

**RESPONSABILIDADES DERIVADAS DE CULPA
EXTRA CONTRACTUAL CIVIL**

ANTONIO BORRELL MACIÀ

Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil

*Estudio del artículo 1902 del Código civil
y breves comentarios sobre los artículos
1903 a 1910 del propio Cuerpo legal*

PREMIO JOSÉ PELFORT Y FRANCISCA DE P. XINXÓ, Año 1941
Otorgado por la «Sociedad Económica Barcelonesa de Amigos del País»

JAIME TOCON VILLEGAS
DONACION



BOSCH, Casa Editorial - Apartado 928 - BARCELONA



ES PROPIEDAD

PRINTED IN SPAIN

Imprenta Clarasó; Villarroel, 17. — Barcelona. — 1942

Biblioteca
de
Jaime Torón Villegas
1957

JAIME TORÓN VILLEGAS
DONACION

I

INTRODUCCIÓN

No encontrará el amable lector que lea las páginas que siguen, un estudio profundo y bien documentado sobre la responsabilidad por culpa extracontractual, ni siquiera una exposición completa de las teorías que la mente del hombre, en el transcurso de los siglos, ha ido forjando sobre esta materia jurídica. Si tal es su deseo, que no siga adelante, que no le será difícil encontrar en otras obras lo que sólo de una manera accidental se trata en la presente.

Ha sido nuestra intención, al tomar la pluma, facilitar al profesional del Derecho y a todos aquellos a quienes afectan obligaciones derivadas de hecho ilícito civil, la solución del caso concreto y determinado que deban resolver; y para ello, analizamos el artículo 1.902 del vigente Código civil y comentamos ligeramente las demás disposiciones del capítulo II, título XVI del libro IV del propio Cuerpo legal, a través de un prisma práctico, de acuerdo con la realidad legal presente e interpretación dada a la misma por los Tribunales de Justicia.

Consecuencia de lo expuesto es que no siempre las conclusiones sentadas están conformes con lo que a nuestra manera de pensar deberían ser; y que, si bien en algún punto concreto no podemos dejar de exponer lo que a nuestro criterio estaría de acuerdo con la justicia y la equidad, ello sólo es la excepción. No hay que olvidar que en materia de obligaciones provenientes de hechos ilícitos civiles, el Código español ha seguido la letra del Derecho Romano, pero sin recoger por completo su espíritu, exigiendo, para que exista la obligación de indemnizar, que se dé culpa o negligencia, con la excepción de los casos concretos que ya salvaba el propio Derecho Ro-

mano. Rigen, por consiguiente, en la actualidad, las mismas normas que en aquellos lejanos tiempos regulaban la responsabilidad por culpa extracontractual, sin tener en cuenta el desarrollo de las ciencias, el progreso de las industrias y correlativamente a ello, el crecimiento de los peligros de sufrir daño que el ciudadano, en general, tiene paralelamente a las ventajas que de una manera directa reportan a otros, los medios que los crean. Ello requiere una reforma para adaptar la institución a los tiempos modernos.

Consecuencia del carácter práctico que queremos infundir a las páginas que siguen, es la amplitud con que extraemos algunas de las sentencias que en tal materia ha dictado el Tribunal Supremo, por un lado; y por otro, los capítulos dedicados a tratar brevisísimamente de las obligaciones nacidas de hechos ilícitos que, además de la responsabilidad civil, llevan consigo la penal, y las dedicadas a materia procesal; pero en íntima relación, unas y otros, con lo que es materia de nuestra investigación.

Antes de entrar, propiamente, a ocuparnos de las "Responsabilidades por culpa extracontractual civil", encontrará el lector un capítulo titulado "Responsabilidad sin culpa". Hemos de confesar que se aparta del criterio práctico que informa la presente obra; pero también declaramos que no nos hemos sabido estar de prescindir de ello manifestando tan sólo que ni el Código civil ni la jurisprudencia española aceptan el principio de la responsabilidad sin culpa; porque el principio de la responsabilidad por daño objetivo va entrando en las distintas legislaciones, e incluso en la española va haciendo su aparición, y es de presumir que no pasará mucho tiempo sin que, al lado del artículo 1.902, que sienta el principio de la responsabilidad por culpa, aparezca otro artículo que, con ciertas limitaciones o para ciertos casos, en materia civil propiamente dicha, acepte de una manera abierta tal principio.

II

RESPONSABILIDAD SIN CULPA

§ 1. El aumento de los progresos materiales ha traído como contrapartida el crecimiento de los riesgos que por su naturaleza acostumbran sufrir, de no mediar una reparación adecuada, quienes ningún o poco provecho sacan de aquéllos.

Si una persona, para su mayor comodidad o para sacar un lucro o beneficio económico, crea, para el ciudadano en general, riesgos que antes no existían, aunque moralmente no sea culpable del daño que a consecuencia de ellos se producen, surge la pregunta de quién debe sufrirlos; y entonces, espontáneamente la respuesta es la de que: *qui sentit commodum sentire debet et incommodum*. Si él se aprovecha de los medios que han causado un daño y obtiene sus ventajas, es de equidad que sea también él quien sufra las consecuencias de tales daños. No sería justo que uno se llevara los beneficios y otro las pérdidas.

No obstante esta respuesta, que espontáneamente se da en tal forma, cuando la cuestión propuesta se sujeta a reflexión, surgen opiniones que varían, pues unos admiten argumentos que son rechazados por otros.

Aunque la finalidad del presente estudio es eminentemente práctica, y resuelto ya el problema en la jurisprudencia española, podríamos prescindir de tratar del mismo, pero no podemos dejar de examinarlo, aunque sólo sea superficialmente.

Fué un progreso de los siglos, debido en gran parte a los jurisconsultos, que, abandonando el principio de la responsabilidad por el daño objetivo — sin tener en cuenta los elementos intencionales y la responsabilidad moral del agente — se llegara a la conclusión de que, para que civilmente sea obli-

gatoria la reparación del daño causado, precisa la existencia de culpa.

Y el Derecho Romano, salvando algunas excepciones de las que luego nos ocuparemos, acepta resueltamente tal principio.

Dando una ojeada a los fragmentos que de la ley Aquilia conserva la *Instituta* y el *Digesto*, se ve claramente como va examinando los casos que ha de resolver a través del prisma del elemento intencional y de la responsabilidad moral; para dar lugar a la civil si aquélla existe; o no darle lugar, si no existe.

No está sujeto a las responsabilidades de la ley aquel que, si bien matare a otro, lo hiciere sin culpa ⁽¹⁾. En el caso de uno que, mientras juega o se ejercita en arrojar dardos, ha traspasado a un siervo que pasa, la ley hace una distinción: si esto lo ha realizado un soldado en el campo en que acostumbraba ejercitarse, no existe culpa; pero sí, cuando lo realiza otra persona o el propio soldado en sitio distinto del acostumbrado. Y es que el soldado, por su oficio, debe ejercitarse y, haciéndolo en el sitio acostumbrado, es natural que el peligro sea conocido por los que allí han de pasar, y sean éstos los que usen de las precauciones precisas para evitar el daño. El que, podando un árbol, arroja una rama y mata a un siervo, si lo hubiese hecho cerca de un camino, dando gritos para que quien pasara pudiera apartarse, no incurriría en responsabilidad.

Pero la vida moderna presenta nuevas necesidades que la letra de la ley romana no puede resolver, porque se encuentra aprisionada en moldes demasiado estrechos para ello y que corresponden a épocas pasadas y al desarrollo que en ellas el mundo había alcanzado.

Pero si la letra de la ley en muchos puntos no resuelve problemas planteados en los tiempos actuales, podemos recoger el espíritu que la informaba, y éste, que no envejece, puede ser aplicado en nuestros días. No en vano se ha dicho que el Derecho Romano es la razón escrita.

Y si bien a éste no se le habían presentado los problemas

(1) *Instituta*, párrafo 3.º, libro IV, título III.

surgidos de la moderna técnica, sienta con carácter general aquel célebre principio de que “Es conforme al Derecho natural que las comodidades de alguna cosa las tenga el que tuvo las incomodidades” (2). Y ya en el terreno de las aplicaciones, reconoce que el principio de que no existe responsabilidad sin culpa tiene sus excepciones; y declara la responsabilidad de hecho a cargo del propietario de la cosa causante del daño, cuando éste se produce directa o indirectamente a consecuencia de la utilización de la misma, en las acciones noxales; en las *de pauperie*, por los daños causados por los animales; en las acciones *de effussis et dejectis* y *de positis et suspensis*...

En la actualidad, la gran mayoría de daños causados en relaciones extracontractuales, son debidos a accidentes de circulación. Los transportes terrestres que se efectúan casi exclusivamente por medios mecánicos, en los tiempos de Roma se efectuaban por medio de animales, y si su propietario era responsable de los daños causados por ellos, a pesar de no estar sujetos de una manera absoluta a su voluntad, como lo pueden estar los instrumentos mecánicos, ¿no es de presumir que hoy hubiera considerado responsable de los actos realizados—digamos por un automóvil— a su propietario? ¿No venía a reconocer, hasta cierto punto, la moderna teoría del riesgo creado?

§ 2. En los tiempos modernos han sido defendidas con los nombres de teoría del daño objetivo, riesgo creado, riesgo jurídico, etc., los principios de la responsabilidad sin culpa, expuestos con ligeras variantes. También se ha sustentado que no existe responsabilidad sin culpa, pero que debe tras pasarse la carga de la prueba al causante del daño, con lo que, por la imposibilidad muchas veces de practicarla, a él incumbirá la obligación de indemnizar. Estos autores, si bien reconocen la equidad del principio, no se atreven a romper con la tradición.

La responsabilidad sin culpa o riesgo creado, ha sido impugnado por varios autores, entre ellos por FROMAGEOT y PLA-

(2) Ley 10, título XVII del libro I del *Digesto*; véase *Sexto* de las *Decretales. De Regulis Juris*, citado por MASPONS: *Index de Textos Legals Canònics*, Revista Jurídica de Catalunya, XXXIV, 57.

NIOL y RIPPERT. FROMAGEOT ⁽³⁾ cree que el aceptarse tal principio ha de repercutir en el progreso natural. La comunidad, afirma, se aprovecha en general de la actividad de sus miembros, actividad que tiende al bien público y que, por tanto, debe ser estimulada, y sería contrario a una buena política amenazarla con los daños que pueda reportar.

Afirman PLANIOL y RIPPERT ⁽⁴⁾ que la falta es el elemento capital de la responsabilidad civil, siendo inseparable ésta de la moral. No es suficiente — dicen — que exista una relación de causalidad entre el autor del daño y el perjuicio sufrido. Ciertamente es — añaden — que la teoría del riesgo creado tiene la ventaja de evitar análisis difíciles sobre la intención, y de proteger de una manera eficaz los intereses morales y materiales; de dar a los hombres una más clara conciencia de la solidaridad que los une; pero el principio de que los riesgos deben atribuirse a quien los crea, se presenta como una regla primitiva; no puede aplicarse al mundo jurídico una ley física de causalidad sin encontrarse con dificultades casi insolubles. Sin duda — continúan — la víctima es digna de piedad, pero el autor irresponsable del daño la merece también, si es él quien carga con el perjuicio económico. La actividad de la víctima, ¿no ha sido tan necesaria como la del autor, para que el daño sobreviniera? ¿Por qué, pues, suprimir la solución tradicional de que cada cual cargue con su propio riesgo? Esta solución, sin ser más equitativa que la primera, trae como consecuencia, matar las iniciativas y el espíritu de empresa. Tiene el gran inconveniente de hacer desaparecer la idea moral que explica el principio de la responsabilidad civil. Si no se trata más que de garantizar el riesgo creado, es preciso admitir la cláusula de no garantía y el seguro.

FEDERICO CASTEJÓN, en un interesante artículo sobre esta materia ⁽⁵⁾, defiende el principio de la responsabilidad por el riesgo creado, con algunas modificaciones. Afirma que las nuevas condiciones de la convivencia social exigen una creciente objetivización de la culpa. El Derecho civil tiende a fundar — dice — la responsabilidad casi exclusivamente so-

⁽³⁾ Páginas 26 y 27.

⁽⁴⁾ *Traité pratique de Droit civil français*, VI, 660.

⁽⁵⁾ Revista General de Legislación y Jurisprudencia, CXXI, 447.

bre la ilicitud objetiva del hecho común según la máxima *cujus commoda ejus damna*... Y fundamenta la aceptación de tal principio en varios argumentos y en la dificultad de comprobar la verdadera causa productora de los hechos dañosos (6). Efectivamente, si por regla general es difícilísimo la prueba en materia de accidentes y daños causados por culpa extracontractual, en forma que hechos o accidentes presenciados por testigos que quieren decir la verdad, sus declaraciones multitud de veces no coinciden, mucho más difícil es demostrar lo que afecta a lo intencional, a la negligencia o culpabilidad de una persona.

El profesor DR. THEODOR SÜS, en un artículo publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de Madrid (7), se

(6) CHIRONI, a este respecto, sienta el principio de la garantía (*Culpa Extracontractual*, cap. XX). Tiene el derecho — dice — su razón más honda en la persona, y aquella a la cual corresponde ejecutarlo viene a constituir la medida de su extensión, de su alcance, de su poder; por consiguiente, en este ejercicio de su derecho encuentra la persona su más propia y mejor defensa; quien actúa y quien lo ejercita es señor del mismo; ahora bien: este señorío, este dominio sobre las cosas que el derecho implica, lleva como obligada consecuencia los riesgos y los daños ocasionados por la cosa; de aquí que, cuando haya lugar a ello, deba el resarcimiento, porque el daño es injuria *per se*. Sólo el caso mayor puede liberarlo (págs. 606 y 607)... y esto se obtiene con el expediente de la presunción de culpa, que es absoluta en algunos casos, viniendo como una reacción o, por mejor decir, la idea jurídica perfeccionada del daño ilícitamente producido, como fuente directa y única de las obligaciones que inducen los conceptos de injuria y de pena (pág. 607). Cúmplase entonces con la concurrencia de la garantía cuando falta la responsabilidad, bien por defecto de los elementos objetivos o de los subjetivos; en este supuesto, la indemnización no se debe, no porque el obligado sea el verdaderamente responsable por la injuria cometida, sino porque está obligado a resarcir el daño cometido y lo está por virtud de la garantía que la ley establece para ciertos actos, garantía que, especialmente en el caso de injuria objetiva pudiera decirse, como en el caso de enriquecimiento ilícito, que se trata de una responsabilidad limitada (pág. 608). Causa directa de la garantía es, por tanto, el riesgo, no el comportamiento ilícito de la persona en la realización de los actos libremente queridos (pág. 608). La obligación de reparar es, por tanto, inherente a la situación de la persona; porque de consuno la ética social y la ley aciertan al pensar que no se puede, en aras del interés social, consentir que tal situación o determinadas condiciones no lleven aparejadas las consecuencias del riesgo, y que la persona que en ella se coloca no asuma los peligros que de las mismas puedan derivarse para otros (página 609).

(7) *La Nueva Regulación jurídica de la responsabilidad civil y del seguro obligatorio de responsabilidad civil*, número correspondiente a los meses de enero-junio 1941, página 47.

ocupa del problema de la responsabilidad objetiva y, después de analizar rápidamente los argumentos en pro y en contra de tal género de responsabilidad, sale al paso de los que sostienen que es un retroceso a los primitivos tiempos en los que sólo se atendía al resultado del acto. Afirma que ello no es así, porque aquí se hace responder del caso fortuito propiamente dicho, y no de la fuerza mayor, que si son conceptos difíciles de distinguir de una manera absoluta, no lo son cuando se trata de la responsabilidad por los riesgos; y es que en tal caso puede considerarse como caso fortuito el peligro típico de la empresa, y fuerza mayor el peligro no típico de la empresa. Así, un descarrilamiento es peligro típico de un ferrocarril, no lo es un rayo ni un terremoto, y la responsabilidad que alcanza en el primer caso — caso fortuito — no se extiende al segundo — fuerza mayor; — y si bien la ley del Tráfico aéreo (alemana) exige la responsabilidad para el caso de fuerza mayor, hay que tener en cuenta que el caso del rayo y otros similares, vulgarmente considerados como casos de fuerza mayor, son peligros típicos del tráfico aéreo. Como solución para la indemnización del perjudicado, teniendo en cuenta que los automóviles están cada día más al alcance de personas que no tendrían suficientes medios para indemnizar, en el caso de que procediera, precisa el seguro obligatorio que ya han adoptado varios países tales como Suiza, Finlandia, Dinamarca y Noruega.

§ 3. No creemos que fuese justa la supresión del principio de que la responsabilidad moral informe la responsabilidad civil; porque, siendo el hombre un ser libre, racional y consciente de sus actos, debe en todos los órdenes responder de las directrices que voluntariamente ha imprimido a los mismos y de los casos en que, estando obligado a realizar un acto, ya sea por la ley natural o la positiva, no lo ha realizado, derivándose de ello un daño cualquiera. Estos principios, conformes con el Derecho natural y con el Derecho Romano y las modernas legislaciones, no hay por qué suprimirlos ni modificarlos.

: Pero, en multitud de casos, la responsabilidad moral no puede dilucidarse; ya sea por dificultades en la prueba, ya por

imposibilidad de la misma, o porque en realidad el acto no es debido a culpa ni negligencia de una de las partes; y en otros, si bien a primera vista existe, por parte del perjudicado, ella puede equipararse perfectamente a la culpa o negligencia profesional, que quizá no excluya del todo la responsabilidad moral, pero queda tan diluída que en el terreno civil puede calificarse de inexistente.

Dentro del criterio sustentado tradicionalmente, de que sólo puede exigirse responsabilidad al autor de lesiones o daños cuando es culpable de los mismos, ya sea por dolo, ya por culpa o negligencia, resulta que quedan sin indemnización multitud de casos que los Tribunales califican de fortuitos o acaecidos por fuerza mayor, y esto no siempre es justo.

Indudablemente que si alguna persona o alguna cosa sufre un daño a consecuencia de un terremoto, rayo, incendio, aunque el incendio se propague de la casa del vecino u otros casos fortuitos o fuerzas mayores de carácter extraordinario, es natural que, en el último caso, el vecino no indemnice unos daños que él también ha sufrido, y que, en definitiva, siguiendo al profesor SÜS, podemos calificar de fuerza mayor extraña a la empresa.

Pero esto no siempre sucede así; y en la mayoría de los casos hay motivos racionales y suficientes para exigir una reparación, no por culpa, sino simplemente por el daño, por ser casos fortuitos típicos de la empresa.

Una Compañía de tranvías, por ejemplo, obtiene una concesión para explotar un servicio de transporte de pasajeros dentro de una ciudad determinada. Al solicitar la concesión no lo hace, la gran mayoría de las veces, para beneficiar al público, sino para obtener un lucro lícito; pero, al fin y al cabo, para obtener un beneficio particular.

Ahora bien: de la explotación de este servicio surge un mayor peligro para todos aquellos ciudadanos que cruzan las calles de la ciudad, yendo a pie; han de prestar una mayor atención y vigilancia, y por múltiples circunstancias que no son del caso exponer, muchas veces, sin culpa del paseante y sin culpa del conductor que lleva el tranvía, aquél es arrojado por éste.

Para evitar tales accidentes, la Compañía debe prestar

varios servicios e invertir ciertas cantidades: señales luminosas o de otra clase, salvavidas, frenos, etc. Es natural, pues, que invierta también ciertas cantidades para reparar los perjuicios que irroga a aquel que, sin culpa de una ni otra parte, sufre un accidente a consecuencia del funcionamiento del tranvía.

En los ferrocarriles se exige a los viajeros el pago de una prima para el seguro obligatorio establecido precisamente para los casos en que surge el accidente sin responsabilidad por parte de persona alguna, porque si existe, sea criminal, sea civil, por ello debe ya cobrar el perjudicado; y es principio, en materia de seguros, que la indemnización sirve para reparar, no para lucrar; y por consiguiente, cobrada una cantidad, en concepto de indemnización, si es suficiente, no puede cobrar otra con la que se lucraría.

Si esto se establece para los que viajan en ferrocarril, si se exige un seguro, que aunque lo paguen los viajeros, en definitiva es igual que lo pague la Compañía, aumentando el precio del pasaje, también sería justo obligar a las Compañías de tranvías, autobuses, etc., a que, por medio de un seguro concertado con tercero, o asegurándose a sí mismas, indemnizaran los perjuicios que por su circulación por las calles causen a terceros, sin responsabilidad propiamente culposa de nadie, pero que, sin circular los tranvías por las calles, no se hubiera producido. Téngase en cuenta que si se considera justo que se indemnice a los que viajan en ferrocarril por los daños que les sobrevengan sin culpa, a pesar de asumir ellos voluntariamente el riesgo que tal viaje representa, con mucha más razón ha de proceder para aquéllos que no han asumido voluntariamente el riesgo.

Y lo que se dice con referencia a las empresas de servicios públicos, puede darse por reproducido por lo que se refiere a taxis, coches particulares, etc.

Actualmente, en el estado en que se encuentra la evolución del seguro, su desarrollo y la elasticidad del mismo, podría decirse que es una negligencia inexcusable el no concertarlo para indemnizar las consecuencias que los accidentes pueden causar a las personas (mucho más estando como está generalizado para la responsabilidad civil exigible); y así

como no puede decirse que obra con la diligencia y precaución de un buen padre de familia quien no tiene asegurada de incendios su casa, porque en un momento determinado el fuego puede destruirla, disminuyendo a consecuencia de ello el patrimonio de su propietario; y los gastos que importa la prima de seguro deben considerarse disminución de los frutos de la finca, como uno de los gastos necesarios para su explotación, asimismo quien utiliza un instrumento capaz de perjudicar a terceras personas, debe poner de su parte todos los medios indispensables para evitarlo, a pesar de que ello cueste ciertos dispendios (frenos, avisos, luces, etc.); y si ello es así, debe poner por la misma razón todos los medios necesarios para evitar las consecuencias de los accidentes ya acaecidos y hacer que desaparezcan los efectos económicos que sus actos han ocasionado a tercera persona, por medio del seguro contra tal clase de accidentes; ya que no sería justo que se obligara a que sea la persona que pasa por la calle la que pague la prima del seguro por el mayor peligro que representa un instrumento del que es otro quien aprovecha sus utilidades. Si el autor del daño no está asegurado, debe entenderse que opta por asegurarse él mismo, y debería, como tal, indemnizar entregando la cantidad correspondiente. Sería desentenderse de los deberes que la convivencia social impone el no hacerlo; ya que no podemos, al usar de nuestro derecho, mirar exclusivamente nuestro interés, prescindiendo de las consecuencias dañosas que para otros pueda tener.

Si así no se hiciera, sería aplicable de una manera indirecta y por analogía, la teoría del enriquecimiento torticero, ya que el causante del daño, con las primas de seguro no satisfechas, y aun con el capital de la indemnización, se habría enriquecido (o bien al considerar como lucro la totalidad del beneficio, sin serlo), en perjuicio del lesionado.

§ 4. En el terreno del Derecho positivo la responsabilidad sin culpa se va abriendo paso, habiéndose aceptado, en un principio, en materia de accidentes del trabajo, en los que a pesar de no existir culpa del patrono y a pesar de que muchas veces existe culpa del obrero, se da la obligación de in-

demnizar. Su campo de acción se va extendiendo en varios países (8).

(8) En Alemania, en algunas leyes se ha aceptado el principio de la responsabilidad sin culpa, y tres de ellas, de una manera directa, adoptan tal principio: la ley de vehículos automóviles de 3 de mayo de 1909, que ha sufrido numerosas modificaciones en el transcurso de los tiempos (véase ENNECERUS, págs. 719 y siguientes); la ley del Tráfico aéreo de 1.º de agosto de 1922, modificada por Decreto de 5 y 6 de febrero de 1924 (véase ENNECERUS, págs. 725 y siguientes), y la ley sobre Responsabilidad civil de 3 de noviembre de 1938, que ha sufrido asimismo multitud de modificaciones (véase ENNECERUS, págs. 712 y siguientes).

Por esta última ley, la empresa de un ferrocarril responde de las muertes o lesiones corporales causadas en la actividad del ferrocarril, siempre que el accidente no haya sido producido por fuerza mayor o culpa del muerto o lesionado (véase ENNECERUS, pág. 712); por la ley de vehículos automóviles, su tenedor responde de las muertes, lesiones corporales y daños a las cosas causados en la actividad del vehículo, si el accidente no ha sido causado por un hecho inevitable, que no se base ni en un defecto del vehículo, ni en la falta de uno de sus dispositivos (véase ENNECERUS, pág. 719); y finalmente la ley sobre Tráfico aéreo obliga al tenedor de una aeronave a responder de las muertes, lesiones corporales o a la salud y daños a las cosas causados por un accidente en la actividad de la aeronave.

Comentando ENNECERUS tales leyes, dice: "Los deberes del tráfico que en conexión con el párrafo 283, apartado 1.º, ha desenvuelto el Tribunal del Reich, se basan todos en la idea de que el hecho de abrir una fuente de peligros funda un deber jurídico de adoptar las precauciones indispensables para evitar aquéllos: a) el que abre al tráfico fincas y otras cosas, tiene que conservarlas en estado que impida los peligros; este deber, empero, no incumbe, por regla general al propietario en cuanto tal, sino a aquel que tiende a disponer del local que destina a taberna. Asimismo el que toma parte en el tráfico público, como el conductor de un coche, de un tranvía e incluso el peatón; b) el Director de una explotación independiente o de un negocio...; c) deberes especiales de vigilancia pueden brotar de la explotación de una industria o del ejercicio de una profesión; d) estos deberes del tráfico se completan por un deber general de vigilancia que ha de desplegar la persona responsable del cumplimiento cuando encarga a terceros las medidas de protección para la seguridad del tráfico" (pág. 637).

El nuevo Libro de las Obligaciones del Código civil italiano, en su artículo 882 (establece que "cualquier hecho doloso o culposo que ocasione a otros un daño injusto, obliga a aquel que lo hubiere cometido a resarcir el daño"), no se aparta del cauce tradicional en materia de responsabilidad extracontractual, y comentándolo GIOVANNI PACCHIONI (Revista de Derecho Privado, noviembre de 1941, pág. 483: El Libro de las Obligaciones del nuevo Código civil italiano: *La responsabilidad sin culpa*) dice: "...pero bien pronto... se evidencia que el principio de la imputabilidad, a menos de querer esforzarse en mantenerla contra todo, no satisfacía ya, de un modo justo y adecuado, la nueva conciencia social (pág. 483)... La nueva tendencia de extender al máximo posible la responsabilidad, admitiéndola más allá de los límites observados en

§ 5. El Código civil español, en su artículo 1.902 ⁽⁸⁾ exige que se dé la culpa o negligencia para que nazca la obligación de indemnizar; y el Tribunal Supremo, en sentencia de 31 de octubre de 1931 se ocupa de la teoría mencionada, pero rechaza de una manera categórica su aplicación. Dice así el Considerando que nos interesa: "Que con arreglo a nutrida y notoria jurisprudencia de este Tribunal en materia de obligaciones extracontractuales, acuñada naturalmente en el venerable troquel del Derecho Romano que aun sirve de molde a las legislaciones modernas, como lo patentiza el artículo 1.089 de nuestro vigente Código civil, para que pueda exigirse... el cumplimiento de las obligaciones nacidas de culpa o negligencia reguladas en los artículos 1.902 y 1.903 del citado Código... es indispensable que... (se) haya justificado de un modo cumplido en el pleito la existencia de la culpa o negligencia, ... como causante del referido desdichado efecto, puesto que los antes señalados preceptos legales sobre responsabilidad extracontractual excluyen por el momento la responsabilidad que este Tribunal pueda rectamente interpretarlos de otra suerte, con ánimo de que en ellos tuvieran cabida con todas sus consecuencias jurídicas las modernas teorías sobre la responsabilidad civil sin culpa de quien crea o asume un riesgo, como el que para los terceros supone la circulación de automóviles por las vías públicas, doctrinas que han de repercutir, además, probablemente en el enjuiciamiento del indicado problema trastocando quizá en esta materia el secular principio procesal por todos acatado en cuanto a quien incumbe la obligación de la prueba."

el pasado, era también una manifestación de aquel espíritu de solidaridad humana y de justa distribución de las riquezas de la vida privada y pública ya existentes a fines del siglo pasado" (pág. 484).

⁽⁹⁾ TARRIBLE: Discurso pronunciado en el Cuerpo legislativo sobre el título de las Obligaciones que se forman sin convenio (Curso de Legislación formado de los mejores informes y discursos leídos y pronunciados al tiempo de discutirse el Código de Napoleón. Barcelona, 1841): Al efecto de que el daño pueda justamente indemnizarse, preciso es que sea efecto del dolo, de la falta o de la imprudencia de alguno. Si no puede atribuirse a tales causas, si el perjuicio más bien que nacido de culpa es obra de la casualidad, entonces ocioso fuera pedir el resarcimiento: en semejante caso cada uno sufre las consecuencias del daño que recibió, ya en su persona, ya en sus bienes (II, 317).

2. — BORRELL MACIA. — RESPONSABILIDADES DERIVADAS DE CULPA EXTRA CONTRACTUAL CIVIL

JAIME TORON VILLEGAS
DONACION

A pesar de lo expuesto, siendo una cuestión que incumbe al Tribunal sentenciador la apreciación de si ha concurrido culpa o negligencia, da ello un gran margen a éste para que pueda conceder una indemnización a la víctima de un accidente, y lo da sobre todo la existencia de preceptos del Reglamento de circulación dotados de una elasticidad acomodaticia, tales como el 17 al establecer que los conductores de vehículos deben ser dueños en todo momento del movimiento de los mismos y están obligados a moderar la marcha y si preciso fuera a detenerla... cuando las circunstancias del tráfico, del camino, de la visibilidad o de los propios vehículos, prudencialmente lo impongan para evitar posibles accidentes o cualquier perjuicio o molestia a los demás usuarios.

Cuando ha sucedido el accidente, *a posteriori* es muy fácil afirmar con razón que en el caso de que la velocidad hubiera sido menor o que si la marcha hubiese sido detenida completamente, el accidente no se hubiera producido. Y efectivamente, es así; pero lo único que falta para cumplirlo, es el don de profecía, de visión del porvenir.

La legislación española, que en el orden civil está basada en el principio de que no existe responsabilidad sin culpa o negligencia, tiene sus excepciones de que nos ocuparemos en otros capítulos, y que son aquellas que ya aceptaba el Derecho Romano y de que tratan los artículos 1.905 y 1.908 del Código civil.

En materia de accidentes del trabajo y en el orden penal acepta el principio de la responsabilidad sin culpa.

El Código penal del año 1932, en su artículo 8.º declara exentos de responsabilidad penal a personas que, si bien han cometido actos que el Código define como delitos, han sido realizados sin dolo ni culpa; y a pesar de ello, a pesar de que no se pueda imputar una responsabilidad moral, la ley obliga al autor, en ciertos casos y con ciertas limitaciones (nos ocupamos de ello al tratar de la responsabilidad civil derivada de hecho punible), a indemnizar el daño causado.

También el artículo 828 del Código de comercio establece que cuando en un abordaje no pueda determinarse cuál de los dos buques ha sido su causante, cada uno soportará su propio

daño y ambos responderán solidariamente de los daños y perjuicios causados en sus cargos ⁽¹⁰⁾.

De manera que si el artículo 1.902 del Código civil sienta el principio de la responsabilidad mediante culpa, ello no quiere decir que no esté en camino de aceptarse de una manera definitiva, en la legislación española, el principio de la responsabilidad objetiva.

(10) Véase artículo 827 del Código de comercio.

III

DOLO - CULPA PENAL - CULPA CIVIL

§ 6. Salvando algunas excepciones — como decíamos en el capítulo anterior — no está admitido en la legislación española el principio de la responsabilidad sin culpa; y, por ello, vamos a tratar de la obligación de reparar el daño causado dentro del marco de la culpabilidad.

Ante todo hemos de rechazar, por contrario a la realidad y a toda moral, la existencia de un fatalismo que pueda excluir la libertad del hombre ⁽¹⁾. Si tal acaeciera, podríamos dar aquí por terminada nuestra investigación, afirmando que no hay acto responsable del hombre; y por consiguiente, deber de indemnizar daño alguno.

Pero diciéndonos la experiencia propia y el sentido íntimo que somos seres libres y que a nuestro arbitrio está el ejecutar o no unos actos determinados, a pesar de que con ellos infringimos preceptos que nos señala la conciencia o que un organismo con autoridad ha establecido, es indudable que podemos ser culpables en el ejercicio de nuestra actividad.

Por esto somos civilmente responsables ante nuestros prójimos cuando, infringiendo deberes, vulneramos su derecho, causándoles un daño; pero, civilmente, no lo somos cuando, a pesar de causar un daño, no vulneramos un deber (añadiremos jurídico, ya que el Derecho civil no tiene el mismo ámbito que la moral), ni un derecho del perjudicado, porque la ley positiva sólo puede proteger los derechos ⁽²⁾.

