, quebrado o roto injustamente, sea condenado a dar al dueño el valor que la cosa alcance en los treinta días próximo».
(KASER, Max. 2022. p.526)	

Explica el autor Eugene Petit que el “*autor de un daño que reúna los caracteres exigidos por la ley Aquilia está obligado ex delicto en virtud de la ley Aquilia. La obligación, nacida en provecho de la parte*

lesionada, tiene por objeto el pago de una cantidad de dinero igual al valor más elevado que el objeto del daño haya alcanzado en el año que ha precedido al delito, si cae bajo la aplicación del primer capítulo (L.2, pr., D., ad leg. Aquil. IX, 2), y solamente en los treinta últimos días anteriores al delito, si está previsto por el capítulo III (L.27, 5, D., eod.). Según el texto mismo de la ley, sólo se tenía en cuenta el valor intrínseco de la cosa perjudicada. Pero los jurisconsultos agregaron, por interpretación, todo el perjuicio causado al propietario; así es como, en caso de asesinato de un esclavo instituido heredero, se debió tomar en consideración no sólo el valor propio del esclavo, sino también el de la sucesión (l, 10, ht)". (PETIT, Eugène. 2007. P.462).

Si bien la Lex Aquilia estaba compuesta por tres capítulos, solo dos de ellos (el I y III) hacían referencia a la figura delictiva. Así, indica la autora Romina del Valle Aramburo Córdoba que *"Por el capítulo I se estableció que si alguno mata injustamente a un siervo o sierva ajenos, o ganado cuadrúpedo, debe pagar al dueño lo que la cosa dañada valía un año antes de causado el damnus. Por el primer capítulo se vindicaba no cualquier daño, sino el causado matando, siervos (esclavos) y ganados cuadrúpedos (cuando los jurisconsultos hablaban en el sentido jurídico hacían la distinción entre cuadrúpedos, ganados y bestias. Cuadrúpedos son los que se doman por el lomo y pescuezo, esto es los*

que llevan y traen cargas, ganados son los que pastan juntos. Los demás animales se llaman bestias, esto es, las bestias que pastan juntas. En el tercer capítulo contemplaba al que matase algunos animales que no fueran los contemplados en el capítulo I, o perjudicase a otro quemando, rompiendo, derramando o deteriorando debiese pagar al dueño cuanto valiese la cosa en los treinta días anteriores en que se causó el daño. Es claro pues que según éste capítulo, se exigía la reparación del daño causado en cualquiera cosa que no fuese siervo o ganado cuadrúpedo, y no solamente matando sino deteriorando de cualquier modo.” (ARAMBURU CÓRDOBA, Romina del Valle, 2021. P.24-25).

Indica el autor Max Kaser que el “delito debe ser cometido iniuria. En principio, esto no significa solamente «injustamente», sino «dolosamente». Los juristas tardorrepublicanos incorporarán en el concepto de iniuria el de culpa, que supone negligencia (Gai. 3, 211; Inst. 4, 3, 3; vid. [36.9]). Durante la época clásica se produce una escisión conceptual, a resultas de la cual la iniuria apuntará solo a la antijuridicidad [36.11], pero significará también, y en primer término, el daño culposa e injustamente causado, Ulp. D. 47.10, 1 pr.” (KASER, Max. 2022. p.526-527).

Bajo la influencia del pretor, la jurisprudencia extendió a hipótesis análogas el principio planteado por la ley, y acabó por generalizarse. Así la *“Ley Aquilia se extendió desde el punto de vista de las personas que podían ejercitar la acción. Se dio la acción, “utilitatis causa”, a personas que, sin ser propietarias del objeto perjudicado, están interesadas en su conservación: porque tienen un derecho real, como el usufructuario y el usuario o porque tiene una situación análoga a la del propietario, como el poseedor de buena fe. Esta acción útil implicaba la misma condena que la acción directa.*

El principio de la reparación fue también ampliado a hipótesis en que el daño carecía de una de las condiciones exigidas por la ley, es decir, no había sido causado corpore, pero donde presentaba, sin embargo, este carácter esencial de consistir en una lesión material, corpus laesum; así, una persona encierra el esclavo ajeno y le deja morir de hambre; o bien espanta un animal que se arroja al agua y se ahoga. La acción de la ley Aquilia fue dada ahí también por extensión, a título de acción útil, y arrastró una condena calculada como la de la acción directa.

En fin, podía suceder que el daño no fuera causado corpore y que no consistiera tampoco en la destrucción o deterioro de un objeto

material, que no hubiera corpus laesum. Así, un amo ha encadenado a su esclavo, un tercero le suelta y favorece su fuga. En semejante caso, el pretor no podía dar la acción de la ley Aquilia, aun utilitatis causa, pues el daño está completamente fuera de los términos de la ley. Concedía a la parte lesionada una acción in factum, que no le hacía obtener más que la reparación exacta del perjuicio.” (PETIT, Eugène. 2007. P.463).

Como se puede apreciar, los romanos protegían a las personas contra daños injustos, ya sea a su persona o a sus bienes, pero lo hacían a través de la punición penal, por lo que las sanciones a imponer, más que reparar el agravio, conllevaban una sanción (pena) al infractor, que incluso, podría llegar hasta su muerte. Es decir, que los romanos no conocían esta distinción entre una reparación netamente civil del daño causado y una sanción penal al infractor que cometía una conducta punible, pues para ellos, los daños injustos que causaba una persona a otra, era visto como un delito. De igual forma debemos resaltar la distinción o protección que otorgaban los romanos de acuerdo al daño sufrido, pues claramente distinguían los daños a la personalidad a través de la *iniuria* (lo que hoy equivaldría al daño moral) y los daños a las cosas a través del *damnum iniuria datum* (lo que hoy equivaldría al daño material), así como también que era posible

contemplar una especie de sanción pecuniaria a la hora de reparar el daño causado, lo que hoy se permite en el derecho anglosajón a través de los daños punitivos (punitive damages).

Ahora bien, con *“la influencia del cristianismo, en la Europa Medieval, comienza a esbozarse una concepción más moralista de la responsabilidad que se modela sobre la idea de la atribución por culpa personal. Se separa así el objeto de la reparación de la pena correctiva (o penal), la responsabilidad deja de ser colectiva (por comunidades, ciudades o familiar), y la justificación de la obligación de reparar viene a fundarse en un actuar reprochable del actor.”*. Así, pueden “encontrarse en la obra magna de Tomás de Aquino, la Summa Teológica, ya formulados varios lineamientos del sistema moderno de la responsabilidad. En primer lugar, el principio de que debe repararse todo daño injustamente causado: ‘El que infiere daño a alguien está obligado a repararlo... El hombre está obligado a la restitución de aquello en que perjudicó a otro’. Se aprecia ya una distinción entre la responsabilidad civil y el castigo penal: la obligación de restitución se limita a lo injustamente quitado y si el juez impone más de ello, lo hace a título de multa, la que se debe sólo desde la condena. Se permite la reparación por equivalente en caso de daño corporal o lesión del honor.” (CORRAL TALCIANI, Hernán. 2003. P.81).

En materia legislativa podemos mencionar en España las Siete Partidas de Alfonso el Sabio, en cuya Séptima Partida (Setena partida), en el Título XV, denominado *“De los daños que los omes, o las beftias fazen en las cofas de otro de qual natura quier que fean.”*, en su Ley VI se estatuye de modo general que *“Como aquel que fiziere daño a otro por fu culpa, es tenuto de fazer emienda del”*. Y más adelante agrega: *“Peleado dos omes en vno, fi alguno dellos queriendo ferir aquel con quien pelea, firieffe a otro, maguer non lo fizieffe de fu grado, tenuto es de fazer emienda, porque como quier q el no fizo a fabiendas el daño al otro, pero acaefcio por fu culpa”*. Como se aprecia, se exige culpa del causante del daño quien queda obligado a reparar, incluso aunque no hubiese tenido la intención de causarlo, siempre y cuando le fuese imputable.

Pero en si, el principio sobre el que se erigirá el sistema clásico de responsabilidad civil elaborado doctrinalmente es expresado por primera vez por el holandés Hugo Grocio (1583-1645), en su obra *“Del Derecho de la guerra y de la paz”*, en el cual se observa la afirmación de que cuando se ha causado daño por culpa se está obligado naturalmente a repararlo. Así, dice Hugo Grocio que *“Llamamos aquí mal a toda culpa, ya en el hacer, ya en el no hacer, que pugna con*

aquello que los hombres deben hacer comúnmente o por razón de cierta cualidad. De tal culpa nace, naturalmente, obligación, si se hizo el daño, de que se resarza.” (GROCIO, Hugo. 1925. p.8).

La anterior afirmación es plasmada en el Libro Segundo, Capitulo XVII, “Del daño inferido por la injuria y de la obligación que de ahí nace”, de su libro antes mencionado, el cual a su vez se subdivide 22 temas así:

- I. Que la culpa obliga a la reparación del daño.
- II. Que por daño se entiende lo que pugna con, el derecho estrictamente dicho.
- III. Que se ha de distinguir debidamente la aptitud del derecho estrictamente dicho, cuando concurren.
- IV. Que el daño pertenece también a los frutos.
- V. ¿Cómo pertenece el daño al lucro cesante?
- VI. Que hacen el daño los que obran primariamente.
- VII. Y los que secundariamente.
- VIII. Además los que no hacen lo que deben: primariamente.
- IX. Y secundariamente.
- X.Cuál eficacia acerca del acto se requiere para esto.
- XI. En qué orden están obligados.
- XII. Que la obligación se extiende también al daño consiguiente.

- XIII. Ejemplo en el homicida.
- XIV. En aquel que de otro modo hizo violencia.
- XV. En el adúltero y en el estuprador.
- XVI. En el ladrón, en el raptor y en otros.
- XVII. En aquel que dió causa a, promesa por dolo o miedo injusto.
- XVIII. ¿Qué, si por medio naturalmente justo?
- XIX. ¿Qué del miedo que tiene por justo el derecho de gentes?
- XX. Cómo las potestades civiles están obligadas por el daño hecho por los súbditos; donde se trata de las presas hechas en el mar contra los aliados, contraviniendo el mandato público.
- XXI. Por derecho natural, nadie está obligado sin culpa por el hecho, de su animal o de su nave.
- XXII. Que se da también daño contra la fama y contra el honor.

En el desarrollo de esta obra se pueden apreciar nociones elementales del actual régimen de responsabilidad civil como el reconocimiento a la integridad física de la persona cuando se expresa que *“Por naturaleza le es al hombre cosa suya la vida, no ciertamente para perderla, sino para guardarla; el cuerpo, los miembros, la fama, el honor, las acciones propias.”* Se empieza a fraguar ese concepto abstracto del hombre prudente que sirve de guía para comparar el comportamiento de los demás, al indicar que: *“Del mismo modo, por la ley nácele a cada cual un derecho, porque lo mismo o más puede la ley*

que cada uno sobre sí y sus cosas. Así, el pupilo tiene derecho de exigir cierta exacta diligencia del tutor; la república, del magistrado, y no sólo la república sino también cada uno de los ciudadanos, siempre que la ley signifique esto expresamente o por suficiente consecuencia.”, es decir, que ya se empieza a concebir que determinadas personas, por su condición frente a otras, están obligadas o de ellas se espera determinado comportamiento.

El reconocimiento al derecho de percibir el lucro cesante y cuando procede el mismo, al manifestar que: *“Mas se entenderá que tiene uno menos y, por consiguiente, que hizo daño, no solamente en la cosa, sino también en los frutos que propiamente son frutos de la cosa, ya se hayan percibido, ya no. con tal que se hubieran de haber percibido, deducidos los gastos por los cuales la cosa se hizo mejor o que fueron necesarios para percibir los frutos, por la regla que nos veda hacernos más ricos con detrimento ajeno. Pero la esperanza de lucro se estimará de lo nuestro, no en cuanto ello mismo, sino según la proximidad al acto, como en la simiente la esperanza de la cosecha.”*

La solidaridad de todos los responsables del daño, *“Y están obligados, en primer lugar, los que con mandato u otro modo, impulsaron a alguno al hecho; faltando éstos, el ejecutor del delito; y*

cada uno de los que dieron causa al acto lo están in solidum, si todo el acto procedió de ellos, aunque no solos.”. y la obligación de resarcir todos los perjuicios derivados del hecho dañino: “los que han de responder de un acto, juntamente han de responder de aquellas cosas que se siguieron en virtud del mismo acto. En cierta controversia de Séneca trátase esto, en el ejemplo de un plátano encendido por el cual había ardido una casa, y allí pone esta sentencia: Aunque no quisiste hacer parte del daño, has de ser obligado a la totalidad como si intencionadamente lo hubieres hecho; pues se debe entender que no quiso la totalidad el que es excusado por indeliberación.”

Criterios para fijar la indemnización a fin de obtener la reparación integral del daño y semilla de la antijuridicidad del acto: *“El homicida injusto está obligado a pagar los gastos, si algunos se hicieron en médicos, y a aquellos a los cuales el muerto solía mantener por obligación, a saber, a los padres, mujeres, hijos, debe darles cuanto valía aquella esperanza de mantenimiento, habida razón de la edad del muerto; como se lee que Hércules pagó una multa a los hijos de Ifito, muerto por él, por lo cual fuese más fácilmente purificado. Y Miguel Efesio, al quinto de los Nicomaquios de Aristóteles, dice: También el que es muerto recibo de algún modo; pues lo que recibe su mujer y sus hijos y sus parientes él mismo lo recibe en cierto modo. Hablamos del*

homicida injusto; es decir, que no tuvo derecho de hacer aquello de donde se sigue la muerte; por lo cual, si alguno tuvo derecho, aunque pecase contra la caridad, como el que no quiso huir, no estará obligado.”

Como se puede apreciar, en el pensamiento de Hugo Grocio yacen varios de los principios que rigen actualmente el sistema de responsabilidad civil, sin embargo, no podemos dejar de mencionar que todavía no se distinguía el delito del ilícito civil, tradición que se remonta al derecho romano como ya se explicó.

Así, es con la configuración de los Estados modernos nacionalistas que se comienza a consolidar la separación entre el derecho penal y el derecho civil en esta materia, en dónde se desarrolla el concepto de la responsabilidad civil como mecanismo para compensar o reparar los perjuicios causados, así ya la sanción que se impone al responsable no será de naturaleza penal (retributiva) sino civil (compensatoria), ello en base a que el Estado se irroga ese poder de administrar justicia.

Este cambio de paradigma se atribuye fundamentalmente a los juristas franceses Domat y Pothier, quienes trabajaron sobre el derecho romano y los principios proclamados por el Derecho Natural

Racionalista, partiendo de Hugo Grocio, lo cual quedó legislativamente consumado, con la aprobación del Código Civil Francés de 1804 (Código de Napoleón).

Así, el jurista francés Jean Domat (1625-1696), aporta la distinción entre incumplimiento contractual, delito penal y hecho ilícito que obliga al resarcimiento si fue realizado con dolo o negligencia. En su obra “Las Leyes Civiles en su Orden Natural” explica que *“Débense distinguir aquí tres clases de hechos los cuales pueden ser causa de ciertos daños que acontezcan: unos que constituyen un verdadero crimen o delito : otros que son obra de las personas que faltan al cumplimiento de sus obligaciones en los contratos, como un vendedor que no entrega la cosa vendida, un arrendador que no hace los reparos a que está comprometido: y otros que no tienen relación con las convenciones, pero que tampoco pasan a ser un crimen o delito, como si por una imprudencia se arroja por la ventana una cosa con la que se manche un vestido de una persona que esté debajo; si unos animales mal guardados causan algún daño; si se ocasiona un incendio por efecto de poca precaución; si un edificio que amenaza ruina por no haberse reparado oportunamente se desploma sobre otro y causa en él algún daño. De estas tres clases de hechos solo los últimos son objeto del*

presente título, pues los crímenes y delitos no deben mezclarse con las materias civiles.” (DOMAT, Jean. 1844. T.II, p.65).

Agrega este autor que: “Todas las pérdidas y todos los daños que pueden sobrevenir por obra de alguna persona, sea por imprudencia, ligereza o ignorancia de lo que debe saber, o por otras faltas semejantes, por mas leves que sean, deben ser indemnizados por aquel cuya imprudencia o falta haya dado lugar a ellos; pues son un mal que ha hecho aun cuando no tuviese intención de dañar. Así aquel que jugando imprudentemente a la barra en un lugar peligroso para los transeúntes, hiere a alguno, quedará responsable del mal que habrá ocasionado. La falta en el cumplimiento de alguna obligación se reputa asimismo uno de aquellos hechos que pueden dar margen al resarcimiento de daños y perjuicios. Así un vendedor que fuese moroso en entregar la cosa vendida, un depositario que retardare la devolución del depósito, un heredero que retiene una cosa legada , y todos aquellos que conservando en su posesión una cosa que están obligados a devolver rehúsan o difieren su entrega, quedan responsables no solo de los daños y perjuicios que su retardo ha podido ocasionar, sino también del valor mismo de la cosa, si esta faltare después que ellos han incurrido en morosidad, aun cuando aquello fuese por efecto de un caso fortuito; pues este accidente podría dejar de sobrevenir puesta la

cosa en manos de su dueño, en cuyo caso habría podido disponer de ella antes de que se perdiese. Si ocurre algún daño por un efecto imprevisto de un hecho inocente, sin que pueda imputarse falta alguna a su autor, no deberá este responder de un tal accidente; pues que este acontecimiento tendrá alguna otra causa que anduvo unida a aquel hecho inculpable, como la imprudencia del que habrá sufrido el daño, o algún caso fortuito: debiendo en tal caso imputarse a una de estas causas. Así si alguno atraviesa un lugar destinado por el público al juego de la barra mientras están los particulares ejercitándose en dicho juego, y disparada ya la barra va en dirección a él y le hiere; el hecho inocente del que la ha tirado no le constituye responsable del suceso, que debe imputarse a la imprudencia de quien ha sufrido el mal, si debía saber que aquel era lugar destinado al juego de la barra, o bien a algún caso fortuito, si tenía motivos para ignorarlo; sin que por otra parte pueda atribuirse imprudencia alguna al jugador.... Aquellos que pudiendo y estando en cierto modo obligados a impedir un mal, faltan a este deber, podrán ser responsables según las circunstancias. Así un amo de casa que ve y permite que su doméstico haga un daño, pudiendo impedirlo, queda responsable” (DOMAT, Jean. 1844. T.II, p.76-78).

Como se aprecia, en este clásico del derecho se distinguió el delito de lo que es la responsabilidad civil, y esta última a su vez,

también se dividía, ya que podía proceder del incumplimiento de un contrato de los producidos por imprudencia. Así, la persona era responsable por más leve que fuera su falta. Aquí debemos aclarar que los franceses utilizan la palabra “falta” y no “culpa”, para hacer referencia a ese incumplimiento del deber de diligencia esperado de la persona responsable del ilícito civil.

Posteriormente, Robert Joseph Pothier (1699-1772), en su obra “*Tratado de las Obligaciones*” perfeccionó el régimen diseñado por Domat, recogiendo la clasificación de las fuentes de las obligaciones de Gayo, precisando que los hechos de los que pueden derivar responsabilidad son los delitos (cometidos intencionalmente) y los cuasidelitos (cometidos por mera negligencia). En este sentido, explica Pothier que “Es de la esencia de las obligaciones el que exista 1.º una causa de donde ellas nazcan. 2. º personas entre las cuales se contraigan. 3.º algo que sea objeto de las mismas. Las causas de las obligaciones son los contratos, los cuasi contratos, los delitos y los cuasi delitos; y algunas veces la ley, o la equidad.” (POTHIER, Robert. 1839. p.9).

Y más adelante agrega este autor que: “*Llámesese delito un hecho por el cual una persona con dolo ó maligna intención causa algún daño,*

ó hace injuria á otro. Cuando el hecho que causa el perjuicio no procede de intención perversa, y si solo de imprudencia inexcusable, se llama cuasidelito.... Resulta de la definición dada de los delitos y cuasidelitos que únicamente pueden cometerlos las personas que disfrutan del perfecto uso de la razón; pues no son capaces de la malignidad ni de la imprudencia que los caracteriza los que no tengan cabal juicio como los infantes y los imbéciles. Así es que si uno de estos hace alguna cosa de que resulte perjuicio á alguno, no quedan obligadas sus personas; y su acción no es delito ni cuasidelito, por no encerrar malignidad la imprudencia que no puede recaer en tales sujetos. No puede definirse de una manera precisa y exacta en que edad llegan los hombres al cabal uso de la razón; y se hacen capaces de aquella malignidad que constituye el delito; desarróllase en unos muy anticipadamente el juicio, y en otros se retarda mucho, por manera que la regla más segura es estimarlo por las circunstancias. Por lo mismo cuando ha salido uno de la edad infantil, si ejecuta una acción de que resulta algún daño á otro, y en tal acción se descubre algún rastro de reflexión y de malignidad; entonces debe calificarse de delito, y el que la ha cometido, aunque no haya aun llegado á la pubertad, contrae ya la obligación de reparar el daño á favor del perjudicado. De ahí dimana el axioma: Neminem in delictis aetas excusat: mas fácil excusa encuentran las imprudencias de la juventud.” (POTHIER, Robert. 1839. p.74).

Este autor no solo contempló la responsabilidad por hecho propio, sino también por el hecho de terceros al explicar que: *“Y no solo queda obligada á la reparación del daño la persona del que ha incurrido en un delito ó cuasidelito, sino también aquellos que lo tienen bajo su potestad, y están obligadas á vigilar su conducta, tales como los padres, madres, tutores y preceptores; siempre y cuando el hecho hubiese sido cometido en su presencia, y generalmente siempre y cuando pudiendo impedir su perpetración no la impidieron; mas si no estuvo en su mano impedirlo, no quedan obligados... Son asimismo responsables de los perjuicios ocasionados por delitos ó cuasidelitos de sus dependientes ó trabajadores los amos que los emplean. Y esta responsabilidad es efectiva siempre y cuando tales actos se verifiquen por los dependientes en el ejercicio de las funciones y en a ejecución de los trabajos en que los tienen empleados, aunque los mismos dueños estén ausentes, y aun cuando no estuviese en su poder el impedirlo. Esto se ha establecido asi, a fin de que los amos se esmeren mas y mas en servirse de buenos criados y jornaleros; y por lo mismo no deben responder de delitos y cuasidelitos cometidos fuera del ejercicio de las funciones á que los hubiesen destinado. Debe tenerse presente que es muy diferente la obligación de los que son responsables de un delito ajeno, de la de aquellos que los son por hecho propio. En los primeros no es mas que*

meramente civil ó pecuniaria, es decir, que son únicamente responsables con sus bienes; al paso que los segundos lo son con sus bienes y persona, cuando es tal la naturaleza del delito que dé lugar á un procedimiento contra la misma.” (POTHIER, Robert. 1839. p.75-76).

Este desarrollo intelectual paso a formar parte del Código Civil Francés aprobado en 1804, estableciendo el principio general de la culpa en materia de responsabilidad civil extracontractual.

Sobre este Código indica el autor Olmedo Arrocha Osorio que *“Napoleón se propuso como meta, dentro de la Revolución Francesa, recopilar y refundir en un solo texto legal el cúmulo de la tradición jurídica francesa, para así cerrar la estructura jurídica del sistema feudal, abriendo leyes para la aristocracia, campesinos, gremios, y suprimiendo normas locales a fin de facilitar el establecimiento de la administración pública, e instaurando normas generales y unificando regímenes legales, para consolidar la estabilidad política... Es más, tenía claridad de que no existía hasta ese momento nada que pudiera titularse con propiedad derecho francés; solamente una cantidad amorfa de códigos regionales y un centenar de tribunales con autonomía”.* (ARROCHA OSORIO, Olmedo. 2016. p.123-124).

Con la participación directa de Napoleón el Código Civil entró en vigencia con la Ley de 24 de marzo de 1804, y es el texto que ha servido de guía al resto de codificaciones decimonónicas entre las que se encuentra el Código de Andrés Bello que rigió en Panamá hasta que se aprobó el actual Código Civil de 1916; así como también fue inspiración al Código Civil español de 1851 (Código de García Goyena) fuente a su vez del actual Código Civil Español de 1889, el cual es la referencia directa de nuestro actual Código Civil de 1916.

Retomando el Código Civil de Napoleón de 1804, el mismo recoge la división de las fuentes de las obligaciones en su artículo 1370 el cual dispone que: *“Ciertas obligaciones se contraen sin que intervenga acuerdo alguno, ni de parte del que se obliga ni de parte de aquel para el que se obliga. Unas proceden de la ley; otras nacen de un hecho personal del que resulta obligado. Las primeras son obligaciones constituidas involuntariamente, tales como las que existen entre propietarios vecinos, o las de los tutores y otros administradores que no pueden rehusar la función que se les confía. Las obligaciones que nacen de un hecho personal del que resulta obligado provienen de los cuasi-contratos, de los delitos o de los cuasi delitos. Ellas constituyen la materia del presente título”*.

Este artículo es fuente del artículo 1089 del Código Civil de España que a su vez es fuente del artículo 974 del Código Civil panameño. De esta manera se recoge la clásica división de las fuentes de las obligaciones, donde se puede apreciar que las mismas nacen de la ley o de un hecho personal que obliga a la persona. Dentro de esta última categoría, se encuentran los cuasi-contratos, los delitos y cuasi-delitos, siendo estos últimos regulados de la siguiente manera:

Artículo 1382. Cualquier hecho del hombre que cause daño a otro obliga a aquel por cuya culpa sucedió a repararlo.

(Article 1382. Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.)

Artículo 1383. Cada uno es responsable del daño que cause, no sólo por su acción, sino también por su negligencia o su imprudencia.

(Article 1383. Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.)

Estas normas son la base de nuestro sistema de responsabilidad civil extracontractual basado en la culpa del agente, el cual ha sido la fuente del artículo 1902 del Código Civil Español que a su vez es la fuente directa de nuestro artículo 1644 del Código Civil. De esta manera, obliga al culpable de la acción a reparar dicho daño, ya sea que lo haya causado voluntariamente (de manera intencional), por su negligencia o

por su imprudencia.

En este punto es oportuno traer a colación la aclaración hecha por el autor Javier Tamayo Jaramillo con relación a los términos “*culpa*” en castellano y “*faute*” en francés. Así, explica este autor que: “*En la literatura jurídica castellana, la palabra culpa tiene dos significados: uno genérico que es sinónimo de falta y otro más específico que es sinónimo de negligencia. Por eso hablamos de culpa a título de dolo o de culpa a título de culpa.... En el derecho francés la doble interpretación no existe, pues literalmente hablando dicho idioma no conoce la palabra culpa, sino la palabra falta (faute), Por eso los autores de aquel país hablan de falta culposa y de falta dolosa.*” De allí que cuando en castellano se habla de culpa, se suele comprender tanto el dolo como la negligencia.

Como se pudo apreciar, el desarrollo doctrinal francés iniciado por Domat y culminado por Pothier, se vio reflejado en los artículos 1382 y 1383 del Code Napoléon (1804), que establecen como regla general que todo daño inferido a otro debe ser reparado si se debe al “hecho o culpa” del autor; de allí entonces que ese sistema de responsabilidad basado en el principio de la culpa del agente es común a todo el derecho occidental, el cual aparece en todas las legislaciones derivadas del Código Civil Francés; entre ellos, el Código Civil de España, fuente

directa de nuestro actual Código Civil, así este Código Civil de España, en su artículo 1902 dispone que: *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”*, de esta forma, el Código Civil Español *“sigue fiel a las directrices imperantes en la época de la codificación, que hacían descansar en la noción de culpa el fundamento de la responsabilidad.”* (DÍEZ-PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio. 1995. P.591).

En nuestro país, la responsabilidad civil extracontractual, viene regulada, grosso modo, en el artículo 1644 del Código Civil, de la siguiente manera:

“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

Si la acción u omisión fuere imputable a dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable por los perjuicios causados.”

Como mencionamos, este artículo fue tomado del Código Civil Español (art.1902) por el legislador panameño en 1917, y sólo ha sufrido una modificación por el artículo 1 de la Ley N° 43 de 13 de marzo de 1925, publicada en la Gaceta Oficial N° 4.622 de 25 de abril de 1925, manteniéndose intacto hasta la fecha. Valga aclarar que dicha modificación sólo consistió en agregar el segundo párrafo a dicha disposición, para hacer que esta norma rigiera para los casos en que la

persona haya actuado con otras personas, ya sea como coautor o cómplice en la producción del daño, haciendo a ellos solidariamente responsables de reparar el daño causado, principio que se remonta a los trabajos elaborados por Hugo Grocio, como vimos con anterioridad.

Y es en base a esta disposición, vigente desde 1917, que se ha erigido todo el sistema de responsabilidad civil extracontractual, en nuestro derecho, la cual esta fundamentalmente basado en la culpa del agente, lo que significa que no basta que un sujeto sufra daño en su persona o en sus bienes para que su autor deba repararlo, pues para ello, es necesario que ese daño se haya ocasionado con culpa, tal como es definida esta palabra en el artículo 34 C del Código Civil, que incluye dentro de este concepto general de culpa, cualquier tipo de negligencia o imprudencia (dolo, culpa grave, culpa, culpa leve y culpa levísima). Por esa razón, en algunos casos, la culpa resulta ser insuficiente para amparar todos los daños que ocurren en la actualidad.

A consideración de Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, este sistema ha entrado en crisis por el aumento de la población y el progreso de la llamada civilización técnica en donde aparecen un sin número de artificios creadores de riesgos y situaciones de peligro, por lo que a pesar de seguir subsistiendo formalmente este sistema inalterado ha

obligado a que la jurisprudencia realice una interpretación de las normas que en el fondo supone un nuevo sistema. *“Se acude a los expedientes de las presunciones de responsabilidad, de la inversión de la carga de la prueba (que dispensa a la víctima de toda otra carga que no sea la de probar la realidad del daño corriendo a cargo del imputado la demostración de que su actuar fue diligente), o a apreciar culpa ante la más mínima negligencia, llegando incluso a la declaración de responsabilidad por el hecho de haber ocurrido el daño, que prueba por sí mismo la existencia de aquella negligencia. Dentro de esta misma línea también se flexibiliza el requisito de la causalidad que debe existir entre el daño y el hecho productor del mismo. Se pasa de una causalidad necesaria a una causalidad adecuada, y las infinitas matizaciones e interpretaciones de esta 'adecuación' aparecen por doquier”* (DÍEZ-PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio. 1995. P.593).

En igual sentido se pronuncia Hernán Corral Talciani cuando manifiesta que *“Las transformaciones, a la vez económicas, sociales, políticas y culturales, que se generan a partir de la segunda mitad del siglo XIX y primeras décadas del XX, comienzan a poner en cuestión el principio de que sólo se responde por culpa personal apreciada en concreto. Por una parte, existe una mayor tendencia a enfatizar los deberes de solidaridad social por sobre la exaltación individualista de la*

libertad propia de los siglos anteriores. Por otro lado, una economía eminentemente agropecuaria ha dejado paso a otra industrializada y altamente tecnificada, que convoca a una masa de operarios y una ingente cantidad de recursos pecuniarios. Además, los avances científicos y técnicos junto con favorecer el bienestar se convierten en nuevas fuentes de daños (ferrocarriles, automóviles, vacunas, productos farmacéuticos). Finalmente, una valoración más integral de la persona produce la aspiración a que la reparación no se detenga en los rubros económicos del daño, sino que incursione en aspectos espirituales, estéticos, psicológicos. La preocupación por la víctima del hecho dañoso pasa a tener tanto o más relevancia que la indagación de si hay culpa en el autor del daño.” (CORRAL TALCIANI, Hernán. 2003. P.87).

De allí que la doctrina, la jurisprudencia o el legislador, tomen medidas al respecto, como por ejemplo ampliando las coberturas de los seguros y haciéndolos obligatorios, aplicando presunciones de culpabilidad, aplicación de nuevas corrientes en materia de carga probatoria (ejemplo, la carga dinámica de la prueba), reconociendo la culpa anónima o de la organización cuando es muy difícil identificar la acción culpable (en derecho administrativo se utiliza el criterio de falla del servicio), interpretando de manera más generosa en favor de la

víctima las normas sobre responsabilidad extracontractual, ampliación en el reconocimientos de daños resarcibles y sobre todo estableciendo estatutos de responsabilidad estricta u objetiva, los cuales prescinden de la culpa del agente, ejemplo de ello es la teoría del riesgo, la cual ha sido reconocida expresamente en los recientes Códigos Civiles de Perú y Argentina.

2.4 Elementos de la Responsabilidad Civil Extracontractual.

La responsabilidad civil tiene unos elementos propios que son necesarios acreditar para que pueda ser declarada por los tribunales de justicia, y ellos son: a). La existencia de un Hecho o comportamiento humano; b). Un criterio de imputación; c). La existencia de un Daño; y, d). La existencia del Nexo Causal entre el comportamiento humano (hecho ilícito) y el daño ocasionado.

En palabras del profesor Fernando Reglero, los elementos de la responsabilidad civil son: una conducta activa u omisiva del agente del daño; un criterio de imputación, sustentado normalmente en la culpa; la existencia de un daño injusto que afecte a un derecho jurídicamente tutelable; y la existencia de una relación causal entre aquella conducta y el daño. Sostiene este autor que, en algunos ordenamientos se puede

hablar de un quinto elemento, la antijuridicidad de la conducta del agente. (REGLERO CAMPOS. L. Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel. T.1. 2014, P.71).

2.4.1 Hecho ilícito.

El hecho ilícito es un comportamiento activo u omisivo cometido de manera voluntaria por el agente, al cual le es atribuible ser el causante del daño sufrido por la víctima. Los comportamientos activos son aquellos en los cuales hay una acción del agente, mientras los comportamientos omisivos, sólo se configuran cuando existe un deber impuesto al agente que lo obliga a adoptar determinado comportamiento y éste no lo realizó, es decir, que es suficiente que el autor no haya actuado, debiendo y pudiendo hacerlo sin grave menoscabo para su persona.

Manifiesta Enrique Baros Bourie que *“el hecho voluntario puede ser idealmente descompuesto en dos elementos: uno de carácter externo, consistente en la conducta del sujeto, que expresa su dimensión material; y otro de carácter interno, que se refiere a la voluntariedad y muestra su dimensión subjetiva.”* Agrega que: *“En su dimensión subjetiva o personal, el hecho que da lugar a responsabilidad*

supone la libertad del sujeto para actuar. La conducta solo es voluntaria en la medida en que pueda ser imputada a una persona como su acción u omisión libre.” (BARROS BOURIE, Enrique. 2020. p.69-70).

De ahí que el artículo 1644 del Código Civil textualmente indique que *“El que por acción u omisión casusa daño a otro...”*, contemplando de este modo que no sólo actúa ilícitamente quien mediante su acción causa daño a otro, sino también el que debiendo actuar, no lo hace. Así, en definitiva, lo que subyace detrás de esta norma como fuente de la responsabilidad, es un comportamiento humano voluntario. Es por ello que la responsabilidad civil exige para su configuración la realización de un comportamiento humano que cause un daño en forma ilícita, por tanto, es necesario que el hecho o acto sea originado en la voluntad del ser humano, ya que sólo las personas (naturales o jurídicas), que actúan con su inteligencia y voluntad, pueden incurrir en responsabilidad.

Explica el autor Adriano De Cupis que *“El daño que se tiene en consideración es, realmente, un daño que deriva, como siempre, de un hecho humano y que es, además de ello, un daño antijurídico. Se suele distinguir la responsabilidad directa e indirecta. Se tiene responsabilidad directa cuando se es llamado a responder del daño producido por un hecho propio; y, por lo que respecta a la responsabilidad indirecta se*

suele diferenciar según se responda del daño causado por el hecho de una tercera persona o bien del daño originado por hecho de las cosas. Ahora bien, la responsabilidad por daño derivado del hecho de las cosas, es, ciertamente, una responsabilidad por daño derivada de un hecho humano.

En el Código Civil de 1865, el art. 1.153 reagrupaba varios casos de responsabilidad llamada indirecta y todos juntos los contraponía a la responsabilidad directa. El art. 1.151 establecía: ‘cualquier hecho del hombre, que ocasiona daño a otro, obliga a aquel por culpa del cual se ha realizado, a resarcir el daño’; y el art. 1.153 principiaba en su párrafo primero: ‘De igual forma cada uno está obligado no sólo por el daño causado por hecho propio, sino también por los ocasionados por personas de las que se debe responder, o por las cosas que se tienen bajo la guarda.’ De donde podrá parecer que la lógica del legislador, concebía el hecho propio y del hecho de una tercera persona. Los art. 1.154 y 1.155 concernientes a la responsabilidad por el daño causado por los animales o por la ruina de un edificio, siguiendo la enunciación referida, se encuadraban en el mismo orden de pensamiento.

Sin embargo, hasta ahora no se prestó atención por los tratadistas a esta participación del ser humano en el desenvolvimiento del proceso

dañosos derivado de las cosas; parece que el daño lo produce la cosa, pero en realidad, este daño está en función de la falta de cuidado del hombre, de la falta de aplicación por su parte de las medidas preventivas. Puesto que el art. 1.151 del Código civil daba un concepto amplísimo del 'hecho del hombre', que podía ser tanto positivo como negativo (omisión), así también la abstención del hombre de aquella actividad necesaria para que la cosa no desarrollase su actitud dañosa podía considerarse como la verdadera causa del daño, del que el art. 1.153, párrafo primero, 1.154 y 1.155 hacían derivar la obligación del resarcimiento. [...] En lo que se relaciona con el daño causado por las cosas dependientes de uno (art. 2.051) está claro que se trata de un daño producido por las cosas, en cuanto el individuo que las tiene encomendadas omite las medidas necesarias para que no se pueda producir, por lo que, en definitiva, la causa no es la cosa, sino el comportamiento humano negativo [...] Para el ordenamiento jurídico es irrelevante, a efectos de responsabilidad, la pura y simple derivación del daño de la cosa. Lo que verdaderamente cuenta es la participación humana en el desarrollo del proceso dañoso derivado de la cosa. Tal participación es decisoria, indispensable, para que el daño adquiera carácter jurídico; en otras palabras, el llamado daño de las cosas, produce reacción jurídica sólo en cuanto el hecho humano se inserta en la dinámica del daño mismo.” (DE CUPIS, Adriano. 1970 P.129-132).

Sobre el particular, nos comenta Javier Tamayo Jaramillo que:

“De igual modo, en la responsabilidad extracontractual, todas las instituciones están fundamentadas en una conducta del agente. El tema no ofrece mayor discusión o dificultad tratándose de la responsabilidad personal o directa, pues en tales circunstancias es claro que se juzga la conducta inmediata, activa u omisiva del agente. Pero aún en la responsabilidad civil por hecho de las cosas, por el ejercicio de actividades peligrosas o por el hecho ajeno, siempre estará la conducta del responsable como elemento fundamental de su responsabilidad. Así, por ejemplo, en la responsabilidad por un tercero (C.C. Art.2347), la ley presume que el comportamiento descuidado o imprudente del civilmente responsable fue la causa determinante para que el directamente responsable se hubiera comportado en forma impropia. Lo mismo puede decirse de la responsabilidad por actividades peligrosas, pues también en éstas se hace responsable a quien tiene el poder de dirección y control de la actividad peligrosa, poco importa que en el momento de ocurrir el daño, el agente no tenga contacto físico con la actividad causante del daño. La ley presume que la actividad peligrosa o la cosa, causaron el daño porque el guardián con su acción u omisión (lejana o cercana en el espacio y en el tiempo), puso la cosa o la actividad en capacidad causal de producir el daño. Si un vehículo que

se encuentre estacionado sin conductor abordo, repentinamente comienza a rodar causando un daño, la ley presume que el automotor rodó porque su guardián lo estacionó allí y posteriormente omitió controlar los riesgos que así generaba. No es pues el hecho de la cosa lo que genera la responsabilidad civil, sino el comportamiento de su guardián frente a ella.” (TAMAYO JARAMILLO, Javier. Op. Cit. P.189-190).

Para los profesores Valencia y Trujillo la “*idea de “acción” no causa problema alguno en cuanto a su identificación, pero la omisión sí, porque habría que determinar cuáles omisiones dan lugar a responsabilidad civil. Básicamente la omisión da origen a reparar daño cuando se omite un deber legal o se produce una abstención con el solo propósito de ocasionar daño.*” (VALENCIA MORENO, Alexander y TRUJILLO LÓPEZ, Virgilio. 2011. P.205).

Como hemos visto, el hecho ilícito, en materia civil, no existe un catálogo de conductas típicas generadoras de responsabilidad civil, pues basta que ese comportamiento activo u omisión transgreda de alguna manera el ordenamiento jurídico, ya sea porque se incumple obligaciones contractuales, cuasicontractuales, legales o se incumple el deber general de prudencia.

Explica Martin Diego Pirota que *“La moderna doctrina habla de “antijuridicidad o ilicitud”; es decir, una conducta contraria a la ley. Antes se hablaba de antijuridicidad o ilicitud formal y subjetiva, porque se exigía una conducta del agente violatoria de la ley; mientras que ahora se ha ampliado el concepto y se habla de antijuridicidad o ilicitud material y objetiva, porque requiere una conducta contraria al ordenamiento jurídico visto en su integralidad; es decir, no solamente una conducta contraria a la ley, sino también puede ser a un decreto, reglamento, a la moral, a las buenas costumbres, a los principios generales del derecho; y ajena a toda consideración de la subjetividad del agente. La antijuridicidad desaparece por las siguientes causales de justificación de conducta: legítima defensa, estado de necesidad, obediencia debida, cumplimiento de un deber; y consentimiento de la víctima.”* (En VALENCIA MORENO, Alexander y TRUJILLO LÓPEZ, Virgilio. 2011. P.206).

Así por ejemplo, podemos diferenciar el delito penal de un delito civil (ilícito civil), en la medida que el primero exige tipicidad de la acción y basta la simple ocurrencia de la conducta para que genere la reacción del ordenamiento penal, mientras que en el segundo no, ya que no requiere tipicidad del comportamiento y es necesario que la conducta

hubiese causado un daño; así, siguiendo la clásica definición de delito penal tendríamos que el mismo es toda “acción u omisión típica antijurídica y culpable”; mientras que un hecho ilícito civil será toda “acción u omisión antijurídica, culpable y dañina”.

Lo antes dicho, nos lleva al siguiente elemento de la responsabilidad civil, que es la culpa, ya que un comportamiento u omisión será considerado un hecho ilícito en la medida que exista culpa del agente dañador, concepto que en materia civil engloba tanto el reproche social de la conducta o comportamiento realizado, así como la imputación del hecho ilícito a cierta persona.

2.4.2 Criterio de Imputación.

Como sostiene el profesor Fernando Reglero, la “*responsabilidad es imputación. Con carácter general, la responsabilidad constituye una categoría común a la práctica totalidad de los órdenes jurídicos. Se habla así de responsabilidad civil, penal administrativa, fiscal, asociativa, social, incluso política. Cada una de ellas posee un particular régimen jurídico en cuanto a sus presupuestos, elementos y efectos. Cuando un sujeto incumple un deber o una obligación o cuando causa un daño, es responsable siempre que el incumplimiento o el daño le sea*

imputable. Desde esta perspectiva puede afirmarse que la responsabilidad descansa sobre un determinado título de imputación. En el ámbito de las relaciones obligatorias contractuales (y, en general, de las previamente constituidas –ley, contratos, cuasicontratos-), un presupuesto básico de la responsabilidad es el incumplimiento de la obligación (o el cumplimiento tardío o inexacto) que lleva aparejada la sanción de la ‘contravención’ de que habla el art.1101 CC. Pero esto, por sí solo, no da lugar a responsabilidad. Para ello es necesario que el incumplimiento sea atribuible al obligado en virtud de un determinado título de imputación, sancionado por una norma jurídica. Si el deudor es responsable de la contravención es porque existe una norma que le atribuye el incumplimiento y que le obliga a cumplir bien ‘in natura’, bien por equivalente o bien a restituir lo obtenido como contraprestación. De esta responsabilidad en sentido amplio puede nacer, además, una nueva obligación, si el acreedor sufre otros daños como consecuencia del incumplimiento (además de eventuales responsabilidades de otros órdenes –penal, administrativo, tributario, etc.-): la de indemnizar los daños causados. Otro presupuesto fundamental de esta última responsabilidad es, pues, el daño. [...] En la responsabilidad civil extracontractual sólo hay un título de imputación: aquel que justifica que se obligue a una persona a indemnizar el daño que cause a otra.”

(REGLERO CAMPOS. L. Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel. T.1. 2014 P.69-70).

Agrega este autor que “...puede afirmarse que quien pretende una reparación por los perjuicios que le ha causado otra persona, necesita fundamentar su pretensión en una razón suficiente que le legitime para ello, pues de otra manera su reclamación sería arbitraria e indigna de protección jurídica, ya que la imposición de una obligación de indemnizar supone una intromisión en la esfera de la libertad y del patrimonio del obligado. Esa ‘razón suficiente’ la ha constituido tradicionalmente el principio de la culpa, de manera que el punto de partida de la responsabilidad por daños se construiría sobre la base del principio ‘casus sentit dominus’, según el cual las consecuencias de un suceso accidental o fortuito deben ser soportadas por quien las sufre. Con ser esto cierto, no lo es menos que en el Ordenamiento jurídico y en la práctica judicial española hoy conviven diversos sistemas de responsabilidad que emplean distintas ‘razones suficientes’ para decidir si el daño debe ser soportado por la víctima o por otra persona. A estas ‘razones suficientes’ normalmente se las denomina ‘criterios de imputación’ o ‘títulos de imputación’. En el Derecho español, como en la mayoría de los sistemas jurídicos de nuestro entorno, los criterios o títulos de imputación se suelen agrupar en dos clases o tipos

fundamentales: subjetivos o por culpa y objetivos.” (REGLERO CAMPOS, Fernando. BUSTO LAGO, José Manuel, 2014. P.265-266).

En general, solo existen dos criterios de imputación, uno subjetivo en donde se debe acreditar la culpa del agente, que es la regla general en nuestro derecho; y un criterio objetivo de imputación, en el cual no se exige por parte del juzgador una valoración que determine la culpa del agente ya que en estos casos se prescinde de dicho elemento. Y es que la *“diferencia específica entre los dos regímenes básicos de responsabilidad civil es el requisito de la culpa: mientras en la responsabilidad estricta u objetiva atiende a las consecuencias que se siguen causalmente de la acción, bajo un estatuto de responsabilidad por culpa solo se responde si, además, la conducta de quien provoca el daño es susceptible de un juicio negativo de valor.”* (BARROS BOURIE, Enrique. 2020. p.81).

Veamos los criterios basados en la culpa del agente.

2.4.2.1 Criterio Subjetivo de Imputación, la Culpa.

En esta categoría se pueden agrupar lo que la doctrina denomina la responsabilidad por hecho propio, la responsabilidad por hecho de

tercero y la responsabilidad por el hecho de las cosas; los cuales tienen en común que atribuyen responsabilidad al agente basado en una valoración de su comportamiento, así si se determina que su comportamiento no fue el correcto, entonces se acredita la culpa de su parte.

2.4.2.1.1 Responsabilidad por Hecho Propio.

La responsabilidad civil por hecho propio es aquella que atribuye la responsabilidad al causante directo del daño, es decir, quien causa el daño con su comportamiento, debe repararlo. En otras palabras, aquí el agente es la misma persona que realizó el comportamiento activo u omisivo al cual se le atribuye ser el causante del daño sufrido por la víctima. Así, este criterio de imputación propugna con atribuir dicho comportamiento a la persona que lo realizó (regla general de todo este sistema), criterio que ha sido la base sobre la cual se han edificado todos los códigos decimonónicos, lo cual incluye nuestro Código Civil tal como se desprende de la redacción del artículo 1644 lex cit, al disponer que: *“El que por acción u omisión causa daño a otro...”*, descripción en la cual puede encontrarse cualquier persona.

En opinión de Javier Tamayo Jaramillo, *“La responsabilidad directa o por el hecho propio está constituida por todos aquellos comportamientos que, siendo culposos, no se enmarcan dentro de las otras especies de responsabilidad extracontractual consagrada en el Código Civil.”* Agrega que *“no se puede perder de vista que en el fondo toda la responsabilidad contractual y extracontractual es, en estricta lógica, una responsabilidad directa, ya que en última instancia es la conducta del agente la que se reprocha, pues la ley supone que es el comportamiento del demandado la causa de que las personas o las cosas que están bajo su cuidado hayan causado el daño a un tercero.”* (TAMAYO JARAMILLO, Javier. 2018. P.579).

Así, en estos casos, habrá culpa de esa persona cuando su comportamiento se aleje del estándar del hombre prudente, es decir, del comportamiento del estándar de un buen padre de familia, el cual procura realizar sus actos sin causar daños injustificados a los demás. Este estándar es un concepto abstracto que le permite al juez evaluar la conducta del demandado dependiendo de las circunstancias de cada caso, y en esas circunstancias juzgar si el comportamiento realizado se ajusta o no al comportamiento que hubiese realizado un hombre prudente en esas mismas circunstancias, es decir, que este sistema atribuye el daño a la persona que se ha comportado de una forma que

es reprobada por el ordenamiento jurídico, visto este último en su dimensión más amplia.

Según Adriano De Cupis, la culpa, *“constituye un estado anímico que, con relación a un daño concreto, puede apelarse de reprobable. De hecho, es un estado de ánimo disforme del que suele encontrarse en los individuos dispuestos a evitar los efectos perniciosos (daños)”* (DE CUPIS, Adriano. El Daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil, segunda edición. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona 1975. P.185-186). Agrega este autor que *“hay culpa cuando no se ha empleado aquella tensión de las facultades mentales que habrían permitido prever el daño previsible, al igual que aun habiéndose previsto el daño, no se ha impreso a la propia energía volitiva aquella orientación que, con la finalidad de evitarlo, habría sido necesaria.”* (DE CUPIS, Adriano. 1975. P.187).

Por su parte los hermanos Mazeud definen la culpa como *“un error de conducta tal, que no lo habría cometido una persona cuidadosa situada en las mismas circunstancias externas que el autor del daño”* (MAZEAUD Henri, MAZEAUD León y TUNC André. 2010. P.85). Conforme a estos autores, dicha definición incluye no sólo el caso en que el autor de la culpa estuviera sujeto a la obligación general de

prudencia y diligencia, sino también cuando la ley haga que recaiga sobre él una obligación determinada; porque una “persona cuidadosa” cumple evidentemente con las obligaciones precisas que la ley pone a su cargo, salvo circunstancias de fuerza mayor.

Agregan estos autores que: *“El juez compara la conducta de la persona que ha causado el daño con la de otra persona que habría actuado correctamente. Este tipo ideal del hombre honrado y hábil, se denomina con frecuencia el buen padre de familia. El que no procede como un buen padre de familia, incurre en culpa.”* (Ibidem. P.76).

Sobre este elemento de la responsabilidad civil indica el autor Javier Tamaño Jaramillo que *“la culpa no es más que una cualidad, característica o modalidad que acompaña al comportamiento humano...en sentido estricto consiste en la forma como el agente realizó la conducta.”* Agrega este autor que: *“La culpa... es una forma de comportarse, o mejor, el elemento psicológico que acompaña al comportamiento y que puede darse independientemente de que haya o no un daño a un tercero. Puede haber culpa sin daño, como también puede haber daño sin culpa. ...la responsabilidad fundada en la culpa exige que con el comportamiento dañoso se haya violado un reglamento*

o se haya actuado en forma imprudente, imperita o negligente.”
(TAMAYO JARAMILLO, Javier. 2018. P.193 y 221).

Existe culpa de una persona cuando el hecho ocurrido le puede ser atribuido al comportamiento de esa persona y ese comportamiento deviene alejado del estándar del hombre prudente, es decir, del comportamiento del estándar que corresponde a un buen padre de familia, el cual procura realizar sus actos sin causar daños injustificados a los demás o cuando el mismo es contrario algún mandato legal. Este estándar de hombre prudente (buen padre de familia) es un concepto indeterminado que le permite al juez evaluar la conducta del demandado de manera abstracta sin olvidar las circunstancias de cada caso, y en esas circunstancias, juzgar si el comportamiento realizado se ajusta o no al comportamiento que hubiese realizado un hombre prudente en esas mismas circunstancias; es decir, este sistema atribuye la culpa a la persona que se ha comportado de una forma que es reprobada o reprochable por el ordenamiento jurídico.

Debemos tener presente que el hombre para vivir en sociedad necesita reglas de conducta para juzgar las acciones de los individuos con exigencia, fijar estándares o prototipos de conductas deseadas de manera que no se dañe a otra persona con la conducta individual. La

culpa no es más que la omisión o la infracción que comete una persona a un estándar determinado, que, por lo general, es el estándar del comportamiento que debe observar un buen padre de familia cuando no exista una norma que lo regule.

Es por ello que el artículo 989 del Código Civil dispone que *“La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”*.

Indican los profesores Valencia y Trujillo que: *“Particularmente, pensamos que surge la culpa cuando el agente ofensor se aparte de las normas generales de prudencia impuestas a la sociedad atendiendo a determinadas circunstancias, la costumbre, la lógica o por la naturaleza de las cosas. En tal sentido, la culpa, a prima facie, resulta de un apartamiento de esas normas. La culpa como elemento psicológico subjetivo de la responsabilidad extracontractual, constituye un modo de ser de la conducta humana, siendo que en la base de toda idea de culpa hay un juicio de valor, por la calificación de esa conducta que resulta de*

formularse un juicio concreto sobre tal conducta apreciándola de acuerdo a ciertos criterios. Es un hecho cierto que en nuestro medio prevalece el concepto de culpa, tanto en la legislación como en los Tribunales recibidos de la doctrina y jurisprudencia francesa, lo cual constituye el estándar jurídico del buen padre de familia o del hombre diligente. (VALENCIA MORENO, Alexander y TRUJILLO LÓPEZ, Virgilio. 2011. P.208).

Así, la valoración y/o ponderación de este concepto indeterminado (comportamiento de un buen padre de familia), va a depender de las particularidades de cada caso, pues debemos atenernos al campo específico en que se desenvuelve la actividad y si dentro de ese campo, el comportamiento de los sujetos está reglamentado o no. Si está reglamentado, ello le sirve de guía al juzgador al momento de ponderar la conducta del demandado y de la víctima; y si no, corresponderá hacer uso del sentido común, es decir, determinar cuál debió ser el comportamiento que debió adoptar una persona diligente a fin de que no se provocaran los daños, ya que existe el deber general de prudencia, el cual obliga a los sujetos de abstenerse de cometer actos que dañen a las demás personas.

En este sentido explica Fernando Reglero que los “*Elementos constitutivos de la imputación subjetiva son los juicios de previsibilidad y de evitabilidad del daño (art. 1105 CC). El juicio de previsibilidad consiste en un test en virtud del que el juzgador se pregunta si el sujeto que ocasionó el daño pudo prever o no las consecuencias de su conducta activa u omisiva. Hay culpa no sólo cuando el sujeto debió prever el daño que se derivaría de una determinada actividad, sino también cuando según las reglas de la experiencia humana ordinario debió prever el acatamiento de un hecho o de un suceso dañoso, o cuando era razonable que lo hubiera previsto bajo particulares circunstancias. No la hay en caso contrario. Por ello, para el juicio de previsibilidad es necesario atender a las circunstancias que concurren en el sujeto eventualmente responsable, fundamentalmente a su edad, fase de madurez, capacidad mental, etc. Se denomina ‘inimputable’ a la persona que no supera el test de previsibilidad, bien sea en el caso concreto, bien de forma genérica. [...] Naturalmente, para que pueda hablarse de culpa es preciso no sólo que el sujeto haya previsto un determinado resultado, sino también la constatación de que disponía de los medios necesarios para impedirlo y no lo hizo, o bien que recayera sobre él un deber de evitar ese resultado en el caso particular sin que lo hubiera hecho. Es decir, operación posterior al test de previsibilidad es el test de ‘evitabilidad’, según el cual no hay culpa cuando la previsión*

no va acompañada de la posibilidad de evitar el resultado dañoso (art.105 CC), ni sobre el sujeto recaiga un deber de evitarlo en el caso particular mediante la adopción de las medidas necesarias para ello.” (REGLERO CAMPOS, Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel. 2014. P.301-305).

Aclara este autor que estas pruebas de previsibilidad-evitabilidad se han venido sustituyendo por un criterio más objetivo, visto el daño desde la perspectiva del buen padre de familia, propia de la apreciación clásica de la culpa o negligencia.

Por ello debemos concluir que si bien estas pruebas de previsibilidad-evitabilidad pueden servir de guía al juzgador para valorar la conducta del agente, ello, a nuestro juicio no es determinante, pues se debe apreciar la conducta desde la perspectiva más amplia y confrontarla con el ordenamiento jurídico y definir si la misma es reprochable o no, es decir, determinar si se pudo esperar otro comportamiento del sujeto a fin de que los daños no se provocasen.

Así, luego de haber realizado este análisis de las conductas de los sujetos involucrados, debería poder el juzgador determinar si el comportamiento se alejó del estándar de conducta requerido para el

caso en específico y si le es imputable a esa persona, es decir, puede determinar en cabeza de quién estuvo la culpa del accidente, si ocurrió por culpa de la víctima, o por culpa del demandado, o incluso, si hubo alguna causa externa que contribuyó a la ocurrencia del evento dañino, ya que se ha valorado el comportamiento y se ha determinado que **el mismo es reprochable** en el sentido, que pudo esperarse otra conducta por parte del agente dañador, a fin de evitar que ocurrieran los daños.

En este sentido, nos comenta Javier Tamayo Jaramillo que *“la culpa necesariamente deberá ser juzgada en abstracto, pues en uno y otro caso, el juez solo puede deducir la culpa mediante la comparación de los hechos probados en el proceso con el prototipo abstracto que del hombre prudente se ha formado el fallador.”* Agrega el autor que *“la culpa es un elemento meramente subjetivo que conlleva al agente a comportarse como no lo haría un hombre prudente o avisado.”* (TAMAYO JARAMILLO, Javier. 2007. P.17 y 193).

Entonces, es necesario determinar si ese comportamiento del demandado es reprochable o no, será reprochable en la medida que se acredite que el agente dañador fue imprudente, negligente o temerario en su actuación, ya sea porque no previó las posibles consecuencias

dañosas de su comportamiento, ya sea porque no tomó las medidas necesarias para evitar el daño, o incluso, porque contribuyó con su actuación hacer más riesgoso el lugar donde ocurrió el accidente.

En este sentido, el artículo 34-C del Código Civil, distingue varios tipos de culpa, dependiendo del comportamiento de agente. Así, indica que “*Culpa grave, negligencia grave, culpa lata*”, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios, la cual, 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, a lo que agrega el Código Civil, que el que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa. Y “*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. Mientras que el “*Dolo*” es la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, lo cual, en nuestro medio, servirá para graduar o moderar la

responsabilidad que se le endilga la persona, pues basta que se cometa cualquier grado de imprudencia, conforme fue antes descrito, para que nazca la responsabilidad de indemnizar el daño ocasionado.

En este punto, debemos aclarar que cuando el Código utiliza la palabra “injuria” quiere hacer referencia a “daño”, o sea que el dolo, es la intención positiva, voluntaria o intencional de causar un daño a otra persona, ya sea en su patrimonio o en su ser físico o espiritual.

2.4.2.1.1.1 Jurisprudencia.

Fallo de 13 de julio de 2023.

De la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia dentro del proceso ordinario de daños y perjuicios de mayor cuantía promovido por Sacramento Agustín Ortega Zeballos contra Minera Panamá, S.A. (exp.9233-2022).

El contexto de discusión de esta causa era el siguiente: sobre una finca de propiedad del demandante la autoridad administrativa competente estableció una servidumbre para la construcción de una línea eléctrica de alta tensión que pasaría sobre esa servidumbre. Para

la construcción de la línea eléctrica la demandada tuvo que talar la vegetación que estaba sobre la servidumbre, para lo cual obtuvo todas las autorizaciones administrativas correspondientes. Ahora el demandante le reclama a la demandada por ese daño ambiental al eliminar la vegetación que estaba en su propiedad, aunque lo talado formaba parte de la servidumbre impuesta. En su defensa, sostiene la demandada que no tiene la obligación de indemnizar al demandante porque simplemente no ha cometido algún hecho ilícito, debido a que su actuar se desarrolló dentro de los parámetros de la ley, contando para ello con los permisos correspondientes, siendo la servidumbre establecida sobre la finca del demandante consecuencia de una servidumbre legal de utilidad pública, la cual fue constituida y se encuentra contemplada en la ley.

Al desatar esta litis, la Sala Civil sostuvo lo siguiente:

“Existe culpa de una persona cuando el hecho ocurrido le puede ser atribuido al comportamiento de esa persona y ese comportamiento deviene alejado del estándar del hombre prudente, es decir, del comportamiento del estándar que corresponde a un buen padre de familia, el cual procura realizar sus actos sin causar daños injustificados a los demás o cuando el mismo es contrario algún mandato legal. Este estándar de hombre prudente (buen padre de familia) es un concepto indeterminado que le permite al juez evaluar la conducta del demandado de manera abstracta sin olvidar las circunstancias de cada caso, y en esas circunstancias,

juzgar si el comportamiento realizado se ajusta o no al comportamiento que hubiese realizado un hombre prudente en esas mismas circunstancias; es decir, este sistema atribuye la culpa a la persona que se ha comportado de una forma que es reprobada o reprochable por el ordenamiento jurídico.

En este sentido, el artículo 989 del Código Civil, es claro al disponer que:

“Art. 989. La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”

Al respecto, indica Javier Tamayo Jaramillo, al explicar los criterios que debe tener el juez en cuenta para evaluar el comportamiento del agente que: “Es aquí donde el juez debe comparar la conducta del causante del daño con la de un hombre prudente y razonable. Para hacerlo, el juez echa mano de los principios generales del derecho, de la costumbre imperante, de las reglamentaciones de carácter privado, de normas técnicas, de la moral y de la equidad. En la medida en que todos estos parámetros estructuran la moral social de los individuos en un medio determinado, el juez debe averiguar si el agente se comportó como lo habría hecho un hombre razonable colocado en ese mismo medio.” (TAMAYO JARAMILLO, Javier. Op. cit. P. 226-227)

En el caso que nos ocupa, si bien el comportamiento de talar o eliminar toda la capa vegetal que existía en parte de la propiedad del demandante para construir en esa zona una línea eléctrica de alta tensión le puede ser endilgado a la demandada, no menos cierto, es que dicho comportamiento no puede ser considerado como imprudente, negligente ni doloso o que haya contravenido alguna disposición legal; en la medida que, de una

evaluación del comportamiento de la demandada en abstracto, no se puede concluir que se haya alejado del comportamiento o estándar de un buen padre de familia o al de aquel utilizado por un hombre prudente o avisado de manera ordinaria en el desarrollo de sus negocios.