Decimos que no surge responsabilidad cuando no existe vulneración de un deber jurídico, aunque se cause daño a alguien. Y ello acaecerá:

(1) Véase PLANIOL, VI, 61; FROMAGEOT, página 1.

(2) Véase ENNECERUS, página 631. La sentencia del Tribunal Supremo, 13 de noviembre de 1934, afirma que los delitos civiles son actos antijurídicos que lesionan los derechos subjetivos privados.

a) Cuando se daña o perjudica, en virtud de un deber del autor del daño.

b) Cuando se ejercita un derecho que realmente lo sea ⁽³⁾.

c) Cuando se realiza el acto en interés del perjudicado y de acuerdo con su voluntad expresa o presunta. Tal sucederá en casos de gestión de negocios, enfermedad, operaciones quirúrgicas, etc.

d) Si por error excusable — según ENNECERUS ⁽⁴⁾ — el autor de la lesión creía en la licitud de su gestión.

e) No existe vulneración de un deber jurídico cuando la acción se realiza por quien, por defecto de la inteligencia o de la voluntad, no puede ser considerado libre ⁽⁵⁾. La culpa es propia de personas que son libres en sus actos; que tienen inteligencia para saber lo que deben hacer y libre voluntad para dirigir sus acciones en el sentido que les señale aquélla. Si no existe el libre juego de estas dos potencias no existe tampoco responsabilidad, porque los actos realizados no pueden considerarse propiamente humanos. No cometen, por tanto, culpa:

1. El menor que no ha llegado al uso de la razón ⁽⁶⁾. La incapacidad debe ser, no la legal, sino la natural ⁽⁷⁾.

⁽³⁾ Artículo 52 del Código de las Obligaciones de Suiza: En caso de legítima defensa no se da lugar a la reparación por el daño causado a la persona o a los bienes del agresor.

El Juez determina equitativamente el importe de la reparación debida por quien atenta a los bienes de un tercero para preservarse o preservar una tercera persona de un peligro o de un daño inminente.

Aquel que recurre a la fuerza para proteger sus derechos, no debe ninguna reparación si, por razón de las circunstancias, la intervención de la autoridad no fué posible obtenerla en tiempo útil y si no existía otro medio de impedir que los derechos no se perdieran o que su ejercicio se dificultara.

⁽⁴⁾ Páginas 638 y 639.

⁽⁵⁾ Véase GIORGI, páginas 233 y siguientes.

⁽⁶⁾ El artículo 1.306 del Código civil italiano de 1865 y el 1.310 del de Nápoles, equiparaban al mayor el menor, para las obligaciones derivadas de delito o de cuasidelito. Artículo 54 del Código suizo de las Obligaciones: Si la equidad lo exige, el Juez puede condenar una persona incapaz de discernimiento a la reparación total o parcial del daño que ha causado. El que ha sido presa de una incapacidad pasajera de discernimiento tiene de reparar los daños que ha ocasionado en tal estado, si no prueba que ha llegado a tal situación sin su culpa.

⁽⁷⁾ Por Derecho Romano la responsabilidad del impúber dependía de su capacidad natural; y por ello no tenía consecuencias el que fuera

El Código penal español de 1932 exime de responsabilidad penal al menor de 16 años, disponiendo que cuando ejecute algún acto penado por la ley, se entregue a la jurisdicción de los Tribunales tutelares de menores ⁽⁸⁾, y atenúa la del menor de 18 años ⁽⁹⁾. A pesar de ello, empero, no siempre le exime de la responsabilidad civil.

Si ello es así en el orden penal, para los que no han podido cometer delito, no hay razón para eximir de responsabilidad al menor que ha cometido un acto que la ley califica de delito civil. El artículo 1.902 del Código civil no hace distinción de edad al establecer la obligación de indemnizar por los perjuicios causados y para ello exige sólo que concorra culpa o negligencia; y puede existir esta culpa o negligencia en el que no ha llegado a la mayoría de edad, pero sí al uso de razón. Naturalmente que cuando el menor raye en la pubertad será preciso acreditar su capacidad de obrar y su responsabilidad.

Las limitaciones que en algunos artículos del Código civil se consignan para los menores de edad, se establecen en su beneficio para salvarlos de la inexperiencia en las relaciones que puedan tener con personas de inteligencia completamente desarrollada.

En la culpa extracontractual, es el menor quien se pone fuera del marco de sus deberes, con lo que perjudica a quien no ha tenido con él relaciones contractuales de clase alguna; y sería contra la justicia y contra la equidad obligar al perjudicado a sufrir las consecuencias del daño causado por no haber el autor llegado a la mayoría de edad legal.

Por esto afirmamos que el menor que no ha llegado al uso de la razón no puede ser culpable; pero cuando lo sea por gozar de este don es responsable de sus actos.

2. El enajenado y el que se halle en situación de trastorno mental transitorio (a no ser que éste haya sido buscado de

púber o impúber, por ejemplo, en el hurto o en la injuria, con tal de que existiese intención. Véase párrafo 18, título I, libro IV de la *Instituta*; ley 5.^a, párrafo 2.º, título II, libro IX; ley 3.^a, título X, libro XLVII; ley 23, título II, libro XLVIII y ley 111, título XXVII, libro L del *Digesto*. Véase FROMAGEOT, página 59.

⁽⁸⁾ Número 2, artículo 8.º.

⁽⁹⁾ Circunstancia 3.^a del artículo 9.º.

propósito), no puede ser responsable de sus actos, de acuerdo con el artículo 1.902 del Código civil, porque no puede ser culpable.

A pesar de que el Código penal en su artículo 20 no le exime, en todos los casos, de la responsabilidad civil por sus actos, y por consiguiente el perjudicado en los casos y limitaciones que tal artículo establece podrá resarcirse de su daño a costas del patrimonio del enajenado cuando sea aplicable el Código penal; no tendrá tal facultad cuando sean de aplicación exclusivamente los preceptos que regulan la culpa extracontractual civil.

Cuando el trastorno mental es buscado de propósito puede existir la responsabilidad, porque en tal caso la culpa procede de ponerse voluntariamente en una situación en que pueda causar daño inconscientemente; y será responsable, no por la acción directa del daño, sino por haberse puesto en situación de causarlo.

3. El Derecho Romano equiparaba el pródigo al loco ⁽¹⁰⁾ y afirmaba que el loco y aquel a quien se le impide la administración de sus bienes no tienen voluntad ⁽¹¹⁾; y, por ello, el emperador Pío admitió la petición de una madre de que se nombrara curador a sus hijos pródigos con estas palabras: "No es nuevo que algunos, aunque por sus palabras parece que poseen buen entendimiento, con todo, si por sí mismos administrasen su patrimonio quedarían reducidos a padecer necesidad si no fueren socorridos; y así se ha de nombrar quien los gobierne, porque es justo que nosotros miremos por los que viven como locos respecto a la administración de sus bienes."

La ley de las XII Tablas ya autorizaba al Magistrado para prohibir a los pródigos la administración de sus bienes, administración que confiaba a los agnados y a los gentiles ⁽¹²⁾. Por tanto, la limitación de la capacidad de los pródigos es cosa muy antigua y se ha mantenido como una necesidad social hasta nuestros días.

(10) Ley 12, título V, libro XVI del *Digesto*.

(11) Ley 40, título XVII, libro L del *Digesto*.

(12) MAYNZ, párrafo 357.

¿Esta falta de capacidad ha de influir en la responsabilidad por culpa extracontractual? ⁽¹³⁾.

El Código civil sólo protege el patrimonio del pródigo cuando de su malversación puede derivar perjuicio a persona cierta y determinada; y la tutela del pródigo afecta exclusivamente sobre el patrimonio, no sobre la persona. Se trata de una persona viciosa debido a una voluntad débil, a falta de carácter o a otra circunstancia, pero, fuera de ello, el pródigo es persona normal. Puede perfectamente desarrollar sus actividades en todos los actos de la vida y sólo cuando su actuación afecta a aquello a que el vicio le tiene aprisionado, precisa la intervención de la persona que supla su voluntad enfermiza.

4. No existe culpabilidad en aquellos casos en que el autor del daño actúa impulsado por una fuerza irresistible. En tal caso, no es él propiamente quien causa el daño, sino el autor de la fuerza. Aquél actúa no como persona, sino más bien como cosa.

5. En general no puede existir responsabilidad en todos aquellos casos en que el hombre no es dueño de dirigir libremente su voluntad sea por la causa que sea y sean cuales sean las circunstancias que concurran.

Decíamos que era preciso, para que exista el deber de indemnizar, que se vulnerara un derecho del perjudicado; y como sea que nos hemos de ocupar de ello más adelante, sólo queremos manifestar aquí que al decir derecho no queremos

⁽¹³⁾ TARRIBLE: "Esta regla constante, invariable, que establece que el que sufre un perjuicio causado por un hecho o falta de otro tenga siempre un medio para indemnizarse resuelve una cuestión suscitada por el orador del Gobierno, y cuyo objeto es saber si un pródigo a quien se ha quitado la administración de los bienes tiene que resarcir los perjuicios que sus delitos causaron. El orador del Gobierno responde que nadie ha debido suponer que pudiese suscitarse en nuestros días una cuestión semejante. Este orador, lleno de los principios de la justicia, así como de las máximas del derecho civil, ha conocido que si la ley pone al pródigo en la saludable imposibilidad de disipar su fortuna, no le debe dejar jamás la facultad extraña de descargar sobre la propiedad del ciudadano pacífico golpes inesperados, y que éste no ha podido prever ni evitar. La ley no ha podido otorgar al pródigo una impunidad funesta, ni substraerle al cumplimiento de la obligación que la ley natural impone a todos de reparar el daño que hubiesen causado (página 318).

con ello decir que esté definido de una manera clara y concreta en una disposición positiva, sino que es suficiente la vulneración del Derecho natural.

§ 7. Sentado el principio de que el hombre debe indemnizar y de que debe hacerlo en cuanto es responsable, en cuanto sus actos están regidos por la voluntad libre y por tanto iluminado por la inteligencia, podemos establecer una división, que es esencial, de los actos culpables: en dolosos y culposos ⁽¹⁴⁾.

Unos y otros son voluntarios, ésta es la nota común que tienen; y unos y otros pueden caer bajo la esfera del Código penal y ser castigados como delitos o faltas por considerarse que, además del perjuicio particular que a una persona determinada ocasionan, constituyen un agravio a la sociedad en general o vulneran el derecho común, que para la buena convivencia social es preciso restablecer; o vulneran sólo un derecho de carácter particular, hiriendo intereses exclusivamente individuales que se reparan tan sólo en la esfera civil.

El Diccionario de la Lengua Española define el dolo como “engaño, fraude, simulación”; y para los delitos exige “plena deliberación y advertencia”.

LABEÓN dice que se puede, sin dolo malo, hacer una cosa y fingir otra, como hacen los que usan de alguna ficción que defiende sus cosas o las ajenas, por lo cual lo define así: “Toda astucia, engaño o maquinación que se hace para perjudicar,

⁽¹⁴⁾ CHIRONI, en el tratado de *Culpa Extracontractual* (I, 318 y 319), dice: Este elemento subjetivo esencial a la responsabilidad, consiste en la conciencia del acto que se ejecuta y en el poderlo querer libremente. Si el agente, en el momento en que cometió la injuria estaba en condición de conocer o deber conocer el derecho ajeno y las consecuencias ofensivas que pudieran derivarse de su acto o de su conducta, aun dándose él cuenta de la regla abstracta que no se debe injuriar a nadie... La conciencia y la libertad deben estar dirigidas en el delito única e inmediatamente a la injuria que se quiere causar, esto es, al acto como fuente del mal; en el cuasidelito deben existir, no en relación al acto, sino a la posibilidad de calcular las consecuencias no deseadas, comprendiéndose en ésta también la necesidad de querer o deber conocer la posición jurídica propia y de la posibilidad de injuriar a otros.

Se caracterizan por el mayor grado de malicia y la mayor voluntariedad de los primeros interviniendo en los segundos, como factor principal, la falta de cuidado, de precaución, de previsión de lo que debió preverse (sentencia de 26 de febrero de 1934) (p.).

engañar o coger a otro" ⁽¹⁵⁾. Y en el fragmento en que se exponen las palabras de LABEÓN, se añade: "No se contentó el pretor con decir dolo, porque los antiguos decían que había dolo bueno y daban este nombre a la astucia, en especial si alguno maquinase contra el enemigo o ladrón" ⁽¹⁶⁾.

La acción de dolo no se daba sino por un engaño grande y manifiesto ⁽¹⁷⁾ y asimismo se requería una prueba por indicios manifiestos ⁽¹⁸⁾.

Según la escuela clásica, precisan dos condiciones para la existencia del dolo: voluntad de ejecutar el hecho y conciencia de su oposición al derecho. CUELLO y CALÓN ⁽¹⁹⁾ critica la anterior definición y afirma que el dolo es "la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho delictuoso". Para CHIRONI, el acto ilícito se da con la directa intención de dañar ⁽²⁰⁾.

Las definiciones que del dolo se han transcrito coinciden en exigir la realización de un acto ilícito con conciencia de realizarlo y queriendo los fines que natural y necesariamente tal acto debe reportar.

El que coge una pistola para matar a un hombre, tiene la intención de realizar el fin delictivo, de matar al hombre, y para ello prepara los medios necesarios para hacerlo; con plena conciencia realiza un acto ilícito, un acto doloso. El chofer que, conduciendo su coche, encuentra en la calle el usurero que le ha prestado dinero y aprovechando la facilidad que para simular un accidente de circulación se le presenta, le atropella, comete un acto doloso. El que en un momento de arrebató u obcecación coge una piedra y la tira al que le ha insultado, tiene la intención de causarle un daño: su entendimiento puede ser más o menos lúcido, por motivo de la obcecación, del arrebató, pero se propone un fin, fin que es ilícito: causar un daño, el de la muerte u otro menor, pero siempre

⁽¹⁵⁾ Ley 1.^a, párrafo 1.^o, título III, libro IV del *Digesto*.

⁽¹⁶⁾ Según HEINECCIO (*Recitaciones*, I, 105 y 106), para que exista dolo precisa la concurrencia del ánimo, intención o voluntad de defraudar a los acreedores...

⁽¹⁷⁾ Párrafo 3.^o, ley 1.^a, título III, libro IV del *Digesto*.

⁽¹⁸⁾ Ley 6.^a, título XXI, libro II del Código de Justiniano.

⁽¹⁹⁾ Notas a los *Elementos de Derecho Penal* de ENRIQUE PESSINA.

⁽²⁰⁾ MANRESA (VIII, 64) lo define: "Propósito consciente, intencionado, de eludir el cumplimiento normal de las obligaciones."

realizar un hecho ilícito; estos actos son dolosos, aunque la intención no abarque toda la amplitud del mal realizado ⁽²¹⁾.

Téngase presente que lo que caracteriza el dolo es el elemento intencional, manifestado exteriormente, no propiamente el resultado. Así, si se intenta agredir a X, y éste resulta ileso, pero sufre lesiones o la muerte Y, el acto no puede considerarse culposo, sino doloso ⁽²²⁾, porque se da la intención de realizar un acto ilícito.

El autor del acto doloso querrá o no infringir la ley; la mayoría de las veces no se parará a reflexionar si el acto que va a cometer está castigado o no por una ley positiva; quizá ignorará los términos de la que lo castiga; pero dentro de su conciencia se le presenta el acto a realizar como inmoral, como contrario al Derecho natural; y al preparar su voluntad para realizarlo, pasa por encima de las advertencias que le hace su conciencia... El acto es doloso.

Por esto, no siempre es preciso conocer los términos de la ley para realizar un acto doloso, porque por regla general, los

(21) Sentencia de 28 de abril de 1886. PESSINA exige tres condiciones para que el agente sea responsable: que haya podido conocer la existencia del deber; que haya tenido conciencia de que su hecho tiende por su propia naturaleza a violar el deber y que haya sido libre para cometerlo o rechazarlo; y añade, este querer que produce el obrar, siendo como su espíritu vivificador, en cuanto es volición de un delito toma el nombre de dolo (pág. 364). Para darse el propósito — añade — criminoso en un individuo, se exigen dos condiciones: que el fenómeno de negación del derecho haya sido previsto por el agente como tal negación jurídica y como consecuencia cierta o probable de un movimiento espontáneo de su organismo: y que el agente haya querido aquel movimiento del que deriva como el efecto de la causa, el fenómeno de la negación del derecho (pág. 369). Cuando existan estas dos condiciones, habrá dolo y la acción humana será punible ante la justicia social. Cuando se ha previsto un efecto dado como mera posibilidad, pero difícil de realizar, se ha previsto como una cuasicerteza de que aquel evento no se realizará; lo cual significa que el evento no ha sido previsto, tanto de no prever un efecto como pensar que difícilmente se realice. Cuando, por el contrario, se preveyó como cierto y aun como probable, y no obstante esta certeza o cuasicerteza, de un resultado criminoso, se ha querido el hecho del que luego ha derivado aquel resultado, si por un lado se puede decir que no se ha querido directamente por otro es indudable que se ha querido no evitarlo, y el querer no evitar un resultado, dado que era evitable, nos demuestra que el evento criminoso si no es la meta a que se aspiraba llegar, entró por lo menos a formar parte integrante del propósito (págs. 368 y 369).

(22) Sentencia de 17 de diciembre de 1935. (p.)

actos penados están en la conciencia de los hombres y mucho más de los civilizados, como actos ilícitos que no pueden realizarse honradamente.

No me atrevería, empero, a sostener la misma opinión respecto a los delitos que persiguen finalidades especiales como los que protegen una política de subsistencias, un régimen político dado, etc.

El acto doloso, como indicábamos, puede ser constitutivo de un delito o falta castigado por el Código penal, o bien de un simple delito civil.

El artículo 1.º del Código penal define los delitos y faltas diciendo que son las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley. De manera que éstos, a más de la nota de voluntariedad de las acciones, precisa que estén penadas por la ley, y se sobreentiende la penal, ya que no son tales las que la ley civil sanciona con la indemnización de daños y perjuicios.

A los efectos del presente estudio no interesa extenderse en consideraciones sobre cuándo un acto doloso es constitutivo de delito o falta penal, o cuándo tan sólo lo es de delito civil; ya que, siendo su finalidad el tratar de la culpa extracontractual civil, ha de quedar al margen toda investigación sobre el dolo como tal; y aun más, teniendo en cuenta que si uno causa daño a otro con la intención de causarlo, su acto está dentro de la esfera del Código penal; y por ello, si tratándose de la culpa contractual civil, puede ser de interés el distinguirla de la penal, este interés decae cuando se trata en materia extracontractual, del dolo.

§ 8. El Diccionario de la Lengua Española define la culpa, diciendo que es “falta más o menos grave, cometida a sabiendas y voluntariamente”. Y define la negligencia, como “descuido, omisión” ⁽²³⁾.

Para CUELLO y CALÓN, es la falta de previsión de las con-

(23) PLANIOL y RIPPERT (VI, 661): No existe una definición de la falta: quien no obra como debía obrar... Pueden cambiar con el tiempo las leyes... las circunstancias...; véase MANRESA, VIII, 67.

Véase sentencia de 25 de marzo de 1929: Según la feliz definición de la ley 1.ª, título XVI, *Partida I*, “negligencia” tanto quiere decir, como cuando el hombre deja de hacer lo que debe y puede, no parando mientes en ello.

secuencias previsibles de nuestros actos ⁽²⁴⁾. PESSINA la caracteriza por la ausencia de voluntad en orden a las consecuencias dañosas que no se querían, pero que eran previsibles. La característica de la previsibilidad de la culpa es la falta de voluntad del que al ejecutar el acto, no quiso desplegar aquella atención y diligencia a que estaba obligado.

Según SÁNCHEZ ROMÁN ⁽²⁵⁾ son elementos de la culpa: 1.º, un estado de derecho u orden jurídico anterior; 2.º, una acción u omisión voluntaria, pero no intencional respecto del perjuicio o daño que pueda causar; esto es, que no sean realizados en contemplación directa de un perjuicio o daño como estímulo o causa de las mismas; 3.º, un perjuicio, daño o agravio a aquel estado de derecho anterior ⁽²⁶⁾.

⁽²⁴⁾ Lugar indicado, página 443.

⁽²⁵⁾ IV, 302.

⁽²⁶⁾ Para la escuela positiva, la culpa es un vicio, un defecto de atención. "Tosti — dice CUELLO y CALÓN — cree que es un defecto de las facultades intelectuales del agente, por lo cual su actividad puede ser peligrosa para la sociedad. El delincuente culposo aparece como un individuo peligroso para la sociedad y la razón de su previsibilidad es la temibilidad que encierra; pero la temibilidad de éste no es la temibilidad a base de maldad del criminal doloso, sino una temibilidad que ANGIOLI denomina por ligereza.

Desde este punto de vista ha dividido a los delincuentes culposos en las siguientes categorías: 1.º, delincuentes por carencia de sentido moral y de altruismo, en quienes la causa del hecho culposo fué consciente, y el efecto previsto (industriales que dedican a los niños a trabajos superiores a sus fuerzas, a los que por vía intersexual o de otra manera comunican enfermedades contagiosas, etc.); reacción penal, multa de importancia, interdicción de la profesión, internamiento en un hospital, prohibición de contraer matrimonio; 2.º, delincuentes por in-experiencia, ineptitud, ignorancia, en los que es consciente la causa inmediata y violan especialmente los deberes sociales (médicos ignorantes o inexpertos, ingenieros culpables de faltas profesionales; reacción penal, multa o privación de la profesión temporal o perpetua); 3.º, delincuentes por defectos del mecanismo de la atención y de la asociación de ideas, en los cuales es consciente la causa, pero no prevén el efecto (son el cochero imprudente, el cazador descuidado, el chofer que lanza el automóvil a velocidades excesivas; defensa social, reparación de los daños causados y adopción de algunas medidas preventivas, como adopción de cierto rigor en la concesión de permisos de caza, de conducir automóviles, etc.); 4.º, delincuentes por influjo del ambiente, por un exceso de trabajo físico e intelectual, en los que es inconsciente la causa inmediata, por ejemplo, los empleados de un ferrocarril que extenuados por un trabajo agotador no han podido, en cumplimiento de sus deberes profesionales, desplegar la atención suficiente para evitar una catástrofe: a éstos no puede exigírseles responsabilidad alguna.

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1928, afirma que la culpa en derecho civil es la infracción de la ley cometida libremente y sin malicia por alguna causa que se puede y deba evitar. Y veremos, empero, más adelante, que para la existencia de la culpa civil no precisa la violación de una ley positiva.

La culpa, pues, como el dolo, es consecuencia de una acción voluntaria que la informa, mas el que realiza el acto dañoso, ignora que se realizará, incluso querría que no se realizara; pero por ligereza, por egoísmo, por comodidad, por capricho, por desconsideración a los demás, realiza actos sin las precauciones o condiciones necesarias para evitar el daño en el que no se había pensado.

La única diferencia entre la culpa y la negligencia consiste en que motivan la primera la realización de actos, y la segunda el dejar de practicarlos. A criterio de CHIRONI, su distinción no encierra un concepto jurídico abstractamente verdadero; la culpa en su sentido propio, específico, es negligencia, importando poco que ésta se manifieste con acción o con omisión.

La culpa y negligencia pueden ser contractuales o extracontractuales, y dentro de éstas, únicas de las que vamos a ocuparnos, criminales y civiles. La criminal puede ser constitutiva de delito o de falta. Por su esencia y características, en realidad es igual la culpa contractual que la extracontractual: la primera nace de relaciones contractuales preestablecidas que crean las obligaciones entre el que perjudica y el perjudicado; en la segunda las obligaciones nacen precisamente de la culpa, aunque en realidad la culpa nace también de obligaciones que el derecho natural también preestablece.

§ 9. La culpa, como el dolo, puede ser civil o criminal⁽²⁷⁾; pero así como afirmábamos respecto a éste que, para las finalidades de nuestro estudio, era escasa la importancia

El jefe de la empresa es el único civil y hasta criminalmente responsable" (págs. 443 y 444).

⁽²⁷⁾ PLANIOL y RIPPERT (VI, 673) dicen que para la aplicación de las penas en lo referente al delito de imprudencia, el legislador y los Tribunales parecen mostrar en la apreciación de la diligencia obligatoria la misma exigencia que si se trata de responsabilidad civil.

de la clasificación, no podemos decir lo mismo tratando de la culpa.

Por esto sería interesante encontrar unas normas, unos principios que sirvieran como de piedra de toque para conocer en cada caso concreto si el hecho causante del perjuicio era debido a culpa del orden penal y por consiguiente su reparación debía realizarse de acuerdo con las normas del Código punitivo, o a una culpa del orden civil, y por consiguiente su reparación debía realizarse de acuerdo con los artículos 1.902 y siguientes del Código civil.

Con la ley en la mano puede considerarse éste un problema sin solución:

El Código penal español de 1932 que, para referirse a la culpa emplea las palabras de “imprudencia” y “negligencia”, en el artículo 548 castiga con la pena de arresto mayor a prisión menor en su grado mínimo al que, por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, de mediar malicia, constituiría delito; y con la pena de arresto mayor en sus grados medio y máximo al que con infracción de Reglamentos, cometiere un delito por simple imprudencia o negligencia.

El artículo 580 considera falta y castiga con multa de 5 a 50 pesetas y reprensión a los que por simple imprudencia o negligencia, sin cometer infracción de Reglamentos, causaren un mal que si mediare malicia constituiría delito o falta.

Sólo en el caso de que con imprudencia temeraria o simple, existiendo infracción de Reglamentos, se realiza un acto que de existir malicia constituiría falta, el Código penal no tiene disposición explícita aplicable. Delito no lo es; y de la calificación de falta lo excluye de una manera expresa el número 3.º del artículo 580 del Código penal; pero este criterio que surge de interpretar a la letra la ley, y que debería aplicarse teniendo en cuenta el principio de que las leyes penales deben interpretarse restrictivamente, conduciría a considerar tales actos como constitutivos sólo de culpa extracontractual civil y al absurdo de penar la imprudencia cuando es simple, y no cuando se combina con infracción de Reglamentos o cuando es temeraria. En la práctica, los Juzgados municipales de Barcelona la consideran como falta y la sancionan como a tal. El Código penal se aplica también en tales casos.

El Código penal abarca, pues, todos los casos de culpa extracontractual en los que a consecuencia de ella sobrevenga un daño. Y sólo quedan para ser regulados por los artículos 1.902 y siguientes del Código civil aquellos casos excepcionales en los que se ha de exigir la responsabilidad a herederos o a personas que no han causado directamente el daño.

No es éste el espíritu de la ley; y en la práctica diaria son muchos los casos resueltos por Tribunales civiles, por leyes de este orden y que de acuerdo con lo expuesto hubiere correspondido su conocimiento a los Tribunales de lo criminal. La competencia efectiva, de unos y otros, depende en gran parte de la jurisdicción ante la cual el actor ha planteado la demanda o querella. Si se plantea ante los Tribunales de lo criminal, será criminal; si se plantea ante los Tribunales de lo civil, será civil.

Se han buscado argumentos y se han expuesto teorías para distinguir desde un punto de vista científico la culpa civil de la culpa penal, tantas y tan variadas que evidencia las grandes dificultades, por no decir la imposibilidad de establecer una verdadera distinción ⁽²⁸⁾.

Nosotros opinamos que la distinción no existe, que la culpa civil y la culpa penal, en materia extracontractual (y más aún excluyendo la temeraria) es una distinción completamente artificiosa y sin base sólida alguna.

El Tribunal Supremo ha tenido que señalar la distinción entre una clase de culpa y otra; pero no nos despeja la incógnita.

Así la sentencia de 7 de octubre de 1933 (p.), enumera los elementos que deben concurrir para que la imprudencia sea punible y pueda calificarse de tal:

a) Existencia de una acción u omisión voluntaria, no maliciosa ⁽²⁹⁾.

⁽²⁸⁾ FRANCISCO BONET, comentando la sentencia de 2 de febrero de 1940, en un interesante artículo publicado en la Revista de Derecho privado (XXIV, 118, 119 y 120), enumera las distintas teorías que acerca de la distinción en general de la culpa civil y de la penal, se han expuesto, extractando multitud de ellas, lo que indica las grandes dificultades que existen para establecer un criterio exacto en tal materia.

⁽²⁹⁾ Sentencias de 5 de julio de 1888 (p.), 12 de julio de 1890 (p.) y 7 de octubre de 1933 (p.).

b) Que tal acción u omisión esté ligada por una relación natural de causalidad a un mal efectivo típicamente definido en la ley como delito ⁽³⁰⁾.

c) Que este mal se haya producido en condiciones tales que su realización hubiera podido estimarse *a priori* por un hombre normal de tipo medió, como posible y previsible.

d) Que el mal sea evitable o prevenible, mediante el empleo de una ordinaria diligencia ⁽³¹⁾.

La sentencia de 13 de noviembre de 1934 acomete la cuestión de una manera más decisiva, pero a nuestro criterio sin resolverla. Versa sobre si la sentencia absolutoria dictada en causa criminal seguida contra unos obreros que transportando piedras dejaron caer uno de los bloques, ocasionando una muerte (y en cuya causa se trabó embargo sobre bienes del patrono de los procesados, como responsable civil), tiene autoridad de cosa juzgada respecto del pleito de carácter civil seguido en uso de la acción derivada de los artículos 1.902 y siguientes del Código civil contra el patrono citado, en reclamación de daños y perjuicios.

Nos dice la sentencia que... es sabido que como consecuencia de la distinta naturaleza que tienen los delitos penales (*actos antijurídicos que por su mayor gravedad y carácter antisocial se considera que violan el derecho subjetivo público del Estado*) y a los que se le impone una sanción punitiva además de la sanción civil y los delitos civiles (*actos antijurídicos que lesionan únicamente los derechos subjetivos privados* y a los que sólo se impone la sanción civil de la indemnización de daños y perjuicios), es el ámbito de estos últimos mucho más amplio que el de los primeros y se da el caso de que mientras el delito civil es una *categoría abstracta* y general que sólo exige la concurrencia de la antijuridicidad y la culpabilidad, unidas a la concreción del daño, los delitos penales constituyen especies fijas y concretas, en las que han de concurrir como elementos además de esa antijuridicidad y esta culpabilidad, la llamada tipicidad y la punibilidad (notas éstas mediante las cuales la doctrina científica moderna suele caracterizar la

⁽³⁰⁾ Sentencia de 7 de octubre de 1933 (p.).

⁽³¹⁾ Sentencias de 28 de noviembre de 1903 (p.), 14 de mayo y 29 de noviembre de 1904 (p.).

antijuridicidad específica penalmente sancionada); de tal modo que mientras todo hecho doloso o culposo, aun cuando no esté previsto especialmente por la ley, puede dar lugar a una indemnización, si produce daños, y sólo pueden ser reprimidos con una pena aquellos hechos que, causen o no un perjuicio a otra persona, estén previstos y castigados por la ley penal; y que, si del terreno de los principios descendemos al de los textos positivos, es bien notoria la relativa independencia con que las leyes patrias regulan y disciplinan la culpa penal y la culpa civil, como lo demuestran los artículos del 1.089 al 1.093 del Código civil, al deslindar y separar las obligaciones civiles que nacen de los delitos o faltas y las que se derivan de los actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penada por la ley, sobre todo los artículos 111 y 116 de la ley de Enjuiciamiento criminal al permitir que pueda ejercitarse la acción civil después de extinguida la penal o resuelta en sentencia firme, salvo en el caso de que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia de esta clase que no existió el hecho de que la acción civil hubiese podido nacer.

Teniendo en cuenta la supuesta mayor gravedad que concurre en la realización del hecho, generalmente — y no decimos siempre, porque se dan excepciones — acostumbran a considerarse como sujetos a las responsabilidades del Código penal los accidentes acaecidos en la vía pública, especialmente si de ellos se derivan lesiones. Y ello es debido a que por la intervención inmediata de la autoridad o de sus agentes, da lugar a la incoación, de oficio, de un sumario.

De todas maneras en tales casos, en que a primera vista aparece clara su mayor gravedad, si bien se examina, no siempre lo es.

Hay que tener presente que quien por razón de su oficio ha de manipular con unos instrumentos determinados que constituyen un peligro para él o para sus semejantes, al principio lo hace con todo el cuidado y previsión posibles, como un buen padre de familia coge con todo esmero al hijo más apreciado y pequeño; pero el obrero que un día y otro día, pone planchas de hierro en una guillotina, en los primeros tiempos con todos los sentidos y potencias en tensión, siendo por tanto difícil que le queden aprisionadas las manos bajo

el instrumento que en pocos momentos puede cortárselas; al paso del tiempo ya no ha de prestar — como antes — gran atención para realizar perfectamente el trabajo que con una mayor rapidez y de una manera más mecánica ejecuta; pero el hábito substituye la fuerza de la atención, abandonando precauciones, y llega un día que no se sabe cómo, la guillotina corta los dedos del obrero. He aquí un accidente de trabajo.

La culpa es del obrero; a nadie más que a él puede imputársele la negligencia con que ha obrado. Si hubiese usado de la misma precaución que en los primeros días, indudablemente el accidente no se hubiera producido. No obstante, la ley obliga al patrono a indemnizarlo, porque no considera al obrero culpable de tal acto, no teniéndole por responsable. Si por tal lo tuviera, si voluntariamente hubiese puesto los dedos bajo la guillotina, él sería responsable, y si la ley no lo castigara, su conciencia le diría que había obrado mal. Y si la ley no le considera culpable, es porque reconoce, de acuerdo con la realidad, que el hábito aleja la visión del peligro y que es humanamente imposible que ponga en acción las mismas precauciones que utilizaba cuando sólo era aprendiz o en los primeros tiempos en que se ocupó en tal género de trabajo.

El conductor de un automóvil, el chofer, es un obrero que tiene a su cuidado una máquina complicada y peligrosa para él y para los que circulan por las vías públicas de las ciudades y de los pueblos. Se quiera o no se quiera, la precaución que en un principio utilizaba, cuando han pasado años desde que tomó el mando del primer coche (a pesar de que como el obrero de la guillotina haya adquirido más pericia y serenidad), contra su propia voluntad, porque es imposible que no suceda así, se habituará con el peligro y disminuirá las precauciones a utilizar.

Este factor que tiene en cuenta la ley para obligar a indemnizar al obrero víctima de un accidente del trabajo, porque lo considera como imprudencia profesional, causada por el hábito y que tiene en cuenta cuando es el propio chofer, empleado de un patrono, el que sufre el daño consecuencia de un accidente, con igual razón es preciso que se tenga en cuenta cuando el accidentado sea otra persona o sufra el daño una cosa.

Naturalmente que quien por la vía pública dirige y gobierna un vehículo con el que puede ser causa de la muerte de los que transitan por ella, tiene el deber de extremar las precauciones en mayor grado que si el perjudicado pudiera ser él solo; pero esto no deshace el argumento expuesto, porque lo que se sostiene es que queda limitada la libre actuación de su voluntad y por consiguiente la responsabilidad.

Por esto muy pocas veces los accidentes de circulación deberían ser considerados como comprendidos dentro de la esfera del Código penal y ventilarse por los Tribunales de lo criminal, si no sólo desde el punto de vista civil, por lo que hace referencia a las indemnizaciones y derechos de tercero; y desde el punto de vista administrativo, por si es preciso imponer sanciones por infracción de Reglamentos o retirar la licencia de conducción, si los que la tienen pueden constituir un peligro, ya sea por su falta de serenidad en momentos dados, o por falta de pericia no apreciada en el momento de la expedición del oportuno carnet, o pérdida después, por múltiples circunstancias que no es preciso enumerar ahora.

Argumentando hasta las últimas consecuencias, indudablemente que desde el punto de vista del Derecho vigente, en muchos casos no procedería indemnización de clase alguna; ya que, no estando admitido el principio de la responsabilidad objetiva, ésta sólo se da cuando existe culpa; pero lo que sí hemos de consignar es que muchas veces, precisamente para dar lugar a esta indemnización, que es justa, se consideran como delitos o faltas acciones que no lo son; y es que cuando la ley no responde a su cometido de proteger a los ciudadanos, cuando han de ser protegidos, se incumplen las leyes, pero se salva la justicia.

§ 10. Dentro del orden penal la imprudencia puede ser simple o temeraria, según la mayor o menor gravedad de la misma.

La imprudencia será temeraria cuando se obra o se inhibe de determinada acción con absoluto descuido en ambos supuestos y con olvido de las reglas más vulgares de previsión ⁽³²⁾; siendo indiferente para ello que el acto negligente

(32) Sentencia de 31 de marzo de 1933 (p.).

esté o no previamente prohibido por alguna disposición reglamentaria; pues la omisión de la regla precautoria mandada observar, si es esencial, de gran relieve y que por ello excusa su fijación, siempre será temeraria; y por la circunstancia de no hallarse fijada en precepto obligatorio no descenderá a la categoría de simple, con las consecuencias jurídicas de orden penal que de ella se deriven ⁽³³⁾, y sin que enerve tampoco el carácter de imprudencia temeraria el hecho de que el perjudicado obre, por su parte, con imprudencia, ya que el acto de éste no puede excusar el de aquél ⁽³⁴⁾.

El Tribunal Supremo califica, entre otros muchos, de imprudencia temeraria, los siguientes casos: marcha de un automóvil a excesiva velocidad, sin avisar con la bocina, no obstante existir viviendas en los bordes de la carretera, y por esta causa se produce el accidente ⁽³⁵⁾; conducción de un autobús a gran velocidad por lugar frecuentado y en una curva pronunciada ⁽³⁶⁾; lo es también el propósito del procesado de adelantar con el autocamión un carro, sin esperar a que éste se hubiese apartado lo suficiente para dejarle paso y sin disminuir la marcha, sin que sirva de exculpación la circunstancia de que el carro fuese por el centro de la carretera ⁽³⁷⁾; la del conductor de un automóvil que, por no tener la precaución de aminorar la marcha al pasar por el apeadero de un tranvía arrolla a dos personas que descendiendo de él atraviesan la calzada de la carretera en busca de la acera del lado del descenso, pues que, si bien es deber del peatón cruzar con precaución la calzada, éste debe ceder ante el que tiene el conductor de ser siempre dueño de los movimientos del coche y aminorar velocidad al aproximarse a peatones o a paradas de tranvías ⁽³⁸⁾; el hecho de que el procesado se pusiera a boxear en el portal de un baile, sin guardar el más elemental cuidado, y al salir M., F. le diera un puñetazo causándole lesiones que tardaron en curar veintitrés días ⁽³⁹⁾; el hecho de vender a

⁽³³⁾ Sentencia de 23 de mayo de 1933 (p.).

⁽³⁴⁾ Véase sentencia de 8 de febrero de 1935 (p.).

⁽³⁵⁾ Sentencia de 8 de febrero de 1935 (p.).

⁽³⁶⁾ Sentencia de 3 de junio de 1935 (p.).

⁽³⁷⁾ Sentencia de 23 de mayo de 1933 (p.).

⁽³⁸⁾ Sentencia de 7 de marzo de 1934 (p.).

⁽³⁹⁾ Sentencia de 16 de noviembre de 1935.

un niño de 12 años un artefacto de sustancias explosivas de tal potencia o fuerza que al ser encendido hizo explosión, destrozándole la mano izquierda, que hubo de serle amputada. Sostuvo en el recurso el procesado que lo vendido fué un objeto de pirotécnica para divertimento de los niños y que, por tanto, el hecho de venderse sin infracción de Reglamentos no puede ser constitutivo de delito ⁽⁴⁰⁾; el de un cobrador de tranvía que después de parado el coche para que subiera un transeúnte, dió la señal de marcha antes de que éste acabase de montar y cuando sólo había puesto un pie en el estribo, motivando ello la caída del viajero y lesiones del mismo por el vehículo que iba a remolque ⁽⁴¹⁾; el de un conductor de automóvil que iba a velocidad “bastante acelerada” y que al ver a un transeúnte en peligro de ser arrollado se limitó a tocar la bocina y a hacerle señas con la mano, pero sin moderar la marcha, porque debió moderarla al apercibirse del riesgo, precaución que le hubiera permitido parar en firme en el acto de verle cruzar por delante ⁽⁴²⁾; el de un conductor de tranvía que llevando el coche a gran velocidad, no hizo caso de los toques de bocina de un ciclista que debía atravesar la vía, para moderar la velocidad, a consecuencia de lo cual le atropelló ⁽⁴³⁾; el de un conductor de automóvil que sacó el coche del garaje sin tocar la bocina, no siendo la velocidad usada la que aconsejaba la previsión y salir rozando con la pared, no obstante poder ir por el centro. Causó la muerte a un niño ⁽⁴⁴⁾; el correr a galope tendido por una carretera, doblando con la misma velocidad sus recodos, en uno de los cuales atropelló a un transeúnte ⁽⁴⁵⁾; el de un conductor de automóvil que le imprimió marcha hacia atrás, con tal descuido y falta de previsión, que dando con el pie al acelerador en vez del freno, hizo chocar el vehículo contra la pared ⁽⁴⁶⁾; el de un conductor de automóvil que lo llevaba de noche por la carretera con los faros apagados, atropellando a un hombre que

(40) Sentencia de 31 de marzo de 1933 (p.).

(41) Sentencia de 28 de enero de 1915 (p.).

(42) Sentencia de 12 de marzo de 1915 (p.).

(43) Sentencia de 29 de enero de 1916 (p.).

(44) Sentencia de 10 de marzo de 1917 (p.).

(45) Sentencia de 26 de abril de 1918 (p.).

(46) Sentencia de 21 de enero de 1925 (p.).

iba montado sobre un jumento. Le causó la muerte y daños ⁽⁴⁷⁾; el caso de una mujer que, hallándose encinta, no recabó auxilio alguno al presentarse el parto y que dió ocasión con su abandono a la muerte de la criatura ⁽⁴⁸⁾, etc.

La imprudencia simple, que para constituir delito debe realizarse con infracción de Reglamentos, presupone que éstos existan y prohíban el acto que dé lugar al suceso ⁽⁴⁹⁾, lo cual supone una imprevisión menos grave y dañosa que la que califica la imprudencia temeraria ⁽⁵⁰⁾.

Constituye imprudencia simple con infracción de Reglamentos la conducta del procesado, al pretender avanzar por la carretera en la dirección prohibida, con el pretexto de orillar el obstáculo que encontraba en su derecha (grupo de personas que invadía el terreno por donde debía continuar el coche); porque el cambio de sitio, al perturbar la forma de la circulación preestablecida y que es garantía de todos los que marchan por la carretera puede fácilmente ocasionar — como ocurrió — choques, y solamente hubiera sido lícito adoptar tal resolución cuando por la amplia visibilidad del camino tuviese tiempo para ocupar la parte izquierda sin que se le acercase ningún vehículo y volver a su situación primitiva ⁽⁵¹⁾; el exceso de velocidad, de acuerdo con los Reglamentos ⁽⁵²⁾; la conducta del conductor de un coche que chocó contra un tranvía porque aquél no le llevaba por el lado izquierdo como disponen las Ordenanzas municipales ⁽⁵³⁾; el descuido del dueño de una pipa de vino que, contraviniendo a las Ordenanzas municipales, la dejó en medio de una calle y resbalando lesionó a una niña ⁽⁵⁴⁾; el del propietario de una casa que no la proveyó de las tuberías necesarias para evitar emanaciones fétidas, las cuales ocasionaron la muerte de una criada, ya que según el artículo 795 de las Ordenanzas municipales de Madrid, el propietario de la casa tenía la obligación, que no

(47) Sentencia de 16 de noviembre de 1925 (p.).

(48) Sentencia de 30 de diciembre de 1924 (p.).

(49) Sentencias de 2 de marzo de 1876 y 12 de mayo de 1882 (p.).

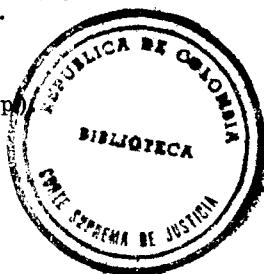
(50) Sentencia de 31 de marzo de 1933 (p.).

(51) Sentencia de 8 de febrero de 1935.

(52) Sentencia de 9 de marzo de 1935 (p.).

(53) Sentencia de 4 de abril de 1916 (p.).

(54) Sentencia de 5 de diciembre de 1917 (p.).



cumplió, de dotar los retretes de las tuberías necesarias para evitar emanaciones fétidas susceptibles de comprometer la salud de los vecinos ⁽⁵⁵⁾, etc.

La simple imprudencia, sin infracción de Reglamentos, el apartado 3.º del artículo 360 del Código penal la considera simple falta, y como a tal, la castiga.

§ 11. Después de habernos ocupado de la culpa en relación con la responsabilidad penal, vamos a tratar ahora de la culpa como fuente de la responsabilidad civil; y dando por reproducido cuanto hemos dicho acerca de la distinción de una y otra clase de culpa, veamos algunos casos resueltos por los Tribunales civiles, aplicando los artículos 1.902 y siguientes del Código civil.

Es culpa que da lugar a responsabilidad extracontractual el destituir ilegalmente a un Secretario de Ayuntamiento ⁽⁵⁶⁾; consentir que se pongan banderas y gallardetes en lugares peligrosos de un edificio, sin tomar las debidas precauciones para evitar accidentes ⁽⁵⁷⁾; es responsable de los perjuicios que ocasiona a un vecino el tener junto a una pared medianil, tierras a una altura superior a las del terreno del vecino, por razón de la humedad que producen ⁽⁵⁸⁾; pero en cambio no es responsable del agua que siguiendo su curso natural, se desliza hasta dicha pared, porque la recibe a virtud de una servidumbre natural que el vecino ha de soportar y que no impone al otro la obligación de hacer obras para impedir el acceso del agua; se hace responsable una Compañía de electricidad del incendio provocado por tener defectuosa la instalación de una casa particular, para con el dueño de la casa, con indemnidad del arrendatario de la habitación ⁽⁵⁹⁾; es constitutivo de culpa el hecho de colocar un montón de paja hasta unos 60 centímetros de un cable conductor de energía eléctrica de alta tensión, puesto que pudo ocurrir, lo que en efecto ocurrió, que alguien subido a dicho montón tocase el cable y se electro-

(55) Sentencia de 27 de junio de 1925 (p.).

(56) Sentencias de 14 de febrero de 1928 y 2 de marzo de 1915.

(57) Sentencia de 14 de diciembre de 1894.

(58) Sentencia de 12 de enero de 1906.

(59) Sentencia de 6 de julio de 1918.

cutase, máxime teniendo en cuenta que el peligro había sido advertido por un empleado de la Compañía de electricidad ⁽⁶⁰⁾; el chofer que atropella a un motociclista no moderando la velocidad del auto que conducía, no obstante distinguir un bulto en la carretera, aunque el motociclista no tuviese título de aptitud ⁽⁶¹⁾; se aprecia culpa extracontractual por negligencia en el empleado de un Banco, que, después de haber recibido la denuncia del extravío de un talón o cheque, no lo comunica oportunamente, ocasionando que se pague una hora después y por tanto, el daño consiguiente ⁽⁶²⁾; constituye culpa tener un lavadero de minerales que infecciona las aguas de un río en perjuicio de los predios ribereños ⁽⁶³⁾.

§ 12. El artículo 1.902 del Código civil no sólo sanciona los perjuicios derivados de acto culpable, sino también los que derivan de la omisión culpable. Esta culpabilidad no puede consistir, como la derivada de las relaciones contractuales, en dejar incumplidas obligaciones convenidas con anterioridad; sino que ha de referirse al descuido de cumplir deberes superiores, independientes de convenio, o de obligaciones impuestas *erga omnes*; por la necesidad de evitar que las cosas de uno se conviertan en causa de perjuicio para otro ⁽⁶⁴⁾.

Para ello no es preciso que exista un Reglamento que obligue a la realización de un acto que no se realiza; es suficiente con que sean normas que un hombre cualquiera pueda conocer que le obligan para la normal convivencia y respecto al derecho de los demás ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶⁰⁾ Sentencia de 13 de junio de 1932.

⁽⁶¹⁾ Sentencia de 12 de febrero de 1932.

⁽⁶²⁾ Sentencia de 30 de noviembre de 1927.

⁽⁶³⁾ Sentencia de 10 de noviembre de 1924.

⁽⁶⁴⁾ Al igual que sucede en los actos positivos, el mandato de obrar puede resultar no sólo de un precepto legal especial, sino también del principio *alterum non laedere*, que no debe considerarse como una simple prohibición, sino también como un mandato de obrar oportunamente para evitar los daños que pudieren causarse a otro (ALGUER y PÉREZ, comentando a ENNECERUS).

⁽⁶⁵⁾ La sentencia de 29 de junio de 1932 afirma que las Compañías de ferrocarriles no pueden excusar su responsabilidad cumpliendo formulariamente todos los requisitos obligados para prevenir accidentes o siniestros, ya que cuando la realidad se impone demostrando que las medidas tomadas para precaver y evitar los daños previsibles y evi-

En un momento dado el omitir la realización de un acto puede ser causa de un daño a una persona determinada. El caso, por ejemplo, del chofer que conduciendo su coche no hace una maniobra para evitar un atropello o no disminuye la marcha. Este caso fué resuelto por sentencia de 7 de octubre de 1933 (p.): el procesado, conduciendo un automóvil, y habiendo observado la impericia del interfecto en el manejo de la bicicleta que montaba y los zigzags que hacía por la carretera, debía prever la posibilidad del atropello, moderando la marcha del vehículo que avanzaba con gran velocidad y sin tocar la bocina. Hechos que pueden — dice la sentencia — calificarse de culpables, porque es el propio autor el que se pone y continúa en situaciones aptas para causar el daño.

Tales actos, que pueden calificarse de culpables, lo son más bien por acción que por omisión, por el motivo que indica la sentencia.

La negligencia que puede ser causa de responsabilidad civil, la define la sentencia de 24 de febrero de 1928 y se da cuando el dueño de una cosa por omitir los medios conducentes a la desaparición o corrección de los vicios o defectos de que adolezca, o por no emplear los procedimientos adecuados para evitar sus consecuencias, da lugar a que se produzcan los daños, sin que pueda excusarle de tal obligación la circunstancia de que, al adquirir dicha cosa, se hallase en igual estado y hasta se hubieran venido produciendo por el abandono los mismos peligrosos resultados.

Veamos algunos casos en los que el Tribunal Supremo aprecia negligencia culpable:

La circunstancia de haber sido colocado por la primitiva Compañía explotadora de una línea férrea, escombros que, al derrumbarse, causaron daños, no basta para eximir a la nueva empresa que desde tiempo antes del suceso era dueña del camino y de todas sus pertenencias, de las obligaciones que en

tables no han dado resultado positivo, claramente acredita la imperfección y negligencia que presidieron a su adopción, dando lugar al resarcimiento de perjuicios. Se trataba de un incendio provocado por una locomotora que de la maleza del margen se propagó a unos campos y almacenes arrendados. Las Compañías aseguradoras siguieron el pleito contra la Compañía de los Ferrocarriles del Norte.

tal concepto a ella, y no a la primera incumben, de afirmar aquellas obras para evitar cualquier daño, tanto en las cosas como en las personas; y no habiéndolo hecho así debe responder, cuando menos civilmente, del causado en la propiedad ajena por su notoria e inexcusable negligencia ⁽⁶⁶⁾.

Afirma la sentencia de 2 de marzo de 1904 que responde de los perjuicios provenientes de los defectos de construcción de una vía férrea, la Compañía que la utiliza sin remediar dichos defectos, aun cuando éstos existieran al tiempo de hacer entrega de las obras la empresa constructora.

Un panadero tenía un horno de pancocer junto a la pared de la casa del vecino: una chimenea que desprendía humos ensuciaban la referida casa. El propietario del horno fué obligado a realizar las obras que, según dictamen pericial, fuesen necesarias para evitar el daño y a indemnizar los perjuicios; no obstante que cuando adquirió la casa, el horno funcionaba de la misma manera ⁽⁶⁷⁾.

¿Se hace responsable del perjuicio resultante de no cumplir un encargo aquel que se compromete a avisar a otro para que retenga una cantidad, si le avisa por carta, y no por telegrama? Resuelve el Tribunal Supremo ⁽⁶⁸⁾ que, si no se obligó a emplear el telégrafo para dar el aviso, no incurre en responsabilidad. Este caso, empero, es más de culpa contractual que de extracontractual.

No incurre en responsabilidad, sienta la sentencia de 22 de diciembre de 1905, el conductor de un tranvía que deja de avisar a los pasajeros del peligro de caerse en las curvas de la vía, aunque alguno de ellos se caiga y se lesione.

§ 13. Obra con culpa aquel que realiza actos para los que se requieren ciertos conocimientos técnicos de que carece o ciertas fuerzas físicas de las que no goza. Antes de realizar un acto, todo hombre racional debe medir sus fuerzas y abstenerse de realizarlo cuando no las tiene suficientes y de ello puede surgir un perjuicio para tercera persona. Si así no lo

⁽⁶⁶⁾ Sentencia de 12 de mayo de 1891.

⁽⁶⁷⁾ Sentencia de 23 de junio de 1913.

⁽⁶⁸⁾ Sentencia de 14 de marzo de 1901.

hace, no obra como debe y es responsable de los perjuicios que por ello causa ⁽⁶⁹⁾.

El Derecho Romano había aceptado este principio en multitud de textos ⁽⁷⁰⁾. “No se considera inicuo — afirma — que la falta de fuerzas se considere como a culpa, toda vez que nadie debe encargarse de aquello respecto a lo que sabe o debe saber que la insuficiencia de sus fuerzas ha de ser perjudicial a otros” ⁽⁷¹⁾.

El que ejerce una profesión liberal, sea de la clase que sea, y ofrece y presta sus servicios al público, está obligado a tener los conocimientos suficientes para ello, además de poner de su parte cuanto sepa para cumplir su cometido. No es suficiente poseer un título académico, a pesar de ser, en muchos casos, elemento indispensable para el ejercicio de la profesión, porque el progreso de las ciencias en unos casos, y las nuevas complicaciones que con el tiempo van surgiendo, en otros, hace precisa la diligencia debida, con posterioridad a la posesión del título académico. Y a pesar de poseer dicho título, el que ejerce una profesión, si por no tener los conocimientos, causa un perjuicio a su cliente, tiene el deber de indemnizar; porque culpable es el que, sabiendo su falta de competencia, ejerce la profesión.

Por esto el Abogado ⁽⁷²⁾ debe conocer la ley aplicable al caso controvertido, a pesar de que no existiera el día que fué

⁽⁶⁹⁾ Afirma LAROMBIÈRE — citado por GIORGI, — véase pág. 252: “*il n'existe aucune condition, aucune position, aucune profession, aucune art, aucune fonction même si élevée qu'elle soit, qui puisse s'attribuer l'irresponsabilité et revendiquer pour soit l'immunité*”.

⁽⁷⁰⁾ Véase GIORGI, V, 252; ley 8.^a, título II, libro IX del *Digesto*; ley 27, párrafo 33, título II, libro IX del *Digesto*, ley Aquilia.

⁽⁷¹⁾ Ley 8.^a, párrafo 1, ídem, ídem. Véase *Instituta de Lege Aquilia*, IV, 3; ley 6.^a, párrafo 7.^o, libro I, título XVIII del *Digesto*, de *Officio praesidis*.

⁽⁷²⁾ Véase Código de Justiniano, libro III, título I, Constitución 14, párrafo 1.^o: “Mas los abogados que entran a prestar su ministerio a una y a otra parte cuando está ya contestado el pleito, después de propuesta la demanda y hecha la refutación, en cualquier juicio... presten juramento, puestas las manos sobre los Santos Evangelios, de que defenderán a sus clientes con todas sus facultades y celo según lo que estimaren verdadero y justo, sin omitir estudio alguno, si fuere posible: si vieren que una causa es mala, o desesperada, o fundada en falsos supuestos, no la patrocinarán por no faltar a su conciencia a sabiendas; y si en el curso de la discusión descubrieren algo de lo referido, dejen la causa, apartándose del todo de tal negocio...”

licenciado; y el médico debe conocer los procedimientos adecuados para la enfermedad cuya curación se le ha encargado, si ello ha llegado al conocimiento de un médico medianamente estudioso; y el Juez debe conocer las leyes aplicables; y el chofer los Reglamentos de circulación que vayan surgiendo de nuevo, etc.

No hay que exagerar, empero, el principio, exigiendo al médico conocimiento sobre aquello a que no ha llegado todavía la ciencia, o que casi no ha salido de los laboratorios; ni que aplique unos procedimientos en que existen dudas sobre sus resultados u opiniones serias discrepantes; pues no hay que olvidar que las ciencias adelantan — como afirma GIORGI ⁽⁷³⁾ — en medio de vacilaciones.

No puede decirse, tampoco, que el Abogado haya obrado con impericia al aconsejar un procedimiento mediante el cual no ha alcanzado el cliente el fin que perseguía y que habría obtenido siguiendo otro camino; porque, a pesar de no haber conseguido el resultado apetecido, puede la razón estar de su parte; pues, falible es la justicia humana, o puede tratarse de materia opinable y con fundamentos suficientes para opinar en el sentido en que se ha hecho; pero si el pleito se perdió, por ignorar lo que el Letrado menos perito no ignora, o por un defecto de procedimiento claro, que no admita dudas, ni diversas interpretaciones, evidentemente que la responsabilidad surge, porque no podrá ser excusada suficientemente la culpa; aunque, como veremos más adelante, la fijación de los perjuicios será difícil, por no decir, en muchos casos, imposible ⁽⁷⁴⁾.

§ 14. Obra con culpa o negligencia aquel que en sus actos no toma las precauciones que debe para evitar un daño a tercero o prescinde de ejercer su actividad cuando precisa para no causarle un daño. En otras palabras, el que no obra con la diligencia debida. De ahí que sea preciso averiguar qué dili-

⁽⁷³⁾ Lugar citado.

⁽⁷⁴⁾ Sostiene GIORGI (V, 252 y 253) que el error del médico debe ser evidente e imperdonable, tal como suministrar veneno en cantidades que produzcan una muerte segura; y refiriéndose a los Abogados, dice que ni siquiera es causa suficiente de responsabilidad el hecho de que de seguir un consejo distinto, hubiese obtenido el suceso esperado.

gencia se debe usar para evitar las responsabilidades derivadas de culpa extracontractual.

El Derecho Romano distinguía tres grados de culpa que correspondían a tres grados de diligencia: la lata (diligencia que el hombre menos previsor nunca deja de tener); la leve (diligencia ordinaria de un buen padre de familia); y levísima (la ordinaria de unos de éstos que sea diligentísimo).

En materia contractual, generalmente, se presta la culpa lata y la leve. El artículo 1.104 del Código civil afirma 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; y 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.

Este artículo, empero, no resuelve la cuestión, por referirse a materia contractual y por las diversas características de una clase de obligaciones — las contractuales — y la otra, las extracontractuales ⁽⁷⁵⁾.

Según la ley Aquilia se respondía de la culpa levísima ⁽⁷⁶⁾.

El artículo 1.902 del Código civil establece como base de responsabilidad la existencia de la culpa, pero sin establecer la diligencia que debe usarse para evitarla ⁽⁷⁷⁾; y por esto algunos autores han sostenido que de cualquier clase de culpa nace responsabilidad, sin necesidad de distinguir y examinar si se ha obrado o no con la diligencia de un buen padre de familia ⁽⁷⁸⁾; porque, comprendiendo toda culpa, abarca incluso la levísima. Otros han sostenido que se requiere sólo la diligencia de un buen padre de familia.

En la práctica son los Jueces y Tribunales los que deben apreciar si existe o no culpa o negligencia en el caso discutido, atendiendo al conjunto de circunstancias; y de acuerdo con su

⁽⁷⁵⁾ Véase GIORGI, V, 219.

⁽⁷⁶⁾ Ley 44, título II, libro IX.

⁽⁷⁷⁾ Véase artículo 1.382 del Código de Napoleón.

⁽⁷⁸⁾ *"Toutes les pertes et tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit par imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir, ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparés par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu"* (DOMAT, citado por FROMAGEOT, pág. 58).

conciencia determinan si ha existido o no culpa, o sea si se ha utilizado o no la debida diligencia ⁽⁷⁹⁾. La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1928 ⁽⁸⁰⁾ afirma a este propósito que la persona causante del daño es responsable cuando no procediese con toda la diligencia que debe serle exigida o por la regla usual de la diligencia propia de un buen padre de familia.

§ 15. Siendo un principio esencial en materia de procedimiento español que al actor incumbe probar los hechos que alega para que pueda darse lugar a la demanda, es natural que, si se reclama una indemnización por los daños y perjuicios causados por acción u omisión culpable del demandado, sea el actor quien deba probar que ha tenido lugar la acción u omisión que ha traído como consecuencia el daño; mucho más teniendo en cuenta que es un principio de derecho que la buena fe debe presumirse mientras no se pruebe lo contrario.

El apreciar la realidad del suceso es una cuestión meramente de hecho y como a tal incumbe exclusivamente al Tribunal sentenciador. Este principio ha sido especialmente declarado, con relación a la culpa extracontractual, por diversas sentencias, entre ellas, la de 31 de mayo de 1932.

Más importancia tiene la calificación de los hechos para averiguar si constituyen o no culpa del que los ejecuta; y de las omisiones, para averiguar si son constitutivas de negligencia culpable. Y ante ello, cabe preguntar: cuando se realiza un hecho del cual resulta perjuicio a tercero, ¿se presume fortuito o culpable?

La respuesta que se dé a esta pregunta tiene una importancia considerable y muchas veces decisiva; ya que por su peculiar naturaleza es muy repetido el caso de resultar completamente imposible la prueba de si en la realización de un hecho ha existido o no culpa o negligencia.

La falta de cumplimiento de las obligaciones derivadas de contrato, lógicamente, por exclusión, debe atribuirse a culpa, porque el caso fortuito no se presume y el dolo tampoco. ¿Pue-

(79) VIII, 78.

(80) Véase sentencia de 14 de diciembre de 1894.

de seguirse el mismo criterio y presumirse la culpa tratándose de obligaciones extracontractuales?

Las obligaciones contractuales tienen su causa en la voluntad de los contratantes; la responsabilidad civil derivada de actos punibles, en la malicia del acto; las derivadas de la ley, en el motivo que tuvo ésta al crearla.

Ahora bien: las obligaciones del artículo 1.902 del Código civil, sucesoras de las reguladas por la ley Aquilia, suponen una intromisión indebida en las cosas o intereses ajenos; y la ley expresamente exige que el acto perjudicial sea debido a culpa o negligencia.

Por ello, la ley, al fijar como condición de la responsabilidad que exista culpa o negligencia, obliga a probar que en el caso dado concurre alguno de dichos requisitos, excepto en los casos establecidos en la propia ley, de los que más adelante habremos de ocuparnos.

La sentencia de 3 de febrero de 1923, declara la necesidad de probar la existencia de la culpa; la de 10 de mayo de 1910, declaró irresponsable de la muerte de una joven a una Compañía de electricidad, porque no se demostró que estuviesen en mal estado las líneas de conducción que dieron lugar al accidente; la de 23 de junio de 1900, afirma que el simple daño no hace presumir la responsabilidad ⁽⁸¹⁾.

No vaya a creerse con lo expuesto que se exija una prueba absoluta y concluyente en cada caso concreto, de la culpabilidad. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien en las declaraciones de principios es inexorable, como sea que la apreciación de la existencia de culpa o negligencia es de competencia del Tribunal de instancia ⁽⁸²⁾, que aprecia las prue-

⁽⁸¹⁾ La sentencia de 2 de abril de 1935 (p.), tratándose de un procedimiento criminal, afirma que la imprudencia es uno de los elementos jurídicos de la falta, que ha de basarse, como todos los demás, en elementos de hecho, que no pueden suponerse; que la presunción de culpabilidad prescrita por el párrafo 2.º del artículo 1.º del Código se refiere, según doctrina tradicional de la Sala, al elemento general de voluntariedad y no a aquellos elementos subjetivos de la infracción que no son descritos por la ley, como elementos especiales de una figura de delito como ocurre con la imprudencia simple.

⁽⁸²⁾ Sentencias de 17 de noviembre de 1925, 20 de marzo de 1930, 18 de noviembre y 12 de diciembre de 1931, 12 de febrero, 24 de octubre y 31 de diciembre de 1932, etc.

bas de acuerdo con su conciencia, es suficiente llevar a su ánimo la existencia de tal culpabilidad para que la reclamación sea coronada por el éxito.

Pero además, la jurisprudencia parece aceptar el principio de que, probada la relación de causa a efecto y ciertas circunstancias, según cada caso concreto, la presunción de responsabilidad se da, aunque no *juris et de jure*, sino simplemente *juris tantum* y por ello incumbe al autor del daño probar que no incurrió en culpa o negligencia. En cada caso concreto se debe averiguar si pertenece a un género en el que la mayoría de los comprendidos en el mismo son culposos o fortuitos ⁽⁸³⁾.

No vamos a exponer los principios que regulan el sistema de la prueba en general, pero sí es conveniente consignar que el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de diciembre de 1923 sentó el principio de que el hecho de haber otorgado la Compañía demandada ciertas indemnizaciones a víctimas del suceso que originó el pleito, no determina la presunción de culpabilidad que a la empresa ferroviaria imputaba la demanda.