Tal como lo han revelado los peritajes expuestos a consideración de esta Sala, consta que antes de realizar tal comportamiento, la demandada se aseguró de contar con todos los permisos respectivos para poder ejecutar esa tala y posterior construcción, es decir, que su comportamiento siempre estuvo avalado por la legalidad y, en esta causa, no existe prueba que la misma haya abusado de su derecho. De allí entonces, que **su comportamiento no sea culposos, al darse dentro de los parámetros permitidos por la legislación nacional**. Incluso, todos los peritajes expuestos llegan a la conclusión que esa limpieza de la capa vegetativa era necesaria para poder desarrollar el proyecto eléctrico que le había sido autorizado ejecutar a la demandada con carácter urgente por el Gobierno Nacional a través de la entidad reguladora del sector eléctrico.

En este sentido, podemos concluir que **quien actúa en ejercicio de un derecho de buena fe y sin rebasar los límites del mismo, no incurre en culpa, ya que se trata de una facultad o poder que la propia ley le ha permitido ejercer. En estos casos, quien demande a esa persona que ha ejercido su derecho, debe acreditar la mala fe en el ejercicio o que el mismo se dio de forma abusiva en perjuicio del reclamante.**”

Fallo de 4 de febrero de 2024.

De la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia dentro del proceso ordinario que Compañía Agrícola Industrial, S.A.

(CAISA) le sigue a las sociedades KLM Compañía Real Holandesa de Aviación, S.A. y DHL Aéreo Expreso, S.A. (exp.70112-2020).

El contexto de discusión de esta causa era el siguiente: Una empresa porcinocultura (CAISA) contrató los servicios de transporte de carga de una compañía aérea (K.L.M. COMPAÑÍA REAL HOLANDESA DE AVIACIÓN, S.A.) quien a su vez subcontrató los servicios de una empresa especialista en el transporte de carga aéreo (DHL AERO EXPRESO, S.A.). La carga ha transportar era semen porcino, la cual conlleva ciertos requisitos en su manejo y transporte.

Llegada la mercancía a Panamá, ingresa a los depósitos de la subcontratista, donde permanecía. Luego de un tiempo, la empresa subcontratista, para hacer espacio en su bodega mueve reubica varias mercancías, entre las cuales se encontraba el semen porcino, en la maniobra de reacomodo, la mercancía se cae al suelo, y se pierde totalmente; razón por la cual la compañía agrícola demanda a la empresa transportista que contrató (KLM) y esta a su vez llama al proceso a la subcontratista (DHL).

Al apreciar la culpa de la subcontratista, la Sala señaló lo siguiente:

“De la culpa grave o dolo en el contexto de discusión.

La definición del concepto de “culpa grave” es recogido en el contenido del artículo 34c del Código Civil, según el siguiente texto:

“Artículo 34c. La ley distingue tres especies de culpa y descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

.....”

Nótese que nuestro derecho interno incorpora el tratamiento generalizado de culpa grave equiparable al dolo. Ahora bien, **al hablar de dolo en materia civil no debemos evocar mentalmente un acto deliberado o con alevosía. Se trata de una acción irreflexiva en cabeza de una persona que no tenga una diligencia media.**

En otras palabras, se trata de un comportamiento injustificable, tomando en consideración el perfil o característica de la persona en particular que genera el comportamiento reprochado. Es decir, la evaluación del comportamiento supera utilizar como referencia el estándar del “buen padre de familia”, al comprenderse que las circunstancias no moverían ni al menos cuidadoso y menos si se es experto en alguna actividad, a realizar dicho comportamiento.

Sobre el particular, conviene tener presente el contenido del artículo 989 del Código Civil, que nos presenta la manera de cómo evaluar el comportamiento negligente, de manera de poder graduarlo, al decir: “...omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. Solo

en caso de que no se tenga una referencia expresa de cómo actuar, se acude al concepto de “un buen padre de familia”.

Por otro lado, esta excerta legal incluye otra regla de interpretación y evaluación del comportamiento aplicado a la indemnización por daños y perjuicios, al decir en el artículo 992 que: “En caso de dolo, responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”.

Al respecto, esta Sala de lo Civil, en cuanto al tema del dolo, en el Fallo de 17 de septiembre de 2012 (Recurso de casación interpuesto por Compañía Internacional de Seguros, S.A. en el proceso ordinario que le sigue GREGORIO VARGAS VERA) y en Fallo de 27 de marzo de 2015 (Recurso de casación promovido por EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA METRO-OESTE, S.A. y EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA CHIRIQUÍ, S.A. y SAMBA BONITA POWER & METALS, S.A. dentro del proceso ordinario propuesto por SAMBA BONITA POWER & METALS, S.A. contra EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA METRO-OESTE, S.A. y EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA CHIRIQUÍ, S.A.) abordan el tema de la definición de culpa grave equiparable al dolo.

En el caso que nos ocupa, al ser DHL AERO EXPRESO, S.A., una empresa experta y dedicada por muchos años al servicio de la industria logística de envíos, transporte y almacenaje, la diligencia que se le exige es mayor que la de un “buen padre de familia”, pues se espera más cuidados, previsión y prevención en la administración de los riesgos asociados con producción de daños en sus servicios.

A renglón seguido, para determinar la configuración o no de culpa grave, equiparable al dolo, de acuerdo a las circunstancias de este debate judicial, debemos repasar algunos hechos que se conocen de la actividad probatoria:

1.- La carga llegó el día 24 de febrero de 2011 y fue acomodada ese mismo día en las bodegas en un espacio destinado a cargas peligrosas. (Declaración Félix Picardi- Presidente de DHL, fs. 875-876)

2.- DHL AERO EXPRESO, S.A., tenía conocimiento que se trataba de una carga peligrosa. (Declaración de Francisco Ausberto Salamanca Rose-Gerente de Operaciones de KLM, f 837. Además, a fs. 13 y 14 se aprecia la Guía Aérea N° 074-3215-5675 de 17 de febrero de 2011, en el recuadro específico de “Handling information” o “Información de manejo” y su traducción, apreciándose que se consignó que era “MERCANCIA PELIGROSA COMO DESCRITO EN EL DGD del TRANSPORTISTA” (“DANGEROUS GOODS AS PER ATTACHED SHIPPERS DGD”)

3.- El día 26 de febrero la carga es movilizada del “rack” del lugar donde se había almacenado como carga peligrosa, “a fin de reacomodar los otros embarques”. (Testimonio Félix Picardi-Presidente y Representante Legal de DHL fs. 876-876)

4.- La distancia que recorrió en la movilización el montacargas fue, aproximadamente, 10 metros. Durante la mencionada maniobra, la carga se cae “inexplicablemente” del montacargas. (Testimonio de Félix Picardi-Presidente y Representante Legal de DHL fs. 875-876)

5.- Este incidente produjo que se esparciera por todas las instalaciones el nitrógeno líquido, convertido en gas al tener contacto con el aire, lo que produjo avisar a los bomberos y seguridad del aeropuerto. (Testimonio de Félix Barochis-Gerente de Operaciones)

Sobre el manejo a este tipo de mercancía transportada, vemos que el señor Daniel Nieto Trejos, en su condición de empleado de carga de 14 años de la empresa DHL AERO EXPRESO, S.A., al preguntársele si la carga almacenada con nitrógeno líquido era considerada con manejo especial, manifestó que al tratarse de cargas “restrictas” requieren un manejo especial y se colocan en bodegas clasificadas para ellas. (f.841)

...

Como vemos de lo expresado, se extrae claramente que, aun cuando la carga recibida, según lo explican, estaba ubicada en un lugar específico para el tipo de mercancía de que se trata, es decir, en un lugar para mercancía peligrosa, puesto que venía en una pajuelas delicadas y contenidas o preservadas con un refrigerante especial (nitrógeno líquido), se prefirió moverlas y reacomodarlas, a fin de colocar una nueva mercancía, sin que se explicara si también cumplía con los mismos estándares del tipo de carga. Ello se comporta como la generación de un riesgo adicional por el propio agente de carga que, finalmente, resultó en el derrame total del nitrógeno líquido. Incluso, vale preguntarse si el tratamiento y manejo adecuado habría sido colocarla desde el principio en la “cámara refrigerada”, como indica el testigo, Basilio Barochis, se colocó después del suceso dañoso.

A más de todo lo expresado, este tribunal colegiado debe indicar que, en atención a lo normado en el artículo 784 del Código Judicial, la demandada, afirmando haber cumplido los protocolos para el manejo de mercancía peligrosa, debió allegar a los autos los referidos protocolos o manuales para demostrar que, en efecto, cumplió con los mismos y que el manejo desplegado en la operación a través de la cual se dio el derrame de la mercancía adquirida por la demandante, era el adecuado. No obstante, tal información no fue acreditada fehacientemente en autos.

Una persona estándar concluiría que existe un riesgo de caída de una carga de un montacargas cuando este vehículo la mueve de un lugar a otro. De hecho, hay riesgos de que al mover la carga obstruya la visión de quien la conduce con lo cual ese riesgo también se administra mediante una metodología de maniobrar; por ejemplo, que las “horquillas” que se introducen en las paletas que sirven de base para colocar las cargas se ubican lo más cerca del piso posible.

Esta es una medida que se hace con cualquier carga, por lo que, tratándose de una carga peligrosa, lógicamente, las medidas y métodos de movilización deben ser mayores. Incluso, habría que preguntarse si la caída, habiendo estado colocadas las “horquillas” a la distancia correcta del piso,

habría desencadenado el mismo grado o nivel de avería, pérdida o daño de la carga o mercancía peligrosa, tomándose en cuenta que venía embalada.

De allí que no pueda ser aceptable que sea calificada la caída de la carga como “inexplicable”, viniendo de quien tiene experiencia y conoce el “know how”.

En base a este razonamiento, Sala concluye que la maniobra de reacomodo introducía una dosis de riesgo adicional, lo cual debió ser mejor y mayormente administrado, con metodología de previsión y prevención de un suceso dañoso por quien es un experto. El no poder explicar o justificar la razón de la caída se comporta en contra del demandado y produce dudas sobre el correcto acatamiento de las guías, manuales y protocolos.

En una persona común podríamos catalogar este comportamiento como culpa, pero en cabeza de un experto, confrontándolo con los hechos, evidencias y contexto de la demanda, se debe considerar culpa grave equiparable a dolo.”

2.4.2.1.1.2 Reevaluación de este criterio de imputación.

Ahora bien, no podemos dejar de mencionar que este criterio de imputación está siendo reevaluado por la doctrina, en el sentido de que en vez de centrarnos en analizar si la conducta del agente se apartó o no del estándar del hombre prudente, debemos enfocarnos en si se justifica que la víctima asuma o no el daño que se le ha causado, centrando la atención en la víctima quien tiene derecho a una reparación integral de su perjuicio y no en el agente que causó el daño.

En este sentido, explica el profesor Fernando Reglero que *“la imputación por culpa se sustentaba en un juicio de reproche contra el dañante por haberse comportado de forma negligente, de modo que la indemnización se concebía como una sanción o castigo impuesto a quien así se había conducido. En el momento presente esta concepción pertenece más al orden penal que al civil. En el orden civil, más que responder a la idea de sanción, la imputación culpable ha constituido históricamente la respuesta más clara a la necesidad de decidir qué patrimonio debe soportar el daño en un caso determinado. La respuesta a esta interrogante también ha experimentado una profunda transformación. Hasta no hace mucho, el esquema tradicional era el siguiente: si entre dos personas hay que decidir cuál de ellas es la que debe soportar el daño sufrido por una como consecuencia de una conducta de la otra, deberá hacerlo la que se condujo de forma negligente, por muy leve que sea su culpa. Si no hubo negligencia, el daño debe ser soportado por quien lo sufrió (casus sentit dominus) en virtud del riesgo general de la vida (allgemeines Lebensrisiko).”*

Agrega este autor que: *“Sin embargo, este esquema ha experimentado una profunda transformación como consecuencia de la confluencia de una serie de factores en un período de tiempo histórica*

y socialmente reducido. [...] lo que hoy resulta decisivo para la imputación del daño no es tanto si el dañante se condujo de forma culpable o negligente cuanto si media una razón suficiente que justifique que sea la víctima quien haya soportarlo. Y esto funciona no sólo para las actividades de riesgo, sino también para las que pueden calificarse como propias del 'riesgo normal de la vida'. Desde esta perspectiva, el daño puede serle imputado al dañante sin que haya intervenido negligencia suya alguna, en la medida en que el propio concepto de negligencia pierde sentido si lo que se quiere exigir al sujeto es un deber de diligencia desproporcionado.”

Continúa indicando este autor que, en el ámbito civil, el principio general no debe atender a pautas propias de la imputación subjetiva, sino a la posición de los sujetos en la específica situación de riesgo. “*Es decir, a lo que debe darse respuesta no es a la pregunta de si el sujeto que causó el daño se comportó de forma culpable, sino a la de si existe alguna razón por la que sea la víctima la que haya de soportar el daño. En este sentido, la regla general debe ser la siguiente: Quien causa un daño a otro estará obligado a repararlo cuando no concorra una razón suficiente que justifique que sea el perjudicado quien haya de soportarlo. Se entenderá que hay razón suficiente cuando en la causación del daño haya intervenido de forma exclusiva o determinante*

una conducta culpable de la propia víctima, o cuando se deba a un caso de fuerza mayor.” (REGLERO CAMPOS. L. Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel. T.1. 2014. P.71-73).

Por su parte el Dr. Claudio Timpson, en su tesis doctoral, explica que *“la orientación actual de la responsabilidad civil en el ámbito interno que gravita dentro de los límites impuestos por los factores subjetivos culpa y dolo es abiertamente insuficiente para resolver innumerables supuestos dañosos en lo que no opera ningún genero de culpa en su causación y por tanto no es subjetivamente imputable a nadie su ocurrencia lo que lleva a la injusta consecuencia que la víctima debe soportar el daño que no causo. Empero esta situación moralmente no es conveniente y empieza a estremecer la conciencia crítica porque resulta inconveniente persistir en considerar daño no reparable aquel sufrido por las personas en si o en sus bienes provenientes de actos materialmente imputables a otros aunque carentes de culpa pero dañinos en sus efectos. Así resulta que la víctima que tampoco ha obrado con culpa además de soportar el daño se ve imposibilitada de exigir compensación por carecer la conducta del causante de todo género de culpa lo que si bien ha sido aceptado tradicionalmente con paz hoy día resulta inaceptable.” (TIMPSON LAYNE, Claudio. 2017. P.77-78).*

Y más adelante agrega: *“Es que el derecho ya no dirige como antes su mirada al autor del daño, sino que más bien se interesa por la víctima de ese perjuicio a quien busca reparar el mal sufrido. Esta nueva concepción es justamente la que hoy día ha abierto la puerta de nuevos factores de atribución objetivos que desplazan a la culpa como eje central de la responsabilidad civil. Así se ha sostenido que ahí donde antes se decía no hay responsabilidad civil sin culpa ahora se indica que no hay obligación de reparar sin un criterio legal de atribución. Las teorías objetivas tienen en común considerar la ilicitud autónomamente respecto de la culpabilidad del autor pues en palabras de Zannoni (1993) la culpabilidad no es supuesto de la noción de ilicitud. Esto es así ya que mientras la responsabilidad civil se desarrolló pacíficamente dentro de los parámetros de lo que hoy denominamos factores de Imputación subjetivos pudo quizá sostenerse que no es lícito o antijurídico el obrar inculpable. Sin embargo y en eso la doctrina moderna es conteste en distinguir nítidamente las notas de antijuridicidad y culpabilidad lo que permite reconocer con claridad la ilicitud culpable de la inculpable.”* (Ibidem. P.116-117).

2.4.2.1.1.2.1 Jurisprudencia.

El pensamiento antes expuesto ha sido aplicado en nuestro medio por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, al resolver distintos casos de responsabilidad extracontractual cuyo responsable ha sido el Estado, al identificar al daño antijurídico como aquél, que la persona no está llamada a soportar puesto que no tiene fundamento en una norma jurídica, o lo que es lo mismo, es "*aquel que se irroga a pesar de que no exista una ley que justifique o imponga la obligación de soportarlo*", en otras palabras, "*un daño es antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria a derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable*". Entre estos fallos podemos mencionar el de: 26 de abril de 2016 (exp.109-06); 2 de febrero de 2017; 07 de marzo de 2018 (exp.891-15); 25 de septiembre de 2020 (exp.752-17); 31 de marzo de 2021 (exp.1382-18), entre otros, veamos lo sucedido en el último de esas sentencias.

Fallo de 31 de marzo de 2021.

Expediente 1382-18. Demanda contencioso-administrativa de indemnización por reparación directa, interpuesta por el licenciado Balbino Rivas, actuando en nombre y representación de nombre 1, nombre 2, nombre 3 y nombre 4, para que se condene al Estado

panameño por conducto de la Autoridad del Canal de Panamá, al pago de cinco millones de balboas (b/.5,000,000.00), en concepto de daños y perjuicios, por el mal funcionamiento de los servicios públicos.

En este caso, se demanda al Estado Panameño (ACP) a fin de que se le condene a pagar a los demandantes la suma de B/.5,000,000.00, a causa de la muerte de un trabajador de esa autoridad. Se constituyen como demandantes la madre del trabajador y sus tres hijos.

Lo sucedido ocurrió en las Esclusas de Agua Clara, provincia de Colón, el pasado 16 de noviembre de 2017, durante la ejecución de la maniobra de soltar la sogá del barco remolcado, la cual había caído al agua, y antes de que el cabo y la mensajera fueran sacadas del agua, y debido a las corrientes generadas por el buque que se encontraba en movimiento y el remolcador que había estado tratando de mantenerse cerca del buque para eliminar la tensión de los cabos en la maniobra de bajada, la sogá mensajera quedó atrapada en una de las unidades del remolcador, lo cual tensó el cabo que estaba amarrado a la mensajera, y al tensarse, golpeó al trabajador fallecido quien estaba próximo al tramo del cabo que estaba en sobre cubierta del remolcador. El golpe fue una fuerte zancadilla que lo levantó del suelo, y cayó sobre la

cubierta del remolcador, golpeándose la cabeza en la caída, ello a pesar de que estaba utilizando el casco y demás equipo de seguridad. Si bien fue trasladado al hospital, el mismo falleció días después diagnosticándose como causa de su muerte: 'Muerte Cerebral' por 'Trauma Craneoencefálico'.

En su defensa, la ACP niega tener responsabilidad por ese siniestro y que, en todo caso, a través de su póliza de seguros con la empresa aseguradora MAPFRE, pagó una indemnización por la muerte accidental en el trabajo. El monto de la indemnización fue de SESENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS VEINTITRÉS BALBOAS (B/.69,523.00), y fue pagado a las personas previamente indicadas por el finado, quienes recibieron el pago de esta indemnización y firmaron el finiquito renunciando a toda reclamación contra la ACP y sus directores y empleados.

Al resolver este conflicto, la Sala Tercera señaló lo siguiente:

“Dicho esto, a juicio de este Tribunal, si bien el acuerdo voluntario suscrito (Finiquito), estuviese enfocado en impedir al señor NOMBRE 2, ejercer reclamación alguna como beneficiario de la Póliza de Seguro de Vida; sin embargo, hay que delimitar, que los derechos renunciados, son lo que se versan y se derivan de la Póliza de Vida.

...

Dicho en otras palabras, cuando se hace referencia a la responsabilidad por falla del servicio público por

irregularidad, o la existencia de una conducta culposa o negligente, es necesario probar la misma, lo cual implica demostrar que la Administración actuó de manera contraria a la regularidad administrativa, contrariando postulados de buen servicio público o adecuada función administrativa; lo que significa, que la responsabilidad subjetiva comporta un sinnúmero de circunstancias que la determina.

Siguiendo esa línea de pensamiento, debemos verificar si los hechos planteados en el caso que nos ocupa se encuentran presentes tales características, para así poder determinar la viabilidad del reclamo encausado por los recurrentes.

Por tales motivos, la Sala examinará los presupuestos de responsabilidad que están planteados en la Demanda, a la luz del marco jurídico señalado, iniciando el análisis de la existencia del daño y posteriormente se entrará a estudiar los demás elementos enunciados, lo anterior, por cuanto el daño directo y cierto es el primer elemento del estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado

· El Daño.

Este Tribunal estima, que debido a que en el presente Proceso el apoderado judicial de los demandantes sustenta su pretensión de indemnización en la deficiente prestación del servicio público adscrito a la Autoridad del Canal de Panamá (ACP), advirtiendo, en lo medular, que no se siguieron los procedimientos contenidos en el Manual de Operaciones de Remolcadores de la Autoridad del Canal de Panamá, gestión que recae en el Capitán del Remolcador "Cerro Azul", por "culpa o negligencia o falta de pericia en la maniobra", se hace necesario comprobar la existencia del daño y el perjuicio a los actores, antes de adentrarnos a verificar la alegada falla del servicio.

El Daño ha de entenderse como la lesión definitiva a un Derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona. Sin embargo, el daño objeto de la reparación sólo es aquel que reviste la característica de ser antijurídico. En este sentido, el daño sólo adquirirá el carácter de antijurídico y en consecuencia será indemnizable, si cumple una serie de requisitos como lo son, el de ser personal, cierto y directo.

Ahora bien, los elementos constitutivos del daño son: (1) la certeza del daño; (2) el carácter personal, y directo.

El carácter cierto, como elemento constitutivo del daño consiste en que sea un perjuicio actual o futuro no hipotético sino específico. La existencia, es entonces la característica que distingue al daño cierto. De igual forma, para que el daño se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente se produjo, bien sea probando que, el perjuicio aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual.

Así pues, daño antijurídico como lo define la jurisprudencia colombiana es aquél, que la persona no está llamada a soportar puesto que no tiene fundamento en una norma jurídica, o lo que es lo mismo, es "aquel que se irroga a pesar de que no exista una ley que justifique o imponga la obligación de soportarlo".

Sobre el daño antijurídico, la doctrina ha señalado que la fuente de responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria a derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable. Esto significa obviamente que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo.

El daño antijurídico está ligado a la existencia de una conducta culposa o negligente, a través de la falla en el servicio público que en la mayoría de los casos acredita la existencia de conducta negligente. Es importante aclarar que la antijuridicidad no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración, sino de que se exceda de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social.

En ese sentido, el Profesor García de Enterría al establecer la distinción entre lesión y perjuicio, en cuanto a que para

que exista una obligación para indemnizar debe haberse producido una lesión o daño antijurídico, señala que:

"...es indispensable, en primer término determinar la existencia del daño, y, una vez establecida la realidad del mismo, deducir sobre su naturaleza, estos es, si el mismo puede, o no calificarse como (sic) antijurídico, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado..., y por tanto, releva el juzgador de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado.

De manera tal que la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable, lo cual significó un giro copernicano en el fundamento de la responsabilidad estatal, la cual ya no reposa en la -calificación de la conducta de la Administración, sino la calificación del daño que ella causa.

En síntesis, puede afirmarse que la labor analítica del juez en asuntos de esta naturaleza, se reduce simple y llanamente a la constatación del daño como entidad, que es un dato objetivo o de conocimiento dado por la experiencia; a la posición axial frente al mismo por parte del juez, lo que imprime el sello de antijurídico o jurídico, y una vez estructurado aquel daño antijurídico-, coprográmicamente mirar la posibilidad de imputación del mismo a una entidad de derecho público."

...

De allí entonces, que el daño ocasionado al prenombrado es cierto, personal, directo, y de naturaleza antijurídica porque el señor NOMBRE 5 (q.e.p.d.), no estaba llamado a soportarlo como una carga ordinaria, ni siquiera extraordinaria, en atención al respeto de su Dignidad Humana y de sus Derechos Constitucionales a su vida e

integridad personal, que es incuestionable en un Estado de Derecho.

Concluye la Sala Tercera en endilgarle responsabilidad al Estado porque se acreditó la falla en el servicio, porque la Junta de Inspectores, a través de la Investigación de Accidente Marino FY03-2018 M/V YM UNICORN, señaló que: *"El Clima fue un factor importante en este accidente"; sin embargo, llegó a la conclusión que, indudablemente, hubo una falla por parte de la Autoridad del Canal de Panamá, pues, "el pasacables de esclusas de la ACP abordó de la MN YM UNICORN no soltó adecuadamente la línea de babor del buque cuando bajaba el remolcador mientras el buque salía de la cámara baja de la esclusa de Agua Clara"*, lo cual evidenciaba que el daño es efecto o resultado de aquel hecho, acaecido el día 16 de noviembre de 2017, en las instalaciones de la Autoridad del Canal de Panamá (ACP), específicamente en Las Esclusas de Agua Clara, provincia del Colón, en donde resultó lesionado, el trabajador.

Si bien se está reevaluando la culpa como criterio de imputación, sin embargo, no se puede obviar que este criterio subjetivo de imputación se continúa reconociendo como el principal factor de imputación, así se puede apreciar en los Principios, Definiciones y

Reglas de un Derecho Civil Europeo: El Marco Común de Referencia (DCFR), se estatuye que:

VI.–1:101: Norma fundamental

(1) Quien sufre un daño jurídicamente relevante tiene derecho a obtener reparación de la persona que lo haya causado de forma intencionada o negligente, o a quien le sea subjetivamente imputable por cualquier otro motivo.

(2) Cuando una persona no haya causado el daño jurídicamente relevante de forma intencionada o negligente, únicamente deberá responder por éste según lo previsto en el Capítulo 3.

Y los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PETL), lo estatuye de la siguiente manera: *“La persona a la que se pueda imputar jurídicamente el daño sufrido por otra está obligada a repararlo”*.

De esta manera, solo constituirá presupuestos necesarios de la responsabilidad civil la propia existencia del daño y el poder atribuírselo a un determinado sujeto en virtud de algún criterio de imputación, entre los cuales están el dolo, culpa o negligencia, la relación con personas o cosas, el ejercicio de una determinada actividad, la titularidad de bienes, etc.

En el caso Latinoamericano los últimos Códigos Civiles aprobados en la Región dan cuenta que el criterio de culpa sigue siendo el dominante en esta materia. Así, el Código Civil de Perú estatuye que:

“Artículo 1969.- Indemnización por daño moroso y culposo

Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.”

Mientras que el Código Civil y Comercial de la Argentina dispone lo siguiente:

ARTICULO 1721.- Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa.

ARTICULO 1724.- Factores subjetivos. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

ARTICULO 1725.- Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.

Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes.

Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona

determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente.

Por su parte, los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil estatuyen los siguientes:

“Capítulo 4. Responsabilidad por culpa

Sección 1. Requisitos de la responsabilidad por culpa

Art. 4:101. Culpa

Una persona responde con base en la culpa por la violación intencional o negligente del estándar de conducta exigible.

Art. 4:102. Estándar de conducta exigible

(1) El estándar de conducta exigible es el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos.

(2) El estándar anteriormente indicado puede adaptarse cuando debido a la edad, a la discapacidad física o psíquica o a circunstancias extraordinarias no sea exigible que la persona de que se trate lo cumpla.

(3) Al establecer el estándar de conducta requerido deben tenerse en cuenta las normas que prescriben o prohíben una determinada conducta

Art. 4:103. Deber de proteger a los demás de daños

Puede existir el deber de actuar positivamente para proteger a los demás de daños si así se establece legalmente, si quien actúa crea y controla una situación de peligro, si existe

una especial relación entre las partes o si la gravedad del daño para una parte y la facilidad de evitarlo para la otra indican la existencia de tal deber.

Art. 4:202. Responsabilidad de la empresa

(1) La persona que se dedica de modo permanente a una actividad empresarial con fines económicos o profesionales y que emplea auxiliares o equipamiento técnico es responsable de todo daño causado por un defecto de tal empresa o de lo que en ella se produzca, a no ser que pruebe que ha cumplido con el estándar de conducta exigible.

(2) “Defecto” es toda desviación con respecto a los estándares que son razonablemente exigibles a la empresa o a sus productos o servicios.”

A pesar de que se revalúa la culpa como régimen general sobre el cual se funda la responsabilidad civil y sustituirlo por criterios objetivos de responsabilidad, todavía no se ha logrado esa meta, pues la culpa sigue siendo el régimen general, aún en los más modernos códigos civiles que se han aprobado.

2.4.2.1.1.3 La concurrencia de culpas.

En el devenir de la ocurrencia de un hecho ilícito puede existir culpa no sólo del demandado, sino también de la propia víctima, quien en su actuar negligente, imprudente, temerario o voluntario, también contribuye a la ocurrencia del siniestro. Este supuesto, es el que se

conoce en la doctrina anglosajona como “negligencia comparativa” (*Comparative Negligence*), en donde el comportamiento de la víctima ha contribuido a la ocurrencia del siniestro, pero ello, no le imposibilita reclamar la indemnización a la que tiene derecho, sino, que en estos casos, a la indemnización que le correspondería se le debe reducir el porcentaje de culpa que tuvo la víctima en el accidente, así por ejemplo, si tuvo un 5% de culpa, entonces el demandado debe asumir el otro 95%, sin que le sea imputable a la víctima, el grado de culpa que pueda tener algún tercero que no forme parte del proceso.

A nuestro juicio, esta teoría de la negligencia comparativa, se puede aplicar en nuestro derecho con fundamento en lo dispuesto en el artículo 988 del Código Civil, el cual le permite al juez graduar la culpabilidad en un caso en donde existen varios culpables de un accidente.

Para el caso colombiano, Javier Tamayo Jaramillo, nos explica que *“según el artículo 2357 del Código Civil el monto indemnizable se reducirá en caso que la víctima haya contribuido culposamente a su producción. Y tal reducción se hará de acuerdo con la gravedad de las culpas cometidas tanto por el demandante como por el demandado.”* (Tamayo Jaramillo, P.215), dice el artículo mencionado por el autor lo

siguiente: “ARTICULO 2357. *La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.*”

Con idéntica redacción se pronuncia el Código Civil de Chile, el cual en su artículo 2330, dispone que: “*La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.*”

Los códigos más recientes aprobados en Latinoamérica también mantienen este principio, así por ejemplo el Código Civil de Perú señala en su artículo 1973 que “*Si la imprudencia sólo hubiere concurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida por el juez, según las circunstancias*”, que, si bien su redacción no es clara, si se le permite al juez efectuar una reducción judicial de la indemnización.

De forma más detallada lo hace el Código Civil Argentino contemplando diversos casos en donde el juez está facultado para reducir la indemnización, así tenemos que el artículo 1729 señala que: “*La responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial.*”; y, el artículo 1742 consagra que

“El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable.”.

2.4.2.1.1.3.1 Jurisprudencia.

En este sentido, nuestros tribunales aplican la reducción contemplada en el artículo 988 cuando existe concurrencia de culpa de la propia víctima, así por ejemplo veamos los siguientes fallos.

Fallo de 19 de julio de 2001.

Industrias Panamá Boston, S.A., recurren en casación en el proceso ordinario que le sigue Cecilia Mercedes García Ponce; (Registro Judicial Julio 2001, P.335-336), de la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia.

En esa causa, la señora CECILIA MERCEDES GARCÍA PONCE, demandó a la sociedad INDUSTRIAS PANAMA BOSTON, S. A. (PABO, S. A.), con el propósito de que esta última sea condenada al pago de la suma de CIENTO TREINTA Y UN MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y SIETE BALBOAS con 20/1000 (B/.131,487.20) en concepto de

capital, más los intereses legales, costas y gastos que se generen en el presente proceso producto de los daños ocasionados a su vehículo (cisterna del camión) ocurrido en las instalaciones de la demandada el 15 de mayo de 1993.

El accidente ocurrió al momento en que el vehículo se encontraba realizando la operación de succión del aceite de palma a los tanques de depósito de la empresa PANAMA BOSTON S. A. (PABO, S. A.) y en la que se produjo un "apachurramiento" de la estructura del cisterna.

La Sala Civil concluyó que la culpa del accidente estaba en cabeza de la demandada por cuanto que actuaron con negligencia sus operarios al momento de verificar la descarga, cuya obligación le correspondía, al punto de ausentarse del sitio de descarga cuando se estaba llevando a cabo la misma, es decir, antes de su conclusión. La empresa, por su parte, no desplegó cuidados para prevenir el accidente, como pudo ser al dictar reglamentaciones o la metodología para llevar a cabo la descarga con seguridad, que no existían.

Sin embargo, también consideró que existía culpa de la demandante por cuanto que la cisterna objeto del proceso no contaba con las válvulas de expansión ni de contracción, las cuales eran

necesarias para prevenir la ocurrencia de siniestros como el ocurrido a la cisterna propiedad de la demandante. En ese sentido, señaló la Sala Civil que, de un análisis del informe pericial denota que el accidente, en apreciación del perito, se ubica en dos causas, a saber: Primero, no haberse cerrado la escotilla que produjo la succión de la bomba del tanque, y segundo, que el transporte carecía de válvulas de expansión y contracción.

Por ello, para resolver esa controversia explicó la Sala Civil lo siguiente:

"Como es sabido, cuando la acción desplegada por la parte demandada es atribuible a culpa (no a dolo) compartida con la parte demandante, la indemnización a que resulta condenada la demandada, puede ser moderada por los tribunales de instancia, y la Sala, una vez casada la sentencia, adquiere tal carácter, conforme se desprende del segundo párrafo del artículo 1180 del Código Judicial. De acuerdo al artículo 988 del Código Civil, dicha indemnización puede moderarse por los tribunales cuando se aprecia que ha existido concurrencia de culpas, como ha tenido ocasión de puntualizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, al interpretar el artículo 1103, de idéntica redacción.

Dicha norma, también ha dicho la entidad jurisdiccional española, es aplicable tanto en el caso de responsabilidad contractual, como extracontractual, ámbito este último en el cual se mueve la Sala. Es evidente, para la Sala, que si bien la culpa ha de ubicarse la parte demandada en los operarios y no acreditar que desplegó la debida diligencia en prevención con el accidente al descuidar su obligación, por otro lado, la empresa de transporte también actuó con negligencia, pues no colocó en el camión accidentado las

válvulas de seguridad para prevenir el accidente en el transporte.

Esta posición jurisprudencial española puede apreciarse en el extracto de jurisprudencia, que se transcribe:

"El art. 1103 es de aplicación tanto a las obligaciones contractuales como a las extracontractuales, de forma que la posibilidad de moderación que recoge el precepto ha de extenderse a cualquier tipo de obligaciones, con base en las siguientes razones: A) De acuerdo con el tenor literal del susodicho art.1103, y al margen de la localización sistemática del mismo, éste es un "precepto aplicable a toda clase de obligaciones", como en realidad lo son también otros artículos inmediatos del mismo Capítulo del Código (así arts. 1104, 1106 y 1107), que habitualmente se aplican y proyectan tanto al campo de las obligaciones dimanantes de convención o contrato como en el de los que nacen de acto ilícito. B) La parca regulación de nuestro Código en materia de responsabilidad extracontractual obliga-tal como acertadamente ha puntualizado la mejor doctrina- a integrar lagunas a través de la aplicación por analogía de preceptos relativos a las obligaciones en general, pues aún existiendo, como es bien sabido, indiscutibles y claras diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, no pueden negarse tampoco las grandes semejanzas que posibilitan esa aplicación analógica que ciertamente evitará, en el caso del art. 1103 es que la responsabilidad se exige "en toda clase de obligaciones", pero si procede de negligencia (con exclusión tácita de la conducta dolosa del anterior art. 1102), esa exigencia puede resultar injusta en un caso concreto por las circunstancias específicas que en él concurren, lo que obliga en tales supuestos a moderar precisamente la cuantía o cuantificación de la responsabilidad, sin que para

ello sea obligada la apreciación de con causas o concurrencia de actitudes culposas o negligentes, bastando con comprobar y estimar -tal como acontece en el presente caso- que los cuantiosos daños producidos superan ostensiblemente lo que sería previsible para el grado de negligencia observado o, admitida una responsabilidad objetiva, procede la moderación de sus consecuencias con base precisamente objetiva, proceda la moderación de sus consecuencias con base precisamente en que esa responsabilidad nacida de la negligencia a que se refiere el tantas veces repetido art. 1103, de aplicación a toda clase de obligaciones, admite ser disminuida "según los casos", lo que supone, como queda dicho, una inequívoca remisión a una valoración acorde con la equidad de las circunstancias que matizan y configuran el caso concreto."

En virtud de lo anterior, la Sala ha de modificar el monto de la indemnización en que incurrió la demandada, a la mitad del costo del transporte, cuya cuantificación precisa ha de hacerse por medio del procedimiento de la condena en abstracto que regula el artículo 983 del Código Judicial."

Fallo de 11 de julio de 2007.

Por su parte, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado esta jurisprudencia en Fallo de 11 de julio de 2007 (exp. 16-01), en el cual se indicó que: *"En nuestro medio, dentro de la responsabilidad concurrente de las partes, el grado de contribución culposa en la producción del daño servirá de parámetro para la operación de compensación de culpas, dejándose a discreción del*

juzgador, quien deberá observar las piezas de convicción incorporadas al proceso para determinar el monto de dicha concurrencia. [...] Esta moderación tiene como respaldo el artículo 988 del Código Civil, [...] Esta moderación que señala el artículo citado es aplicable a la responsabilidad extracontractual cuando hay concurrencia de culpa por parte del demandante, y así lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 19 de julio de 2001.”

Lo sucedido en esa causa, puede resumirse así. La señora MARÍA DE LOS ÁNGELES HERNÁNDEZ LÓPEZ, interpuso demanda contencioso- administrativa de indemnización por daños y perjuicios, en contra del Registro Público, exigiendo el pago de la suma de B/.148,325.00 en concepto de daño emergente y lucro cesante, por haber practicado la inscripción errónea de la Escritura Pública 5042 de 4 de junio de 1996 a través de la cual se celebró un contrato de préstamo otorgado por la señora María de Los Angeles Hernández López a la empresa CAROL CITY INVESTMENT, S. A., por la suma de B/.60,000.00 y en virtud de ello dicha sociedad por conducto del señor DIONISIO LYMBEROPULOS concedió a la hoy demandante la respectiva garantía hipotecaria sobre las fincas No.30024, 113470 y 65582 de su propiedad.

La citada Escritura Pública fue presentada al Registro Público para su inscripción el día 6 de junio de 1996, quedando inscrita en ese despacho desde el 13 de junio de ese año.

Según relata la demandante, tres meses después de celebrado el referido contrato de préstamo, la señora María de Los Angeles Hernández, debido al incumplimiento de lo pactado, se vio en la necesidad de promover un proceso ejecutivo hipotecario contra la sociedad CAROL CITY INVESTMENT, S.A., exigiendo las sumas adeudadas, proceso éste que culminó con la adjudicación definitiva en remate público a su favor de las fincas No.30024, 113470 y 65582, tal como se aprecia en el Auto No.314 de 4 de febrero de 1997, dictado por el Juzgado Primero del Primer Circuito Judicial de Panamá, Ramo Civil.

Al iniciar los trámites para la inscripción del Acta de Remate de los citados inmuebles en el Registro Público, la demandante señala que no pudo concretar tal inscripción, ya que la Directora General de esta dependencia, había formulado el 24 de septiembre de 1996, una NOTA MARGINAL DE ADVERTENCIA mediante la cual ponía en conocimiento de los interesados que se había verificado, por un error involuntario, la inscripción de la Escritura Pública No.5042 de 4 de julio

de 1996 de la Notaría Undécima de Panamá, a través de la cual se concedieron los gravámenes hipotecarios a favor de la señor María de Los Angeles Hernández López.

El motivo que justificó la puesta de la NOTA MARGINAL DE ADVERTENCIA, fue que, en opinión de la Directora General de Registro Público, la inscripción de la Escritura Pública No.5042 no podía efectuarse en ese momento puesto que el señor DIONISIO LYMBEROPULOS, que actuaba en esa ocasión en nombre de la sociedad CAROL CITY INVESTMENT, S.A., ya no ostentaba el poder para representar a la misma, pues su autorización había quedado revocada mediante la Escritura Pública No.2861 del 18 de abril de 1996 de la Notaría Octava del Circuito de Panamá, que había ingresado al Diario el 9 de mayo de ese año, bajo el asiento 6013 del tomo 246 y cuya inscripción definitiva se produjo el 1 de julio de 1996.

La NOTA MARGINAL DE ADVERTENCIA antes citada señalaba que tal circunstancia "impedía la inscripción del asiento 2351", que corresponde a la Escritura Pública que documentó el préstamo celebrado entre la señora María de Los Angeles Hernández López y la sociedad CAROL CITY INVESTMENT, S.A.

La demandante expone que la empresa CAROL CITY INVESTMENT, S.A., fundada en la NOTA MARGINAL DE ADVERTENCIA que efectuó el Registro Público, promovió un nuevo proceso ordinario civil en contra de su anterior representante legal, el señor DIONISIO LYMBEROPULOS, y de la señora María de Los Angeles Hernández López, solicitando la declaratoria de nulidad de la inscripción del préstamo hipotecario constituido por la Escritura Pública No.5042 de 4 de junio de 1996, que se realizó respecto de las fincas No.30024, 113470 y 65582.

El Juzgado Tercero del Circuito de Panamá, Ramo Civil, mediante sentencia No.25 de 16 de abril de 1998, declaró la nulidad solicitada por la sociedad CAROL CITY INVESTMENT, S.A., y condenó al señor DIONISIO LYMBEROPULOS, absolviendo además de toda responsabilidad a la señora Hernández López.

Dicho pronunciamiento judicial fue confirmado por el Primer Tribunal Superior de Justicia, mediante sentencia de fecha 26 de enero de 1999.

Como consecuencia de la mencionada decisión judicial, el Registro Público ordenó la cancelación de la inscripción de los

gravámenes hipotecarios que pesaban sobre las fincas No.30024, 113470 y 65582, a favor de la señora María de Los Angeles Hernández López, y el préstamo otorgado por ésta quedó desprovisto de la correspondiente garantía real, impidiendo con ello la efectiva recuperación de las sumas dadas en préstamo.

Consideró la Sala Tercera que estaba acreditada la responsabilidad del Registro Público, ya que ese proceder negligente del Registro Público guarda un nexo causal con el daño que se produjo, porque si no se hubiese inscrito la Escritura correspondiente al préstamo, seguramente no se habría consumado la operación de préstamo garantizada con la hipoteca de varias fincas de propiedad de la empresa Carol City Investment, S.A.

Sin embargo, consideró igualmente que también había culpa de la demandante toda vez que la información del cambio de Representante Legal y de la revocatoria de los poderes otorgados por la empresa Carol City Investment, S.A., y respecto del señor Dionisio Lymberopulos Karnakis ya reposaba en el Registro Público y estaba accesible a terceros, antes de que la señora HERNÁNDEZ LÓPEZ, suscribiera el contrato de préstamo con dicha sociedad.

Así, considero la Sala Tercera lo siguiente:

“Las circunstancias que se dejan descritas indican la presencia de un supuesto en el que el evento que dio origen al daño (inscripción errónea de una hipoteca por quien no tenía derecho para ello) aparece provocado por la negligencia concurrente de la víctima y del Registro Público.

Por una parte, el Registro Público inscribió por error dichas hipotecas sobre las fincas de Carol City Investment, S.A., y fue negligente porque no podía hacerlo ya que en sus libros constaba que a esa fecha (13 de julio de 1996) el señor Dionisio Lymberopulos Karnakis no tenía la autorización para actuar a nombre de esa sociedad, pues ya le había sido revocada para efectos registrales, desde el día 9 de marzo de 1996 fecha en que ingresó al Diario la citada revocatoria.

Por su lado, la señora María de Los Angeles Hernández López también quedó afectada con dicha revocatoria y al actuar sin tener en cuenta su existencia incurrió también en alguna suerte de negligencia, pues, de haber tomado las diligencias mínimas de verificar la información que constaba en el Diario del Registro Público, seguramente no habría celebrado el préstamo en las condiciones en que lo hizo.

...

Ahora bien, esta circunstancia, no excluye la clara negligencia en que incurrió el Registro Público al inscribir una Hipoteca constituida por quien ya no representaba a la sociedad propietaria del inmueble.

Los deberes y responsabilidades que la Ley atribuye al Registrador, en esta materia, tienen una dimensión especialísima, pues, de la calidad de este servicio público, depende que la institución del Registro proyecte la confianza y la certeza necesaria, para que se celebren con regularidad los actos que deben constar en dicha institución.

Lo anterior significa que aunque la señora Hernández López , no pueda alegar el desconocimiento de lo que constaba en el Diario del Registro Público, el hecho de que el Registrador haya permitido inscribir por error la Escritura de Préstamo con Garantía Hipotecaria, configura una situación de indiscutible prestación defectuosa del servicio público adscrito a esta Institución del Estado.

La situación descrita configura un típico caso de responsabilidad concurrente de las partes, víctima y agente productor del daño, que debe resolverse mediante una valoración del grado de contribución culposa del daño dado por uno y otro, a los efectos de delimitar los montos indemnizatorios.

...

En nuestro medio, dentro de la responsabilidad concurrente de las partes, el grado de contribución culposa en la producción del daño servirá de parámetro para la operación de compensación de culpas, dejándose a discreción del juzgador, quien deberá observar las piezas de convicción incorporadas al proceso para determinar el monto de dicha concurrencia.

Esta moderación tiene como respaldo el artículo 988 del Código Civil, que dicta:

...

Por tanto, en atención a lo expuesto y a las constancias procesales, es nuestra consideración que la actuación de la señora María de los Ángeles Hernández en la producción del daño concurre en un 50%, sólo en el desembolso inicial que hace cuando se ingresa la Escritura en el Registro Público, que según obra en el expediente (foja 39 y 40) fue B/.11,500.00 que aparece en la constancia de recibo del préstamo que fue utilizado en gastos de Escritura Pública, Inscripción y cierre a cuenta. Es decir, que cada parte debe responsabilizarse por el 50% de B/11,500.00.

En lo atinente al desembolso de B/.48,500 que se realiza luego de la inscripción de la Escritura de Préstamo en

el Registro Público, consideramos que es responsabilidad de esa institución del Estado, ya que reiteramos que, sin el proceder negligente del Registro Público, no se hubiese consumado la operación financiera de préstamo, observando que los deberes y responsabilidades de esta institución tienen una dimensión especialísima, debido a la proyección de certeza que tienen sus actuaciones.”

Sentencia 730/2021 de 28 de octubre de 2021.

El Tribunal Supremo de España también acepta este fraccionamiento de la culpa, así por ejemplo en la Sentencia 730/2021 de 28 de octubre de 2021 (STS 3885/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3885).

El objeto del proceso radica en el resarcimiento de los daños derivados del incendio, acaecido en el inmueble sito en los n.º 17 y 19, de la calle Marie Curie de Rivas-Vaciamadrid, el día 22 de noviembre de 2.011. Por tales hechos, se promovieron distintas demandas, que fueron tramitadas conjuntamente en el procedimiento de juicio ordinario.

En una de dichas demandas, la entidad MGS Seguros y Reaseguros (en adelante MGS), en su condición de compañía aseguradora de la mercantil "Letra A de Aroma", tras satisfacer el importe de los daños ocasionados por el incendio en una oficina

titularidad de su asegurada, por vía subrogatoria ejercitó una acción de responsabilidad extracontractual, en reclamación de la cantidad de 15.000,1 €, contra las personas consideradas responsables de los daños causados.

A tales efectos, MGS dirigió su demanda contra D. Baltasar , a quien considera autor material de los daños, por ser la persona que se encontraba efectuando la instalación de las líneas de telefónica para ADL España, en la planta 1.^a del edificio, y caérsele una hoja de sierra, por el hueco que recorre verticalmente la edificación por donde discurren los tubos y cables del edificio, llegando hasta el interior del cuadro eléctrico, que se encuentra en el cuarto de contadores de la planta sótano -1, justo bajo la vertical del conducto o patinillo de instalaciones de telecomunicaciones del edificio, lo que provocó el incendio.

Igualmente, presentó demanda contra Servicios Generales y de Telecomunicaciones JLP, S.L. (en adelante Sergentel), entidad empleadora del anterior, la cual había asumido la ejecución de las obras de telefonía, en virtud de la subcontratación concertada con la entidad mercantil Cobra Instalaciones y Servicios, S.A., (en adelante Cobra), quien tenía, a su vez, contratada, la instalación de los servicios de

telefonía con Telefónica, S.A.U., así como contra la compañía Reale, Seguros Generales, S.A. (en adelante Reale), aseguradora de Sergentel.

A la anterior demanda se acumuló la presentada por la entidad Allianz, Cía. de Seguros y Reaseguros, S.A., que tenía concertado con la entidad Autocampo, S.L., propietaria del edificio, una póliza de multiseguro empresarial, con la cobertura de riesgo de incendio. Una vez abonados los daños, se subrogó en los derechos de su asegurada y ejercitó, acumuladamente, sendas acciones, una de responsabilidad extracontractual y otra contractual.

La primera de dichas acciones la dirigió frente a Telefónica, en su condición de propietaria y responsable de la instalación de líneas de comunicación electrónica y acceso a internet, que se estaban realizando el día que se produjo el incendio, para una oficina del edificio y haber decidido ejecutar la instalación a través de la entidad Cobra, la cual, a su vez, las subcontrató con la mercantil Sergentel, y Reale, como aseguradora de ésta última.

La acción de responsabilidad contractual se sustentó en la falta de protección y en la ubicación inadecuada del cuadro eléctrico donde se

originó el incendio, así como en los incumplimientos de las obligaciones que la normativa impone a los intervinientes en el proceso constructivo y que incidieron en la propagación del incendio, que se dirigió frente a Dragados, en su condición de constructora del edificio, D. Aquilino y D. Pelayo, como integrantes de la Dirección Facultativa de la construcción del edificio y, autor del proyecto y director de ejecución respectivamente, en cuanto no comprobaron que la instalación del cuadro eléctrico se realizó cumpliendo los requisitos de seguridad, que exigía la normativa aplicable.

En su demanda, Allianz solicitó la condena de todos los demandados a que le indemnicen en la cantidad de 2.113.758,02 €, y a Reale, como responsable solidaria de Sergentel, a abonarle la indemnización solicitada, dentro y hasta los límites cuantitativos válidamente pactados en la Póliza suscrita.

Por último, la tercera demanda acumulada es la entablada por Autocampo, S.L., propietaria del edificio, en ella se solicitó la condena solidaria de todos los demandados a abonarle la cantidad de 291.531,05 €, por diferentes conceptos, cantidad que no había sido cubierta por la aseguradora Allianz en virtud de las condiciones contractuales de la póliza de seguro concertada. Sustentó la responsabilidad de los

demandados, diferenciando entre aquellos a quienes considera responsables, por su actuación negligente que causó el incendio, en aplicación de los artículos 1902 y ss. del CC, y los que reputó responsables por haberse producido defectos de construcción, en los términos regulados en el artículo 17 de la LOE, consistentes en la no adopción de medidas de protección, que hubieran evitado la dimensión y propagación del incendio.

Atribuyó la responsabilidad extracontractual a D. Baltasar, operario que ejecutaba las obras, la subcontratista Sergentel, su aseguradora Reale, la contratista Cobra y Telefónica. Igualmente consideró responsables, por deficiencias constructivas, a Dragados, como contratista, así como a D. Aquilino y D. Pelayo, como integrantes de la dirección facultativa de la construcción del edificio.

En la sentencia objeto del recurso de casación de determinó que no había discrepancia en cuanto a que el incendio se originó cuando D. Baltasar , estaba instalando la fibra óptica en la planta 1 del edificio denominado AUTOCAMPO 11 y al cortar un tubo de Pvc por el que discurrían cables del sistema de telecomunicación del edificio, se le cayó la hoja de sierra con la que estaba realizando dicha tarea, deslizándose por el hueco que recorre verticalmente la edificación y por

el que transcurren tubos con cableado eléctrico y telefónico del edificio, llegando hasta el sótano 1, al cuarto de contadores, donde se encontraba el cuadro eléctrico o armario del interruptor, en la vertical del conducto por donde se deslizó la hoja de sierra, que se introdujo en dicho cuadro a través del orificio que se había realizado en su parte superior, por el que entraban los cables, originando así un fallo eléctrico por arco generalizado entre fase y neutro (cortocircuito) en la acometida del interruptor de cabecera, con los chispazos o destellos y explosiones consiguientes, originándose con ello el incendio que se propagó verticalmente por el hueco de la conducción del cableado eléctrico, penetrando el humo en las diferentes instalaciones y dependencias de las plantas superiores del edificio.

De igual forma que, de lo reflejado en diferentes informes periciales, ha de considerarse acreditado que el modelo instalado del cuadro eléctrico, en su diseño y fabricación, cumplía con el grado de protección adecuado y cumplía las prescripciones reglamentarias exigidas en la fecha en que se edificó el edificio; sin embargo, en el momento en que se produjo el incendio en el año 2.011, la forma en que estaba instalado no contaba con las medidas de protección necesarias en su parte superior, por donde accedían los cables de alimentación, en cuanto se había practicado un orificio y no se había instalado una tapa

protectora, de manera que se imposibilitara la entrada de elementos extraños al cuadro, como efectivamente ocurrió con la hoja de la sierra.

En consecuencia, fue la conjunción de ambas situaciones, la caída de la hoja de sierra y la falta de protección adecuada del cuadro eléctrico, lo que se configura como causa directa, adecuada y suficiente para la producción del incendio, si bien la incidencia causal de cada una de ellas es distinta y a la vista de la entidad de la negligencia que conlleva cada una de esas acciones y omisiones y el riesgo que en el supuesto aquí analizado se creaba con ellas, entendemos que cabe atribuir, a la caída de la hoja una incidencia causal del 80 % y a la falta de protección del cuadro un 20% en la producción del incendio.

La Sala Civil del Tribunal Supremo de España avaló esos hechos como la causa del incendio cuando señaló que *“Desde el punto de vista estricto de la causalidad material resulta que el daño se produjo por la caída de la hoja de sierra, utilizada para la instalación de la fibra óptica, por el hueco del edificio destinado a cableado, que penetró por la parte superior de la caja eléctrica del inmueble carente de la protección adecuada, generando el cortacircuito fuente del incendio. Es evidente, que suprimido cualquiera de estos dos elementos de la cadena causal*

*-desprendimiento de la hoja de sierra y cuadro eléctrico sin protección-
el resultado dañoso no se hubiera producido”.*

Pero al analizar los porcentajes de culpa que le corresponde a cada persona, se apartó de la sentencia impugnada, invirtiendo los porcentajes de culpa atribuible a cada participante, veamos:

“En efecto, hemos dicho, en la sentencia 185/2016, de 18 de marzo, que: “[...] la apreciación de la culpa es una valoración jurídica resultante de una comparación entre el comportamiento causante del daño y el requerido por el ordenamiento. Constituye culpa un comportamiento que no es conforme a los cánones o estándares de pericia y diligencia exigibles según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. El mero cumplimiento de las normas reglamentarias de cuidado no excluye, por sí solo, el denominado "reproche culpabilístico””.

En este caso, consideramos existente culpa o negligencia en la persona del empleado de Sergentel, en tanto en cuanto no actuó con la diligencia debida, pues, al trabajar en la zona de cableado de telecomunicaciones del inmueble, con un instrumento cortante como es una hoja de sierra, debió cerciorarse de que la misma se encontrara debidamente asida, de manera tal que no cayera al albur por el hueco destinado a dicho cableado ante la eventualidad de causar daños.

No obstante, consideramos igualmente concurrente una culpa o negligencia en la sociedad titular del inmueble, en tanto en cuanto la caja eléctrica del edificio no estaba debidamente cerrada, en su parte superior, como era reglamentariamente exigido, ante la eventualidad de que cualquier objeto sólido o líquido penetrara en su interior, desde el patinillo destinado al cableado del edificio que confluía sobre la misma. Corresponde a la entidad

demandada, como titular del inmueble, la observancia de dichas prevenciones, así como el adecuado mantenimiento y conservación de sus instalaciones.

Determinada la existencia de ambas conductas culposas en la génesis del incendio, procede ahora determinar la entidad de las mismas en la producción del daño. Y es, precisamente, en este concreto extremo, en el que disintimos del criterio de la Audiencia, al considerar manifiestamente más grave la contribución concausal de la sociedad titular del inmueble, en atención a las consideraciones siguientes:

En primer término, la distinta entidad de los instrumentos manejados y/o controlados por los agentes causantes del daño: una hoja de sierra, que conforma un instrumento cortante destinado a los trabajos de cableado de las líneas de telecomunicaciones, por un lado; y, por otro, el cuadro eléctrico del edificio.

Con respecto a la potencialidad abstracta de causar daños es evidentemente mayor los que pueden derivar del cuadro eléctrico de un edificio, que los susceptibles de ser originados por la indebida sujeción de la hoja sierra de una herramienta.

La entidad demandada mantenía sus instalaciones en un constante estado de riesgo, con infracción de las disposiciones reglamentarias que exigían que el cuadro eléctrico se hallase debidamente cubierto en su parte superior, a los efectos de evitar la introducción de cualquier líquido o sólido, que pudiera causar un daño en dicha instalación, con una eventual extensión o propagación al resto del inmueble.

La utilización de unas instalaciones eléctricas constituye una fuente de peligro sometida a prevenciones reglamentarias, que eviten eventuales daños; máxime al hallarse aquéllas ubicadas en un edificio con varias plantas, destinadas a oficinas, con presencia constante de personas. Lo expuesto determina que el deber de diligencia exigible sea de mayor entidad y, por lo tanto, que la negligencia, en la que incurrió la titular del inmueble, al no respetar las

disposiciones reglamentarias de seguridad exigidas por el Reglamento Electrotécnico de Baja Tensión, aprobado por RD 842/2002, de 2 de agosto, sean de manifiesto mayor rango causal, frente a la negligencia puntual en que incurrió el trabajador de Sergentel.

Es más, tras la producción del siniestro, se modifican las instalaciones eléctricas, y los nuevos cuadros reciben la alimentación eléctrica de forma lateral y disponen de tapas de cierre en su parte superior, manteniéndose de esta manera la protección requerida contra contactos externos.

En definitiva, consideramos que, atendidas las circunstancias antes expuestas, el deber de obrar con la prudencia exigible, que corresponde a cualquier sujeto de derecho, a los efectos de prevenir daños representables, era ostensiblemente mayor en la sociedad titular del inmueble, en tanto en cuanto la desprotección de su cuadro eléctrico, prolongada en el tiempo, constituía una evidente fuente de riesgos abierta, en un edificio destinado a oficinas, con una confluencia importante de personas, que podrían resultar dañadas, todo ello unido a la mayor susceptibilidad abstracta de generar daños de superior entidad una instalación eléctrica desprotegida, que el desprendimiento, no intencionado, de la hoja de sierra de la herramienta manipulada por el empleado de Sergentel.

Como hemos advertido concurre pues un concurso de culpas, si bien en porcentajes diferentes a los apreciados por la sentencia de la Audiencia, por lo que procede invertir el porcentaje concausal que, en la génesis del daño, tuvo la conducta negligente de la sociedad titular del inmueble, que la fijamos en un 80%, frente al 20%, atribuible al trabajador de ArgenteL.”

Aunado a lo anterior, la Sala Civil del Tribunal Supremo de España explicó que:

“4.2 La concurrencia de conductas culposas en la génesis del daño.

Esta sala ha venido admitiendo, como señalaron las sentencias 724/2008, de 17 de julio y 669/2021, de 20 de septiembre, que, cuando en la producción del daño concurren varias causas, debe acompasarse la cuantía de la responsabilidad al grado y naturaleza de la culpabilidad (sentencias de 7 de octubre de 1988 y 5 de octubre de 2006), de manera que, si no se produce culpa exclusiva de la víctima y es compartida por el agente, debe distribuirse proporcionalmente el quantum (sentencias de 1 de febrero, 12 de julio y 23 de septiembre de 1989), siendo la moderación de responsabilidades prevenida en el artículo 1103 del Código Civil, aplicable tanto a los casos de responsabilidad civil contractual como extracontractual.

También hemos dicho en la sentencia 669/2021, de 20 de septiembre, que los supuestos de convergencia de conductas negligentes generadoras del daño, se han analizado, más correctamente, partiendo del punto de vista de entender que más que una manifestación de un ius moderandi o de atribución normativa de facultades equitativas a los tribunales sentenciadores (art. 1103 CC), conforman un verdadero problema de causalidad, en tanto en cuanto el art. 1902 del CC obliga a reparar el daño causado a otro, no la parte de éste susceptible de ser atribuido a otro sujeto de derecho, como la propia víctima, que ha de pechar con las consecuencias de su acción u omisión.

Desde esta perspectiva, la culpa exclusiva de la víctima rompe el nexo causal, mientras que la culpa concurrente lo rompe parcialmente, y, por ello, el agente no queda totalmente exonerado, sino parcialmente obligado a resarcir el daño causado, indemnizando a la víctima únicamente en la parte del daño que produjo o le es imputable.

Ello exige la determinación de unas cuotas ideales de aporte causal, en atención a las concretas circunstancias concurrentes en cada caso litigioso, lo que requiere valorar las conductas de los distintos sujetos intervinientes, en el proceso desencadenante del evento dañoso producido,

tanto individualmente como en su conjunto, para determinar la concreta contribución de cada uno de ellos en su génesis y correlativo deber de reparación proporcional del daño.

Como, por su parte, indica la sentencia 415/2003, de 29 de abril:

"[...] en la indagación de si una concreta actuación previa ha sido causa directa e indirecta del daño sobrevenido, o de si varias de ellas han concurrido en igual o diferente proporción a su materialización, el Tribunal Supremo ha hecho referencia en numerosas ocasiones a que dentro del potencialmente infinito encadenamiento de causas y efectos la determinación del nexo causal entre el hecho de uno de los posibles agentes y el resultado dañoso ha de inspirarse en la valoración de aquellas circunstancias que el buen sentido señale como índice de responsabilidad (SSTS de 30 de diciembre de 1981 y 7 de enero de 1992) teniendo en cuenta, dentro de unas prudentes pautas, el sector del tráfico jurídico o el entorno físico y social donde se desarrollan los acontecimientos que preceden a un daño, pues no todos tienen la misma relevancia (STS de 3 de mayo de 1998)".

En definitiva, el agente solo es responsable de los eventos dañosos que le sean objetivamente imputables, de modo que, si el daño se ocasiona por culpa exclusiva de la víctima y le es objetivamente imputable únicamente a ella, ha de asumir todas las consecuencias, que no pueden atribuirse a un tercero por más que el comportamiento de éste pudiera ser causante del daño desde un punto de vista puramente físico. Mientras que, si el evento dañoso es objetivamente imputable a ambas conductas, el agente material solo tiene que reparar en la medida en que el evento pueda atribuírsele (sentencia 270/2021, de 6 de mayo).