(83) Véase ENNECERUS, página 626. ALGUER y PÉREZ, comentadores de ENNECERUS, dicen que la admisión de la *prima facie* tiene — a su juicio — en su abono la razón jurídica de constituir una presunción de hecho con arreglo al artículo 1.253. Una cosa es — añaden — que la culpa no se presume y deba probarse, y otra, muy diferente, cómo tiene que probarse, y la presunción de derecho es, sin duda, un medio de prueba (art. 1.215). Así, pues, si se demuestra, por ejemplo, que estaba ausente el guardabarrera de un paso a nivel, todas las probabilidades en una apreciación prudente están a favor de la culpa, y no hay por qué hacer supuesto de la dificultad pensando en otra posible e hipotética causa del daño. Citan, en apoyo de la admisión de una prueba *prima facie*, las sentencias de 12 de junio de 1900 y 15 de febrero de 1924, que sientan el principio de que es menester probar que el guardabarrera no estaba en su sitio y que no estaban colocadas las cadenas en el paso a nivel, salvo que se acredite que fué ésta y no otra la causa del accidente; fundamenta la responsabilidad en la falta de barrera en un paso a nivel, la sentencia de 16 de mayo de 1893; en el mal estado de las traviesas, la sentencia de 15 de enero de 1902; en el del material de tracción, la de 22 de diciembre de 1922; en la falta de medidas para evitar un descarrilamiento en el lugar en que ocurrieron otros, por estar calculada la curva con el máximo de pendiente y el mínimo de radio (sentencia de 13 de febrero de 1928) o la falta de resguardo de varios cables (sentencia de 21 de diciembre de 1910).



IV

CULPA CONTRACTUAL Y NO CONTRACTUAL

§ 16. El artículo 1.091 del Código civil decreta que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, y se han de cumplir al tenor de los mismos contratos; el 1.092, que las obligaciones civiles nacidas de delitos o de faltas se regirán por las disposiciones del Código penal; y el 1.093, que las que deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia, no penada por la ley, quedarán sometidas a las disposiciones del capítulo II del título XVI del libro IV del Código civil, o sea de los artículos 1.902 a 1.910.

Esta distinción que, de las obligaciones según su origen, se establece en el párrafo anterior (que no las comprende todas), en la práctica no es siempre fácil establecerla: y dejando para otro lugar el examen de los elementos distintivos de la culpa penal y de la civil, vamos a ocuparnos ahora de la contractual y no contractual civil, empezando por afirmar que la distinción no siempre resulta fácil; pues, con ocasión de contrato, puede surgir culpa aquiliana ⁽¹⁾, y los contratos ⁽²⁾ obligan no sólo a lo expresamente estipulado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley; y por consiguiente, aunque los perjuicios derivados de culpa o negligencia se refieran a algo que de una manera expresa no se haya pactado, no puede decirse que la culpa sea extracontractual si surge del incumplimiento de las consecuencias a que se refiere el artículo 1.258 del Código civil ⁽³⁾.

(1) Véase GIORGI, página 225.

(2) A tenor del artículo 1.258 del Código civil.

(3) Véase sentencia de 10 de enero de 1941. Sala social del Tribunal Supremo.

Culpa contractual, pues, es la que surge del incumplimiento de las obligaciones que libremente han convenido los contratantes. Estos han establecido unas normas que se han obligado a cumplir, y de su incumplimiento, cuando es imputable a uno de ellos, surge la culpa. La culpa extracontractual no nace de la voluntad de las partes, sino del incumplimiento de unas obligaciones o deberes establecidos por la naturaleza para la necesaria convivencia social.

No es indiferente reclamar una indemnización ejercitando las acciones derivadas de una u otra clase de culpa ⁽⁴⁾. Desde luego, la culpa se presume que es la causa del incumplimiento de los contratos, ya que ni el caso fortuito ni el dolo se presumen ⁽⁵⁾. En cambio, la culpa o negligencia del artículo 1.902 hay que probarla, para que del hecho derive responsabilidad civil ⁽⁶⁾. La extensión de ésta, a la que el artículo 1.902 no señala límites, los tiene a veces cuando proviene de algún contrato. En cambio, la prescripción de la ley Aquilia es más breve que la derivada de la mayoría de los contratos.

Pero, como sea que por los motivos que dejamos expuestos, en ciertos casos pueden surgir dudas y vacilaciones acerca de si se trata de culpa contractual o no contractual, veamos cómo resuelve algunos de ellos el Tribunal Supremo.

§ 17. Declara que deben aplicarse los principios que regulan la culpa contractual en los siguientes casos:

Un individuo pagó por otro, subrogándose en el lugar del acreedor; pero al demandar al deudor, la sentencia le fué adversa por haber presentado fuera de plazo el documento que acreditaba la subrogación. En este estado, intentó dirigirse contra el que había cobrado, invocando el artículo 1.902; pero el Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de febrero de 1920, declaró que no procedía, porque la relación jurídica era contractual.

⁽⁴⁾ MANRESA (VII, 78). La ley, en la culpa aquiliana, es ley que todo lo ha de determinar, y no supletoria de lo que exija una obligación ya existente para la contractual.

⁽⁵⁾ Véanse, por ejemplo, el artículo 1.183, referente a la pérdida de la cosa debida, y la sentencia de 24 de marzo de 1911.

⁽⁶⁾ Véase ENNECERUS, 625.

Afirmó que eran contractuales — en sentencia de 20 de noviembre de 1896 — la obligación y responsabilidad resultantes de haber firmado pagarés un socio no autorizado, de una Sociedad de la cual formaban parte los demandantes, y que no estaba legalmente constituida, ni, por tanto, inscrita en el Registro mercantil.

También consideró contractual, la sentencia de 31 de octubre de 1924, la obligación de indemnizar al arrendatario de una finca, desahuciado por el que la compró y al que el vendedor había ofrecido prorrogar el plazo del contrato; toda vez que la obligación derivaba del arrendamiento.

Un deudor hipotecario obtuvo de su acreedor la promesa de prorrogar el plazo del debitorio, en documento privado; el acreedor, empero, cedió su crédito, y el deudor solicitó que, con arreglo a lo convenido, elevase la promesa de prórroga a escritura pública o que, en otro caso, le indemnizase los perjuicios, dándose lugar a la demanda. El acreedor cedente recurrió en casación, invocando el artículo 1.902 del Código civil, cuyo recurso no prosperó; porque el Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de noviembre de 1891, declaró bien aplicados por la Sala sentenciadora los artículos 1.101 y 1.106, ya que está obligado a indemnizar el que falta a sus obligaciones contractuales.

Un tutor había constituido un depósito de valores del tutelado y, habiendo cesado en el cargo, obtuvo su devolución, porque el Banco depositario ignoraba el cambio o cesación de su personalidad de tutor. Reclamada indemnización, fundada en culpa extracontractual, fué desestimada, en atención a que el artículo que se citaba se refería a los daños no derivados del cumplimiento de obligaciones (7).

La sentencia de 3 de mayo de 1924 declara que la entrega indebida de mercancías al que no poseía el conocimiento de embarque es culpa contractual, sin que para dicha responsabilidad sea preciso acudir a los preceptos de los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil; porque la negligencia del capitán y la acción del representante del naviero opuestos a la ley y a los términos del contrato, para que sean judicialmente san-

(7) Sentencia de 13 de noviembre de 1901.

cionadas, basta aplicar dicha ley y la del contrato, de igual fuerza entre las partes contratantes.

Sentencia de 8 de enero de 1929. Esta sentencia, de la que nos ocuparemos en otro lugar, declara que ha de regularse por las reglas del depósito necesario, la responsabilidad del Estado por haberse incendiado mercancías depositadas en la Aduana, que el deponente debía custodiar ⁽⁸⁾.

Otro caso de perjuicio consistente en la destrucción de mercancías es resuelto por la sentencia de 10 de junio de 1929; pero, a diferencia del anterior, la cosa no estaba en una Aduana, sino que se trataba de un automóvil que estaba de pupilo en un garaje. El recurrente alegó que el incendio no debía regularse dentro del marco del contrato, sino por el artículo 1.903 del Código civil; pero el Tribunal Supremo declaró que la culpa atribuida al demandado nacía del incumplimiento de una obligación contractual ⁽⁹⁾.

La sentencia de 24 de marzo de 1911 declara contractual la obligación de reparar la pérdida de una nave arrendada por el armador; y, por tanto, la acción de perjuicios no prescribe al año, como ocurriría si la culpa fuese extracontractual.

Es contractual la culpa en que incurre el que se niega a pagar el precio de construcción de un tranvía, a que se había obligado, por más que alegue que dicho precio se compensó con perjuicios causados por el constructor en el funcionamiento del mismo tranvía. Tratándose de obligaciones contractuales, dice el Tribunal Supremo, no ha podido ser infringido, por no ser aplicable el artículo 1.902 en que se apoya ⁽¹⁰⁾.

§ 18. Veamos ahora otros casos en que el Tribunal Supremo ha declarado que la responsabilidad procede de culpa extracontractual.

Sentencia de 14 de febrero de 1919: Un porteador se niega

⁽⁸⁾ Se consideró que existía un contrato de depósito necesario entre el dueño de la mercancía y el Estado, y sin necesidad de probar la culpa por parte los empleados de la Aduana, se impuso al Estado tal obligación.

⁽⁹⁾ Debía regularse no por las disposiciones del contrato de depósito, sino por el de arrendamiento.

⁽¹⁰⁾ Sentencia de 12 de marzo de 1926.

a entregar las mercancías a su consignatario, alegando que no le conocía ni había contratado con él. El Tribunal Supremo declaró que no era aplicable al caso el artículo 371 del Código de comercio, sino el 1.902 del civil, por “la injustificada y dolosa negativa del porteador a la entrega de las mercancías a su nombre consignadas”. La demanda inicial del pleito no designaba si la acción nacía del incumplimiento de un contrato, sino que se limitaba a pedir la reparación de los daños y perjuicios producidos en el patrimonio del actor.

El consignatario realmente no había contratado con la Compañía porteadora; los que habían contratado eran sus clientes, de quienes debía recibirlas. Por esto la culpa no era contractual. Por la acción Aquilia pudo obtener una indemnización mayor que por el artículo 371 del Código de comercio. De todas maneras la teoría no es muy convincente, porque en realidad los derechos del consignatario para reclamar la mercancía derivan de un contrato, que incumplió el porteador.

También es aquiliana la culpa del propietario que abusa de la propiedad en perjuicio de tercero. Como el dominio da acción *contra omnes*, las más de las veces, el abuso perjudicial lo será respecto a persona desligada de todo vínculo anterior, contractual, del propietario. La acción publiciana lleva consigo no sólo la restitución de la cosa, sino también la de sus frutos accesorios y abono de menoscabos y daños producidos por la culpa extracontractual definida en el artículo 1.902.

De acuerdo con la sentencia de 30 de noviembre de 1927, es extracontractual la culpa del empleado de un Banco que habiéndose comprometido a hacerlo, no cuida de cursar oportunamente la denuncia de haberse perdido un talón, y da lugar a que se pague indebidamente al que no era su legítimo poseedor.

En otra sentencia se trata del caso de un fabricante de O. que vendió a un comerciante de Z. una partida de salchichones; en ellos puso una marca que les atribuía una calidad que el servicio de higiene comprobó que no poseían, y el comerciante fué condenado a pagar una multa y los gastos del análisis de dichos salchichones. El comerciante reclamó al fabricante indemnización de dichos perjuicios. La sentencia declara que no se trata de un contrato de compraventa, sino

de reclamación de perjuicios que se ocasionaron por un hecho posterior a la consumación del contrato.

§ 19. Hay casos en que se enlazan obligaciones derivadas de un contrato con otras creadas por culpa o negligencia no contractuales: en ellos el perjudicado puede ejercitar a su comodidad una u otra clase de acciones ⁽¹¹⁾.

Vamos a examinar casos resueltos por el Tribunal Supremo en tal sentido.

Una empresa armadora entregó mercancías al consignatario cuando éste había transferido a otro el conocimiento de embarque: las entregó, pues, a quien no tenía título o documento que acreditara su derecho a retirarlas. El cesionario del conocimiento, no pudiendo obtener las mercancías, reclamó indemnización de perjuicios al cedente, pero se abstuvo de dirigirse contra la casa armadora. El Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de abril de 1927, proclama la dualidad de acciones por razón de culpa, en estos términos: "Que el expreso reconocimiento que hace el fallo recurrido de que el conocimiento de los 5.000 sacos... a la consignación del Banco de... que los transmitió a A., el cual a su vez los cedió a C., determina claramente la existencia de dos acciones diferentes: una de carácter mercantil procedente del contrato de fletamento, para exigir a la Compañía naviera las responsabilidades de que aparece afectada por no haberse cumplido las obligaciones impuestas en los artículos 711 y 712 del Código de comercio, de entregar la mercancía previa la presentación del conocimiento al último adquirente, y la otra de naturaleza exclusivamente civil, ajena al transporte y emanada del derecho común relativa a obtener del Banco de... la reparación del detrimento que a los intereses de la parte actora produjo el haber dispuesto dicho Banco de la expedición después del traspaso que de la misma realizó a virtud de lo establecido en el artículo 708 del propio Código de comercio; que siendo, pues, completamente independientes en su ejercicio ambas

⁽¹¹⁾ Véase ENNECERUS, página 625. PÉREZ y ALGUER, comentando a ENNECERUS, opinan que el perjudicado tiene dos derechos independientes que no se ejercen recíproca influencia sino en el momento de su satisfacción.

acciones, reguladas separadamente en ambos cuerpos legales, el que haya prescindido el recurrente de los derechos de naturaleza renunciable conforme al párrafo segundo del artículo 4.º del Código civil de que pudiera encontrarse asistido con relación a la casa armadora, en nada mengua ni desvirtúa la efectividad de los que el mismo Código civil en sus artículos 1.902 y 1.903, concordados con el 1.089 le conceden a ser indemnizado por el Banco de... de los perjuicios que éste le originó retirando la mercancía y disponiendo de ella arbitrariamente, siendo así que ya no le pertenecía.”

Otro caso de doble culpa es el resuelto por la sentencia de 2 de marzo de 1904, relativa a defectos de construcción de un ferrocarril, que ocasionaron perjuicios — tales como la falta de un puente necesario para dar salida a las aguas de un torrente que inundaron fincas lindantes. La empresa constructora de la vía férrea era responsable, cerca de la Compañía ferroviaria, de no haber entregado la construcción en las debidas condiciones, y esta culpa comprendida en los artículos 1.101 y 1.104 del Código civil era contractual, como que derivaba del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso del contrato de obras; pero la Compañía de los ferrocarriles, que podía demandar a la empresa constructora, podía ser demandada a su vez, por los propietarios de los campos inundados, los cuales no tenían relación contractual con ninguna de las entidades expresadas; y, por ello, la acción que competía a aquéllas, sobre reparación de perjuicios, procedía de la culpa extracontractual cometida por la Compañía ferroviaria al aceptar y explotar una construcción defectuosa susceptible de perjudicar a tercero. Esta responsabilidad de la Compañía constructora, independiente de la contractual, pesaba sobre la Compañía del ferrocarril, única que podía corregir la deficiencia.

Enterada la Marquesa de los V. de que M., su administrador o persona de confianza, había retirado, falsificando su firma, 50 acciones que tenía en el Banco Hipotecario, denunció el hecho, siguiéndose a M. causa criminal; el Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de diciembre de 1929 y en uno de sus Considerandos afirma que la Marquesa de los V. podía ejercitar tres acciones: 1.ª, la de quebrantamiento de depósito

nacida de la culpa contractual; 2.^a, la aquiliana, derivada de la culpa extracontractual; y 3.^a, la nacida del delito de falsedad y estafa.

La artista R. M. celebró con la Sociedad T. M. un contrato, en 1.^o de febrero de 1913, por el cual y durante el plazo de cinco años se obligó a impresionar en los discos de máquina parlante, propios de la Compañía, las canciones que ésta le pidiese, y a no cantar para ninguna otra casa. T. M. comunicó el contrato por medio de Notario a la S. E. de G., y como, ello no obstante, la artista impresionó algunas de sus canciones en los discos de tal Sociedad, fué demandada juntamente con ésta y fué resuelta la cuestión en sentencia de 23 de marzo de 1921, apreciándose la existencia de culpa contractual por parte de la artista, y de culpa extracontractual por parte de la Sociedad S. E. de G.

§ 20. Deslindadas las dos clases de culpa, cada una de ellas se ha de sujetar a la reglamentación especial que le corresponda.

Ahora bien: el libro IV del Código civil, dedicado a las obligaciones se divide en varios títulos. El primero trata de las obligaciones, en general. Los títulos 2 a 15 — ambos inclusive — de los contratos y, con ellos, de las obligaciones creadas por los mismos. El 16 de las obligaciones que se contraen sin convenio, y entre ellas — capítulo II — de las que nacen de la culpa o negligencia. Y finalmente el 17 trata de la concurrencia o prelación de créditos y el 18 de la prescripción.

Sin entrar a discutir si la división hecha por los autores del Código civil responde o no a un criterio científico, resulta de ella que, en apariencia, el título 1.^o es aplicable no sólo a las obligaciones surgidas de contrato, sino también a las extracontractuales.

La simple lectura de muchos de sus artículos evidencia, empero, que no fué ésta la intención del legislador, ya que de su redacción se deduce que sólo a relaciones contractuales pueden hacer referencia ⁽¹²⁾; pero como sea que existen disposiciones que pueden convenir perfectamente a la culpa extra-

(12) Véanse artículos 1.094, 1.097, 1.102, 1.110, 1.113, etc. Véase GIORGI, V, 219.

contractual, han surgido dudas y vacilaciones sobre si le eran aplicables. La sentencia de 14 de diciembre de 1894, concretándose a los artículos 1.101, 1.103 y 1.104, afirma que son de carácter general y aplicables a todo género de obligaciones, no ofreciendo contradicción con las especiales de los artículos 1.902 y 1.903; la sentencia de 15 de enero de 1902 permite interpretar los artículos 1.902 y 1.903 por los 1.103 y 1.106, al efecto de determinar los elementos que han de entrar en la indemnización; la de 19 de diciembre de 1910 aplica el 1.105, en relación con los 1.902 y 1.903, para definir el caso fortuito; y, en cambio, la sentencia de 29 de marzo de 1933 declara que, a la culpa extracontractual no le es aplicable la disposición del artículo 1.101; la de 18 de marzo de 1932, que no lo son los artículos 1.101, 1.103, 1.104 y 1.106; y la misma afirmación, con respecto a los artículos 1.101 y 1.104, hace la sentencia de 3 de julio de 1924.

En lo que no hay discusión es en que el artículo 1.902 no es aplicable a la culpa contractual (sentencia de 14 de diciembre de 1928).

Vamos a examinar tales artículos.

Artículo 1.101. — 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 aquéllas.

Podría ser aplicado este artículo, de considerarse que la responsabilidad por delito civil deriva del incumplimiento de una obligación natural, aunque no parece referirse a tal clase de obligaciones; y si esto es así, podemos decir que en materia extracontractual la obligación nace de la culpa, no como en el caso previsto por el artículo, en que es ésta la que nace de la obligación. Pero teniendo en cuenta, de todas maneras, que el artículo 1.902 obliga a reparar el daño causado, parece que no debe ser de aplicación el artículo a que nos referimos; y ello, porque o ambos dicen lo mismo, con palabras distintas, o disponen cosas diferentes. En el primer caso, huelga por inútil — tratándose de culpa extracontractual — el 1.101; y en el segundo, indudablemente que no debería ser aplicado. Pretender, empero, que el 1.101 puede aplicarse como aclaratorio

del 1.902, como vienen a sostener algunas sentencias, a los efectos de substituir la “reparación” por la “indemnización”, no me parece lógico.

Artículo 1.103. — La responsabilidad que procede de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales, según los casos.

No es de aplicación por innecesario lo resuelto en la primera parte de este artículo, ya que declara lo mismo el capítulo que trata de la culpa extracontractual. En cuanto a la segunda parte, que hace referencia directa a lo establecido en la primera, debe correr la misma suerte.

De todas maneras, atendido su espíritu, de acuerdo con la equidad, sería conveniente que se extendiera a toda clase de obligaciones.

Artículo 1.106. — 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, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes.

En los casos de culpa aquiliana, de no aplicarse el principio de la reparación natural, rige este artículo sin clase de duda alguna ⁽¹³⁾.

Artículo 1.107. — Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.

Este artículo no es aplicable a la culpa extracontractual.

En la contractual, la responsabilidad por daños y perjuicios, derivada del incumplimiento de un contrato, tiene un fundamento y una limitación: la voluntad de las partes; y por ello, es regla de justicia que su extensión debe supeditarse — no existiendo dolo — a lo que pudo ser previsto en el momento de obligarse, pues más allá la voluntad no llega.

En la responsabilidad por culpa extracontractual no es la

(13) Naturalmente que, por lo que se refiere a las palabras “salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”, hemos de decir que pueden no ser aplicables tales artículos, tratándose de culpa extracontractual.

voluntad de las partes la que crea la obligación, sino la invasión en la esfera del derecho ajeno, por un acto unilateral; y, para restablecer el equilibrio jurídico, es preciso poner las cosas en la situación en que estarían de no haberse cometido la vulneración del derecho ajeno.

Es de aplicación, en materia extracontractual, lo dispuesto por el artículo 1.112, al establecer que todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes.

RELACIÓN DE CAUSA A EFECTO

§ 21. Para que el autor de un daño esté obligado a su reparación, el Tribunal Supremo exige, además de los elementos y requisitos que enumera el artículo 1.902 del Código civil, y como una consecuencia lógica de lo que en él se preceptúa, que exista una relación de causa a efecto entre la acción u omisión culpable y el daño que se trate de reparar (1).

Consecuencia de ello es que el derecho a indemnización no se extiende a los perjuicios provenientes de causas distintas de las aludidas aunque se infrinjan Reglamentos o se obre prescindiendo de las más elementales precauciones.

Cabe, por tanto, preguntar: ¿qué entiende el Tribunal Supremo por relación de causa a efecto? ¿Qué entiende por causa?

Los filósofos, al tratar de la relación de causalidad, distinguen la causa eficiente, la final y la ejemplar, aceptando, a su vez, varias subdivisiones.

Siendo la ejemplar como el modelo que existe en nuestro entendimiento, que por medio de la acción se transforma en realidad — la idea del artista — indudablemente que no es a ella a la que se refiere el Tribunal Supremo al tratar de la relación de causa a efecto.

La causa final requiere una inteligencia y una voluntad: se prevé un fin y hacia él se dirigen las actividades para su consecución. “El fin es un bien querido que, por ser querido, determina a la voluntad a querer un acto o una serie de actos juzgados necesarios o útiles para su obtención.” El fin, en

(1) Véase ANTONIO M. BORRELL: *Miscel·lània Jurídica*. Revista Jurídica de Catalunya, año 1927, página 1.

palabras de Aristóteles, es aquello por lo cual algo se hace, *id cuius gratia aliquid fit* ⁽²⁾.

Es preciso, pues, para que exista la causa final que se realice el acto a consecuencia del cual surge el daño, con intención de producirlo.

La causa eficiente, la definen los escolásticos con las siguientes palabras: *Id a quo aliquid fit* (aquello por lo cual se hace una cosa) ⁽³⁾. De tal concepto se deriva, aplicando el principio de causalidad al mundo físico, la siguiente ley física de carácter general: “Ninguna manifestación corporal, mecánica, física o química, se produce que no tenga su antecedente — una causa eficiente — corporal” ⁽⁴⁾.

No precisa que tal causa sea inteligente, ni se requiere una voluntad: el fuego es causa de que un papel al que se aplica sea convertido en cenizas y gases; la cerilla que después de encendido el cigarrillo se tira y prende fuego a un bosque, es causa del incendio, como lo es también la persona que ha echado la cerilla; el sol es causa de los colores, el artista que esculpe una estatua lo es de ésta ⁽⁵⁾.

Por ello puede afirmarse que la omisión no es propiamente, causa de un daño: puede darse el caso que con un acto nuestro, que quizá estemos obligados a practicar, se impida la realización de un hecho, de un daño; pero la falta de un acto no hace más que dejar que las cosas corran su camino natural, que las causas produzcan sus efectos propios. Puede ser sí, condición de que el daño se cometa, puede ser una *conditio sine qua non*, según que no sea o sea absolutamente indispensable para la realización del hecho, del efecto.

Sin ser causa puede existir una ocasión que favorezca a causas libres la realización de sus efectos, “circunstancia o conjunto de circunstancias que favorecen la acción de una causa libre” ⁽⁶⁾.

Resumiendo: para que se dé la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, ¿precisa que el hecho que los causa se

⁽²⁾ MERCIER: *Metafísica general (Tratado Elemental de Filosofía)*, I, 552.

⁽³⁾ Íd., íd., I, 551.

⁽⁴⁾ Íd., íd., I, 558.

⁽⁵⁾ Íd., íd., I, 552.

⁽⁶⁾ Íd., íd., I, 552; véase BALMES: *Filosofía Fundamental*, IV, 195.

realice con intención de causar tal daño? ¿Que sea consecuencia de la acción del agente, prescindiendo de su voluntad e intención? ¿Que la acción u omisión del agente sea condición sin la cual el hecho no hubiere sido realizado? ¿Que el acto u omisión del agente constituya una ocasión para realizar el acto dañoso?

No puede tomarse como relación de causa a efecto, a los fines del artículo 1.902 del Código civil, la causa final, porque si de una manera consciente y con plena voluntad se realiza el acto dañoso, caería el hecho dentro de los dominios del Código penal.

El concepto de causa a que se refiere la jurisprudencia es el de la causa eficiente, exenta del elemento intencional; ya que precisamente, el daño se causa por no prever las consecuencias de nuestros actos; y se refiere asimismo y sobre todo tratándose de omisiones, a la condición necesaria para que acaezca el hecho dañoso, concretada en que nosotros realicemos o dejemos de realizar ciertos actos.

De todas maneras, es el Tribunal sentenciador el que con libertad de criterio y valorando las condiciones y circunstancias del caso, debe apreciar si existe o no la relación de causa a efecto (7).

Con fecha 25 de enero de 1933, el Tribunal Supremo dictó una sentencia en la que se ocupa de los principios expresados y que por ello vamos a extractar con alguna extensión: Se trataba de los perjuicios surgidos del naufragio de una barca. Dicha barca fué arrendada con el pacto de que, pagadas cincuenta anualidades el arrendatario adquiriría su dominio, empero hasta tal momento seguiría perteneciendo al arrendador. Antes de transcurrido dicho término, un tercero, por deudas del arrendatario embargó la barca, sin cuidarse de averiguar si era de éste, y sin examinar el Registro de buques. Por razón del embargo la barca quedó amarrada, pero pronto el embargante la obtuvo en arrendamiento del depositario, que había designado: la desamarró dedicándola a la pesca, sin cuidarse de calafatearla, limpiarla, etc., y en un temporal, se hundió.

(7) Sentencia de 25 de enero de 1933.

El propietario demandó indemnización de daños y perjuicios al que había embargado indebidamente la barca y lanzado al mar sin ponerla en condiciones de navegación; pero como la causa inmediata de la pérdida se debió a fuerza mayor, fué objeto de discusión el de si la culpa del embargante debía considerarse causa del daño, al efecto de hacerle responsable de la pérdida de la barca.

De momento, el Tribunal *a quo* descartó la posibilidad de alegar el embargante que había ejercitado un derecho, porque no tenía justa *causa litigandi*.

El Tribunal Supremo, no queriendo aceptar de una manera concreta ninguna de las doctrinas y tendencias relativas a la relación entre causa y efecto, sienta el siguiente: "Considerando que en cuanto a la falta de nexo causal entre la conducta del agente y el daño producido por no existir entre el embargo de un buque y su naufragio... ninguno de los enlaces ontológicos, racionales o jurídicos, puestos de relieve en las distintas teorías por él (el recurrente hizo mención de las teorías filosóficas de STUART MILL, de la diligencia cualitativa de VAN BAR, la de ERNEST BEKING, que considera como causa lo que en sentido vulgar produce daños) citadas, que la jurisprudencia no puede tomar parte en la discusión filosófica que agrupa, de un lado a los partidarios de las causas eficientes, y de otra, a los que más bien se apoyan en el principio de razón suficiente, ni adoptar una posición intermedia a favor de la *conditio sine qua non*, o de factor predominante, o de la circunstancia principal o de cualquier otro momento causal propugnado por técnicos extranjeros; ya acaso bastaría para orientar a los Tribunales de justicia en la resolución de los problemas concretos, llamar su atención hacia el pensamiento compensador de la ley, cuando se trata de remediar la lesión sobrevenida en las facultades o patrimonio de una persona, a consecuencia de la acción u omisión ajena con la indemnización exigible al autor de ésta o todavía con menor compromiso, sería suficiente encaminar su actuación hacia la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señala en cada caso, como índice de responsabilidad dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos. Considerando que así han venido a reconocerlo implícitamente múltiples senten-

cias de este Supremo Tribunal, que *dejan a la libre y exclusiva apreciación del sentenciador la existencia de la culpa que genere, origine u ocasione el daño* y son todas aplicables al efecto de rechazar el motivo de casación ahora discutido, en cuanto al fallo de segunda instancia no se limita a declarar que el embargo judicial obtenido por... fuese simple ocasión del naufragio... fija con mayor energía la relación de causalidad entre la negligencia y el daño al añadir que el arrendamiento se hizo precipitadamente con el depositario judicial nombrado a instancia del... (el embargante) y que éste no realizó los trabajos de calafateo y limpieza, ni los indispensables para la perfecta navegabilidad del buque, como tampoco se preocupó del seguro, no obstante saber a quién correspondía esta obligación."

Existe, pues, una causa eficiente que produce de una manera inmediata el hundimiento de la barca: el temporal; una ocasión: el embargo; y una condición, el hecho de que no se practicaran en la barca los trabajos necesarios para que navegara en buenas condiciones. La condición pasa a primer término y se considera como causa del accidente y del daño.

§ 22. En la práctica, los hechos no acostumbran a presentarse de una manera simplista, sino que las causas aparecen mezcladas y de la concurrencia de varias de ellas y de ciertas condiciones o circunstancias surge el daño.

Cuando éste es consecuencia de dos o más causas, cada culpable debe responder de lo que pueda imputársele ⁽⁸⁾. Ello acaecerá cuando sea posible la desintegración del daño con referencia a la causa o causas, como en los casos citados en la ley Aquilia en que uno hiere a un esclavo que fallece por descuido, en una operación que se le practica, a causa de la herida, o que es rematado por otro ⁽⁹⁾.

Otras veces la separación entre el daño debido a una persona y el debido a otra, no resulta claro y entonces precisa resolver el caso de acuerdo con lo que se indica al tratar de

⁽⁸⁾ Véase ley 30, párrafo 4.º, título II, libro IX del *Digesto*; BORRELL y SOLER: *Dret Civil vigent a Catalunya*, III, 49.

⁽⁹⁾ Véase párrafo 3.º, ley 19, libro IX, título II del *Digesto*; FROMAGEOT, página 45.

la extensión de la responsabilidad entre los obligados a reparar ⁽¹⁰⁾.

Vamos, pues, a examinar la concurrencia de causas, teniendo en cuenta las resoluciones que respecto a ello ha dictado el Tribunal Supremo.

§ 23. Responde del daño causado no sólo el autor material, sino también el causante indirecto. Así, el que ha dado un empujón a otro responde de los daños causados por éste como consecuencia de tal empujón ⁽¹¹⁾; el que entregó la espada a un furioso, por los daños por éste causados con la espada ⁽¹²⁾; el que vendió a un niño objetos de pirotecnia que al hacerle explosión le produjeron heridas a consecuencia de las cuales tuvo que serle amputada la mano ⁽¹³⁾.

Y es que la causa de la causa es causa del efecto. La jurisprudencia también ha reconocido este principio ⁽¹⁴⁾.

No debe exagerarse, empero, la responsabilidad del autor indirecto del daño. No deben comprenderse — afirma GIORGI — los daños que derivan de una causa inesperada, fortuita y accidental, pero sí cuando el evento fortuito por el que vinieren a manifestarse o a extenderse las consecuencias dañosas del hecho estaba previsto o era fácilmente previsible, por que estaba en el orden natural de las cosas ⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁰⁾ Véase párrafo 4.º, ley 9.ª, título II, libro IX del *Digesto*.

⁽¹¹⁾ Ley 7.ª, párrafo 3.º, título II, libro IX del *Digesto*.

⁽¹²⁾ Párrafo 6.º, ídem, ídem.

⁽¹³⁾ Sentencia de 31 de marzo de 1933 (p.); GIORGI, páginas 301 y ss.

⁽¹⁴⁾ Sentencia de lo criminal de 8 de febrero de 1935. La acción del reo tuvo como resultado inmediato unas lesiones curadas en los siguientes quince días, pero también produjo, a consecuencia del traumatismo, una septicemia, que causó la muerte, por lo que existiendo la relación de causalidad entre la acción imprudente y el daño, es acertado apreciar un homicidio por imprudencia temeraria.

⁽¹⁵⁾ Página 303.

RODRIGO URÍA GONZÁLEZ: *El seguro marítimo*, 58. La opinión dominante centra el problema de la determinación del riesgo de guerra sobre la regla *causa proxima, non remota spectatur*. Atiende fundamentalmente al acontecimiento cronológicamente anterior al siniestro y decide que el carácter de riesgo de guerra depende de que la realización del mismo haya tenido como causa próxima e inmediata un hecho de guerra. Pero se sostiene también la teoría de la "causa predominante o decisiva" que afirma la necesidad de tener en cuenta, no el acontecimiento causal inmediatamente anterior al siniestro, sino aquella causa que

Cuando el daño es consecuencia necesaria del hecho culposo y fácilmente se ve la relación de causalidad sin intervención de sucesos imprevisibles, existirá responsabilidad por parte del autor indirecto del daño; cuando una causa es la predominante y decisiva en la realización de un hecho, el que la ha puesto en juego debe responder de las consecuencias de ello. Pero cuando se realiza un acto que a juicio del hombre más precavido no puede causar daño a nadie, y sin embargo, produce por un suceso o una cadena de sucesos no previsibles humanamente, y que por sí solos serían suficientes para causarlo, resultaría aventurado exigir responsabilidad al supuesto autor indirecto del daño ⁽¹⁶⁾.

§ 24. Vamos a examinar ahora el caso en que se entrelaza la culpa del perjudicado con la de un tercero.

ejerza una decisiva influencia en la realización del riesgo, aunque cronológicamente no sea la última. En realidad entre ambas teorías existe poca diferencia práctica, porque entre los sostenedores de la primera predomina la tesis de que la causa próxima no siempre puede ser interpretada de una manera estrecha en el sentido de causa última... Por eso, acaso sea más firme la posición de aquella doctrina que desistiendo de buscar una solución basada en el examen del vínculo de causalidad toma un camino nuevo, afirmando la necesidad de aplicar al problema el mismo procedimiento que se emplea en materia de responsabilidad civil. Al igual que cuando en la realización del riesgo ha tenido parte una falta personal, el autor de la misma, o su asegurador, asume toda la responsabilidad aunque otros hechos o circunstancias hayan contribuido también a esta realización, así también, cuando entre las causas de un siniestro se encuentra un hecho de guerra, el hecho debe reputarse sin más de esa misma clase...

⁽¹⁶⁾ Afirmaba BACON (citado por FROMAGEOT, pág. 43) que el derecho se limita a la causa inmediata sin remontarse más lejos, escudriñando las causas de las causas y el origen de cada una de ellas. Ahora bien: causa inmediata del daño, según FROMAGEOT, lo será cuando éste sea consecuencia necesaria de la falta, y que no pueda tener otras causas (véase pág. 44, *Digesto*. ley 11, párrafo 3.º, título II, libro IX, ley Aquilia; ley 52, principio, ídem, ídem).

El Derecho Romano mantenía el principio sentado por FROMAGEOT en forma que en la ley 15, párrafo 1.º, de la propia ley Aquilia, sienta el caso concreto de que si un siervo a quien se hubiere herido mortalmente, pereciere en seguida como resultado de un naufragio, otra herida, etc., no podrá accionarse por razón de la muerte, sino tan sólo por la herida, y ello, afirma, porque la muerte no ha permitido que quedare justificado que la herida la causare.

POTHIER (*Teoría de las obligaciones*, núm. 167) si bien refiriéndose al dolo y a la obligación de indemnizar, tampoco admite las consecuencias remotas de la causa.

Algunas veces se ponen de acuerdo la víctima del suceso y el coautor para la realización del daño (por ejemplo, caso de suicidio); pero otras, con plena independencia sin ponerse para nada de acuerdo, la imprudencia del uno unida a la del otro producen el daño o accidente. En tales casos, cabe preguntar si las dos culpas son compensables, no naciendo por consiguiente el deber de indemnizar los daños y perjuicios ⁽¹⁷⁾.

Para ello ⁽¹⁸⁾ precisa examinar la mayor o menor intensidad de la culpa: el mayor o menor deber de vigilancia entre los dos autores del hecho. Es natural que a quien de sus actos u omisiones pueda provenir un daño, no tan sólo para él, sino

⁽¹⁷⁾ El Derecho Romano, en un fragmento de la ley Aquilia (ley 9.^a, principio libro IX, título II) se ocupa de un caso en el que puede atribuirse culpa a tres personas distintas, una de ellas que resultó ser la víctima: Dice también MELA que si jugando algunos a la pelota, uno de ellos al rechazarla lo efectuara con tal violencia que ésta diera contra las manos de un barbero, haciendo que degollase a un siervo con la navaja con que en aquel acto le rasuraba el cuello; aquel que de ellos tuviere la culpa, queda sujeto a la ley Aquilia. PRÓCULO dice que la culpa es del barbero. Y realmente, si rasuraba en aquel punto en que había la costumbre de jugar, o donde el tránsito era frecuente, hay motivo para que se le impute; aunque tampoco se diría infundadamente, que si alguno se confiaba en manos de un barbero que tuviese la silla en lugar peligroso, debe el tal atribuirse la culpa a sí mismo.

⁽¹⁸⁾ ENNECERUS (pág. 640), tratando del caso en que el lesionado ha incurrido asimismo en culpa, sostiene que la indemnización del daño o de una parte del mismo, depende de las circunstancias y de que hasta qué punto ha sido causado preponderantemente por uno u otro.

El artículo 44 del Código de las Obligaciones de Suiza concede al Juez la facultad de reducir el importe de los daños y perjuicios a satisfacer e incluso suprimirlos, cuando la parte lesionada ha consentido la lesión o cuando los hechos de que ella es responsable han contribuido a crear el daño o a aumentarlo, o han agravado la situación del deudor. Y el párrafo 25 del Código civil alemán hace depender de las circunstancias tanto la cuantía de la reparación como la obligación de reparar, debiendo examinarse cuál de las partes ha contribuido en mayor grado a la comisión del acto dañoso. Tal principio — dice — deberá aplicarse asimismo cuando la culpa del perjudicado se limite a no advertir al deudor del peligro de un daño extraordinario que éste no conozca ni se halle obligado a conocer, o a omitir las medidas necesarias para evitarlo o atenuarlo (véase ROCES, traduciendo los *Daños Civiles y su reparación*, de HANS FISCHER, pág. 301).

Tal principio sería aplicable, seguramente, al caso de que el arrendatario sufriera lesiones por derrumbamiento de la habitación por él ocupada, sin que hubiese cumplido con la obligación que le impone el Código civil en su artículo 1.559, de avisar al propietario la necesidad de practicar en la finca las reparaciones necesarias a fin de conservarla en estado de servir para el uso a que fué destinada.

también para otras personas, se le exija en igualdad de circunstancias una mayor vigilancia y diligencia; que a quien, por ejemplo, conduce por la calle un automóvil, se le exija una precaución en grado muy superior a la exigida al que caminando va por ella, por llevar aquél un vehículo no sólo capaz de causarle daño, sino también de causarlo a los que transitan por la calle ⁽¹⁹⁾.

Pasemos ahora a examinar cómo ha resuelto el Tribunal Supremo algunos casos concretos que se le han presentado.

Hallándose parado un auto para proveerse de bencina, terminada la operación, F. P. encendió una cerilla para comprobar la cantidad que había entrado en el depósito, inflamándose aquélla, produciendo daños al automóvil, y quemaduras al procesado, a su hija y a su esposa, alcanzando el fuego, asimismo, a la servidora del surtidor que tenía en sus manos la manga, cuya bencina estaba ardiendo. La servidora de la bencina, para evitar que el fuego penetrase en el interior del depósito, trató de arrancar la manga, cayendo al suelo la bencina que contenía y alcanzando las llamas a la referida servidora, á la que produjeron lesiones a consecuencia de las cuales falleció. El Tribunal condenó al procesado como autor de un delito de homicidio. Se afirma en el recurso que si se produjeron las lesiones a la servidora del surtidor, fué debido a la imprudencia de ésta y al desconocimiento de lo que estaba manejando, ya que los surtidores están instalados de modo que aunque se encienda la gasolina no puede propagarse el fuego a aquéllos; que el encargado del surtidor no era aquélla, sino su marido; y, además, que el fallecimiento se debió a infección tetánica ⁽²⁰⁾.

En el caso de la sentencia examinada se da de una manera clara la imprudencia de la víctima que es causa de su muerte; pero esta imprudencia la determina de una manera directa la del condenado.

El Tribunal Supremo, en materia civil, ha resuelto el pro-

⁽¹⁹⁾ Véase GIORGI, 261; ley 9.^a, párrafo 4.^o, título II, libro IX del *Digesto*; por ello el principio de que es repelido aquel que reclama cuando pudo evitar el peligro, sufre muchas excepciones (Véase ley 28, párrafo 1.^o, título II, libro IX del *Digesto*).

⁽²⁰⁾ Sentencia de 12 de diciembre de 1931, Sala de lo criminal.

blema de la indemnización en los casos en que de los daños sea coautor el perjudicado, en distintos sentidos, según que a su criterio predomine una causa u otra.

Casos en que da lugar a la indemnización:

En un terrado había un poste que sostenía tres alambres, por donde pasaba corriente eléctrica de alta tensión. Uno de los hilos estaba roto y el poste no tenía comunicación con tierra, infringiendo lo dispuesto por los Reglamentos del ramo. A dicho poste se ató un alambre que servía para tender ropa. Una mujer, al tenderla, y al tocar el poste, falleció electrocutada. Los herederos de la víctima pidieron indemnización a la Compañía de electricidad, la cual alegó, entre otros razonamientos, que la muerte había sido causada por imprudencia de la víctima; pero el Tribunal Supremo, casando la sentencia de la Audiencia declaró (sentencia de 24 de febrero de 1928) que la Compañía era culpable del hecho por no tener el poste en comunicación con tierra; que de no existir este olvido, a pesar de que la mujer lo hubiese tocado no habría acaecido el suceso, pues de mucho tiempo se utilizaba para sostener el alambre de tender ropa sin que ocurriese ningún accidente.

La sentencia de 21 de diciembre de 1910 resuelve una demanda formulada reclamando indemnización por lesiones sufridas por un niño que, subiendo al terrado, tocó un cable eléctrico y por efecto de la descarga que le produjo se le tuvieron que amputar dos dedos. Se probó que el cable estaba en malas condiciones, por lo que fué condenada la Compañía de electricidad, a pesar de la imprudencia del niño.

En los casos resueltos por las dos sentencias referidas, se da imprudencia cometida por las Compañías responsables y por los perjudicados; pero, pesando las culpas, se ve que es mucho mayor la de aquéllas, por el peligro ajeno que representa su descuido o negligencia.

Una sentencia de 14 de diciembre de 1894 condena a indemnizar por la muerte de un hombre a consecuencia de caída sufrida al poner unos gallardetes en la parte más alta de la fachada de un frontón; cosa que si bien hacía sin órdenes de los dueños o empresarios, se realizaba a ciencia y paciencia de los mismos.

En este caso, como puede verse, si bien el acto peligroso se

ejecutaba en interés de los dueños o empresarios del frontón, tratándose de un acto que no estaba obligado a realizar y que los otros sólo consentían, parece que la culpa o imprudencia era superior en el perjudicado que en los condenados a indemnizar.

El Tribunal Supremo no da lugar a la indemnización solicitada, por considerar que la responsabilidad del perjudicado absorbe a la que puede corresponder al demandado, en los siguientes casos:

Un tren atropelló y mató a un corneta, en un paso a nivel. Dictada sentencia absolutoria en la causa criminal que a consecuencia de ello fué instruída, su viuda solicitó indemnización en el correspondiente juicio civil. El Tribunal Supremo — en sentencia de 12 de junio de 1900 — declaró que el hecho de no existir barrera en el paso a nivel, no es motivo suficiente para apreciar culpa de parte de la Compañía, si no se demuestra que fué ello causa del suceso. De manera que la falta reglamentaria de no tener las debidas precauciones en el paso a nivel no es bastante para declarar responsables del daño, si éste no fué evidentemente efecto de aquella falta.

Un apoderado de una Sociedad está autorizado para extender talones contra una cuenta corriente. Sin autorización especial, pero ratificándolo tácitamente la casa, abre otra cuenta especial; gira talones por más de la existencia de la casa, y el Banco los paga. El gerente de aquélla ordena al apoderado que retire el saldo, y éste se suicida.

La Sociedad pide indemnización al Banco, porque atendió los giros en blanco del apoderado. El Tribunal Supremo, en sentencia de 3 de febrero de 1928, declara que el Banco demostró hacia la Sociedad una confianza que suele tenerse, pero que no constituye culpa. Fué el actor el que vigiló poco al apoderado.

Un tren de la Compañía de los Ferrocarriles M.Z.A. arrolló y produjo la muerte a J. E. M., que conducía dos caballerías cargadas de mieses, matando también una de ellas. En el paso a nivel donde ocurrió el accidente no había guarda y se veía el tren o podía verse desde una distancia de dos kilómetros y medio, por ser línea recta ⁽²¹⁾.

(21) Sentencia de 7 de marzo de 1902.

La sentencia de 27 de octubre de 1931, se refiere al accidente sufrido por una persona que cruzó la vía de un ferrocarril por un paso a nivel abusivo y no vigilado, no obstante que el lesionado conocía el peligro y las horas de paso de los trenes.

En la de 5 de octubre de 1932 resolvió el caso de un automóvil atropellado por un tren, también al cruzar un paso a nivel. La Compañía del ferrocarril afirmaba que el automóvil, viejo y deteriorado, había sido puesto expresamente en mitad de la vía, de noche, para que algún tren lo destruyera, y poder luego pedir una indemnización excesiva. El Tribunal Supremo no hace declaración en este sentido, pero sí que la culpa fué del conductor del auto.

No afecta la responsabilidad a la Compañía del ferrocarril — dice la sentencia de 3 de junio de 1901 — por el incendio habido de unos almiares de paja colocados por sus dueños a la inmediación de la vía llamada del Peso, a sabiendas del uso constante que se hacía de aquella vía.

§ 25. Muchas veces se combina el caso fortuito o de fuerza mayor con la culpa o con la negligencia u omisión de aquellos cuidados que toda persona está obligada a poner en sus cosas o actos para que no perjudiquen a los demás; y entonces, aunque exista la fuerza mayor, ésta ha podido producir los daños en la extensión en que se han producido por culpa de una persona que por ello se hace responsable ⁽²²⁾; puede acaecer asimismo que, sin la culpa o negligencia, el hecho da-

⁽²²⁾ La ley Aquilia (párrafo 3.º, ley 30, libro IX, título II), en el caso de que alguno pusiere fuego para quemar sus rastrojos o los campos y el fuego se comunicare también al sembrado ajeno o causare daño a la viña de otro, examinaba si esto acontecía por impericia o negligencia, pues si lo hizo en día de viento, incurría en culpa *porque el que presta causa para el daño se reputa que lo causó*. En el mismo delito incurría también el que no tenía cuidado de que el fuego no pasase más adelante. Si, empero, observó todas las cosas oportunas y pasó el fuego adelante porque, por ejemplo, el viento sobrevino repentinamente, carece de culpa (véase BORRELL y SOLER: *El Dret Civil...*, III, 44).

Un caso fortuito imprevisible e inevitable, no deja de ser tal porque le haya precedido culpa (GIORGI, II, 18), ya que en tal caso la consecuencia directa del daño es el caso fortuito, no la culpa; otra cosa es, empero, si el caso fortuito ha producido un resultado dañoso a consecuencia de la culpa o negligencia.

ñoso hubiera sido igualmente producido, pero sus consecuencias hubieran resultado menos intensas, y en este caso, necesario sería el poder acreditar el importe de la diferencia, cosa que en la práctica y en la mayoría de los casos resultaría del todo imposible.

Una pared, por ejemplo, ha quedado descalzada a consecuencia de una temporada de lluvias, puede continuar resistiendo los fuertes aguaceros que acostumbra a hacer en la comarca cada año, pero sería peligrosa una lluvia torrencial que suele producirse cada diez o doce años. Viene una de éstas, se derrumba la pared y aplasta una cabaña en la que habita una familia, ocasionando la muerte de dos miembros de ella. ¿Es responsable el propietario de la pared? Parece que sí; porque, si bien el hecho de la lluvia torrencial no acaece cada año y por ello la negligencia no es muy grave, no obstante algún descuido representa el hecho de conocer la existencia de tal peligro, aunque sea remoto; y como, de haber arreglado la pared, el hecho no hubiera sucedido, de aquí que deba responder de los daños y perjuicios causados.

Supongamos, empero, que sucede el mismo derrumbamiento a consecuencia de una inundación extraordinaria, insólita. Entonces la causa del accidente debe considerarse como de fuerza mayor, caso fortuito no previsto; y si bien la pared no estaba en las condiciones suficientes de resistencia, como que aun en el caso de haberlo estado, el accidente hubiera producido las mismas consecuencias, no existe derecho a la reparación ⁽²³⁾. En el primer caso, el hecho era previsible; hay responsabilidad; en el segundo, no lo era, no hay responsabilidad. No puede decirse que obre con negligencia quien no prevé casos de carácter extraordinario y anormal que rarisimas veces acontecen.

El Tribunal Supremo en unos casos da lugar a la indemnización y en otros no, atendiendo de una manera principal a la causa predominante. En general, cuando a pesar del caso fortuito, el daño no se hubiera causado sin una culpa evidente del demandado, condena a la indemnización de los daños y

(23) Véase GIORGI, V, 244: Por esto la jurisprudencia no considera culpa y sí caso fortuito la omisión de la diligencia insólita y extraordinaria.

perjuicios causados. Cuando el daño sea consecuencia necesaria y forzosa del caso fortuito, en forma que aun en el supuesto de no existir culpabilidad por parte de persona alguna, se hubiese realizado en la misma forma y en la misma intensidad, no sería justo exigir una indemnización.

Veamos cómo resuelve el Tribunal Supremo algunos casos concretos que se le han presentado.

Unos demandados, con autorización administrativa, habían de conducir maderas por un río, pero anticiparon el tiempo de la concesión y las pusieron mal acondicionadas, con lo cual causaron daños a la presa de un molino y al propio molino. Se pidió indemnización y aquéllos arguyeron que el hecho fué causado por una avenida extraordinaria del río, a pesar de haberse tomado las medidas y precauciones posibles para evitar los daños. La Sala declaró que la avenida del río no fué la causa del daño, el cual no se habría producido si las maderas hubiesen sido bien conducidas; por lo que sus conductores incurrieron en negligencia generadora de culpa, haciéndose responsables de ella ⁽²⁴⁾.

Un lavador de minerales deja marchar al río residuos que, en días de crecida, penetran en los campos lindantes, perjudicando los cultivos. De los daños es responsable la Compañía propietaria del lavador, porque son consecuencia necesaria de la culpa — afirma la sentencia de 10 de noviembre de 1924.

La sentencia de 5 de diciembre de 1927 considera que existe culpa en el siguiente caso: un tren con salida fuera de la hora, en paso a nivel causa un daño. La Compañía alega que el guardabarrera y otros se habían declarado en huelga sin previo aviso y que se trataba de un caso fortuito. La Sala de la Audiencia declaró que existía culpa por parte de la Compañía por dar salida al tren en hora no fijada y sin tomar las precauciones debidas, no supliendo la falta de los huelguistas.

La sentencia de 24 de octubre de 1904 resuelve un caso en que, atribuyéndose principalmente a caso fortuito el supuesto daño, no da lugar a la indemnización de perjuicios. Se trataba de unos terrenos, el propietario de los cuales los estableció a censo, a pesar de no poderlo hacer por tratarse de

(24) Sentencia de 30 de marzo de 1926.

bienes vinculados. Falleció el estableciente y los bienes vinculados pasaron a su hija mayor, que cedió a tercera persona sus derechos al vínculo. El nuevo poseedor siguió pleito en reclamación de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del referido establecimiento, en atención a que el mayor valor que entonces tenían los terrenos representaba para él un perjuicio por no tenerlos en su poder.

El Tribunal Supremo en esta sentencia no dió lugar a la indemnización; porque afirma que el beneficio o el daño no provienen por precisión e incontestablemente del acto ilícito, sino de accidentes y eventualidades o contingencias que pudieron ocurrir en la venta de terrenos, después de establecer el censo.

No puede exonerarse de responsabilidad por la concurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor cuando ha sido provocado culposamente; ya que muchas veces las fuerzas naturales están sujetas a la voluntad humana en un momento determinado, pasado el cual, no pueden contenerse ⁽²⁵⁾.

§ 26. En general es evidente que la falta de relación jurídica entre el perjudicado y el que incurrió en culpa no exime de responsabilidad — precisamente la culpa extracontractual tiene esta especialidad, que es ella la que crea la relación jurídica entre personas que antes no estaban ligadas por vínculo alguno, — pero la sentencia de 18 de noviembre de 1910 resuelve un caso en que la falta de relación jurídica determina la absolución.

Se trataba de un individuo que tenía arrendada una almadra al Estado: pidió la rescisión del contrato y el Estado se hizo cargo de ella, arrendándola a otra persona. Ésta, por las malas condiciones en que la encontró, pidió indemnización al anterior propietario y el Tribunal Supremo se la negó. En

⁽²⁵⁾ En cuanto a los casos en que el marido recibió en dote a más del dinero, conviene que se obligue al dolo y a la culpa, según dice SERVIO. Esta sentencia es de Publio Mucio, el cual lo determinó así, respecto de Licinia, mujer de Graco, porque las cosas dotales perecieron en la sedición en que se dió muerte a Graco; y porque dicha sedición ocurrió por culpa de éste, dice que se debe restituir a Licinia (ley 46, título I, libro XXV; ley 1.^a, párrafo 4.^o, título VII, libro XLIV del *Digesto*); véase BORRELL y SOLER: *El Dret Civil...*, II, 42.

realidad, en este caso, a quien podía pedir indemnización era al Estado, el cual, al hacerse cargo de la almadraba por razón de la rescisión del primer arrendamiento, podía a su vez pedirla al que la dejaba; pero no saltar el eslabón de la cadena y reclamar la indemnización del primero, ya que su responsabilidad había quedado asumida por el Estado.

Pero, en realidad, en este caso no se trata de una culpa extracontractual, sino meramente contractual.

VI

CASO FORTUITO Y CULPA DEL PERJUDICADO

§ 27. Ya hemos visto que, de acuerdo con la legislación española, para que el que sufra un daño tenga acción para reclamar, de quien se lo ha causado, una indemnización adecuada, precisa que se dé una culpa o negligencia por parte de éste; que el daño hubiera podido evitarse de haber obrado, su autor, conforme a sus obligaciones naturales y jurídicas.

No existe, pues, responsabilidad en caso de realizarse un daño exclusivamente por culpa del perjudicado o cuando es debido a la existencia de un caso fortuito o de fuerza mayor.

Por esto es conveniente averiguar qué debe entenderse por caso fortuito y por fuerza mayor.

El Diccionario de la Lengua Española define la palabra “fortuito”, diciendo que es lo que “sucede inopinada y casualmente”; y “fuerza mayor”, la que por no poderse prever o resistir exime del cumplimiento de alguna obligación ⁽¹⁾.

A pesar de que ambos conceptos tengan un significado distinto, nos ocupamos conjunta e indistintamente de ambos, ya que dentro del marco de la responsabilidad mediante culpa, no tiene importancia su distinción ⁽²⁾.

⁽¹⁾ CHIRONI, en su tratado sobre la *Culpa Contractual*, con respecto a ello, dice: Se podría afirmar que es fuerza mayor el caso fortuito que por el modo con que se presenta... acontecimiento natural o producto de una tercera persona de cuyos hechos no responde el obligado (página 760)... lo que caracteriza el caso fortuito es lo inevitable del suceso y no se puede sostener que los acontecimientos sean todos evitables y lo sean siempre (pág. 766).

MANRESA (VIII, 83), dice que el caso fortuito como tal es independiente, no sólo de la voluntad del deudor, sino de toda voluntad humana. La fuerza mayor procede de un acontecimiento inevitable o del acto legítimo o ilegítimo de persona distinta de la obligada, que supone para ésta la imposibilidad de cumplir su obligación.

⁽²⁾ Véase GIORGI, II, 7.

El Derecho Romano (ley 18 del libro XIII del título VI del Digesto), hablando del comodato, obligaba a quien recibía las cosas en tal concepto a cuidarlas del mismo modo que cuida las suyas como diligentísimo padre de familia, de modo que sólo le excluía de responsabilidad en los casos en que *él no pueda resistir*, y como ejemplos cita la muerte de los siervos que acontezca sin dolo ni culpa suya, invasión de ladrones, de enemigos, insidia de piratas, naufragio, incendio, fuga de los siervos; y al tratar del arrendamiento ⁽³⁾, dice SERVIO que el señor es responsable al colono de todo el *daño que no pueda resistir*, como de río, grajos, estorninos y otras cosas semejantes e invasión de enemigos. Si por tempestad de granizo se pudiese todo el fruto, si el viento cálido o excesivo calor corrompiese el fruto de las aceitunas, el daño corresponderá al señor, pero, si aconteciese lo que regularmente suele acontecer, el daño correspondería al colono...

Las Partidas definen el caso fortuito como “ocasión que acaese por aventura de que non se puede ante ver. E son estos derrivamientos de casas e fuego que se inciene á so ora, é quebrantamiento de navío, fuerza de ladrones...” ⁽⁴⁾.

§ 28. Entrando en el campo de la legislación vigente española, encontramos una definición — a pesar de no decir que sea tal — en el artículo 1.105 del Código civil, que considera tales los sucesos que *no hubieran podido preverse o que previstos fueran inevitables*.

Caracteriza aquí el caso fortuito la idea de la imposibilidad de prever el daño o de su evitación; casos ambos que hacen desaparecer la actuación de la libre voluntad ^(4 bis).

El artículo 1.575 y dentro de las disposiciones especiales para los arrendamientos de predios rústicos, distingue los casos fortuitos entre ordinarios (cuando, a consecuencia de ellos se pierden los frutos, no tiene el arrendatario derecho a rebaja) y extraordinarios (cuando, a consecuencia de ellos, se

⁽³⁾ Párrafo 2.º, libro XIX, título II del *Digesto*.

⁽⁴⁾ Ley 11, título 33, *Partida VII*.

^(4 bis) En cuanto al problema de si debe considerarse fuerza mayor un accidente previsible, pero a costa de precauciones excesivamente costosas y desproporcionadas con el daño previsible; véase BORRELL y SOLER, III, 42, y § 25.

pierden más de la mitad de los frutos, tiene el arrendatario derecho a rebaja). Y enumera los extraordinarios diciendo que son: “el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro igualmente desacostumbrado que los contratantes no hayan podido racionalmente prever”.

Naturalmente que los enumerados para una clase de contratos, no son suficientes para comprender todos los que afectan a la responsabilidad extracontractual; ya que los límites del que podríamos llamar cuasicontrato de convivencia son mucho más extensos, regulados por el Derecho natural, que los que limitan y regulan el contrato de arrendamiento de fincas rústicas.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de noviembre de 1904, tratando de culpa contractual, afirma que existen casos de fuerza mayor no previstos en los enumerados, y que para poder invocar útilmente en materia contractual es preciso que el hecho generador de la misma no haya podido en absoluto preverse, o que previsto fuere inevitable.

§ 29. Lo que califica el caso fortuito o fuerza mayor — afirma la sentencia de 2 de febrero de 1926 — es aquello que no se puede resistir y que por consiguiente excluye la libre voluntad humana.

De acuerdo con las sentencias de 7 de marzo de 1933 (p.) y de 2 de febrero de 1926, para apreciar la posibilidad de evitar el resultado dañoso del accidente es preciso tener en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto, y si la clase e importancia de éstas exceden visiblemente de los antecedentes tenidos en cuenta en el curso normal de la vida. Por ello es difícil dar reglas de carácter general.

El Tribunal Supremo ha considerado que existía caso fortuito y por consiguiente no era responsable el autor del daño, en los siguientes casos:

Unos vagones desprendidos del tren, por haberse roto el gancho de tracción, retrocedieron chocando con otro tren ⁽⁵⁾.

El romperse durante la marcha la cámara de una rueda delantera de un coche que como inevitable e imprevista con-

(5) Sentencia de 2 de marzo de 1897.



secuencia produjo dificultad para frenar con la celeridad necesaria para detenerlo en su marcha irregular antes de que chocara contra un árbol ⁽⁶⁾.

Se consideró fortuita la caída de un fogonero mientras engrasaba una locomotora, que le causó lesiones ⁽⁷⁾.

Un sujeto vino de Cuba, donde residía, llamado para declarar en un juicio oral; llegado el día, no se recibió su declaración por estimarse innecesaria. La Sala le asignó una indemnización de 250 pesetas y le reservó sus derechos para reclamar el exceso de gastos, salarios y perjuicios. El testigo, alegando que, de mala fe, se le había llamado, reclamó una cantidad mucho mayor; pero, declarado que tal mala fe no había existido, el Tribunal Supremo le negó mayor cantidad que la señalada por la Sala de lo criminal ⁽⁸⁾.

Ofrece todos los caracteres de una extraordinaria violencia, el hecho de que gentes amotinadas y en actitud tumultuaria abran las puertas de un depósito de mercancías y se lleven éstas con fuerza que impida atribuir a negligencia, simple imprudencia y menos aún a dolo, por parte del encargado del depósito la realización de tal atentado si éste avisó

⁽⁶⁾ Sentencia de 3 de mayo de 1929.

⁽⁷⁾ Sentencia de 20 de junio de 1916: Es caso fortuito una causa extraña a la voluntad del obligado o sea un accidente que por su intensidad y fuerza excesiva queda fuera del curso ordinario y regular de la naturaleza; no puede ser imputable al deudor. Se trataba de un caso de supuesta culpa contractual, y tiene por cierto la Sala que la Sociedad demandada independientemente de su voluntad y por acontecimiento atmosférico, de causa anormal se vió privada del agua que por salto había de producir energía eléctrica que se comprometió a suministrar a la Sociedad demandante (persistencia extraordinaria del estiaje y la falta consiguiente del agua fuera de lo ordinario, obstáculo insuperable e imprevisto que impidió el cumplimiento de lo pactado). La Sociedad demandada sólo estaba obligada a prever las consecuencias de una sequía regular y ordinaria y no la extraordinaria traída al debate.

La Sentencia contencioso-administrativa de 4 de noviembre de 1899, considera una fuerza mayor un motín popular (perjuicios sufridos por un arrendatario del impuesto de consumos que no pudo tomar posesión de la administración del impuesto).

La Sentencia contencioso-administrativa de 31 de marzo de 1909, declaró la existencia de fuerza mayor en un caso de huelga que imposibilitó a una Compañía el suministro de gas que para el alumbrado público había contratado. De todas maneras la sentencia hace consideraciones sobre la forma cómo se desenvolvió la huelga.

⁽⁸⁾ Sentencia de 27 de septiembre de 1898.

previamente del mismo a la Autoridad local. Ante una sedición de tal carácter no es vituperable legalmente que el encargado del depósito dejara de concentrar alrededor de éste los dependientes del resguardo, cuya misión no es la de defender con las armas en tales casos ⁽⁹⁾.

La detención administrativa que impida la entrega y ocasiona la avería de los géneros comprendidos en un contrato de transporte, constituye un caso de fuerza mayor para el porteador ⁽¹⁰⁾.

Pero el Tribunal Supremo no considera como casos fortuitos o de fuerza mayor:

La posibilidad de la entrega de valores depositados a un portador ilegítimo, no es cosa que pueda escapar a la humana previsión...; y no puede considerarse cubierto con la fuerza mayor o el caso fortuito el hecho de tal entrega, la garantía de la firma de conocimiento de las falsas que aparecían en los resguardos ⁽¹¹⁾.

Tratándose de una mina, no lo es la inundación ⁽¹²⁾, pues es "fenómeno tan frecuente y previsto que la ley del Ramo y otras posteriores contienen disposiciones adecuadas para lograr los desagües". (Se trataba de desahucio de una mina.)

§ 30. Téngase en cuenta que la infracción de Reglamentos no implica que el hecho que pudiera calificarse de fortuito, por tal evento se convierta en culpable ⁽¹³⁾. Puede existir infracción de Reglamentos sin imprudencia propiamente dicha, y puede existir imprudencia sin infracción de Reglamentos. Cuando exista la infracción, el infractor deberá sufrir las sanciones que por tal circunstancia le imponga la Administración; y si existe imprudencia simple y se infringen Reglamentos, el acto se convertirá, de acuerdo con el Código penal, en delito.

Naturalmente que cuando la infracción de Reglamentos

⁽⁹⁾ Sentencia de 8 de julio de 1903.

⁽¹⁰⁾ Sentencia de 2 de junio de 1899.

⁽¹¹⁾ Sentencia de 24 de junio de 1914.

⁽¹²⁾ Sentencia de 23 de marzo de 1926.

⁽¹³⁾ La sentencia de 7 de octubre de 1933 (p.) afirma concretamente que la infracción de un Reglamento es circunstancia indiferente, por sí sola, para reputar o no la imprudencia como punible.

consista, por ejemplo, en que el conductor de un vehículo no tenga el título de aptitud que exigen las disposiciones administrativas, existirá una presunción de negligencia; porque habrá de presumirse que no tiene tal aptitud, y el conducir un coche sin tener la capacidad técnica suficiente o ignorando las condiciones que el Reglamento de circulación exige, ciertamente que es imprudente; pero si se pudiere demostrar que, a pesar de no tener el carnet de conducción, técnica y prácticamente posee la aptitud necesaria para conducir y conoce los Reglamentos de circulación y que no ha obrado con imprudencia, su falta administrativa no podrá repercutir en el terreno criminal ni en el civil.