En definitiva, en los casos de culpa de la víctima cabe distinguir cuándo el daño es completamente atribuible a la conducta de quien lo sufre (culpa exclusiva de la víctima; por ejemplo, sentencia 83/2010, de 22 de febrero) y cuándo esa conducta contribuye junto con otra u otras a la producción del siniestro (culpa concurrente de la víctima; verbigracia, sentencia 842/2009, de 5 de enero de 2010)."

2.4.2.1.1.3.2 Pluralidad de causantes del daño.

En estos casos debemos responder la siguiente interrogante: ¿Qué sucede si varias personas han contribuido a la ocurrencia del siniestro? Es decir, ya no se trata de que el daño le sea imputable al agente dañador y a la víctima conjuntamente, sino que distintas acciones de distintas personas han contribuido a la ocurrencia del siniestro sin culpa o participación de la víctima.

En el primer supuesto, un mismo hecho o acción u omisión visto globalmente es realizado por varias personas. Según nuestro Código Civil, en el segundo párrafo del artículo 1644, todas ellas responden solidariamente; así esta norma textualmente dispone que *“Si la acción u omisión fuere imputable a dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable por los perjuicios causados.”*, con lo cual pareciese que se estuviere negando un posible examen en cuanto a la participación de cada sujeto en la ocurrencia del daño, es decir, que la culpa no se fracciona entre los involucrados cuando la misma acción u omisión le es imputable a todos ellos.

En este sentido los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil disponen lo siguiente:

“TÍTULO V. Pluralidad de causantes del daño

Capítulo 9. Pluralidad de causantes del daño

Art. 9:101 Solidaridad y parciariedad: relación entre la víctima y la pluralidad de causantes del daño

(1) La responsabilidad es solidaria si todo el daño sufrido por la víctima o una parte diferenciada del mismo es imputable a dos o más personas. La responsabilidad será solidaria si:

a) una persona participa a sabiendas en la actuación ilícita de otros que causa daño a la víctima, o la instiga o estimula;

b) el comportamiento o actividad independiente de una persona causa daño a la víctima y el mismo daño es también imputable a otra persona;

c) una persona es responsable por el daño causado por un auxiliar en circunstancias tales que también el auxiliar es responsable.

(2) Cuando varias personas se hallan sujetas a responsabilidad solidaria, la víctima puede reclamar toda la indemnización de una o varias de ellas, con tal que no obtenga mayor indemnización que la correspondiente al importe total del daño sufrido.

(3) Se considera que un daño es el mismo daño a los efectos del apartado (1)(b) anterior si no existe una base razonable para imputar sólo una parte del mismo a cada una de las personas responsables ante la víctima. A tal efecto, la persona que afirma que el daño no es el mismo soporta la carga de la prueba. Si tal base razonable existe, la responsabilidad es parciararia, es decir, cada persona responde ante la víctima sólo por la parte del daño que le es imputable.”

Ahora bien, qué sucede en el segundo supuesto, en dónde personas distintas ejecutan acciones distintas e independientes pero que de alguna manera dichas acciones contribuyen al final a la ocurrencia del siniestro.

En este caso se trata de que en la ocurrencia de un siniestro concurren distintas acciones (causas) independientes, cada una aportando un grado de culpa al resultado final dañino, entonces en estos casos, en dónde las conductas son distintas, pero cada una ha contribuido en algo en la ocurrencia del siniestro, ¿Necesariamente todas estas personas deben ser civilmente responsable en igual proporción de manera solidaria? ¿Se debe o no fraccionar la culpa?

Desde nuestro punto de vista si se debe fraccionar, siempre y cuando exista nexo causal entre esas diversas acciones u omisiones y el daño producido, ya que la solidaridad se consagra para cuando una misma acción u omisión o acto, es imputable a dos o más personas siendo esta la única causa del daño; es decir, no hay conductas distintas, sino una sola vista globalmente como un todo, un solo hecho ilícito es el causante de los daños. Fuera de estos casos consideramos viable graduar la responsabilidad de cada participante, en la ocurrencia del siniestro.

Si bien nuestro Código Civil guarda silencio al respecto, en este sentido, debemos indicar que, por ejemplo, el Código Civil Argentino resuelve esta problemática de la siguiente manera en su artículo 1751, veamos: *“Si varias personas participan en la producción del daño que tiene una causa única, se aplican las reglas de las obligaciones solidarias. Si la pluralidad deriva de causas distintas, se aplican las reglas de las obligaciones concurrentes.”* Lo mismo sucede en los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, cuando en el artículo anteriormente transcrito se estatuye que: *“Se considera que un daño es el mismo daño a los efectos del apartado (1)(b) anterior si no existe una base razonable para imputar sólo una parte del mismo a cada una de las personas responsables ante la víctima. A tal efecto, la persona que afirma que el daño no es el mismo soporta la carga de la prueba. Si tal base razonable existe, la responsabilidad es parciaria, es decir, cada persona responde ante la víctima sólo por la parte del daño que le es imputable.”*

Contrario a esta solución legal, se pronuncia el Código Civil de Perú, quien contempla un tipo de solidaridad estricta en su artículo 1983 para los casos de concurrencia de culpa, sin distinguir si la acción y/o causa del daño es la misma o distintas. Así este código dispone que: *“Si*

varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales.”

Mientras que nuestros tribunales, por lo menos los de la esfera marítima, en donde se ha desarrollado y se aplica esta teoría, se han orientado por aplicar la distinción entre las acciones de los culpables que han sido causantes del accidente, adoptando el criterio que cada demandado responde en proporción a su culpa, lo cual, a nuestro modo de ver, es acorde con nuestra legislación civil.

2.4.2.1.1.3.2.1 Jurisprudencia.

Fallo de 16 de mayo de 2006.

De la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, proferida en el proceso especial de ejecución de crédito marítimo privilegiado que Panamá Port, S.A. le sigue a M/N Sea Guardian (exp. 36-05).

Los hechos que rodea esta causa son los siguientes: La empresa PANAMA PORTS COMPANY, S.A. instauró ante el Segundo Tribunal Marítimo de Panamá proceso especial para la ejecución de crédito marítimo privilegiado contra la M/N SEA GUARDIAN, debido a que ésta al remolcar una nave muerta (M/N BROCKEN), la cual depende de la remolcadora (funcionan como si fuera una sola), provocó que la nave remolcada chocara contra una esquina del lado noreste del nuevo muelle de pórticos o de contenedores del Puerto de Balboa, cuya concesionaria es la actora, golpeando y destruyendo un poste alto de luminaria y parte del borde de la estructura de dicho muelle (un patio de contenedores en construcción), de aproximadamente 5 metros cuadrados. Durante la maniobra, la nave remolcadora (M/N SEA GUARDIAN) estaba bajo el control y operación de un piloto de la ACP; de igual forma, durante la maniobra la remolcadora presentó problemas mecánicos.

Al resolver el conflicto, el Tribunal A-quo, concluyó que en el accidente influyeron los siguientes factores: la demandada (55%), la ACP (35%), por la actuación de su piloto, la M/N BROCKEN (5%) y los vientos (5%).

De igual forma, concluyo que no existía culpa en la demandante, conforme lo alegó la demandada, con base en que colocó el poste de luminarias afectado en lugar no apropiado o no adecuado, porque el área donde ocurrió el accidente de marras, no estaba siendo usado por la demandante como lugar de atraque y desatraque, aunque sí al otro lado del muelle, por la naturaleza misma de la actividad que en ese mismo lugar se estaba desarrollando, que era el de almacenaje de contenedores, y que por dicha razón esa parte no tenía las defensas requeridas para áreas de muelle de atraque y desatraque por lo que era un lugar caracterizado por la ausencia de tráfico marítimo y que la única eventualidad en la que razonablemente una nave se hubiera acercado demasiado o llegase a ese punto, lo sería por la razón de hechos, eventos o factores ajenos a la acción voluntaria del capitán o piloto del buque, así como parece que sucedió en el accidente de marras.

Sin embargo, por lo restrictivo de la apelación en sede marítima, la Sala solo se pudo pronunciar sobre un aspecto de derecho consistente en si podrían aplicar los principios de concurrencia o proporcionalidad de culpa en este tipo de demanda "in rem", es decir, contra la nave, ya que a juicio de la censura, no cabe atribuir responsabilidad *in personam* a otros actores (personas naturales o jurídicas) que pudieran también ser responsables por las obligaciones

que se demandan, dada la naturaleza jurídica de éste proceso especial, cuyo fundamento es la ficción legal que hace a la cosa (*res*), en este caso a la nave, sujeto propio de obligaciones contractuales o extracontractuales. De manera que siendo la nave la única demandada, ésta tenía que responder por el 100% de los daños y perjuicios causados a la demandante, resultando ser un error de derecho por parte del tribunal, a pesar de haber reconocido que la demandada era responsable por los daños ocasionados a la demandante por motivo del accidente, asignar distintos porcentajes de esa culpa y negligencia por el accidente a la ACP (35%), a la nave remolcada-M/N BROKEN- (5%) y al viento que soplaba (5%).

Este reparo fue avalado por la Sala Civil, explicando que esta teoría de concurrencia de culpas solo puede ser aplicada en los casos de acciones personales y no en un proceso "*in rem*", veamos:

“Atendiendo a lo que se deja expuesto, cuya explicación más detallada se puede observar en el relato que previamente se hizo del recurso de apelación de la demandante, esta Sala comparte el criterio del censor en cuanto a la improcedencia de asignar diversos grados de culpa y negligencia en el accidente que originó éste proceso, a diversos sujetos que no son la parte demandada en este proceso *in rem* o especial de ejecución de crédito marítimo privilegiado, para posteriormente deducir los respectivos porcentajes del monto de la condena proferida contra la nave demandada, como lo hizo la juez a-quo incurriendo en un error de derecho al desconocer la naturaleza especial de este tipo de acción.

En este sentido es importante tener presente que el crédito marítimo privilegiado es un reclamo privilegiado y especial sobre una propiedad marítima, por ejemplo una nave, que surge de servicios prestados a la cosa (o propiedad) ó de daños causados por ésta, en base a lo cual se instaura un proceso legal especial (in rem) contra esa cosa, hasta que la misma sea ejecutada, proceso éste disponible en derecho marítimo. Como bien lo expresa el autor Thomas S. Shoenbaum, citado por el apelante, "es un derecho basado en la ficción legal de que el buque es el malhechor - el buque mismo causó la pérdida y puede ser llamado a los estrados a responder por la pérdida"(fs.953). En este caso la acción in rem se dirigió contra la M/N SEA GUARDIAN (nave malhechora) por los daños y perjuicios que causó a una estructura portuaria de la demandante (PANAMÁ PORTS), por culpa y negligencia. Por tanto, debido a que nos encontramos ante un proceso in rem lo que se tenía que determinar era la responsabilidad de la nave misma, la cual sería responsable in rem por la negligencia del piloto que la manejaba al ocurrir el accidente, al igual que podría haber sido responsable por la negligencia de su propio Capitán. De manera que no es a través de esta causa donde se puede ventilar la responsabilidad in personam de la persona, valga la redundancia, que controlaba los movimientos de la nave al momento del accidente, ya fuese ésta su dueño, un fletador o la Autoridad del Canal (persona jurídica de derecho público) a través de su piloto. Como bien manifestó el recurrente, ante situaciones como la presente el remedio que tienen los armadores u operadores de naves condenadas en estos procesos (in rem), es repetir o presentar un reclamo o proceso ordinario marítimo contra el piloto o los prácticos del puerto, como lo establece el artículo 1449 del Código de Comercio.

...

Este mismo criterio, relativo a la naturaleza especial del proceso in rem, se aplica a la determinación del tribunal de primera instancia de atribuir un porcentaje de responsabilidad (5%) o el criterio de concurrencia de culpa a la M/N BROKEN remolcada por

la nave demandada (SEA GUARDIAN), a pesar de que era una nave muerta y totalmente controlada por la demandada y de la responsabilidad solidaria de las naves involucradas en un abordaje (art.1464 C.Com.) por daños a terceros, lo relevante es que dentro de este proceso in rem la única demandada es la M/N SEA GUARDIAN por lo cual es ésta a quien le corresponde responder por la totalidad de los daños causados, lógicamente de acuerdo a lo probado, sin perjuicio de que después quiera repetir reclamando a los demás co-responsables. Por tanto, la juez no podía reducir o atenuar la condena de la demandada, en razón de la culpa que le atribuyó a la nave remolcada.

Para concluir con el tema referente a la "negligencia contributiva o concurrencia de culpa", a juicio de esta Sala, el sentenciador de primer grado tampoco podía atribuir culpa o negligencia contributiva en el accidente a factores ambientales o elementos climáticos, como el viento que soplaba en el Puerto de Balboa al momento del accidente, pues como bien anotó la censura, los entes inanimados y los fenómenos atmosféricos no puede actuar con negligencia, ya que ésta conducta es la *"omisión, más o menos voluntarias pero consciente, de la diligencia que corresponde en los actos jurídicos, en los nexos personales y en la guarda o gestión de bienes"*. En todo caso, los fenómenos naturales podrían llegar a exonerar de responsabilidad, cuando los mismos constituyen caso fortuito (art.34d y 990 del C.Civil). Consecuentemente, también se incurrió en un error de derecho al haberle atribuido 5% de negligencia contributiva en el accidente al viento.

En un caso similar al presente, mediante sentencia de 27 de diciembre de 1994, esta Sala consideró como un evidente error de derecho por parte del tribunal marítimo, el haber dividido la condena dentro de un proceso in rem (contra la nave) con fundamento en la llamada "negligencia contributiva". A diferencia del caso que nos ocupa en aquel, el crédito marítimo privilegiado, reconocido por la legislación sustantiva aplicable (la de Estados Unidos) era el salario reclamado por el marino, más no así la suma reclamada como indemnización por accidente, sin embargo operó el mismo criterio del caso subjúdice en cuanto a la improcedencia de proferir condena contra varias personas,

como si se tratara de acciones personales, cuando la acción impetrada es in rem, es decir, contra la nave.

...

De lo expresado debemos concluir que la condena que se determine en concepto de un crédito marítimo privilegiado no puede ser dividida con fundamento en la llamada "negligencia compartida", pues esta figura se produce cuando se está frente a un reclamo por indemnización de daños y perjuicios, pero dentro de un proceso in personam.

Por lo que se deja expuesto, el primer cargo formulado en el recurso de apelación que interpuso la parte actora está justificado, ya que la juez incurrió en un error de derecho al ventilar dentro de este proceso in rem, la responsabilidad personal en la que pudieron incurrir diversos actores relacionados con el accidente y con la nave demandada, reduciendo por ello, y en base a la figura de "la concurrencia de culpa y negligencia contributiva", la responsabilidad que tenía que asumir la nave demandada y la consecuente condena que le correspondía."

Del Fallo transcrito podemos concluir que la "negligencia compartida" es viable cuando la indemnización que se reclama tiene su fuente en una acción personal y dentro de esta categoría, no puede atribuirse culpa o negligencia contributiva a factores ambientales o elementos climáticos, ya que, en todo caso, esos fenómenos naturales podrían llegar a exonerar de responsabilidad, cuando los mismos constituyen caso fortuito.

Examinado grosso modo este criterio de imputación, en dónde el agente responde directamente por su comportamiento; procedemos con

el siguiente criterio de imputación, en dónde no hay una acción directa por parte del civilmente responsable; es decir, que en el siguiente caso habrá un sujeto que ejecutó la conducta y otro que responde por esa conducta que no fue ejecutada por él, sin embargo, el ordenamiento jurídico lo obliga a responder por ese daño.

2.4.2.1.2 Responsabilidad por Hecho de Tercero (Ajeno).

La Responsabilidad por hecho de tercero o ajeno (responsabilidad vicaria), es cuando el daño lo ocasiona un tercero (persona), pero la ley obliga a determinada persona a repararlo a pesar de no haberlo ocasionado, ya sea por su condición o cualidad, es decir, que no existe una acción directa cometida por el civilmente obligado a reparar el daño, sin embargo la ley lo obliga a responder con su patrimonio a pesar de no haber ejecutado personalmente el hecho ilícito, con fundamento en los vínculos que tiene el civilmente responsable con la persona que directamente causó el daño. Es una especie de responsabilidad en garantía del buen comportamiento del que causó el daño.

Esta es la responsabilidad regulada en el artículo 1645 del Código Civil, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 1645. La obligación que impone el Artículo 1644 es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

El padre y la madre son responsables solidariamente de los perjuicios causados por los hijos menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

Los son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.

El Estado, las instituciones descentralizadas del Estado y el Municipio son responsables cuando el daño es causado por conducto del funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, dentro del ejercicio de sus funciones.

Son, por último, responsables los maestros o directores de artes y oficios respecto a los perjuicios causados por sus alumnos o aprendices, mientras permanezcan bajo custodia.

La responsabilidad de que trata este Artículo cesará cuando las personas de derecho privado en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

En estos casos, a pesar que la persona no causó directamente el daño, sí existe una culpa de su parte ya sea porque no prestó la debida supervisión o vigilancia a la persona que directamente causó el daño; o, porque escogió mal a la persona que realizaría la actividad; por eso la doctrina habla en estos casos que existe *culpa in vigilando*, *culpa in eligendo* o *culpa in educando*, es decir, que el civilmente responsable vigiló mal, educó mal o escogió mal, al directamente responsable, para así justificar la existencia de culpa en estos supuestos. En otras

palabras, en estos casos la culpa radica en un comportamiento omisivo por parte del civilmente responsable, ya que omitió su deber de vigilancia, supervisión o educación respecto de la persona que mantenía bajo su cargo o custodia.

Así, al estar basada esta responsabilidad en una culpa del civilmente responsable, tenemos que esta responsabilidad puede cesar en la medida que las personas llamadas a responder civilmente prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para evitar la ocurrencia del siniestro, con lo cual quedarían exonerado por haber comprobado una debida diligencia.

2.4.2.1.2.1 Jurisprudencia.

Fallo de 26 de diciembre de 2001.

De la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, proferida en el proceso ordinario que Salomón Joseph Setton y Lea Sofer de Setton le siguen a Estructuras Nacionales, S. A. y Platinum Tower Corp.

Esta causa inició el 10 de marzo del año 1995, cuando los señores SOLOMON JOSEPH SETTON y LEA SOFER DE SETTON interpusieron proceso ordinario de mayor cuantía en contra de las empresas ESTRUCTURAS NACIONALES, S. A. y PLATINUM TOWER CORP., a fin de que se declare que como consecuencia de la construcción de una torre de apartamentos, las demandadas son responsables de los daños y perjuicios económicos y morales causados a los demandantes y en consecuencia les deben pagar solidariamente la suma de B/.700,000.00. La construcción le causó daños a la vivienda de los demandantes.

En primera instancia se condenó solidariamente a las demandadas por daños materiales y morales; sin embargo, la decisión de segunda instancia revocó la condena por daño moral manteniéndose únicamente la condena por daños materiales.

Por ello, la censura en casación de las demandadas estaba circunscrita a que, según su punto de vista, la sentencia impugnada condenó indebidamente a PLATINUM TOWER, CORP. a indemnizar a los demandantes por los daños y perjuicios alegados por el accionante, a consecuencia de ser propietario de un edificio en construcción, cuya edificación estuvo a cargo de la empresa constructora ESTRUCTURAS

NACIONALES, S. A., responsabilizándola (a PLATINUM TOWER, CORP) por una obligación extracontractual que no le era atinente en relación a la construcción de un edificio de su propiedad, ya que, evidentemente, ella no construyó el edificio. Concluyó que esta responsabilidad sólo le es exigible al arquitecto o constructor y no al propietario de la obra.

Si bien la Sala en aquella ocasión le dio la razón a la censura, abordó la figura de la responsabilidad por el hecho de terceros de la siguiente manera, veamos:

“Lo anterior hace obligante dejar debidamente aclarado, que el presente caso, tal como se desprende de los hechos de la demanda y lo debatido y probado en el proceso, no se trata de una responsabilidad por hecho de terceros sujetos al señorío o sumisión de otra persona, en este caso al propietario, ni de daños producidos por ruina o defectos de construcción, que repetimos, es causa de la responsabilidad reconocida y denominada por la doctrina y jurisprudencia como "Responsabilidad por el hecho de las cosas".

La que nos ocupa, por el contrario, se trata de un tipo de responsabilidad extracontractual, directa, que nuestra legislación regula en el artículo 1644 del Código Civil, y que no corresponde a la responsabilidad por hechos ajenos que es a la que se refiere el artículo 1645 ibídem, no obstante ser una extensión de la responsabilidad extracontractual aplicada a los casos que allí se mencionan.

Dado que tanto la sentencia impugnada así como la de primera instancia, consideran que la demandada Platinum Tower Corp. responde por hecho ajeno o de otra persona,

para la Sala resulta obligante referirse a este tipo de responsabilidad a fin de aclarar conceptos.

La responsabilidad por hecho ajeno, que repetimos, es la extensión de la responsabilidad extracontractual aplicada a casos determinados, está regulada en el artículo 1645 del Código Civil que a continuación transcribimos.

...

Tal como se desprende de su lectura, el artículo transcrito hace referencia a la obligación que surge del artículo 1644 del Código Civil por los actos u omisiones propios, y la hace extensiva a aquellas obligaciones que sin convenio hacen responsable a una persona por actos u omisiones que llevan a cabo otras por las que de acuerdo a la Ley se debe responder en virtud de que entre ellas existe un vínculo de dependencia o subordinación, como por ejemplo, padre e hijos, empresarios y dependientes, el Estado y sus funcionarios, maestros y alumnos, etc.

Si bien la doctrina y la jurisprudencia han admitido que la mención de los casos que generan responsabilidad por hecho ajeno, contenida en el artículo 1645 del Código Civil es taxativa, la Sala debe aclarar que ello es con respecto a la enumeración en él contenida puesto que existen otras disposiciones del Código Civil y otras leyes dispersas que regulan también este tipo de responsabilidad, que si bien trata de casos especiales, en ellos se mantiene un denominador común consistente en la dependencia o subordinación que necesariamente se debe dar entre el civilmente responsable y el ejecutante del hecho dañoso para que el primero quede obligado.

PUIG BRUTAU, al comentarnos sobre este tema, haciendo referencia al artículo 1903 del Código Civil Español, que es similar al 1645 del nuestro, nos señala lo siguiente:

"En todo caso, con independencia del carácter peculiar de cada uno de los supuestos considerados, la eficacia de la norma se consigue con la presunción iuris tantum de culpa que se imputa a quien se halla en una situación

de superioridad o predominio respecto del causante directo del daño (respondeat superior)". (PUIG BRUTAU, José. "Fundamento de Derecho Civil", Tomo II, Edit. Bosch, Barcelona, pág.108).

En igual sentido pero ampliando algunas conceptos adicionales contenidos en el artículo 1093 del Código Civil Español, el autor y catedrático de Derecho Civil, MARIANO IZQUIERDO, indica que:

"Son notas generales del sistema de responsabilidad por el hecho ajeno las siguientes:

1. Se trata de una serie de personas que guardan una especial relación de dependencia con el autor material del daño. Dependencia familiar o cuasifamiliar, laboral, funcionarial, educativa, etc. Tan especial es esa relación de dependencia que, a diferencia de lo que sucede en el art. 1902, el art. 1903 presume la culpa. Una culpa en la vigilancia o en la elección del empleado, en la vigilancia o en la educación de los hijos menores y pupilos, etc. Son, pues, casos de responsabilidad subjetiva o por culpa, pero una culpa que además, se presume (art.1903, pºfinal). En este sentido, se puede decir que el precepto, siguiendo el modelo del art. 1384 del Código francés, viene a ser una prolongación del art. 1902: si en éste se halla la culpa in operando, en el 1903 se trata de culpa in vigilando, in eligendo o in educando. De hecho, el artículo comienza diciendo que "La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder".

En Cambio, en el Código penal estamos ante una culpa que no se presume (arts. 118-1ª y 120). Diferencia ésta completamente inaceptable e injustificada (vid infra, 2.2.).

2. El aparente fundamento de la responsabilidad por el hecho de otro está, según lo anterior, en la culpa que determinadas personas tienen a la hora de educar, vigilar o elegir a otras. Prueba de culpa que no ha de aportar la víctima, sino que se presume, correspondiendo a los padres,

tutores, empresarios, etc., demostrar que no la hubo, que ellos educaron, vigilaron o eligieron correctamente: "La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la vigilancia de un buen padre de familia para prevenir el daño". Sin embargo, el fundamento culpabilístico es más aparente que real. Las sentencias del Tribunal Supremo demuestran la enorme dificultad que tales personas encuentran a la hora de demostrar que no fueron culpables. Sin duda se puede afirmar que la presunción del pº final del art. 1903, aunque en teoría y según el tenor literal del precepto, permita prueba en contrario, de hecho y en la práctica es una auténtica presunción irrebatible.

En el Código penal, si la responsabilidad de los guardadores también se basa en la culpa, la de los empresarios tiene naturaleza objetiva, como tendremos ocasión de comprobar (infra, 4.1.).

3. La responsabilidad descrita en el Código civil es directa: aunque quepa dirigirse, por ejemplo, sólo contra el empleado (más dificultades, como vimos, para decir lo mismo de los hijos menores y los tutelados) o conjuntamente contra empleado y empleador (vid. Capítulo XI, 2.2.), la prevista en el art. 1903 es directa y exclusiva de las personas mencionadas en el precepto como responsables. Mientras tanto, la del Código penal es responsabilidad subsidiaria, jugando sólo para el caso de insolvencia del autor del delito o falta (salvo la del art. 118.1ª C.pen. Y la del art. 61.3 de la L.O. 5/2000, que es también responsabilidad directa).

4. No hay más casos de responsabilidad por el hecho de otro que los expresamente regulados en la ley, ya sea en el art. 1903 C.civ., ya en los correspondientes del Código penal (118.1ª y 120.1º), ya en cualesquiera otros preceptos de otras leyes (infra, epígrafe 8). El sistema de responsabilidad por el hecho ajeno es *numerus clausus*, y no es admisible en este terreno la analogía para, por ejemplo, hacer responder a la mujer de los daños causados por el marido, o al novio por lo hecho por la novia." (F.254)

Esta responsabilidad por otro se presume (ya que admite prueba de buena diligencia) por cuanto viene unida al poder de dirigir y vigilar la conducta ajena y la obligación de evitar que de la misma se derive algún daño.

Pero en el caso que nos ocupa, que trata de la construcción de una obra o de un edificio cuyo propietario contrató los servicios de un profesional de la construcción como lo es la sociedad ESTRUCTURAS NACIONALES, S. A., contrario a la conclusión a que llegaron los juzgadores de instancia, la Sala considera que la responsabilidad del propietario no está subsumida dentro de los parámetros de subordinación y dependencia contenidos en el artículo 1645 del Código Civil y que por lo tanto no estamos frente a responsabilidad por hechos ajenos, de manera que no se puede hacer responsable al propietario del bien por los actos culposos y negligentes del constructor que causaron daños a terceros al realizarse las labores de construcción y de las cuales debe responder el constructor en base a la responsabilidad contenida en el artículo 1644 del Código Civil.”

Vale la pena aclarar que, el criterio que exoneraba de responsabilidad a los propietarios de la obra fue abandonado por la Sala Civil, tal como se aprecia en la siguiente sentencia, en donde los hechos que rodeaban la controversia eran similares (daños a la vivienda de los demandantes producto de la construcción de un edificio en el terreno colindante):

Fallo de 21 de febrero de 2024.

Tanaka Holding Corp., Ramón Da Pena, Eileen S. Boyd y Eileen Da Pena recurren en casación dentro del proceso ordinario que le siguen a Colina Finance, S.A. y Euroconstruction, S.A. (exp.75908-2021). Veamos lo expuesto:

“En este caso definitivamente que quien directamente construyó la edificación es la que, en primer caso, se le puede imputar el hecho ilícito, ya que fue su comportamiento omisivo, durante la construcción del hotel, el que se alejó del estándar esperado de un hombre prudente, conclusión con la cual no muestra disconformidad la parte recurrente, pues no niega la responsabilidad que le puede asistir a EUROCONSTRUCTION, S.A., en su condición de constructora de la edificación, es decir, responsabilidad civil por hecho propio.

Ahora bien, la responsabilidad de COLINA FINANCE, S.A., como propietaria del inmueble y dueña de la edificación, debe analizarse en base a lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 1645 del Código Civil, es decir, responsabilidad por hecho ajeno (vicaria); cuando traslada la responsabilidad del artículo 1644 lex cit a “...los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieron empleados, o con ocasión de sus funciones.”

Sobre este tipo de responsabilidad, ha indicado el Tribunal Supremo de España en Sentencia de 2 de noviembre de 2011, que “...la relación de dependencia, presupuesto del art. 1903 CC2, no ha de ser necesariamente laboral pudiendo derivarse de otros vínculos jurídicos cuales los de arrendamiento de obras y servicios...”; por lo tanto, dicha norma (art.1645) no contempla solamente la relación de dependencia proveniente de una relación laboral, sino que la misma puede ocurrir en otras situaciones en dónde exista algún tipo de dependencia y control de una persona sobre otra. Es necesario mencionar que, en dicha sentencia,

el Tribunal Supremo de España condenó a un Ayuntamiento por la omisión de medidas de seguridad por parte de dos empresas constructoras que había contratado para realizar una obra de urbanización, es decir, hizo responsable al dueño de la obra por los daños ocasionados por las personas que contrató para la ejecución y realización del proyecto.

Por tanto, bajo este criterio de imputación, le cabe responsabilidad directa a COLINA FINANCE, S.A., por los daños ocasionados por la persona que contrató para la realización de la obra en cuestión, responsabilidad que es de tipo solidaria.

Ahora bien, nótese que, en este caso, al final, lo que se exige es una responsabilidad extracontractual, por los daños causados a terceros (vecinos de la construcción), al no tomarse las debidas precauciones y cuidados requeridos en una actividad profesional cuya exigencia es más necesaria cuando se entra dentro del contexto de la construcción que naturalmente pone en peligro la conservación o preservación de los bienes de personas o vecinos contiguos a la obra que se lleva a cabo.

El derecho de propiedad, cuyo reconocimiento es una garantía constitucional en nuestro medio, al punto de ser considerado un verdadero derecho humano, genera obligaciones para su dueño, quien al ejercer el derecho de dominio lo tiene que hacer dentro de las limitaciones que le impone la ley, tal cual lo dispone el artículo 337 del Código Civil, que dice:

"Artículo 337. La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas por la ley.

El propietario tiene acción contra el poseedor de la cosa para reivindicarla."

Del artículo transcrito se desprende que el derecho de dominio no es absoluto y que el propietario tiene el derecho de gozar y disponer de la cosa que le pertenece, pero sujeto a las limitaciones que establece la ley dentro de las cuales tenemos limitaciones civiles que se traducen en el deber de cuidado y vigilancia que se debe tener para que el ejercicio

del derecho de propiedad no cause daño a otras personas, caso en el cual nace para el propietario, por ese carácter, la obligación de reparar el daño causado.

Como ya mencionamos, todo propietario tiene derecho a construir las mejoras que la ley le permita en su fundo, pero ese derecho no lo faculta a ocasionar daños a los demás cuando haga uso del mismo, ya sea directamente o por interpuesta persona; y, mucho menos desentenderse de lo que está pasando en su propiedad cuando lo realizado se produce por órdenes suyas, por lo cual el mismo no puede resultar impune por los daños que se han ocasionado en pro de su beneficio. Por ello es que, todo propietario tiene el deber intrínseco, por su condición de propietario, de vigilar y asegurarse que los trabajos realizados dentro de su fundo, no ocasionen daños a terceros, pues de lo contrario, queda obligado a repararlos, con independencia de los acuerdos que pueda tener con la persona que contrató para realizar la obra o la responsabilidad que le pueda exigir por una prestación deficiente de su obligación que al final comprometió su responsabilidad (acción de repetición). Debemos recordar que esa relación entre propietario y constructor es ajena a los terceros.

Además, el último párrafo del artículo 1645 le permite a ese propietario exonerarse de responsabilidad cuando demuestre que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, situación que no ha ocurrido en este proceso.

Por todo lo anterior, ha quedado en evidencia que el hecho ilícito le es imputable tanto a EUROCONSTRUCTION, S.A., en su condición de constructor de la obra; como a COLINA FINANCE, S.A., en su condición de propietaria de la obra.”

Como hemos señalado anteriormente, en estos casos, una persona causa directamente un daño, sin embargo, la ley impone que otra sea la responsable de repararlo (civilmente responsable) a pesar

de no haber cometido directamente el hecho ilícito. En estos tipos de responsabilidad el denominador común consiste en la dependencia o subordinación que necesariamente se debe dar entre el civilmente responsable y el ejecutante del hecho dañoso para que el primero quede obligado, extendiéndose de esta manera la responsabilidad civil contenida en el artículo 1644 lex cit, a esa persona a quien se le puede imputar la responsabilidad de reparar el daño ocurrido.

Así se establece que los padres son responsables por los daños causados por sus hijos menores de edad o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía; los dueños de un establecimiento o empresa por los perjuicios causados por sus dependientes al realizar sus labores para lo cual fueron contratados o con ocasión de sus funciones (“dependencia” no es sinónimo de relación laboral); El Estado por los daños causados por conducto de sus funcionarios; o los maestros por los causados por sus alumnos.

En estos casos se parte de una presunción de culpa en contra del civilmente responsable, en el sentido de que omitió su deber de vigilancia y permitió que su dependiente (directamente responsable) ocasionara el daño. Es por ello que podemos señalar que en este tipo de responsabilidad la carga de la prueba sobre la culpabilidad se

traslada al demandado (al existir la presunción en su contra), en el sentido de que se eximirá de responsabilidad si logra probar que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para evitar la ocurrencia del siniestro.

2.4.2.1.3 Responsabilidad por el hecho de las cosas.

La Responsabilidad por el hecho de las cosas, emerge del hecho producido por las cosas donde no hay ninguna participación directa del hombre en la ocurrencia del siniestro, sino que son ocasionadas por las cosas o animales que el civilmente responsable mantiene bajo su dominio o custodia. Este tipo de responsabilidad involucra tanto la responsabilidad que tiene su origen en el hecho o acción de cosa animada, como por el hecho de las cosas inanimadas.

Señala Corral Talciani que no *“existe una regla general, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, como el francés y el argentino, que haga responsable a una persona por los daños causados por objetos que le son propios o que han sido puestos bajo la órbita de su vigilancia (responsabilidad por custodia). Se trata sólo de casos específicos enumerados por la ley, que no pueden extenderse a situaciones diversas a las descritas.”* (CORRAL TALCIANI,

Hernán. 2004. P.246).

Por su parte, Enrique Barros Bourie explica que en *“el derecho chileno, como ocurre en general en el derecho comparado, no se conoce una presunción genérica de culpa por el hecho de las cosas. Por eso, solo es posible acudir a la presunción general de culpabilidad por el hecho propio del artículo 2329 del Código Civil, siempre que se trate de daños provocados por cosas peligrosas o que razonablemente y de acuerdo a la experiencia puedan atribuirse a negligencia. De hecho, los casos más notorios en que operará un indicio prima facie de culpa tienen lugar precisamente cuando una cosa bajo el control del demandado interviene causalmente en el accidente (el arma de fuego, la cañería descubierta y el camino en mal estado, en los ejemplos del artículo 2329)”*. Agrega este autor que las *“presunciones específicas de culpabilidad por el hecho de las cosas pueden desvirtuarse por el dueño o custodio de la cosa, probando su propia diligencia. Por el contrario, en la hipótesis de responsabilidad estricta el dueño o custodio es civilmente responsable por el solo hecho de haber intervenido la cosa en la ocurrencia del daño.* (BARROS BOURIE, Enrique. p.220).

En nuestro caso, el Código Civil de Panamá tampoco contempla una regla general sobre responsabilidad por los daños ocasionados por

las cosas o por la intervención de la cosa en la dinámica del daño, es decir, que nuestro Código Civil no contempla una regla general que haga responsable a una persona por los daños causados por objetos o cosas que son de su propiedad o cuando mantiene la custodia de los mismos, sino que se regulan casos específicos de estas situaciones, como lo son los daños ocasionados por los animales (art.1647 y 1648), daños ocasionados por un edificio ruinoso (Art.1649), daños ocasionados por explosiones, humos excesivos, caídas de árboles, emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes (art.1650), daños ocasionados por cosas arrojadas (art.1652) y por productos defectuosos (art.1652-a).

En estos casos la responsabilidad estará fundada en la culpa del dueño o tenedor de la cosa cuando la ley le permita exculparse de responsabilidad acreditando debida diligencia, cuando no sea permitido esta causa de exoneración, estamos dentro del campo de una responsabilidad estricta u objetiva, en donde sólo se puede exonerar probando la existencia de una causa extraña (caso fortuito, fuerza mayor, culpa de la víctima o el hecho de un tercero).

A pesar de que, en Panamá, esta materia no este regulada de manera genérica, no podemos obviar de mencionar que, en otros

ordenamientos jurídicos, existen normas que, al ser interpretadas por sus Tribunales, la jurisprudencia ha deducido una regla general sobre la materia. Así, pionero en este campo es el derecho francés, de dónde la jurisprudencia de dicho país ha justificado esta responsabilidad de manera genérica a través de la **teoría del guardián** con fundamento en lo redactado en el artículo 1384 del Código Civil francés, el cual estatuye lo siguiente: “*Se es responsable no sólo del daño que se cause por hecho propio, sino también del causado por las personas de las que se debe responder, o por las cosas que estén bajo la guarda de uno.*” , con lo cual han logrado tutelar a las víctimas aun cuando estas no lograron probar la culpa del demandado, en circunstancias en donde la equidad exigía dicha tutela, lo cual fue muy importante en un tiempo en donde no existía la responsabilidad objetiva para accidentes de trabajo o accidentes de tránsito y que en la actualidad, va aumentando su importancia para tutelar daños producidos por los adelantos tecnológicos de las sociedades modernas.

Sobre esta teoría, explica el Magistrado Olmedo Arrocha Osorio que: “*a partir del Código de Napoleón, surge la Teoría de la Creación del Riesgo o Teoría del Riesgo Creado. Se genera la responsabilidad por los daños que se causen, a cargo de quien ponga a circular un aparato que por su sola peligrosidad aumente los riesgos de daño,*

independientemente de la culpa de su actuación. Se pasa de la represión de la conducta a la reparación del daño, como el objeto de la responsabilidad civil. La indemnización a la víctima no se calcula por la gravedad de la culpa, sino por la extensión del perjuicio. Se ubica el verdadero debate de la responsabilidad civil en decidir quién debe soportar los efectos del daño, una vez que éste se ha producido. En este sentido, nace la idea de que la víctima que nada ha hecho, no tiene por qué soportar el daño, frente a alguien que, con la situación riesgosa en que ubicó a una persona, obtenía beneficios y por tanto debe soportar económicamente el daño (ubi emolumentum ibi onus).” (ARROCHA OSORIO, Olmedo. 2016. P.127).

De acuerdo a esta teoría, la responsabilidad civil por el hecho de las cosas está fundamentada en una obligación de resultado o determinada, obligación que comprende la responsabilidad por el hecho de las cosas o de los animales. El simple hecho de violar la obligación constituye, en sí mismo, una falta. (TAMAYO JARAMILLO, Javier. 2018. p.826).

Por su parte los hermanos Mazeaud explican que la “*mayor parte de los autores que se pliegan hoy día a la teoría de la falta en la guarda, responden de la siguiente manera: la obligación legal consiste en*

impedir que la cosa cause un daño; como consecuencia, cada vez que haya daño causado por la cosa, hay incumplimiento de la obligación legal de la guarda... La obligación consiste verdaderamente en guardar la cosa, es decir, en impedir que la cosa escape al control material del hombre. Así, cada vez que la cosa escapa al control material de su guardián, a la dirección en sentido material, este ha faltado a su obligación. (MAZEAUD. 2010. P.793).

Según Javier Tamayo Jaramillo, los requisitos para que en Francia se dé esta responsabilidad, son los siguientes:

- a) La cosa puede ser mueble o inmueble.
- b) Puede estar o no accionada por la mano del hombre.
- c) Puede estar o no en movimiento.
- d) Puede o no ser peligrosa.
- e) Debe ser instrumento del daño.
- f) El daño se atribuye a la guarda de la cosa, no a la cosa misma.
- g) Se presume que el propietario es el guardián.
- h) La guarda consiste en el poder de dirección, control y vigilancia de la cosa.
- i) El dependiente, en principio, no tiene la guarda de la cosa, ya que intelectualmente no puede disponer de ella.
- j) El demandado solo se libera mediante la prueba de una causa

extraña.

k) La guarda puede ser acumulativa (guarda en la estructura y guarda en el comportamiento)

l) En la responsabilidad por el hecho de las cosas, el hecho no culposo de la víctima, causa parcial del daño, da lugar a reducción parcial.

m) En el transporte a título gratuito también se aplica la responsabilidad por el hecho de las cosas.” (TAMAYO JARAMILLO, Javier. 2018. p.844-845).

En Bélgica también se utiliza esta misma teoría, pero para que surja esta responsabilidad en dicho país, es necesario que el demandante acredite la existencia de un vicio interno de la cosa causante del daño para que el guardián pueda ser considerado como responsable.

Ahora bien, a pesar de que el Código Civil Francés, ha sido la fuente directa de los códigos decimonónicos aprobados en el derecho continental europeo y latinoamericano, muchos de esos códigos no contemplaron esa frase del artículo 1384 mencionado, referente a que la persona también es responsable por “**las cosas que estén bajo la guarda de uno**”. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia de estos países han adoptado con mayor facilidad, la teoría del riesgo para

justificar una regla general en esta materia, ya no fundamentada en la falta de la guarda sobre la cosa peligrosa, sino por el ejercicio de una actividad riesgosa para los demás.

2.4.2.2.1 Responsabilidad por actividades peligrosas.

Conforme a esta teoría “*quien introduce un elemento de riesgo en la sociedad está por ese solo hecho obligado a garantizar que los danos que esta causare aun sin culpa de nadie serán reparados. En la práctica las teorías subjetivas dejaron de tener explicación racional que justificase que la víctima en los extremos de daño no culpable tuviese que soportar el daño así se elabora por decisiones jurisprudenciales los primeros visos de responsabilidad sin culpa. Se comenta el fallo dictado por la Corte de Casación de Francia del 16 de junio de 1896 en la que se decidió que el propietario de un remolcador era responsable de la muerte de un mecánico causada por la explosión de una caldera aunque se había demostrado que ella ocurrió por vicio de su construcción o sea fuera del caso de fuerza mayor o caso fortuito sin que el dueño pudiese librarse demostrando ausencia de culpa de su parte. Esta decisión constituyo la primera aplicación en el derecho moderno de un factor objetivo en la atribución del deber de reparar ya que como es obvio no es culpable el propietario del remolcador de que el mismo tuviere un*

desperfecto o vicio de construcción.” (TIMPSOM LAYNE, Claudio. 2017. P.134-135).

Este criterio de imputación atribuye responsabilidad al agente por la actividad que desarrolla, la cual implica la obtención de un beneficio, beneficio que se encuentra vinculado a la creación de un riesgo especial para los demás, por lo que es justo y razonable que quien se beneficia con dicha actividad responda por los daños causados como consecuencia de su desarrollo.

Sobre el particular, considera Adriano De Cupis que *“La razón de equidad, apta para desvincular la responsabilidad de la culpa, debe entenderse así: La sociedad en su generalidad y determinados individuos en particular, se benefician de los adelantos mecánicos e industriales que improntan a la civilización actual; si bien, estos progresos, si ocasionan ventajas, aumentan, respecto a terceros, el peligro de daños. Es justo, por tanto, que los que particularmente gocen de ventajas respondan de los daños, incluso prescindiendo de la culpa, pues que estas ventajas de que gozan pueden suplir, a la hora de exigir la responsabilidad, la existencia de culpa. Esencialmente, la solidaridad social exige que a un régimen de particulares ventajas vaya unido un sistema de responsabilidad más rigurosa, ya que, una situación de*

acusado beneficio, no puede dejarse desprovista del mayor riesgo que entraña esta misma ventaja.” (DE CUPIS, Adriano. 1975. P.191).

Es de advertir que esta responsabilidad se fundamenta en el principio romano “*ubi est emolumentum ibi est onus esse debet*” o “*cuius commoda, eius incommode*” que dispone que quien “*emprende una actividad generadora de riesgos para terceros con el exclusivo propósito de obtener un beneficio, ha de soportar los daños que de tal actividad se deriven, aunque hayan sobrevenido sin su culpa.* (REGLERO CAMPOS, Fernando. 2014. P.281).

Es importante tener en cuenta que en donde “*la actividad esté dirigida a procurar un aumento del patrimonio del agente y, para alcanzar este fin, deba también, sin culpa del agente, ocasionar daños a terceros, estos daños han de resarcirse porque representan el pasivo de las ventajas que van exclusivamente al agente. Cuando un hombre organiza una actividad con finalidad de lucro, cuando tal actividad excede de la esfera de la actividad puramente biológica debe ciertamente sufrir también las desventajas y resarcir los daños ocasionados a terceros, aunque sea de forma inculpable*” (PACCHIONI: Diritto Civile, 1940, pgs.211 y ss. Citado por REGLERO CAMPOS, Fernando. 2014. P.281).

Sobre este tipo de responsabilidad el ex-profesor de Derecho Civil de la Universidad de Panamá, Doctor Dulio Arroyo C., nos comentaba que: *"Es más, la doctrina reciente, tratándose del ejercicio de actividades peligrosas, viene sosteniendo la tesis de que en estos casos el propietario responde aún cuando no haya incurrido en culpa alguna. Esta teoría por ello recibe el nombre de teoría de la responsabilidad objetiva o del riesgo. Así, dice CASTAN, ya citado anteriormente. <<En las nuevas doctrinas ya aludidas antes al hablar del principio de la responsabilidad objetiva, la responsabilidad del daño causado por las cosas no es más que una consecuencia necesaria del derecho de propiedad, independientemente de toda idea de culpa en el propietario. El que tiene el beneficio de una cosa dicen los partidarios de esta teoría debe soportar sus riesgos>> (págs. 471-472)." (ARROYO CAMACHO, Dulio, "Estudios Jurídicos", T.II. 1977, pág.11).*

Para liberarse de este tipo de responsabilidad se exige que el agente demuestre la ocurrencia de una causa extraña, entre las cuales está la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho exclusivo de un tercero o de la propia víctima; ya que para este tipo de imputación basta que se acredite el vínculo de causalidad entre el daño y la actividad peligrosa sin examinar si ha existido culpa o no en el agente, pues la culpa viene

acreditada con la existencia de la actividad peligrosa.

¿Pero cuál es el fundamento legal para la aplicación de esta teoría? En el caso colombiano, explica el Dr. Javier Tamayo Jaramillo, (TAMAYO JARAMILLO, Javier. 2017. P.859 y ss) que esta teoría ha sido aceptada por los tribunales de justicia, bajo el amparo del artículo 2356 del Código Civil de Colombia (que corresponde al artículo 2329 del Código Civil Chileno), mientras que Francia lo hace a través del artículo 1384 de su Código Civil (Teoría del Guardián). En cambio, países como Italia, México y Rusia, si contemplan expresamente este criterio de imputación en su legislación civil; a los cuales podemos agregar también actualmente Perú y Argentina, con la aprobación de sus nuevos códigos civiles, veamos:

PERÚ

Artículo 1970.- Responsabilidad por riesgo

Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.

ARGENTINA:

ARTICULO 1757.- Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios

empleados o por las circunstancias de su realización.

La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

ARTICULO 1758.- Sujetos responsables. El dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta.

En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial.

2.4.2.1.4.1 Jurisprudencia.

En cuanto a los países que no mantiene una regulación legal expresa, tenemos que su jurisprudencia se ha encargado de delinear la aplicación de este tipo de responsabilidad, caso en el cual podemos mencionar España, cuyo Tribunal Supremo, en Sentencia de 15 de marzo de 2021 (STS 807/2021 –ECLI:ES:TS:2021:807), ha abordado esta temática al resolver la petición de indemnización de daños por amianto a favor de los familiares de trabajadores de Uralita S.A. en Cerdanyola del Vallés y de perjudicados que residían en las proximidades de la fábrica.

Sentencia de 15 de marzo de 2021.

El conflicto planteado en esa causa era una demanda de juicio ordinario contra Uralita, S.A., en la que los 43 demandantes solicitaban se dictara sentencia en la que se condene a la demandada al pago de la cantidad de cinco millones setecientos noventa y ocho mil ochenta y dos euros con sesenta céntimos de euro (5.798.082,6 €), como principal (desglosada debidamente la cantidad que le correspondía a cada demandante) más los intereses legales correspondientes.

La base fáctica, en la que se apoya la pretensión deducida, consiste en esencia en que la entidad demandada desarrolló en la localidad de Cerdanyola del Vallés (Barcelona), entre 1907 y 1997, una actividad industrial consistente en la fabricación de elementos para la construcción mediante el uso de amianto. La inhalación de las fibras de dicho mineral es causante de distintas patologías para la salud, no sólo de los trabajadores que lo manipulan en el proceso industrial de su transformación, sino también para los familiares convivientes con éstos, que retornaban a sus respectivos domicilios con las ropas de trabajo contaminadas, resultando de esta manera igualmente afectados (pasivos domésticos), así como también las personas que vivían en las proximidades de la fábrica de la demandada por las emanaciones y

residuos procedentes de la misma (pasivos ambientales).

Los demandantes accionan con fundamento en su condición de perjudicados por padecer alguna enfermedad relacionada con el amianto (ERA), así como en su condición de herederos de personas fallecidas por las causas expuestas.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda solo en cuanto a las pretensiones de los familiares de trabajadores que habían prestado sus servicios en la empresa entre 1971 y 1977. La Audiencia Provincial, por su parte, amplió la responsabilidad de la empresa demandada a todos los pasivos domésticos, sin limitarla al periodo 1971-1977, y estimó también la demanda en cuanto a los denominados pasivos ambientales.

La Sala de lo Civil desestimó los recursos interpuestos por la empresa Uralita. Como punto de partida, consideró que la utilización del amianto en los procesos industriales, y especialmente la inhalación del polvo que se desprendía en la fabricación de productos derivados, conformaba un indiscutible riesgo para la salud perfectamente conocido cuando menos en la década de los años cuarenta del siglo pasado. La entidad demandada tenía perfecta constancia de los riesgos que estas

sustancias generaban para la salud de los trabajadores y de terceros, así como de la peligrosidad de la actividad industrial que desarrollaba, en tanto en cuanto susceptible de generar distintas patologías respiratorias elevadas incluso a la condición de enfermedad profesional.

Sobre los llamados pasivos ambientales, la empresa era consciente de que su actividad industrial era anormalmente peligrosa y ello le obligaba a extremar las precauciones debidas en un grado muy elevado y a adoptar medidas eficientes para evitar o disminuir los riesgos y garantizar la indemnidad de las personas.

Las circunstancias acreditadas en el litigio indican que, lejos de observarse ese especial deber de cuidado exigible, se incrementó el riesgo en la gestión, no solo con deficiencias en el mantenimiento interno de los niveles de contaminación tolerables, sino también en la contaminación ambiental.

Respecto de los pasivos domésticos, era conocida la retención y depósito sobre las prendas de trabajo de las fibras y polvo del amianto, por lo que no era difícil para la empresa representarse, en su activa obligación de prevenir daños, que la referida vestimenta llegase impregnada de tales sustancias a los domicilios de sus trabajadores,

donde eran lavadas, y que, por lo tanto, constituyesen un foco de contaminación para sus familiares convivientes.

La Sala confirma también la compatibilidad entre las indemnizaciones reclamadas por los herederos de las personas ya fallecidas y las correspondientes al daño experimentado por estos como perjudicados por su muerte.

Por último, la Sala estima parcialmente el recurso de los demandantes, en el sentido de incluir en la indemnización el daño moral derivado de las placas pleurales, que son una manifestación radiológica de la exposición del amianto que implica un factor de riesgo, aunque no conlleva afectación pulmonar. Tiene en cuenta, para ello, el riesgo de acabar contrayendo una enfermedad derivada del amianto, el largo periodo de incertidumbre, por los elevados periodos de latencia de la enfermedad, y el hecho de que los demandantes viven en una población con un elevado porcentaje de enfermedades de esa clase.

Así, para fundar esa decisión, la Sala Civil del Tribunal Supremo de España hace uso de la doctrina del riesgo, sobre la cual externó lo siguiente:

“2.- Algunas consideraciones previas sobre la denominada doctrina del riesgo

La culpa es el título ordinario de imputación del daño, que permite su endoso o transferencia desde el patrimonio de la víctima que lo padece al del sujeto causante como excepción a la regla latina *casum sentit dominus*, conforme a la cual la víctima ha de pechar con los daños que personalmente sufra en la lotería de la vida. Sobre tal base se construye el art. 1902 del CC, que obliga a reparar el daño causado por culpa o negligencia, como igualmente lo hacen los códigos francés, italiano, alemán o portugués.

No obstante, la actividad peligrosa desplegada por la persona puede constituir igualmente, bajo determinadas circunstancias, un legítimo título de imputación del daño.

En este sentido, el art. 1:101 de los Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil, tras señalar que la persona a quien se pueda imputar jurídicamente el daño sufrido por otra está obligado a repararlo, establece a continuación como títulos de imputación los siguientes: «a) cuya conducta culposa lo haya causado; o b) cuyas actividades anormalmente peligrosas lo hayan causado; o c) cuyo auxiliar lo haya causado en el ejercicio de sus funciones». En definitiva, recogiendo los protípicos supuestos de la responsabilidad civil subjetiva o por culpa, objetivada o por riesgo, y vicaria o por hecho de otro.

De estas actividades anormalmente peligrosas se ocupa posteriormente el art. 5:101 de dichos principios, con la atribución a quien las lleva a cabo de una responsabilidad objetiva por el daño característico del riesgo que tal actividad comporta y que resulta de ella. En dicho precepto, se atribuye a una actividad el calificativo de anormalmente peligrosa si: «a) crea un riesgo previsible y significativo de daño incluso aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio y b) no es una actividad que sea objeto de uso común». En su apartado 3, señala que el riesgo de daño puede ser significativo «en atención a la gravedad o a la probabilidad del mismo».

Por su parte, el art. 2050 del Código Civil italiano norma que:

«Quien cause un daño a otro en el desempeño de una actividad peligrosa, por su naturaleza o por la naturaleza de los medios utilizados, está obligado al resarcimiento, si no prueba haber adoptado todas las medidas adecuadas para evitar el daño», consagrando pues una normativa inversión de la carga de la prueba.

En estos supuestos de actividades peligrosas permitidas, por ser socialmente útiles, colisionan los intereses de los terceros de no resultar perjudicados, con el propio y legítimo de los titulares que las gestionan de obtener los mayores rendimientos económicos posibles derivados de su explotación, a veces sometida, aunque no siempre, a un régimen de responsabilidad objetiva bajo aseguramiento obligatorio.

Esa desigualdad, en las posiciones de ambas partes, se pone fácilmente de manifiesto por la circunstancia de que mientras los terceros soportan la amenaza eventual de sufrir daños significativos, con la única ventaja de obtener a cambio, en el mejor de los casos, un beneficio meramente difuso, el titular de la actividad, por el contrario, se beneficia de las ganancias generadas de su explotación en su particular provecho. Esta asimetría conduce a la posibilidad de justificar decisiones normativas que, por razones de justicia conmutativa, impongan a quien se aproveche de ese stock de riesgos, las cargas económicas de los perjuicios causados a los terceros ajenos a la misma, con la finalidad de compensar esa especie de daños expropiatorios o de sacrificio. De esta manera, se han utilizado las fórmulas latinas *ubi emolumentum, ibi onus* (donde está la ganancia está la carga) o *cuius commoda, eius incommoda* (quien obtiene una ventaja debe padecer los inconvenientes).

3.- La doctrina del riesgo en su configuración jurisprudencial

En ausencia de una cláusula general reguladora de la materia, esta Sala ha venido elaborando la denominada doctrina del riesgo, sometida a las limitaciones impuestas por la obligación de conciliarla con el sistema subjetivista de responsabilidad propio de nuestro Código Civil, que impide atribuir de forma exclusiva al riesgo la consideración de título legítimo de imputación del daño.

Manifestación al respecto la encontramos en la sentencia 720/2008, de 23 de julio, en la que destacamos sendos aspectos de relevancia, como puntos de partida a considerar:

«En primer lugar, la jurisprudencia de esta Sala viene declarando que el riesgo por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de la responsabilidad establecida en los arts. 1902 y 1903 CC (SSTS 6-6-07 en recurso nº 2169/00, 26-9-06 en recurso nº 930/03, 6-9-05 en recurso nº 981/99, 4-7-05 en recurso nº 52/99, 31-12-03 en recurso nº 531/98 y 6-4-00 en recurso nº 1982/95).

En segundo lugar, la aplicación de la doctrina del riesgo en el ámbito de la responsabilidad civil exige que el daño derive de una actividad peligrosa que implique un riesgo considerablemente anormal (STS 24-1-03 en recurso nº 2031/97, con cita de las de 20-3-96, 26-12-97, 2-3-00 y 6-11-02)».

Insiste en tal doctrina la sentencia 185/2016, de 18 de marzo, que fijó, con claridad, que el riesgo no es suficiente sino va acompañado de culpa, en los términos siguientes:

«La creación de un riesgo, del que el resultado dañoso sea realización, no es elemento suficiente para imponer responsabilidad (objetiva o por riesgo), ni siquiera cuando la actividad generadora del riesgo sea fuente de lucro o beneficio para quien la desempeña. Se requiere, además, la concurrencia del elemento de la culpa (responsabilidad subjetiva), que sigue siendo básico en nuestro Derecho positivo a tenor de lo preceptuado en el artículo 1902 CC, el cual no admite otras excepciones que aquellas que se hallen previstas en la Ley. El mero hecho de que se haya producido el resultado dañoso, realización del riesgo creado, no puede considerarse prueba de culpa -demostración de que «faltaba algo por prevenir»-, puesto que ello equivaldría a establecer una responsabilidad objetiva o por el resultado, que no tiene encaje en el artículo 1902 CC».

En el mismo sentido, las sentencias 519/2010, de 29 de julio y 208/2019, de 5 de abril, así como las citadas en ellas.

Por su parte, la sentencia 187/2012, de 29 de marzo, advierte que nuestro derecho no ha aceptado una generalización en la inversión de la carga de la prueba, salvo en los casos de daños derivados de actividades anormalmente peligrosas, en las que se requiere un mayor rigor en la diligencia desplegada para evitar el daño, y así:

«La jurisprudencia no ha aceptado una inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando este está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole (SSTS 16 de febrero , 4 de marzo de 2009; 11 de diciembre de 2009; 31 de mayo de 2011). Pero al margen de cómo se distribuya la carga de la prueba, la doctrina del riesgo no elimina la necesidad de acreditar la existencia de una acción u omisión culposa a la que se pueda causalmente imputar el resultado lesivo, sin perjuicio, eso sí, de que, en orden a apreciar la concurrencia del elemento subjetivo o culpabilístico, deba de tenerse en cuenta que un riesgo mayor conlleva un deber de previsión mayor por parte de quien lo crea o aumenta (SSTS 9 de febrero y 14 de mayo 2011)».

Esta doctrina se reproduce igualmente en sentencias posteriores como las 299/2018, de 24 de mayo y 678/2019, de 17 de diciembre, entre otras.

La sentencia 523/2015, de 22 de septiembre, en ese esfuerzo delimitador, fija el contorno de la doctrina jurisprudencial del riesgo, sin considerarla expresión de una responsabilidad objetiva o por el resultado; por otra parte, condiciona su aplicación proporcionalmente a la gravedad del daño, y de esta forma justifica ser más riguroso en la exigencia del nivel de la diligencia debida, con admisión de una suerte de presunción de culpa y sus implicaciones sobre la inversión de la carga de la prueba, todo ello para favorecer la posición de las víctimas en sus pretensiones resarcitorias de los daños sufridos, lo que se explica de esta forma:

«La aplicación de la doctrina del riesgo, cuya entidad está en consonancia con la importancia de los daños que pueden ocasionarse, se traduce en una acentuación de la diligencia exigible para adoptar las medidas que eviten los accidentes con consecuencias dañosas para las personas o las cosas, en una posición procesal más gravosa en el ámbito probatorio y una cierta presunción de culpabilidad o reproche culpabilístico, que facilitan las reclamaciones de los perjudicados debilitando la respuesta exculpatoria de la entidad titular del servicio (STS 28 de julio 2008)».

De nuevo, la sentencia 185/2016, de 18 de marzo, precisa que el riesgo constituye un concepto graduable del que deriva, en lógica consecuencia, que el nivel de diligencia exigible está sometido a la ecuación de que cuanto mayor sea el peligro de una concreta actividad, mayor ha de ser también el nivel de diligencia exigible a quien la controla o gestiona, lo que incluso puede justificar la atribución dinámica de la carga de la prueba, todo lo cual se expresa bajo el razonamiento relativo a que:

«3. El riesgo no es un concepto unitario, sino graduable, que puede presentarse con diversa entidad; y ello tiene relevancia para la ponderación del nivel de diligencia requerido. No cabe considerar exigible una pericia extrema y una diligencia exquisita, cuando sea normal el riesgo creado por la conducta causante del daño. La creación de un riesgo superior al normal -el desempeño de una actividad peligrosa- reclama, empero, una elevación proporcionada de los estándares de pericia y diligencia. La falta de adopción o «agotamiento» de las más exigentes medidas de cuidado en su caso requeridas justifica atribuir responsabilidad (por culpa o subjetiva) por los resultados dañosos que sean realización del mayor riesgo así creado: que sean objetivamente imputables a esa culpa en el desempeño de la actividad peligrosa.

4. El carácter anormalmente peligroso de la actividad causante del daño -el que la misma genere un riesgo extraordinario de causar daño a otro- puede justificar la imposición, a quien la desempeña, de la carga de probar su falta de culpa. Para las actividades que no queda calificar de anormalmente peligrosas, regirán las normas generales del

artículo 217 LEC [...]».

Mas recientemente, la sentencia 124/2017, de 24 de febrero, insistiendo en tales ideas, reitera que:

«[...] Riesgo lo hay en todas las actividades de la vida diaria, por lo que el Tribunal Supremo ha restringido su aplicación a los supuestos en que la actividad desarrollada genera un riesgo muy cualificado, pese a que legalmente no se considere como constitutivos de una responsabilidad objetiva [Ts. 21 de mayo del 2009 (RJ Aranzadi 3030), 10 de diciembre de 2008 (RJ Aranzadi 16 de 2009), 7 de enero de 2008 (RJ Aranzadi 203), 30 de mayo de 2007 (RJ Aranzadi 4338)]».