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1935 (p.), afirma que las infracciones reglamentarias — alegadas en el recurso — no enervan ni destruyen la culpabilidad del procesado, pues la falta de carnet nacional en el conductor de la camioneta siniestrada, teniéndolo extranjero, no demuestra impericia, ni es suficiente para acreditar una imprudencia en su conducta; como tampoco el sitio donde iba la víctima (en el estribo izquierdo con el cuerpo inclinado hacia adentro de la camioneta) era suficiente para causar el accidente, y si quedó aprisionado entre los dos vehículos, fué por la aproximación excesiva del conducido por el reo.

§ 31. Vamos a examinar ahora los casos en que el propio perjudicado es causante de los daños por él sufridos, prescindiendo, empero, de aquéllos en que se los ha causado de una manera expresa y directa para fines ilícitos, tales como el cobrar un seguro, satisfacer un deseo de venganza, etc.

El Digesto ⁽¹⁴⁾ sienta el principio de carácter general de que el daño que alguno padece por su causa no se entiende que lo padece, principio que desarrolla en varios textos, diciendo, por ejemplo, que es repelido aquél que reclama cuando pudo evitar el peligro ⁽¹⁵⁾.

Estos principios, que desde un punto de vista civil y en materia de reparación de daños y perjuicios por culpa extra-

⁽¹⁴⁾ Ley 203 de *Regulís Juris*, título XVII, libro I.

⁽¹⁵⁾ Ley 28, párrafo 1.º, título II, libro IX del *Digesto*; véase, además, ley 9.ª, párrafo 4.º, ley 11, principio, ídem, ídem).

contractual son lógicos, ya que nadie puede ser acreedor de sí mismo, han pasado a nuestros días, pero no con la misma extensión.

La sentencia de 3 de junio de 1901 lo declaró así, en un caso en que chispas desprendidas de una locomotora incendiaron un depósito de paja instalado imprudentemente en terrenos junto a los cuales circulaban trenes. Se trataba de terrenos propios de la Compañía de ferrocarriles, pues de otra forma habríamos de convenir que si antes de inaugurarse el ferrocarril podía el perjudicado utilizar el terreno a tal finalidad y desde tal momento cesó en ella, evidentemente que su derecho dominical hubiera quedado limitado; y, como consecuencia de ello, debiera haber percibido la indemnización correspondiente, desde el primer momento, por la servidumbre nacida y representada por la facultad o derecho de la Compañía de los ferrocarriles de echar chispas incendiarias en un espacio determinado del campo.

Un niño murió por efecto de haber caído de una escalera arriada a un árbol de un paseo en la que se había encaramado. Dicha escalera se encontraba allí destinada a arreglar los faroles del alumbrado del gas. El padre del niño solicitó indemnización alegando que fué descuido culpable de la Compañía del gas dejar allí la escalera; pero el Tribunal Supremo declaró que el accidente fué debido a culpa del niño y a falta de vigilancia de sus padres ⁽¹⁶⁾.

Un sujeto, sin orden de persona alguna, reparando que del interior de un garaje salía gasolina que se derramaba por la calle, siendo de noche, penetró en el mismo con una luz encendida, lo que motivó una explosión y la muerte del aludido sujeto, al cual el Tribunal Supremo declara culpable del accidente ⁽¹⁷⁾.

En sentencia de 27 de octubre de 1931, no se da lugar a indemnizar a quien atravesó una vía por un paso a nivel abusivo y, por tanto, sin vigilancia, que conocía perfectamente, así como el horario de los trenes, por ser vecino del lugar. Declara culpable al que sufrió el accidente y no a la Compañía.

⁽¹⁶⁾ Sentencia de 16 de junio de 1905.

⁽¹⁷⁾ Sentencia de 31 de mayo de 1932.

Decíamos que los principios referidos no han pasado a nuestros días en toda su extensión, sino que se dan a ellos limitaciones.

Cuando uno consiente el daño o lo busca, en principio, no puede solicitar indemnización; pero si tal acto es antijurídico y a consecuencia del mismo, además del que sufre de una manera directa el daño, lo sufren también otras personas, caso de suicidio, por ejemplo, no sería lógico que el coautor quedara relevado de responsabilidad ⁽¹⁸⁾.

(18) Véase ENNECERUS.

VII

QUI JURE SUO UTITUR

§ 32. Los perjuicios causados en cumplimiento de un deber, no son imputables como culpa; y ni en el terreno criminal el realizar, por esta causa, un acto materialmente delictivo, ni en el orden civil originan responsabilidad de este orden ⁽¹⁾.

Tal principio lo reconoce expresamente el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de marzo de 1896, tratándose de gastos judiciales que tuvo que realizar un administrador judicial nombrado en juicio necesario de testamentaría, en defensa de los derechos de la misma; y en sentencia de 31 de mayo de 1910, en la que no da lugar a la indemnización de daños y perjuicios causados por haber trabado embargo, un agente ejecutivo, sobre frutos y semovientes de una finca, propiedad del actor. La Hacienda resolvió el caso a favor del contribuyente reservándole el derecho a la indemnización de perjuicios; pero el Tribunal Supremo declaró que no había lugar a tal indemnización, ya que el Agente al practicar el mencionado trámite, se atuvo, como no podía dejar de atenderse, en cumplimiento de su deber, a las listas cobratorias y recibos talonarios expedidos por la Administración de Hacienda, en los que figuraban como deudores al Estado, por el concepto de contribución territorial, los causahabientes del actor, y por lo tanto, no cometió — según afirma — extralimitación alguna.

Naturalmente que la responsabilidad que no alcanza al que obra en cumplimiento de su deber puede alcanzar, en ciertas circunstancias, a aquellos que han ordenado la ejecución del acto causante de los perjuicios, a organismos públicos, etc.

(1) Artículo 8.º, 11.

§ 33. No parece que obra con dolo el que usa de su derecho, afirmaba el Derecho Romano ⁽²⁾, como deducción lógica de aquellos axiomas: *qui jure suo utitur, neminem laedit; nemo damnum facit nisi qui id facit quod facere jus jus non habet*. Tal principio, recogido por las Partidas — “non face tuerto a otro quien usa de su derecho” ⁽³⁾, — ha pasado al Derecho moderno, que proclama la siguiente regla: Quien obra ejercitando un derecho no incurre en culpa, aun en el caso de que tal ejercicio perjudique a otro.

Encontramos desarrollado este principio en la ley de Caza al facultar al propietario de una heredad para que impida que cualquier persona entre en ella para ejercer el derecho, que en principio tienen todos los hombres, de cazar; en la ley de Aguas al facultar a todo propietario para abrir libremente pozos ordinarios para elevar aguas dentro de sus fincas, aunque con ello resultaren amenguadas las de sus vecinos, siempre que guarde las distancias establecidas, etc. ⁽⁴⁾.

⁽²⁾ Ley 55 del título XVII del libro L del *Digesto*; ley 151, ídem; ley 155, ídem, ídem. En la ley 26, título II, libro XXXIX del propio *Digesto*, se dice: “Cuando alguno hiciese alguna cosa en su propio suelo usando de su derecho, aunque prometiese al vecino por el daño que amenaza, no se obliga a él por esta estipulación; verbigracia: si inmediato a mis edificios tuvieses los tuyos, que los levantas usando de tu derecho, o si a tu predio inmediato llevasen el agua que venía al mío, haciendo algún acueducto cubierto o foso; pues aunque en este caso me quitas el agua, y en aquél me quites las luces, esto no obstante, por esta estipulación no me compete acción; porque *no parece que causa daño el que priva a otro de aquello que disfrutaba por causa lucrativa; pues es muy diferente que uno cause daño a otro o que le prive de aquellos de que se utiliza*; y en el párrafo 12 de la ley 24, de los mismos título y libro del *Digesto*, se dice: “Si hago un pozo en mi casa y por esto se cortaron los manantiales del tuyo, ¿acaso estaré obligado? TREBACIO dice que no me obligaré por el daño que cause; porque no se juzga que resulte el daño por vicio de mi obra, respecto que uso de mi derecho. Pero si lo profundizo tanto que no puede subsistir tu pared, tiene lugar la estipulación por el daño que amenaza.” Como se ve, puedo usar de mi derecho, aunque ello reporte algún perjuicio a otro; pero si con ello violo el derecho del otro, entonces no puede decirse que uso de mi derecho, sino que abuso del mismo y en definitiva habrá de determinarse cuál de los dos derechos goza de preferencia.

⁽³⁾ *Partida VII*, título XXXIV, ley 14; véase GIORGI, V, 271.

⁽⁴⁾ Sabido es que, a los efectos de la ley, son pozos ordinarios aquellos que se abren con el exclusivo objeto de atender al uso doméstico o necesidades ordinarias de la vida, y en los que no se emplea, en los aparatos para la extracción del agua, otro motor que el hombre (artículo 20 de la ley de Aguas).

§ 34. El hecho causante del daño, para que traiga consigo la obligación de indemnizar, precisa que sea un hecho ilícito; ya que si la ley protege los derechos, sería absurdo que, a pesar de tal protección, se obligara al que los ejerce a indemnizar las consecuencias de tal acto.

Pero si ejercitando un derecho se causa daño a una persona, sea en su cuerpo o en sus intereses y surgen dos derechos aparentes que deba apoyar la ley, ¿cómo ha de resolverse el conflicto? Aquí precisa evaluar los derechos, su importancia, y determinar, como consecuencia de ello, el que deba prevalecer.

Y en este orden de graduación, indudablemente obtendrá una mayor categoría y, por tanto, una mayor protección el derecho a la vida y a la integridad corporal que el de propiedad.

Pero hay que tener presente que no es lo mismo vulnerar los derechos del perjudicado que sus intereses, como afirma GIORGI ⁽⁵⁾, entendiéndolo por derecho, el goce de una utilidad garantizada por la ley; y por simple interés, el goce de una utilidad no garantizada por la ley.

Así, el que, por tolerancia de un propietario, se le permite utilizar unos terrenos a precario, no puede decirse que vulnere el derecho de aquél, el propietario que se reintegra, en forma legal, de su propiedad ⁽⁶⁾, etc.

§ 35. Esta facultad, empero, no debe entenderse de una manera absoluta e ilimitada: el ejercicio de un derecho ter-

⁽⁵⁾ Página 281.

⁽⁶⁾ El Derecho Romano concedía en ciertos casos la facultad de repeler la agresión por autoridad propia, siempre que se hiciera inmediatamente; como el derecho penal moderno concede la facultad de repeler la agresión injusta que se hace sobre la persona. (Esto supuesto, al que nos amenaza o ataca con armas, lo podemos repeler con armas; pero esto ha de ser inmediatamente, no con intervalo de tiempo; e importa tener en cuenta que no sólo es permitido resistir para que no se nos despoje, sino que si alguno fuese despojado, puede usar de fuerza para recobrar la cosa del que lo despojó, inmediatamente y no después de algún tiempo; ley 3.^a, párrafo 9.^o, título XVI, libro XLIII del *Digesto*.) Según rescripto del emperador Severo, de aquel por cuya casa se pasó el acueducto sin deber esta servidumbre, pues respondió que de su propia autoridad lo podía quitar y con razón porque éste obra en casa propia (ley 29, párrafo 1.^o, título II, libro IX del *Digesto*).

mina cuando el derecho desaparece, y desaparece cuando se abusa del mismo, sobre todo en perjuicio de los demás (7). Repugna a la moderna idea de la vida y a su concepción cristiana, que el fantasma de derecho sin el espíritu de justicia que lo vivifique y le dé el ser, tenga para su sostenimiento la fuerza coactiva del Estado. Las modernas tendencias sociales inspiradas en la solidaridad social, al poner en entredicho el principio del *jus abutendi*, que los glosadores añadieron a la definición de la propiedad, impiden que los derechos se usen en forma que sin reportar de ellos los correspondientes beneficios, perjudiquen a los demás hombres.

No puede decirse que ejercita su derecho quien perjudica innecesariamente a otro o quien ofende la moral o las buenas costumbres. La culpa no nace exclusivamente de la infracción de un precepto legal de derecho positivo.

La ley prohíbe unos actos en interés de la convivencia social y como único medio para que los hombres puedan realizar los fines que les están encomendados. Todo aquello que la ley no prohíbe, el hombre, como ser libre que es, lo puede realizar; pero esta facultad tiene un límite, y este límite es el derecho de los demás hombres, que también son libres.

Y por encima de los preceptos concretos y claros de derecho positivo, existen las supremas normas de justicia, que el derecho debe desarrollar, que se concretan en aquellos tres principios: *honeste vivere*, *alterum non laedere* y *jus suum quique tribuere*. Y quien los infringe, infringe la ley, infringe el Derecho, a pesar de que no exista un precepto claro que lo aplique en tal caso determinado y específico (8).

(7) Si hay la intención de perjudicar, responderá de su malicia. Esta resolución la da ya el Derecho Romano. Véase FROMAGEOT, página 77; *Digesto*, ley 1.^a, párrafo 12, título XXXIX, libro III.

(8) Quien es perjudicado por abuso de derecho o de personalidad de un tercero, debe ser por él indemnizado del daño que el abuso le ha ocasionado; quien abusa de su derecho o de su posición no tiene el de aprovecharse de las ventajas que le trae, y además está obligado a satisfacer el daño que con él haya ocasionado a tercero (*Decretales*, libro I, título III, capítulo XLIII, citado por MASPONS: *Index de Textos Legals Canònics*, Revista Jurídica de Catalunya, XXXIV, 57).

Una sentencia de los Tribunales argentinos (Cámara civil 2.^a de la capital, de 6 de agosto de 1940, Revista de Derecho Privado, mayo de 1941, pág. 250) declara responsable ante el dueño de la casa lindera, al propietario del inmueble donde funciona un prostíbulo por los per-

Todos tenemos obligación de dirigir nuestros actos, nuestras actividades, hacia el bien común, “suma de bienes de orden material y moral que los hombres podemos procurarnos dentro de una sociedad bien organizada” ⁽⁹⁾; y por ello no nos es permitido abusar de nuestro derecho para perjudicar al prójimo, sin un interés. Es el principio adoptado en el párrafo 226 del Código civil alemán: “Es ilícito el ejercicio de un derecho cuando no tenga más fin que inferir daño a otro.”

De ello encontramos precedentes en el Derecho Romano ⁽¹⁰⁾, que ya establecía una limitación en el uso del derecho ⁽¹¹⁾, y no permitía realizar actos con ánimo de perjudicar al vecino, aunque estuvieran de acuerdo con su derecho ⁽¹²⁾, y es que sentaba el principio de que ninguno puede hacer peor la condición de otra ⁽¹³⁾. En otros pasajes reconoce la existencia de culpa en el que abusa de su derecho o de su autoridad ⁽¹⁴⁾, tal como el caso del maestro que se excede en la corrección de su discípulo ⁽¹⁵⁾; pues el demasiado rigor de los maestros se consideraba culpa ⁽¹⁶⁾.

juicios que le haya causado tal funcionamiento, desde que su explotación constituye un abuso del derecho de propiedad. FROMAGEOT (*La faute comme source de la responsabilité en Droit privé*, pág. 78) habla del caso de quien en su casa instala un lugar de *débauche* y afirma que debe responder a sus vecinos del perjuicio que les causa, ya que cada ciudadano tiene el derecho de gozar de las ventajas resultantes del respeto a la moral y a las buenas costumbres.

Véase ENNECERUS, página 651.

⁽⁹⁾ Véase G. C. RUTTEN: *La doctrine sociale de l'Eglise*.

⁽¹⁰⁾ Véase GIORGI, V, 249.

⁽¹¹⁾ Último inciso del párrafo 12 de la ley 24, título II, libro XXXIX del *Digesto*.

⁽¹²⁾ “Si alguno haciendo alguna hoyo en su fundo quita la fuente del vecino, no puede pedir cosa alguna ni por la acción de dolo. Y a la verdad no la debe tener, *si no lo hizo con ánimo de perjudicar al vecino*, sino por mejorar su predio.”

⁽¹³⁾ Ley 74, título XVII, libro L del *Digesto*.

⁽¹⁴⁾ Véase ley 27, título I, libro XX del *Digesto*; ley 2.^a, párrafo 20, título VIII, libro XLVII; ley 39, principio, título II, libro IX; ley 44, párrafo 4.^o, título II, libro IX; ley 13, párrafo 4.^o, título II, libro IX del *Digesto*.

⁽¹⁵⁾ Ley 5.^a, párrafo 3.^o, título II, libro IX del *Digesto*.

⁽¹⁶⁾ Ley 6.^a, ídem, ídem; véase ley 17, párrafo 1.^o, título I, libro VII del *Digesto*.

En ningún campo se ve esta evolución más claramente que en la nueva consideración del derecho de propiedad. A la antigua regla según

En el orden contractual, el Código civil equipara los actos contrarios a la ley con los actos contrarios a la moral y a las buenas costumbres ⁽¹⁷⁾; y la misma razón y fundamentos existen para equipararlo en el orden extracontractual, tanto más que el artículo 1.902 no exige, para que nazca la obligación de reparar el daño, la infracción de un precepto de derecho positivo.

Decíamos que el propietario de una heredad puede impedir a los cazadores que penetren en su fundo, y para ello tiene la facultad de cerrarlo, acotarlo, vedarlo; pero lo que no puede hacer es, con ello, perjudicar a los demás, y por tanto, la ley le obliga a responder del daño causado por la caza, en las fincas vecinas, cuando no haya hecho lo necesario para impedir su multiplicación ⁽¹⁸⁾.

El Código civil, al regular las servidumbres, establece que si por razón del lugar asignado primitivamente o de las formas establecidas para su uso, llegara ésta a ser muy incómoda para el dueño del predio sirviente o le privase de hacer en él obras, reparos o mejoras importantes, podrá variarse a su costa, siempre que ofrezca otro lugar o forma igualmente cómodos y de suerte que no resulte perjuicio alguno al dueño del predio dominante o a los que tengan derecho al uso de la servidumbre ⁽¹⁹⁾.

También la modernísima legislación sobre inquilinatos limita el uso del derecho de los propietarios e incluso el de los inquilinos, al disponer que los Tribunales y autoridades desestimarán en todo caso las reclamaciones que los arrendadores o inquilinos formulen (de acuerdo con las ventajas y

la cual el que usa de su derecho no hace mal alguno, substituye en la legislación justiniana, la prohibición de ejercitar el derecho de propiedad con ánimo de perjudicar a otro (*animus nocendi*: Digesto, 39, 3.º, I, 12), formulándose la máxima que ha de prevalecer en la Edad Media y Moderna, de que no se prohíbe que cada uno se beneficie de lo suyo con tal de que no dañe al prójimo (*prodesse enim sibi unusquisque dum alii non noceat non prohibetur*. Digesto, 39, 3.º, I, 11) base de la doctrina sobre el abuso del derecho: URSICINO ÁLVAREZ: *Influencias del Cristianismo en el Derecho Romano*, Revista de Derecho Privado, julio y agosto de 1941, pág. 331).

⁽¹⁷⁾ Basta para ello leer los artículos 772, 1.275, 1.116, 1.255, 1.271, 1.316 del Código civil.

⁽¹⁸⁾ Artículo 1.906 del Código civil.

⁽¹⁹⁾ Artículo 545.

privilegios que tal legislación concede), con manifiesto abuso de derecho ⁽²⁰⁾.

Pero no obstante tales manifestaciones esporádicas, hemos de reconocer que la teoría del abuso del derecho no está reconocida de una manera auténtica y por su nombre, ni en la legislación española ni en su jurisprudencia, a pesar de que muchas sentencias condenan a indemnizar sin existir precepto legal alguno que se considere vulnerado ⁽²¹⁾, aplicando en realidad, sin nombrarlo, el principio del abuso de derecho.

§ 35 bis. Vamos ahora a examinar la aplicación que el Tribunal Supremo ha hecho, en sus sentencias, de los principios examinados.

a) El ejercicio de la acción criminal, aunque con ella se cause perjuicio al procesado, y haya terminado por absolución o sobreseimiento libre, no es suficiente para solicitar indemnización de daños y perjuicios. Se trata del ejercicio de un derecho; y para que tal indemnización pueda prosperar, precisa que la resolución que ponga fin a la causa contenga declaraciones contra el querellante ⁽²²⁾.

Y ello, porque los actos realizados por el querellante no pueden desligarse de los acuerdos judiciales dictados en el procedimiento donde debió aquilatarse su conducta. Así lo afirma la sentencia de 20 de abril de 1933, que puso fin al juicio instado por "Taxis Barcelona" en reclamación de los perjuicios que se le irrogaron en causa por competencia ilícita, que fué sobreseída libremente, pero que, entretanto, los taxis estuvieron parados.

Un talón de cuenta corriente se falsificó, el presunto falsificador, procesado, pero revocado el procesamiento, pidió indemnización de los perjuicios que se le causaron. No se dió lugar a la demanda, y se estimó por el Tribunal Supremo — sentencia de 17 de octubre de 1911 — que el Banco obró en uso de su derecho, que no imputó directa ni indirectamente ni tenía el ánimo de perjudicar; que la causa del procesamien-

⁽²⁰⁾ Artículo 18 del Decreto de 29 de diciembre de 1931

⁽²¹⁾ Véase ENNECERUS, página 654.

⁽²²⁾ Véanse artículos 638 de la ley de Enjuiciamiento criminal, 331 del Código penal vigente y sentencia de 27 de abril de 1908.

to no fué la denuncia, sino que el Juez, con plenas facultades y previa la debida comprobación, lo decretó; y, además, no pidió, como pudo pedir el perjudicado, la reserva de derechos para exigir responsabilidades.

Un Banco arrendatario de contribuciones hizo saber al Administrador económico que un cobrador estaba en déficit (alcanzado). Éste lo comunicó al Juez, que siguió causa criminal, terminada por absolución, por demostrarse que las cuentas del Banco no eran exactas. Entre tanto, se le embargaron y vendieron fincas; y falleció. La heredera reclamó indemnización al Banco, que fué absuelto de la demanda, sin que prosperara el recurso de casación. Para ello dice el Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de abril de 1913, que el Banco se limitó a cumplir las disposiciones obligatorias de dar cuenta al Jefe económico, y la denuncia no fué declarada falsa; cosa necesaria para poder exigir responsabilidad.

La sentencia de 23 de noviembre de 1928 presenta un caso en el que, en pleito civil, se rearguyó de falso civil y criminalmente, un documento presentado a los autos por el adversario. El Juez, en la sentencia, ordenó que se instruyese sumario por falsedad, el cual terminó por sobreseimiento provisional. El acusado pidió indemnización de perjuicios, en cantidad de 7.000 pesetas, que no fué concedida; porque la causa criminal se incoó en virtud de una sentencia y en ella no intervino el demandado, con lo cual no incurrió en culpa, según se dice.

§ 36. b) En caso de que se ejercite un derecho, sea más o menos claro, ante los Tribunales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo exonera de responsabilidad al culpable y se contenta con imponerle el pago de las costas en el caso de apreciar temeridad en el ejercicio de la acción; ya que afirma no existe en ello daño ⁽²³⁾.

c) Cuando, a consecuencia de la tramitación de un juicio, se practica embargo, perjudicándose con ello a una persona determinada, fuera de los casos en que la ley lo establece de una manera expresa, no permite la jurisprudencia que se

(23) Véase sentencia de 27 de junio de 1896.

exija indemnización al que sólo pide, aunque equivoque la acción procesal entablada ⁽²⁴⁾; y esto a pesar de que en definitiva la acción no prospere, se solicite embargo en cantidad excesiva con relación al crédito que lo motive; ni si se embargan bienes de tercero creyéndolos del deudor, sin incurrir en dolo, culpa o negligencia. Y es que el reclamante se limita a proponer lo que cree conveniente a su derecho, y es el Juez el que, en todo caso, teniendo en cuenta las circunstancias, acuerda lo que cree justo. Si decreta el embargo es porque juzga que en justicia debe hacerlo, no porque uno de los litigantes lo haya solicitado ⁽²⁵⁾.

Veamos el caso resuelto por el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de diciembre de 1903: Se insta causa criminal y, para asegurar las responsabilidades consiguientes, se procede al embargo de una tienda, que se afirma que es del procesado, aunque figura a nombre de otra persona. Posteriormente se deja sin efecto el procesamiento y se levanta el embargo. Con motivo de todo ello se discutió si dicho embargo fué o no culposo, resultando que el Juez lo decretó de oficio sin perjuicio de tercero, y la propietaria de la tienda, no promovió la tercera. La Audiencia condenó al embargante a pagar una indemnización a la propietaria de la tienda y aquél recurrió en casación, alegando que no había incurrido en culpa, porque usaba de su derecho. El Tribunal Supremo declaró que no existía mala fe ni culpa por parte del embargante, que se limitó a exponer al Juez las razones por las que creía que se podía trabar embargo sobre la tienda, por si éste juzgaba que era del caso decretarlo.

La sentencia de 25 de enero de 1933 considera que incurre en culpa el que embarga cosas que no eran de su deudor, sabiéndolo o debiéndolo saber. Si dichas cosas se pierden, ha de responder de la pérdida. Pero en realidad, en el caso de autos, había, además, la razón especial de que el embargante había arrendado la cosa embargada, una barca, y la lanzó al mar sin ponerla en condiciones de navegabilidad.

⁽²⁴⁾ Véase sentencia de 21 de diciembre de 1892.

⁽²⁵⁾ Véanse sentencias de 10 de junio de 1884, 4 de diciembre de 1903 y 3 de febrero de 1928; pero sentencia de 16 de diciembre de 1903.

§ 37. d) En otras sentencias se ocupa el Tribunal Supremo de casos en que afirma que el supuesto autor del daño obraba de acuerdo con su derecho.

Sentencia de 13 de mayo de 1911. Se trataba y resuelve el siguiente caso: un individuo que había firmado un pagaré, vendió dos casas; demandado por el titular del pagaré, se embargaron las casas, pero el comprador interpuso tercería de dominio y alegó que al intentar inscribirlas no había podido hacerlo por la anotación del embargo. El acreedor del pagaré se opuso a la tercería, alegando que había dejado pasar 15 meses antes de la inscripción, y que, para perjudicarlo, había aguardado a última hora para poner la tercería, cuando él había tenido que realizar muchos gastos; y pidió indemnización, apoyándose en el artículo 1.902 del Código civil. La Audiencia y el Tribunal Supremo declararon que el demorar la inscripción y la tercería no eran motivo suficiente para que incurriese en culpa, ya que con esto usaba de un derecho.

En este caso, de poderse demostrar la intención dolosa del demandado, en términos de justicia tendría que prosperar la acción, porque no puede abusarse de un derecho en perjuicio de alguna persona.

El que compra de buena fe y de acuerdo con los trámites legales, unos valores, no es responsable de haberlos vendido de mala fe un Agente de Cambio, afirma el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de mayo de 1909.

Sentencia de 16 de abril de 1917. El gerente de una Sociedad compró una máquina que no se pudo pagar y esto la llevó a la quiebra. Uno de los socios demandó al gerente y al vendedor, suponiendo que obraron de acuerdo y maliciosamente para hundir la casa. Fueron absueltos, fundándose el Tribunal en que el vendedor estaba en su derecho al exigir el pago; y, por tanto, no incurría en responsabilidad.

Un testador instituyó heredera a su alma, y dispuso que antes de cualquiera otra obligación, se pagasen las costas de un pleito que había interpuesto T. Los albaceas interpusieron tercería para que ante todo se pagasen las obligaciones dejadas por el testador; T. se opuso a ello, y por reconvenición pidió que, si pagados los gastos del pleito, no quedaban bienes, el albacea pagase de los suyos personales, en razón del ar-

título 1.902 del Código civil. El Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de noviembre de 1920, declaró que no existía culpa al cumplir el deber de satisfacer con preferencia las deudas del difunto; y que, por tanto, los albaceas no habían incurrido en responsabilidad.

El Ayuntamiento que, de buena fe y ajustándose a las disposiciones legales, ordena a un recaudador de arbitrios que deposite el importe de la recaudación y que, de no verificarlo se nombre un agente ejecutivo para hacerlo efectivo, no es responsable — afirma la sentencia de 13 de junio de 1921 — de los perjuicios del embargo hecho al recaudador; porque, haciendo lo que tenía derecho a hacer, no incurrió en culpa.

Un deudor que paga a persona autorizada para cobrar, pero contra un recibo falso, que el que pagó no cuidó de comprobar si era legítimo, no se hace responsable. Lo esencial era pagar a quien estaba autorizado para cobrar: el libramiento del recibo es una cosa secundaria que sólo sirve para poder acreditar el pago, pero el hecho también puede acreditarse por otros medios. Quien contrajo responsabilidad no fué quien pagó, sino quien se apropió del pago. Así lo declara la sentencia de 20 de febrero de 1922.

§ 38. e) Caso en que se obró con abuso de derecho.

La sentencia de 5 de junio de 1922 trata de un caso en que se obró en parte con derecho, si bien se hizo más de lo que éste autorizaba. El Banco de España ejecutó a un deudor y le embargó; pero, a pesar de tener bienes hipotecados en garantía del crédito, el Banco prescindió de ello, procediendo al embargo de otros y subastando máquinas que sacó del edificio donde funcionaban. Declara la sentencia responsable al Banco por excederse al sacar las máquinas.



VIII

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE HECHO PUNIBLE

§ 39. Los actos ilícitos extracontractuales, pueden constituir delito o falta, o pueden no pasar de la esfera de lo civil. En este caso se aplicará lo dispuesto en el artículo 1.902 y siguientes del Código civil ⁽¹⁾; y en aquél, las disposiciones contenidas en el Código penal ⁽²⁾.

Trataremos, a grandes rasgos, de la cuestión enunciada en el epígrafe, ya que a ella puede aplicarse gran parte de lo expuesto en otros capítulos en relación a la culpa extracontractual.

El Código penal sienta el principio de que toda persona responsable criminalmente de un delito o falta, lo es también civilmente ⁽³⁾; y tal responsabilidad comprende: a) la restitución; b) la reparación del daño causado; y c) la indemnización de perjuicios ⁽⁴⁾.

La restitución debe hacerse de la misma cosa, siempre que sea posible, con abono de deterioros o menoscabos, a regulación del Tribunal; y se hará aunque la cosa se halle en poder de un tercero y éste la haya adquirido por un medio legal, salva su repetición contra quien corresponda ⁽⁵⁾; principio que está de acuerdo con lo sentado en el Código civil de que el que hubiere perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea ⁽⁶⁾.

(1) Artículo 1.093 del Código civil.

(2) Artículo 1.092 del Código civil.

(3) Artículo 19 del Código penal.

(4) Artículo 103 del Código penal.

(5) Artículo 104 del Código penal.

(6) Artículo 464 del Código civil.

§ 40. Este principio, empero, no es absoluto, sino que tiene sus limitaciones, que establece el propio Código penal ⁽⁷⁾, al disponer que cuando la cosa esté en poder de tercero que la haya adquirido en la forma y con los requisitos establecidos por la ley para hacerla irreivindicable, no puede reivindicarse.

La ley, en ciertos casos, concede la reivindicación mediante el abono del precio dado por la cosa y en otros no la concede en forma alguna.

Tiene lugar mediante el abono del precio dado, cuando su poseedor la haya adquirido de buena fe, mediante venta pública; y cuando está empeñada en Montes de Piedad establecidos con aprobación del Gobierno, cualquiera que sea la persona que la hubiese empeñado, no podrá su legítimo propietario reivindicarla sin reintegrar al establecimiento la cantidad del empeño y los intereses vencidos ⁽⁸⁾. De tratarse de efectos cotizables al portador, pignorados en garantía de un préstamo hecho en póliza, con intervención de Agente colegiado, para su reivindicación precisa el reembolso al prestamista ⁽⁹⁾.

No son reivindicables en ningún caso:

a) Los bienes adquiridos de personas que, según el Registro de la propiedad, aparezcan con derecho para transmitirlos, siempre que hubieren contratado por título oneroso; que conste inscrita en el Registro la referida inscripción; y que del mismo no aparezcan claramente causas que pudieran anular el supuesto derecho del otorgante ⁽¹⁰⁾.

b) Las mercancías compradas en almacenes o tiendas abiertas al público, que causan prescripción de derecho a favor del comprador. Se reputan, a tales efectos, almacenes o tiendas abiertos al público: 1.º, los establecidos por los comerciantes inscritos; 2.º, los establecidos por los comerciantes no inscritos, siempre que los almacenes o tiendas permanezcan abiertos al público por espacio de 8 días consecutivos o se hayan anunciado por medio de rótulos, muestras o títulos

(7) Artículo 104 del Código penal.

(8) Artículo 464 del Código civil.

(9) Artículos 324 y anteriores del Código de comercio.

(10) Artículo 34 de la ley Hipotecaria.

en el local mismo, o por avisos repartidos al público o insertos en los diarios de la localidad ⁽¹¹⁾.