4.- Pautas y guías resolutivas

De la doctrina expuesta podemos obtener las conclusiones siguientes que seguiremos para abordar la decisión del presente motivo de casación:

I. En primer lugar, que el riesgo, por sí solo, no es título de imputación jurídica en el ámbito de nuestro derecho, sino que corresponde al legislador la atribución del régimen jurídico de la responsabilidad objetiva a una concreta y específica actividad. No existe en el marco de nuestro ordenamiento jurídico una cláusula general de responsabilidad objetiva para casos como el que conforma el objeto del presente proceso. Nuestro sistema exige conciliar las particularidades derivadas del riesgo, en actividades anormalmente peligrosas, con un título de imputación fundado en la falta de la diligencia debida (responsabilidad subjetiva o por culpa).

II. La doctrina del riesgo se encuentra, por otra parte, circunscrita a aquellas actividades anormalmente peligrosas, no es extrapolable a las ordinarias, usuales o habituales de la vida. Los daños susceptibles de ser causados con la actividad peligrosa han de ser especialmente significativos por su frecuencia, alcance o gravedad y fundamentalmente si afectan a la salud de las personas. No se extiende la aplicación de la mentada doctrina a aquellos otros que son fácilmente prevenibles.

En este sentido, no se consideró aplicable a casos relativos a la caída al suelo en una peluquería (sentencia 1042/1993, de 12 de noviembre); explotación de un negocio de calzado (sentencia 679/1994, 9 de julio); riesgos generales de la vida (sentencias 1363/2007, de 17 de diciembre o 701/2015, de 22 de diciembre, así como las citadas en ellas); muerte por ahogamiento en una piscina (sentencias 747/2008, de 30 de julio y 678/2019, de 17 de diciembre); caída en un escalón de un restaurante (sentencia 149/2010, de 25 de marzo); ubicación o características de la puerta de acceso a un cuarto de calderas (sentencia 385/2011, de 31 de mayo); lesiones al pisar el cristal de un vaso en una sala de fiestas (sentencia 185/2016, de 18 de marzo) entre otros supuestos contemplados.

No obstante, sí se aplicó, por ejemplo, en los casos de explotación de la minería (sentencia 1250/2006, de 27 de noviembre); explosión de una bombona de gas (sentencia 1200/2008, de 16 de diciembre), transporte ferroviario (sentencias 791/2008, de 28 de julio y 44/2010, de 18 de febrero); fabricación y almacenamiento de material pirotécnico (sentencia 279/2011, de 11 de abril); explotación de trenes suburbanos (sentencias 927/2006, de 26 de septiembre; 645/2014, de 5 de noviembre o 627/2017, de 21 de noviembre), ejecución de obras con utilización de explosivos (sentencia 26/2012, de 30 de enero) o explosión por acumulación de gas (sentencia 299/2018, de 24 de mayo) entre otros.

III. Para los supuestos de daños derivados de actividades especial o anormalmente peligrosas se eleva considerablemente el umbral del deber de diligencia exigible a quien la explota, controla o debe controlar, en proporción al eventual y potencial riesgo que genere para terceros ajenos a la misma. No cabe exigir una pericia extrema o una diligencia exquisita cuando nos encontremos ante un riesgo normal creado por el autor del daño; ahora bien, la existencia de un riesgo manifiestamente superior al normal, como el del caso que nos ocupa, se traduce en un mayor esfuerzo de previsión, en una rigurosa diligencia ajustada a las circunstancias concurrentes, en definitiva a extremar en muy elevado grado las precauciones debidas.

IV. Se facilita la posición jurídica de la víctima, mediante una suerte de inversión de la carga de la prueba atribuida a quien gestiona o controla la actividad peligrosa, que responde además a una dinámica y coherente manifestación del principio de facilidad probatoria, toda vez que es la entidad demandada la que cuenta con los conocimientos y medios necesarios para demostrar los esfuerzos llevados a efecto para prevenir el daño representable, o justificar su condición de inevitable o de residual sin culpa.

V. Por otra parte, el art. 1908.2 CC, igualmente invocado en la demanda, regula los daños causados por los humos excesivos que sean nocivos como un supuesto de responsabilidad propia y directa del propietario de matiz objetivo (sentencias 227/1993, de 15 de marzo; 281/1997, de 7 de abril; 31/2004, de 28 de enero y 589/2007, de 31 de mayo).

Fallo de 6 de septiembre de 2002.

Para el caso panameño, podemos referir que esta doctrina fue analizada por la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia en el proceso ordinario que Abilio Philides Olmedo (representando a su menor hija Marta Atenas Philides Villarreal) le sigue a Hacienda Country Club, S.A.

En este proceso se reclamaba indemnización por los daños sufridos por la menor Marta Atenas Philides Villarreal como resultado de un accidente ocurrido en las instalaciones de la sociedad demandada

cuando ésta se encontraba observando las prácticas de un torneo de golf y una tolda le cayó encima, produciéndole severas lesiones en su brazo izquierdo.

En este sentido, la Sala Primera concluyó que un torneo de golf no puede considerarse como una actividad peligrosa, que es la que da pie a una variación en la carga de la prueba. Veamos lo explicado:

“La responsabilidad extracontractual viene regulada en el artículo 1644 del Código Civil, el cual está inspirado en el artículo 1902 del Código civil de España, por lo menos su primer párrafo, y recoge una norma que se ubica en el principio *naeminem laedere* para destacar que la fuente de esta responsabilidad extracontractual es señalar que todo aquel que causa un daño a otro en forma ilícita, debe repararlo. El criterio de la imputación de la responsabilidad se ubica en una conducta ilícita (*naeminem laedere*) debida a culpa o negligencia (artículos 974 y 978 del Código civil, en relación con el Título XVI, Capítulo II, arts. 1644 y siguientes de dicho Código). El principio subjetivo de la culpabilidad es el núcleo alrededor del cual se teje toda la regulación de la responsabilidad extracontractual.

En el derecho de daños, corre a cargo del damnificado acreditar la existencia del daño (como fue acreditado) y que el mismo es imputable a la falta de diligencia del demandado para prevenirlo. Dicha relación entre el daño y el acto negligente que lo produjo, le corresponde acreditarlo, como regla general, al demandante que sufrió el daño, en virtud del principio de la carga de la prueba, que coloca al lesionado en la posición de soportar las consecuencias de que dicha circunstancia no se acredite por la víctima en este proceso (artículo 784 del Código Judicial). Este principio de la carga de la prueba, que es la regla general en sede procesal, sufre atenuaciones y derogaciones en determinadas

circunstancias, que se explicarán a continuación.

Junto a esto la jurisprudencia española y la nuestra, en algún caso, ha ideado un sistema de derecho sustancial que consiste en una presunción de culpa con fundamento en el artículo 989 del Código Civil y otro de naturaleza procesal, que ha sido denominado como inversión de la carga de la prueba, que implica para el demandado a quien se atribuye la ocurrencia del daño, prueba en contrario para contrarrestar la presunción, dirigida a quien desplegó toda su capacidad y esfuerzos para evitar que el daño ocurriese, que ocurre por vía jurisprudencial en aquéllas actividades que generan riesgos (actividades peligrosas, responsabilidad del fabricante) o legal (artículo 1645 último párrafo, del Código Civil, la responsabilidad directa por culpa in vigilando o culpa in eligendo). También estima la Sala que esta presunción de culpa ha de referirse a actividades con presencia colectiva de personas (un evento deportivo, cine, teatro, etc.), en que el propietario del lugar en que se lleve a cabo o, en su caso, los organizadores (hecho normalmente desconocido por los asistentes), requiere de un mayor esfuerzo de diligencia exigible para prevenir el daño, por lo que en estos casos se produce una presunción de culpabilidad y una inversión de la carga de la prueba del daño, que consiste en que, acreditado el daño y su autor mediante la correspondiente imputación y la relación de causalidad entre ambos, se libera su autor si prueba que desplegó las actuaciones necesarias para impedir o dificultar la ocurrencia del daño. Tal proceder responde al principio de la carga de la prueba, en cuya virtud cada parte lleva el peso de acreditar ante el juzgador (con independencia de la posición que tiene en el proceso) aquellos extremos que le pueden resultar favorables, y que está contenido en el artículo 784 del Código Judicial.

La calificación de las actividades económicas denominadas peligrosas constituye, más que una responsabilidad objetiva, una presunción de culpa que tiene que destruirse mediante la prueba de la diligencia para prevenir el daño en virtud del principio de la inversión de la carga de la prueba. Dicho principio parte del supuesto de que los daños causados por los autores de aquellas actividades que encierran un riesgo o un peligro potencial requieren que su autor haya desplegado, con particular esmero y energía,

las diligencias encaminadas a prevenirlos y, en esos casos, al presumirse la culpa, esta se desplaza al causante del daño quien para liberarse de dicha presunción, como presunción iuris tantum que es, ha de acreditar o comprobar que realizó una especial diligencia para prevenir el daño. Las actividades peligrosas, que han sido objeto de estudio exhaustivo en la doctrina y jurisprudencia colombianas requiere prueba de que la actividad es peligrosa, que considera que existe una presunción de culpabilidad iuris tantum. Este extremo ha sido desarrollado, en nuestra jurisprudencia, por la sentencia de esta Sala, de 12 de diciembre de 1997, en que parte, en las actividades peligrosas, de una presunción de culpa.

No obstante, en el caso contravertido por el recurrente, no se encuentra que la actividad deportiva desarrollada generó un riesgo de tal magnitud que permite derivar una presunción de culpa y, con ella, una inversión de la carga de la prueba, que la Sala ha estimado que se produce en las actividades peligrosas. Para que las actividades denominadas peligrosas generen una presunción de culpa es menester partir de la creación de una actividad que, objetivamente, genere una situación de peligro. En esta actividad deportiva el evento se desarrollaba presumiblemente localizado a distancia prudencial de donde se ubicaba la niña accidentada, no existía ese riesgo de causar daños como consecuencia del evento en sí, y, de hecho, la causa del accidente no tuvo relación con el peligro del evento deportivo, que no lo hubo, sino por la caída de la tolda de protección, en el lugar en donde se encontraba la niña, como se desprende del testimonio de EDUARDO E. LIM YUEN QUIJANO. Desde otra óptica, el Derecho de Daños, para hacerle frente a aquellas situaciones objetivas de peligro o riesgo de daño, que no se ubican en la conducta culpable de su autor, sino en el riesgo de la actividad productora del daño, ha regulado lo que se ha denominado responsabilidad objetiva o por riesgo, que, por tratarse de un principio distinto, se requiere que la misma se establezca en esos términos expresamente por la ley (y así ha sido en nuestro país, por ejemplo en los accidentes de tránsito, aviación civil, etc.) y es la tendencia en el Derecho comparado.”

Sin embargo, a nuestro juicio, este criterio no debe desentenderse del todo de la culpa, pues, al final de cuentas, se considera culposo el hecho de ejercer actividades peligrosas, por lo que se parte de la existencia de una culpa. Al respecto, concluye el autor Javier Tamayo Jaramillo que *“la responsabilidad por actividades peligrosas se fundamenta en una culpa probada consistente en crear más peligro del que normalmente están en capacidad de soportar los demás individuos que viven en sociedad. Dichas conductas son lícitas en materia penal habida cuenta de la utilidad que ellas representan para la sociedad; no ocurre lo mismo en materia civil donde siendo culposas, son permitidas siempre y cuando con ellas no se cause daño a terceros.”* (TAMAYO JARAMILLO, Javier. 2017. P.879).

2.4.3 Daños y Perjuicios.

El daño es todo perjuicio o menoscabo que sufre una persona, ya sea en su patrimonio o en algún elemento de su personalidad física o moral. Se pueden identificar diferentes tipos de daños que puede sufrir una persona, entre los cuales podemos hacer mención de los siguientes:

Daños diferidos, duraderos e inmediatos. *Los daños diferidos*, son aquellos que se manifiestan posteriormente, no inmediatamente, del evento dañoso. Es decir, se trata de daños que permanecen un tiempo en modo de clandestinidad, metafóricamente en silencio, sin manifestarse sus consecuencias o secuelas. También se conoce los *daños duraderos* o *continuados*, los cuales se asemejan a los diferidos porque no se manifiestan instantáneamente; sin embargo, se diferencian en que los primeros pueden ser el género y estos la especie, porque la lesión o daño permanecerá en el tiempo sin que pueda repararse totalmente porque continuarán produciéndose y padeciéndose en el futuro de la víctima o damnificado, como por ejemplo la invalidez o incapacidad física y laboral de una persona por una lesión corporal o una enfermedad.

Estos dos tipos de daños se contraponen con los *daños inmediatos*, que son aquellos que se producen instantáneamente o en el momento mismo en que acontece el evento dañoso.

Daños directos e indirectos. El daño directo es aquel que es producto o se origina del hecho ilícito, mientras que los indirectos, son los que se derivan del daño directo. Así, por ejemplo, en las lesiones al cuerpo de una persona, serán daños directos las lesiones causadas

directamente al cuerpo de la víctima, mientras que serán daños indirectos los costos que se generan producto de ese daño, como lo son los gastos médicos y la pérdida de ingresos producto de alguna incapacidad. Esta distinción es importante a la hora de apreciar la doble función del daño como fundamento y como objeto de la responsabilidad: el daño inicial es la condición del juicio de responsabilidad; ese mismo daño inicial, sumado a los daños que de él se siguen, son los perjuicios indemnizables.

El daño desde el punto de vista legal se clasifica en daño moral y daño material.

2.4.3.1 Daño Moral o Daño No Patrimonial.

El daño no patrimonial o daño moral es aquella molestia o dolor que afecta intereses o derechos de la persona que no son apreciables en dinero. El daño no patrimonial fue introducido en nuestro Código Civil con la Ley No.18 de 31 de julio de 1992 (G.O. 22094 de 6/8/1992), quien adicionó el artículo 1644-A a nuestra legislación civil. En dicho artículo se define el daño no patrimonial o daño moral así: *“Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada,*

configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.

Actualmente, dentro de la categoría de daño moral se incluyen todos los daños causados a la persona en sí misma o a sus intereses extrapatrimoniales, incluyendo diversas categorías como lo son el daño emocional (*pretium doloris*) que es el sufrimiento psíquico, la amargura, la aflicción o pena que el hecho ilícito ha producido en la víctima; la lesión de derechos de la personalidad, entre los cuales se incluye la lesión a la honra, la intimidad, la imagen, el derecho de autor, etc.; el daño corporal o fisiológico que afecta la integridad física o psíquica de una persona natural (afectan al cuerpo de la persona); el daño estético que afecta la apariencia física de una persona, cuya indemnización está orientada a compensar los sufrimientos que experimenta el sujeto en su fuero interno al saberse y sentirse negativamente modificado su aspecto; la pérdida de los placeres de la vida que es la privación de las satisfacciones de orden social, mundano y deportivo de las cuales se beneficia un hombre de la edad y de la cultura de la víctima, entre otros. En este punto debemos mencionar que existen otros tipos de daños catalogados como morales en otros ordenamientos jurídicos que su reconocimiento se encuentra en medio de debates como lo son el daño a la esfera existencial que es sufrido por personas distintas a la víctima

del daño, así como el hecho de haber nacido o el no poder interrumpir un embarazo a tiempo.

2.4.3.2 Daño Material o Daño Patrimonial.

Por daño patrimonial se entiende aquella pérdida pecuniaria en el patrimonio de la víctima, que a su vez incluye el valor de la pérdida sufrida en su patrimonio (daño emergente) y también la ganancia que se haya dejado de obtener, es decir, el daño futuro consistente en la frustración de una legítima utilidad que hubiera incrementado el patrimonio de no haber sucedido el hecho dañoso (lucro cesante). Esta subclasificación encuentra sustento en el artículo 991 del Código Civil cuando dispone que: *“La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, por ello, en este tipo de daños se contempla el daño emergente y el lucro cesante.*

2.4.4 El Nexo Causal.

El primer autor reconocido en adelantar un estudio sistemático sobre esta materia fue Aristóteles; el filósofo griego propuso una tipología causal formada por cuatro tipos de causas, a las cuales

denominó *causa formal, causa material, causa eficiente y causa final*. De todas estas categorías, la causa eficiente es la que nos permite identificar la existencia de una relación causa-efecto entre la actuación de un sujeto y un daño, pues es esta la que predica que “es causa lo que da comienzo al cambio o a la quietud, por ejemplo, el autor de una decisión es la causa de ella, el padre es causa del hijo y, en general, lo que produce el cambio es causa de este”. Esta concepción ha permeado el Derecho. Así, por ejemplo, el profesor Díez-Picazo, al comentar la definición de causa presentada en la Enciclopedia de Denis Diderot y Jean-Baptiste Le Rond d’Alembert expresa: “causa es todo aquello en virtud de cuya eficacia una cosa es; y efecto todo aquello que es en virtud de la eficacia de una causa” de donde entonces se colige que la consabida causalidad no es más que “el enlace material entre un hecho antecedente y un resultado (daño), conocido en la doctrina como ‘imputabilidad o atribuibilidad objetiva’, ‘imputatio facti o vínculo material” que, por lo demás, en su condición de elemento axiológico de la responsabilidad civil, tiene la función de dar respuesta a dos preguntas estructurales: ¿quién debe responder? y ¿hasta dónde debe responder? (ROJAS-QUIÑONES, Sergio & MOJICA-RESTREPO, Juan Diego, 2014. p.195-196).

El nexos causal es el vínculo que une el comportamiento ilícito con

el daño causado, es decir, es el que determina si el comportamiento ilícito cometido tiene la virtud de causar el daño ocurrido en una relación jurídica de causa y efecto, en donde el hecho ilícito ha de ser considerado la causa del daño y el daño el efecto del hecho ilícito. *“El requisito de la relación causal es común a todos los sistemas de responsabilidad, y se hace aún más gravitante en los modelos de responsabilidad objetiva o por riesgo, donde la imputación de la causalidad es la que descubre al responsable sin que se pueda recurrir a su comportamiento culposo o doloso.”* (CORRAL TALCIANI, Hernán. 2003. p.180).

Explica Adriano De Cupis que: *“El contenido del daño está, ante todo, en función de la relación de causalidad entre el hecho productor del daño y el daño, es decir, que para fijar el montante del daño que debe reprimirse jurídicamente, se requiere, en primer lugar, establecer los límites dentro de los que el daño pueda considerarse causado por un hecho humano provisto de los atributos exigidos por la ley con fines de responsabilidad. Relación de causalidad es el ligamen que se produce entre dos diversos fenómenos, por virtud del que uno asume la figura de efecto jurídico con respecto al otro. Cuando un fenómeno subsiste en razón de la existencia de otro fenómeno, aquél se dice causado por éste, porque una relación de causalidad tiene lugar entre*

ambos. Más precisamente, relación de causalidad es el nexo etiológico material (es decir, objetivo o externo) que liga un fenómeno a otro, que en cuanto concierne al daño, constituye el factor de su imputación material al sujeto humano. A la imputación material, puede acompañar la imputación psicológica, en cuanto se haya actuado con un estado anímico culposos; pero una especie de imputación no debe mezclarse con otra, al igual que la relación de causalidad no puede confundirse con la culpa. Se causa un daño por un hecho humano y, por tanto, se imputa al autor del hecho mismo, cuando, por virtud de aquel cambio de las condiciones del mundo exterior, que está constituido por el facere del hombre -o bien por la ausencia de la mutación de condiciones que corresponde al non facere-, un perjuicio viene aparejado a un interés humano, por lo que si el facere o no facere del hombre se integra con el elemento psicológico de la culpa, el daño no se causa solamente por un hecho del hombre, sino que está ligado a su estado psicológico defectuoso. Por lo cual, para poder decir que un daño se ha causado por un hecho humano, no se requiere en modo alguno que aparezca cualificado por la culpa, ya que la presencia de la culpa añade a la relación de causalidad un elemento que no puede confundirse con él".

(DE CUPIS, Adriano. 1975. p.246-247).

Por su parte, Enrique Barros Bourie sostiene que el “*requisito de*

causalidad se refiere a la relación entre el hecho por el cual se responde y el daño provocado. En circunstancias que solo se responde civilmente por daños, y no por conductas reprobables que no se materialicen en perjuicios, la causalidad expresa el más general fundamento de justicia de la responsabilidad civil, porque la exigencia mínima para hacer a alguien responsable es que exista una conexión de hecho suficientemente cercana entre su hecho y el daño.” (BARROS BOURIE, Enrique. 2020. p.393).

Agrega este autor que el “requisito de la causalidad comprende dos preguntas diferentes: por un lado, la causalidad es fundamento de la responsabilidad, porque solo se responde de los daños que se siguen como consecuencia del hecho del demandado; por otro lado, el requisito limita la responsabilidad, porque no se responde de todas las consecuencias del hecho, sino solo de aquellas que en virtud de un juicio normativo son atribuibles al mismo...La doctrina contemporánea tiende a denominar causalidad a la primera cuestión, que pertenece al terreno de los fenómenos naturales, e imputación normativa u objetiva a la segunda, pues supone un juicio de valor acerca de cuáles consecuencias dañosas son normativamente relevantes a efectos de la atribución de responsabilidad.” (Ibidem p.394).

Lo anterior es ilustrado con el siguiente ejemplo: *“Sobre Patricia, que camina por la vereda, cae un tablón desde un andamio que se encuentra en el piso superior de un edificio. Patricia sufre heridas superficiales, que no le impiden desplazarse por sus propios medios al hospital. El médico de turno le aplica un medicamento de indicación usual para prevenir el tétano, aunque el accidente no envolvía en particular ese riesgo concreto. A consecuencia de la inyección, Patricia sufre una crisis alérgica severa que obliga a su internación por dos semanas en una clínica. Entretanto, ha dejado de percibir sus ingresos como vendedora independiente y ha perdido una oportunidad de negocios que se venía gestando durante mucho tiempo y cuya materialización requería de su presencia física en una feria de productos.”*

La primera pregunta de causalidad se refiere, en este caso, a cuáles son los daños subsecuentes que se produjeron porque se incurrió en la negligencia inicial de dejar caer el tablón desde el andamio. La segunda pregunta es de naturaleza diferente, pues se refiere a cuáles de esos daños, que probadamente ocurrieron porque cayó el tablón, están en una relación suficientemente directa o cercana con el hecho inicial como para que puedan ser normativamente imputados a ese hecho. La primera es una cuestión de hecho, referida

a la causalidad natural; la segunda es esencialmente una cuestión de derecho, que exige criterios normativos para determinar de cuáles daños se responde.” (Ibidem. p.394-395).

De igual manera, indica Javier Tamayo Jaramillo que puede *“suceder que una persona se haya comportado en forma ilícita y en forma paralela o simultánea un tercero haya sufrido un perjuicio. En tales circunstancias, no existirá responsabilidad civil de quien se comportó en forma ilícita mientras dicha persona no haya sido la causante del perjuicio sufrido por la víctima. En general, ésta es una exigencia de todo el mundo normativo, sea religioso, moral o jurídico. Uno solo responde por los efectos de su propia conducta.” (TAMAYO JARAMILLO, Javier. 2018. p.248).*

Así, debemos indicar que, el nexo causal se determina cuando se busca la verdadera fuente del daño, es decir, cuál fue la causa o motivo que ocasionó el daño al demandante, debido a que entre el Hecho Ilícito y el Daño debe existir una relación de causalidad. El Daño ha debido ser consecuencia necesaria del comportamiento delictivo o culposo del agente. El hecho ilícito debe ser el antecedente, la causa del daño y, por tanto, el detrimento o menoscabo es la consecuencia o efecto de ese comportamiento. Pues como explicó el Dr. Tamayo Jaramillo, la

importancia de este elemento es porque puede que haya una persona que se ha comportado en forma ilícita y que haya otra que ha sufrido un daño pero que no necesariamente el daño tenga conexión directa con el comportamiento reprochable.

Así, al analizar el nexo causal la doctrina suele distinguir entre la causalidad jurídica y la causalidad física. La primera significa que el hecho le es imputable jurídicamente al demandado; mientras que la segunda, consiste en que el daño fue causado por la acción del demandado ya que se trata de un evento natural y/o físico capaz de explicar y justificar la existencia del daño, es decir, el por qué se produjo el daño.

Así, dependiendo de las circunstancias que rodearon el evento dañoso, puede suceder que la causalidad jurídica sea al mismo tiempo causalidad física, por ejemplo, cuando una persona lesiona a otra. De igual forma puede suceder que exista causalidad física pero no causalidad jurídica, por ejemplo en los casos que una persona lesiona a otra pero se acredita la existencia de una causa extraña que rompe el nexo causal; y finalmente puede suceder que exista causalidad jurídica más no causalidad física como en los casos de responsabilidad por omisión, es decir, cuando el agente omite realizar la conducta a la que

estaba obligado lo que ha desembocado en la producción del siniestro, en este último caso el nexo causal estará directamente ligado con la culpa.

Como se puede apreciar, siempre es importante determinar la causalidad jurídica, pues es la que hace responsable a la persona de responder por los daños ocurridos ya que es la que imputa responsabilidad. Y es que la causalidad jurídica representa una especie de modelo dictado por el legislador relativo a la sucesión de los fenómenos en el ámbito del hecho jurídico descrito y su concurrencia ideal. En este supuesto el antecedente causal no está constituido por la mera conducta, sino por «el hecho», entendido como la unión entre los conceptos de conducta y de evento natural cuando se verifica este último, o bien como conducta sin evento, cuando este último no se produce.

Ahora bien, la carga de la prueba del nexo causal corresponde al demandante, sin embargo, hay que observar que desde el punto de vista probatorio sería muy difícil demostrar el nexo causal de otra forma que no sea mediante indicios o razonamientos hipotéticos. Como lo señala Javier Tamayo Jaramillo, *“conviene observar que en la práctica casi nunca es posible demostrar con certeza absoluta el nexo de*

causalidad. Se requiere aquí un gran sentido común y de equidad por parte del Juez, quien echará mano de indicios y de toda clase de medios probatorios que le brinden la íntima convicción de que el demandado le causó daño al demandante". (TAMAYO JARAMILLO, Javier. 2018. P. 253).

Queda claro que el nexo causal guarda relación con que entre el comportamiento del agente y el daño acaecido ha de existir relación de causa a efecto, por lo menos, desde el punto de vista jurídico. Le corresponderá la carga de probar el nexo causal a la víctima del daño mientras que al agente dañoso le corresponderá probar que no existe. Ello implica que el acto dañoso del obligado a indemnizar debe ser la causa o una de las causas de la producción del resultado dañoso a la víctima.

De esta forma, se tiene que la causalidad permite al demandante determinar contra quién debe dirigir su pretensión indemnizatoria y cuáles son los daños que tiene derecho a que le sean reparados por ese agente dañador. Así mismo, la comprobación de la existencia de un nexo de causalidad entre la actuación de un sujeto y un menoscabo injustificado en los derechos de una persona permite al juzgador, a la hora de un juicio de responsabilidad civil, imponer la condena única y

exclusivamente al causante del daño y obligarlo a resarcir solamente los perjuicios que ocasionó con su conducta. Finalmente, desde la perspectiva del acusado de haber irrogado un daño, la causalidad le permite ejercer su defensa para que ante la ausencia de esta fracase la pretensión indemnizatoria dirigida en su contra. (ROJAS-QUIÑONES, Sergio & MOJICA-RESTREPO, Juan Diego, 2014. p.198).

No obstante, cabe preguntarse: ¿Cuándo la conducta tiene suficiente relación causal como para responsabilizar al sujeto de los daños generados? Lo anterior obedece a que hay situaciones donde convergen pluralidad de causas posibles que pueden haber detonado un acontecimiento dañoso, algunas más próximas que otras, incluso. En efecto, la concatenación de los hechos puede ser tan compleja que no permite ubicar cuál es realmente la causa que realmente produjo el daño. Así, ante una cadena de eventos desafortunados surge la duda sobre la causa que los ha generado y quién será el llamado a responder.

Sobre este punto la doctrina ha elaborado cuatro teorías básicas al respecto, a fin de determinar el nexo causal, como lo son la teoría de la equivalencia de las condiciones, la teoría de la causa próxima, la teoría de la causa adecuada y la teoría de la imputación objetiva.

2.4.4.1 Teoría de la Equivalencia.

Iniciamos con **La Teoría de la Equivalencia** o “*conditio sine qua non*”, la cual se le atribuye al jurista alemán Von Buri entre los años 1860-1885 dentro del campo del derecho penal. Según esta Teoría debe entenderse como causa del daño el conjunto íntegro de los antecedentes que condicionan el daño, en cuanto elementos necesarios del mismo. Así, todas las condiciones son a la vez necesarias y esenciales para producir el efecto y ninguna de ellas puede separarse de las otras sin que repercuta sobre el efecto en sí, ya que no puede dividirse entre las varias condiciones ni afirmarse que una condición ha causado las 3/5 partes del daño y otra solo 2/5 partes, ya que al faltar una de ellas, falta también el efecto íntegro, porque cada coactividad causa toda la consecuencia.

Para esta teoría, todos los fenómenos que participaron en la cadena causal que desembocó la producción del daño y sin los cuales éste no se hubiera producido, deben considerarse como causas equivalentes del mismo por igual, así bastara que una falta del demandado sea una de esas condiciones necesarias para que se le pueda imputar responsabilidad por el daño sucedido.

“Para determinar la causa de un daño, la teoría de la equivalencia de las condiciones utiliza un juicio contrafáctico, en el cual se parte de la supresión de los eventos considerados como posibles causas del perjuicio, para evaluar si —a pesar de la falta de alguno de estos— el daño subsiste. Si la respuesta al realizar esta operación es negativa (la consecuencia no desaparece, a pesar de la omisión de la posible causa), se descarta esta posible causa; por el contrario, si la respuesta es positiva (la consecuencia desaparece por la omisión de la posible causa), se tiene a esta por causa del daño y, además, se le tiene en iguales condiciones que todos los demás que cumplan el test, considerándolas a todas conditio sine qua non del perjuicio irrogado, por cuanto “faltando cualquiera de ellos, el daño no se habría producido”. Es, en esencia, la estructura del juicio contrafáctico típico”. (ROJAS-QUIÑONES, Sergio & MOJICA-RESTREPO, Juan Diego, 2014. p.198).

El test *sine qua non*, es muy apropiado para identificar todo el conjunto de variables que hicieron posible la ocurrencia de un suceso, ya que permite determinar cuándo, al omitir una de tales variables, desaparece el resultado. De esta forma se permite dilucidar, definitivamente, qué factores han sido decisivos en la producción del resultado, esclareciendo el universo de causas determinantes en la producción del siniestro.

Por ejemplo, un perro que estaba en un edificio (piso 20) cae sobre la cabeza de una persona quien fallece por dicho impacto. Así conforme esta teoría sería causa del daño la caída del perro. También el hecho de tener un perro a esa altura. De igual forma también es responsable la persona que construyó el edificio permitiendo que esa persona tuviera un perro a esas alturas; y así sucesivamente. Todas estas personas, serían causantes del daño, aunque su conducta no guardase una relación directa con el daño producido; sin embargo, podemos obtener todas las posibles variables que influyeron, ya sea de manera directa o indirecta, en la ocurrencia del daño.

Por ello es que esta teoría genera críticas doctrinales porque supone la búsqueda de causas hasta el infinito, pudiendo hacerse responsable de un daño a personas que remotamente intervinieron en la cadena causal que terminó en la producción del daño impidiendo fijar un límite a la extensión de la responsabilidad. De allí que, la aplicación de esta teoría supondría conclusiones exageradas como que el causante de homicidio lo son los padres del homicida porque lo concibieron o, como en el ejemplo dado, el constructor del edificio por construir una torre tan alta; además, todo perjuicio por reparar sería directo, ya que deben considerarse como producidos por todos los

fenómenos que en forma lejana o cercana estuvieron presentes en esa cadena causal, ya que todos tienen la misma relevancia.

2.4.4.2 Teoría de la Causa Próxima.

Por su parte, **la Teoría de la Causa Próxima**, formulada por Francis Bacon, considera como la causa del daño aquella que temporalmente se haya más próxima al resultado, por haberse “asociado última” a las restantes, es decir, que solo la causa más próxima es la verdadera generadora del daño, permitiendo de esta forma escoger entre las condiciones que producen un daño, una sola como causa del mismo; así, únicamente existe nexo de causalidad, entre el daño y el último hecho que lo precedió.

Esta teoría se fundamenta en el principio “*in iure non remota causa, sed próxima spectatur*” (en derecho no se considera una causa lejana, sino cercana), que se justifica por la dificultad de investigar la causa de la causa y la influencia de unas sobre las otras, ya que, cuanto más lejana del efecto, hay mayor dificultad para distinguir la acción causal de un antecedente. Así, se debe renunciar a hacer una investigación excesivamente lejana, eslabón por eslabón, y determinarse naturalmente en la causa inmediata al daño; permitiendo

distinguir los factores causales según la mayor o menor proximidad al resultado, por lo que es causa del daño tan sólo la condición más vecina o próxima, es decir, la que cronológicamente antecedió al resultado dañoso.

Así, en el ejemplo que antes vimos, la solución que esta teoría daría, resulta relativamente sencilla: la causa de la muerte de la persona es el golpe que le propinó el perro al caer sobre su humanidad. A eso se reduce el estudio de la causalidad cuando de causa próxima se trata.

Ahora bien, no siempre la causa es la última circunstancia actuante; sin soslayar que genera más complejidad cuando las condiciones se presentan simultáneamente. Por tanto, se le critica el hecho que el concepto de inmediatez ha de tener un sentido más lógico que cronológico.

2.4.4.3. Teoría de la Causa Adecuada.

La **Teoría de la Causa Adecuada**. Los primeros en desarrollarla fueron Luis Von Bar y el fisiólogo Johannes Von Kries, para quien la adecuación se confunde con la previsibilidad subjetiva, con la probabilidad con que el hecho dañoso aparecía para el agente. “De

acuerdo con Díez-Picazo, quien sigue a Pietro Trimarchi en sus planteamientos, “Von Kries subrayó que la probabilidad, entendida como frecuencia de la relación entre dos clases de eventos, es un dato a tener en cuenta a la hora de establecer relaciones causales. Hay leyes naturales —dice Von Kries— que establecen una relación de necesaria secuencia entre dos tipos de eventos, pero otras se limitan a establecer una relación de frecuencia estadística. Von Kries ponía de manifiesto la importante función que los juicios de probabilidad tienen en la vida práctica, pues las consecuencias probables de una acción pueden servir de fundamento para valorar la acción como útil o como peligrosa. Es lógico que cuando el Derecho tiene por objeto la prevención de acciones dañosas prohíba acciones que no solo han sido condiciones *sqn* (*sine qua non*) de daños, sino que también aparecen como idóneas para producirlos en el sentido que aumentan en una medida importante la probabilidad de que se verifiquen. Además, la fuerza de la probabilidad es un juicio objetivo, que tiene en cuenta las uniformidades naturales y sociales, científicamente establecidas, en el momento en que el juicio se emite, de manera que este se realiza sobre la base de una descripción generalizador que comprenda las circunstancias del caso” (ROJAS-QUIÑONES, Sergio & MOJICA-RESTREPO, Juan Diego, 2014. p.209).

Así, esta teoría parte de la distinción entre causa y simples condiciones; no es causa cualquier condición del evento, sino aquella que es, en general, idónea para producirlo; de donde se consideran efectos o consecuencias del obrar del agente los que se verifican según el curso ordinario de la vida. La causa adecuada produce efectos típicos; la causa fortuita efectos atípicos.

De acuerdo con esta teoría *“no todas las causas que intervienen en la producción de un efecto son equivalentes. En consecuencia, solo las que se consideren adecuadas tienen incidencia causal desde el punto de vista jurídico. Si entre esas causas adecuadas se encuentra uno o más comportamientos ilícitos del demandado o de los demandados, todos ellos se considerarán como causa adecuada del daño. No significa, pues, que una causa que se considere más adecuada que las otras, ipso facto excluya a las demás. De otro lado, puede suceder que un comportamiento no se considere causa adecuada del daño. Todo depende de las circunstancias.”* (TAMAYO JARAMILLO, Javier. 2018. P.378).

De allí entonces que la causa responsable del daño es aquella que generalmente es adecuada para producir el resultado. Habrá causalidad adecuada cuando entre un acto o actividad y un daño,

concluimos que su recurrencia de ese acto o actividad incrementará las **posibilidades** de que el daño también ocurra. Con esta Teoría se postula que no todas las condiciones necesarias de un resultado son equivalentes. Cuando concurren una pluralidad de acontecimientos, todos capaces de haber producido el daño, se le atribuye el mismo al que sería la causa que normalmente debe haber producido el daño. Por tanto, alguien es responsable cuando su conducta ha tenido el carácter de causa normalmente generadora del mismo. Así pues, los demás acontecimientos solo son periféricos e irrelevantes. Se trata de hacer un juicio de probabilidad.

“Así las cosas, para establecer el vínculo causal, el análisis de la causalidad adecuada sugiere que se debe determinar si un suceso era razonable y previsiblemente el más idóneo o adecuado para causar un resultado, teniendo en cuenta las máximas de la experiencia —si el asunto no requiere un especial conocimiento técnico— o las reglas de la ciencia particular —si se trata de un asunto técnico—. Si la respuesta es positiva, esto es, si el suceso surge como idóneo para el resultado, a la luz de la experiencia y la razonabilidad, se tiene entonces que ese suceso es causa del resultado; contrario sensu, no habrá vínculo causal. A este razonamiento se le denomina prognosis póstuma. Nótese entonces cómo se trata de un juicio fundamentado, esencialmente, en

los criterios de normalidad y probabilidad, por lo que la doctrina ha puntualizado que en la causalidad adecuada es preciso hacer, en realidad, un juicio probabilístico que, por lo demás, se efectúa "...a posteriori, ex post facto y en abstracto, esto es prescindiendo de lo que efectivamente ha ocurrido en el caso concreto, y computando únicamente aquello que sucede, conforme al curso normal y ordinario de las cosas. [Max von] Rümelin hacía referencia a este fenómeno como el 'pronóstico objetivo retrospectivo. (...) Algunos han sostenido que el juez debería colocarse en la posición del autor del hecho, tomando en cuenta las circunstancias conocidas o cognoscibles por este. La previsibilidad en tal caso no deja de ser valorada en forma abstracta, pero circumscripta al punto de vista del sujeto y a las condiciones en las que este actuó. Otros, en cambio, miran el hecho siempre objetivamente: el juez debe efectuar el juicio de previsibilidad en abstracto, tomando en cuenta todas las circunstancias que un hombre normal debería prever. Finalmente, una corriente ultraobjetiva estima necesario que el juez considere todas las circunstancias eximentes, incluso aquellas que no hubieren podido ser conocidas por el agente". El resultado puede entonces variar de acuerdo con la posición que se adopte, pues al involucrar o prescindir de uno o más hechos, la previsibilidad y la probabilidad pueden llegar a variar drásticamente. De esta forma, el juicio de causalidad dependerá en un alto grado de la

capacidad del juzgador de formar un panorama lo más completo posible, quedando en todo caso una porción muy amplia a su arbitrio. Por esta razón se ha dicho que “esta última teoría pierde rigor científico cuando percibimos las diferencias abismales que puede haber entre un juez y otro en relación con el criterio de adecuación, ya que lo que para un juez puede ser causa adecuada de un daño, para otro puede no serlo, sin que ninguno de los dos tenga argumentos científicos que justifiquen su punto de vista”. Con todo, se ha tratado de una teoría a la que se le ha reconocido una gran utilidad práctica porque, a pesar de las subjetividades, parece brindar una explicación intuitivamente acertada de lo que sucede en el mundo cuando afirmamos que un fenómeno es causa de otro.” (ROJAS-QUIÑONES, Sergio & MOJICA-RESTREPO, Juan Diego, 2014. p.213).

Según nuestra legislación civil, esta es la teoría que se sigue en nuestro país, ya que la misma emerge del contenido del artículo 989 del Código Civil el cual establece lo siguiente:

“Artículo 989. La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.
Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”

De la lectura de esta norma queda claro que la causa que normalmente produce el daño es aquella que omite tomar en consideración las circunstancias estandarizadas de tiempo y lugar o de las que se exigen a la “diligencia de un buen padre de familia”.

2.4.4.3.1. Jurisprudencia.

Sobre esta teoría, la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha externado algunas consideramos las cuales pasamos a detallar.

Fallo de 25 de febrero de 2000.

Se trata de un proceso ordinario promovido por José Manuel Terán Sitton, Gloria Cecilia Pino de Terán, en su propio nombre y en representación de su menor hija Melissa Terán Pino en contra de Brittania Rodaniche, en donde se dilucidaba la responsabilidad civil de la doctora demanda a causa de los daños cerebrales sufridos por la menor durante su nacimiento imputables a la negligencia médica. (Registro Judicial febrero de 2000. P.200-253).

La Sala Civil absolvió a la demandada por considerar que no

existía nexo causal entre el comportamiento de la galena y los daños sufridos por la menor, toda vez que, si bien se le endilga a la demandada que su comportamiento culposo estuvo en que, en la última fase de la labor de parto -el período expulsivo-, fue dejado de aplicar el monitoreo electrónico fetal, esa supuesta negligencia no explica la causa de los daños. Contrario a ello, se concluyó que no es deducible que el monitoreo electrónico constituya una técnica de obligatoria aplicación en todas las fases del parto, en especial en la fase expulsiva de ese proceso, la cual fue monitoreada a través del sistema manual conocido como "doppler". Continúa la sentencia sosteniendo que no fue encontrado ningún evento obstétrico al que se le pueda atribuir la condición presentada por la niña al nacer, y la actuación gineco-obstétrica que dispensó la doctora RODANICHE a la señora de TERAN fue adecuada y satisfactoria.

En este sentido, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, hace referencia al nexo de causalidad en los siguientes términos:

" El nexo o relación de causalidad es el otro elemento del cual no es admisible prescindir en el momento de determinar si se ha generado la responsabilidad civil en un caso específico que tenga que ver con la prueba de la responsabilidad médica. Cuando se trata de la responsabilidad médica cobra especial interés este problema, dada la particular complejidad que sobreviene a consecuencia de los fenómenos envueltos con motivo de la

prestación del servicio médico aplicado a la salud del ser humano, el desarrollo de la ciencia y el de los avances tecnológicos que necesariamente están presentes en el ejercicio de la medicina.

No cabe, en opinión de la Sala, desechar en ese sentido el principio general de que la víctima de un daño es la obligada a probar la relación de causalidad entre la acción del demandado y el daño causado. No puede aceptarse, en consecuencia, que la relación de causalidad o nexo entre la conducta que se acusa de culpable y el daño sufrido se vea beneficiada por ningún tipo de presunciones. La prueba de la relación de causalidad corre a cargo del perjudicado y, de alguna manera, esa relación de causalidad deberá quedar probada en el juicio. Insistiendo en los pronunciamientos del Tribunal Supremo de España, país en donde las disposiciones del Código Civil aplicables en esta materia son similares a las correspondientes del Código Civil Panameño (tocantes a la responsabilidad derivada de la conducta culposa, negligente o descuidada en que haya podido incurrir el médico), y en donde los tribunales de justicia se han ocupado abundantemente del tema, en fallo reciente se dejó sentado:

*"Siempre será requisito ineludible la existencia de una relación de causalidad entre la conducta activa o pasiva del demandado y el resultado dañoso producido, de tal modo que la responsabilidad se desvanece si el expresado nexo causal no ha podido concretarse."
(Sentencia de 3. 5. 95, tomada de RICARDO DE ANGEL YÁGUEZ, obra citada, pág. 109).*

Cuando se habla de la relación de causalidad como presupuesto de la responsabilidad, lo que debe entenderse es que el actuar de quien esté obligado a indemnizar haya sido la causa de la ocurrencia del daño, o sea, que entre el comportamiento del agente y el daño acaecido exista una relación de causa a efecto.

A propósito de lo difícil y complejo que resulta para los jueces arribar a la conclusión de que en un caso particular, en donde lo debatido sea el resultado dañoso y la conducta negligente

en torno a los servicios prestados en actividades vinculadas con el desarrollo tecnológico, no podrá pasarse por alto que no pocas veces es imposible precisar cómo se han desenvuelto con exactitud los procesos causales en las aplicaciones científicas. Por ello, han sido varias las teorías o doctrinas que los autores y los tribunales han ensayado para la valoración del nexo causal tratándose de daños ocurridos con motivo de la prestación de los servicios médicos. Así tenemos la llamada teoría "de la equivalencia de las condiciones", según la cual basta con que la culpa de una persona haya sido uno de los antecedentes del daño para que dicha persona sea considerada responsable, sin que importe que entre la conducta culposa y el daño hayan mediado otros acontecimientos. Frente a esta teoría, y con el objeto de superar sus obvias limitaciones, se ha erigido la "de la causalidad adecuada", conforme a la cual no todos los acontecimientos que preceden a un daño pueden considerarse como las causas de su producción, puesto que no a todos ellos se les puede otorgar la misma relevancia. "El daño se tiene que asociar a aquél antecedente que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido la causa directa e inmediata; todos los demás son periféricos y por tanto irrelevantes a efectos de atribución de responsabilidad. Por ello, una persona responde de un daño producido sólo en el caso de que su conducta culposa haya tenido ese carácter de causa adecuada o causa normalmente generadora del resultado. (RICARDO DE ANGEL YÁGUEZ, obra citada, págs. 112-113). (Lo subrayado es de la Sala).

Sin ser contradictorio con la anterior postura, el problema se ha planteado en el derecho anglosajón de la siguiente manera: Como el daño es un resultado en cuya producción han podido concurrir diversas conductas o acontecimientos, y habida cuenta que la demanda va dirigida contra una persona (cuya responsabilidad es la que se discute en el proceso), el asunto de la relación de causalidad se puede formular también como sigue: 1) ¿Fue causado el daño, de hecho, por el demandado cuya responsabilidad se ventila?; y 2) ¿Debe considerarse al demandado responsable del perjuicio sufrido por el demandante?. Si la respuesta a la primera pregunta es no, lo más probable es que la respuesta a la segunda también sea negativa. De acuerdo con ATIYAH

se debe tener en cuenta que "el que se conteste afirmativamente a esa primera pregunta no conduce siempre a la atribución de responsabilidad al demandado, esto es, a su condena ... [y] la razón para que sea así se suele expresar por los tribunales de muy diversas maneras: a veces, diciendo que el daño no era predecible; en ocasiones, diciendo que ese daño fue 'demasiado lejano' (too remote); en otras circunstancias, diciendo que el daño sufrido no es del tipo de los reconocidos como tales por la ley; en otros casos, diciendo que la culpa del demandado no fue la causa 'real' o 'próxima' del daño. Todas estas razones, u otras similares, son 'restricciones' o 'limitaciones' al deber de responder." (RICARDO DE ANGEL YÁGUEZ, obra cita, pág. 115).

Esta postura bien pudiera resumirse en lo siguiente: Para que una persona sea responsable de un daño es necesario concluir que, de no haber sido por la conducta de dicha persona, el perjuicio sufrido por el demandante no habría ocurrido. En otras palabras, la conducta del demandado tendría que constituir la condición necesaria, real o eficiente del daño del demandante”.

Fallo de 08 de mayo de 2020.

Proferido por la Sala Primera de lo Civil en el proceso ordinario que Compañía Internacional de Seguros, S. A. y Ahí Panamá, S. de R. L. le siguen a OR El Investments, S.A. (exp. 49-19).

Esta causa tiene su origen en una inundación que se produjo en los locales A, B y C del piso No.26 del PH OCEANIA BUSINESS PLAZA, Torre 1000, ubicado en Punta Pacífica, ciudad de Panamá que era

arrendado por la demandante Ahí Panamá, S. de R.L., produciéndose daños a los bienes muebles de esta demandante.

La reclamación se negó porque no se comprobó que para el día en que ocurrió el mencionado siniestro, la demandada era propietaria del inmueble y por ello no existía un nexo causal que la obligara a reparar esos daños.

Al analizar este elemento de la responsabilidad civil deprecada, la Sala Civil explicó lo siguiente:

“El autor Javier Plaza Penadés, en la explicación del artículo 1902 del Código Civil Español comentado (que es la norma legal exacta que el legislador patrio adopta y plasma en el artículo 1644 del nuestro Código Civil, el cual regula la responsabilidad civil extracontractual), manifiesta que la doctrina jurisprudencial ha reconocido el principio de causalidad adecuada o eficiente, a través del cual se exige que para observar la culpa del agente, el resultado debe ser una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad de dicho agente. Siendo ello así, en el asunto bajo examen, debió haberse acreditado la culpa del demandado como agente generador del daño demandado.

A más de lo anterior, aclara la Sala que esa teoría de la causa adecuada o eficiente, a la que se hace referencia en el párrafo que antecede, supera la existencia de la llamada teoría de la equivalencia de condiciones, en la cual bastaba con que la culpa de una persona haya sido uno de los antecedentes del hecho dañoso para que la persona fuera considerada como

responsable, sin que se hayan tomado en consideración otros sucesos. Frente a ello y con el objetivo de superar las limitantes obvias que conllevaba la aplicación de la mencionada teoría de la equivalencia, surge, la teoría de la causalidad adecuada o eficiente, la cual, en realidad, va encaminada a una teoría de imputación, ya que, con la misma, no se persigue establecer si un elemento de hecho es la causa de un determinado resultado, sino que intenta solucionar si los hechos acaecidos deben o pueden ser considerados jurídicamente relevantes y si permiten la imputación objetiva del hecho a una determinada persona.”

Tomando en cuenta la causalidad adecuada, se requiere hacer un juicio o diagnóstico de probabilidad en abstracto posterior al hecho (*ex post facto*). De esta actividad del intelecto debe razonarse o preguntarse si la acción u omisión que se juzga era de suyo idónea para producir normalmente ese evento, según el curso ordinario de las cosas. Así pues, el juez a través del juicio de probabilidad, se dota de una herramienta de razonamiento que le ofrece un amplio espectro de apreciación, conforme a la lógica de los hechos y el estudio de todas las circunstancias y factores causales que incidieron en cada situación; con lo cual podrá tomar la decisión sobre si responsabilizar o no al autor de un hecho.

Por lo anterior, es que los detractores de esta teoría afirman que la misma es poco científica, debido a que el criterio de adecuación es puramente arbitrario y está sometido al capricho del juez. Y es que, la

causalidad adecuada no responde cuáles son las causas físicas o naturales de un determinado evento, sino que brinda unos parámetros conforme a los cuales se puede escoger, dentro de un determinado grupo de causas, cuál es la que resulta jurídicamente más relevante. Además, esta teoría confunde la culpa con el nexo de causalidad, pues generalmente la existencia o la gravedad de la culpa determinará el criterio de causa adecuada.

“No en vano, por ejemplo, Ramón Daniel Pizarro señala: “más allá de las objeciones, la doctrina de la relación causal adecuada tuvo el mérito de fundar sobre bases razonablemente objetivas, superadoras del empirismo reinante hasta ese momento, un criterio de delimitación de imputación. No es, en verdad, como bien se ha dicho, una genuina teoría causal, en tanto no luce orientada a determinar si un elemento de hecho es la causa de un resultado. Su finalidad es más específica: establecer si determinados hechos deben ser considerados relevantes, desde una perspectiva jurídica, para formular la imputación de sus consecuencias a una determinada persona. La teoría de la causalidad adecuada es, en esencia, una teoría de la imputación objetiva, que permite con unos criterios normativos más o menos ciertos, que un resultado pueda ser atribuido a un comportamiento”. Así, la causa adecuada parece ser idónea para resolver la pregunta por cuál es la

causa jurídicamente relevante y no para esclarecer cuándo un fenómeno es causante de otro, en el sentido natural de la expresión 'causa'. Esto ha sido claramente entendido en otros ordenamientos jurídicos en los que la adecuación es comprendida en su justa dimensión, esto es, como un criterio de imputación o selección causal y no como un derrotero para determinar la causalidad natural. Así se ha hecho, por ejemplo, en España, Alemania o, incluso, en los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PETL, por sus siglas en inglés), que reflejan el estado más avanzado del debate.” (ROJAS-QUIÑONES, Sergio & MOJICA-RESTREPO, Juan Diego, 2014. p.213-214).

2.4.4.4 Teoría de la Imputación Objetiva.

Finalmente, tenemos la **teoría de la imputación objetiva**, la cual hace una distinción entre la causalidad de hecho y la causalidad jurídica. Así, la causalidad de hecho busca los orígenes naturales o fácticos que estén relacionados con el daño y una vez determinados estos, surgen entonces la determinación de la causalidad jurídica la cual, selecciona dentro de ese conjunto de causas fácticas, aquella o aquellas que resulten jurídicamente relevantes para atribuir ese daño a una determinada persona. Así, la primera de las causalidades (causalidad

de hecho) debe analizarse conforme al test *sine qua non* (que emplea la equivalencia de las condiciones, antes explicada), mientras que la segunda (causalidad jurídica) se mira conforme a la causalidad adecuada. Por ello, lo primero que debe hacer el operador jurídico es determinar qué sucesos pueden considerarse como causa conforme a la regla *sine qua non* para luego seleccionar, de ese conjunto de causas naturales, cuál es la causa jurídicamente relevante (imputación objetiva), de acuerdo con la causalidad adecuada.

Puesto, en otros términos, esta es una teoría que le indica al intérprete que el estudio de la causalidad no se agota en la aplicación de una sola fase, sino que, por el contrario, requiere dos etapas o estadios: uno primero, en el que se determina si fácticamente un suceso puede ser considerado como causa del otro (causalidad de hecho) y otro en el que se escogen, de las causas fácticas, aquellas que revisten importancia jurídica (causalidad de derecho). Este último estadio de selección es también conocido como imputación objetiva en la medida en que determina cuándo un resultado dañoso, además de ser originado fácticamente en un determinado suceso o actuación, le es también imputable objetivamente a dicha actuación, esto es, le es atribuible en términos jurídicos. (ROJAS-QUIÑONES, Sergio & MOJICA-RESTREPO, Juan Diego, 2014. p.217).

En palabras de Enrique Gil-Botero, “una vez constatada o verificada la existencia de un daño, es indiscutible que este tuvo una génesis material o causal, hecho que es irrelevante para el derecho, precisamente porque se mantiene en el plano de las ciencias naturales, es decir, en relación causa efecto. Por el contrario, verificada la existencia de un daño desde la dimensión jurídica, lo relevante es establecer a quién es atribuible esa afectación que sufre una determinada persona en sus derechos, bienes o intereses legítimos. Es precisamente en ese específico escenario donde el término imputación supone un análisis bifronte o dual consistente en la verificación de que el daño es tanto fáctica (*imputatio facti*) como jurídicamente (*imputatio iure*) imputable. La imputación fáctica tiene como propósito determinar si en el plano material, mas no necesariamente causal, el daño es atribuible o no a un sujeto de derecho. Así las cosas, antes de abordar el análisis de la imputación jurídica o el fundamento de la responsabilidad, es imprescindible que la lesión o afectación antijurídica esté radicada en cabeza de la entidad o del sujeto pasivo de la relación. Una vez constatado lo anterior, es posible abordar el análisis sobre la imputación jurídica, esto es si existe o no, un fundamento normativo que concrete, en el caso específico, la obligación de resarcir el daño antijurídico. En otros términos, la imputación fáctica —y con ella la

imputación objetiva del daño— consiste en un estudio retrospectivo que recae sobre la acción u omisión del sujeto, mientras que la imputación jurídica supone la realización de un análisis prospectivo y netamente normativo dirigido a determinar si, una vez establecida la atribución material del daño, existe o no el deber jurídico —subjetivo u objetivo— de resarcir el perjuicio. Así mismo, resulta pertinente destacar que el hecho de que la imputación fáctica tenga un sustrato o contenido material no quiere significar que esté desprovista de conceptos o construcciones normativas o jurídicas y, por lo tanto, es allí donde la imputación objetiva y todos sus elementos delimitadores se conectan para suministrar una serie de herramientas a la hora de valorar cuándo es imputable o no un daño” (GIL BOTERO, Enrique. 2013. P.484).

2.4.4.4.1 Jurisprudencia.

Sobre esta teoría el Tribunal Supremo de España, en la Sentencia de 28 de octubre de 2021 (Roj: STS 3885/2021 – ECLI:ES:TS:2021:3885), analizada anteriormente (ver pág.125 y ss.), ha indicado lo siguiente:

“CUARTO.- La imputación jurídica del resultado dañoso

La existencia de responsabilidad civil requiere la

conurrencia de una serie de requisitos bien conocidos: una acción u omisión, la producción de un daño, un título de imputación jurídica y una relación de causalidad entre la conducta del demandado y el resultado producido.

4.1 La doctrina de la imputación objetiva La obligación de reparar el daño causado, que impone el art. 1902 CC, exige el concurso de una relación de causalidad entre la conducta de la persona física o jurídica a la que le atribuimos el daño y el resultado producido, lo que obliga a deslindar los supuestos de mera asociación de hechos en el espacio y en el tiempo, de aquellos otros en los que concurre una relación de causa-efecto entre ellos.

La precitada relación causal no es sencilla de determinar, toda vez que, en la génesis de un resultado, normalmente confluyen un conjunto de causas, ya sean estas próximas o remotas, directas o indirectas, principales o accesorias, que conforman antecedentes condicionantes de su producción, lo que obliga a efectuar la correspondiente selección de causas para no hacer una exorbitante e injusta extensión del deber de indemnizar a un sujeto derecho por su mera intervención en una cadena causal. Incluso, en los supuestos de causa única, el esfuerzo delimitador no desaparece, pues habrá de valorarse si la conducta del demandado ostenta la entidad suficiente para poder atribuirle el daño.

Hoy en día, en la determinación de la relación de causalidad, predominan las denominadas doctrinas de la bifurcación o de atribución causal de doble secuencia, en las que se distingue una causalidad material, natural o empírica, que actúa como presupuesto de una causalidad jurídica, que opera, a su vez, mediante la selección de unas causas jurídicamente relevantes. Todo ello, con la finalidad de impedir que una persona sea declarada responsable de un daño por el simple hecho de que su comportamiento se inserte en la cadena causal generadora de un resultado dañoso, si no concurren criterios de imputación, que permitan atribuirle el daño y correlativa obligación de resarcirlo.

La primera secuencia de la relación causal es la denominada causalidad material, física o natural, de naturaleza fáctica,

que se establece a través de la actividad probatoria desplegada en el proceso, dentro de la cual adquiere especial valor la prueba pericial. Se determina mediante la doctrina de la eliminación, es decir por medio de un experimento intelectual conforme al cual si suprimida hipotéticamente una conducta el resultado no se produce, esa conducta puede ser considerada como causal del daño (es la doctrina de la conditio sine qua non de los PETL o del but for test -de no haber sido por- del derecho anglosajón). Discurre al margen de connotaciones jurídicas y pertenece al ámbito del ser, se da o no se da.

Únicamente sería fiscalizable por esta Sala y, de forma excepcional, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del art. 469.1.4 de la LEC, y sólo en los casos en los que la causalidad material declarada respondiese a una valoración irracional o arbitraria de la prueba, atentatoria al canon de racionalidad impuesto por el art. 24.1 CE.

De esta manera, señala la sentencia 208/2019, de 5 de abril, cuya doctrina ratifica la sentencia 141/2021, de 15 de marzo: “[...] que existe causalidad material o física cuando a través de una reconstrucción ideal de los acontecimientos se llega a la conclusión lógica que de no haber mediado el hecho ilícito del demandado el daño no habría tenido lugar”.

La segunda secuencia consiste en la apreciación de la causalidad jurídica (causation in law del derecho anglosajón, objektive zurechnung del derecho alemán, traducida en España como imputación objetiva). Ésta, a diferencia de la anterior, se encuentra condicionada por connotaciones jurídicas. Corresponde al ámbito del deber ser. Impide que la mera circunstancia de que una conducta constituya un eslabón de una cadena causal determine, por esta única circunstancia, la atribución de la obligación de resarcir el daño. Opera mediante la utilización de una serie de criterios de determinación de la causalidad, tales como los riesgos generales de la vida, el fin de protección de la norma, la conducta alternativa conforme a derecho, la prohibición de regreso, el incremento del riesgo, la provocación del perjudicado, la competencia de la víctima, o la voluntaria asunción de riesgos, entre otros.

La fiscalización, por parte de esta sala, de esta segunda secuencia de la causalidad, se lleva a efecto por medio del recurso de casación, al constituir una valoración jurídica, susceptible de ser incardinada en la vulneración de un precepto de derecho material o sustantivo, como el alegado por las partes recurrentes.

Así las cosas, la denominada imputación objetiva sería el método ordinario, comúnmente aceptado por la jurisprudencia (STS 141/2021, de 15 de marzo), para impedir de esta forma la aplicación de la doctrina de la equivalencia de las condiciones (causa causae, causa causati, el que es causa de la causa, es causa del mal causado) y sus conocidos excesos en la atribución de un daño de forma desorbitante, desproporcionada e injustificada.

En congruencia con lo expuesto, nos hemos pronunciado en el sentido de que la causalidad jurídica sirve para evitar que el sujeto negligente responda de cualquier consecuencia remota, improbable o indirecta que pudiera derivarse de su conducta (sentencias 208/2019, de 5 de abril y 141/2021, de 15 de marzo).

Sobre esta doble secuencia de la causalidad hemos señalado en las sentencias 338/2012, de 7 de junio y 737/2014, de 22 de diciembre, que:

“(l)a fijación del nexo causal entre un comportamiento y el daño determinante de la responsabilidad civil tiene, a los fines del recurso de casación, una primera secuencia de carácter puramente fáctico y, por ende, dependiente de la valoración de la prueba, y otra jurídica que se identifica con el posterior juicio de imputación (Sentencias 203/2005, de 29 de marzo, y 815/2010, de 15 de diciembre). Entre ambas, no obstante, existe una intensa conexión, pues la segunda no puede desvincularse del antecedente insoslayable que constituye la realidad de una causalidad material o física, que se fija mediante la prueba, cuya valoración por el Tribunal de la instancia no es controlable por medio de los recursos de casación ni siquiera del extraordinario por infracción procesal -salvo que se utilice la vía del ordinal cuarto del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-“.

Por su parte, explica la esencia de dichos títulos de imputación, habitualmente utilizados en la decisión de los procesos de esta naturaleza, la STS 124/2017, de 24 de febrero, cuya doctrina reproduce más recientemente la sentencia 270/2021, de 6 de mayo, en los términos siguientes:

“En la actualidad la Sala Primera del Tribunal Supremo acude a la teoría de la imputación objetiva; que en todo caso sirve para excluir la responsabilidad, y que tiene como pautas o reglas: a) Los riesgos generales de la vida: La vida tiene riesgos propios e inherentes, que son aceptados por todos. Es decir, las “desgracias” sí existen. B) La prohibición de regreso: Encontrada una causa próxima; no debe irse más allá, más atrás, buscando causas remotas. C) La provocación: Quien provocó la situación. Sin descartar que sea el propio perjudicado porque asumiese un riesgo no justificado. D) El fin de protección de la norma, e) El incremento del riesgo, o la conducta alternativa correcta. Si el daño se habría producido igual aunque se adoptase otra conducta. F) Competencia de la víctima (hechos o situaciones que estaban en el dominio de la víctima). g) Y, en todo caso, y como cláusula cierre, la probabilidad; lo que permite excluir la responsabilidad en los supuestos de eventos altamente improbables, imprevisibles, y que a la postre nos recuerdan el caso fortuito [sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2011 (STS 2897/2011, recurso 124/2008), 14 de marzo de 2011 (STS 1490/2011, recurso 1970/2006), 9 de febrero de 2011 (STS 560/2011, recurso 2209/2006), 25 de noviembre de 2010 (STS 6381/2010, recurso 619/2007), 17 de noviembre de 2010]”.

En Panamá, esta Teoría ha sido empleada por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral al analizar algunos casos de responsabilidad civil del Estado, en este sentido podemos mencionar los siguientes pronunciamientos.

Fallo de 26 de abril de 2016.

Se trata de una demanda contencioso-administrativa de indemnización, interpuesta por el Lcdo. Alexander Valencia M., en representación de Samuel Núñez, para que se condene al Patronato del Hospital Santo Tomás y al Estado Panameño, al pago de cinco millones de dólares, en concepto de daños y perjuicios morales y materiales causados por el mal funcionamiento de los servicios públicos de salud producto del fallecimiento de su hija Lourdes D. Núñez Navarro (q.e.p.d). (exp.109-06).

La causa se fundamenta en que la paciente Lourdes Dalys Núñez Navarro (q.e.p.d) ingresó al Hospital Santo Tomás el día 21 de enero de 2005 por orden de la Dra. María Du Bois, con el Diagnóstico de coledocolitiasis, presentando acolia, sin fiebre, sin signos de abdomen agudo, sin diarrea y sin distensión abdominal, diagnóstico que es producto del estudio realizado por el Dr. Juan José Gutiérrez.

Que luego de su evaluación médica del día 25 de enero realizada en horas de la mañana, que evidencia condición afebril, asintomática, con ictericia, al examen físico con abdomen blando, depresible, sin

dolor, la paciente es sometida a CPRE (colangio-pancreatografía retrógrada-endoscópica), procedimiento a cargo del Dr. Luis Arango Ch., procedimiento que fue fallido ya que no se obtuvo el llenado de las vías biliares.

El día posterior al CPRE fallido nuevamente la evalúan médicamente, dejando indicación en el expediente que debe ser pasada a sala de operaciones, indicación que no se cumple.

El día 27 de enero de 2005 el Dr. García ordena nuevamente preparar la Sala de Operaciones a 8:45 A.M.; sin embargo, en horas de la tarde por orden de la Dra. María Du Bois se detiene la orden y prefiere un manejo conservador, siendo notificado el jefe de Sala de Operaciones, el Dr. Jaime Velarde Batista.

El día 28 de enero de 2005, el Dr. Jaime Velarde solicita de manera urgente un CAT abdomino pélvico (tomografía axial computarizada de abdomen y pelvis) el cual reveló lo siguiente: 1. Perforación del duodeno 2. Cambios Inflamatorios peri pancreáticos relacionados a pancreatitis posterior al procedimiento fallido de CPRE.

Según protocolo operatorio, el día 29 de enero de 2005, ingresan

a la paciente al quirófano, correspondiéndole a los Doctores Aldo Ávila, Rogelio Vargas y Macías, el diagnóstico PREOPERATORIO de COLELITIASIS + COLEDOCOLITIASIS + PANCREATITIS AGUDA. Encontrándose hallazgos de una colecistitis subaguda, dilatación del coledoco y pancratitisuda, 100 c.c de líquido libre.

Continúa señalando el demandante que debido a las complicaciones subsiguientes a la primera y mala manipulación instrumental del 25 de enero de 2005, Lourdes Dalys Núñez Navarro (q.e.p.d.) fue sometida a 17 actos quirúrgicos que inician el 29 de enero de 2005 y finalizan el 21 de marzo de 2005, falleciendo la paciente el día 24 de marzo de 2005 con el diagnóstico de SEPSIS, PERITONITIS Y PANCREATITIS AGUDA, según consta en certificado de defunción.

Efectivamente los demandados resultaron condenados porque se comprobó que posterior al ingreso de la paciente Lourdes Núñez en condiciones estables y a que se le practicara la CPRE empeoró en su salud al generarse una pancreatitis aguda que se evidenció con el aumento desproporcionado de la amilasa y lipasa; incremento desproporcionado de los glóbulos blancos, como consecuencia de esa pancreatitis que devino en el desarrollo de un cuadro infeccioso. Lo anterior se debió al procedimiento fallido de la CPRE, el cual ocasionó

una perforación en el duodeno de la paciente, producto de los múltiples cortes que se realizaron para canular la vía biliar y precorte papilar, demás que el CAT reveló que efectivamente hubo perforación gastrointestinal.

La pancreatitis aguda se produjo con posterioridad al procedimiento CPRE fallida y que habiendo indicios del desarrollo de ese cuadro infeccioso, en atención al aumento de glóbulos blancos, aumento de la amilasa y lipasa, habiendo indicación desde el día siguiente 26 y 27 de enero de 2005 de pasar al salón de operaciones y tal orden no se cumplió, por lo que el tiempo que transcurrió entre el 25 de enero al 29 de enero de 2005 (más de 100 horas) fue determinante para el desarrollo del cuadro infeccioso de la paciente y su posterior fallecimiento, luego de las 17 cirugías que le practicaron y resultaron infructuosas.

Para determinar el nexo causal, la Sala Tercera explicó lo siguiente:

“Sin embargo, la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad en la jurisprudencia latinoamericana, especialmente la colombiana, "está marcada por la imputación objetiva que "parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las

decisiones". Siendo esto así, la imputación objetiva implica la "atribución", lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de "cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta". En atención a los hechos planteados en la demanda, y las demás piezas procesales presentes en el proceso, lo procedente es determinar si efectivamente el Estado, es responsable de los daños que se le imputan.

"Aún cuando el Estado deje de prestar directamente los servicios públicos, sigue siendo el directo responsable, pues al tratarse de actividades encaminadas a la satisfacción de necesidades colectivas, debe asegurarse una prestación eficiente y una cobertura a todos los ciudadanos." (La Responsabilidad médica derivada de los actos administrativos en el sector salud, Enrique Gil Botero, Universidad del Externado de Colombia, 2012, Colombia, pág 24)".

Ahora bien, desde la perspectiva de la causalidad material, física o natural, alude a los antecedentes que han tenido incidencia material en la producción de un resultado, esto es, ¿qué causó el daño? Algunos autores hablan de causalidad física y jurídica, esta última llamada imputación.

Este último concepto se ha definido como la determinación de antecedentes que han tenido relevancia jurídica para la producción de un resultado, para luego atribuírselo a un sujeto. Significa que a la imputación le interesa saber quién es el autor.

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico. Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la "superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad

subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen".

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

Fallo de 5 de abril de 2017.

El criterio antes expuesto fue reiterado por la misma Sala Tercera, en la demanda contencioso-administrativa de reparación directa, interpuesta por la firma Herrera, Sucre-Robles & Asociados, en representación de Shyam Mohandas Lakhyani, para que se condene a la Autoridad Nacional de Aduanas, al pago de B/.6,197,614.19, en concepto de daños y perjuicios causados por las infracciones en que incurrieron funcionarios de dicha entidad con pretexto del ejercicio de sus funciones (exp.24-1412).

En esta ocasión, la demanda de indemnización estaba sustentada en que entre los días 20, 21 y 22 de octubre de 2009, el Administrador Regional de Aduanas -Zona Norte- profirió sendas providencias, mediante las cuales ordenó efectuar diligencias de allanamiento, inspección ocular, registro y aprehensión provisional de bienes y medios, en la sala de ventas y bodega de la empresa AMERICAN IMPORT CORP., S. A. y la empresa ANTILLAS INTERNACIONAL ZONA LIBRE, S.A., todas motivadas en la supuesta infracción de normas sobre propiedad industrial, derecho de autor y derechos conexos.

Como consecuencia de estas providencias, el Jefe encargado del D.P.F.A. Zona Norte, JOSÉ LOAIZA en conjunto con la Fiscalía Especializada en Delitos contra la propiedad intelectual, dispuso el cierre de ambos locales (American Import Corp S.A., y Antillas Internacional Zona Libre S.A.) con candados de la Autoridad de Aduanas, a efectos de mantener en custodia la mercancía (cigarrillos).

Mediante la resolución de 9 de febrero de 2010, el Administrador Regional de Aduanas (Zona Norte) ordenó la destrucción de la totalidad de los cigarrillos retenidos por considerar que no eran aptos para el consumo humano. Que al destruir aquella parte de la mercancía que

estaba apta para el consumo humano consistente en siete mil setecientas setenta y cuatro (7764) pacas de cigarrillo, se causó perjuicio al señor Shyam Mohandas Lakhyani, quien al no vender dichos productos dejó de percibir comisiones por ventas.

De igual forma, se tiene que mediante la Resolución 940-04-414-AS-AZN de 4 de abril de 2012, el Administrador Regional de Aduanas, Zona Norte, resolvió sancionar con pena de prisión de tres años a Shyam Mohandas Lakhyani, en su condición de propietario de las empresas American Import Corp S.A., y Antillas Internacional, S.A., así como al pago de la suma de B/.4,260,900.00, en concepto de multa, por infringir el numeral 9 del artículo 16 de la Ley 30 de 8 de noviembre de 1984, modificado por el artículo 34 de la Ley 49 de 17 de septiembre de 2009; acto administrativo que le fue notificado el 26 de abril de 2012.

Producto de lo anterior, el recurrente, Mohandas Lakhyani, interpuso un recurso de reconsideración, con apelación en subsidio, que fue decidido a través de la Resolución 940-04-694-AS-AZN de 14 de junio de 2012, proferida por el Administrador Regional de Aduanas, Zona Norte, en la que se dispuso a confirmar en todas sus partes la decisión impugnada.

Con posterioridad a los hechos descritos, el actor interpuso un Amparo de Garantías Constitucionales en contra de la orden de hacer contenida en la Resolución 940-04-414-AS-AZN de 4 de abril de 2012, el cual fue concedido por el Primer Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial de Panamá a través de la Sentencia de 4 de enero de 2013, en la que se ordenó su revocatoria.

En virtud de lo resuelto en la vía jurisdiccional, el Administrador Regional de Aduanas, Zona Norte, emitió el Auto número 1 de 1 de febrero de 2013, con el que dejó sin efecto la medida cautelar de impedimento de salida del territorio de la República de Panamá impuesta a Shyam Mohandas Lakhyani, dispuesta mediante Providencia de 12 de abril de 2012.

Así mismo la Comisión de Apelaciones Aduaneras de la Autoridad Nacional de Aduanas resolvió declarar que se había producido sustracción de materia en relación con el recurso de apelación interpuesto por el actor en contra de la Resolución 940-04-694-AS-AZN de 14 de junio de 2012, que confirma en todas sus partes la Resolución 940-04-414-AS-AZN de 4 de abril de 2012.

Finalizado el proceso penal aduanero en cuestión, se presentó

esta demanda contencioso administrativa de reparación directa, en donde el actor manifestó que la entidad aduanera carecía de competencia y jurisdicción para decomisar y, posteriormente destruir la mercancía que le pertenecía a la empresa American Import Corp., S.A., ya que estaba destinada a la reexportación y no sería comercializada dentro del territorio de la República de Panamá; razón por la que se considera que las empresas American Import Corp., S.A. y Antillas Internacional, S.A., no tenían la obligación de cumplir con las disposiciones vigentes en materia sanitaria y de salud para la introducción de productos del tabaco al territorio aduanero nacional.

La pretensión fue desestimada por ausencia de nexo causal porque Primero porque las sanciones impuestas a Shyam Mohandas Lakhyani a través de la Resolución 940-04-414-AS-AZN de 4 de abril de 2012, es decir, la pena de prisión de tres años, debido a su condición de representante legal de las empresas American Import Corp S.A., y Antillas Internacional S.A., lo mismo que el pago de una sanción pecuniaria, nunca le fueron aplicadas, toda vez que dicha resolución estuvo suspendida en sus efectos desde el momento en que el Primer Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial de Panamá acogió el Amparo de Garantías Constitucionales propuesto por él; segundo, porque dicho acto administrativo fue revocado mediante la Sentencia de

4 de enero de 2013; y tercero, porque a través del Auto 01 de 01 de febrero de 2013 se dejó sin efecto la medida cautelar de impedimento de salida del territorio nacional que le había sido impuesta.

Aunado a lo anterior, se determinó que las Autoridades Aduaneras estuvieron autorizadas por las normas legales para realizar las diligencias acusadas. Que el hecho que determina que se CONCEDA el Amparo de Garantías Constitucionales al demandante está relacionado directamente a que la autoridad debió suspender el interrogatorio y esperar a que el investigado estuviera asistido por un abogado y no porque la autoridad administrativa no tuviera competencia para ello, por el contrario, la propia sentencia de amparo no se declara responsable a la Autoridad Nacional de Aduanas por haber actuado en contra de la Ley al haber impuesto a la empresa Anchi S.A., la multa por delito aduanero, en materia de contrabando y defraudación sino que durante toda la motivación del Amparo, apuntan a la legalidad de la actuación de dicha Autoridad.

En conclusión, consideró la Sala Tercera en aquella oportunidad que no se podía establecer una responsabilidad patrimonial de la Administración ya que no se probó una actuación incorrecta de los funcionarios de la Autoridad Nacional de Aduanas en el decomiso de los

paquetes de cigarrillos al Señor Shyam Mohandas Lakhyani y su consecuente destrucción, por ende, no existía un nexo causal.

Sobre este elemento de la responsabilidad civil, reiteró la Sala Tercera lo siguiente:

Sin embargo, la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad en la jurisprudencia latinoamericana, especialmente la colombiana, “está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo a los hechos planteados en la demanda, y las demás piezas procesales presentes es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”. En atención a los hechos planteados en la demanda, y las demás piezas procesales presentes en el proceso, lo procedente es determinar si efectivamente el Estado, es responsable de los daños que se le imputan.

C. La demostración del nexo de causalidad entre el resultado dañoso y la conducta del agente provocador del evento.

Finalmente, el tercer elemento que es el nexo de causalidad o causalidad jurídica (Imputabilidad), que se constituye en el último de los requisitos o elementos necesarios para conseguir del Estado la indemnización de los perjuicios que su acción u omisión cause y consiste en la atribución jurídica que del daño se hace a la administración pública, y esta atribución de lo que se ha conocido jurisprudencialmente como el nexo causal.

En este sentido, en Sentencia de 25 de febrero de 2000, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, hace

referencia al nexo de causalidad en los siguientes términos:

“Cuando se habla de la relación de causalidad como presupuesto de la responsabilidad, lo que debe entenderse es que el actuar de quien esté obligado a indemnizar haya sido la causa de la ocurrencia del daño, o sea, que entre el comportamiento del agente y el daño acaecido exista una relación de causa a efecto”

...

Esta postura bien pudiera resumirse en lo siguiente: Para que una persona sea responsable de un daño es necesario concluir que, de no haber sido por la conducta de dicha persona, el perjuicio sufrido por el demandante no habría ocurrido. En otras palabras, la conducta del demandado tendría que constituir la condición necesaria, real o eficiente del daño del demandante...” (Resalta la Corte).

Igualmente la doctrina ha señalado respecto al nexo de causalidad, lo siguiente:

“La responsabilidad patrimonial de la Administración exige que exista una relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, erigiéndose este nexo causal en elemento fundamental y requisito sine qua non para poder declarar procedente la responsabilidad (S. de 1 de junio de 1999 Ar. 6708. Ponente: Mateos García), que los daños “sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención extraña que pueda influir alterando el nexo causal” (S. de 27 de mayo de 1999 Ar. 5081. Ponente: LECUMBERRI). El daño, dice la S. de 19 de enero de 1987 (Ar. 426), insistiendo en reiterada jurisprudencia, que cita se refiere a la “relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir y cambiar el nexo causal.”

El Consejo de Estado en Colombia, en su jurisprudencia más reciente ha dicho:

“La imputación es el elemento de la responsabilidad que permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto

determinado. En la responsabilidad del Estado la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos. Una vez se define que se está frente a una obligación que incumbe al Estado, se determina el título en razón del cual se atribuye el daño causado por el agente a la entidad a la cual pertenece, esto es, se define el factor de atribución (la falla del servicio, el riesgo creado, la igualdad de las personas frente a las cargas públicas)

Atribuir el daño causado por un agente al servicio del Estado significa que éste se hace responsable de su reparación, pero esta atribución sólo es posible cuando el daño ha tenido vínculo con el servicio. Es decir, que las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público”

Una forma de entender lo que hemos expresado, es quizás a través de la llamada doctrina de la imputabilidad objetiva del daño, que subraya con acierto cómo una cosa es la relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el daño producido, cuestión puramente fáctica, y otra muy distinta la de en qué supuestos puede imputarse ese daño causado a la Administración.

Para ello, es necesario distinguir entre los daños que el sujeto tiene el deber de soportar y, por consiguiente, no generan responsabilidad, y los daños que el sujeto no tiene el deber de soportar (daños antijurídicos) y que generan responsabilidad.

El daño que ha provocado la lesión al particular o reclamante debe ser consecuencia de la actividad de la Administración. La doctrina indica que debe distinguirse entre el criterio subjetivo de la imputación del daño y el criterio objetivo. El criterio subjetivo implica que el daño debe haber sido producido por un funcionario público o bien cualquier persona que desempeñe funciones públicas aunque no sea funcionario, al establecer que son indemnizables los daños causados por las autoridades y personal a su servicio.

El criterio objetivo obliga a estudiar el requisito de imputación de daño a la Administración Pública, la cual funciona de forma normal o anormal, mismos que pueden definirse así: Funcionamiento Anormal: incluye todos los casos en que el causante del daño ha actuado con culpa o dolo o de forma ilegal, tanto si ello ha ocurrido por acción o por omisión. Funcionamiento Normal: supone una actuación de la Administración capaz de crear un riesgo superior al general de la vida, el particular se vendrá obligado a soportar ese daño cuando el ejercicio de la mencionada potestad se ha mantenido dentro de unos márgenes de apreciación no sólo razonados, sino razonables.”

Pese a lo anterior, en la Sala Civil no hemos ubicado fallos que acojan esta teoría, sin embargo, ello no significa que la misma no pueda ser aceptada en un futuro, en base al desarrollo doctrinal y jurídico que está ocurriendo. Así, por ejemplo, en los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PETL), se regula esta materia en los siguientes términos:

“Capítulo 3. Relación de causalidad

Sección 1. La conditio sine qua non y sus límites

Art. 3:101. Conditio sine qua non

Una actividad o conducta (en adelante, actividad) es causa del daño de la víctima si, de haber faltado tal actividad, el daño no se hubiera producido.

Art. 3:102. Causas concurrentes

En caso de una pluralidad de actividades, si cada una de ellas hubiera causado el daño por sí sola al mismo tiempo, se considerará que cada actividad es causa del daño de la víctima.

Art. 3:103. Causas alternativas

(1) En caso de una pluralidad de actividades, si cada una de ellas ha sido suficiente por sí sola para causar el daño, pero es dudoso cuál de ellas efectivamente lo ha causado, se considera que cada actividad es causa en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber causado el daño de la víctima.

(2) Si, en el caso de una pluralidad de víctimas, es dudoso que una actividad haya causado el daño de una víctima concreta, pero es probable que no haya causado daño a todas las víctimas, se considera que la actividad es causa del daño sufrido por todas las víctimas en proporción a la probabilidad de que pueda haber causado el daño a una víctima concreta.

Art. 3:104. Causas potenciales

(1) Si una actividad ha acarreado un daño a la víctima de modo irreversible y definitivo, toda actividad posterior que por sí misma hubiera causado el mismo daño debe ser ignorada.

(2) No obstante, deberá tenerse en cuenta esa actividad posterior si conlleva un daño adicional o agravado.

(3) Si la primera actividad ha causado un daño continuado y la actividad posterior también lo hubiera causado más tarde, ambas actividades deben ser consideradas como causa del daño continuado a partir del momento en que concurren.

Art. 3:105. Causalidad parcial incierta

En el caso de una pluralidad de actividades, si es seguro que ninguna de ellas ha causado todo el daño o una parte determinable del mismo, se presume que aquéllas que probablemente han contribuido (mínimamente) a causarlo lo han causado a partes iguales.

Art. 3:106. Causas inciertas en la esfera de la víctima

La víctima tiene que cargar con la pérdida sufrida en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber sido causada por una actividad, acontecimiento o cualquier otra circunstancia perteneciente a su propia esfera.

Sección 2. Alcance de la responsabilidad

Art. 3:201. Alcance de la responsabilidad

Si una actividad es causa en el sentido de la Sección 1 de este Capítulo, la cuestión de si puede ser imputada a una persona y en qué medida depende de factores como los siguientes:

- a) la previsibilidad del daño para una persona razonable en el momento de producirse la actividad considerando, en especial, la cercanía en el tiempo y en el espacio entre la actividad dañosa y su consecuencia, o la magnitud del daño en relación con las consecuencias normales de tal actividad;
- b) la naturaleza y valor del interés protegido (artículo 2:102);
- c) el fundamento de la responsabilidad (artículo 1:101);
- d) el alcance de los riesgos ordinarios de la vida; y
- e) el fin de protección de la norma que ha sido violada.”

Finalmente, solo nos resta mencionar que el nexo causal se rompe cuando se acredita la ocurrencia de una causa extraña.

2.4.4.5 La Causa Extraña.

La causa extraña es un mecanismo de defensa con que cuenta el demandado que físicamente ha causado el daño para exonerarse de responsabilidad cuando acredita que esa causalidad jurídica no existe porque el daño no le es imputable a él, sino a un evento exterior completamente irresistible, inevitable y ajeno al deudor. Así, el

demandado debe demostrar que el daño producido tiene otra causa diferente a su actividad, por lo cual, él no puede ser responsable de reparar dicho daño.

Entre los eventos que pueden constituir causa extraña, la doctrina identifica la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de un tercero y el hecho exclusivo de la víctima. En este último supuesto, la participación de la víctima en la causación del daño, puede dar paso a una exoneración parcial o total de la indemnización reclamada, dependiendo del grado de participación de esta víctima en la ocurrencia del siniestro.

2.4.4.5 Jurisprudencia.

Fallo de 6 de septiembre de 2002.

Proferido por la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia en el proceso ordinario que Abilio Philides Olmedo (representando a su menor hija Marta Atenas Philides Villarreal) le sigue a Hacienda Country Club, S.A.

En este proceso se reclamaba indemnización por los daños sufridos por la menor Marta Atenas Philides Villarreal como resultado de

un accidente ocurrido en las instalaciones de la sociedad demandada cuando ésta se encontraba observando las prácticas de un torneo de golf y una tolda le cayó encima, produciéndole severas lesiones en su brazo izquierdo.

En primera instancia la decisión fue favorable para la parte actora, por lo que se accedió a su pretensión indemnizatoria, sin embargo, el Tribunal Superior revocó esa decisión y absolvió a la demandada con el argumento que los testimonios aportados por la actora de personas que en forma directa presenciaron la caída de la tolda, son contradictorios porque uno menciona la existencia de mucho viento y que varias carpas de lonas se cayeron, mientras que el otro testigo no hace referencia a este hecho, quien sin embargo sí indica que vió a la niña jugando con la soga que sujetaba la tolda, lo que excluye de responsabilidad a la demandada de negligencia ubicando la culpa en la propia víctima.

Para resolver la impugnación, la Sala Civil sostuvo que en esa causa no podía resolverse con la inversión de la carga de prueba propia de la responsabilidad objetiva por riesgo ya que no se configuraban los presupuestos para catalogar como peligroso el evento deportivo (torneo de golf) que se desarrollaba en la propiedad de la demandada; y que, la existencia de una causa extraña debe ser alegada y probada por la

parte demandada.

En este sentido, indicó la Sala Primera de lo Civil que:

“Es obvio, por otro parte, que si la causa del accidente se debió a fuerza mayor o caso fortuito, definidos por el artículo 34c) del Código Civil, es decir, por una causa extraña, al consistir en un evento que interrumpía el nexo causal, le correspondía al demandado invocar la correspondiente defensa o excepción, acreditando la existencia de una causa extraña. En el supuesto, específico el demandado no acreditó la existencia de dicha causa extraña. Es evidente que la declaración testimonial que ubica la condición meteorológica como causa del accidente no resulta idónea para probar su existencia, sino a través de probanzas especializadas dirigidas a acreditar la causa extraña.

La denominada causa extraña consiste en una circunstancia que interrumpe el vínculo causal, y su fundamento legal se suele ubicar en el artículo 990 del Código Civil. Ordinariamente se ubican en la categoría de causa extraña como fundamento de liberación de la responsabilidad el caso fortuito, la fuerza mayor o la acción de la víctima. En este caso, ninguna de las circunstancias fue acreditada, si bien se desprenden dos de ellas, la conducta de la víctima o el caso fortuito.”

CAPITULO III

El Patrimonio

3.1 Antecedente.

Etimológicamente la palabra patrimonio viene del latín *patrimonium*, que significa los bienes o el conjunto de cosas corporales que el hijo adquiere por herencia de sus ascendientes, en otras palabras, denota los bienes que heredan los hijos de su padre o abuelos (*Patri* = Padre y *Onium* = Recibido). Así, para los romanos el patrimonio se entendía como un conjunto de cosas (materiales y corporales) que se transmiten generacionalmente, de allí que esta noción tenga, para los antiguos, un significado económico y relacionado con la herencia.

De allí que autores como Alejandro Guzman Brito, sostengan que la idea de patrimonio como un atributo de la personalidad es extraña para los antiguos romanos e incluso el autor José Joaquín Herrera Villanueva sostiene que el “*concepto de patrimonio como entidad abstracta y universalidad jurídica sujeta a una regulación específica, no tienen su origen en el derecho romano clásico. Nominalmente en el derecho romano al conjunto de cosas pertenecientes a una persona se*

le designó con el término bona. Pero no exclusivamente, en efecto, también se utilizaron indistintamente los términos res, pecunia o patrimonium para referirse tanto a un conjunto de bienes, al patrimonio neto (activo menos pasivo), o a la susceptibilidad de que una cosa fuera objeto del ius civile o del ius gentium". (HERRERA VILLANUEVA, José Joaquín. 2014. p.68-69).

En cuanto a la precisión de estos términos para el derecho romano, el autor Alejandro Germán Brito, nos explica (ver GERMÁN BRITO, Alejandro. 1994. P.429-432) que la palabra latina “res” tiene tanta extensión como la castellana “cosa”, la cual se aplicaba a cualquier objeto constituido por materia, sea bajo una forma natural, sea con la forma artificial que le dieron la mano del hombre y sus instrumentos. Agrega el autor que como en el lenguaje antiguo lo que nosotros queremos decir con “materia” suele decirse “*corpus*” (cuerpo), los juristas acostumbraban reemplazar el muy general término “res” precisamente por “*corpus*”; y que con frecuencia se contraponen los “*corpora*” a los derechos “*iura*”. Pero Gayo reemplazó esta dicotomía clásica por la de “*res corporales*” y “*res incorporales*”, siendo que las primeras hacen referencia a aquellas que pueden ser tocadas como un fundo, un esclavo, un traje, el oro, la plata, etc., mientras que las segundas (“*res incorporales*”) hacen referencia a aquellas que no

pueden ser tocadas, como por ejemplo el derecho, una herencia, un usufructo, las obligaciones contraídas de cualquier modo y también las servidumbres.

En cuanto a los términos “*bona*” y “*patrimonium*”, sostiene el autor mencionado que las mismas son locuciones equivalentes que designan un conjunto, totalidad o universalidad, que es tratado jurídicamente como unidad, de forma que sus elementos particulares queden sometidos al respectivo estatuto del todo, con independencia del estatuto que hubiera recibido de habérselo considerado como tales elementos o partes. Aclara el autor que los bienes o el patrimonio son expresiones que no incluyen a las deudas; antes bien, se considera que aquéllos resultan ser lo que resta después de deducidas éstas; lo que quiere decir que, para los romanos, el patrimonio sólo está constituido por los activos de una persona; y que no necesariamente tienen un dueño actual (patrimonios “*sine domino*”), como por ejemplo, las cosas que integran una herencia yacente (“*hereditas iacens*”), los bienes vacantes (*bona vacanti*), o los bienes hereditarios del que está por nacer; sin embargo, sobre estos bienes, aunque no tengan un dueño actual, se espera que en un futuro sí lo tengan.

De igual forma, para los romanos, no era necesario que una persona tuviera un patrimonio o bienes; o por el contrario, una misma persona podía tener varios patrimonios separados, como en el caso del “*peculio*” que confiere el *pater familias* a un hijo o esclavo, que no era más que una masa de bienes o de dinero que el *pater familias* cedía a estas personas para su disfrute y administración.

Por ello es que los términos “*bona*” y “*patrimonium*” son semejantes, aunque no idénticos, a las expresiones arcaicas “*familia*” y “*pecunia*”, ya que “*familia*” deriva de “*famulus*” = “*servidor*”, de manera que en su origen significa el conjunto de los servidores, que normalmente eran esclavos; aunque por extensión se aplicó a los demás elementos valiosos de que es dueño un “*pater*”, propiamente a su fortuna estable de tierras y edificios. En cambio “*pecunia*” deriva del término “*peku*”, alusivo a la fortuna mobiliaria, que en algún momento se especializó para designar el “*ganado de animales*”, ya que en la arcaica sociedad de pastores el rebaño representaba la principal fortuna mobiliaria; sin embargo, una vez se empezó a usar ciertos metales para el intercambio de otros bienes, “*pecunia*” pasó a designar el dinero, la cual es la parte menos estable del patrimonio ya que se destina para cubrir los gastos. Entonces de esta manera, la totalidad de los bienes

de una persona quedaba comprendida por la expresión “*familia*” y “*pecunia*” (familia pecuniaque).

Sobre el particular, nos comenta el Dr. Carlos Felipe Amunátegui Perelló que “*En su sentido patrimonial, la voz familia atestigua usos muy antiguos, que se pueden rastrear sin problemas hasta la época de las XII Tablas. En esta misma acepción, la expresión familia pecuniaque es descriptiva de todos los bienes de una persona. El término pecunia, al cual se opone familia, se refiere al ganado menor, pecus, y al dinero amonedado, del cual tomará su nombre. En este sentido, vemos que familia como concepto económico apunta hacia bienes perdurables.*” (AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe. P.118).

Volviendo a nuestra concepción primitiva del concepto patrimonio, tenemos que para el autor Hugo Hanisch E., el patrimonio en el lenguaje usual de los romanos, eran los bienes pertenecientes al padre de familia denominado “*res familiaris*” o “*familia pecuniaque*”, que significaba la potestad y derecho sobre las cosas, teniendo el padre de familia un poder sobre todo lo que constituye el grupo familiar, tanto respecto de su mujer (*manus*) como de sus hijos (*Patria Potestas*), o de sus esclavos (*Potestas dominicalis*), en lo que se refiere a los bienes, dicho poder jurídico está representado por el *Patrimonium*.

Señala el autor mencionado que la institución del patrimonio, como se entiende actualmente en el derecho, evolucionó largamente en Roma y fue el resultado de una serie de luchas y transformaciones como las siguientes:

“a) Cambio del sentido de la responsabilidad económica en la liberación de las deudas que paso de la persona física a los bienes de que era dueño el deudor.

b) Actividad del Pretor dentro del campo jurisdiccional que llevó a las siguientes transformaciones:

1. Evitar la extinción del derecho sobre los bienes, en cuanto estos son seguridad para el pago de los acreedores y preservar los derechos económicos de la herencia;

2. Proceder a la venta de los bienes para el pago de las deudas, si esto no se realiza voluntariamente;

3. Transformar el sistema procesal dándole sentido jurídico económico;

4. Crear un régimen penal, cuyas sanciones recaen sobre el patrimonio produciendo una disminución efectiva de éste como castigo.”

(HANISCH E. Hugo.1977. P.11-12).

Es oportuno señalar que la *Lex Poetelia Papiria* (326 A.C.), fue una norma aprobada en la Antigua Roma que abolió indirectamente el

Nexum, el cual establecía la responsabilidad personal por las deudas; por ello, al prohibirse la prisión del deudor, en caso de no pagar las obligaciones, se estableció que las deudas afectan a los bienes del deudor y no a la persona de éste, lo que trajo como consecuencia un interés por la conservación de los bienes para asegurar el pago a los acreedores, por lo cual esos bienes habían de conservarlos no como universalidad abstracta, sino como el haber que representaba la solvencia del deudor ante los créditos de sus acreedores, o la integridad real de los derechos de una sucesión universal. Por ello, este cambio de paradigma fue transcendental para la creación del concepto de patrimonio, tal como lo conocemos hoy en día.

Finalmente, para el autor Raymond Monier, el patrimonio, en el derecho romano, tuvo las siguientes variantes: 1) Bajo la República, era el conjunto de bienes pertenecientes a un jefe de familia y que constituía el activo bruto familiar. 2) En el Bajo Imperio, con la independencia progresivamente adquirida por los diferentes miembros de la familia, es la masa de bienes pertenecientes a un hombre libre y unida en cierta forma a la persona de su titular. La existencia del patrimonio es, en adelante, independiente de las variaciones que soporta en su composición, pero desaparece a la muerte de su titular y los diversos elementos que lo componen se transmiten a sus herederos. Agrega

dicho autor que la palabra patrimonio designa, en la época clásica, todos los derechos activos que pertenecen a una persona y que presentan un valor apreciable en dinero, sea que se trate de derechos de crédito o derechos reales. Sin embargo, los jurisconsultos no han hecho entrar en la noción de patrimonio las deudas de la persona en referencia. (MONIER, Raymond, (1949). Vocabulaire de Droit Romain, 4ta Ed. P.232. citado por HANISCH E. Hugo. 1977. P.12).

Por tanto, opinan los autores Salvador Morales Ferrer y Sandra Milena Daza Coronado que *“la doctrina nos da a entender que junto a la herencia, el patrimonio consiste en un conjunto de derechos, obligaciones y relaciones jurídicas patrimoniales, fundiéndose en una unidad”*, agregando que es difícil concretar el momento en la historia cuando se utiliza el concepto de patrimonio como se conoce en la actualidad. (MORALES FERRER, Salvador y DAZA CORONADO, Sandra Milena. 2016. P.12).

3.2 Concepto.

Debemos iniciar mencionando que el Código Civil Panameño, al igual que el Código Civil Español, no ofrece una definición conceptual jurídica exacta de patrimonio ya que solamente realiza alguna referencia

a dicho término; por ejemplo, en los artículos 489 cuando dispone que: *“Si se constituyere el usufructo sobre la totalidad de un patrimonio,....;* y en el 631 cuando se establece que: *“El derecho de sucesión al patrimonio del difunto,”*; normas que se refieran al patrimonio como una universalidad jurídica compuestas por derechos y obligaciones.

La Real Academia Española de la lengua define el patrimonio como el *“Conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptible de estimación económica.”*

Por su parte, el Diccionario Jurídico Consultor Magno, nos brinda varias definiciones sobre lo qué es el patrimonio; así nos dice que el patrimonio es: *“Conjunto de bienes de una persona. || Conjunto de los derechos y obligaciones de una persona, susceptibles de apreciación pecuniaria. || Masa de bienes que se considera como una entidad abstracta independiente de los elementos que la componen, los cuales pueden cambiar o disminuir sin que se altere el conjunto como tal. || Universalidad de bienes a los que es posible tratar unitariamente como un todo.* (GOLDSTEIN, Mabel. 2008. P.417).

De las anteriores definiciones podemos concluir que el patrimonio de una persona, va a estar constituido por una universalidad

conformada por derechos y obligaciones que le pertenecen, el cual no es estático, pues puede incrementarse, así como disminuirse durante la existencia de la persona y que una vez esta fallezca o termine su duración, dichos derechos y obligaciones, pasaran a sus sucesores en caso de personas naturales o a sus miembros, en caso de personas jurídicas.

Sobre el particular, los autores Marcel Planiol y Georges Ripert definen al patrimonio como el *“Conjunto de derechos y de obligaciones pertenecientes a una persona, estimable en dinero. Si se quiere expresar su valor con una cifra es necesario sustraer el pasivo del activo, conforme al proverbio bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno”* (PLANIOLO, Marcel y RIPERT, Georges.1999. P.356). Agregan estos autores, siguiendo la doctrina clásica del patrimonio, que el mismo tiene cuatro características fundamentales a saber: 1) Sólo las personas pueden tener un patrimonio; 2) Toda persona tiene necesariamente un patrimonio; 3) Cada persona no tiene más que un patrimonio; y, 4) El patrimonio es inseparable de la persona.

En esta misma línea de pensamiento, el autor Julien Bonnecase nos explica que *“Desde el punto de vista subjetivo, el patrimonio no es otra cosa que la persona misma, considerada en su potencia*

económica. Desde este punto de vista, el patrimonio comprende por tanto, todos los bienes que una persona es susceptible de adquirir desde el día de su nacimiento, hasta el de su muerte. Por consiguiente, esto conduce a declarar que la esencia del patrimonio, así comprendido, es la aptitud de la persona para adquirir. Esta concepción se justifica al grado de que siempre se ha dado crédito a personas que no poseen nada, fundándose en su actividad económica virtual. Esta concepción del patrimonio nos conduce a decidir: 1. Que toda persona tiene un patrimonio y que, por otra parte, todo patrimonio es objeto de un derecho de parte de una persona, es decir, tiene por titular una persona; 2. Esta misma concepción nos conduce a decidir, igualmente, que el patrimonio de una persona es inalienable durante su vida, en tanto que es transmisible por causa de muerte; 3. Esta concepción no excluye, en ninguna forma, en el seno del patrimonio general de una persona, la existencia de patrimonios especializados más o menos independientes de aquel. Si pasamos del punto de vista subjetivo al objetivo, diremos que, a este respecto, el patrimonio es pura y sencillamente una masa de bienes. En efecto, por patrimonio se considera entonces a los bienes de que es titular una persona en un momento dado; en otros términos, el patrimonio considerado en un momento preciso de su existencia, y en su estado presente. Se trata entonces evidentemente, de una masa de bienes, y no de otra cosa. Lo mismo acontece cuando el patrimonio

es considerado a la muerte de una persona porque entonces, la actividad de ésta queda definitivamente fijada. Ya no existe un elemento subjetivo que funcione. ...En el sentido más general, es decir, el subjetivo, el patrimonio constituye una universalidad jurídica o universalidad de derecho, es decir, un conjunto de bienes que tiene un activo y un pasivo, que en cierta forma es distinto, desde el punto de vista de la relación jurídica abstracta, de los elementos que la componen, porque estos elementos se consideran, sobre todo, atendiendo al aspecto económico y en relación con su totalidad.” (BONNECASE, Julien. 1997. 466-467).

Por su parte, el autor José Castán Tobeñas define al patrimonio como: *“el conjunto de derechos, susceptibles de estimación pecuniaria, íntimamente ligados entre sí por su afectación a los fines generales de una persona –como centro de su poder jurídico-, o por su afectación a un destino especial y a los que la ley, en algunos casos, otorga la consideración de una unidad abstracta (universitas iuris) de la que forman parte también las obligaciones del titular.”* (CASTÁN TOBEÑAS, José. 1987. P.649).

Son tres los elementos que componen la definición de este autor, que son: 1) Su composición como un conjunto unitario de derechos y de

obligaciones. 2) Su significación económica y pecuniaria, ya que el patrimonio está constituido no por la totalidad de los derechos que compete a cada sujeto, sino por una parte de los mismos, integrada por el grupo de aquellos derechos que tienen un valor pecuniario. Y, 3) Su atribución a un titular como centro de sus relaciones jurídicas, que no excluye la posibilidad, según este autor, de que en una misma persona, por razón de la variedad jerarquizada de los fines humanos, puedan concentrarse diversos núcleos o grupos patrimoniales.

Es por ello que consideramos que, actualmente, se puede definir el patrimonio como un atributo de la personalidad consistente en un conjunto de derechos y obligaciones, tanto materiales como inmateriales, susceptibles de apreciación pecuniaria (valorables en dinero), que constituyen una universalidad jurídica abstracta, que por lo general pertenece a una persona determinada. Esta universalidad jurídica va a estar integrada por todos los derechos patrimoniales de que es titular una persona (como por ejemplo derechos reales, personales, inmateriales, hereditarios, etc.), los cuales van a conformar un todo, una sola unidad, a la que se denominará patrimonio.

El Dr. Jacinto Espinoza, al abordar este tema, nos explica que el *“patrimonio está en íntima relación de las cosas con el sujeto titular de*

las mismas, de allí que las cosas como el objeto de la relación jurídica patrimonial precisan de la necesidad de apropiabilidad (Art. 324 del Código Civil). Las cosas no se pueden valorar aisladamente, ni separadamente de su vinculación con el sujeto titular o dueños de las mismas. Los bienes o cosas se les valora y tutela en la medida que sean aptas para ingresar al dominio patrimonial de las personas, he allí el porqué el artículo 324 del Código Civil disponga al definirlos que sean “objeto de apropiación”. Y es que entre el termino bienes o cosas y patrimonio existe una honda interrelación, pues uno se refiere al objeto de la relación jurídica (cosas o bienes) y el otro gravita en el aspecto sustantivo referido en razón del titular o dueño de ese objeto y que lo ingresa a su patrimonio mediante uno de los diferentes modos de adquirir determinados en la ley.” (ESPINOZA G. Jacinto Javier. 2015. P.42).

Siguiendo esta corriente de pensamiento, debemos decantarnos por expresar que los derechos que conforman el patrimonio de una persona lo serán solo aquellos derechos que posean un contenido económico, ya se trate de bienes materiales o inmateriales, ya sean presentes o futuros, siempre y cuando los mismos sean susceptibles de apropiación.

Ahora bien, hay ciertos derechos que no se consideran que forman parte del patrimonio de una persona porque los mismos tienen un carácter personalísimo y, por tanto, este tipo de derechos son inalienables, intransmisibles e imprescriptibles. Estos derechos son los derechos humanos, entre los cuales podemos mencionar los derechos individuales civiles y políticos, los derechos derivados de la personalidad, como el derecho al nombre, al honor, a la imagen; los derechos de familia sin ningún contenido patrimonial, el estado civil, las cualidades y atributos personales como la fama, el prestigio, la clientela, etc.; derechos estos que tienen en común que las personas no los pueden transmitir a los demás, incluso cuando fallece, los mismos se extinguen con la persona, salvo que la ley disponga que su ejercicio puede ser utilizado por otra persona a su fallecimiento, como es el caso de los derechos morales en el derecho de autor.

Sobre este punto, nos comenta el autor Arturo Valencia Zea que solo *“los derechos patrimoniales forman parte del patrimonio; por consiguiente, no forman el patrimonio los demás derechos subjetivos, como los derechos familiares, los derechos de la personalidad, los derechos políticos y demás relaciones jurídicas extrapatrimoniales. El patrimonio está compuesto únicamente de los derechos subjetivos susceptibles de ser evaluados en dinero. Todo patrimonio es, pues, un*

poder económico, un valor pecuniario.” (VALENCIA ZEA, Arturo. 1990. P.27).

3.3 Características.

Las características que tiene un patrimonio son las siguientes:

3.3.1 Es un atributo de la personalidad.

Esto se debe a que todas las personas tienen un patrimonio, con independencia de su contenido, lo cual, hace esta figura como algo inherente a la persona.

3.3.2 Está compuesto por derechos y obligaciones.

Contrario a lo que sucedía en el derecho romano, actualmente un patrimonio está compuesto por derechos (activos) y por obligaciones (pasivo), pudiendo darse que un patrimonio pueda encontrarse en tres situaciones dependiendo de su caudal económico que podemos llamar como “patrimonio positivo o solvente” cuando los activos superan a los pasivos; patrimonio negativo o insolvente, cuando los pasivos superan

los activos; y patrimonio neutro, cuando los activos y pasivos están en perfecto balance.

Sobre este punto, nos explica José Castán Tobeñas que *“el patrimonio se halla integrado por derechos no por cosas: no es científicamente exacto incluir entre los elementos patrimoniales las cosas o bienes en vez de los derechos de propiedad sobre ellos, aunque el Código nuestro incurra muchas veces en esta confusión. Tampoco forman parte del patrimonio las cualidades o circunstancias personales que puedan dar lugar a la adquisición de bienes, como, por ejemplo, las energías de trabajo o la clientela, aunque la perturbación de estos bienes pueda indirectamente implicar un daño patrimonial.”* (CASTAN TOBEÑAS, José. 1987. P.651).

3.3.3 Tiene un valor en dinero.

Todos los derechos y obligaciones que conformen un patrimonio deben ser susceptibles de poseer un valor pecuniario, de allí que el patrimonio de una persona debe ser susceptible de ser valorado en dinero.

Indica el Dr. José Castán Tobeñas que *“Sólo las relaciones jurídicas de carácter económico (derechos reales, derechos de crédito, derechos sobre bienes inmateriales) forman el contenido del patrimonio. Quedan excluidas las relaciones de Derecho público, los derechos de personalidad y estado civil y los familiares stricto sensu; pero ello no obsta para que las infracciones de estas categorías de derechos puedan tener reflejo pecuniario y patrimonial a través del resarcimiento de daños y perjuicios.”* (CASTÁN TOBEÑAS, José. 1987. P.652).

Por su parte los autores Planiol y Ripert indica que el patrimonio comprende *“un activo y un pasivo; contiene no solamente derechos y bienes, sino también obligaciones o deudas de naturaleza muy variada. Pero, ni tratándose de los derechos, ni de las obligaciones, el patrimonio comprende todo lo que la persona posee o soporta. Solo tienen carácter patrimonial los derechos, o las obligaciones estimables en dinero; todo lo que no tiene un valor monetario queda fuera del patrimonio”*. (PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. 1999. P.356).

3.3.4 La Legalidad del Patrimonio.

El patrimonio es creado y reconocido por el derecho, el cual puede contemplar, como ocurría en el pasado, que ciertos seres humanos (por

ejemplo, un esclavo) carecieran de patrimonio por ser asimilado a una cosa; o que en la actualidad puedan existir patrimonios autónomos independientes de la persona que los constituyó (Fideicomiso). Por tanto, será la Ley quien determine las condiciones de existencia de los patrimonios. En este sentido, también es oportuno mencionar que esta característica, a nuestro juicio, también guarda relación con el hecho de que los derechos y obligaciones que conforman un patrimonio, deben ser lícitos, conforme al derecho, ya que, de lo contrario, no se puede entender que un patrimonio este compuesto por bienes ilícitos, los cuales no se podrían transmitir en caso de una sucesión universal.

3.3.5 Es autónomo.

Conforme a los autores Salvador Morales Ferrer y Sandra Milena Daza Coronado, *“cuando se habla de la autonomía del patrimonio tratamos sobre la responsabilidad de las deudas con independencia del patrimonio, siempre con un orden específico de su responsabilidad en las mismas, con la consecuencia de que es una garantía para los acreedores, con la exclusión de este orden con respecto a los demás patrimonios, pudiendo estos estar separados, como señala la doctrina española. Autores como De Castro señalan: “cada patrimonio está separado de los demás patrimonios y defendido por una frontera, a este*

lado lo propio y en aquel lo ajeno” (MORALES FERRER, Salvador y DAZA CORONADO, Sandra Milena. 2016. P.19-20).

3.3.6 La unidad del patrimonio.

Ello se debe a que el patrimonio es concebido como una universalidad jurídica (*universitas iuris*), por lo que está compuesto por todos los bienes, derechos, deudas, obligaciones que pertenezcan a una persona, formando ese conjunto una unidad que engloba todos esos elementos, lo que significa que, aunque cambien los elementos particulares que componen un patrimonio, este seguirá siendo el mismo pese a la alteración de sus elementos.

Incluso, existe la posibilidad de la subrogación en los elementos del patrimonio, si son fungibles dentro de un mismo patrimonio, por ejemplo, la salida a la venta de un bien determinado por un precio sin que ello afecte al patrimonio, ya que por la venta del bien se recibe un precio o por lo menos una acción para exigir ese precio, el cual entra en el patrimonio en sustitución del elemento vendido.

En este punto es importante resaltar que, aunque el artículo 1653 del Código Civil disponga que: “*Del cumplimiento de las obligaciones*

responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros"; los acreedores de una persona no pueden dirigir su acción en contra de todo el patrimonio como universalidad jurídica, sino contra los bienes concretos y determinados que conforman el patrimonio, por ello, serán embargables o secuestrables los bienes concretos, singulares y específicos que conforman el patrimonio, mas no el patrimonio como una entidad abstracta que unifica todos estos bienes.

3.3.7 Es intransmisibile e inalienable.

El patrimonio, como entidad abstracta, es intransmisibile; ya que lo que se transmiten son los elementos concretos y particulares que lo conforman a través de cualquier negocio jurídico; de allí que una persona no pueda enajenar su patrimonio por ser inalienable, pues aunque deshaga de todos sus bienes, siempre en el futuro existe la posibilidad de que ingresen a su patrimonio nuevos elementos, ya que ello es parte de la dinámica de un patrimonio, pues el mismo no es estático, ya que varía con el transcurso del tiempo en donde se adquieren nuevos derechos u obligaciones.

Incluso, en el caso de la transmisión testamentaria, si bien se transmiten todos los bienes y cargas que conforman el patrimonio del

causante, ello, a nuestra consideración, no significa que los herederos adquieren el patrimonio del finado, pues en dicho caso, esos herederos tendrían tantos patrimonios como herencias recibidas. Nótese que los bienes heredados pasan del patrimonio del causante y entran en el patrimonio de los herederos, con lo cual, se mantiene la posición de que el patrimonio, como entidad abstracta, es intransmisible.

En este sentido, los autores Salvador Morales Ferrer y Sandra Milena Daza Coronado señalan que en *“realidad, una persona no tiene varios patrimonios, sino que en la herencia aparece el heredero que absorbe todos los bienes recibidos en el legado. Así, el patrimonio se transforma en herencia que se transmite, no pudiéndose transmitir el patrimonio, como señalan los autores Díez-Picazo y Gullón: “el concepto de herencia presupone necesariamente la idea de patrimonio”* (2005, p. 392). Asimismo, el autor germano von Thur entiende: *“El patrimonio no puede ser objeto [de] disposición, sino los diversos bienes que lo componen. La enajenación de todo un patrimonio equivale a la renuncia de todos los derechos que en su momento dado forman parte de él; pero el patrimonio como tal permanece unido al enajenante”* (1925, pp. 61-62), por lo que si todo el patrimonio pertenece a un solo titular, y este renuncia, perdería todo el conjunto de bienes y derechos

que componen el patrimonio.” (MORALES FERRER, Salvador y DAZA CORONADO, Sandra Milena. 2016. P.25).

3.4 Función o Importancia del Patrimonio.

Para el autor José Joaquín Herrera Villanueva, el patrimonio es una institución que fue elaborada para explicar los siguientes problemas: A). La responsabilidad patrimonial del deudor, en la medida que un deudor responde a sus acreedores con todos sus bienes. B) La subrogación real, la cual trata de resolver el problema del por qué ese conjunto es el mismo, a pesar de la variación de los bienes que lo integran; así como el relativo al destino o régimen jurídico que tienen los bienes que ingresan al citado conjunto como consecuencia de la enajenación de un bien perteneciente al mismo. Además, de que también intenta responder la pregunta del ¿Por qué el deudor responde con los bienes que tiene al momento de exigírsele el pago y no con los bienes que tenía al momento de contraer la obligación o al momento de interponerse la demanda o al momento de causar ejecutoria la sentencia que lo condena al pago de la deuda, etc.? y, C) La herencia, la problemática que origina la situación de los bienes y obligaciones de que era titular una persona a su fallecimiento. (ver HERRERA VILLANUEVA, José Joaquín. 2014. P.70).

Mientras que para los autores Salvador Morales Ferrer y Sandra Milena Daza Coronado, la principal función del patrimonio es la satisfacción de las necesidades de la persona y las garantías que pueden tener los acreedores.

Sobre el particular, nos comenta el Dr. José Castán Tobeñas que *“hay que reconocer que la idea del patrimonio tiene interés teórico y práctico, ya que se relaciona con muchas instituciones del Derecho privado y puede servir para explicarlas y aclararlas. Basta citar la doctrina de los modos de adquirir la propiedad a título universal; la de la transmisión hereditaria, con el problema de la obligación de pagar las deudas del causante; el principio de la responsabilidad por razón de las obligaciones, a virtud del cual todo elemento del patrimonio, en cualquier momento adquirido, responde, por regla general, de cualquier deuda en cualquier tiempo contraída; la teoría del resarcimiento del daño, fundada en la necesidad de restablecer en el patrimonio del perjudicado el valor correspondiente al perjuicio sufrido; la teoría de la causa en los negocios de atribución patrimonial; la de la acción por enriquecimiento indebido y tantas otras figuras jurídicas.”* (CASTÁN TOBEÑAS, José. 1987. P.651).

No cabe duda que el patrimonio le corresponde atender todos estos puntos, sin embargo, a nuestro juicio, su primera función es satisfacer las necesidades de su titular, pues es a través de su patrimonio que una persona logra la satisfacción de sus necesidades personales y sociales, ya que, por medio de él, se interrelaciona con las demás personas, obteniendo los bienes que necesita para su desarrollo o realización personal.

La segunda función, es la reconocida en el artículo 1653 del Código Civil (concordante con el art.1911 del C. Civil Español) al estatuir que: *“Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”*, es decir, de la llamada prenda tácita por medio de la cual el patrimonio de una persona, responde por las obligaciones que adquiriera su titular, lo cual como se vio, se remonta al derecho romano, en donde se abolió el sistema que obligaba a un deudor a cumplir sus obligaciones incluso con su persona, para limitar dicha responsabilidad ahora, al patrimonio de la persona, principio, que en nuestro medio tiene rango constitucional, al disponer el último párrafo del artículo 21 de la Constitución Política que: *“No hay prisión, detención o arresto por deuda u obligaciones puramente civiles”*.

Al comentar el artículo 1911 del Código Civil Español, el Dr. José María Manresa y Navarro nos explica que: *“viniedo obligado el deudor al cumplimiento de la obligación contraída, tiene que responder de ella en los términos que quedan indicados, porque las obligaciones se realizan, en caso de incumplimiento de las mismas, con los bienes de los deudores, aun cuando no hayan sido asociados expresamente a ellas. Y como mientras no se extinga totalmente el débito o no se cumpla íntegramente la obligación, pesa sobre el deudor de ella el deber, no sólo moral, sino también jurídico, de cumplirla o satisfacerla, es evidente que ha de responder de ella con todos sus bienes, lo mismo con los presentes que con los futuros que adquieran hasta la extinción de la deuda.”* (MANRESA Y NAVARRO, José María. 1907. P.649).

Sobre este punto, comenta Arturo Valencia Zea que el patrimonio sirve de prenda general del cumplimiento de las obligaciones, ya que *“todo deudor, al obligarse, da en prenda del cumplimiento de su obligación la universalidad jurídica que integra su patrimonio, y, por lo tanto, los acreedores podrán perseguir para el pago cualquiera de los derechos patrimoniales de su deudor, sin distinguir si su acreencia fue adquirida con posterioridad o con anterioridad a la fecha en que el deudor adquirió determinado bien. De importancia práctica extraordinaria es este principio. Supongamos que la técnica jurídica no*

dispusiera de la construcción de la universalidad jurídica del patrimonio. Entonces el deudor daría en prenda los derechos patrimoniales que tuviese en el momento de contraer la deuda, considerados aisladamente. Ahora bien, en primer término, como lo señala JOSSE RAND, dichos bienes quedarían gravados en forma indefinida, de la misma manera que queda un bien afectado para el pago de una hipoteca, lo cual crearía 'una situación intolerable para el deudor y para la sociedad, pues constituiría un obstáculo para la libre circulación de los bienes gravados, con una multitud de derechos reales'. En segundo lugar, los nuevos bienes que adquiriese el deudor no quedarían afectados al pago de las deudas contraídas antes. La universalidad jurídica del patrimonio evita esos peligros. El deudor constituye en prenda su patrimonio y no esto o los otros bienes considerados singularmente; así los bienes enajenados se sustraen de la prenda, pero entran a ella los que se adquieran con posterioridad." (VALENCIA ZEA, Arturo. 1990. P.29).

En este sentido, se debe entender que los nuevos bienes que entran en el patrimonio de una persona ocupan, *ipso iure*, la misma posición jurídica a que están afectados los otros derechos patrimoniales que lo conforman, por lo tanto, estos nuevos bienes y derechos adquiridos, responderán por las deudas que existan dentro del

patrimonio; de allí que se sostenga que, cuando un bien sale del patrimonio a título oneroso, el mismo se considera que fue reemplazado por el valor recibido, es decir, sale un bien, pero entra otro en su lugar produciéndose una subrogación entre los mismos.

La tercera función que cumple el patrimonio, es para la conservación de todos esos derechos y obligaciones que posee una persona a fin de una trasmisión universal mortis causa, ya que cuando una persona muere, todo su patrimonio pasa a sus herederos como una universalidad jurídica que se llama herencia.

3.5 Teorías que explican la naturaleza del patrimonio.

Para explicar la naturaleza jurídica del patrimonio, es de resaltar que existen dos corrientes, la primera es la teoría clásica o subjetivista que estima al patrimonio como una universalidad jurídica derivada de la personalidad y por ello comprende todos los bienes del individuo (presentes y futuros), así como sus obligaciones, pues esta universalidad es independiente de los bienes que la integran; por lo cual una persona no puede tener más de un patrimonio.

En contraposición a esta corriente, existe la teoría moderna, objetivista o realista, que sostiene que el patrimonio no se encuentra absolutamente entrelazado con la persona, que no siempre el concepto de universalidad es aplicable a la masa patrimonial y que, en cambio, el fin o destino que se le dé al patrimonio, juega un papel muy importante al definir su naturaleza. Así esta corriente, sí concibe que una persona pueda tener más de un patrimonio.

3.5.1 Teoría Clásica o Subjetiva del Patrimonio.

Esta corriente descansa en tres pilares fundamentales: a) Sólo las personas pueden tener un patrimonio, porque sólo ellas pueden ser capaces de tener derechos y obligaciones. b) Toda persona necesariamente debe tener un patrimonio. El patrimonio, como una entidad abstracta, comprende no sólo los derechos y obligaciones presentes, *in actu*, sino también los derechos y obligaciones *in potentia*, o por adquirir. Es decir, debe verse sólo la posibilidad del sujeto de tener ese conjunto de derechos y obligaciones, de tener la aptitud o capacidad para ser titular de los mismos, ya que no se requiere que la persona tenga bienes presentes, pues es como dice PLANIOL Y RIPERT, “*puede ser como una bolsa vacía y no contener nada*” (PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges.1999. P.356). c) Toda persona sólo puede

tener un patrimonio; nunca podrá tener dos o más patrimonios. Es decir, el patrimonio como la persona es indivisible. De esta suerte, el patrimonio será una universalidad de derechos y obligaciones, con relación a una persona determinada. d) El patrimonio es inalienable durante la vida de su titular, ya que no puede existir una enajenación total del patrimonio durante la existencia de la persona a que corresponda, en este caso sólo pueden existir transmisiones a título particular y no a título universal. Sólo por la muerte de la persona física existe una transmisión total del patrimonio a sus herederos.

Los máximos exponentes de esta teoría son los franceses Charles Aubry y Charles-Frédéric Rau, quienes definieron al patrimonio de la siguiente manera: *“El patrimonio, en su más alta expresión es, la personalidad misma del hombre considerada en sus relaciones con los objetos exteriores, sobre los cuales puede o podrá tener derechos que ejercitar; comprende no solamente in acta, los bienes ya adquiridos, sino también in potentia los bienes por adquirirse; es esto lo que expresa correctamente la palabra alemana Vermögen, que significa a la vez poder y patrimonio. El patrimonio de una persona es su potencia jurídica, considerada de una manera absoluta y libre de todo límite de tiempo y de espacio. El patrimonio es el conjunto de los bienes de una*

persona, considerados como una universidad de derecho.” (Charles Aubry y Charles-Frédéric Rau en BONNECASE, Julien. 1997. P.466).

Estos autores postulan doce principios sobre la cual descansa esta teoría, veamos:

“1.- El patrimonio es un conjunto de elementos activos y pasivos estimables en dinero que constituyen una universalidad jurídica.

2.- Hay una vinculación indisoluble entre patrimonio y persona, porque el primero es inconcebible sin la segunda, y ésta supone a aquél.

3.- El patrimonio tiene dos aspectos: en sentido subjetivo o posibilidad de adquirir en el futuro y en sentido objetivo, como conjunto de bienes.

4.- Toda persona necesariamente debe tener un patrimonio.

5.- El patrimonio es uno e indivisible.

6.- El patrimonio es inalienable durante la vida del titular.

7.- El patrimonio constituye una entidad abstracta de orden intelectual; es una universalidad jurídica de existencia y naturaleza independientes de los elementos que la constituyen.

8.- La relación entre patrimonio y persona es una relación semejante a la que tiene el propietario sobre la cosa; la única diferencia está en la naturaleza del objeto. En la propiedad se trata de un bien determinado; en cambio, la relación que tiene la persona sobre el patrimonio es sobre

una universalidad, pero de naturaleza jurídica semejante a la que tiene el propietario sobre la cosa.

9.- El patrimonio es la prenda tácita constituida en favor del acreedor. El deudor responde con todo su patrimonio presente y futuro. Por esto hay una prenda tácita de garantía en favor de los acreedores. Aun cuando en un momento dado el deudor sea insolvente, los acreedores tienen el derecho de ejecutar cuando el deudor tenga bienes.

10.- Como consecuencia de que el patrimonio constituye una prenda tácita en favor de los acreedores, se desprende que no hay privilegios en los acreedores ordinarios en cuanto a la fecha. No es aceptado el principio de que el que es primero en tiempo, es primero en derecho. Como el patrimonio es prenda de todos los acreedores, éstos se pagarán a prorrata independientemente de las fechas de constitución de sus créditos. Sólo existen ciertos acreedores privilegiados y acreedores sobre bienes determinados, que se pagan preferentemente; pero los acreedores comunes, se pagan independientemente de la fecha de constitución de sus créditos, a prorrata, sobre el patrimonio del deudor.