La ley de 5 de noviembre de 1940 sobre contratación en zona roja, tampoco permite la rescisión o anulación de las ventas realizadas en la forma indicada en el párrafo anterior ⁽¹²⁾. Ahora bien: de acuerdo con el artículo 1.º del Código de comercio, son comerciantes: 1.º, los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente; 2.º, las Compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo al propio Código.

Por tanto, cabe preguntar si lo adquirido mediante compra en un establecimiento abierto al público, almacén o tienda, pero no siendo propiamente comerciante el que realiza la venta, será o no reivindicable.

El caso se ha presentado con profusión a consecuencia de la dominación marxista, y con carácter aislado puede también darse en lo sucesivo. Un comité de fábrica, de control o de industria se apropia de una tienda y vende en ella los objetos y mercaderías que en realidad son propios del dueño que las adquirió: tal entidad no tiene una personalidad determinada. El Derecho no puede reconocérsela. Puede darse el caso de un menor de edad que, sin régimen tutelar, haya heredado de su padre una tienda y continúa en ella vendiendo a las personas que se le presentan, directamente o por medio de sus dependientes. Las mercaderías vendidas, ¿son irreivindicables?

El fundamento del precepto es la estabilidad del comercio; sin ella, sería imposible. La persona que pasa por la calle y en los escaparates de una tienda encuentra un objeto que pueda satisfacer sus necesidades y quiere comprarlo, entra en ella, paga su importe y se marcha con la plena y absoluta seguridad que le da el saber que no ha de preocuparse de la procedencia de dicho objeto, porque ha realizado un acto por el cual se le reconoce, sin discusión alguna, pleno propietario.

De otra suerte, sería preciso, al comprarla, enterarse de los antecedentes de la mercadería; y seguir, desde su fabricación hasta el momento, documentalmente, la vida de la

⁽¹¹⁾ Artículo 85 del Código de comercio.

⁽¹²⁾ Artículo 5.º.

misma; y no sólo desde su confección, sino también enterarse del origen de los materiales que en ella entraron; porque, en otro caso, pudiera encontrarse con una reivindicación que le hiciera perder el objeto adquirido. Debería enterarse, asimismo, de la moralidad del tendero, etc. La buena fe debe presumirse siempre; y cuando hay quien tiene un establecimiento abierto al público, que de una manera manifiesta, a la vista de todo el mundo, practica sus operaciones, hay cierta garantía de que realiza actos lícitos, que lo por él vendido es de su propiedad. El ejercicio del derecho está garantizado por la Autoridad; y, si ésta consiente tácitamente que se realicen tales operaciones, a ella, que como órgano coactivo del Estado, viene a representar los intereses de los ciudadanos, incumbe la responsabilidad de los actos realizados de una manera tan pública y notoria.

Ahora bien: en épocas anormales, como la del dominio marxista sufrido, en que las más elementales normas de derecho estaban vulneradas, y en la que la Autoridad y organismos que se la atribuían y gozaban del poder coactivo hacían prevalecer principios contrarios al de la civilización cristiana y al respeto al derecho de propiedad, indudablemente que tal garantía no existía; y, por consiguiente, la buena fe ya no podía presumirse de una manera tan absoluta.

Ello no obstante, como sea que es imposible restablecer los principios de justicia estricta, después de unos tres años en que de tal palabra pregonada por calles, plazas y cafés con más abundancia que en otra época alguna, se despreciaron, sin duda por anticuados, aquellos principios del Derecho Romano: vivir honestamente, no dañar a otro, y dar a cada uno su derecho — y decimos que es imposible sin cometer nuevas injusticias y perturbar el orden y el interés colectivo; — hoy, al discutirse las compras realizadas en periodo rojo en tiendas abiertas al público, ocupadas por comités, a los que la ley no puede reconocer personalidad de clase alguna, los Tribunales se inclinan a darles plena eficacia.

No podemos, empero, argüir en la misma forma, tratándose de ventas realizadas entre comerciantes. En ellas ya no se trata de la buena fe del que entra en una tienda y sin saber, muchas veces, el nombre del vendedor, ni interesarle,

compra para su uso lo que le conviene. Por la importancia de la compra, por mediar muchas veces contratación por escrito, por los antecedentes que un comerciante puede tener de otro, ya sería más lógico que se exigiera al comprador una averiguación de a quién compraba y de la personalidad que tenía; porque, si ha obrado con negligencia, a él sólo incumben las consecuencias.

c) También es irreivindicable la moneda con la que se verifica el pago de las mercaderías compradas al contado, en las tiendas o establecimientos públicos ⁽¹³⁾. Si así no fuera, resultarían graves dificultades para su circulación, ya que por su naturaleza es muy difícil, por parte del adquirente de buena fe, saber si es o no procedente de robo la que se le da en pago.

El Código de comercio, al establecer la irreivindicabilidad de la moneda, se refiere indudablemente a la metálica, que era la de curso legal a su promulgación. Pero, esta irreivindicabilidad, ¿es aplicable a los billetes del Banco de España? Dictada la ley de 20 de enero de 1939, que priva de curso legal a la moneda de plata y ordena su canje por billetes de dicho Banco, indudablemente tales billetes son irreivindicables, porque en realidad son moneda legal; pero, además, de acuerdo con el artículo 566 del Código de comercio, no rigen para los billetes del Banco de España, las disposiciones que el propio Código determina, para que sean reivindicables los efectos al portador en caso de hurto, robo o extravío; y la ley de 30 de mayo de 1861, en su artículo 3.º los declara irreivindicables, a no probarse la mala fe del poseedor.

Si bien es cierto que, teniendo los billetes de Banco una numeración que posibilita la individualización de cada uno de ellos, el ser reivindicables no ofrecería dificultades insuperables, pero en la práctica traería casi las mismas consecuencias que la reivindicabilidad de la moneda, por ejercer en todas épocas, en realidad, sus funciones.

d) Los efectos al portador son transmisibles por la simple tradición del documento (no nos ocupamos ahora de las leyes de orden fiscal que exigen la intervención de Agente de

(13) Artículo 86 del Código de comercio.

Cambio y Bolsa, etc.); pero si hubieren sido negociados en Bolsa, con intervención de Agente colegiado y, donde no lo hubiere, con intervención de Notario público o Corredor de comercio, no están sujetos a reivindicación, debiendo alzarse la retención judicial si se hubiere acordado ⁽¹⁴⁾; a no ser que al tiempo de su venta estuviere suspendida, en forma, su negociación.

Se reputan efectos al portador, a los fines mencionados: 1.º, los documentos de crédito contra el Estado, Provincias o Municipios, emitidos legalmente; 2.º, los emitidos por naciones extranjeras, cuya cotización haya sido autorizada por el Gobierno a propuesta de la Junta Sindical del Colegio de Agentes; 3.º, los documentos de crédito al portador de empresas extranjeras constituídas con arreglo a la ley del Estado a que pertenezca; 4.º, los documentos de crédito al portador emitidos con arreglo a su ley constitutiva por establecimientos, Compañías o empresas nacionales; 5.º, los emitidos por particulares siempre que sean hipotecarios o estén suficientemente garantidos ⁽¹⁵⁾.

El propietario desposeído por cualquier motivo de los efectos al portador enumerados, podrá acudir ante el Juez o Tribunal competente para impedir que se pague a tercera persona el capital, los intereses o los dividendos vencidos o por vencer, así como también para evitar que se transfiera a otro la propiedad del título y conseguir la expedición de duplicado ⁽¹⁶⁾.

Teniendo por finalidad la denuncia, impedir la negociación o transmisión de títulos cotizables, el desposeído puede dirigirse a la Junta Sindical del Colegio de Agentes, denunciando el robo, hurto o extravío... La Junta Sindical fijará un aviso en el tablón de edictos; anunciará al abrirse la Bolsa la denuncia hecha y avisará a las demás Juntas de Síndicos participándoles dicha denuncia. Igual anuncio se insertará en la *Gaceta de Madrid*, *Boletín Oficial* de la provincia y *Diario*

⁽¹⁴⁾ Artículo 545, números 2 y 3 del Código de comercio.

⁽¹⁵⁾ Artículo 547 del Código de comercio.

⁽¹⁶⁾ Artículo 548 del Código de comercio. En la actualidad existen procedimientos más rápidos, creados para quienes fueron desposeídos con motivo de la dominación marxista.

Oficial de Avisos de la localidad ⁽¹⁷⁾. La negociación de los valores hurtados, robados o extraviados, hecha después de los referidos anuncios es nula y el adquirente no goza del beneficio de la irreivindicación ⁽¹⁸⁾; si bien es preciso que en el término de nueve días, el que haya denunciado el robo, hurto o extravío obtenga el auto correspondiente del Juez o Tribunal ratificando la prohibición de enajenar o negociar, ya que si no se notificare o pusiera en conocimiento de la Junta Sindical en el plazo indicado, serán válidas las enajenaciones hechas posteriormente ⁽¹⁹⁾.

§ 41. Téngase presente, de todas maneras, que son responsables criminalmente, además de los autores, los cómplices y encubridores de los hechos punibles; y por consiguiente, lo son también civilmente; y puede darse el caso de que, a pesar de la irreivindicabilidad explicada, un objeto pueda reivindicarse, porque esté en poder de un cómplice o de un encubridor; y es encubridor el que, con conocimiento de la perpetración del delito, sin haber tenido intervención en él como autor o cómplice, interviene con posterioridad a su ejecución, aprovechándose por sí mismo o auxiliando a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito; ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos del mismo para impedir su descubrimiento ⁽²⁰⁾.

Cuando alguien compra o adquiere algún objeto o efecto de los considerados como irreivindicables, sabiendo que aquél que se lo transfiere lo ha obtenido por un medio ilícito, aun en

⁽¹⁷⁾ Artículo 559 del Código de comercio.

⁽¹⁸⁾ Artículo 560 del Código de comercio.

⁽¹⁹⁾ Artículo 561 del Código de comercio. Establece el artículo 566 del propio Código que "las disposiciones que preceden no serán aplicables a los billetes del Banco de España, ni a los de la misma clase emitidos por establecimientos sujetos a igual régimen, ni a los títulos al portador emitidos por el Estado que se rijan por leyes, decretos o reglamentos especiales". La ley de 2 de septiembre de 1896 dispone, "sin perjuicio de lo dispuesto en la ley de 30 de marzo de 1861, se declara por ahora aplicable a los títulos de la Deuda del Estado y del Tesoro el procedimiento marcado en los artículos 548 a 556 del Código de comercio para obtener el pago del capital e intereses de los documentos de crédito y efectos al portador que hayan sido robados, hurtados o sufrido extravío o destrucción".

⁽²⁰⁾ Artículo 17 del Código penal.

el supuesto de no poderse considerar como encubridor, su mala fe le imposibilitaría de gozar de los beneficios de la irreivindicabilidad.

En todos los casos de irreivindicación, la ley concede la facultad de exigir de quien corresponda la oportuna reparación.

§ 42. Habiéndonos ocupado hasta aquí de la restitución, trataremos, ahora, de la reparación del daño causado y de la indemnización de perjuicios.

La reparación debe hacerse valorando la entidad del daño por regulación del Tribunal, atendido el precio de la cosa, siempre que fuere posible y el de afección del agraviado ⁽²¹⁾. La indemnización de perjuicios debe comprender los causados al agraviado y los irrogados por razón del delito a su familia o a un tercero ⁽²²⁾.

El importe de la reparación y de la indemnización debe regularse por los Tribunales, sin más limitación ni restricción que el dictado de su conciencia ⁽²³⁾.

La obligación de restituir, reparar el daño causado e indemnizar los perjuicios, se transmite a los herederos del responsable, y asimismo se transmite la acción para repetir la restitución, la reparación y la indemnización ⁽²⁴⁾.

En otros capítulos ya nos ocupamos, y damos aquí por reproducido ⁽²⁵⁾, lo referente a la extensión y solidaridad de las obligaciones derivadas de delito o falta, de que se ocupan los artículos 108 y 109 del Código penal, y sólo hemos de añadir que, de acuerdo con el artículo 110, el que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o falta, está obligado al resarcimiento hasta la cuantía en que hubiere participado.

§ 43. A pesar de que el Código penal, como hemos visto, sienta el principio de carácter general de que toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también

⁽²¹⁾ Artículo 105 del Código penal.

⁽²²⁾ Artículo 106 del Código penal.

⁽²³⁾ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1931.

⁽²⁴⁾ Artículo 107 del Código penal; véanse §§ 76 y siguientes.

⁽²⁵⁾ Véase § 111.

civilmente, esto no debe entenderse de una manera absoluta en el sentido de que siempre que exista responsabilidad criminal existirá también la civil; porque, si por las características del delito o las circunstancias, no se perjudica a nadie, indudablemente la responsabilidad civil no existirá. Tal acontece, por ejemplo, en las tentativas de delito en las que por no haberse llevado a cabo el hecho delictivo, propiamente dicho, no existe la responsabilidad civil; en el desacato a la autoridad, etcétera.

También el hecho de que exista responsabilidad civil no implica tampoco, de una manera necesaria que se dé la restitución, la reparación y la indemnización de los perjuicios; sino que unas veces puede darse la restitución sola y con ella satisfacerse en su totalidad la responsabilidad civil; otras veces será precisa sólo la reparación; otras, sólo la indemnización, etc. Así, por ejemplo, en el delito de robo puede darse la restitución del objeto robado, reparación de los daños ocasionados en las cosas para practicar el robo, e indemnización de los perjuicios ocasionados al robado por el tiempo que no ha podido usar de la cosa robada, caso de que ésta por sí produjera beneficios; si se recupera la cosa inmediatamente después de sustraída, la indemnización de perjuicios seguramente desaparecerá; si ello acaece en el hurto, la restitución satisface la totalidad de la responsabilidad civil.

§ 44. El artículo 8.º del Código penal ^(2º) declara exentos de responsabilidad a los que objetivamente han cometido delito o falta, pero que se encuentran en alguna de las siguientes condiciones o circunstancias:

1.º El enajenado y el que se halla en situación de trastorno mental transitorio, a no ser que éste haya sido buscado de propósito. Para que la embriaguez exima de responsabilidad ha de ser plena y fortuita.

2.º El menor de 16 años.

3.º El sordomudo de nacimiento o desde la infancia que carezca en absoluto de instrucción.

7.º El que en estado de necesidad lesiona un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que con-

(2º) Véase *Responsabilidad sin culpa*; §§ 1 y ss.

curran los requisitos siguientes: 1.º, que el mal causado sea menor que el que se trate de evitar; 2.º, que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto; 3.º, que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

10. El que obra impulsado por un miedo insuperable de un mal igual o mayor.

Ahora bien: la exención de responsabilidad criminal a que se refieren los casos transcritos no lleva en sí la civil ⁽²⁷⁾.

En los casos de los números primero, segundo y tercero, son responsables civilmente, por los hechos que ejecutare el enajenado, el menor de 16 años y el sordomudo, los que los tengan bajo su potestad o guarda legal, a no hacer constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia. No habiendo persona que los tenga bajo su potestad o guarda legal, o siendo aquélla insolvente, responden con sus bienes los mismos enajenados, menores o sordomudos, dentro de los límites que para el embargo de bienes señale la ley de Enjuiciamiento civil.

En el caso del número séptimo, son responsables civilmente las personas en cuyo favor se haya precavido el mal a proporción del beneficio que hubieren reportado. Los Tribunales han de señalar, según su prudente arbitrio, la cuota proporcional de que cada interesado debe responder. Cuando no sean equitativamente asignables, ni aun por aproximación, las cuotas respectivas, o cuando la responsabilidad se extienda al Estado o a la mayor parte de una población y en todo caso siempre que el daño se hubiere causado con el asentimiento de la Autoridad o de sus agentes, se hará la indemnización en la forma que establezcan las leyes o Reglamentos especiales.

(27) Artículo 20 del Código penal.

El artículo 52 del Código de las Obligaciones de Suiza, establece que: En caso de legítima defensa no se da reparación por el daño causado a la persona o a los bienes del agresor. El Juez determina equitativamente el importe de la reparación debida por quien atenta a los bienes de un tercero para preservarse o preservar a una tercera persona de un peligro o de un daño inminente. Quien recurre a la fuerza para proteger sus derechos no debe reparación ninguna, si por razón de las circunstancias la intervención de la Autoridad no pudo obtenerse en tiempo útil y no existía otra manera de impedir la pérdida de los derechos o que su ejercicio se volviera más difícil.

En el caso del número décimo responderán principalmente los que hubiesen causado el miedo, y subsidiariamente y en defecto de ellos, los que hubiesen ejecutado el hecho, dentro de los límites, respecto a estos últimos que para el embargo de bienes señale la ley de Enjuiciamiento civil ⁽²⁸⁾.

De acuerdo con el artículo 1.º del Código penal, para que exista delito o falta es preciso una acción u omisión voluntaria penada por la ley; y, aunque las acciones u omisiones penadas por la ley se presumen voluntarias mientras no se acredite lo contrario, precisamente por la falta de esta voluntariedad, la ley declara exentos de responsabilidad penal a sus autores.

De manera que los autores de los hechos enumerados, no lo son de delito, y no lo son porque, si bien han cometido un acto perjudicial para tercero, tal acto no es constitutivo de delito por no ser voluntario. La ley no castiga, propiamente, el hecho de la muerte, del robo, etc., sino al autor de un delito de homicidio, de un delito de robo, etc.

En los casos examinados no existe, pues, por parte del autor dolo, ni siquiera culpa; y, por consiguiente, no sólo dentro de la esfera del Código penal, como consecuencia de un delito o falta — que no existe, — pero ni siquiera desde el punto de vista del Código civil, se da culpa; porque para ello precisa, también, la acción u omisión voluntaria. Como consecuencia — desechada la responsabilidad objetiva — no tendría que darse indemnización civil a cargo del autor del daño. Podrían ser responsables los guardadores por razón de su culpa o negligencia, pero no aquél.

A pesar de ello, el Código exige una indemnización, una reparación civil. No es que encontremos injusto este principio, que aceptamos como de acuerdo a la justicia y a la equidad; pero afirmamos que la ley acepta aquí el principio de responsabilidad sin culpa.

§ 45. Finalmente trata el Código penal, en los artículos 21 y 22, de los casos de responsabilidad subsidiaria de personas que no han intervenido en el delito, a pesar de existir responsables criminalmente.

(28) Artículo 20 del Código penal.

El artículo 21 la establece para los posaderos, taberneros y cualesquiera personas o empresas por los delitos que se cometieren en los establecimientos que dirijan, siempre que por su parte o la de sus dependientes haya intervenido infracción de los Reglamentos generales o especiales de policía.

También son responsables subsidiarios los posaderos, de la restitución de los efectos robados o hurtados dentro de sus casas a los que se hospedaron en ellas, o de su indemnización, siempre que éstos hubiesen dado anticipadamente conocimiento al mismo posadero o al que le substituya en el cargo, del depósito de aquellos efectos en la hospedería, y, además, hubiesen observado las prevenciones que dichos posaderos y sus substitutos les hubiesen hecho sobre cuidado y vigilancia de los efectos. La responsabilidad, empero, no tiene lugar en caso de robo con violencia o intimidación en las personas, a no ser ejecutado por los dependientes del posadero.

El artículo 22 establece responsabilidad civil para los amos, maestros, personas y empresas dedicadas a cualquier género de industria, por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus criados, discípulos, oficiales, aprendices o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

Como que de ello ya nos ocupamos en otro sitio de esta misma obra, suprimimos todo comentario y remitimos al lector a los capítulos que tratan de la responsabilidad solidaria y de terceros.

§ 46. Fáltanos tratar, y de ello vamos a ocuparnos, de las costas procesales en materia criminal. ¿Van éstas a cargo del responsable subsidiario?

A tenor del artículo 103 del vigente Código penal, la responsabilidad civil establecida en su capítulo II, título II del libro I, comprende tan sólo: la restitución, la reparación y la indemnización de perjuicios.

Parece, pues, que no va comprendida en ella el pago de las costas procesales, que tienen un carácter distinto. No puede considerarse, tampoco, comprendido en alguno de aquellos tres conceptos, aun dando a los mismos una interpretación amplia, en atención a que el artículo 114 del propio Código penal, al ocuparse del orden en que el procesado debe satisfacer sus

responsabilidades pecuniarias, trata de las costas procesales en apartados distintos del en que se ocupa de las responsabilidades civiles. Habla en el apartado primero de las responsabilidades civiles; en el segundo, tercero y cuarto de las costas; y en el quinto de la multa.

Además, en el artículo 111, de una manera categórica enlaza la responsabilidad penal, y no la civil, con el pago de las costas, al sentar que “las costas procesales se entienden impuestas por ministerio de la ley, a los criminalmente responsables de todo delito o falta”.

Y el propio título IV, libro I, según reza el epígrafe trata “De la responsabilidad civil y de las costas procesales”. La conjunción copulativa “y” separa dos conceptos completamente distintos e independientes el uno del otro: las costas procesales, por un lado; y la responsabilidad civil, por otro.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también se ha inclinado a no considerar las costas procesales a cargo del responsable civil subsidiario ⁽²⁹⁾; y es que han tenido siempre carácter de pena, por la temeridad en los juicios civiles, y complemento de la pena impuesta, en los criminales. Y estas costas pueden ser causadas en un procedimiento en que el responsable civil se haya allanado a satisfacer la indemnización desde un principio.

§ 47. Caso de seguirse procedimiento civil en reclamación de la responsabilidad dimanante de actos delictivos, regulados por la ley penal, deben aplicarse las disposiciones del Código punitivo, y no las relativas a culpa extracontractual civil, porque si la acción se sigue en procedimiento civil, no por esto la obligación dejará de tener su origen en el acto castigado por la ley penal.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de enero de 1919 afirma que el Tribunal *a quo* aplica indebidamente las disposiciones del capítulo II del título XVI, libro IV, del Código civil, en vez de los artículos del Código penal conforme preceptúa el artículo 1.092 del civil, no siendo aplicable la doc-

(29) Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1881 y 22 de octubre de 1931.

trina de la sentencia de 19 de febrero de 1902, porque en tal caso la causa terminó por sobreseimiento *sin existir declaraciones de hecho determinantes de responsabilidad criminal que debieran servir de base para fijar la responsabilidad civil* ⁽³⁰⁾.

En la sentencia examinada, la responsabilidad penal era sólo presunta, ya que el demandado se constituyó en rebeldía; y, a pesar de ello, afirma el Tribunal Supremo que no ha prescrito la acción como se alegaba y sostenía de acuerdo con la sentencia de 26 de junio de 1909, teniendo en cuenta que en el caso de esta sentencia no existía responsabilidad penal por haberse extinguido por indulto.

Parece deducirse, pues, de lo expuesto, que sólo cuando ha quedado extinguida la acción penal en virtud de alguna circunstancia que no implique presunción de culpabilidad penal del procesado, pueden aplicarse las disposiciones de la culpa extracontractual civil.

La sentencia de 24 de febrero de 1928, empero, afirma que el artículo 1.902 del Código civil ha tenido el acierto de refundir en una compendiosa definición, los dos géneros de obligaciones procedentes de lo que venían llamándose delitos y cuasidelitos; y que dicho artículo 1.902 comprende por igual las obligaciones derivadas de la culpa penal y de cualquiera otra acción u omisión que se deba a culpa o negligencia.

§ 48. La responsabilidad civil derivada de hecho punible, se extingue como las demás obligaciones, con sujeción a las reglas del derecho civil. Por consiguiente, se extinguirá por pago, condonación, confusión, compensación, novación, prescripción, etc.; y cabe asimismo renuncia y transacción sobre los perjuicios civiles que puedan derivarse de acciones delictivas.

§ 49. Nos faltaría tratar, finalmente, de los casos en que, de acuerdo con el artículo 557 del Código penal se da sólo la responsabilidad civil y no la penal. Tal sucede con los hurtos, defraudaciones y daños que recíprocamente se causen: 1.º, los

(30) Véase, además, sentencia de 15 de octubre de 1920.

cónyuges, ascendientes y descendientes o afines en la misma línea; 2.º, el consorte viudo respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro; 3.º, los hermanos y cuñados si vivieren juntos. Ello no reza, empero, para los extraños que participaren en el delito.

Y no nos ocupamos de ello porque se trata de casos de responsabilidad extracontractual propiamente dicha, al no considerar la ley los hechos como constitutivos de delito; y, por tanto, deben regularse en un todo, tanto la acción a ejercitar como las consecuencias del hecho, de acuerdo con las disposiciones de la ley civil.



IX

RESPONSABILIDAD DE TERCEROS

§ 50. La responsabilidad de aquellos que no han causado de una manera directa el daño, tratándose de culpa extracontractual, la establece el Código civil, en su artículo 1.903, en la siguiente forma:

La obligación que impone el artículo anterior (de reparar el daño causado por culpa o negligencia), es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

El padre y, por muerte o incapacidad de éste, la madre, son responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía.

Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

Lo 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 es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial; pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior. (La responsabilidad directa del funcionario.)

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

La responsabilidad de que trata el artículo, cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda

la diligencia de un buen padre de familia para prevenir o evitar el daño.

El Código penal vigente, en su artículo 22, tratando de la responsabilidad civil proveniente de delito o falta, establece que son responsables subsidiariamente, en defecto de los que lo sean criminalmente, los amos, maestros, personas y empresas dedicadas a cualquier género de industria, por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus criados, discípulos, oficiales o aprendices o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

Con la lectura de los dos artículos, el del Código penal y el del Código civil, se ve claramente que, a excepción de la facultad que concede éste a los responsables, de acuerdo con el artículo 1.903, de enervar la responsabilidad probando que usaron de la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, y en lo que se refiere a la solidaridad de los obligados ⁽¹⁾, el proceso de responsabilidad subsidiaria que establece el artículo 22 del Código penal, está comprendido también en el 1.903 del Código civil, y como consecuencia de ello, la doctrina que el Tribunal Supremo, en materia penal, ha sentado interpretando el referido artículo 22, puede servirnos para averiguar el alcance y valor de los términos del artículo 1.903 del Código civil.

La responsabilidad por los actos realizados por aquellas personas que están bajo nuestra potestad se deriva del deber de vigilancia que sobre ellas nos incumbe ^(1 bis); y, como consecuencia de ello, CHIRONI hace concurrir dos requisitos para que se dé tal responsabilidad: 1.º, deber de vigilancia, y 2.º, posibilidad de hacerla efectiva. Sin la concurrencia de tales requisitos no puede existir responsabilidad; porque, de acuerdo con el criterio en que se fundamenta el Código, la responsabilidad de los terceros no puede substituirse por la nuestra, porque sería en otra forma aceptar el principio de la responsabilidad objetiva. Nace, la responsabilidad, de nuestra propia culpa o negligencia, de nuestros actos o de nuestras omisiones; y por esto la acción puede enervarse, acreditando haber empleado toda la diligencia de un buen padre de familia

(1) Que el Código penal la establece de una manera expresa.

(1 bis) TARRIBLE: 3 y 4.

para prevenir el daño. Pero ello no se presume, y a cargo del que lo alegue irá la prueba.

Ahora bien: el que tenga bajo su potestad a otras personas, ¿debe responder de la omisión de vigilancia por culpa levísima, como se responde en caso de culpa aquiliana? (2).

La ley, al establecer como grado de vigilancia la de un buen padre de familia, parece no exigir la prestación de culpa levísima.

§ 51. Una de las funciones esenciales de la paternidad, después de poner los hijos en el mundo, es educarlos y cuidarlos para que el día de mañana sean hombres completos y aptos para la vida de relación con sus semejantes. El niño que viene al mundo sin poderse valer, necesita absolutamente de sus padres, que han de proveer a su sostenimiento material, dándole los alimentos necesarios para su vida, y velar por su seguridad y la de sus semejantes. Tienen la máxima autoridad y prestigio sobre ellos; y si, a pesar de esto — caso raro en la naturaleza, — por despreciar los mandatos paternos, precisa imponer un correctivo al hijo, la ley brinda al padre la forma de hacerlo; y sólo en circunstancias verdaderamente extraordinarias, de tratarse de padres desalmados que, en vez de cuidar a sus hijos por amor, manifiestan odio para con ellos o los educan en un ambiente de inmoralidad, los incitan al crimen, etc., sólo entonces la ley se ve obligada a suspender la patria potestad y a prescribir los medios más adecuados para que el hijo no sufra las influencias perversas de sus padres, retirándole de su poder y compañía.

Esto guarda relación con la responsabilidad: cuanta más autoridad, más responsabilidad; cuanta más libertad, más responsabilidad. El padre es responsable de los actos de sus hijos mientras están en su potestad, viven en su compañía y, por consiguiente, puede vigilarlos.

(2) El Tribunal Supremo en sentencia de 14 de diciembre de 1894 establece que las disposiciones de los artículos 1.101, 1.103 y 1.104 son de carácter general, aplicables a todo género de obligaciones, y no ofrecen contradicción con las especiales de los artículos 1.902 y 1.903; y el párrafo 2.º del artículo 1.104 establece que 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.

Las palabras del Código, de que el padre y, por muerte o incapacidad de éste, la madre, son responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía, ¿deben interpretarse en un sentido literal? ⁽³⁾.

Sí, de acuerdo con los principios que — según CHIRONI — son precisos para la existencia de la responsabilidad (la obligación o deber de la vigilancia, y la posibilidad de ejercitarla). Cuando falta alguno de ellos, no puede decirse que el padre sea responsable; es preciso examinar si lo es en tantos y tantos casos en que el padre, por razón de ausencias motivadas por el trabajo u otras ocupaciones, no puede tener a su cuidado la vigilancia inmediata del menor, la cual pasa la mayoría de las veces a cargo de la madre; vigilancia que ésta ejerce, también de una manera más efectiva en los años de la infancia de sus hijos.

Téngase en cuenta que el Código precisa los casos en que la madre, en substitución del padre, responde de los actos realizados por sus hijos menores de edad: muerte o incapacidad, y que el concepto de ésta no debe entenderse en el sentido de incapacidad material para impedir un acto en el momento, en que se comete, sino de incapacidad legal que afecte a la jurídica de obrar.

No debe entenderse la palabra usada por la ley “que vivan en su compañía” en el sentido de que la responsabilidad sólo alcance cuando el acto se realiza en presencia del padre o, en su caso, de la madre; sino que en los actos que en su ausencia se realicen, ésta no influye para disminuir la responsabilidad civil; porque, si bien en tal momento surge una imposibilidad del padre, de evitar el daño, a él incumbe el cuidado de designar las personas que, en su ausencia, cuiden del menor; y no hay que olvidar que los actos realizados por éste que pueden reportar cierta responsabilidad por parte del padre, son consecuencia muchas veces de la educación dada; y de eso sí que debe responder él, aunque durante su ausencia se cause el daño o perjuicio.

La función de la vigilancia de los hijos, en realidad y naturalmente, corresponde al padre y a la madre de una manera

(3) Véase GIORGE, V, 441 y siguientes.

conjunta, y, por tanto, sería justo que uno y otra respondieran de los daños por aquéllos causados con el haber de la sociedad de gananciales, caso de existir tal sociedad; y en otro caso, con el haber de ambos; pero el Código civil parece unir la responsabilidad con el ejercicio de la patria potestad (4).

Por consiguiente, tratándose de hijos legítimos, es al padre a quien corresponde la patria potestad y la responsabilidad de los actos realizados por aquéllos.

Si los hijos se han legitimado por subsiguiente matrimonio, la regla a aplicar será exactamente la anterior. Si por concesión real, la potestad y responsabilidad corresponderá al que la haya solicitado (5).

En caso de hijos naturales, la vigilancia corresponderá al cónyuge que los haya reconocido (6); en cuanto a los demás hijos ilegítimos, como sea que sus padres no tienen sobre ellos la patria potestad, parece que tampoco tienen la responsabilidad por los actos por ellos realizados (7).

Si se trata de hijos adoptivos, aquellos que los han adoptado tienen respecto de ellos la patria potestad que pierde su padre natural; y, por consiguiente, será el padre adoptivo el responsable de los actos realizados por el hijo, y no el padre natural (8).

En el caso en que el hijo esté en poder de la madre, en virtud de expediente de depósito previo a juicio de divorcio o de nulidad de matrimonio, corresponderá asimismo la responsabilidad a aquélla, ya que, si bien la situación es provisional, no obstante no puede decirse que el hijo habite en compañía de su padre, y en realidad la madre es la que goza de la patria potestad.

Puede darse el caso de que el hijo menor o el incapacitado no viva en la compañía propiamente dicha de sus padres, en razón a haber dejado éstos al cuidado de otras personas, de una manera voluntaria, la custodia, educación y formación del

(4) Véase artículo 1.555 del Código civil.

(5) Véase artículos 119 y 127 del Código civil.

(6) Véase artículo 129 del Código civil.

(7) Véase GIORGI, V, 442.

(8) Véase artículo 154 del Código civil.

niño, en un colegio, en un asilo, etc. En tal caso, la responsabilidad por los actos por éstos realizados pasa a los directores de tales colegios, asilos, etc. El derecho de patria potestad es irrenunciable; pero no sería justo que el padre, descansando en la vigilancia y cuidado de personas de solvencia moral y material, respondiera de la negligencia o culpabilidad de aquéllos que se han comprometido de una manera formal a tenerlos bajo su guarda.