11.- Existen dos formas de transmisión patrimonial: la integral que Aubry y Rau llaman transmisión del patrimonio en sentido objetivo y subjetivo que sólo es posible por la herencia en caso de muerte y la parcial o en sentido objetivo. En el primer caso el heredero, por la muerte del titular

del patrimonio, recibe íntegro el activo y pasivo; en el derecho francés responde ilimitadamente del pasivo, aun cuando el activo sea insuficiente, si no invoca el beneficio de inventario. Por eso dice Aubry y Rau que en la herencia hay una transmisión integral en el sentido objetivo y subjetivo, pues el heredero es un causahabiente a título universal. Fuera de la misma, las transmisiones son parciales. En nuestro derecho la herencia siempre se entiende aceptada a beneficio de inventario, aun cuando no se invoque; el heredero no responde íntegramente del pasivo, y únicamente cubrirá las deudas de la herencia hasta donde alcancen los bienes.

12.-Por último, el patrimonio como universalidad jurídica tiene una protección eficaz a través de tres acciones principales: 1º La acción de enriquecimiento sin causa; 2º La acción de petición de herencia, y 3º La acción que tiene el que fue declarado ausente, para exigir la devolución del patrimonio cuando aparezca. La primera protege el patrimonio del que se ha empobrecido ilegítimamente. La segunda es la forma de proteger la transmisión a título universal, y la tercera tiene por objeto la recuperación patrimonial.” (en: ROJINAS VILLEGAS, Rafael. 2008. P.13-14).

A esta corriente se le critica el haber elaborado una concepción artificiosa y equivocada de la figura, ya que confunde al patrimonio con

la capacidad, porque sostiene que el patrimonio no es sinónimo de riqueza pues representa la capacidad de las personas para adquirir bienes con lo cual describen la figura de la “capacidad jurídica”, el cual es un atributo de la personalidad para ser sujeto de derechos y obligaciones. De igual forma, tampoco es cierto que sólo las personas tienen un patrimonio, pues existen casos en que hay un patrimonio sin un titular, como por ejemplo en la herencia yacente o en las fundaciones. Por otro lado, el principio de unidad del patrimonio sufre diversas excepciones ya que hay casos en que de la ley se desprende que una persona tenga dos patrimonios, como en los casos que se recibe una herencia a beneficio de inventario, el patrimonio familiar o la sociedad conyugal.

Al respecto, nos comenta el Dr. Jacinto Javier Espinoza que *“Esta teoría ha sido criticada ya que no es cierto que el patrimonio sea una emanación de la personalidad, pues no debe confundirse este concepto con la capacidad de adquirir bienes patrimoniales, ya que hay patrimonios sin titular, las personas pueden tener varios patrimonios y no hay una propiedad sobre el patrimonio.”* (ESPINOZA, Jacinto Javier. 2015. P.46).

Por su parte, el autor Rafael Rojina Villegas considera que esta teoría difícilmente puede explicar las siguientes figuras jurídicas: 1° Patrimonio Familiar. 2° Régimen de sociedad conyugal. 3° Patrimonio del Ausente. 4° Patrimonio Hereditario. 5° Patrimonio del concursado o quebrado; en los cuales se puede encontrar un régimen jurídico distinto para separar del conjunto de bienes de una persona, cierta masa integrada por activo y pasivo, es decir, por derechos y obligaciones, a la que el régimen jurídico le da autonomía, para reconocer no sólo desde el punto de vista económico, sino también jurídico, una independencia de patrimonios. (ver ROJINA VILLEGAS, Rafael. 2008. P.15).

3.5.2 Teoría Objetiva, Moderna o del Patrimonio Afectación.

Esta teoría fue formulada por los juristas alemanes Windscheid, Brinz, Bekker a los que le siguieron algunos juristas franceses como Saleilles, Géný, Demogue y Duguit. Ideas que fueron ampliadas en las tesis doctorales de Gazin, Plastara, Cazelles y Jallu. En Italia, realizaron aportes a esta teoría los autores Fadda y Bensa y Ferrara. Según esta teoría, el patrimonio es un conjunto de derecho y obligaciones que están afectos a un fin determinado.

En este sentido, el autor Godofredo Stutzin Lipinski define el patrimonio como *“el conjunto de bienes patrimoniales afectos a una misma finalidad y gravados con la responsabilidad correlativa”*, mientras que para el autor Gastón Cruzat Paul es *“el conjunto de bienes que, sometidos a un régimen o estado jurídico propio, están destinados al cumplimiento de una finalidad con cierto carácter de permanencia. Como consecuencia de su destinación solamente les afectarán las obligaciones contraídas para cumplir con dicha finalidad”* (citados por HERRERA VILLANUEVA, José Joaquín. 2014. P.83).

De acuerdo con el Dr. Rafael Rojinas Villegas, *“Conforme a esta doctrina, la noción de patrimonio ya no se confunde con la de personalidad, ni se le atribuyen las mismas características de indivisibilidad e inalienabilidad propias de la persona, sin dejar por ello de existir relación entre estos conceptos, pero no de identidad o de proyección del concepto de persona sobre el de patrimonio, de tal manera que éste sea una emanación de aquélla.”* (ROJINAS VILLEGAS, Rafael. 2008. P.15).

Según el Dr. Jacinto Javier Espinoza, esta teoría descansa en los siguientes principios: 1) En el patrimonio, lo fundamental es el destino o afectación de los bienes, no la persona; por ello puede existir un

patrimonio sin dueño. 2) Una persona puede tener más de un patrimonio, como por ejemplo en la herencia aceptada a beneficio de inventario, la propiedad fiduciaria. Y, 3) El patrimonio puede ser transmitido en su totalidad por actos inter vivos, ya que no existe una ley que lo prohíba. Incluso en materia de fideicomiso, se puede transmitir la totalidad de un patrimonio. (ver ESPINOZA, Jacinto Javier. 2015. P.47).

Esta teoría surgió como reacción a la teoría clásica o subjetiva, ya que parte de la premisa de que si bien existen patrimonios que pertenecen a alguien existen otros patrimonios que pertenecen a “algo”, que están destinados a un fin determinado, es decir, un conjunto de derecho y obligaciones inseparablemente ligados que se encuentran afectos a un fin jurídico y económico determinado, gracias al cual la ley le reconoce autonomía, con independencia de que tenga un titular.

De lo anterior se desprende que una persona pueda tener diversos fines jurídicos-económicos por realizar o es el caso que es la ley la que pueda afectar en un momento dado a un conjunto de bienes para proteger ciertos intereses o lograr la continuidad de la personalidad y del patrimonio (casos de sucesión y ausencia); por lo cual pueden existir distintos patrimonios en cabeza de una misma persona, como

masas autónomas de bienes, derechos y obligaciones que pueden transmitirse por acto inter vivos o mortis causa.

Sobre el particular, nos explica el Dr. Gonzalo Figueroa Yañez que *“Frente a la concepción clásica, que había imaginado un patrimonio de carácter abstracto, ficticio, atributo de la personalidad, la doctrina alemana había estado trabajando sobre una concepción del patrimonio de tipo “objetivo”, que no tuviera que estar vinculado necesariamente a la persona y no constituyera, por ende, un atributo de la personalidad. Tal concepción objetiva se justifica por las deficiencias que se habían señalado a la teoría clásica, que se había demostrado incapaz de explicar algunas instituciones jurídicas fundamentales por otra vía que no fuera la excepción o la de la ficción. Los autores alemanes referidos habían constatados, por otra parte, la existencia de numerosos conjuntos de derechos y obligaciones, esto es, de universalidades, no vinculadas directamente a las personas.*

En el fondo de estas universalidades desvinculadas de las personas, los autores referidos habían descubierto la existencia de una finalidad común, de un objetivo determinado, y las habían bautizado como “patrimonios de afectación” (Zweckvermögen), patrimonios objetivos, sin vinculación con persona alguna, consistentes en una

agrupación de bienes y deudas apreciables en dinero, con valor pecuniario, en torno a un fin común, en que la existencia o no de una persona no tenía importancia alguna. Si se admite la idea sugerida por Ihering, decían estos juristas, en el sentido de que el derecho subjetivo no es más que un interés jurídicamente protegido, no será difícil concluir que el ordenamiento jurídico podrá querer proteger –además de las personas- ciertas finalidades u objetivos, y entonces no habrá inconvenientes en aceptar que en torno a esas finalidades puedan agruparse también bienes y deudas. Los derechos pertenecerán en este caso a un destino protegido por el ordenamiento jurídico; si existe una persona, ella será el destinatario directo; si sólo existe una finalidad, ella será el centro de los bienes y deudas que conforman su patrimonio, sin perjuicio de que tras aquella finalidad ideal puedan encontrarse siempre destinatarios indirectos o indeterminados, en forma de personas. La persona es siempre el destinatario directo o indirecto del ordenamiento jurídico, pero es perfectamente aceptable que ella se encuentre disimulada tras la finalidad ideal que el ordenamiento jurídico protege.”

(FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo. 1997. P.42-43).

Es común para los partidarios de esta teoría, citar como ejemplo de patrimonios de afectación los siguientes casos: a) El beneficio de inventario en los casos de sucesión hereditaria; b) El Patrimonio

Familiar; c) la sociedad conyugal; d) los peculios o bienes de los hijos mientras estén en patria potestad; e) Los bienes del Ausente; f) Los fideicomisos; g) Los bienes del concursado o quebrado (ahora insolvente).

Es de destacar que a esta teoría se la ha critica el hecho de que ha incurrido en exceso al despersonalizar la relación jurídica entre el patrimonio y la persona; ya que la persona como presupuesto del sistema jurídico debe ser la titular del patrimonio y, por lo tanto, todo patrimonio debe tener un titular. Así, los posibles casos de patrimonio sin sujeto, solo son regímenes transitorios, regulados por el derecho a fin de que esos bienes sean conservados para ser recibidos en el futuro, por su titular definitivo. De igual forma, se indica que cuando una ley concede protección a determinada masa de bienes es porque existe un interés digno de ser tutelado sin que ello implique una división de la personalidad del sujeto de derecho. Y finalmente se señala que los casos enumerados en la teoría objetiva como patrimonio de afectación, no son tales, ya que no se trata de conjuntos integrados por activo y pasivo, sino únicamente de activo. (sobre el particular, ver HERRERA VILLANUEVA, José Joaquín. 2014. P.85).

3.6 Clases de Patrimonio.

La doctrina suele distinguir tres (3) clases de patrimonio, como son el patrimonio personal; los patrimonios especiales, autónomos o separados, de destino o patrimonios en administración; y los patrimonios colectivos.

3.6.1 El Patrimonio Personal.

Es el patrimonio que pertenece a una persona determinada hasta su fallecimiento, constituyendo una unidad basada en la personalidad de su titular, el cual sirve para satisfacer sus necesidades personales, así como de garantía a los acreedores quirografarios de dicha persona.

Este tipo de patrimonio podrá ser transmisible por acto inter vivos dependiendo de la corriente filosófica que siga la legislación respectiva, pues de seguirse la teoría clásica o subjetiva, tendríamos que este patrimonio es inalienable e intransferible por actor inter vivos; sin embargo, si se sigue la corriente objetiva del patrimonio, tendríamos que concluir que el mismo si es transmisible y divisible por actos inter vivos.

En este sentido, compartimos lo expuesto por el autor Castán Tobeñas, quien al referirse al caso del derecho civil español (fuente

directa de nuestro derecho civil) concluye que el patrimonio personal es inalienable e intransmisible por actos inter vivos. Así, este autor nos explica que: *“En nuestra doctrina, Pérez González y Alguer han sostenido que el patrimonio, en nuestro Derecho, puede transmitirse en su totalidad, no sólo mortis causa, sino también inter vivos. Mas, por nuestra parte, parécenos opinión más segura, dentro del ordenamiento jurídico patrio, la de que el patrimonio personal, aunque no se le identifique con la capacidad patrimonial, ha de ser considerado inalienable en cuanto representa, como ya hemos dicho, una unidad basada en la personalidad del titular. Sólo con muchas reservas y salvedades puede hablarse de la posibilidad de transmisión del patrimonio.”* (CASTÁN TOBEÑAS, José. 1987. P.655). Lo anterior en vista de que permitirse la transmisión total de este tipo de patrimonio, ello equivaldría a la muerte civil de la persona.

En cuanto a la persona incapacitada, consideramos que la misma también tiene un patrimonio personal, aunque requiere de la asistencia de otra persona para su administración, lo cual, en modo alguno, puede afectar la existencia del patrimonio de esta persona.

3.6.2 Los Patrimonios Especiales, Separados o Autónomos o también conocidos como Los Patrimonios de Destino o Patrimonios en Administración.

Es aquel patrimonio que está constituido por una masa de derechos y obligaciones independientes y autónomos sujeto a un régimen jurídico distinto del que rige al patrimonio personal de una persona, con lo cual, no se puede confundir ya que ambos tipos de patrimonios, guardan su debida separación, con la consecuencia de que las derechos o deudas que ocasionen estos patrimonios autónomos, pertenecen a dicho patrimonio. Enneccerus define este tipo de patrimonio como *“conjuntos patrimoniales que, en interés de un determinado fin y especialmente con referencia a la responsabilidad por deudas, son tratados en ciertos aspectos como un todo distinto del resto del patrimonio”* (Enneccerus, citado por CASTAN TOBEÑAS, José. 1987. P.657).

Al respecto, Von Thur señalaba que *“Por virtud de disposiciones legales (no por virtud unilateral o por convenio de su titular) (entendiéndose por medio de la Ley), puede una porción del patrimonio constituirse en una posición jurídica aparte: el patrimonio especial. Esta posición jurídica aparte puede consistir en hallarse sujetos los bienes a*

un derecho de administración especial (como la masa del concurso por ejemplo) o, por el contrario, libre del que pesa sobre el patrimonio principal (como los bienes reservados de la mujer). En la mayor parte de los casos existe una responsabilidad aparte: puede haber deudas de las que responda el patrimonio principal, pero no el separado (v. gr., como ciertas deudas del deudor común), y viceversa, deudas de que solo responda este patrimonio (verbigracia, algunas deudas de la mujer casada). Las adquisiciones pueden corresponder, con arreglo a determinados principios, al patrimonio principal o al patrimonio separado. Ordinariamente rige la llamada subrogación: lo adquirido con medios del patrimonio especial forma parte de este.” (Von Thur, citado por MORALES FERRER, Salvador y DAZA CORONADO, Sandra Milena. 2016. P.52).

De allí que estos patrimonios se caracterizan por su especial destino o finalidad y no por estar vinculados a una persona determinada. Sostiene Castan Tobeñas que se trata de un “*patrimonio de tipo excepcional desligado de la relación de dependencia con ningún titular y que está adscrito al servicio de un fin, el cual puede ser de destino propiamente dicho o de liquidación. Se les llama también patrimonios en administración, en contraposición a los patrimonios libres, en pleno*

goce del titular. Es características de estos patrimonios la provisionalidad.” (CASTÁN TOBEÑAS, José. 1987. P.659).

Así, es la ley la que los crea y mantiene su unidad objetiva en atención a un fin o destino, provocando que los elementos que componen el patrimonio no puedan disociarse del mismo mientras la situación subsista. De igual la gestión o administración de esta masa patrimonial corresponde a un administrador extraño, bien para conservarla a favor del verdadero y futuro titular, o para actuar al destino de la misma.

Este tipo de patrimonio presenta las siguientes características:

- Es independiente del núcleo patrimonial de que se trate, sin que dicha autonomía signifique que surja una persona jurídica. Sin embargo, el patrimonio autónomo y el patrimonio personal guardan entre sí un vínculo que nace de la unidad del titular (pertenecen a una misma persona).

- Esta autonomía la debe dar y reconocer la ley con el objetivo de proteger determinados fines e intereses, por lo que no sería permitido constituirlo por mera voluntad del titular.

La doctrina cita como ejemplos de este tipo de patrimonios los que pertenecen al Nasciturus por no haber nacido todavía la persona, los del difunto pendiente de la aceptación y determinación del heredero (Herencia yacente), los de la persona ausente, los de la persona insolvente o quebrado, la propiedad fiduciaria y fundacional.

Por su parte, el Dr. Jacinto Espinoza señala como ejemplo de este tipo de patrimonio a la herencia aceptada a beneficio de inventario, en cuya hipótesis la persona tiene dos masas patrimoniales (la suya y la que heredó); el pecunio de los hijos sujetos a patria potestad (art.335 del Código de la Familia); el constituido por una empresa de responsabilidad individual en que el socio o empresario destina parte de su patrimonio y se constituye una separado que es el que corresponde por las deudas sociales (art.25 de la Ley No.4 de 9 de enero de 2009), y el caso del patrimonio transmitido en fideicomiso (Ley No.1 de 5 de enero de 1984). (ver ESPINOZA, Jacinto Javier. 2015. P.49).

3.6.3 Los Patrimonios Colectivos.

Es cuando un solo patrimonio posee como titulares a varias personas de manera conjunta, sin distribución en cuotas. Se citan como ejemplo de este tipo de patrimonios el régimen matrimonial de sociedad de gananciales (art.133 y siguientes del Código de la Familia) y la comunidad hereditaria cuando, tras la aceptación de la herencia a la que han sido llamados varios herederos, no recae sobre los bienes concretos, sino sobre la titularidad del patrimonio.

CAPITULO IV

El Daño Patrimonial

4.1. Concepto

Etimológicamente la palabra daño viene del latín “*damnum*” (condena, castigo), y hace referencia a toda molestia, deterioro, dolor o perjuicio que sufre una persona, en donde se puede ver afectados sus derechos patrimoniales, los derechos extrapatrimoniales (personalísimos) o ambos. Por ello se puede decir que el daño es todo perjuicio o menoscabo que sufre una persona, ya sea en su patrimonio o en algún elemento de su personalidad física o moral.

Sin embargo, la Real Academia Española de la Lengua define al daño como “*Delito consistente en causar daños de manera deliberada a la propiedad ajena*”, con lo cual se equipara este concepto a la concepción que se tenía del Delito Civil expuesta por Pothier de la siguiente manera: “*Llámase delito un hecho por el cual una persona con dolo ó maligna intención causa algún daño, o hace injuria a otro. Cuando el hecho que causa el perjuicio no procede de intención perversa, y si solo de imprudencia inexcusable, se llama cuasidelito*” (POTHIER. 1839. P.74).

Para DE CUPIS, *“Daño no significa más que nocimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable.”* (DE CUPIS, Adriano. 1975. pág.81). Agrega este autor que el objeto del daño *“se identifica con el objeto de la tutela jurídica, y consiguientemente, es siempre un interés humano. [...] Lo que el derecho tutela, el daño vulnera. Si el derecho tutela un determinado interés humano, éste puede ser atacado por un daño, que será daño en sentido jurídico (daño jurídico), en cuanto contra él apresta el derecho la propia reacción. En consecuencia, el objeto del daño en sentido jurídico se configura como más limitado respecto al objeto del daño entendido genéricamente; pues que, mientras el objeto del daño genéricamente entendido es cualquier situación favorable que se refiera o no a seres humanos, objeto del daño en sentido jurídico no puede ser más que un interés humano jurídicamente tutelado. Ciertamente también, la reacción jurídica encuentra su razón de ser tan sólo frente al daño ocasionado a aquello que el derecho tutela y, por tanto, sólo el interés humano puede recibir la tutela del derecho.”* (DE CUPIS, Adriano. 1975. P.107 y 109), lo anterior en base al principio *“hominum causa omne ius constitutum est”*.

Según TAMAYO JARAMILLO, *“Daño civil indemnizable es el*

menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima". (TAMAYO JARAMILLO, Javier. 2018. pág.326).

El Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, conceptúa la palabra "Daño", en su acepción más amplia, como: "...*toda suerte de mal material o moral. Más particularmente, el detrimento, perjuicio o menoscabo que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes. El daño puede provenir de dolo, de culpa o de caso fortuito, según el grado de malicia, negligencia o causalidad entre el autor y el efecto. En principio, el daño doloso obliga al resarcimiento y acarrea una sanción penal; el culposo suele llevar consigo tan sólo indemnización; y el fortuito exime en la generalidad de los casos, dentro de la complejidad de esta materia*". (CABANELLAS, Guillermo. 2006. pág.131).

La Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concibe al daño como la lesión definitiva a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona, el cual reviste la característica de ser antijurídico, que se alcanza, cuando el daño cumple con los requisitos de ser personal, cierto y directo. (ver

Fallo de 2 de febrero de 2017, solicitud de indemnización interpuesta por MAYBETH CORONADO en contra de la CAJA DE SEGURO SOCIAL.).

Al respecto, ZANNONI, conceptúa que el daño constituye “...*uno de los presupuestos de la obligación de resarcir, o, si se prefiere, de la responsabilidad jurídica. No hay responsabilidad jurídica si no hay daño, pero el daño, para generar responsabilidad, debe haberse producido en razón de un acto antijurídico que, en su condición objetiva, se atribuye a un sujeto sea a título de culpa (en sentido lato-dolo o culpa-) u otro factor de atribución objetivo (riesgo, obligación legal de garantía, etc.), mediando, además, una relación de causalidad adecuada entre el acto imputable –atribuido- y el daño*”. (ZANNONI. Eduardo A. 1993. pág. 1-2).

Este elemento de la responsabilidad civil es trascendental, y se puede decir que es la base a partir del cual debe trabajar el juzgador a la hora de analizar la responsabilidad civil de una persona, pues sin daño, no existe nada que reparar y por tanto no podrá surgir la responsabilidad civil reclamada. En este sentido, sostiene el Primer Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial que “*El daño es el elemento que da interés al acreedor para ejercer la acción de responsabilidad,*

pues, en materia civil, a diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad penal (que no es la que se reclama), la antijuridicidad de la acción (incumplimiento en sentido objetivo), ni aún cuando vaya unida a culpa (incumplimiento en sentido subjetivo), sería suficiente para dar lugar a la reacción del ordenamiento jurídico.” (Ver Fallo de 1 de octubre de 2019, Eliecer Elpidio Melgar vs Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A., Unión Fenosa).

Podemos concluir que, el daño, es todo perjuicio, deterioro o menoscabo que sufre una persona, ya sea en su patrimonio o en algún elemento de su personalidad física o moral. Sin embargo, solo será resarcible en la medida que no sea producido por la propia víctima y el mismo afecte o lesione algún interés, derecho o atributo de la persona que sea tutelado por el ordenamiento jurídico.

“Desde que se produzca la lesión a un bien patrimonial o extrapatrimonial, hay daño; si como consecuencia de esa disminución se afectan otros bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de la misma víctima, o de víctimas diferentes, habrá entonces tantos nuevos daños como bienes afectados haya. Cada bien lesionado constituye un daño con entidad propia”. (TAMAYO JARAMILLO, Javier. 2018. pág.329).

Es de advertir que nuestro sistema, sigue un sistema de atipicidad en cuanto a la configuración del daño ya que no limitan las posibilidades de exigir la reparación de otros daños fuera de los contemplados en la fórmula legal. Por el contrario, el Código Civil solo señala los requisitos necesarios que deben concurrir para que surja la responsabilidad civil como lo son, la acción u omisión culposa, el nexo causal y el daño, sin limitar este último elemento a solo determinados derechos de la persona.

En este sentido, explica Elena Vicente Domingo que *“frente a los sistemas cerrados o típicos, los abiertos o de atipicidad, son aquellos cuyas normas de responsabilidad civil extracontractual, no limitan «a priori» los supuestos de daños reparables porque contienen una cláusula general que permite al intérprete un amplio margen de discrecionalidad para configurar las líneas o el marco de la responsabilidad civil extracontractual, en las que late el principio de «alterum non laedere»”*. (VICENTE DOMINGO, Elena, en REGLERO CAMPOS. L. Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel. 2014. p.319-324).

Ahora bien, nuestro código civil no define lo que debemos entender por daño, sin embargo, este elemento junto con la acción u

omisión culpable además del nexo causal, es uno de los presupuestos necesarios de la responsabilidad civil aquiliana. Además de lo anterior, como indicamos, el daño es el elemento imprescindible que debe existir para poder exigir su reparación, ya que sin daño no hay obligación de resarcir. *“A diferencia de lo que ocurre en materia penal e infraccional, para el derecho civil solo son relevantes las conductas negligentes si de ellas se sigue un perjuicio para el demandante. En sede civil, la sola negligencia no es fuente de responsabilidad. Si un automovilista conduce por una autopista en contra del sentido del tránsito, no incurre en responsabilidad civil mientras no cause daño. El objeto de la responsabilidad civil no es expresar un juicio de reproche, sino corregir el efecto adverso que el hecho del demandado haya causado a la víctima. Su ámbito es precisamente el de la justicia correctiva, que pretende restablecer, en la relación entre el demandado y la víctima, el orden que ha sido alterado por el daño. (BARROS BOURIE, Enrique. 2020. p.223).*

Por ello, en los últimos tiempos, tenemos que el estudio de la responsabilidad civil se inicia o se analiza desde la perspectiva del daño, haciendo proliferar nuevos supuestos dañosos que los Tribunales han ordenado su reparación. En este sentido, indica Elena Vicente Domingo que es *“un dato fácilmente contrastable que la progresión de los*

supuestos de daños reparables es un fenómeno creciente y parece imparable el cual se observa tanto dentro de la esfera de los daños patrimoniales, como en la de los no patrimoniales, y dentro de éstos destaca la gran tipología de los daños estrictamente personales. Este hecho, responde a un fenómeno social firmemente implantado en todas las sociedades desarrolladas y que consiste no sólo en que se exige en todos los casos en los que hay un daño, la reposición del perjudicado al estado anterior a la producción del daño o su equivalente en dinero sino también en que prácticamente toda frustración personal se convierte en daño en busca de un responsable. Hay una cierta inversión en el procedimiento en el sentido siguiente: una vez producido el daño, no se asume como consecuencia del azar o de la mala suerte, sino que todos los esfuerzos se dirigen a encontrar un responsable.” (VICENTE DOMINGO, Elena, en REGLERO CAMPOS. L. Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel. 2014. p.319-320).

Por ello, es importante tener presente que el daño tiene una doble función dentro de la responsabilidad civil, pues no solo es condición necesaria para que surja esta, sino que también es objeto de ella, debido a que con el juicio de responsabilidad civil lo que se busca es la remoción o la reparación de ese daño, por tanto, el daño es condición y objeto de la responsabilidad civil.

4.2 Teorías en torno al concepto de Daño.

Siendo que los códigos civiles no definen lo que debe entenderse por daño, ha sido la doctrina quien ha intentado elaborar un concepto que abarque todos los supuestos que se puedan encontrar con el devenir de la vida. Así se han elaborado las siguientes teorías:

4.2.1 Teoría de la diferencia.

Se trata de una teoría acuñada por MOMMSEN (differenztheorie), la cual conceptúa el daño como el resultado de la comparación en abstracto de dos situaciones globales, el valor del patrimonio que tenía la víctima antes de hecho dañoso y el que tenía después del mismo, es decir, que el daño será la diferencia entre el valor del patrimonio del damnificado antes y después de la lesión.

En este sentido, podemos apreciar que el Tribunal Supremo de España ha acogido esta teoría en alguno de sus fallos. Así por ejemplo en el Fallo de 2 de abril de 1997, dicho Tribunal indicó lo siguiente:

“Establece la sentencia de 10 de enero de 1979 que la entidad del resarcimiento (según lo proclama el artículo 1106 del Código Civil),

presupuesto el evento perjudicial y la conducta sancionable, abarca a todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por disminución efectiva del activo, bien por la ganancia perdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo; en igual sentido se manifiesta la sentencia 13 de abril de 1987, citada en la de 28 de abril de 1992, al decir que no existen en nuestro Derecho positivo principios generales rectores de la indemnización de daños y perjuicios, vacío que autoriza a interpretar que el concepto de reparación en que se manifiesta la responsabilidad del dañador comprende (artículos 1106 y 1902 del Código Civil), tanto en la esfera contractual como en la extracontractual, sanciones bastantes en cada caso a lograr la indemnidad, que es el único designio de la norma". (Roj: STS 2327/1997 - ECLI:ES:TS:1997:2327).

4.2.2 Teoría del daño concreto.

La teoría del daño concreto ha sido elaborada por WALSMANN, conforme la cual el daño patrimonial es el perjuicio concreto experimentado por la persona en su patrimonio, por la pérdida o el

menoscabo de determinados bienes patrimoniales, sin tener que comparar la masa global de dos patrimonios. *“La valoración del perjuicio tiene la ventaja de ser concreta y un tanto estándar, pues se fija teniendo en cuenta el valor que el bien dañado tiene para cualquier poseedor del mismo”*. (VICENTE DOMINGO, Elena, en REGLERO CAMPOS. L. Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel. 2014. p.326).

4.2.3 Teoría del daño normativo.

Esta teoría de origen alemán (normativer shaden) enfoca la existencia de un daño desde la perspectiva de que éste cumpla con los requisitos previamente fijados en la norma, establecidos en la ley, los cuales permiten que una determinada lesión sea considerada como un daño.

Esta teoría puede encontrar cabida en los ordenamientos que se rigen por la tipicidad del daño, caso que no aplica en Panamá, que sigue un sistema de atipicidad, en donde el artículo 1644 del Código Civil concibe una noción de daño muy general.

Sin embargo, existe una tendencia a restringir el daño, a aquellos que sean considerados por el juez como resarcible. En este sentido,

indica Corral Talciani que es *“evidente que el daño como simple fenómeno existencial es connatural a la vida humana. La convivencia reporta un sinnúmero de pérdidas, molestias, situaciones desfavorables que pueden ser calificadas en el lenguaje ordinario de “daño” o “perjuicio”. Es claro, sin embargo, que no todos ellos producen la obligación de reparar en qué consiste la responsabilidad. De allí que sea necesario añadir a la realidad naturalística del daño una relevancia jurídica. En este sentido, el “daño jurídico”, capaz de desencadenar la reacción del derecho consistente en el deber de reparación, es una especie del daño en el orden físico o existencial”*.

Continúa el autor señalando que *“No es fácil señalar cuál es el factor que “juridiza” el daño haciéndolo idóneo para solicitar el resarcimiento. Una teoría piensa que sólo hay daño resarcible en la medida en que el menoscabo lesiona un derecho subjetivo de la víctima. Sin embargo, esta concepción del daño parece demasiado restringida, por lo que la doctrina y la jurisprudencia modernas prefieren ampliar la noción de daño resarcible a la lesión o afectación, sea de un derecho subjetivo reconocido formalmente, sea de un interés en la satisfacción de necesidades o bienes humanos de carácter privado. ... Pero debe tratarse de un interés legítimo, es decir, de alguna manera tutelado por el derecho”*. (CORRAL TALCIANI, Hernán. 2003. p.138-139).

4.3. Características del daño.

De los diferentes conceptos expresados se puede decir que un daño será toda disminución o supresión de un objeto patrimonial o extrapatrimonial de la víctima, quien será el afectado con la conducta culposa del agente dañador. Pero para que este daño sea resarcible, debe poseer las características de ser cierto, personal, afectar un bien lícito y ser antijurídico.

Es de aclarar que, al interpretar estas características del daño, las mismas deben verse de manera flexible a fin de que no sean una limitante para acceder a la reparación de un daño que afecta a la víctima, lo que significa que la evaluación del daño debe analizarse caso por caso.

4.3.1 Debe ser Cierto.

Por daño cierto, se entiende aquel perjuicio actual o futuro; ya que no puede tratarse de un daño eventual, genérico o hipotético. Es decir, que debe existir una afectación, menoscabo, lesión o perturbación a la esfera personal o a la esfera patrimonial de una persona, el cual no es

soportable por quien lo padece bien porque es irrazonable, o porque no se compadece con la afirmación de interés general alguno al no existir una justificación que lo obligue a soportarlo.

De allí que, todo daño debe ser cierto, su existencia debe ser real correspondiéndole al demandante su prueba, por tanto, no puede provenir de conjeturas, especulaciones ni ser hipotéticos o eventuales, ya que la mera posibilidad de que ocurra un perjuicio no autoriza a reclamar resarcimiento.

Por ello, si lo reclamado está basado en una posibilidad remota de obtener un beneficio, dicho daño debe ser considerado como un daño hipotético, lo cual no da lugar a indemnización, pues el mismo está basado en una simple hipótesis o en una expectativa muy remota de obtener un beneficio.

En este sentido, es necesario que la víctima demuestre la existencia del daño, que el mismo sí se produjo en la realidad o que puede realmente producirse en el futuro, ya que un daño no deja de ser cierto porque no sea actual ni líquido, es decir, que un daño puede ser futuro y será indemnizable si el mismo es susceptible de ser determinado y liquidable, debido a que la certeza del daño nada tiene

que ver con la certeza de la cuantía.

Al respecto, nos explica el Dr. Javier Tamayo Jaramillo que *“no debe confundirse la certidumbre del daño con la de su cuantía. Para que exista un fallo condenatorio basta la prueba de que la víctima ha sufrido un perjuicio como consecuencia de la acción lesiva del demandado. Desde que el juez tenga la íntima convicción de que ese daño ha existido o existirá, no podrá abstenerse de condenar so pretexto de que no aparece suficientemente cuantificado.”*, agrega el autor que *“el daño es cierto cuando a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante.”* (TAMAYO JARAMILLO, Javier. 2018. P.338-339).

En estos casos en que la cuantía reclamada no ha quedado debidamente acreditada en el proceso, el artículo 996 del Código Judicial, faculta al juez a emitir una condena en abstracto, siempre y cuando fije en dicha resolución cuáles son las bases para llevarse a cabo la liquidación de la condena.

En cuanto a los daños pasados y presente, se trata de lo mismo y se refiere a aquellos daños que efectivamente ya han ocurrido en el

tiempo, por ello el margen de error en los mismos es bastante mínimo y por tanto no debe existir mayores inconveniencias en su acreditación en el proceso, ya que los mismos deben reflejarse o estar cristalizados al momento en que se interpone la demanda, existiendo una certeza casi absoluta sobre su existencia.

Pero, en relación a los daños futuros, no existe una certeza tan grande, pues su acreditación se ve afectada por una leve incertidumbre en cuanto a su ocurrencia en el futuro, de allí que las probabilidades de su certeza van a variar caso por caso. Por ello, es que el juzgador, después de analizar todo el material probatorio, debe decidir si esos daños, sujetos a un alea, ocurrirán o no en el futuro, conforme a las reglas de la experiencia y a la ley de las probabilidades. Si es altamente probable su ocurrencia, entonces habrá certeza de la existencia de esos daños futuros.

En este sentido, explica Javier Tamayo Jaramillo que daño virtual *“quiere decir que en el curso normal de los acontecimientos, el daño muy seguramente se producirá. Es decir, solo eventos extraordinarios e inesperados harán variar la cadena causal. En cambio, en el daño meramente eventual, el perjuicio sigue siendo una posibilidad remota y lo lógico es que no se produzca, a pesar de que el mundo fenoménico*

siga su curso norma... Como puede verse, la diferencia entre el perjuicio virtual y el meramente hipotético solo es de grado, y todo se reduce al mayor o menor número de probabilidades que tenga de producirse, siendo el juez el encargado de decidir si es lo uno o lo otro". Concluye el autor que "si el discurrir normal de los acontecimientos le indica al juzgador que, de no haberse producido el hecho lesivo, la víctima estaría en mejores condiciones que aquellas en que lo dejó la acción dañina, el perjuicio deberá tenerse como virtual y cierto, y el hecho de algún margen de duda no es motivo para negar al demandante una indemnización". (TAMAYO JARAMILLO, Javier. 2018. P.341-342).

En cuanto al daño consistente en la pérdida de una oportunidad (*perte d'une chance*), la doctrina mayoritaria concuerda de que se trata de un daño real y cierto que debe indemnizarse pero de manera restrictiva porque su reparación no puede abarcar como si el daño mismo se hubiera producido, ya que lo que se indemniza aquí es la conducta culpable del demandado que le impidió a la víctima aprovecharse de una oportunidad que tenía la víctima para obtener algún resultado ventajoso para ella, en donde existe diversos grados de probabilidad, mas no de certeza, es decir, que el único daño consiste en no poder disfrutar de esa posibilidad u oportunidad para obtener el beneficio perseguido, en el cual existe un alea de poder conseguirlo o

no. Por ello se trata de un daño presente y no futuro, ya que existía una oportunidad (chance), la cual se perdió definitivamente por culpa del demandado.

“En efecto, el que tiene la posibilidad de ganar algo dispone de un bien económico que inclusive a veces puede enajenarse, como cuando se vende un derecho litigioso, o un billete de lotería. El valor, desde luego, depende del porcentaje de probabilidades de éxito que se tienen con esa oportunidad. El daño consiste no en la pérdida del premio o de la pretensión, sino en la pérdida de la oportunidad de conseguirlos”.
(TAMAYO JARAMILLO, Javier. 2018. P.357).

4.3.2 Debe ser Personal.

Esto quiere decir que el daño lo debe haber sufrido quien reclama la indemnización, es decir, que debe ser un daño personal del reclamante, con lo cual, nadie puede ser indemnizado por un daño sufrido por otra persona, aunque se derive del mismo acto ilícito que perjudicó a aquél. Es decir, que solo la víctima del daño o sus herederos, tienen derecho a demandar su reparación.

En este sentido, la Ley No.31 de 28 de mayo de 1998 (G.O.23553

de 29/05/1998), define a la víctima de delito en los siguientes términos:

“Artículo 1. Para los efectos de esta Ley, se consideran víctimas del delito:

1. A la persona que, individual o colectivamente, haya sufrido daños, incluidas las lesiones físicas o mentales, el sufrimiento emocional, la pérdida financiera o el menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acción u omisión que viole la legislación penal vigente.
2. Al representante legal o tutor de la persona directamente afectada por el delito en caso de incapacidad, al cónyuge, al conviviente en unión de hecho, a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, así como al heredero testamentario cuando acuse la muerte del causante.
3. A las asociaciones, reconocidas por el Estado, en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con esos intereses.”

Como se puede apreciar, esta Ley incluye dentro de la definición de víctimas a un número amplio de personas, quienes pueden verse afectados por la conducta delictiva, entre las cuales se encuentran la persona que recibe directamente la acción o personas cercanas al directamente afectado como lo pueden ser el representante legal o tutor,

el cónyuge, al conviviente de hecho, los parientes dentro de cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, así como al heredero testamentario. Sin embargo, ello debe analizarse caso por caso, pues si el directamente afectado está en condiciones de reclamar su indemnización, mal podría resultar favorecida una tercera persona, con una reparación sobre un daño que ella no sufrió, ya que es quien sufre el perjuicio el llamado a peticionar su reparación, teniendo en cuenta que *“cada derecho o bien deteriorado constituye un daño independiente y, en consecuencia, su titular está legitimado para pedir la indemnización de su bien dañado.”* (TAMAYO JARAMILLO, Javier. 2018. P.425).

Explica la autora Elena Vicente Domingo que el *“daño tiene que ser directo y personal, lo que significa que tiene que existir un nexo de causalidad suficientemente fuerte entre el hecho que lo ocasiona y el perjudicado. El daño directo es la consecuencia inmediata y directa del incumplimiento o del hecho dañoso y el daño indirecto es el daño mediato, llamado daño de rebote o «par ricochet» ... El daño es directo y mediato cuando existe un nexo de causalidad suficientemente fuerte entre el hecho y el perjudicado «por rebote», con independencia del daño inicial del que se considera autónomo. En consecuencia, este requisito no limita los daños que se consideran reparables, los cuales*

siguen dependiendo de la prueba de un enlace causal suficiente entre el hecho y el daño indirecto.” (VICENTE DOMINGO, Elena, en REGLERO CAMPOS. L. Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel. 2014. p.336).

Los profesores Alexander Valencia y Virgilio Trujillo consideran que un daño personal puede ser directo o indirecto. *“Es directo el que se produce cuando el acto lesivo recae sobre la persona o bienes del damnificado, que es a la vez víctima del hecho, y es indirecto cuando el acto ataca los bienes o la persona de la víctima y se refleja en el patrimonio de otro que resulta damnificado. Por ejemplo, es daño directo el que sufre la víctima de lesiones que debe realizar gastos para atender su curación; en cambio, es daño indirecto el que sufre cualquier persona que realiza gastos para atender la curación de otro que ha sido víctima de un accidente. Con lo anterior se quiere decir que corresponde a la víctima del daño o sus herederos demandar su reparación.”* (VALENCIA MORENO, Alexander y TRUJILLO LÓPEZ, Virgilio. 2011. P.221).

En este sentido, la autora Laura Gázquez Serrano sostiene que *“En relación con los daños indirectos, como es sabido, son aquellos sufridos por quien no es la víctima directa, pero que sin embargo, como consecuencia del hecho ha experimentado un perjuicio ya sea*

patrimonial (pérdida de ingresos u otros gastos de los familiares) o extrapatrimonial (lo que la doctrina francesa denomina perjuicio de afección o perjuicio de acompañamiento). La Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de abril de 2002 concede indemnización por los daños morales sufridos por la esposa de la víctima inicial a causa del estado de gran invalidez que padeció su marido durante los tres años anteriores a su muerte bajo el razonamiento de que “una cosa es el daño moral producido por la muerte de una persona y otra el daño moral sufrido por la esposa durante los tres años en los que un marido completamente inmovilizado se vio sometido a sucesivas intervenciones quirúrgicas, y que dichos conceptos son indemnizables de forma separada.” Agrega dicha autora que “el admitir la autonomía de los daños por rebote va a tener una serie de consecuencia prácticas, pues una vez acreditado se someterá al principio de la reparación íntegra, de modo que se valorará el daño atendiendo a la importancia del mismo, y es lo único que se tendrá en cuenta, es decir el propio daño, sin tener en cuenta para nada la posible evaluación que se pueda hacer del daño experimentado por la víctima inicial”. (GÁZQUEZ SERRANO, Laura. 2017. P.227-228).

Así, cuando el daño afecte cosas u otros bienes patrimoniales, tenemos que la primera persona legitimada para reclamar la

indemnización por estos perjuicios es el propietario de la cosa, ya que el derecho de propiedad otorga al dueño facultades absolutas de uso y disposición del bien. Conforme al autor Javier Tamayo Jaramillo, *“lo que se dice del propietario puede ser predicado del poseedor, pues en cierta forma también puede considerárselo como señor y dueño de la cosa. Sería el caso del colono poseedor de un terreno que ha ocupado durante muchos años y que por culpa de un tercero sufre deterioro o pérdida. En tal circunstancia, el poseedor puede reclamar indemnización no solo del daño emergente sino también del lucro cesante, pues su derecho de posesión se ha visto menguado por la acción del demandado”*. (TAMAYO JARAMILLO, Javier. 2018. P.429).

Sin embargo, el daño de esa cosa puede afectar el patrimonio de terceros, por tanto, estas personas estarán legitimadas para reclamar esos perjuicios que sufren en su patrimonio producto del daño de la cosa ajena. En estos casos, no se reclama el valor de la cosa destruida o deteriorada (ya que esa suma pertenece al propietario), sino la afectación a ese derecho o beneficio que se derivaba u obtenía a través de la cosa dañada. En estas circunstancias están el arrendatario, usufructuario, habitador, usuario comodatario o depositario.

En el caso de daños morales, corresponde la víctima cobrar sus

propios perjuicios, sin embargo, “*terceras personas perjudicadas con las lesiones de la víctima directa podrán reclamar indemnización por los perjuicios morales sufridos por ellas en razón del sufrimiento experimentado al ver el estado lamentable en que quedó la víctima a consecuencia de las lesiones; también podrán cobrar indemnización por el daño emergente y el lucro cesante que hayan sufrido tratando de ayudar a la víctima del infortunio. Piénsese, v. gr., en el padre de familia que debe cerrar su almacén para atender a su hijo que sufrió un accidente en otra ciudad. Pero también puede haber otros daños de terceros, consecuenciales a las lesiones o muerte de la víctima directa, como en el caso del organizador de un espectáculo cuyo artista central se lesiona en un accidente, razón por la cual el empresario del espectáculo se arruina. Evidentemente, en el primer caso, el padre tendrá derecho a cobrar gastos de transporte, lucro cesante por cierre del establecimiento y, eventualmente, reembolso por gastos médicos y clínicos. Y el empresario tendrá derecho a cobrar el valor de sus pérdidas, independientemente de lo que valga los daños del artista o de los terceros que de él dependían.*” (TAMAYO JARAMILLO, Javier. 2018. P.439).

4.3.3 El beneficio afectado por el daño debe ser lícito.

El daño, además de ser cierto y personal, debe afectar un interés legítimo de la víctima, que sea susceptible de protección jurídica por el ordenamiento jurídico, de tal manera que la lesión de un interés contrario a la ley o ilegítimo, carecería de protección. Es necesario tener en cuenta que la responsabilidad civil protege todo tipo de beneficios no prohibidos por el orden jurídico, por ende, de no contar con dicha protección, mal podría ser tutelado por el ordenamiento jurídico.

Indica Javier Tamayo Jaramillo que para *“que el daño sea reparable, debe haber afectado un beneficio del que lícitamente disfrutaba la víctima; es decir, se requiere que el causante del daño no tuviera el derecho de producirlo, ya que la víctima tenía el derecho a disfrutar del beneficio alterado”*. (TAMAYO JARAMILLO, Javier. 2018. P.440).

Por su parte, explica el autor Enrique Barros Bourie que *“la legitimidad del interés no exige que este responda a una situación legalmente establecida. En otras palabras, para ser tenido por legítimo, un interés no requiere estar reconocido por la ley, con la consecuencia, por ejemplo, de que si muere quien daba sustento económico a la demandante, “no es factor decisivo para acoger la acción, el de que no se haya justificado su calidad de heredera de la víctima”*.

La exigencia de legitimidad es un criterio para definir los límites de los intereses cautelados. Por eso, la legitimidad no está primariamente dada por criterios positivos: son legítimos todos los intereses que no son contrarios al derecho. En principio, todo perjuicio a un interés valioso para la víctima es considerado daño reparable, si no resulta contrario a la ley o a las buenas costumbres. En otras palabras, el ámbito de protección no está definido de manera positiva, sino negativamente: en principio, cualquier interés es objeto de cautela, a menos que resulte ilegítimo.” (BARROS BOURIE, Enrique. 2020. p.230).

Como se puede apreciar, la exigencia de legitimidad del interés envuelve un juicio de apreciación y/o valoración que corresponde al juzgador, plagado incluso de ribetes de moralidad y buenas costumbres, sobre todo porque no existe una lista taxativa de cuáles derechos son legítimos y cuáles no, toda vez que no se requiere que dicho interés esté regulado o tutelado expresamente por el ordenamiento jurídico, ya que la libertad faculta legítimamente a las personas a disfrutar de todos aquellos beneficios que no estén prohibidos por la ley. Además, tomando en cuenta que en dicho proceso existen por lo menos dos personas involucradas (víctima y dañador), corresponde ponderar los mismos ecuánimemente, ya que dicho interés no solo repercute a la

víctima, sino también al tercero demandado que debe repararlo.

4.3.4 Debe ser antijurídico.

Daño antijurídico es aquél que la persona no está llamada a soportar puesto que no tiene fundamento en una norma jurídica, o lo que es lo mismo, es aquel que se irroga a pesar de que no exista una ley que justifique o imponga la obligación de soportarlo. Por ello, no serán daños antijurídicos los causados por la fuerza mayor, el caso fortuito o el hecho exclusivo y determinante de la propia víctima.

4.4. Clases de Daños.

El daño desde el punto de vista doctrinal se clasifica en daño moral y daño material.

4.4.1 Daño Moral o Daño No Patrimonial.

El daño no patrimonial o daño moral es aquella molestia o dolor que afecta intereses o derechos de la persona que no son apreciables en dinero. El daño no patrimonial fue introducido en nuestro Código Civil con la Ley No.18 de 31 de julio de 1992 (G.O. 22094 de 6/8/1992), quien

adicionó el artículo 1644-A a nuestra legislación civil. En dicho artículo se define el daño no patrimonial o daño moral así: *“Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.*

Actualmente, dentro de la categoría de daño moral se incluyen todos los daños causados a la persona en sí misma o a sus intereses extrapatrimoniales, incluyendo diversas categorías como lo son el daño emocional (*pretium doloris*) que es el sufrimiento psíquico, la amargura, la aflicción o pena que el hecho ilícito ha producido en la víctima; la lesión de derechos de la personalidad, entre los cuales se incluye la lesión a la honra, la intimidad, la imagen, el derecho de autor, etc.; el daño corporal o fisiológico que afecta la integridad física o psíquica de una persona natural (afectan al cuerpo de la persona); el daño estético que afecta la apariencia física de una persona, cuya indemnización está orientada a compensar los sufrimientos que experimenta el sujeto en su fuero interno al saberse y sentirse negativamente modificado su aspecto; la pérdida de los placeres de la vida que es la privación de las satisfacciones de orden social, mundano y deportivo de las cuales se beneficia un hombre de la edad y de la cultura de la víctima, entre otros.

En este punto debemos mencionar que existen otros tipos de daños catalogados como morales en otros ordenamientos jurídicos que su reconocimiento se encuentra en medio de debates como lo son el daño a la esfera existencial que es sufrido por personas distintas a la víctima del daño, así como el hecho de haber nacido o el no poder interrumpir un embarazo a tiempo.

4.4.2 Daño Material o Daño Patrimonial.

Por daño patrimonial se entiende aquella pérdida pecuniaria en el patrimonio de la víctima, que a su vez incluye el valor de la pérdida sufrida en su patrimonio (daño emergente) y también la ganancia que se haya dejado de obtener, es decir, el daño futuro consistente en la frustración de una legítima utilidad que hubiera incrementado el patrimonio de no haber sucedido el hecho dañoso (lucro cesante). Esta subclasificación encuentra sustento en el artículo 991 del Código Civil cuando dispone que: *“La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor.*, por ello, en este tipo de daños se contempla el daño emergente y el lucro cesante.

Los profesores Alexander Valencia y Virgilio Trujillo explican que

“el Código Civil no define el daño material, solamente se limita a dividirlo en lo que se conoce como lucro cesante (la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor) y daño emergente (el valor de la pérdida que haya sufrido). El Código Civil colombiano, a diferencia del nuestro, en el artículo 1614, define el daño emergente y el lucro cesante al decir “Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento”; según como viene redactado el presente artículo, pareciera circunscribir el daño emergente y lucro cesante de la responsabilidad contractual, cosa que no es correcta. Para una mejor comprensión, se hace necesario acudir a la doctrina y jurisprudencia como fuente del Derecho. El jurista Mazeaud, al referirse a los daños materiales señala que: “Se entiende por ello el perjuicio que constituye un atentado contra los derechos pecuniarios de una persona.” En tanto que para Martínez Rave, refiriéndose a los daños materiales, indica: “se ha entendido por tales los que afectan el patrimonio económico de las personas. Los que modifican la situación pecuniaria del perjudicado. En oposición a los perjuicios morales que son los que afectan los sentimientos o aspectos internos de la persona”. El Código Civil de

Argentina, a diferencia del nuestro, define el daño patrimonial así: “Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria o directamente en las cosas de su dominio o posesión o indirectamente por el mal hecho a su persona o sus derechos o facultades”. Del análisis de los conceptos emitidos por la doctrina se comprende, entonces, que el daño material es una especie de afectación económica al patrimonio del perjudicado que involucra empobrecimiento y dejar de percibir ganancias por el hecho mismo. Como dijimos anteriormente, el daño material está integrado por dos elementos fundamentales, el daño emergente y el lucro cesante, tal como lo reconoce nuestra legislación, la doctrina y la jurisprudencia”. (VALENCIA MORENO, Alexander y TRUJILLO LÓPEZ, Virgilio. 2011. P.72-73).

En opinión del autor Enrique Barros Bourie, “Lo común a todos los daños patrimoniales es que el bien afectado tiene un valor de mercado: se trata de gastos o pérdidas de valor, que constituyen un daño emergente, o de ventajas económicas, que constituyen un lucro cesante. Y ambos pueden ser valorados en dinero porque se refieren a bienes económicos.” (BARROS BOURIE. Enrique. 2020. P. 268).

Por su parte, Adriano De Cupis señala que es “*indispensable*

determinar el concepto de la patrimonialidad para entender lo que sean interés y daño patrimoniales. Este concepto se refiere a una necesidad económica, por lo que patrimonial es, precisando más, cualquier bien exterior respecto al sujeto, que sea capaz de clasificarse en el orden de la riqueza material –y por esto mismo valorable, por su naturaleza y tradicionalmente, en dinero-, idóneo para satisfacer una necesidad económica. Los bienes comprendidos en la riqueza material pueden intercambiarse, tanto ellos como sus frutos, con otros bienes o con frutos de otros bienes; y en consecuencia, su utilidad está sometida a la comparación con otros valorada en relación con el dinero, que tiene por función la medida de las utilidades económicas.

En el lenguaje corriente e incluso en el empleado usualmente por los juristas, se habla de un ‘patrimonio de bienestar’, de un ‘patrimonio de belleza’ y expresiones por el estilo; al mismo tiempo y en forma correlativa se emplea ‘daño patrimonial’ para designar también el perjuicio que afecta al bienestar, a la belleza y, en general, a todos los bienes inherentes a la persona, en los que no pueden encontrarse los caracteres señalados pero que, en su conjunto, exceden al concepto de patrimonialidad. Se trata de una desviación del necesario rigor del lenguaje jurídico, que debe corresponder a una precisión conceptual y ser expresión de una realidad concreta. Atemperándose a tal rigor no

puede llamarse a cualquier bien de que el hombre puede gozar bien patrimonial, sino tan sólo a aquel que reúne los precisados caracteres de exterioridad, valorabilidad pecuniaria, y que responda a una necesidad económica. Éste, en el terreno jurídico, es su verdadero significado y de él, no puede despojarse. No pueden, por tanto hacerse entrar en el ámbito patrimonial bienes internos de la persona, que contrasten con la posibilidad de una apreciación dineraria, desprovistos de una directa utilidad económica.

Así delimitado, aclarado el significado de bien patrimonial se puede explicar el de interés patrimonial. Éste consiste en la utilidad que a un determinado individuo puede suministrar un bien patrimonial, es decir, en el beneficio patrimonial considerado en relación a un sujeto. Y daño patrimonial es el daño que tiene por objeto tal interés.” (DE CUPIS, Adriano. 1970. P.121-122).

Por su parte, Elena Vicente Domingo explica que los “*daños patrimoniales o económicos son los que sufre el perjudicado en la esfera de su patrimonio, entendido como conjunto de bienes y derechos de naturaleza patrimonial. Son daños evaluables económicamente por referencia al valor que el bien dañado tiene en el mercado cuando el daño se ha causado aunque, como se sabe, la indemnización constituye*

una deuda de valor. Este daño puede surgir de forma autónoma como consecuencia del hecho lesivo o ser un daño que acompaña a otro del cual deriva, lo que ocurre en los casos de daños corporales o en los de daños al honor y reputación de un comerciante.... El daño patrimonial provoca una disminución de utilidad que es compensable con dinero o con bienes intercambiables por dinero. Una correcta reparación del daño, bien «in natura» o bien por equivalente puede «restablecer la utilidad perdida»". (VICENTE DOMINGO, Elena, en REGLERO CAMPOS. L. Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel. 2014. p.338-339).

Como se puede apreciar, las características esenciales de estos daños es que afectan cosas materiales o inmateriales que pertenecen al sujeto que es titular de ese patrimonio o que de alguna forma le permite sacar algún beneficio de esa cosa, trayendo como consecuencia una desmejora en el haber patrimonial de la víctima, la cual puede valorarse o medirse en dinero.

Como ya mencionamos, bajo este concepto entran aquellos daños que causan una efectiva disminución del patrimonio de la víctima, así como también aquellos que afectan las ganancias que tendría la víctima de no haberse producido el daño, es decir, los ingresos

esperados a futuro que aumentaría el haber patrimonial de la víctima.

4.4.2.1 Daño Emergente.

El artículo 991 del Código Civil (cc con el 1106 del CC de España), es diáfano en disponer como rubro sujeto de indemnización *“el valor de la pérdida que haya sufrido”* la víctima, he aquí la esencia de lo que consiste este daño.

Indica el Dr. Javier Tamayo Jaramillo, que “hay daño emergente cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima (TAMAYO JARAMILLO, Javier. 2018. P.474); mientras que el autor Enrique Barros Bourie explica que *“La distinción entre daño emergente y lucro cesante proviene de una breve referencia en el Digesto, donde se entiende por daño ‘lo que he perdido o dejado de lucrar’ (Digesto 46.8.13, Paulus). Si ocurre una disminución patrimonial (por pérdida de valor de los activos o aumentos de los gastos o pasivos), se dice que se ha producido un daño emergente. Así, es daño emergente la destrucción de una cosa por el hecho ajeno o si se debe incurrir en gastos de hospital para la curación de una herida sufrida en un accidente. Si el daño consiste en que se impidió un efecto patrimonial favorable (porque no se produjo un incremento o no se*

disminuyó un pasivo), el daño es calificado de lucro cesante. Hay lucro cesante, en consecuencia, si una persona deja de percibir ingresos por estar inmovilizada a consecuencia de un accidente, o si el hecho culpable ha impedido que la víctima se libere de una obligación.” (BARROS BOURIE. E. 2020. P. 269).

El daño emergente es un daño patrimonial directo que habla por sí sólo, su existencia debe ser palpable por el juez, no está sujeta a divagaciones, pues la disminución patrimonial debe ser real y reflejar un deterioro en el patrimonio actual de la víctima. El daño emergente se justifica a posteriori, con documentos de gastos y facturas, ya que corresponden a los gastos ocasionados o que se vayan a ocasionar como consecuencia del evento dañoso y que el perjudicado -o un tercero- tienen que asumir para reponer el patrimonio al estado en que se encontraba antes de la ocurrencia del siniestro.

Señala Elena Vicente Domingo que *“Son daños efectivamente producidos porque se trata de gastos efectivamente realizados o que se van a realizar y por supuesto, conectados causalmente con el hecho dañoso. La STS 28 noviembre 1983 (RJ 1983, 6681) dice de este daño que consiste «en la pérdida sufrida, efectiva y conocida». Por lo tanto, estos daños existen en la medida en la que se puedan acreditar a través*

de los correspondientes documentos de gasto”. La STS 589/2007 de 31 de mayo (RJ 2007, 3431) aclara que la depreciación que sufren los inmuebles afectados por inmisiones acústicas es daño emergente y no lucro cesante. (VICENTE DOMINGO, Elena, en REGLERO CAMPOS. L. Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel. 2014. p.342).

Este tipo de daño afecta directamente el patrimonio de la víctima, disminuyéndolo, ya sea, a través de los gastos que ha tenido que efectuar la persona que sufrió el daño, o a través del deterioro de la cosa o las cosas que forman parte de ese patrimonio o por los gastos futuros necesarios que tiene que asumir la víctima a causa de evento dañoso.

4.4.2.2 Lucro Cesante.

De la redacción del artículo 991 del Código Civil, se puede colegir que este daño consiste en *“el valor de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor”*. Así este daño ya no ataca el patrimonio actual y/o presente de la víctima, sino los ingresos o aumento del patrimonio que se debían de realizar en el futuro, ya que frustra la ventaja patrimonial que la víctima esperaba obtener.

Para el Dr. Javier Tamayo Jaramillo, hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima (TAMAYO JARAMILLO, Javier. 2018. P.474); mientras que para el autor Enrique Barros Bourie sostiene que este daño consiste en que se impidió un efecto patrimonial favorable (porque no se produjo un ingreso o no se disminuyó un pasivo). Hay lucro cesante en consecuencia, si una persona deja de percibir ingresos por estar inmovilizada a consecuencia de un accidente, o si el hecho culpable ha impedido que la víctima se libere de una obligación. (BARROS BOURIE. E. 2020. P. 269).

Por su parte, Fernando Reglero Campos sostiene que el *“problema del lucro cesante no es un problema de imputación objetiva, sino de incertidumbre. No es posible conocer, a ciencia cierta, lo que hubiese pasado de no haberse producido el accidente –el mundo de ‘lo que hubiera sucedido de no mediar la lesión’, nunca ha existido-, por lo que no es posible afirmar (ni probar) que empíricamente determinadas ganancias hubiesen afluído al patrimonio de la víctima, y que su pérdida ha sido causada por el accidente. La decisión acerca de la existencia y cuantía del lucro cesante que ha causado el accidente siempre es una decisión efectuada sobre la base de ‘lo probable’”*. (REGLERO,

Fernando. Tratado de Responsabilidad Civil, tomo I. P.151).

Agrega este autor que el *“daño patrimonial consistente en un lucro cesante se configura como la ganancia dejada de obtener o la pérdida de ingresos, consecuencia directa e inmediata del hecho lesivo. Este daño tiene en su propia naturaleza una dosis de incertidumbre pues la realidad es que no se llegó a obtener la ganancia, por eso hay que manejarse en términos de cierta probabilidad objetiva, de acuerdo con las circunstancias concretas para evitar que bajo este daño pretenda el perjudicado obtener la compensación por pérdidas que nunca se hubieran producido. El Tribunal Supremo ha dicho que ‘el lucro cesante tiene una significación económica; trata de obtener la reparación de la pérdida de ganancias dejadas de percibir, concepto distinto de los daños materiales, cuya indemnización por ambos conceptos debe cubrir todo el quebranto patrimonial sufrido por el perjudicado’.* Este lucro cesante, tiene un doble contenido, ganancia dejada de obtener y pérdida de ingresos. En relación con la pérdida de ingresos, cabe admitir con mayor facilidad su existencia en los casos en los que las rentas pasadas fueran constantes.” (REGLERO, Fernando. Tratado de Responsabilidad Civil, tomo I. P.345).

Sobre el particular, explica Ricardo de Ángel Yáguez que *“El*

problema de la estimación y el cálculo del lucro cesante radica en acreditar una ganancia que se podía esperar con verosimilitud, según el curso normal de las cosas o según las circunstancias del caso, en especial según las medidas y previsiones adoptadas. Dicho de otro modo, de lo que se trata es de excluir como lucro cesante las hipotéticas e imaginativas ganancias que el acreedor pudiera alegar ante el incumplimiento del deudor. Es tradicional en este sentido señalar que las demandas más exageradas tienen su asiento en ese concepto imaginario de ganancias no realizadas, situación en la que incumbe al Derecho separar minuciosamente los sueños de ganancias» (como en afortunada expresión los llamó Dernburg, expresión recogida por nuestra doctrina hace ya tiempo) de lo que constituyen genuinas pérdidas de beneficios, asentadas en criterios de razonable probabilidad.

Como dice ALBALADEJO, si se exigiese la demostración absoluta y segura de que el lucro se iba a obtener y se frustró por el incumplimiento, se impedirían muchas indemnizaciones en casos en los que muy probablemente se habría obtenido el lucro en cuestión, pero cuyo resarcimiento no prosperará porque no se puede justificar de forma indudable que en efecto se habría obtenido; y por otro lado, si se permite obtener indemnización por lucro cesante en todo caso en que hubiese

habido ganancia posible y más o menos probable, resultará que se obtenga resarcimiento en hipótesis en las que acaso realmente no se habría alcanzado en efecto la ganancia que se indemnizó. La estimación de lucro cesante, por tanto, consiste en una operación intelectual basada, a la luz de las circunstancias de cada caso, en la razonable verosimilitud de que, de haber cumplido el deudor, el acreedor se habría beneficiado patrimonialmente en tal o cual medida; a veces, este juicio de valor es elemental (la falta de entrega de un buque frustra un crucero ya contratado), pero de ordinario la reconstrucción hipotética de lo que podía haber ocurrido se torna compleja, sobre todo por la fragilidad de las pruebas que al efecto pueda proponer el acreedor. Que en definitiva se trata de un problema de prueba lo acredita el hecho (frecuentemente mal interpretado) de que nuestro TS se muestre tan riguroso en la apreciación de lucro cesante.

3. La jurisprudencia rechaza que sean indemnizables «las ganancias inseguras y desprovistas de certidumbre» o las «sólo posibles» o las «aleatorias o hipotéticas». Definido el lucro cesante como «valor o importe de la ganancia, utilidad o interés que se ha dejado de obtener», la STS 30 de marzo de 1984 declaró que para determinar el lucro cesante hay que atenerse a la posibilidad objetiva de realizar la ganancia, teniendo en cuenta la resultante del curso normal de las

cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto; la STS 29 de noviembre de 1985 (citando la STS 5 de abril de 1984) declaró que la indemnización de las cantidades que se dejen de obtener por el cierre del hotel entran dentro del ámbito de los resarcimientos por razón del lucro cesante; la STS 6 de mayo de 1977 había dicho que si lo reclamado son las ganancias dejadas de obtener por quien se crea perjudicado, no pueden derivar de meros cálculos, hipótesis o suposiciones, ni referirse a beneficios posibles ni desprovistos de certidumbre, sino que requieren la aportación de alguna prueba cuya apreciación corresponde al Tribunal sentenciador; la STS 30 de diciembre de 1977 dijo que es preciso probar que se han dejado de obtener unas ganancias concretas que no han de ser dudosas y contingentes, sin poder ampararse sin más y genéricamente en la dicción del art. 1106; la STS 13 de febrero de 1984 advirtió que para determinar el lucro cesante puede acudirse a cálculos teóricos, pero cuidando de que las ganancias que se dejaron de obtener no sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas; la STS 31 de mayo de 1983 señaló que el acreditar el lucro cesante no puede menos de hacerse por medio de aprecio o cálculos teóricos, basados en una cierta probabilidad objetiva inscrita en el curso normal de los acontecimientos.” (DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. 2019. P.815-816).

En conclusión, el lucro cesante hace referencia a la pérdida en el futuro de ingresos netos (descontados los gastos) que pueden ser razonablemente esperados por una persona como el demandante, de conformidad con el normal desarrollo de los acontecimientos, razón por la cual, los mismos deben analizarse caso por caso, realizando el juzgador un juicio hipotético sobre su ocurrencia en el futuro, partiendo de lo que existía en el presente, es decir, que debe determinar cómo era el normal desarrollo de los ingresos que obtenía el demandante y, si es altamente probable que el mismo hubiese obtenido esos ingresos, entonces habrá certeza de la existencia de ese lucro cesante o ganancia frustrada.

4.5 La Prueba del Daño Patrimonial.

El daño debe ser probado en el proceso por quien reclama la indemnización, conforme a las reglas de cargas de la prueba contenida en los artículos 784 del Código Judicial y 1100 del Código Civil, de lo contrario no puede ser objeto de indemnización algo que no existe. En este sentido se debe acreditar en qué consiste el daño sufrido, ya sea en el patrimonio o en la persona de la víctima, así como su magnitud.

Ahora bien, no debe confundirse el tener que acreditar la

cuantificación del daño, con el deber de tener que acreditar la existencia del daño, pues puede darse el caso que en un proceso la persona acredite la existencia del daño, más no su cuantía, caso en el cual, no se le debe negar la indemnización reclamada ya que el Código Judicial contempla el mecanismo de liquidación de condena en abstracto para cuantificar adecuadamente los daños sufridos por una persona ante la eventualidad de que en el proceso no hayan quedado debidamente acreditados su cuantía y/o liquidez, es decir que, la cuantía y existencia del daño, no son lo mismo.

En este sentido, explica el Dr. Enrique Baros Bourie (ver BARROS BOURIE, Enrique. P.273 y ss) que la determinación del daño emergente no presenta dificultades conceptuales ya que se trata de disminuciones patrimoniales por gastos o por menor valor de cosas corporales o incorporeales. La víctima sufre daño emergente en la medida que es más pobre en razón del hecho del demandado.

Respecto del daño ya ocurrido, la valoración puede efectuarse sobre la base de los gastos efectivamente incurridos por el demandante para eliminar el daño o de la estimación prudencial de los costos o de las pérdidas incurridas. Estos valores, deben estar respaldados en hechos probados que permitan un grado elevado de objetivación.

En cuanto a los daños emergentes futuros, es decir, los gastos que se tengan que hacer en el futuro producto del evento dañoso, como por ejemplo, el cuidado o terapias requeridas por un inválido por un tiempo indefinido a fin de mejorar su situación de vida; ello no podrá ser tan objetivo como los daños y/o gastos ya ocasionados, por lo cual se deberá recurrir a estimaciones estadísticas y probabilidades que permitan construir presunciones acerca del monto estimado de los daños de una manera razonable.

Sobre el lucro cesante, siendo que en este rubro existe siempre un cierto grado de incertidumbre o elemento contingente, pues parte de la hipótesis de que la víctima efectivamente habría obtenido esos ingresos en un futuro si no hubiese ocurrido el evento dañoso, se debe acreditar en el proceso, la existencia de un alto grado de probabilidad y certeza, de que ello efectivamente debía ocurrir, a fin de no convertirse en un daño puramente hipotético o eventual. El cálculo de este rubro debe tomar en cuenta cuál era la situación actual de la víctima a fin de poder determinar de manera razonable cuáles serían los ingresos que obtendría una persona como el demandante, de conformidad con el normal desarrollo de los acontecimientos. En estos casos es necesario recurrir a estimaciones objetivas para fijar dicho monto, pues resulta

imposible acreditar con certeza cuáles iban a ser las ganancias futuras que tendría una persona.

Sobre el particular, la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, en Fallo de 15 de junio de 2017 (exp.337-14) nos explica que en el caso del lucro cesante, el mismo tiene como característica un cierto nivel de eventualidad, que se extiende al grado o cuantía de la afectación producto de la pérdida o disminución de la posibilidad de registrar ingresos a futuro, como consecuencia del hecho dañoso, lo cual encuentra justificación en la imposibilidad de predecir en términos exactos, la conducta ulterior del afectado, respecto a la generación de activos para su patrimonio, de no haber sido perjudicado con el acontecimiento lesivo. Así, en cuanto a la acreditación de los mismos, se observa que los mismos es necesario aludir a las circunstancias ordinarias en el devenir de la vida futura del afectado, como elemento dentro del cual debe fijarse el lucro cesante, ante la imposibilidad de su valoración exacta, y en la necesidad de que, reconocida la extensa variedad de supuestos que pueden presentarse, se recurra a criterios objetivos, que posibiliten calcular, dentro de un rango de probabilidades, la ganancia dejada de percibir por el perjudicado.

Veamos lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, en aquella

ocasión:

“Ahora bien, en alusión a lo que afirma este impugnador, en el sentido de que es necesario que exista certeza de que el daño ha producido un lucro cesante, para que el mismo sea reconocido, esta Superioridad no comparte el punto de vista del apelante, habida cuenta que el lucro cesante tiene como característica un cierto nivel de eventualidad, que se extiende al grado o cuantía de la afectación producto de la pérdida o disminución de la posibilidad de registrar ingresos a futuro, como consecuencia del hecho dañoso, lo cual encuentra justificación en la imposibilidad de predecir en términos exactos, la conducta ulterior del afectado, respecto a la generación de activos para su patrimonio, de no haber sido perjudicado con el acontecimiento lesivo.

Como soporte a esta conclusión, vale la pena reproducir lo que en torno al lucro cesante ha señalado la doctrina, particularmente el profesor Enrique Barros Bourie:

"170. Determinación y prueba del lucro cesante. a) A diferencia de lo que usualmente ocurre con el daño emergente, el lucro cesante tiene siempre un elemento contingente, porque se basa en la hipótesis, indemostrable por definición, de que la víctima habría obtenido ciertos ingresos si no hubiese ocurrido el hecho que genera la responsabilidad del demandado. El lucro cesante siempre plantea la pregunta, analizada a propósito del requisito de certidumbre del daño, acerca de los límites entre la ganancia probable y el daño puramente eventual (supra N°154).b) En verdad, la determinación de una ganancia o de un ingreso futuro exige asumir ciertos supuestos. Por eso, el cálculo del lucro cesante comprende normalmente un componente típico (en oposición a concreto e individual), que alude a los ingresos netos (descontados los gastos) que pueden ser razonablemente esperados por una persona *como* el demandante, de conformidad con el normal desarrollo de los acontecimientos. La prueba difícilmente puede determinar con certeza si el daño habría ocurrido, ni la suma precisa de los beneficios que la víctima habría obtenido. La necesidad de recurrir a estimaciones de base objetiva surge de la naturaleza del daño, porque envolviendo todo lucro cesante un factor de incertidumbre, la prueba en concreto de su materialización

impone condiciones imposibles de satisfacer.

En estos casos, un criterio de valoración objetivo tiene importantes efectos probatorios, porque hace posible a la víctima mostrar un procedimiento de cálculo del lucro cesante. Como toda objetivación, el criterio lleva a prescindir de las circunstancias más detalladas que podrían afectar los ingresos futuros de la víctima. La presunción del 'curso ordinario de las cosas' alcanza a todas las circunstancias que permiten proyectar un ingreso futuro sobre la base de los hechos mostrados en el juicio (ingresos del trabajo, margen de venta del comerciante sobre el costo de los productos y otras semejantes), y de la experiencia general acerca de lo que puede tenerse por ese desarrollo ordinario de los acontecimientos. (op cit. pp.262-263)[énfasis suplido por la Sala]

Otro autor que se pronuncia en similar sentido, en el Quinto Tomo de su obra "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial", es LUIS DÍEZ-PICASO, que lo plasma en los siguientes términos:

"El segundo capítulo de la indemnización lo constituye el lucro frustrado o las ganancias dejadas de obtener. Aunque uno y otro elemento del daño se comprenden lógicamente en el concepto del mismo, su régimen jurídico puede ser diferente sobre todo, como señalaba *Fischer*, porque es necesario señalar mediante un criterio exterior el límite del lucro frustrado y por tanto del deber de indemnización. El autor citado observaba que así como el concepto de daño tiene una base firme, pues se refiere siempre a hechos pasados, el lucro cesante participa de las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos hipotéticos. La experiencia nos enseña -dice *Fischer*- que hay unas demandas de indemnización exageradas y desmedidas por buscar su fundamento en un concepto que *Dernburg* había denominado "sueños de ganancia". En un sentido parecido, R. De Ángel (*Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, vol II, pág.50) dice que la estimación del lucro cesante es una operación intelectual en la que se contienen juicios de valor y que de ordinario exige la reconstrucción hipotética de lo que podría haber ocurrido. En

efecto, existe una notable diferencia entre aquellos supuestos en que la fuente de la ganancia y la ganancia existían con anterioridad al daño y es que este último el que la impide (p.ej., se incendia una casa que estaba alquilada y ello determina la extinción del contrato de arrendamiento) sobre los que además puede establecerse el límite temporal de los lucros frustrados en el período estricto que media entre la producción del daño y el pago efectivo de la indemnización; y aquellos otros lógicamente mucho más difíciles de establecer, que son supuestos de ganancias estrictamente futuras que dependen de múltiple (sic) factores (p. ej., el incendio impide la iniciación de una empresa hotelera). Para resolver este problema, el único criterio utilizable es el del juicio de probabilidad o verosimilitud atendiendo un curso normal de las cosas, como dice el parágrafo del Código Civil alemán." (p.345, 2011, Editorial Aranzadi) [énfasis suplido por la Sala]

Confrontados ambos extractos de doctrina, se observa que los mismos coinciden en aludir a circunstancias ordinarias en el devenir de la vida futura del afectado, como elemento dentro del cual debe fijarse el lucro cesante, ante la imposibilidad de su valoración exacta, y en la necesidad de que, reconocida la extensa variedad de supuestos que pueden presentarse, se recurra a criterios objetivos, que posibiliten calcular, dentro de un rango de probabilidades, la ganancia dejada de percibir por el perjudicado". (MAPFRE PANAMÁ, S. A. RECURRE EN CASACIÓN DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO QUE LE SIGUE IGINIO SMITH ROBINSON Y CARLOS ARIEL MESA. PANAMÁ, QUINCE (15) DE JUNIO DE DOS MIL DIECISIETE (2017).

4.5.1 La prueba del daño en la jurisprudencia panameña.

Según la **Sentencia de 09 de junio de 2023** (exp.1033442021) el daño es un elemento trascendental de la responsabilidad civil, y se puede decir que es la base a partir del cual debe trabajar el juzgador a la hora de analizar la responsabilidad civil de una persona, pues sin

daño, no existe nada que reparar y por tanto no podrá surgir la responsabilidad civil reclamada.

En este sentido, sostiene la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de Panamá en el **Fallo de 18 de marzo de 2016** (exp.446-13) que: *“Entiéndase que la indemnización corresponde al daño que se ha causado y que se ha de reparar, pues este es uno de los elementos estructurales de la responsabilidad contractual o extracontractual. Su plena demostración recae en quien demanda, lo que conlleva, por regla general, a que el actor en asuntos de tal naturaleza, esté obligado a acreditarlo cualquiera que sea su modalidad, puesto que quien afirma que su deudor le ha inferido un daño por su dolo o culpa está forzado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio, demostrando los hechos que lo constituyen y su cuantía o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración”*.

Con igual criterio se pronunció el **Fallo de 26 de diciembre de 2001** (SALOMÓN JOSEPH SETTON, LEA SOFER DE SETTON, ESTRUCTURAS NACIONALES, S. A. Y PLATINUM TOWER CORP. RECURREN EN CASACIÓN EN EL PROCESO ORDINARIO QUE SALOMÓN JOSEPH SETTON Y LEA SOFER DE SETTON LE SIGUEN

A ESTRUCTURAS NACIONALES, S. A. Y PLATINUM TOWER CORP. MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ A. TROYANO), veamos: *“En este sentido, la Sala se muestra de acuerdo con la sentencia impugnada ya que todo daño, sea éste material o moral, para que sea reconocido y originar la obligación de su reparación debe, entre otras cosas, ser probada su existencia en el proceso, es decir debe quedar demostrado con certeza a fin de que no exista duda sobre su realidad, salvo que se trate de los denominados por la doctrina como daños morales abstractos, intangibles, indeterminados, subjetivos o no objetivados, es decir, aquellos que por su propia naturaleza, contrario a lo que ocurre con los daños morales objetivos o tangibles, no pueden ser comprobados, pero se establecen con la prueba del hecho que los causa y de la condición del afectado.”*

Así, en **Fallo de 09 de abril de 1999** (RICARDO MANUEL MON HERRERA Y TELEMETRO PANAMÁ O MEDIOS PANAMEÑOS, S. A., OMAIRA DE LEÓN WATSON Y NUVIA CAÑIZALES RECURREN EN CASACIÓN EN EL PROCESO ORDINARIO QUE RICARDO MANUEL MON HERRERA LE SIGUE A TELEMETRO PANAMÁ O MEDIOS PANAMEÑOS, S. A., OMAIRA DE LEÓN WATSON Y NUVIA CAÑIZALES. MAGISTRADO PONENTE: ELIGIO A. SALAS.), respecto al lucro cesante, la Sala Civil sentenció lo siguiente: *“Esta Sala*

considera que es acertada la conclusión a la que llega el Ad-quem de que en el presente caso el demandante no tiene derecho a una indemnización por lucro cesante. Como lo plantea el sentenciador, de acuerdo a la doctrina, esta modalidad del daño material no puede fundamentarse en un daño hipotético basado en suposiciones o conjeturas por muy fundamentadas que parezcan. En este sentido, se aprecian algunos ejemplos contenidos en la citada obra de Alessandri Rodríguez, los cuales se asemejan a la pretensión del casacionista en atención a que no se considera un daño indemnizable el que se hace consistir en la privación de la ganancia o utilidad que la víctima habrá podido obtener por el hecho de haber estado organizando una industria, ya que no se sabrá si tal negocio habrá llegado a realizarse y cual hubiera sido su utilidad probable”.

De lo anterior podemos concluir que todo daño debe ser real, correspondiéndole al demandante su prueba, por tanto, no puede provenir de conjeturas, especulaciones ni ser hipotéticos o eventuales, ya que la mera posibilidad de que ocurra un perjuicio no autoriza a reclamar resarcimiento. Por ello, si lo reclamado está basado en una posibilidad remota de obtener un beneficio, dicho daño debe ser considerado como un daño hipotético, lo cual no da lugar a indemnización.

Una aplicación práctica de este criterio lo podemos observar en el **Fallo de 28 de diciembre de 2017** (exp.157-14), dónde se reclamaba la responsabilidad civil derivada del delito de violencia doméstica en cuyo proceso el juzgado de primera instancia había condenado en abstracto, mientras que el de segunda instancia había exonerado al demandado por falta de prueba de los daños. Veamos las principales piezas de dicho fallo:

“Aprecia la Sala que la Sentencia de segunda instancia reconoció que en el presente Proceso no existe prueba alguna que acredite los daños materiales o morales causados a la demandante Luz Graciela Rodríguez Cisneros, producto de la Condena Penal impuesta al demandado Alex Ramón Reyes Gutiérrez, por el delito de Violencia Doméstica, señalándose en dicho fallo que resulta "evidente que la demandante no ha comprobado con las pruebas los hechos de su demanda, y a consecuencia de ello no ha probado los daños y perjuicios, ni mucho menos la cuantía solicitada en la demanda por la suma de B/. 175,000.00 balboas.”

...

Como se dejó expresado en líneas anteriores, el Juzgado de primera instancia mediante Sentencia No 27 de fecha veintiséis (26) de julio de dos mil trece (2013), dispuso condenar en abstracto al señor ALEX REYES GUTIÉRREZ a resarcir los daños y perjuicios causados a la señora LUZ GRACIELA RODRIGUEZ CISNEROS, por responsabilidad civil derivada del Delito de Violencia Doméstica y fijó las bases para dicha condena al tiempo que dispuso que la cuantía de dicha indemnización no debía exceder la suma de ciento setenta y cinco mil balboas con 00/100 (B/.175,000.00).

Para arribar a dicha decisión el Juzgado Primero de Circuito de lo Civil del Segundo Circuito Judicial de Panamá exteriorizó el siguiente criterio:

" ...

En relación con este aspecto, nuestra legislación positiva es clara, al establece (SIC) que cuando se reclama responsabilidad civil derivada del delito, no se tiene que probar la culpa, solamente se debe acreditar el momento del daño y la realidad de éste, pues el punto lo ha dilucidado el Juez Penal y en base a ésta es que procede la reclamación civil, al existir una sentencia condenatoria en la jurisdicción penal.

...

En ese orden de ideas, no consta en el expediente ninguna prueba pericial contable que arroje un saldo final, por lo cual las cantidades no se entienden debidamente acreditadas o indiciariamente extractables de los elementos de juicio incluidos o en uso de la Sana Crítica. Por tanto, en base a esa observación, llega el Tribunal a la conclusión de que no se ha acreditado cantidad líquida alguna, por lo cual lo procedente es condenar en abstracto y fijar las bases para ello en seguimiento del artículo 996 del Código Judicial."

...

De lo anterior se deduce que la indemnización por daños y perjuicios que constituye la pretensión de la Demandante comprende tanto los daños materiales como los daños morales y para que proceda dicha indemnización, resulta imperativo que la actora acredite la existencia del hecho dañoso, que el mismo fue producto de una conducta ilícita y el nexo causal entre el daño, el hecho dañoso y el demandado.

...

Obra en Autos copia autenticada del acta de audiencia No.157 de fecha 16 de agosto de 2010 (fs.68-82), realizada en el Juzgado Segundo de Circuito Penal del Segundo Circuito Judicial de Panamá dentro del Proceso Penal seguido al señor ALEX RAMÓN REYES por Delito de Violencia Doméstica. En esa oportunidad el Dr. José Alberto

Calderón, luego de ratificarse del dictamen pericial que efectuó dentro de dicho Proceso, aclaró que la señora LUZ GRACIELA RODRÍGUEZ, muestra afectación emocional, que ella manifiesta como agresiones económicas y psicológicas; que pudiesen enmarcarse dentro del criterio de violencia doméstica, que tiene afectaciones de depresión y ansiedad que ameritan tratamiento mental. De igual forma sostuvo que en el peritaje de la ahora Casacionista hay claros elementos que ella aporta como parte de una situación de violencia.

De fojas 93 a 124 y siguientes del expediente reposan copias autenticadas de sendas Resoluciones que dan fe que el señor ALEX RAMÓN REYES interpuso contra la hoy Recurrente los siguientes Procesos: Pensión Alimenticia; Divorcio; Maltrato al Menor; Guarda, Crianza y Educación y División y Venta de Bien Común; sin embargo, al valorar el caudal probatorio que reposa en autos la Sala, no constata la ocurrencia de los daños y perjuicios materiales demandados por la señora LUZ GRACIELA RODRÍGUEZ. Distinto ocurre con el daño moral que a juicio de esta Superioridad se encuentra plenamente probado con las pruebas cuya errónea apreciación denunció la Recurrente, esto es con copia autenticada de la Sentencia Mixta No.5 de fecha dieciséis (16) de agosto de dos mil diez (2010), proferida por el Juzgado Segundo de Circuito de lo Penal del Segundo Circuito Judicial de Panamá, a través de la cual se declara penalmente responsable al señor ALEX RAMÓN REYES, por el delito de Violencia Doméstica en perjuicio de la señora LUZ GRACIELA RODRÍGUEZ, confirmada mediante Resolución de fecha 01 de agosto de dos mil diez (2010), por el Segundo Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial, pues en tales Resoluciones quedó consignado que la Demandante al ser víctima del delito de Violencia Doméstica sufrió un menoscabo en sus sentimientos, afectos y en su salud mental, por lo que surge para el Demandado la obligación de reparar el daño causado el cual será tasado por esta superioridad observando los derechos lesionados, el grado de responsabilidad y la situación económica del responsable y de la víctima.

Por lo anterior, resulta imperativo para esta Sala declarar probada parcialmente la pretensión demandada por la

Recurrente y en ese sentido se pronuncia”.

4.6. La Reparación del Daño, La Indemnización.

Debemos partir por reconocer, como lo hace Manresa, que *“Cuando no llegan a efectos tan graves la culpa o la negligencia, producen sin embargo obligación civil, limitada a reparar el daño causado por medio de una indemnización.”* (MANRESA. T.XII. 1914. P.596).

Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley respecto a los daños indemnizables sufridos a efectos que los mismos sean reparados. Así, la autora Mabel Goldstein indica que la reparación del daño culposo consiste en una indemnización que debe todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, el que está obligado a la reparación del perjuicio. (GOLDSTEIN, Mabel. 2008. P.489) y define la indemnización de daños y perjuicios como la *“Evaluación en dinero de la totalidad del daño resarcible, que el responsable debe satisfacer a favor del damnificado, aludiéndose separadamente al daño emergente y al lucro cesante”* (ibidem. P.320).

Por su parte, los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil dispone que *“La indemnización es un pago en dinero para compensar a la víctima, es decir, para reestablecerla, en la medida en que el dinero pueda hacerlo, en la posición que hubiera tenido si el ilícito por el que reclama no se hubiera producido. La indemnización también contribuye a la finalidad de prevenir el daño”*.

En materia civil se entiende que la indemnización es una suma de dinero que debe pagar una persona para reparar un daño que ocasionó, a causa de haber incumplido una obligación o haberla cumplido de forma tardía o de manera defectuosa. La misma tiene cabida tanto en materia de responsabilidad contractual como extracontractual (ya que en esta última el agente dañador no cumple con su obligación o con el deber genérico y universal de no causar daños a los demás). Dicha suma de dinero debe equivaler o representar el daño ocasionado y sufrido por la víctima, ya sea en su patrimonio o en su persona.

Ahonda sobre el particular el autor Adriano de Cupis cuando explica que la obligación en que consiste la responsabilidad civil tiene un objeto (reparación del daño) que puede concretarse en el resarcimiento o en la reintegración en forma específica. Así, señala el autor que *“El remedio represivo que se escinde en resarcimiento y*

reintegración en forma específica, se configura como resarcimiento cuando el interés se reintegra mediante su subrogación pecuniaria, o sea, con la atribución al sujeto de una cantidad de dinero suficiente, para que compense por subrogación, a su interés. El daño por razones de constante y absoluta imposibilidad no se borra del mundo de los hechos; y mucho menos se crea, como sucede con la reintegración en forma específica, una situación material que corresponda a la que existiría si no se hubiese producido; tan sólo se crea, con la atribución pecuniaria, una situación económicamente equivalente a la comprometida por la producción del daño.

La medida del interés lesionado, y por tanto, el daño, a efectos del resarcimiento, tiene carácter pecuniario, por lo que el resarcimiento consiste en la prestación al perjudicado de una suma de dinero igual a tal medida pecuniaria, adecuada para originar, como hemos referido, una situación económicamente equivalente a la comprometida.

Por esto, cuando se dice que el perjudicado ha quedado indemne, no se quiere decir que su daño haya dejado de ser un hecho realizado, y tampoco que se ha reparado en su natural materialidad, sino solo que se ha reparado económicamente mediante la subrogación, por equivalente, en el interés afectado. La reintegración del interés tiene

lugar con la restitución al sujeto no del mismo interés, sino simplemente de su valor económico.” (DE CUPIS, Adriano. 1975. p.748).

Pues como lo sostiene la autora Laura Gázquez Serrano, *“la finalidad que persigue la responsabilidad civil es reparadora, es decir, el intentar situar a la víctima en la misma situación en la que se encontraba antes de haber sufrido el perjuicio. La reparación o compensación trata de conseguir que el patrimonio del lesionado quede, por efecto de la indemnización y a costa del responsable del daño, en situación igual o al menos equivalente, a la que tenía antes de haber sufrido el daño”.* (GÁZQUEZ SERRANO, Laura. 2017. P.218).

4.6.1 El Principio de Reparación Integral de la Víctima.

En materia de indemnización, el principio de reparación integral del daño juega un papel fundamental ya que a través de este principio se debe perseguir la reparación de cada uno de los daños sufridos, tanto los perjuicios patrimoniales como los extrapatrimoniales, de tal modo que se pueda lograr la total indemnidad de la víctima. Así el Tribunal Supremo en la sentencia de la Sala de lo Penal de 20 de enero de 1976 la indemnización supone que el que la perciba quede indemne, y ello significa que abarcará todos los perjuicios que se padezcan tanto en el

orden material como en el orden moral, extendiéndose tanto al daño emergente como al lucro cesante, se pretende que los perjudicados sean resarcidos de forma cabal e íntegra alcanzándose la total indemnidad.

Su origen es de larga data y desde el punto de vista doctrinal se puede vislumbrar el mismo en los trabajos de DOMAT, para el año 1777, cuando señalaba que *“todas las pérdidas y todos los daños que pueden sobrevenir por obra de alguna persona, sea por imprudencia, ligereza o ignorancia de lo que debe saber, o por otras faltas semejantes, por mas leves que sean, deben ser indemnizados por aquel cuya imprudencia o falta haya dado lugar a ellos; pues son un mal que ha hecho aun cuando no tuviese intención de dañar”*. (DOMAT, Jean. 1844. T.II, p.76).

En este sentido, explica el Dr. Hernán Corral Talciani que *“el principio general es que la reparación debe ser completa: debe indemnizarse todo el daño que sea consecuencia directa del hecho ilícito”* (CORRAL TALCIANI, Hernán. 2003. P.336); de acuerdo con esto, la reparación debe comprender el perjuicio patrimonial como los perjuicios no patrimoniales.

Por su parte el Dr. Enrique Barros Bourie indica que, de conformidad con este principio, *“la reparación tiene por objeto poner al demandante en la misma situación en que se encontraría si no hubiese sido víctima del daño causado por el hecho del demandado”* (BARROS BOURIE, Enrique. 2020. P.267), siguiéndose de él dos efectos: el primero es el deber de reparar el total de los daños; y el segundo, que la reparación no depende del grado de culpa del demandado. Y ello se debe a que a que la idea de reparación está orientada al interés de la víctima de ser restituida al estado anterior al daño y no al juicio de reproche respecto del autor del daño.

Así, el principio de reparación integral del daño comporta reparar todos los perjuicios causados a la víctima que sean consecuencia del hecho dañoso, a fin de dejarla en las mismas condiciones o en las condiciones más similares posibles a las anteriores a la ocurrencia del siniestro. En contrapartida, ello significa que la reparación no puede ser superior al daño efectivamente causado a la víctima, por tanto, la obligación indemnizatoria encuentra su límite en la extensión de los perjuicios sufridos por la demandante y que han sido acreditados en el proceso.

En este sentido, ha indicado la Sala Primera de lo Civil de la Corte

Suprema de Justicia de Panamá que *“El resarcimiento debe entenderse como la reparación integral del menoscabo del interés ajeno y, desde ese punto de vista, se deben considerar antijurídicos todos los comportamientos contrarios a la Ley, aunque estos sean de carácter involuntario o hayan tenido lugar a través de las cosas o de los animales. Por igual motivo, en el caso específico de los actos ilícitos que no sean delitos o que no hayan sido calificados como tales por un tribunal competente, también se tiene que reputar como indemnizable el daño moral, siempre y cuando sea dable establecer con objetividad el grado de responsabilidad que le quepa a los ofensores.* (Fallo de 26 de enero de 1998. Demetrio Basilio Lakas recurre en casación en el proceso ordinario que le sigue a Diamantis Papadimitriu Vasiliadis).

También ha afirmado que *“el instituto de la responsabilidad civil se basa en el principio de la reparación integral del daño causado. Por ende, quien es titular de un derecho afectado por la acción u omisión ajena, no tiene por qué soportar tales perjuicios, sino que corresponde reparar estos a su autor o a quien resulte civilmente responsable por los mismos”.* (Fallo de 14 de agosto de 2015, exp. 221-10)

Y que *“Uno de los principios rectores para el resarcimiento del daño, ampliamente reconocido en la doctrina para los daños materiales*

-para el moral se habla más bien de una compensación dada la imposibilidad de restituir el bien lesionado-, es el de su reparación integral. Explica Enrique Barros Bourie que "de conformidad con este principio, la reparación tiene por objeto poner al demandante en la misma situación en que se encontraría si no hubiese sido víctima del daño causado por el hecho del demandado" (p.255). La obligación del agente de restituir al afectado el estado que tenía previo al hecho dañoso, si bien le impone reparar todos sus efectos, estará sujeto a las particularidades en concreto que presente cada caso, como por ejemplo el bien afectado, tipo de daño, sus consecuencias, prueba para su liquidación, entre otros". (Fallo de 14 de febrero de 2020, exp.305-17)

Por su parte, el Tribunal Supremo de España, en el Fallo de 14 de julio de 2020 (**STS 2499/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2499**), ha expresado lo siguiente:

"1.- Consideraciones generales sobre la indemnidad de la víctima como principio resarcitorio rector ante los daños injustamente sufridos

La responsabilidad civil no se explica sin la existencia del daño. Puede concurrir una responsabilidad civil sin culpa, pero no es viable sin menoscabo, perjuicio o dolor ajeno. La causación del daño, cuando concurre un título de imputación jurídica, justifica la transferencia o endoso del perjuicio sufrido del patrimonio de la víctima al del causante, al que se le impone, por elementales exigencias de decencia en las relaciones humanas, la obligación de resarcirlo. La regulación normativa de la responsabilidad civil busca los

presupuestos necesarios para la determinación del sujeto que ha de asumir tan elemental obligación.

El art. 1902 del CC obliga a reparar el daño causado. La búsqueda de la indemnidad del perjudicado se convierte en pilar fundamental del sistema, que informa los artículos 1106 y 1902 del CC, y exige el restablecimiento del patrimonio del perjudicado al estado que tendría antes de producirse el evento dañoso (sentencias 260/1997, de 2 de abril; 292/2010, de 6 de mayo y 712/2011, de 4 de octubre).

En definitiva, nuestro sistema de responsabilidad civil está orientado a la reparación del daño causado, bien in natura o mediante su equivalente económico (indemnización). Manifestación normativa de lo expuesto la encontramos en el art. 33 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, cuando establece que el principio de reparación íntegra busca "asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos".

En el sentido expuesto, se manifiesta la sentencia 247/2015, de 5 de mayo, cuando declara que: "[...] el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento o acto ilícito, lo que se conoce como *restitutio in integrum*".

Para el caso español, explica la autora Elena Vicente Domingo que la base normativa del principio de reparación integral es el artículo 1106 del Código Civil (fuente directa de nuestro artículo 991 del CC), el cual no es un buen parámetro para los daños que recaen en bienes imposibles de evaluar con criterios objetivos. Así *“en los daños patrimoniales, la reparación integral no deja de ser o bien una reparación específica o bien una pura operación aritmética. Tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden encajar bien en el*

principio de la reparación integral.

No ocurre lo mismo con otro tipo de daños que tienen naturaleza extrapatrimonial pues no tienen valor aproximativo de referencia. Así, ni los daños a los bienes de la personalidad, ni los daños corporales ni los daños puramente morales por la muerte de un ser querido, pueden ser reparados integralmente. Por eso en estos casos, la reparación integral se entiende que es una reparación «in concreto». Al respecto, FAGNART afirmó que «un daño que no puede evaluarse de forma matemática no puede ser reparado de forma integral»". (VICENTE DOMINGO, Elena, en REGLERO CAMPOS. L. Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel. 2014. p.404).

Lo cierto es que este principio es de vital importancia no solo para el derecho civil, sino también para la protección de los Derechos Fundamentales de las personas, lo que se ve materializado en el Derecho Internacional de Derechos Humanos. Así por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. (cfr. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras. Reparaciones

y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C. No.7, párr.25; y Caso Chitay Nech y otros Vs Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C NO.212, párr. 227.).

De igual forma, la Resolución de las Naciones Unidas de 2005 sobre los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” dispone que

“18. Conforme al derecho interno y al derecho internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva, según se indica en los principios 19 a 23, en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

19. La *restitución*, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.

20. La *indemnización* ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como los siguientes:

- a) El daño físico o mental;
- b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales;
- c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante;
- d) Los perjuicios morales;
- e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.

21. La *rehabilitación* ha de incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales.

22. La *satisfacción* ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas siguientes:

- a) Medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones;
- b) La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones;
- c) La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad;

d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella;

e) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades;

f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones;

g) Conmemoraciones y homenajes a las víctimas;

h) La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles.

23. Las *garantías de no repetición* han de incluir, según proceda, la totalidad o parte de las medidas siguientes, que también contribuirán a la prevención:

a) El ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad;

b) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad;

c) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial;

d) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos;

e) La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad;

f) La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos

penitenciarios, los medios de información, el personal de servicios médicos, psicológicos, sociales y de las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales;

g) La promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales;

h) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan.”

4.6.2 Naturaleza de la Indemnización.

Si se parte en aceptar que el daño debe ser reparado por lo general pecuniariamente surge, inmediatamente, la necesidad de analizar la naturaleza de ese derecho resarcitorio y específicamente la posibilidad de que sea transmitido, tanto inter vivos como mortis causa.

Tradicionalmente, a este tipo de derecho, al relacionársele únicamente con el daño patrimonial, se le han atribuido las características de relatividad, patrimonialidad, transmisibilidad, disponibilidad y renunciabilidad. Sin embargo, en el caso del derecho al resarcimiento de los daños morales, no se coincide en determinar si su naturaleza es personal o patrimonial.

Así, según el autor Reinerio Rodríguez Corría, “*Para algunos*

autores, el problema radica en el origen mismo del daño moral, que sitúan en la violación de los derechos inherentes a la personalidad. En este sentido destaca la posición de BREBBIA, para quien la acción de reparación del daño moral es personalísima, lo cual implica que corresponde únicamente al perjudicado, y no puede cederse. Para este autor, esta última característica deriva directamente de la “nota de intransmisibilidad específica de los derechos inherentes a la personalidad”.

En similar sentido se pronuncia ORGAZ, para quien el carácter personal de la acción es incompatible con su transmisión. Otros autores, se oponen a la transmisión por motivos morales. Según DEMOGUE repugna a la naturaleza en parte sentimental de la reparación del perjuicio moral que la víctima la acuñe en moneda, pero también reconoce que nada impide al perjudicado que se procure por medio de la cesión de sus derechos los recursos para una necesidad urgente²¹. Como se observa más que una oposición técnica lo que existe es predisposición a no aceptar la cesión. Similares argumentos morales esgrimen MAZEAUD-TUNC.

En sentido totalmente contrario se presenta otro importante sector de la doctrina, sobre todo la italiana. Para DE CUPIS la condición de

intransmisible del derecho violado (un derecho inherente a la personalidad), no es transferible al derecho al resarcimiento, pues éste, al tener por objeto una prestación pecuniaria, constituye un elemento del patrimonio, no distinguiéndose de cualquier otro derecho patrimonial. Para SCOGNAMIGLIO el derecho a recibir una suma de dinero que nace de la lesión de un bien, por no tener los caracteres de éste, entra a formar parte del patrimonio, y, al igual que los restantes elementos que lo integran, es plenamente transmisible y comerciable". (RODRÍGUEZ CORRÍA, Reinerio. 2005. p248).

En este sentido, explica el doctor Adriano De Cupis que *"El resarcimiento es un derecho relativo de crédito que se dirige contra la persona del responsable. La ley determina en abstracto el sujeto responsable y producido el daño concreto, el perjudicado adquiere derecho al resarcimiento contra el sujeto individualizado que es responsable de tal daño concreto.*

El atributo de la patrimonialidad, es notorio por cuanto su objeto - la prestación resarcitoria- tiene naturaleza pecuniaria, y por tanto patrimonial. El dinero, como medio de medida de los valores económicos e instrumento de adquisición de otros bienes patrimoniales, es siempre y en sí mismo un bien patrimonial; y en el ámbito del

resarcimiento constituye el equivalente económico del interés lesionado, desarrollando en favor del perjudicado, una función beneficiosa de orden patrimonial.

Antes de la liquidación del daño, el derecho al resarcimiento, nacido por efecto del hecho dañoso, tiene por objeto la prestación debida por el responsable, de resarcir dinerariamente en la medida que precisará la liquidación posterior, por lo que no es todavía elemento activo de una obligación pecuniaria en sentido estricto, considerada como obligación cuyo objeto es una suma de dinero numéricamente determinada. Pero dado que aquella prestación está destinada a encontrar su adecuada expresión cuantitativa en la posterior liquidación, puede ya considerarse como un derecho de índole patrimonial dotado de un fin patrimonial, por cuanto producida la liquidación, el mismo deviene elemento activo de una obligación stricto sensu pecuniaria.

La patrimonialidad del derecho al resarcimiento correspondiente a su objeto y a su fin no se prejuzga por el carácter no patrimonial del daño, por razón del derecho violado, pueda revestir (piénsese en la violación de un derecho de la personalidad).” (DE CUPIS, Adriano. 1975. p.780).

De lo anterior, podemos concluir que, una cosa es la naturaleza del bien lesionado y otra la del bien o derecho en que se traduce la responsabilidad a fin de reparar ese bien. Así, el daño puede afectar bienes patrimoniales o no patrimoniales del sujeto; sin embargo, la indemnización que surge para reparar esa lesión, por equivalente, es de contenido netamente patrimonial, pues va a consistir en una suma de dinero que tasa el juez.

Claro está, esto puede sonar contradictorio, pues en el caso de daños patrimoniales no existe inconveniente alguno, ya que un bien de naturaleza patrimonial se reemplaza por otro de la misma naturaleza, toda vez que en estos casos la indemnización persigue reponer dentro del patrimonio aquellos bienes dañados, o restablecer, mediante la entrega de una suma dineraria, el equilibrio patrimonial lesionado.

Sin embargo, cuando se lesiona un bien no patrimonial, tendríamos que se está reemplazando un bien no patrimonial por uno patrimonial, lo que supondría indirectamente, la mercantilización de derechos que no están en el comercio y que por lo general son personales, intransmisibles y no valorables en dinero. Además, de que no se estaría cumpliendo el fin de la responsabilidad civil en estos casos, el cual es el de reparar el daño moral sufrido por la víctima, ya

que, de aceptarse dicha transferencia, se estaría compensando a una persona que no ha sufrido daño moral alguno. Y es que, en estos casos, la indemnización no pretende equilibrar un patrimonio afectado, pues con la entrega de esa suma de dinero lo que se hace es aumentar dicho patrimonio a fin de compensar el sufrimiento padecido por la persona.

En este sentido, debemos indicar que, en Panamá, la transferencia de la indemnización cuando lo que se debe reparar es sólo daños materiales, puede transmitirse a terceros, debido a que esa posibilidad, si bien no está regulada, tampoco está prohibida, por lo que se sigue la máxima de que los particulares pueden hacer todo lo que no este prohibido por la ley. Por lo que en estos casos se deben seguir las normas generales contenidas en el Código Civil y en el Código Judicial en lo que corresponda.

Sin embargo, cuando lo que se deban reparar sean daños morales, dicha transferencia a favor de tercero, sí está expresamente prohibida por el legislador. En este sentido, el quinto párrafo del artículo 1644-A del Código Civil es diáfano en disponer que: *Sin perjuicio de la acción directa que corresponda al afectado la acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y solo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.*

Misma solución ofrece el Código Civil y Comercial de Argentina, el cual en su artículo 1741 dispone lo siguiente:

ARTICULO 1741.- Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible.

La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste.

El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.

4.6.3 Forma de Indemnizar los daños patrimoniales.

Conforme a los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, la forma en que se puede indemnizar una persona es a través de: a) Una suma alzada o renta periódica. b) mediante la reparación en forma específica.

El primer supuesto corresponde al pago de una suma de dinero, ya sea que se haga en un solo pago global, o a través de pagos

periódicos, lo cual debe hacerse, según resulte apropiado a los intereses de la víctima.

La segunda forma de reparación tiene lugar cuando a la persona se el devuelve un bien parecido al que se le dañó, lo cual ocurre a opción de la víctima, en la medida que esa forma de reparación sea posible y no excesivamente gravosa para la otra parte.

Por tanto, la regla general es que la compensación y/o reparación del daño se haga mediante el pago de una suma de dinero, lo cual no excluye la posibilidad de que el daño pueda ser reparado de otra manera.

Por ello, la doctrina concuerda que la reparación del daño puede ser “***in natura***”, mediante la ejecución de actos o la adopción de medidas que hagan desaparecer el daño, siempre que no irroque perjuicios mayores al demandado y sea viable esta posibilidad; o, “***en equivalente***”, en donde el daño se compensa por un sustituto, que generalmente es una suma de dinero.

En este sentido, la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, en el Fallo de 9 de junio de 2020 (exp.232-19), sostuvo que:

“...Esta obligación de reparar los daños causados es la que nace “ex lege” como derivación de la obligación general que tiene cualquier persona de no dañar o lesionar a otro en su persona o en sus bienes, denominada “alterum non laedere”, cuando no existe una relación jurídica previa entre los sujetos de dicha obligación, el agente del daño y la víctima o persona que lo sufre y que se convierte en acreedora de la obligación de reparar los daños, que consiste bien en la restitución o reparación del bien (reparación in natura, de ser físicamente posible) o en la indemnización de los daños y perjuicios causados, tanto patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) como no patrimoniales o morales”.

La diferencia entre este tipo de indemnización, es explicada en la sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de España de 28 de septiembre de 2015, de la siguiente manera: *“las formas de reparar el daño son la reparación específica o “in natura” y la indemnización por equivalencia. Dentro de las primeras distingue la dogmática, en sede de responsabilidad contractual, entre la reparación “in natura” del daño y el cumplimiento “in natura” de la obligación incumplida. La reparación “in natura” consistirá en reintegrar la esfera jurídica que se ha lesionado a otra persona a su estado anterior a la causación del daño, colocando al damnificado en la situación en la que se encontraría si no se hubiese*

producido el evento dañoso. Por contra, la reparación por equivalencia, denominada también indemnización y resarcimiento, lo que persigue es que se compense o resarza el menoscabo patrimonial sufrido por el damnificado, a través normalmente de la entrega de una suma de dinero, que se traduce en la prestación del “idquod interest”. (En: GÁZQUEZ SERRANO, Laura. 2017. P.222).

Debemos recordar que, en la mayoría de los casos, la reparación in natura es imposible, sobre todo en materia de daño moral, por lo que la indemnización en estos casos va a ser siempre de naturaleza compensatoria.

En este sentido, considera Elena Vicente Domingo que *“el resarcimiento específico es la genuina forma de reparación porque persigue colocar al dañado en la situación anterior a la producción del mismo a través de la restitución específica o «in natura» del perjuicio. Además esta forma de reparación se adapta perfectamente a los daños de naturaleza patrimonial y material y será la que prevalezca siempre que la obligación sea posible y no sea excesivamente gravosa para el causante del daño.”* Agrega esta autora que: *“cuando la alternativa in natura sea excesivamente gravosa para el causante o no sea posible por la naturaleza del daño, la reparación que corresponde es la del*

equivalente pecuniario. En los casos de daños no patrimoniales, y concretamente, en el de daños corporales no cabe otra posibilidad que la reparación pecuniaria, en cuanto al daño en sentido estricto, aunque en estos casos la utilidad del dinero sea cero”. (VICENTE DOMINGO, Elena, en REGLERO CAMPOS. L. Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel. 2014. p.401).

4.6.4 Clases de Indemnización.

La doctrina patria, suele distinguir dos tipos de indemnización, la compensatoria y la moratoria.

La indemnización compensatoria es aquella que viene a reemplazar o equivale a la prestación que el deudor ha dejado de satisfacer al acreedor, o sea, es la cantidad de dinero que reemplaza el objeto de la obligación en caso contractual; o, de reparar el daño causado por el incumplimiento del deber de prudencia (extracontractual).

La indemnización moratoria, es la que tiene su génesis en el cumplimiento tardío de la obligación. En este sentido, el profesor Narciso Garay (Q.E.P.D.) señala que la indemnización moratoria es la

que tiene por objeto incorporar al patrimonio del acreedor una suma de dinero equivalente al valor económico de la lesión que experimentó por atraso en el cumplimiento de la obligación imputable al deudor, en otras palabras, este tipo de indemnización, sanciona la mora del deudor.

En regímenes jurídicos como el Common Law, por lo general, se reconocen dos tipos de indemnizaciones (damages) la compensatoria (compensatory damages) y la punitiva (punitive damages). La primera, busca compensar a la víctima que ha sufrido el daño, a base de una suma de dinero, que debe comprender todos los costos del accidente (pérdidas materiales, las lesiones y dolor sufrido). Mientras que las segundas, constituyen una sanción monetaria a cargo del demandado y a favor de la víctima; por lo temeraria de la conducta del agente dañador. Los punitive damages, se aplican dependiendo de cada caso y castigan o sancionan ese desprecio o temeridad que ha mostrado el demandado por el derecho del demandante.

Esto daños punitivos constituyen una verdadera sanción civil (castigo) al causante del daño, y proceden de manera excepcional a discreción del tribunal, como una adición a los daños reales, cuando se determina que el demandado ha mostrado gran temeridad en su actuar por presentar un comportamiento especialmente dañino, es decir, que

sabe que su conducta puede causar o va a causar de manera intencional un daño.

Esta última indemnización (punitives damages), es extraña a nuestro derecho y todavía no ha sido regulada. En este sentido, la autora Laura Gázquez Serrano, comenta que en “Una sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre del 2005, dejaba sentada su lejanía conceptual para con los daños punitivos en el ordenamiento español: «Estamos, pues, en el régimen general, dentro del cual hay que aplicar, ciertamente, el art. 1106 CC (LA LEY 1/1889), pues la indemnización por daños ha de comprender el daño emergente y el lucro cesante, pero teniendo la indemnidad del perjudicado como límite del resarcimiento (Sentencias de 26 de noviembre de 1994, de 13 de abril de 1987, de 28 de abril de 1992), por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento (Sentencias de 6 de octubre de 1982 EDJ 1982/5753, de 2 de abril de 1997), pero no procurar una ganancia o un enriquecimiento al perjudicado. De modo, pues, que se reparan los daños efectivamente sufridos, ya que no conoce nuestro Derecho los llamados “daños punitivos”, ni tiene ahora función la idea de una “pena privada”.» “(GÁZQUEZ SERRANO, Laura. 2017. P.218).

Así, en nuestro medio el fin de la indemnización, sería eminentemente reparador, por lo cual no debe constituir un tipo de enriquecimiento injustificado a favor del demandante y en perjuicio del demandado.

Al respecto, el Tribunal Supremo de España, ha indicado en el citado Fallo de 14 de julio de 2020 (**STS 2499/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2499**), que:

2.- El resarcimiento del perjudicado no puede suponer para éste un beneficio injustificado. Existencia de límites al deber de reparar o indemnizar el daño

El daño ha de ser resarcido, pero también en su justa medida. No puede convertirse en beneficio injustificado para el perjudicado. De esta manera, para el contrato de seguro, lo proclama expresamente el art. 26 de su ley reguladora 50/1980, de 8 de octubre, cuando norma que "el seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado".

A ese equitativo resarcimiento del daño se refiere la sentencia 208/2011, de 25 de marzo, cuando señala que la "[...] finalidad de la indemnización es la de reparar el daño causado y no la de enriquecer el perjudicado". De igual forma, se expresa la sentencia 712/2011, de 4 de octubre, al reafirmar que los tribunales han de ponderar las circunstancias concurrentes para evitar que se produzca una indeseable situación de tal clase. O, en el mismo sentido, la sentencia 482/1981, de 15 de diciembre.

3.- El resarcimiento del daño habrá de ser racional y equitativo, no se puede imponer al causante una reparación

desproporcionada o un sacrificio económico desorbitado que sobrepase la entidad real del daño

En los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil se establecen tales límites. Y así, en el art. 10:104, bajo el epígrafe "reparación en forma específica", se señala que: "En lugar de la indemnización, el dañado puede reclamar la reparación en forma específica en la medida en que ésta sea posible y no excesivamente gravosa para la otra parte".

Y, en el art. 10:203, concerniente a la "pérdida, destrucción y daño de cosas", norma, en su apartado (1), que:

"Cuando una cosa se pierde, destruye o daña, la medida básica de la indemnización es su valor y, a estos efectos, es indiferente que la víctima quiera sustituir la cosa o repararla. No obstante, si la víctima la ha sustituido o reparado (o lo va a hacer) puede recuperar el mayor gasto si tal actuación resulta razonable".

En los daños materiales, la reparación del objeto dañado es la forma ordinaria de resarcimiento del daño sufrido. Ahora bien, este derecho a la reparación *in natura* no es incondicional, sino que está sometido a los límites de que sea posible -naturalmente no es factible en todos los siniestros- y que no sea desproporcionado en atención a las circunstancias concurrentes. O dicho de otra manera, siempre que no se transfiera al patrimonio del causante una carga económica desorbitante. La forma de resarcimiento del daño pretendida ha de ser razonable y la razón no se concilia con peticiones exageradas, que superen los límites de un justo y adecuado resarcimiento garante de la indemnidad de la víctima.

En definitiva, el derecho del perjudicado a obtener la reparación del daño como cualquier otro no puede ser ejercitado de forma abusiva o antisocial (art. 7 del CC), sino que queda circunscrito a la justa compensación, encontrando sus límites en la proporcionada satisfacción del menoscabo sufrido al titular del bien o derecho dañado.

Incluso, la sentencia 79/1978, de 3 de marzo, que se viene citando como manifestación de un incondicionado derecho

de opción del perjudicado para exigir la reparación *in natura*, utiliza como razonamiento la proximidad del precio del valor de reparación del vehículo siniestrado y el de sustitución de otro similar en el mercado, al señalar que "[...] como ocurre en este caso, ambos valores se aproximan sensiblemente, como se da por acreditado en el quinto considerando de la sentencia de primer grado"; es decir, que la precitada resolución no dejaba de contemplar ni, por lo tanto, descartaba que fueran objeto de ponderación y correlativo tratamiento específico los supuestos de antieconómicas reparaciones."

4.6.5 El Cómputo de Intereses en la Indemnización.

Este tema, sobre el cómputo de intereses a la indemnización de daños y perjuicios derivados de responsabilidad civil extracontractual, no tiene un criterio unificado, es más, existe disparidad de criterio, todos con cierta razón en las motivaciones que los sustentan.

Para un mayor entendimiento, abordaremos como es visto este problema, según autores y jurisprudencia de Panamá, Colombia, España y Chile.

En este sentido, tenemos que, en Panamá, esta discusión, según los registros judiciales, data de 1932, en la cual se han manifestado posturas a favor y en contra.

En este sentido, existe el Fallo de 1 de septiembre de 1993 (bajo la ponencia del Mag. Carlos Lucas Lopez), en donde se manifestó que:

"El casacionista considera que se infringió igualmente, el artículo 993 del Código Civil, porque no se le reconocieron en el fallo de segunda instancia, los intereses sobre el monto de la indemnización a partir de la condena mantenida a través de todo proceso" (foja 630).

Esta norma dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 993: Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal.

Mientras no se fije por la ley se considerará legal el interés de seis por ciento por año".

Con relación a este artículo, la Corte se ha pronunciado repetidamente. Para mayor ilustración se transcribe un párrafo contentivo del criterio de esta Sala:

"Sobre este aspecto, tenemos que reiterar que los intereses se causan cuando existe mora en el pago de una cantidad líquida y, claro, esta es a partir de la ejecutoria de la sentencia cuando se conoce el monto líquido.

En el caso que nos ocupa, no se configura la mora, requisito indispensable para que la demanda fuera condenada al pago de los intereses". (Sentencia de 6 de octubre de 1992, Sala de lo Civil, Recurso de Casación interpuesto por TSIANOS, S. A., en el Juicio Ordinario que le sigue a ADMINISTRACIÓN MODERNA, S. A.)

No procede entonces condena al pago de intereses porque no existe una cantidad líquida exigible y por consiguiente, el demandado no puede haber incurrido en

mora.”

Luego, se reiteró dicho criterio en la Resolución de 4 de junio de 1999 (bajo la ponencia del Mag. Eligio A. Salas), en donde la Sala expresó lo siguiente:

“El artículo 993 del código Civil se refiere específicamente al caso del incumplimiento de una obligación que consista en el pago de una cantidad de dinero conocida, es decir, sólo regula la llamada indemnización moratoria cuyo objeto es indemnizar el daño que resulta de la mora en el pago de una cantidad líquida.

Cabe señalar que la indemnización de perjuicios puede ser compensatoria y moratoria. Sabemos que la indemnización compensatoria "es la cantidad de dinero que reemplaza al objeto de la obligación cuando ésta no se cumple". En otras palabras, tiene por objeto reparar el daño causado por el incumplimiento de la obligación; mientras que la indemnización moratoria es la que tiene por objeto indemnizar el daño que resulta por la mora. En esta clase de obligación el objeto de la misma es, precisamente, el pago de una cantidad de dinero; se da, por ejemplo, cuando se conoce desde el momento del contrato cuál es la cantidad que el deudor debe abonar al acreedor. En estas obligaciones los intereses no son otra cosa que una indemnización de perjuicios y, como la ley presume que toda cantidad de dinero es productiva de interés, basta el hecho de la mora para que haya lugar a la indemnización de perjuicios. (Cfr. Derecho Civil, Teoría de las Obligaciones, Arturo Alessandri Rodríguez, 1983, Ed. Librería del Profesional, Colombia, fs. 118 y 119).

En el presente caso, el demandante obtuvo una indemnización compensatoria a través de la sentencia condenatoria que determinó la suma de dinero que el demandado debía pagar en concepto de daños y perjuicios y costas de trabajo en derecho.

El demandante no tiene derecho a que se compute un

interés legal previo a dicha sentencia condenatoria, es decir, a que se fije una indemnización moratoria (a la que alude el art. 993 del Cód. Civil) sobre la indemnización compensatoria, o sea, sobre la cantidad de dinero que resultó como condena para efectos de reparar el daño.

En todo caso, el interés moratorio sería procedente en el evento de que el demandado no cumpliera con el pago de la cantidad de dinero a que fue condenado, luego de que la sentencia esté ejecutoriada, haya transcurrido el término que establece la ley para ello y después que el actor o acreedor le haya exigido el pago de la misma.

Por estas consideraciones es que no cabe el cálculo de un interés legal sobre la condena a partir de la fecha en que se interpuso la demanda, como erradamente lo aprobó el Tribunal Marítimo; y no porque le asista razón al apelante al señalar que la improcedencia de tal interés se deba a que la obligación en ese momento era considerada como una mera expectativa -no reconocida por la demandada.

Por todo lo expuesto se concluye que no es procedente la imposición de intereses legales sobre la indemnización compensatoria que se determinó en el presente proceso ordinario marítimo, porque no es el caso que regula el artículo 993 del Código Civil. Tampoco puede considerarse que exista derecho a estos intereses legales con base en el supuesto de que hubiese existido mora en el pago del monto líquido después de la ejecutoria de la sentencia, ya que el demandado pagó la totalidad de la condena, sin que hubiese mediado exigencia por parte del demandante (acreedor) para el cumplimiento de tal pago”

Esta posición se sustenta, en que no cabe el cobro de intereses antes de la sentencia ejecutoriada, porque no existe una suma líquida de dinero, que es la exigencia que contempla el artículo 993 del Código Civil para su aplicación. Por lo que habría que esperar la liquidación de dicha suma en la sentencia, para poder considerar que el deudor entra

en mora si no la cumple dentro del término que le fija el Código Judicial (6 días siguientes al de la ejecutoria de la sentencia según el Art.1036), ya que esa suma líquida, sólo se determina cuando la sentencia está ejecutoriada. Además, no sería procedente pagar indemnización moratoria (intereses moratorios) sobre una indemnización compensatoria. Así, para que surja el derecho a computar intereses, debe darse la mora en el cumplimiento de la sentencia que fijó la cuantía de la indemnización.

Ahora la Sala Tercera en un fallo de 21 de mayo de 2018 (bajo la ponencia del Mag. Abel Zamorano) siguió este criterio, aunque no explicó los motivos de su proceder.

Pese a lo anterior, tenemos que el anterior criterio, fue textualmente variado por la Sala Civil en 2003, así en el Fallo de 16 de julio de 2003 (bajo la ponencia del Mag. Alberto Cigarruista Cortez), la Sala indicó lo siguiente:

“En esa decisión citada por el petente, esta corporación judicial concluyó que no era aplicable la imposición de intereses legales sobre la suma de dinero que se fijó como indemnización compensatoria por los daños y perjuicios que la parte demandada le causó a la parte demandante porque, a juicio de la Sala, "no es el caso que regula el artículo 993 del Código Civil" toda vez que "no ha mediado mora en el pago de la indemnización adeudada, y lo que pudo llegar a producirse es un retardo en el pago de una suma si

consideramos lo dispuesto por el artículo 408 del Código de Procedimiento Marítimo..." y en razón también de que en citado caso se trataba del reclamo de una indemnización por daños y perjuicios y no del pago de una suma de dinero en virtud de obligación surgida de un contrato.

No obstante, en esta ocasión se estima que el caso citado no se tomó en consideración lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 985 de ese mismo Código, disposición esta de importantes efectos, no sólo desde el punto de vista sustantivo, sino también procesal.

La citada disposición reza así:

Artículo 985.

"Incurrirán en mora los obligados a entregar o hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento, de su obligación...."

De la disposición transcrita se colige que se incurre en mora desde el momento en que el acreedor le exige al deudor el cumplimiento de su obligación, lo cual puede hacer judicial o extrajudicialmente. Consecuentemente, debe entenderse que en casos como el presente, en los que el demandado resulta condenado a pagar una suma de dinero que ha sido determinada en la sentencia, el demandante, al considerársele acreedor por el efecto retroactivo que tiene la sentencia de condena, también tiene derecho a que se le paguen los intereses legales correspondientes, los cuales deben ser computados desde la fecha, no de la presentación de la demanda como sostienen algunos, sino desde la notificación de la demanda que es cuando el deudor es requerido de pago judicialmente, de manera que es desde ese momento que se considera que el demandado incurre en mora al no pagar la obligación que se le exige, al tenor de lo dispuesto en el citado artículo 985 del Código Civil y, en consecuencia, debe cubrir los intereses originados por la misma, pero con independencia de los intereses causados por la mora del deudor consagrada en el artículo 993 ibidem, por contemplar éste el supuesto de la existencia de un acuerdo de voluntades sobre el pago de una suma de dinero que al quedar impaga convierte a los intereses en una

sanción o penalización por el incumplimiento de la obligación.

Como colorario de la tesis expuesta podríamos señalar como ya lo ha venido haciendo en forma reiterada el Tribunal Supremo de España, que el devengo de intereses se basa en que si las cosas, incluso las dinerarias, son susceptibles de producir frutos (entiéndase frutos civiles o intereses), no pareciera justo que los produzca en favor de quien debió entregarlos con anterioridad a su verdadero dueño, quien tiene derecho a ellos aún cuando se esgrima la tesis excusatoria, que ha venido perdiendo fuerza, de que los intereses sólo proceden cuando lo reclamado es una suma de dinero.

En concepto de la Sala, considerar la falta de liquidez como circunstancias exonerativas de la responsabilidad u obligación de pagar intereses, como en ocasiones lo han venido haciendo los tribunales, significa otorgar al deudor un injustificado y especial privilegio. Y es que no existe razonamiento lógico para que en lugar de castigar al deudor por no pagar cuando es requerido una suma de dinero, aunque ésta sea ilíquida, se castigue en su lugar al acreedor de una suma de dinero cuya falta de pago, dada su propia naturaleza productiva, siempre produce un daño indemnizable o compensatorio a través de los intereses que dicha suma genera y que es producto de la renuencia a satisfacer la obligación en el momento en que se le requiere.

Por ello, hay quienes consideran que el deudor sentenciado, en puro derecho, no puede ser considerado más que un poseedor de mala fe y en virtud de ello obligado a abonar a su acreedor los frutos percibidos tal cual lo comenta el artículo 441 del Código Civil, que en reclamación de sumas de dinero, consiste en el pago de intereses conforme a la tasa legal, que consiste en los frutos civiles que el poseedor legítimo (acreedor) de la suma que los genera hubiera podido percibir después de la reclamación (notificación de la demanda) y hasta la sentencia que declara la existencia de la obligación.

(Corte Suprema.- SALA DE LO CIVIL.- fallo de 10 de abril de 2003.- Apelación interpuesta por PILOT OCEANWAYS

CORPORATION contra la resolución de 19 de septiembre de 2000 dictada por el Tribunal Marítimo en el proceso de ejecución de crédito marítimo privilegiado que le sigue a M/N STAR SEA.- Mag. Ponente: JOSE A. TROYANO)

De acuerdo a la jurisprudencia transcrita, el cómputo de intereses legales no se limita al caso del reclamo de una suma de dinero derivada de un contrato, sino que también alcanza a los reclamos o condenas por indemnizaciones compensatorias, es decir, referentes a sumas ilíquidas o indeterminadas. Adicionalmente vemos que se estableció que el momento a partir del cual la Secretaría del Tribunal debe iniciar la cuenta de tales intereses, es desde la notificación de la demanda y no desde su presentación, como se solía hacer.”

Este criterio fue reiterado en el Fallo de 31 de julio de 2013 (bajo la ponencia del Mag. Harley J. Mitchell D.; conformaron la Sala el Mag. Oyden Ortega Durán y Hernán De León Batista), donde se indicó lo que sigue:

“Como segunda censura, el recurrente alega que es improcedente la condena al pago de los intereses legales correspondientes, toda vez que lo pretendido no era el pago de una suma líquida determinada, sino una indemnización. Siendo que, a juicio del recurrente no corresponde el pago de intereses moratorios como impone la sentencia.

Sobre el referido cargo, la Sala debe manifestar que mediante sentencia de 6 de marzo de 2003, esta Sala modificó la posición en cuanto el tema del pago de los intereses legales, en el sentido que podrán computarse intereses cuando la suma reclamada sea tanto líquida como indeterminada, y dichos intereses deberán ser calculados desde la notificación de la demanda.

...

Toda vez que la condena en intereses legales procede aun cuando la suma reclamada en la demanda no es ilíquida o indeterminada, no le resta más a esta Sala que desestimar

el cargo esgrimido por la recurrente, por resultar improcedente.”

Conforme a este criterio, sí cabe el cómputo de interés porque la mora se produce a partir del momento en que se le reclama al deudor el cumplimiento de la obligación, lo que puede ser judicial o extrajudicialmente. En caso de reclamación judicial, los intereses se adeudan a partir de la notificación de la demanda, pues es a partir de ese momento en que se ha intimado al deudor el cumplimiento de la obligación.

Pero el tema de la condena de intereses en materia extracontractual no ha sido regulada expresamente en nuestra legislación; pues el artículo 993 del Código Civil, que se utiliza en Panamá como fundamento para su imposición, requiere que se deba una cantidad de dinero cierta. Los jueces utilizan esta norma, para calcular los intereses de condena, en vista de que la obligación derivada de un hecho ilícito constituye una obligación civil y no mercantil, pues no existe entre las partes, en materia extracontractual, una relación comercial que justifique la imposición del interés comercial; por ello se utiliza como patrón, para medir este tipo de indemnización, el interés legal que contempla esta disposición. Esta norma dispone así:

“Artículo 993. Si la obligación consistiere en el pago de una

cantidad de dinero y el deudor incurre en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos y, a falta de convenio, en el interés legal.

Mientras no se fije otro por la ley, se considerará legal el interés de seis por ciento al año.”

Este artículo, se encuentra inserto en el Libro IV “De Las Obligaciones en General y de los Contratos”; Título I “De Las Obligaciones”, Capítulo II “De La Naturaleza y Efecto de las Obligaciones” del Código Civil; lo que a nuestro modo de ver, regulan las obligaciones de manera general, por lo cual esta norma, es aplicable para todo tipo de obligación, tal cual se definen en el artículo 974, cuando expresa que “*Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia*”. Por tanto, concluimos, que es aplicable tanto a las obligaciones contractuales como a las extracontractuales.

Ahora, la naturaleza de esta norma es sancionadora, ya que sanciona la mora del deudor cuando no hay un pacto expreso al respecto; pues contempla la imposición de una indemnización por daños y perjuicios a quien incurra en mora en el cumplimiento de una obligación de entregar o pagar una cantidad de dinero, y por cantidad

de dinero, se puede incluir una cantidad líquida como liquidable; lo importante, es la obligación de entregar dinero.

Entonces sus elementos para su configuración serían: 1) La existencia de una obligación de pagar una cantidad de dinero; 2) Que el deudor incurra en mora; 3) Que no exista un convenio en donde se pacte lo contrario.

Una vez se configuren estos elementos, surge la obligación de pagar la indemnización que contempla esta norma a favor del acreedor, consistente en el pago de intereses (interés legal); a razón del 6% anual, sobre la suma adeudada.

En materia contractual, ello no debe dar dificultades, pues lo más probable es que la obligación de pagar el dinero esta convenida en el mismo contrato, por lo que, al quedar el deudor en mora en el cumplimiento de esa obligación, se genera entonces este derecho a favor del acreedor, como indemnización por el incumplimiento del deudor. Esto conlleva a que, en materia de responsabilidad extracontractual, cuando exista una aseguradora de por medio, esta pueda ser obligada a pagar los intereses por la mora en el pago del premio del seguro; pues la obligación de las aseguradoras, por lo

general, va a ser la de pagar una suma de dinero una vez de produzca el siniestro.

Pero una persona que no es una aseguradora y no tiene una obligación con el demandante y/o demandado de pagarle una suma de dinero, ¿Cuándo podría entenderse entonces que surge esta obligación para que opere esta norma?, es decir, en materia extracontractual, ¿Cuándo surge la obligación de pagar una suma de dinero?

Quien daña a otra persona, ya sea en sus bienes o en su persona, sabe que tiene que reparar el daño, ya sea “in natura” o “en equivalente”; por lo que, en principio, su obligación de reparar surge desde el mismo momento que comete el hecho ilícito.

Utilicemos un ejemplo, una persona le daña el vehículo a otro y supongamos que ese vehículo le generaba a la víctima la suma de B/.100.00 diarios. Conforme a los hechos o en la forma en qué ocurrió el accidente, no existe duda de que el demandado es el responsable; por lo que sabe y tiene plena consciencia que tiene que reparar el daño que cometió desde ese mismo momento.

De este accidente, contemplando que sólo se ocasionaron daños

materiales, tendríamos que la víctima ha sufrido un daño en su patrimonio por los desperfectos que ahora presenta el vehículo (daño emergente) y por la pérdida de los ingresos que le generaba dicho vehículo (lucro cesante).

Si la víctima repara el vehículo, el daño se mantiene, pues ese gasto no lo debió realizar la víctima, sino el causante del daño; por lo que permanecerá la existencia del daño material sumado a todo el tiempo que estuvo el vehículo inmóvil sin generar ingresos; por lo que esta indemnización debe comprender ese daño emergente (costo de reparación del vehículo o compra de uno que reemplace al que se dañó) más todos los ingresos que se dejaron de percibir hasta la reparación o adquisición de un nuevo vehículo que reemplace al que se dañó.

En este caso, existe la obligación del demandado de tener que pagar ese daño y sabe que lo tiene que pagar y no lo hace; por lo que la falta de poder utilizar todo este dinero que ha salido y a su vez dejado de entrar, al patrimonio de la víctima, debe ser compensado con la indemnización de daños y perjuicios de que trata el artículo 993 lex cit.

Ahora, al caso anterior, contemplemos que el demandante sufrió daños en su persona; estos daños, entran en la categoría de daños

morales (ya que no afectan al patrimonio de la víctima) y también deben ser reparados por el demandado, quien sabe que tenía que asumir todos estos costos y no los hizo.

En este sentido, el segundo párrafo del artículo 1644-A del Código Civil dispone que: *“Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo, mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en materia de responsabilidad contractual, como extracontractual. Si se tratare de responsabilidad contractual y existiere cláusula penal se estaría a lo dispuesto en ésta”*.

De lo anterior concluyó que es la misma ley, la que le da a la indemnización de daños y perjuicios por daño moral, la de ser una obligación de entregar una suma de dinero; pues ella textualmente dispone que el responsable del daño moral **tiene la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero**; por lo que al no pagarla cuando es requerido, tendríamos que dicho deudor queda en mora en el cumplimiento de su obligación.

Pero ¿Cómo sabe el agente dañador cuánto tiene que pagar en este rubro para poder compensar a la víctima o para que se entienda

que ya reparó el daño?

La primera opción, es que las partes lleguen a un acuerdo y fijen ellas mismas el monto de la indemnización. De no lograr un acuerdo, la víctima tendría que recurrir al proceso a fin de que sea el Juez, quien mediante la utilización de los parámetros contemplados en el artículo 1644-A del Código Civil, fije ese monto indemnizatorio.

Entonces, ese monto que fija el juez en concepto de daño moral, que no es más que una suma de dinero que tiene que entregar el agente dañador a la víctima, sólo viene a liquidar el derecho reclamado por el demandante; pues la obligación de reparar el daño mediante el pago de una suma de dinero ya existía con anterioridad a la interposición de la demanda.

Por otra parte, consideramos que no siempre el demandado tiene plena conciencia de que tiene que reparar un daño extracontractual, por lo que sería conveniente que los jueces moderen este tipo de indemnización moratoria, dependiendo de las circunstancias del caso; pues hay casos y circunstancias, que pueden dar pie, a que la persona desconozca que deba reparar un daño, ya sea porque no lo cometió, no le es imputable, hubo responsabilidad de la víctima, o hay una duda

razonable, sobre quien debe responder sobre dicho perjuicio. Fuera de estos casos, cuando existe una plena conciencia de que se actuó de manera negligente o culposa, el sujeto es perfectamente consciente de que tiene que reparar el daño ocasionado; por lo que, en principio, no se justificaría que el mismo sea exonerado de esta indemnización a causa de su mora en reparar el daño que causó.

Debemos recordar que el demandante, se ve obligado a recurrir al proceso, precisamente porque el demandado no ha reparado el daño que ocasionó o porque no lo ha hecho en debida forma, teniendo que soportar la víctima, las consecuencias nocivas del hecho ilícito, en detrimento a su derecho de obtener una reparación integral del mismo.

Por lo tanto, concluyo que efectivamente sí cabe la indemnización moratoria sobre la indemnización compensatoria, tanto por daño moral como por daño material; pues es la misma ley la que le da una naturaleza de “*obligación de entregar suma de dinero*” a la indemnización por daño moral.

Ahora, es necesario saber qué opinan algunos autores de distintos países sobre esta materia.

Así, para el caso colombiano, resulta aplicable, en comparación a nuestro artículo 993 del Código Civil, lo dispuesto en el artículo 1617 del Código Civil de Colombia, que reza así:

Artículo 1617. Indemnización por mora en obligaciones de dinero.

Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.

El interés legal se fija en seis por ciento anual.

2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

3a.) Los intereses atrasados no producen interés.

4a.) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas.

Sobre el particular, nos explica Javier Tamayo Jaramillo, que dicha norma sólo aplica a las **obligaciones dinerarias contractuales**; por lo que, en obligaciones extracontractuales, expresa lo siguiente:

“Cada fallo condenatorio, además de establecer cuál es el monto del daño indemnizable, debe fijar también con claridad los intereses que se causan entre el día en que se produce el daño y aquel en que se profiere la sentencia y

entre esta y el monto en que se pague la indemnización.

....

Tratándose de actos ilícitos, el daño indemnizable causa intereses compensatorios desde el momento de su ocurrencia hasta aquel en que se profiera la sentencia condenatoria. Desde luego, no se trata de intereses moratorios, puesto que estos solo se causan cuando haya una deuda cierta, líquida y exigible a cargo del responsable y ello solo se produce a partir del fallo. Justamente, el no distinguir entre intereses compensatorios y moratorios es lo que ha llevado a que en ocasiones la jurisprudencia niegue el pago de intereses desde la ocurrencia del daño, pues, según hemos visto, la mora solo se cuenta desde el momento en que se incumpla el fallo condenatorio”

...

Los intereses compensatorios por el daño pasado no se generan automáticamente desde la ocurrencia del hecho lesivo, sino desde cuando la víctima efectivamente ha tenido una disminución patrimonial, bien sea por lucro cesante o bien por daño emergente.

Finalmente, cuando el juez fija en una suma concreta la indemnización tanto del daño pasado como del futuro, desde esa fecha el responsable es deudor de una obligación cierta, líquida y actualmente exigible. Si no la cumple dentro de los términos consagrados en la sentencia, deberá entonces intereses moratorios sobre todo el capital, pues ya no tiene sentido seguir hablando de indemnización pasada o futura; a partir del momento en que se incumplió la sentencia, hablaremos de intereses moratorios por el incumplimiento de una obligación preexistente” (TAMAYO JARAMILLO, J. T.2. P.786-789).

Este autor, hace la diferencia entre los intereses compensatorios y los intereses moratorios, pero limita los intereses compensatorios únicamente al daño material sufrido, cuando explica que los mismos sólo proceden cuando se ha afectado el patrimonio de la víctima, lo que excluye la posibilidad de calcular intereses compensatorios sobre la

suma a pagar por daño moral.

Agrega dicho autor, que como no es aplicable el artículo 1617 del Código Civil, la tasa de interés a imponer variará dependiendo de las circunstancias, en que se podrá condenar sólo al 6% anual en caso de aplicarse la indexación monetaria; o el 20% anual, que rige en materia comercial, si no se aplica por separado la indexación monetaria.

De igual forma, indica que los intereses moratorios deben empezarse a computar desde el día del fallo de primera instancia, pues a partir de ese momento ya existe un crédito cierto, líquido y exigible a favor de la víctima, pues ella (la víctima), no debe soportar los recursos injustificados del demandado, quien sólo estaría interesado en postergar el pago de la condena.

ESPAÑA

En el caso Español, la norma sería el artículo 1108 del Código Civil Español (el antecedente del artículo 993 del CC panameño), cuyo tenor literal es el siguiente:

“Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal.”

Sobre el tópico a abordar, resulta necesario hacer mención que la Ley de Enjuiciamiento Civil contiene una norma que no existe en nuestro Código Judicial (por lo tanto, el juez panameño no tiene esta herramienta de manera normativa), que permite el cómputo de intereses desde la sentencia de primera instancia, lo cual se conocen como intereses por mora procesal, veamos esta norma:

Artículo 576. “Desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley”.

Así pues, los intereses de la mora procesal, en el sentido de su generación *ope legis* (ex **art 576 LEC**) son los que se producen tras el dictado de la sentencia de primera instancia que condena al **pago de cantidad líquida**, y se devengan desde la fecha del dictado de la resolución hasta el momento del efectivo cumplimiento de la prestación dineraria impuesta al deudor demandado.

Por lo que ante una condena líquida en primera instancia, surge para el demandado la obligación de pagar intereses, aunque la decisión no este firme, lo que respalda la opinión del Autor Tamayo Jaramillo,

para quien los intereses moratorios (ya sea para daño material como para daño moral), deben empezarse a computar desde la sentencia de primera instancia, y no esperar hasta que el fallo se encuentre ejecutoriado (lo que sucede, para Panamá, luego de surtirse la segunda instancia como mínimo o el recurso de casación; y esperar a que el expediente regrese al tribunal de origen, para que le empiecen a correr los 6 días que tiene la parte para pagar la condena impuesta conforme al artículo 1036 del Código Judicial).

Volviendo a nuestro tema en discusión, la jurisprudencia española ha expuesto la siguiente doctrina para determinar el monto de la indemnización por daño moral, veamos:

“En este sentido, es preciso considerar la TS, Sala de lo Civil, nº 969/2008, de 24/10/2008, Rec. 1894/2003, en la que se explicita que "el procedimiento del que se trae causa se ejercitó una acción resarcitoria de daños, lo que confiere a la cantidad resultante la condición de deuda de valor, propia a la que corresponde a las indemnizaciones por responsabilidad extracontractual. Ello supone que el tribunal dispone de facultades para calcular la cuantía de la indemnización incluyendo la actualización de la concedida mediante un procedimiento adecuado, que puede consistir, entre otros, en el reconocimiento del interés legal desde el momento de la producción del siniestro o, como en este caso sucede, desde la sentencia de primera instancia en la que "se debió fijar". En las deudas de valor, en las que el dinero es la medida de valor de otras cosas o servicios respecto de las cuales funciona como equivalente o sustitutivo, la reintegración económica habrá de responder

a la finalidad de restablecer la situación al tiempo del daño, por lo que la indemnización habrá de ajustarse en lo posible, como indica la doctrina científica, al poder adquisitivo del importe que va a recibir. Para lograr tal equilibrio, en orden a salvar el principio de indemnidad, en la práctica, y por la jurisprudencia, se siguen diversos criterios, y uno de ellos es el de establecer el incremento del IPC, **pero nada obsta a que se pueda señalar el de los intereses legales (concepto no vinculable en exclusiva a moratorios), no porque sea de aplicación el Art. 1108, Código Civil, sino porque el abono de dicho incremento permite aproximar el resarcimiento a la total reintegración económica (equivalente o sustitutivo del daño causado), sin dar lugar con ello a ninguna situación de enriquecimiento injusto.** Y es en este sentido, como se conceden los intereses por el tribunal de apelación, no a título de intereses moratorios al amparo del Art. 1108, Código Civil, sino procesales como parte integrante de la indemnización principal entendida como deuda de valor necesitada de actualización, si bien hasta el momento de la sentencia de la primera instancia, en que, según la recurrida se debieron fijar, por haberse concretado el daño, y surgió el deber de indemnizar".

Igualmente, la TS, Sala de lo Civil, nº 993/2006, de 04/10/2006, Rec. 2873/1999, que se pronuncia acerca de la cuantificación de la indemnización ante el resarcimiento de un daño moral, matiza que "la determinación de la cuantía por indemnización por daños morales, como es la que se impugna en el recurso, debe ser objeto de una actividad de apreciación por parte del juzgador, habida cuenta de la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que el daño moral esencialmente consiste. En efecto, se viene manteniendo **que la reparación del daño o sufrimiento moral, que no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado,** lo que conlleva la determinación de la cuantía de la indemnización apreciando las circunstancias concurrentes".

En los fallos analizados, observamos que se imponen intereses a la indemnización por daños y perjuicios, pero ello, con base a normas que textualmente consagran este derecho como el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) o el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS); incluso, sobre este último, nos comenta la autora Sandra García Barcos que *“El Tribunal Supremo viene arraigadamente conceptuando la indemnización por intereses de demora del art. 20 de la LCS exigible a las compañías aseguradoras de **carácter netamente sancionador**, determinando que se trata de unos **intereses punitivos, correctivos, de castigo**, en base a varios y compatibles argumentos jurisprudenciales: «la indemnización establecida en el art. 20 de la LCS tiene desde su génesis un marcado carácter sancionador y una finalidad claramente preventiva, en la medida en que sirve de acicate y estímulo para el cumplimiento de la obligación principal que pesa sobre el asegurador, cual es la del oportuno pago de la correspondiente indemnización capaz de proporcionar la restitución íntegra del derecho o interés legítimo del perjudicado (STS, Sala 1ª, de 14-03-2018); el propósito del artículo 20 LCS es sancionar la falta de pago de la indemnización o de ofrecimiento de una indemnización adecuada (STS, Sala 1ª, de 702-2018); “impedir que se utilice el proceso como instrumento para dificultar o retrasar el cumplimiento de la obligación de pago al perjudicado” (STS, Sala 1ª, 19-12-2017).” (GARCÍA BARCOS,*

Sandra. Disponible en: <https://www.domingomonforte.com/la-aplicacion-del-interes-moratorio-legal-del-articulo-20-de-la-ley-de-contrato-de-seguro/>).

CHILE.

Para el caso Chileno, seguimos lo expuesto por el autor Corral Talcinani, quien advierte la disparidad de criterios que existe en esta materia en la jurisprudencia chilena, veamos:

“e) Procedencia del pago de intereses

El juez puede condenar al pago de intereses, si así se ha solicitado en la demanda. A él le corresponderá fijar la tasa y la fecha desde que comenzarán a correr, siempre con posterioridad a la perpetración del hecho. (opinión de Arturo Alessandri y Abeliuk).

La jurisprudencia considera que, además de la reajustabilidad deben considerarse los intereses, y que éstos deben computarse para que la indemnización sea completa.... Se ha fallado que los intereses que el juez ordena pagar desde la notificación de la demanda no son moratorios, sino una indemnización compensatoria de perjuicios comprendida dentro de la regulación que los jueces hacen y aprecian libremente para satisfacer el daño causado. Para evitar una doble indemnización, los intereses deben corresponder a aquellos que la ley señala para operaciones reajustables.

No obstante, la diferencia, la procedencia de intereses debe ser discutida. Hay que distinguir entre intereses compensatorios y moratorios. A nuestro juicio, con razón se ha hecho ver que no corresponde condenar al demandado al pago de intereses compensatorios, ya que éstos son

frutos civiles de un capital que se ha colocado en una situación que le permite fructificar (es decir, han sido invertidos o negociados) y esto no ocurre cuando se otorga una suma de dinero que intenta reponer el daño causado. Así, por ejemplo, el dueño de un automóvil de alquiler que ha sido dañado por otro sólo puede cobrar el monto del daño emergente y del lucro cesante, pero no los intereses de esas sumas. Ahora bien, una vez determinada la indemnización en dinero y hecha exigible la obligación de su pago, procederá el pago de intereses moratorios, porque aquí sí podrá suponerse que, de no haber mediado la demora en el pago, el demandante hubiera podido haber invertido el capital y obtener una rentabilidad financiera. Es la tesis defendida por José Pablo Vergara.

f) Diversidad de criterios sobre el cómputo de reajustes e intereses

Donde se ha abierto un campo de profundas discrepancias es respecto de los momentos que han de tomarse en cuenta para calcular el monto del reajuste y también desde cuándo han de correr los intereses. Se pueden reconocer, a lo menos, cinco posiciones en la materia:

1° Desde la comisión del delito o cuasidelito

Una primera opción es la que consiste en estimar que el momento inicial lo configura la fecha en que ocurrió el hecho dañoso.

2° Desde la presentación o notificación de la demanda

Otro criterio que cuenta con amplio respaldo jurisprudencial es tomar como fecha de inicio del cómputo el de la presentación o notificación de la demanda de reparación de daño. Se aplica también este criterio si lo solicitado es la indemnización del daño moral. Se ha dicho que, si en la demanda se expresa que los valores solicitados por daño moral se han considerado sobre la base del valor monetario al momento de su presentación, la cantidad en la que el tribunal la avalúa debe ser reajustada desde la fecha de su notificación hasta su pago. Y se ha aclarado que, si son dos los sujetos responsables solidarios, el reajuste ha de

computarse desde la última notificación.

3° Desde la sentencia definitiva

Un tercer criterio es el que considera como momento inicial para el cómputo la fecha de la sentencia que establece la indemnización. Se ha respaldado este criterio observando que en materia extracontractual no puede haber mora, sino con posterioridad a la fecha en que adquiere el carácter de firme la sentencia condenatoria. La solución es aplicada sobre todo en lo referente al daño moral.

4° Desde la sentencia de primera instancia

Existe un fallo en que se acoge este criterio. La Corte de Santiago juzgó que la indemnización debe pagarse reajustada "... entre la fecha del fallo de primera instancia y la del pago efectivo". Se acoge la opinión de Fernando Fueyo, quien piensa que se deben reajustes e intereses desde el instante en que el juez fija el "quantum" que debe pagarse, es decir, desde la fecha de notificación de la sentencia de primera instancia.

5° Criterio mixto: según la naturaleza del daño indemnizable.

Un quinto criterio es mixto, ya que combina las soluciones antes mencionadas, dependiendo de la naturaleza del daño que se ordena reparar. Así se ha juzgado que el reajuste y los intereses se cuentan, tratándose del daño moral, "desde la fecha del presente fallo" en cambio, los intereses del daño emergente "se calcularan sobre la cantidad reajustada desde la fecha del ilícito". En otra oportunidad, para el daño material se atiende a la fecha de la demanda y para el daño moral a la dictación del fallo.

....

Como puede comprobarse, sobre esta materia reina la más disparidad de criterios, no habiéndose decantado la jurisprudencia por ninguna de estas soluciones. Pareciera que se atiende a cada caso concreto para determinar el punto, lo que suscita una notable incertidumbre desde todo punto de vista perturbadora.

A nuestro entender, el criterio más razonable es propiciar que el cómputo de la reajustabilidad, tratándose de daños patrimoniales, opere desde el momento en que el juez se sitúa para avaluarlos. Si ese momento es el del hecho ilícito o el surgimiento del daño, desde allí procederá el reajuste, en cambio, si la valuación del perjuicio la hace el juez al momento de dictar sentencia, como sucede con los daños morales, la reajustabilidad deberá computarse desde la fecha de su notificación.

Los intereses, siendo moratorios, se contabilizarán desde que la obligación de pagar la indemnización se ha hecho exigible, es decir, desde que la sentencia definitiva queda ejecutoriada. Si la valuación de los perjuicios se reserva para la ejecución del fallo, no hay mora mientras no sean determinados.”

(CORRAL TALCIANI, Hernán. Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual. P.343-348)

CONCLUSIÓN

En nuestra opinión, sí cabe la imposición de intereses (llámense moratorios, compensatorios, sancionatorios, etc.), sobre la indemnización de daños y perjuicios (tanto materiales como morales), cuando no existe duda de que los demandantes son responsables del perjuicio ocasionado a la víctima y que tenían plena conciencia de que debían reparar dicho daño; por lo que el cómputo de intereses a partir de la notificación de la demanda, es acorde con nuestra legislación y jurisprudencia al respecto.

Otras normas, que refuerzan este criterio, vendrían a ser los

artículos 980, 985, 986 del Código Civil, veamos cada uno de ellos.

El artículo 980 dice así:

“Art.980. El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le hay sido entregada”

Esta norma consagra el derecho que tiene todo acreedor (ya que no distingue entre acreedor contractual o extracontractual), a recibir los frutos que la cosa produce, desde que nace la obligación de entregar la cosa. En el caso de la indemnización, siendo que es una suma de dinero, tendríamos que concluir que los frutos que esa cosa genera (frutos civiles o intereses), le corresponden al acreedor y no al deudor.

Como ya hemos mencionados, una vez causado el daño surge la obligación de repararlo, entonces, a partir de ese momento el demandante tiene un crédito en contra del demandado, el cual lo exige vía judicial si el deudor se niega a cumplir con su obligación de pagar la indemnización; entonces ese dinero, que todavía se encuentra en poder del deudor, es un capital productivo capaz de generar frutos civiles durante todo el tiempo que dure el proceso, por lo que esos frutos corresponden a la víctima y no al agente dañador.

El artículo 986 y 985 del Código Civil dispone lo siguiente:

“Artículo 986. Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas.”

“Artículo 985. Incurrirán en mora los obligados a entregar o hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento, de su obligación.

No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista:

1. Cuando el deudor no ha cumplido la obligación dentro del término expresamente estipulado;
2. Cuando la obligación o la ley declaran expresamente que no es necesaria la intimación;
3. Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o de hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación.

En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro.”

Estas dos disposiciones consagran la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, quien, en cumplimiento de sus obligaciones, incurra en morosidad. Debemos reiterar, que la obligación de reparar los daños causados surge desde el momento que se produce

el hecho ilícito y la persona responsable es consiente que tiene que reparar el daño que ocasionó con su culpa, negligencia o porque así lo determine la ley.

En este sentido, tenemos que la mora no es más que el no cumplir con una obligación en el tiempo determinado o estipulado, por lo que incurrirá en mora quien no cumpla con su obligación en el plazo que le fue señalado para la ejecución de la prestación, en caso de no haberse señalado plazo, se entiende que la obligación debe ser cumplida inmediatamente. Además de darse el retraso en el cumplimiento de la obligación, para que se pueda considerar que una persona está en mora, es necesario la intimación del acreedor conforme lo dispone el artículo 985 del Código Civil (art.1100 del CC de España).

Sobre el caso español, nos explica Gema Díez-Picazo Giménez (en: Código Civil Comentado Volumen III. 2016. P.90-91) que: *Se puede pensar que la mora es algo distinto a un incumplimiento de las obligaciones, porque de lo contrario debería ser objeto de indemnización. Del tenor literal del precepto se extrae la idea de que mora y retraso no son términos que necesariamente hayan de coincidir. Retraso hay si llegado el momento de cumplimiento (llegado el vencimiento de la obligación), el deudor no ha cumplido lo pactado. Sin*

embargo, en situación de mora se encuentra aquel deudor al que, una vez vencida la obligación, se le ha exigido el cumplimiento... Pero el significado de realizar esta interpelación es solamente uno: el de fijar el momento del incumplimiento con la finalidad, entre otros efectos, de trasladar al deudor todos los riesgos fortuitos que puedan afectar a la tardía ejecución de la prestación (la llamada perpetuetio obligationis) cuando no hayan sido ya atribuidos legalmente o repartidos convencionalmente. Y esto tiene sentido si se tiene en cuenta que al acreedor lesionado, que no está obligado a aceptar un cumplimiento tardío posterior, se le otorga esta medida para la protección y defensa de su derecho de crédito.”

Agrega la autora que: “El único presupuesto de la constitución en mora que con carácter específico ha de concurrir para constituir en mora al deudor y afirmar la eficacia de la traslación de los riesgos, y siempre que la ley, las partes o la obligación no establezca otra cosa, es el del incumplimiento de una obligación positiva. Estudiar la liquidez de la deuda, la imputabilidad del incumplimiento, el vencimiento y la exigibilidad no deja de tener interés para llevar a cabo un estudio riguroso del incumplimiento de las obligaciones, pero no es necesario para hablar estrictamente de la mora del deudor.”

Uno de los argumentos que se utilizan para sostener que el deudor no se encuentra en mora, en el cumplimiento de obligaciones extracontractuales (pago de la indemnización monetaria), es la falta de liquidez de la deuda, lo que se conoce con el brocardo "*in illiquidis non fit mora*."; que, según la autora citada, el origen del mismo proviene "de una interpolación de los justinianeos a una regla recogida en el Digesto (D. 50, 17,99) que establecía para el caso de los legados y fideicomisos que no incurría en mora el deudor que ignora lo que debe: (cui debeatur, es decir, la persona del deudor), la ignorancia sobre la propia existencia de la deuda (an debeatur) y la incertidumbre sobre cuánto se debe (quantum debeatur).

Sobre el particular, el Tribunal Supremo de España, en Sentencia núm. 103/2021 de 25 de febrero de 2021, (Número del procedimiento: 2218/2018), Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile, indicó lo siguiente:

"La STS de 16 de noviembre de 2007, RC n.º 4267/2000, declara que, a través de la exigencia de la liquidez de la deuda y con apoyo en el principio *in illiquidis non fit mora* [tratándose de sumas ilíquidas, no se produce mora] (sin base histórica, ni de derecho positivo), la doctrina jurisprudencial vino manteniendo durante mucho tiempo un criterio muy riguroso que se traducía en requerir, prácticamente y de modo general, la coincidencia de la suma concedida con la suplicada para que pudiera condenarse al pago de los intereses legales desde la interpelación judicial (...), exigencia atenuada a partir de la

STS de 5 de marzo de 1992, seguida por las de 17 de febrero de 1994, 18 de febrero de 1994, 21 de marzo de 1994, 19 de junio de 1995, 20 de julio de 1995, 9 de diciembre de 1995 y 30 de diciembre de 1995, y otras muchas posteriores, en el sentido de sustituir la coincidencia matemática por la "sustancial", con la consecuencia de que una diferencia no desproporcionada de lo concedido con lo pedido no resulta obstáculo al otorgamiento de intereses".

La orientación doctrinal reflejada en estas sentencias se consolida a partir del Acuerdo de 20 de diciembre de 2005, y se plasma, entre otras, en las sentencias de 4 de junio de 2006, 9 de febrero, 14 de junio y 2 de julio de 2007, 12 de mayo 2015, y más recientemente en la sentencia 61/2018, de 5 de febrero. En ellas se explica que, **prescindiendo del alcance dado a la regla in illiquidis non fit mora, se atiende al canon de la razonabilidad en la oposición y a la concreción del dies a quo del devengo para decidir la procedencia para condenar o no al pago de intereses.** 3.- Este moderno criterio responde a la idea de que da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego, y en definitiva de la tutela judicial, y toma como pautas la razonabilidad del fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado, y demás circunstancias concurrentes, por lo que la solución exige una especial contemplación del caso enjuiciado.

La sentencia 228/2011, de 7 de abril, al explicar el fundamento de este criterio jurisprudencial, añadió que, **para determinar el pago de los intereses moratorios y apreciar su carácter líquido, se debe atender, fundamentalmente, a la certeza de la obligación aunque se desconociera su cuantía, o pese a que la declaración de condena no coincida exactamente con la cantidad exigida inicialmente. Sostener un criterio diferente supondría que el deudor se vería favorecido por el hecho de mantener en su patrimonio la cantidad adeudada, para obtener de ella los correspondientes frutos o intereses, en perjuicio del acreedor que se vería perjudicado por la tardía satisfacción de su crédito.** Por su parte, la Sentencia 29/2012, de 31 de enero, señaló,

además, el criterio del carácter no desproporcionado entre lo solicitado y lo obtenido: "la jurisprudencia más reciente de esta Sala [...] ha atenuado el criterio riguroso de la interpretación del principio *in illiquidis mora non fit*, que ha sustituido por otra pauta, donde, para condenar o no a la imposición de intereses, no se atiende a la coincidencia matemática entre lo pedido y lo concedido, sino a otra sustancial, de manera que, una diferencia no desproporcionada entre lo que se solicita y obtiene, no impide la condena al pago de intereses".

4.- La aplicación de esta jurisprudencia al presente caso conduce a la estimación del motivo en la medida en que la sentencia de la Audiencia no se ha adecuado a los cánones que sobre la materia ha fijado la jurisprudencia reseñada, según resulta de lo siguiente: 1.º) No hay duda de la certeza de la deuda ni por el principal reclamado, una vez que la actora ajustó la factura emitida a los criterios que le trasladó la Administración deudora, con exclusión de las partidas del IVA y del beneficio industrial, ni por los intereses de demora, a cuyo pago fue condenada la demandada en la primera instancia, condena confirmada por la Audiencia. Esta doble y sustancial estimación, pone de manifiesto la razonabilidad de la acción.

Sobre este tema, agrega la autora Gema Díez-Picazo Giménez que la *"Doctrina y jurisprudencia actual están de acuerdo en afirmar que no debe inducir a confusión el concepto legal en que se abonan los intereses (indemnización de daños y perjuicios en los términos empleados por los artículos 1101 y 1108 CC) para deducir que si la cantidad no estaba previamente determinada no ha de existir responsabilidad en el deudor de la que quepa extraer una obligación indemnizatoria. Ello porque, en tal caso, el daño o perjuicio que experimenta el acreedor al no haber podido incorporar a su patrimonio*

la cantidad realmente debida, desde el momento en que lo era y debía pagarse, no puede desvincularse de la existencia de un claro beneficio para quien debía pagar y no lo hizo. Así el pago de intereses no supone más que la reinstauración del necesario equilibrio entre las partes en la obligación, sin que realmente ninguna de ellas resulte perjudicada ni beneficiada por el transcurso del tiempo; porque, además, la posible indeterminación en cuanto a la cantidad debida no debe ser soportada en cuanto a sus negativos efectos por una sola de las partes, como ocurriría respecto del acreedor si recibiese efectivamente la cantidad debida pero en un momento posterior a aquel en que debió entrar en su patrimonio. Como se ha visto a partir del año 1992 la jurisprudencia ha ido suavizando enormemente el rigor de la aplicación del brocardo. Así hay que entender que el deudor debe la suma (y en consecuencia está en mora) desde que se conoce el incumplimiento (mediante su exigencia judicial mediante demanda o extrajudicial mediante requerimiento por el acreedor). Visto de este modo se evita que los deudores litiguen maliciosamente sobre la cuantía arriesgándose a ser condenados a pagar intereses desde el día de la interpelación o de la demanda. A ello hay que añadir que no demorarán el pago de la parte que conocen deber y no discuten, porque significa adeudar automáticamente el interés legal del dinero.” (Díez-Picazo Giménez, Gema. Ibidem. P.94-95).

Entonces, siendo que no es motivo la iliquidez de la deuda para descartar la morosidad de un deudor, debo concluir entonces que quien tiene la obligación de reparar un daño mediante la compensación monetaria, puede encontrarse moroso; por no satisfacer su obligación cuando debió hacerlo y no lo hizo.

Por todo lo anterior, concluyo que, en materia extracontractual, si cabe la condena al pago de intereses moratorios, ya que no es lo mismo recibir, por ejemplo, B/.30,000; el día del accidente, el día de notificación de la demanda; el día de la sentencia de primera instancia; o el día en que este proceso entre ejecución; ya que el poder adquisitivo de esa indemnización, se va desvaneciendo con el tiempo; y para evitar ello, es justo la imposición de intereses legales; con lo cual, se mantiene hasta cierto modo, el poder adquisitivo del dinero que tendría el día en que ocurrió el hecho ilícito.

Por ello, si procede el pago de intereses para el daño material, también debe proceder para el daño moral, pues lo que se grava con los intereses legales es lo mismo, la indemnización monetaria a cargo del demandado. Si con la indemnización por daño material ya se está reparando el daño emergente y el lucro cesante, mediante el pago de

una suma de dinero; porque no van a proceder los intereses cuándo se repare el daño moral, mediante una suma de dinero; igual como se reparó el daño material.

Por tanto, considero que no es correcto hacer la distinción entre daño material y daño moral a efecto de pagar intereses, pues lo que pretende la responsabilidad civil extracontractual, es reparar los daños sufridos, ya sean materiales o morales; siendo el “daño” un ente abstracto que genera la obligación de repararlo mediante una indemnización; y es el cumplimiento tardío de esa obligación de indemnizar, la que genera la imposición de la otra indemnización por morosidad.

Conforme a la redacción del artículo 1644 y 1644-A del Código Civil, concluyo que no se precisa la existencia de una sentencia previa, para que surja la obligación de indemnizar, pues claramente se dispone que quién cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, **está obligado a reparar el daño causado**; por lo que el proceso solo viene a reconocer la existencia de la obligación que tenía el demandado de reparar los daños causados, obligación que surgió cuando se realizó el hecho ilícito y no cuando quedó ejecutoriada la sentencia.

CONCLUSIÓN

- La institución jurídica de la responsabilidad civil, es la que se ocupa de determinar quién tiene la obligación de reparar o soportar el daño ocurrido, es decir es la encargada de determinar en cabeza de qué persona surge esa obligación legal de reparar o asumir las consecuencias del daño que se ha ocasionado a una persona ya sea producto del comportamiento doloso, culpable o negligente del agente dañador, o, cuando aun no mediando un comportamiento culpable de su parte, la ley lo obliga a reparar el daño en vista a su condición o cualidad
- En el antiguo Derecho romano, de la obligación nacía un vínculo estrictamente personal, y el acreedor insatisfecho obtenía a través del proceso la misma persona del deudor que incumplía, reduciéndolo a la esclavitud. Más tarde, el Pretor introdujo el sistema de ejecución, no ya sobre las personas, sino sobre los bienes del deudor que incumple, y Justiniano confirma que el acreedor, en caso de incumplimiento, podría obtener una satisfacción pecuniaria equivalente, mediante la ejecución del patrimonio del deudor. En esta evolución la lex poetelia papiria y la lex aquilia fueron claves.
- Nuestro sistema de responsabilidad civil se fundamenta en la culpa del agente, se exige que para que una persona pueda ser responsable de reparar un daño sufrido por otra persona, se tengan que acreditar los siguientes elementos: (a) la omisión o comisión de un comportamiento alejado del estándar de un buen padre de familia (Hecho Ilícito); (b) que este comportamiento indebido negligente, culpable o doloso genere una situación de damnificación (Daño); (c) que exista una relación de causa-efecto entre el actuar negligente y el daño ocasionado (Nexo Causal), (d) Que dicho hecho le sea imputable a la persona y (e) que no exista ninguna eximente de responsabilidad civil de la cual se pueda beneficiar el agente dañador.
- Un elemento fundamental en nuestro sistema de responsabilidad civil es que se acredite la existencia de un

daño, debido a que sin daño, no se puede generar ningún tipo de responsabilidad civil porque no existiría nada que reparar.

- La responsabilidad civil, puede agruparse en dos grandes grupos, la responsabilidad civil contractual, que es aquella que nace por el incumplimiento de una obligación contractual; y la responsabilidad civil extracontractual, que es la que nace sin convenio entre las partes, a causa de la violación al principio general de derecho que prohíbe a una persona causar daños antijurídicos (*neminem laedere*).
- En nuestro país, la responsabilidad civil extracontractual, viene regulada grosso modo en el artículo 1644 del Código Civil, el cual fue tomado del artículo 1902 del Código Civil Español.
- La responsabilidad civil tiene unos elementos propios que son necesarios acreditar para que pueda ser declarada por los tribunales de justicia, y ellos son: a). La existencia de un Hecho Ilícito. b). Una Culpa; c). La existencia de un Daño; y, d). La existencia del nexo causal entre el hecho ilícito y el daño ocasionado.
- El hecho ilícito, es un comportamiento u omisión realizado por una persona con el cual se transgrede de alguna manera el ordenamiento jurídico, ya sea porque se incumple obligaciones contractuales, cuasicontractuales, legales o se incumple el deber general de prudencia.
- La culpa no es más que la omisión o la infracción que comete una persona a un estándar determinado, que por lo general, es el estándar del comportamiento que debe observar un buen padre de familia.
- El daño es todo perjuicio o menoscabo que sufre una persona, ya sea en su patrimonio o en algún elemento de su personalidad física o moral. El daño desde el punto de vista doctrinal se clasifica en daño moral y daño material.
- El daño no patrimonial o daño moral es aquella molestia o dolor que afecta intereses o derechos de la persona que no son apreciables en dinero.

- Por daño patrimonial se entiende aquella pérdida pecuniaria en el patrimonio de la víctima, que a su vez incluye el valor de la pérdida sufrida en su patrimonio (daño emergente) y también la ganancia que se haya dejado de obtener (lucro cesante).
- El nexo causal es el vínculo que une el comportamiento ilícito con el daño causado, es decir, es el que determina si el comportamiento ilícito cometido tiene la virtud de causar el daño ocurrido, así como imputarlo a alguien determinado.
- El patrimonio de una persona va a estar constituido por una universalidad conformada por derechos y obligaciones que le pertenecen, el cual no es estático, pues puede incrementarse, así como disminuirse durante la existencia de la persona y que una vez esta fallezca o termine su duración, dichos derechos y obligaciones, pasaran a sus sucesores en caso de personas naturales o a sus miembros, en caso de personas jurídicas.
- El patrimonio presenta las siguientes características: Es un atributo de la personalidad, está compuesto por derechos y obligaciones, tiene un valor en dinero, es creado y reconocido por el derecho, es autónomo, es una universalidad jurídica, es intransmisible e inalienable.
- El patrimonio tiene como función la satisfacción de las necesidades de la persona, es la garantía de los acreedores para el cumplimiento de las obligaciones, determina el caudal hereditario en la sucesión mortis causa.
- El daño es un elemento trascendental en la responsabilidad civil, ya que sin daño no puede surgir ésta. El mismo, para que sea indemnizable, debe presentar las siguientes características: debe ser cierto, personal, el beneficio afectado debe ser lícito, debe ser antijurídico.
- Por daño patrimonial se entiende aquella pérdida pecuniaria en el patrimonio de la víctima, que a su vez incluye el valor de la pérdida sufrida en su patrimonio (daño emergente) y también la ganancia que se haya dejado de obtener, es decir, el daño futuro consistente en la frustración de una legítima utilidad que hubiera incrementado el patrimonio de no haber sucedido el hecho dañoso (lucro cesante).

- El daño debe ser probado en el proceso por quien reclama la indemnización, conforme a las reglas de cargas de la prueba contenida en los artículos 784 del Código Judicial y 1100 del Código Civil, de lo contrario no puede ser objeto de indemnización algo que no existe.
- En materia civil se entiende que la indemnización es una suma de dinero que debe pagar una persona para reparar un daño que ocasionó, a causa de haber incumplido una obligación o haberla de forma tardía o de manera defectuosa. La misma tiene cabida tanto en materia de responsabilidad contractual como extracontractual (ya que en esta última el agente dañador no cumple con su obligación o con el deber genérico y universal de no causar daños a los demás). Dicha suma de dinero debe equivaler o representar el daño ocasionado sufrido por la víctima, ya sea en su patrimonio o en su persona.
- La reparación o compensación trata de conseguir que el patrimonio del lesionado quede, por efecto de la indemnización y a costa del responsable del daño, en situación igual o al menos equivalente, a la que tenía antes de haber sufrido el daño.
- Conforme a la doctrina la reparación del daño puede ser “***in natura***”, mediante la ejecución de actos o la adopción de medidas que hagan desaparecer el daño, siembre que no irroque perjuicios mayores al demandado y sea viable esta posibilidad; o, “***en equivalente***”, en donde el daño se compensa por un sustituto, que generalmente es una suma de dinero.
- La doctrina patria, suele distinguir dos tipos de indemnización, la compensatoria y la moratoria.
- La indemnización compensatoria es aquella que viene a reemplazar o equivale a la prestación que el deudor ha dejado de satisfacer al acreedor, o sea, es la cantidad de dinero que reemplaza el objeto de la obligación en caso contractual; o, de reparar el daño causado por el incumplimiento del deber de prudencia (extracontractual).

- La indemnización moratoria, es la que tiene su génesis en el cumplimiento tardío de la obligación.
- La indemnización punitiva (punitive damages), del derecho anglosajón, es extraña a nuestro sistema jurídico y todavía no ha sido regulada. Por ello en Panamá, la indemnización es eminentemente reparadora.
- El cómputo de intereses a la indemnización de daños y perjuicios derivados de responsabilidad civil extracontractual, no tiene un criterio unificado, sin embargo, nos inclinamos por el criterio que considera que sí son viables el cómputo de los mismos en este tipo de indemnización.
- La evolución en la responsabilidad civil extracontractual ha provocado que los últimos códigos aprobados en la región latinoamericana, como el de Perú y Argentina, positivasen gran parte del desarrollo doctrinario y jurisprudencial que se ha desarrollado en este campo, haciendo que sea la ley y, no la doctrina o la jurisprudencia, la que regule diferentes ámbitos de este tipo de responsabilidad que no fueron contemplada en los códigos decimonónicos de manera expresa.
- Independientemente de los daños que sufra una persona, ya sean morales o patrimoniales, lo usual, tanto en la ley como en la jurisprudencia, es que la forma de repararlos es a través de un incremento patrimonial que reponga la pérdida patrimonial o conceda una satisfacción a la víctima. Por ello, esa reparación viene dada en una suma de dinero que el responsable debe dar a la víctima para compensarla por los perjuicios sufridos. Dicha suma de dinero debe ser cuantificada por el juez y su función no es más que reparar el daño causado.
- Por ello, la forma más eficiente que se ha encontrado de reparar un daño es a través de la concesión de una suma de dinero, razón por la cual casi todas, por no decir todas las demandas de este tipo, lo que exigen como pretensión principal, es que se condene al demandado a pagarle al demandante determinada suma de dinero.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR PINTO, Alan Ariel (2019). El Daño Moral en la Legislación Panameña. Tesis presentada para obtener el grado de Magister en Derecho Privado con énfasis en Derecho Civil, por la Universidad de Panamá. Panamá.

AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe. El concepto de Familia en Roma Arcaica. Disponible en <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/5-Amun%C3%A1tegui.pdf> visitado el 12 de diciembre de 2021).

APARICIO ORTEGA, Guimara (1999). La Responsabilidad Extracontractual del Estado en el Ordenamiento Jurídico Panameño. Tesis presentada para obtener el grado de Magister en Derecho Privado, por la Universidad de Panamá. Panamá.

ARAMBURU CÓRDOBA, Romina del Valle, (2021). La evolución de la Lex Aquilia: desde la Lex de las XII Tablas hasta el Digesto de Justiniano. 1ª ed. La Plata: EDULP.

ARROCHA OSORIO, Olmedo (2016). Biografía y Genealogía de un código. Homenaje al Código Civil en su centenario. República de Panamá.

ARROYO CAMACHO, Dulio, (1977). Estudios Jurídicos, T.II, Panamá.

BARROS BOURIE, Enrique (2020). Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Tomo I y II. Editorial Jurídica de Chile. Chile.

BERNAL-PULIDO, CARLOS & FABRA-ZAMORA, JORGE (2013). Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

BONNECASE, Julien. (1997). Tratado Elemental de Derecho Civil en Biblioteca Clásicos del Derecho Volumen 1. Editorial Harla, S.A. México.

BULLARD G., Alfredo (2019). Análisis económico del derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

CABANELAS DE TORRES, Guillermo (2006). Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. Edición.

CASTAN TOBEÑAS, José. (1987). Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo Primero, Introducción y Parte General. Volumen Segundo. Decimocuarta Edición. Editorial Reus, S.A. Madrid, España.

CÓDIGO CIVIL COMENTADO Volumen III. 2da edición. Thomson Reuters. España, 2016.

CÓDIGO CIVIL FRANCÉS, Edición bilingüe. Traducción de Álvaro Núñez Iglesias.

CORRAL TALCIANI, Hernán (2003). Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile. Chile.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo (2019). La Acción de Responsabilidad Civil. En: LLAMAS POMBO, Eugenio. Acciones Civiles, 3ª Edición, Tomo II, Derecho de obligaciones Responsabilidad civil. Editorial Wolters Kluwer España, S.A. España.

DE CUPIS, Adriano (1975). El Daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil. Editora Bosch, España.

DÍAZ BOLÍVAR, Angellinni Elena (2019). La Responsabilidad Civil del Estado y la Acción de Repetición contra sus Funcionarios. Tesis presentada para obtener el grado de Magister en Derecho Privado con énfasis en Derecho Civil, por la Universidad de Panamá. Panamá.

DIEZ PICASSO, Luis. GULLÓN, Antonio, (1995). Sistema de Derecho Civil: contratos en especial cuasi contratos, enriquecimiento sin causa, responsabilidad extracontractual. Editorial Tecnos, séptima edición. España.

DOMAT, Jean (1844). Las Leyes Civiles en su Orden Natural, segunda edición, tomo I y II. Imprenta de Jose Taulo, calle de la Tapineria. Barcelona.

DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen (2004). El Daño Moral en el Derecho Chileno: Panorama General. Proyecto Fondecyt N°10400351-2004.3

DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen (1998). La Indemnización por Daño Moral. Modernas tendencias en el Derecho Civil Chileno y Comparado. Revista Chilena de Derecho, Vol. 25 N°1, pp 27-55.

DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen (1999). Aspectos Modernos de la Reparación por Daño Moral: Contraste entre el Derecho Chileno y el Derecho Comparado. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte Sede Coquimbo

ENCABO VERA, Miguel Ángel (2012). Derechos de la Personalidad. Editorial Marcial Pons. España.

ENNECCERUS, Ludwig (1981). Tratado de Derecho Civil Editorial Bosch. España.

ESPINOZA, Jacinto Javier. 2015. Los Derechos Reales en el Ordenamiento Jurídico Panameño, volumen I. Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Panamá. Panamá.

FERNÁNDEZ AGUILAR, Elsa (2001). El daño en la responsabilidad civil extracontractual. Tesis presentada para obtener el título de Derecho y Ciencias Políticas, por la Universidad de Panamá. Panamá.

FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (2019). Introducción a la responsabilidad civil: lecciones universitarias. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, Lima.

FERREIRA PEÑA, Giancarlo Ernesto (2018). La Responsabilidad Decenal y su aplicación en el Derecho Panameño. Tesis presentada para obtener el grado de Magister en Derecho Privado con énfasis en Derecho Civil, por la Universidad de Panamá. Panamá.

FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. (1997). El Patrimonio. Editorial Jurídica de Chile. Segunda Edición. Chile.

FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo (1998). Derechos de la Personalidad en General: Concepción Tradicional. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIX (Valparaíso, Chile, 1998).

FURLOTTI MORETTI, Silvina del Carmen (2020). El daño resarcible en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. Vol 14, Num 46.

GARCIA GOYENA, F. (1973). Concordancias motivos y comentarios al código civil español. Editorial Base, primera edición. España.

GARDNER, John. (2019). Torts and other wrongs. Oxford University

Press. Primera edición. Estados Unidos.

GERMÁN BRITO, Alejandro (1994). Derecho Privado Romano, tomo I. Editorial Jurídica de Chile.

GÁZQUEZ SERRANO, Laura. 2017. El Daño en el Ordenamiento Jurídico Español: ¿Nuevos Daños? Análisis Jurisprudencial. En Revista Ibero-latinoam. Seguros, Bogotá, Colombia, vol 26 (46): 215-235, enero-junio de 2017.

GHERSI, Carlos Alberto (1999). Teoría General de la reparación de los daños. Editorial Astrea, Buenos Aires.

GHERSI, Carlos Alberto (2000). Soluciones modernas de reparación. Editorial Hammurabi, Buenos Aires.

GHERSI, Carlos Alberto (2006). Daño moral y psicológico: daño a la psiquis. Editorial Astrea., tercera edición. Buenos Aires.

GHERSI, Carlos Alberto (1995). Modernos conceptos de responsabilidad civil. Editorial Biblioteca Jurídica Dike, primera edición. Buenos Aires.

GHERSI, Carlos Alberto (1996). Daños en y por espectáculos deportivos. Editorial Ediciones Gowa profesionales, primera edición. Buenos Aires.

GHERSI, Carlos Alberto (1997). Los derechos del hombre. Editorial Ediciones Jurídicas Cuyo, primera edición. Buenos Aires.

GIL-BOTERO, Enrique (2013). La teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia, en: La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual, 472-511, 484 y ss., Carlos Bernal-Pulido & Jorge Fabra-Zamora, eds., Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

GOLDSTEIN, Mabel (2008). Diccionario Jurídico Consultor Magno. Cadiex International, S.A. República Oriental de Uruguay.

GROCIO, Hugo (1925). Del Derecho de la Guerra y de la Paz, tomo III, versión directa del original latino por Jaime Torrubiano Ripoll. Editorial Reus S.A., Madrid.

HANISCH E. Hugo (1977). El Patrimonio en Derecho Romano. En Revista Chilena de Derecho, Volumen 4, No.1/6, febrero-diciembre. Pontificia Universidad Católica de Chile. Chile.

HENAO, Juan Carlos (1998). El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado de Derecho Colombiano y Francés. Universidad Externado de Colombia.

HERRERA VILLANUEVA, José Joaquín, (2014). El Patrimonio. En Revista Mexicana de Derecho. Año 15, No.16. publicación anual editada por el Colegio de Notarios del Distrito Federal. México.

JEREZ DELGADO, Carmen (2015). Principios, Definiciones y Reglas de un Derecho Civil Europeo: El Marco Común de Referencia (DCFR). Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid.

KASER, Max. KNÜTEL, Rolf. LOHSSE, Sebastian (2022). Derecho Privado Romano. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid.

LA BIBLIA (1995). Editorial Verbo Divino, XXXIII edición.

LLAMAS POMBO, Eugenio (2019). Acciones Civiles, 3ra edición, Tomo II Derecho de obligaciones Responsabilidad Civil. Wolters Kluwer España, S.A. España.

LOMBARDO, Julio (2022). Metodología del Derecho. Métodos de Interpretación, Procedimientos de Integración y Métodos Estructurales. Panamá.

MANRESA Y NAVARRO, José María (1914). Comentarios al Código Civil Español. Cuarta Edición. Hijos de Reus, Editores. Madrid. España.

MARCEL, Planiol y RIPERT, Georges. (1999). Derecho Civil en Biblioteca Clásicos del Derecho Volumen 8. Editorial Harla, S.A. México.

MARTINEZ RAVE, Gilberto, (1993). La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia. Séptima edición. Editorial Dike. Colombia.

MAZEAUD Henri, MAZEAUD León y TUNC André (2010). Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, Delictual y Contractual. T.1, Vol II. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1961-

2010.

MÉNDEZ CHANG, Elvira (2019). Introducción al Derecho Romano. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. Lima.

MENDOZA MARTÍNEZ, Lucia Alejandra (2014). La Acción Civil del Daño Moral. Universidad Nacional Autónoma de México. México.

MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial (1979). Editor: Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América.

MORALES FERRER, Salvador y DAZA CORONADO, Sandra Milena (2016). El concepto de patrimonio y su aplicación en España. Colección Jus privado No.6. Universidad Católica de Colombia. Bogotá.

MOSSET ITURRASPE, Jorge (2009). La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual.

Disponible

en:

<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/rev/revlad/cont/1/art/art9.htm#:~:text=Teor%C3%ADa%20de%20la%20causa%20pr%C3%B3xima,el%20momento%20del%20hecho%20da%C3%B1oso>. (visitado el 08 de junio de 2023)

MUÑOZ PIZARRO, Mary Paz (2008). Traducción de la obra “Le Code Civil” de Jean Louis Halpérin. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad de Chile, Santiago de Chile.

OBERTO SOLANILLA, Manuel Salvador (2017). La Responsabilidad Civil del Medico por Mala Práctica. Tesis presentada para obtener el grado de Doctor en Derecho con énfasis en Derecho Civil, por la Universidad de Panamá. Panamá.

OSTERLING PARODI, Felipe (2007). Las Obligaciones. Editora Jurídica Grijley. Octava Edición. Perú.

PAPANO, Ricardo J., KIPER, Claudio M., DILLON, Gregorio A. CAUSSE, Jorge R. (2004). Derecho Civil, Derechos Reales Tomo I y II, 2da edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina.

PETIT, Eugéne (2007). Tratado Elemental de Derecho Romano. Vigésima tercera edición. Editorial Porrúa. México.

POTHIER (1839). Tratado de las Obligaciones, primera parte. Imprenta y Litografía de J. Roger. Barcelona.

PUIG BRUTAU, José. (1988). Fundamentos del Derecho Civil: derecho general de las obligaciones. Editorial Bosch. Cuarta Edición. España.

PUIG BRUTAU, José. (1988). Fundamentos del Derecho Civil: Doctrina general del contrato, contratos en particular, enriquecimiento injusto, responsabilidad extracontractual, derecho a la intimidad. Editorial Bosch, tercera Edición. España.

QUINTERO S., Carlos L. (1997). La Responsabilidad Civil de los Bancos en razón del Hecho Informático. Tesis presentada para obtener el grado de Magister en Derecho Privado, por la Universidad de Panamá. Panamá.

REGLERO CAMPOS. L. Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel (2014). Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo 1, Quinta Edición. Editorial Thomson Reuters Aranzadi. España.

RODRÍGUEZ CORRÍA, Reinerio (2005). La transmisión y prueba del derecho a la indemnización por daño moral. Revista Vniversitas, núm. 109, 2005, pp. 239-259. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.

Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/825/82510907.pdf> visitado el 01 de septiembre de 2023.

RODRÍGUEZ VILLARREAL, Antonio (2017). *El daño resarcible en la legislación panameña y las nuevas tendencias de reparación del daño. Tesis presentada para obtener el título de Derecho y Ciencias Políticas, por la Universidad de Panamá. Panamá.*

ROJAS-QUIÑONES, Sergio & MOJICA-RESTREPO, Juan Diego (2014). De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana, 129 Vniversitas, 187-235 (2014). <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129.caio>

ROJINAS VILLEGAS, Rafael. (2008). Compendio de Derecho Civil II, bienes, derechos reales y sucesiones. Cuadragésimo primera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México.

SAAVEDRA, Luis (2014). Derecho Romano I. Tema 11. Patrimonio. Cosas. Propiedad. Disponible en: http://derechoromanosaavedra.blogspot.com/2014/04/tema-11-patrimonio-cosas-propiedad_9041.html visitado el 16 de diciembre de 2021.

SALAS, Eligio A. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre Daño Moral. Ponencia publicada en Noviembre de 2000.

TAMAYO JARAMILLO, Javier (2007). Tratado de Responsabilidad Civil. Legis Editores, S.A., Segunda Edición 2007, novena reimpresión 2018, Colombia.

TIMPSON LAYNE, Claudio (1997). "Responsabilidad Civil de los Centros Médicos Privados. Tesis presentada para obtener el grado de Maestro en Derecho con especialización en Derecho Privado, por la Universidad de Panamá. Panamá.

TIMPSON LAYNE, Claudio (2017). "*Simplificación del régimen de reparación del daño en función de la responsabilidad objetiva*. Tesis presentada para obtener el grado de Doctor en Derecho con énfasis en Derecho Civil, por la Universidad de Panamá. Panamá.

VALDES CUBILLA, Iris Amparo (2016). El Daño Moral desde la percepción legal y psicológica. Tesis presentada para obtener el grado de Magister en Psicología Jurídica y Forense, por la Universidad de Panamá. Panamá.

VALENCIA MORENO, Alexander y TRUJILLO LÓPEZ, Virgilio. 2011. Manual de Obligaciones, volumen I y II. Panamá.

VALENCIA ZEA, Arturo. (1990). Derecho Civil, tomo I. Editorial Temis. Novena Edición. Colombia.

VALENCIA ZEA, Arturo (1990). Derecho Civil, Tomo II. Derechos Reales, novena edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia.

VAN EPS D, Juan Oscar (1997). La Responsabilidad Civil derivada de las actuaciones de los Funcionarios del Registro Público. Tesis presentada para obtener el grado de Magister en Derecho Privado, por la Universidad de Panamá. Panamá.

VINEY, GENEVIÈVE (2007). Tratado de Derecho Civil Introducción a la Responsabilidad. Traductor: Fernando Montoya Mateus. Universidad Externado de Colombia.

ZAMORA SMITH, David E (2019). La Pérdida de la Oportunidad y su incidencia en la Responsabilidad Civil Médica. Tesis presentada para obtener el grado de Maestro en Derecho Privado con énfasis en Derecho Civil, por la Universidad de Panamá. Panamá.

CÓDIGOS EXTRANJEROS

CÓDIGO CIVIL DE COLOMBIA, disponible en:
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil_pr073.html#2341 [visitado el 19 de abril de 2022]

CÓDIGO CIVIL DE CHILE, disponible en:
<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986&idParte=8717776> [visitado el 20 de abril de 2022]

CÓDIGO CIVIL DE PERÚ, disponible en:
<https://lpderecho.pe/codigo-civil-peruano-segunda-parte/> [visitado el 21 de abril de 2022]

CÓDIGO CIVIL. Decreto Legislativo No.295. Décimo Cuarta Edición Oficial. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Perú, 2014.

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA.
Disponible en:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm#23> [visitado el 27 de abril de 2020]