Ahora bien: si el hijo de familia, menor, se encuentra en casa de un amigo suyo, y jugando y encaramándose en un armario, éste cae encima del amigo, causándole unas lesiones o la muerte, ¿el padre responde de las consecuencias económicas de este daño?

De la interpretación literal del artículo que nos ocupa, parece que tendríamos que decidarnos por la afirmativa, pues, aunque momentáneamente esté fuera de la casa de su padre, con él vive, de él recibe la educación; pero en tal momento está en casa de otra persona, que hemos de suponer le ha aceptado de buen grado y a quien incumbía la obligación de la vigilancia como delegado, podríamos decir, en aquellos momentos, de su padre. El padre del amigo sería el responsable civilmente, a no mediar la prueba de que obró como un perfecto padre de familia a los fines de evitar el daño; y que, por consiguiente, si ello acaeció, fué debido a un caso fortuito o a otra circunstancia de culpabilidad exclusiva del causante del daño.

Si, en el caso examinado, el referido niño causa daño a otra persona ajena a la potestad del que debía vigilarlo, por estar el menor circunstancialmente en su casa, es natural que tal persona podría reclamar directamente del padre del causante del daño, sin perjuicio de que éste, a su vez, reclamara al culpable de la poca vigilancia.

Son requisitos, pues, para que el padre o en su defecto la madre respondan de los actos culposos de sus hijos: a) que el hijo sea menor; b) que habite en su compañía.

La responsabilidad existe aunque el hijo no tenga discernimiento; y por ello hemos de afirmar que no se trata de responsabilidad subsidiaria, sino que existe una sola responsabilidad, la del que debía vigilar y no ha vigilado.

GIORGI ⁽⁹⁾ sostiene la responsabilidad del padre en el caso de que voluntariamente haya emancipado al hijo; porque — dice — sería ilógico que el padre obtuviera ventaja, caso de daño de tercero, de la imprudencia cometida con la concesión de la plena independencia a un hijo que no la merecía; pero cuando la emancipación del hijo es por matrimonio, pasa a ser cabeza de familia o pasa a sujetarse a la autoridad marital, no puede culpársele de haber colocado al hijo o a la hija al presentarse la ocasión propicia.

De todas maneras, de acuerdo con el artículo 317 del Código civil, la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; y, por consiguiente, no puede culparse al padre o a la madre de una falta de vigilancia; y el acogerse a un beneficio de la ley, salvo el caso de demostrarse mala fe, no puede considerarse origen de una culpa o negligencia; y téngase presente que si quien ha alcanzado la mayoría de edad puede cometer actos sancionados por el artículo 1.902, no puede tildarse de responsable al padre que ha emancipado su hijo, por el solo hecho que éste los haya cometido.

Si el hijo de familia es imbecil o loco y menor de edad, está al cuidado de sus padres, y como tal menor debe ser considerado; y si es mayor estará sujeto a tutela. Si siendo mayor no lo está, el padre o quien deba preocuparse de que se constituya la tutela pueden ser responsables de los actos dañosos por él cometidos.

En caso de ausencia del padre, prisión, etc., si el hijo vive con la madre, ésta deberá responder de los actos de aquél ⁽¹⁰⁾.

La mujer y los hijos deben obediencia al marido y padre respectivo, y si bien ésta no alcanza a la realización de actos ilícitos, contrarios a la ley, a la moral o a las buenas costumbres, no obstante, si a consecuencia de ella se realiza el hecho causante del daño a tercero, naturalmente que el padre o marido serán responsables del mismo.

§ 52. Lo expuesto respecto a la responsabilidad de los padres por los actos realizados por sus hijos, podemos darlo

⁽⁹⁾ Páginas 440 y 441.

⁽¹⁰⁾ GIORGI, 443 y 444.

JAIME TOBON VILLEGAS
DONACION

aquí por reproducido por lo que atañe a la responsabilidad de los tutores por los actos realizados por sus pupilos. Si los tutores ejercen las funciones propias de los padres, delegados por estos mismos o por la ley, es natural que respondan de la culpa o negligencia que pueda corresponderles por su poca vigilancia.

Hay que tener presente, empero, que las facultades del tutor no son tan amplias como las de los padres; y así, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 269 del Código civil, necesita autorización del Consejo de Familia: 1.º, para imponer al menor los castigos de que tratan el número segundo del artículo 155 y el artículo 156 ⁽¹¹⁾; 2.º, para recluir al incapaz en un establecimiento de salud, a menos que la tutela esté desempeñada por el padre, la madre o algún hijo.

Puede darse el caso de que el tutor de un menor considere necesario castigarlo y aun recluirlo en un establecimiento; o que, tratándose de un incapaz, crea preciso su internamiento en un establecimiento de salud; que como consecuencia de ello se reúna el Consejo de Familia, cuya resolución sea disconforme con la del tutor, que recurra ante el Juez de 1.ª instancia ⁽¹²⁾ y mientras éste resuelve el caso, el menor o incapacitado cause un daño a tercera persona. ¿Será responsable el tutor?

Si prueba que ha empleado la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, no es responsable; y si el daño se ha producido por no amoldarse a lo que el tutor creía necesario y que ha resultado serlo, no podría decirse que no haya puesto de su parte cuanto precisaba para evitar el daño.

(11) 2.º Para ejercitar la facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente (número 2.º del artículo 155); artículo 156: El padre y en su caso la madre, podrán impetrar el auxilio de la Autoridad gubernativa, que deberá serles prestado, en apoyo de su propia autoridad, sobre sus hijos no emancipados, ya en el interior del hogar doméstico, ya para la detención y aun para la retención de los mismos en establecimientos de instrucción o en institutos legalmente autorizados que los recibieren. Asimismo podrán reclamar la intervención del Juez Municipal para imponer a sus hijos hasta un mes de detención en el establecimiento correccional destinado al efecto, bastando la orden del padre o madre, con el V.º B.º del Juez, para que la detención se realice. Lo dispuesto en los párrafos anteriores comprende a los hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos o adoptivos.

(12) Artículo 310.

Como sea que, de acuerdo con el artículo 312 del Código civil, los vocales del Consejo de Familia son responsables de los daños que por su malicia o negligencia culpable sufriere el sujeto a tutela, damos aquí por reproducido cuanto hemos de exponer en relación con la tutela accidental.

Hay que examinar, empero, algunos problemas que en la práctica pueden presentarse. Ocupa un puesto entre ellos el de la tutela de hecho. No puede olvidarse una situación frecuente en que se encuentran algunos menores e incapacitados, situación creada al margen de la ley, pero en circunstancias en que ésta no puede desentenderse de las consecuencias que produce.

Cuántas y cuántas veces sucede que, al quedar huérfano un menor, algún vecino o pariente lo recoge, quedando y viviendo en su compañía, como si en realidad fuera su hijo, sin preocuparse para nada de regularizar la situación jurídica, especialmente cuando el menor carece de bienes.

Este menor respetará al que lo ha recogido como a un verdadero padre, cumpliendo sus órdenes; y éste cuida no sólo de darle el alimento que necesita para el cuerpo, sino también de su educación e instrucción.

Decíamos en otro estudio, tratando de la tutela de hecho: "...precisa, pues, que la ley dé cierta beligerancia a la tutela de hecho, que se ocupe de ella y que la regule; e incluso que la proteja, por tratarse de un estado posesorio, a semejanza de cómo protege la posesión, incluso frente al dominio, si bien, como es natural, no con tanta extensión".

"Es evidente, también, que no puede dársele plena eficacia para que no se convaliden muchos abusos que la ley no puede proteger; y siendo ésta una situación anormal, precisa que se tienda a la constitución de la tutela regular."

"El Derecho Romano ya se encontró ante el caso de personas que, sin ser tutores, actuaban como a tales. Podía optar entre ocuparse de las relaciones jurídicas provenientes de esta actuación, considerándolas como fruto de una gestión de negocios, o como una situación especial dentro de la tutela; y con acierto lo consideró dentro de este segundo punto de vista. Por esto concedió las acciones *directa et contraria protutela*, a semejanza de las *directa et contraria tutela*."

“Los actos realizados por el seudotutor, empero, no tenían validez y no podía producir efecto la sentencia dictada en juicio en el que interviniese el menor asistido por el tutor. Esto, naturalmente, podía producir perjuicios irreparables al que litigaba con el menor y al que con él contrataba, y para salvar tales perjuicios, el Pretor concedía al que había obrado de buena fe la restitución *in integrum* (Digesto, párrafo 6, Fr. 1, título VI, libro XXVII); y contra el falso tutor que había obrado de mala fe se daba la acción *in factum* que prescribía al año útil y no se daba contra sus herederos.” (Véase MAYNZ, párrafo 353.)

En tal caso, el tutor de hecho ¿será responsable de los daños causados por el supuesto pupilo?

Si examinamos aquellos dos principios que informan la responsabilidad de terceras personas: el deber de vigilancia y la posibilidad de hacerlo efectivo, nos encontraremos con que se da el segundo de los dos requisitos; pero el primero, en realidad, jurídicamente hablando, no puede afirmarse que exista. La obligación de vigilancia no se da. Lo que hace el tutor es en beneficio del menor; y a quien, de buena voluntad, realiza, durante un tiempo un acto o unos actos en beneficio de una persona determinada, no puede obligársele a seguir haciéndolo de una manera indefinida.

Frente a estas consideraciones puede argumentarse que el acto dañoso es fruto de la educación que se ha dado al menor; y si ello es así, nace la responsabilidad, no precisamente por omisión, sino por acción. Habrá que examinarse, pues, en cada caso concreto, si el daño causado es fruto de una mala educación o no lo es, siendo responsable el seudotutor en el primer caso, y no incumiéndole en el segundo.

Hay que tener presente, no obstante, que de acuerdo con el artículo 293 del Código civil, están obligados a poner en conocimiento del Juez municipal el hecho que da lugar a la tutela, en el momento en que lo supieren: el tutor testamentario, los parientes llamados a la tutela legítima y los que por ley son vocales del Consejo; y por consiguiente, si el tutor de hecho fuere una de tales personas podría ser responsable por incumplimiento de la ley, al no procurar la constitución de las instituciones tutelares, de que por su culpa no existiera

persona responsable de los actos realizados por el menor; y, por consiguiente, respondiendo de las consecuencias de sus propios actos u omisiones culpables, debería responder asimismo de los realizados por el menor, sobre todo teniendo en cuenta que la apariencia de legalidad de la tutela de hecho hacía más difícil que la anormalidad en la institución tutelar apareciera al exterior; y que, como consecuencia, se pusiera fin a ella.

El Derecho Romano reconoció la existencia de un tutor provisorio, cuando el tutor testamentario o legítimo, por cualquier circunstancia, estaba incapacitado de ocupar el cargo inmediatamente. Este tutor, como designado por la Autoridad pública, tenía la consideración de dativo ⁽¹³⁾.

En la actualidad se ha de prever también el caso de que, por cualquier circunstancia, no pueda constituirse inmediatamente el Consejo de Familia, y su retardo pueda ocasionar perjuicio al menor o incapacitado. Y el Código civil se ocupa de ello en los artículos 203, 243, 250 y 301.

El artículo 203 ordena a los Jueces municipales del lugar donde residen las personas sujetas a tutela o que deben estarlo, que provean al cuidado de la persona o bienes de ésta hasta el nombramiento del tutor, cuando por la ley no existiera otra persona encargada de tal obligación.

El artículo 243 dispone que si por incapacidad no estuviese el tutor en el ejercicio de su cargo, el Consejo de Familia asumirá los cuidados de la tutela, mientras se resuelva definitivamente el impedimento; en caso de que el tutor se excusara del cargo, durante el juicio a que ello diere lugar, el que propusiera la excusa estará obligado a ejercer el cargo. Si no lo hiciese, el Consejo de Familia nombrará una persona que lo substituya.

Y finalmente, el artículo 301 determina que, formado el Consejo de Familia, procederá a dictar todas las medidas necesarias para atender a la persona y bienes del menor o incapacitado y constituir la tutela.

Ahora bien: como hemos visto, el Código civil — artículo 203 — hace responsables a los Jueces municipales de los

(13) Véase MAYNZ, párrafo 343.

daños que sobrevengan a los menores o incapacitados por incumplimiento de lo que en el propio artículo se dispone. Cabe preguntar: esta responsabilidad ¿les alcanza también por los daños que a terceras personas causen tales menores o incapacitados?

Ante todo debe tenerse en cuenta que nos encontramos en el ámbito de una responsabilidad que precisa culpa, y, por consiguiente, para que tal responsabilidad exista, es necesario que la dejación de lo que el tal artículo preceptúa se realice por culpa del Juez, no por ignorancia excusable.

Debe tenerse en cuenta, asimismo, que el párrafo 3.º del artículo 1.903 declara responsables a los tutores de los perjuicios causados por sus pupilos que estén bajo su autoridad y vivan en su compañía; y que el artículo 203 no designa con el nombre de tutor al Juez, ni en la mayoría de los casos los menores e incapacitados, aunque sea accidentalmente, viven en su compañía; y que, finalmente, el artículo 203, al exigirles responsabilidad por los perjuicios causados al menor, además de silenciar la derivada de daños a terceros, no la declara por un defecto de vigilancia propia.

La responsabilidad, empero, puede alcanzar a los Jueces no sólo por lo establecido de una manera directa en la ley de Enjuiciamiento civil y Orgánica del Poder Judicial, al tratar de la responsabilidad de los Jueces y Magistrados, sino también de una manera indirecta aplicando el propio artículo 203, en los casos en que, por no estar el menor o incapacitado sujeto a tutela, a cargo del patrimonio de éste se satisfaga la indemnización por el daño causado.

Habiendo provisto el Juez, en el caso del artículo 203 o el Consejo de Familia en el de los artículos 243, 450 y 301, a una tutela accidental, el tutor accidental responderá como si tuviera el carácter de definitivo.

Existen en la vida del derecho una serie de situaciones jurídicas en las que un patrimonio no es administrado por su dueño, sin que el propietario esté sujeto a tutela.

Al concebido y no nacido se le tiene por tal en todo aquello que le favorece. Puede darse el caso de que el padre y la madre estén sujetos a tutela y por tanto no tengan capacidad suficiente para administrar y gestionar los asuntos del con-

cebido. En tal caso precisa la existencia de un administrador.

El Derecho Romano se ocupaba del concebido y no nacido en el título IX del libro XXXVII, *De ventris in possessionem mittendo et curatore ejus* y en la ley 8.^a, título X del libro XXVII, *De curatoribus furioso et aliis extra minores dandis*, todos del Digesto. En la ley últimamente mencionada, se dice que conviene que se designe curador a los bienes del póstumo, y en el título a que al principio nos referíamos, al hablar del concebido y no nacido, designa también al póstumo. Y es que, de acuerdo con el espíritu y la letra del Derecho Romano primitivo, precisaba el nombramiento de curador para el póstumo, ya que a la madre viuda no se le reconocía patria potestad, y como consecuencia de ello, tampoco tenía capacidad para administrar y tener cura de los bienes del hijo que aun no había nacido.

El artículo 162 del Código civil permite a quien da o lega bienes a un menor no emancipado, para gastos de instrucción o educación, que designe un administrador de ellos; y la sentencia de 11 de mayo de 1904 aclara tal artículo en el sentido de que no es necesario que tales bienes se dediquen precisamente a la instrucción y educación, pues puede privarse a los padres de la administración de los mismos.

El artículo 210, preveyendo el caso de que, hallándose en ejercicio un tutor, apareciere otro nombrado por extraño que hubiese instituído heredero al menor o incapaz, si fuere de importancia la cuantía de la herencia, u otro elegido por el que deja manda de importancia, establece que tal tutor se limitará a administrar los bienes que se le hayan dejado, mientras no vaque la tutela en ejercicio ⁽¹⁴⁾.

El artículo 857 del Código civil prohíbe al desheredado la administración de los bienes legitimarios que correspondan a sus hijos. Si es viudo, naturalmente que tendría que designarse un administrador.

También es preciso designar quien administre los bienes de la herencia yacente, del ausente, de la masa de una quiebra, etcétera.

En todos estos casos, no hay discusión en cuanto se refiere

(14) Véase artículo 209 del Código civil.

a responsabilidad por los actos realizados personalmente por el propietario real o presunto de los bienes de que cuida el administrador; pero cabe dilucidar a quién incumbe la responsabilidad de los actos que el administrador realiza, no en nombre propio, sino como tal administrador; y la responsabilidad de los daños que pueden causar los animales y objetos que pertenecen al patrimonio del que no puede cuidarlo, por las razones dichas.

De los daños causados por los animales u objetos del patrimonio, parece que ha de responder el propio patrimonio, si bien puede darse el caso, que no sería justo, de que ello perjudicara intereses del incapacitado que no formaran parte del patrimonio de referencia. Por ello sería equitativo que tuvieran un límite, el del patrimonio. Con el derecho positivo en la mano, empero, veo difícil que pudiera prosperar tal criterio.

De los actos realizados por el Administrador en concepto de tal y del que resulten perjuicios para terceros, parece que debe responder el patrimonio, sin perjuicio de que, en su caso, pudiera repetirse contra el administrador.

Y ello porque, si el patrono responde de los actos realizados en el ejercicio de su cargo por sus empleados, a pesar de que éstos muchas veces no tienen su verdadera representación, con mucha más razón debe responder cuando es el propio patrimonio el que actúa por medio del administrador.

Y si esto lo afirmamos respecto a patrimonios con cierta vida y personalidad, podemos también extender la propia regla a asociaciones, fundaciones y sociedades. Cuando actúan por mediación de sus representantes legales, es la propia personalidad moral la que actúa y la que se hace responsable de sus actos, y por tanto de los realizados por sus mandatarios.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 4 de octubre de 1915, va más lejos de la teoría que defendemos. Declaró que la multa y recargos impuestos a una Sociedad, por haber uno de los socios defraudado a la Aduana, no autoriza al otro para exigirle indemnización fundada en el artículo 1.902 del Código civil; porque — dice — si sus propósitos no hubiesen fracasado, el demandante hubiera también participado del beneficio. Ciertamente que es una doctrina peregrina y des-

educadora; porque desde el punto de vista legal, el supuesto beneficio sería el fruto de una defraudación y la mala fe no puede presumirse, ni dar los Tribunales, directa ni indirectamente, eficacia jurídica a tales actos.

Se ocupa GABBA ⁽¹⁵⁾ de la responsabilidad que puede incumbir a un hospital público o institución análoga por el daño causado a una de las personas acogidas a los mismos, por culpa de los individuos encargados de su asistencia; y después de varias argumentaciones, concluye en que, según su opinión, no son responsables ni la institución como tal, ni sus administradores.

Entre los argumentos que enumera, trata del problema de la representación y de la acción institoria, de que nos ocuparemos al tratar de la responsabilidad del Estado.

No pueden equipararse — dice — los médicos con los servidores en general, porque no reciben una verdadera y propia comisión; el médico es persona a quien se deja una libertad ilimitada en la curación. Si, pues, el mandante industrial puede ser llamado responsable por lo hecho por su encargado, no puede aplicarse el mismo criterio cuando el encargado es un médico y se trata de curar. De la culpa profesional no pueden ser responsables más que el médico y el cirujano que la cometan, y agrega que, en todo caso, debería considerarse aplicable la *actio institoria* del Derecho Romano, que no lo es en el caso que nos ocupa ⁽¹⁶⁾.

Pero prescindiendo de los inconvenientes prácticos que reportaría el exigir la responsabilidad a los hospitales e instituciones análogas, con perjuicio de las necesidades que deben atender, siempre resultará un hecho y es que tales instituciones, que no perciben retribución para realizar la cura o la operación quirúrgica, abren las puertas a los pacientes para que acudan a ellos voluntariamente y sean curados o tratados por personas que reúnan unas garantías derivadas de la posesión de un título profesional, personas que la mayoría de las veces quienes a ellas se confían ya saben quiénes son.

⁽¹⁵⁾ *Cuestiones Prácticas de Derecho civil moderno*, II, 280.

⁽¹⁶⁾ GABBA cita una sentencia (fecha 28 de octubre de 1896) de un Tribunal italiano que condena un Hospital a indemnizar a una nodriza a la que se había confiado un niño sifilítico.

§ 53. Son responsables, hemos dicho, 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.

Se fundamenta el apartado del artículo que comentamos en la existencia de verdadera culpa. Desde el punto de vista aceptado por la legislación vigente en esta materia, sin culpa o negligencia no existe el deber de indemnizar (y así como la responsabilidad de los padres y tutores veíamos que estribaba en falta de cuidado o de vigilancia, de educación, etc.), los fundamentos — además de que en ciertos casos puede darse la falta de vigilancia — estriban en que el patrono, dueño, director, etc., están obligados a cerciorarse de las condiciones de pericia, probidad y ponderación de los sujetos que trabajan a sus órdenes (*culpa in eligendo*) ⁽¹⁷⁾; debe conocer la capacidad de sus subordinados para no imponerles una obligación, ni encargarles servicios superiores a su capacidad, a su preparación y a sus condiciones, físicas, intelectuales, de ciencia, etcétera ⁽¹⁸⁾; y es preciso que se ponga la diligencia y cuidado necesarios en la elección de las personas a quienes se confía alguna cosa, como garantía de la convivencia social ⁽¹⁹⁾.

Se responde de los actos realizados en virtud de la misión encomendada; ya sea ésta más o menos permanente, gratuita o retribuida, siempre y cuando aparezca con claridad la relación o nexo entre el que ordena el servicio y el que lo cumple ⁽²⁰⁾, aun cuando el causante del daño haya obrado con imprudencia que pueda calificarse de temeraria o sea consecuencia de haber realizado, en el curso del servicio, algún acto sin autorización del principal, no necesario ni conveniente para el cumplimiento del cometido encargado; e incluso — no siendo ésta la causa única y directa del accidente — que haya infringido alguna disposición reglamentaria ⁽²¹⁾; pero si rea-

⁽¹⁷⁾ Sentencia de 6 de noviembre de 1935. Sala de lo criminal.

⁽¹⁸⁾ Sentencia de 16 de mayo de 1934 (p.).

⁽¹⁹⁾ Sentencia de 1.º de junio de 1935 (p.).

⁽²⁰⁾ Sentencia de 1.º de junio de 1935 (p.).

⁽²¹⁾ Sentencia de 16 de mayo de 1934 (p.), sentencia de 7 de octubre de 1933; véase sentencia de 18 de octubre de 1928.

liza el acto fuera de sus atribuciones — por su cuenta propia, aunque sea valiéndose del cargo — no repercute al principal la responsabilidad ⁽²²⁾.

Examinemos algunas sentencias del Tribunal Supremo en las que se ha declarado la existencia de responsabilidad a los efectos del artículo 1.903 del Código civil ó 22 del penal; y otras en que se resuelve que tal responsabilidad no existe.

A tenor de la sentencia de 2 de abril de 1935 (criminal), no influye a los efectos del artículo 22 del Código penal — y por consiguiente del 1.903 del Código civil — el hecho de que el causante del daño, a más de ser dependiente del propietario del coche que causó el accidente, sea hijo del mismo. Es curioso el examen de esta sentencia, por apreciarse en ella los equilibrios que hace el Tribunal Supremo para intervenir en las cuestiones de hecho, deduciendo de éstos consecuencias con respecto a la responsabilidad civil de la propietaria del coche causante del accidente. Afirma que se hace constar en la cabecera de la sentencia recurrida que el procesado era chofer, hecho que — dice — como todos los consignados en la sentencia tiene carácter de probado, cualquiera que sea el lugar en que se encuentre; y en el primer Resultando, que conducía un automóvil, propiedad de su madre, de donde se deduce que el procesado prestaba a aquélla unos servicios; y, siendo su oficio el de chofer, desempeñaba las obligaciones propias de su profesión. Verdaderamente no se puede ver la consecuencia forzosa de que por ser él chofer y conducir un coche propiedad de su madre, prestara un servicio a ésta. Por lo expuesto era muy posible que el servicio se lo prestara a sí mismo.

El Secretario judicial es responsable civilmente de la estafa de un depósito cometida por su oficial habilitado. A los efectos del artículo 1.903, el director de un diario puede considerarse, con respecto al propietario, dependiente, según afirma la sentencia de 6 de diciembre de 1912.

El procesado J. B. era dependiente de don J. M. M., a cu-

(22) La apropiación mediante engaño, de unos valores realizada por un portero del Banco de España, no guarda relación con el servicio subalterno que desempeñaba, distinto del de encargado por un particular para depositar cantidades en la sección de valores (sentencia de 13 de junio de 1929).

yos servicios se hallaba como ayudante de chofer, careciendo de carnet de conducción; es decir, que su misión no era otra que la de auxiliar al chofer, que en este caso era su principal, y no la de conducir el vehículo; pero en la ocasión de autos, conducía el camión, substituyendo a M., por estar enfermo, con conocimiento del patrono (según convicción del Tribunal, deducida de los hechos declarados probados), y tal conocimiento, por la no oposición, lleva implícito el consentimiento del patrono y atrae hacia él las responsabilidades civiles.

El dueño de una camioneta había encomendado su conducción al procesado y fué en el ejercicio de tal servicio cuando éste ejecutó la acción que la sentencia declara imprudente, a saber: realizar un viraje con marcha acelerada, metiéndose en la cuneta, a consecuencia de lo cual salió despedida la víctima, ocurriendo, por consiguiente, el accidente por causa de la conducción imperita del vehículo y sin que quepa alegar como excusa la circunstancia de haber sido admitida la víctima a ruegos suyos en una camioneta de carga, hecho constitutivo de una infracción reglamentaria que añade un nuevo elemento a la culpa del agente (sentencia de 16 de mayo de 1934, Sala de lo criminal).

En las afirmaciones de hecho de otra sentencia no se dice que el conductor del vehículo hubiese efectuado las prácticas de prueba del automóvil, por orden y mandato del recurrente F., sino que, por el contrario, se expresa que aquél fué requerido y elegido para que realizase tal servicio por P. R., persona de su confianza, para cerciorarse de la buena marcha del coche y condiciones del mismo, antes de comprarlo, limitándose el propietario del automóvil a prestar su consentimiento para que se realizaran dichas pruebas, por la persona designada por el pretendido comprador; por consiguiente, la intervención del chofer, en este caso particular, no llegó a establecer relación alguna de dependencia, y por ello el propietario no puede merecer el concepto de responsable civil subsidiario. Así lo afirma la sentencia de 1.º de junio de 1935, Sala de lo criminal.

En varias sentencias afirma el Tribunal Supremo que el hecho de retirar un chofer u otra persona el coche del garaje y disponiendo de él contra la voluntad expresa o presunta de

su propietario, causa algún accidente, de éste, no responde civilmente el propietario ⁽²³⁾.

La de 19 de octubre de 1933 afirma que si el procesado sacó el vehículo sin la autorización de su dueño ni la del propietario del garaje a cuyo servicio estaba como empleado, careciendo de carnet y de la pericia necesaria para su conducción, es indudable que obró fuera de las funciones propias de su cargo, aunque valiéndose del mismo.

La de 13 de mayo de 1935 (p.) dice que, si bien es cierto que en la ocasión de autos el procesado M. R. conducía la camioneta propiedad de P. A., a cuyo servicio estaba, no le es menos que la llevaba sin autorización de aquél, que al venir de realizar un viaje le había ordenado la encerrara en el garaje, y en vez de hacerlo así, la utilizó para llevar a su novia y familiares a la corrida de toros que aquella noche se celebraba; y por ello es indudable que los actos realizados por los procesados no lo fueron en el desempeño de su obligación o servicio; es decir, en funciones que su principal le hubiera encomendado; sino por el contrario, desobedeciendo las órdenes que le había comunicado; por lo que en modo alguno puede alcanzarse la responsabilidad subsidiaria a que se refiere el precepto legal.

La de 6 de julio de 1934 afirma que no cabe deducir responsabilidad para el propietario de un automóvil por el atropello y muerte causada por el chofer que sacó el coche contra la prohibición de aquél, llevando a varios amigos con los que hizo un alegre recorrido, deteniéndose en varios establecimientos... Es evidente que el recurrente había empleado la diligencia para prevenir el daño, no pudiendo, por tanto, exigírsele responsabilidad.

§ 54. Dejando para otro capítulo el tratar de la responsabilidad del Estado y la de los funcionarios públicos, nos resta ocuparnos de la de los maestros y directores de artes y oficios respecto a los perjuicios causados por sus alumnos o aprendices mientras permanecen bajo su custodia.

(23) Véanse sentencias del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1933, criminal; 13 de mayo de 1935, criminal; y 6 de julio de 1934, civil.

Ya hemos dicho anteriormente que si los padres o tutores mandan a sus hijos o pupilos a establecimientos que cuidan de su vigilancia, que se comprometen, mediante una retribución o sin ella, a tenerlos bajo su cuidado, la obligación de la vigilancia pasa a ellos, que deben responder de los actos u omisiones causantes de daños realizados por los que tienen bajo su custodia.

Si así no fuera, de los actos realizados por tales menores no respondería persona alguna y quedarían los daños sin reparar. En el supuesto de que los padres y tutores tuvieran que responder de tales actos y como consecuencia indemnizar, podrían sin duda repetir contra los establecimientos, en virtud de las obligaciones contractuales, expresas o tácitas que constasen en el contrato, y es natural que se considerara comprendida en él, la de la vigilancia de tales menores.

Es interesante, a tal efecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1935.

Se dice en ella que la de instancia da por probado el evento determinante del daño, la existencia de éste y la imputación causal del mismo a un dependiente de una Diputación provincial, con ocasión de servicios industriales; y, establecido esto así, se manifiesta la responsabilidad en que incurrió por culpa *in vigilando* nacida de falta de diligencia incidental en adoptar las previsiones racionales que hicieran humanamente irrealizable la producción ocasional del accidente; bien entendido que, declarada la imprudencia fatal del alumno o aprendiz que indebidamente tomó la guía del coche sin dominio del caballo que lo arrastraba, originando la muerte de un hombre, se presume legalmente la culpa del dueño o patrono en tanto que éste no se exonere de ella, probando haber agotado las previsiones acuciosas y diligentes de un buen padre de familia.

En otros sitios de este tratado nos ocupamos de la propia sentencia.

Naturalmente que tal responsabilidad ha de afectarles en el solo caso de que tales alumnos o aprendices sean menores de edad o puedan considerarse comprendidos en otros apartados del artículo 1.903 (caso de realizar trabajos por cuenta del maestro); se requerirá, asimismo, que el maestro tenga el

deber de vigilancia; y parece que no entran en este caso los estudiantes de Universidades; los que asisten algunas horas en Academias, Gimnasios, etc. Se ha discutido si, para la responsabilidad, precisa que el alumno esté sujeto o no a una vigilancia continua.

§ 55. Antes de terminar este capítulo, hemos de recordar que, como decimos en otro lugar ⁽²⁴⁾, al responsable subsidiario no puede obligársele a satisfacer cantidad más elevada que aquélla por que fué condenado el autor principal del daño. De manera que, si en procedimiento criminal se condena a éste, y también por la misma causa y en procedimiento civil, el perjudicado no podrá reclamar contra el responsable civil subsidiario, una cantidad mayor ⁽²⁵⁾; y no es preciso añadir, por ser ello evidente, que no existiendo responsabilidad para el autor principal, tampoco existe para el deudor subsidiario ⁽²⁶⁾, fuera de los casos de excepción, por falta de capacidad, ya examinados.

(24) Acción civil y acción penal, §§ 103 y ss.

(25) Véase sentencia de 30 de diciembre de 1929.

(26) Sentencia de 30 de octubre de 1909.

X

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

§ 56. El Estado, como persona moral, no puede actuar de una manera directa e inmediata; ha de hacerlo precisamente por mediación de personas físicas que ejerzan las funciones estatales en su nombre o sea de los funcionarios públicos en todos sus grados y categorías. A ellos se les transmite el poder coactivo para exigir y obligar a los ciudadanos el cumplimiento de las disposiciones de carácter legal, que son necesarias para la convivencia de los hombres en todo país civilizado.

Ahora bien: el funcionario público, usando de la fuerza y de la autoridad que en interés de los ciudadanos le transmite el Estado, puede perjudicar los intereses de algún individuo determinado. Si lo hace, cumpliendo sus obligaciones dentro de la esfera de competencia, en interés de la colectividad y animado por un espíritu de justicia, no le alcanza responsabilidad de clase alguna. En todo caso, ella será de aquéllos que han dictado las leyes de una manera injusta; pero puede también el funcionario, ejercitando la autoridad que el Estado le ha dado, abusando de ella, perjudicar los intereses de algún ciudadano, y entonces, de acuerdo con el principio que informa la regulación de las obligaciones extracontractuales, sea su responsabilidad civil o penal, deberá reparar el daño causado.

Puede, empero, el funcionario ser completamente insolvente o no tener el capital necesario para responder del daño cometido; y en tal caso, puede preguntarse, ¿será responsable el Estado? ⁽¹⁾.

(1) La responsabilidad de las personas jurídicas por los hechos ilícitos de sus dependientes — a pesar del artículo 43 del Código civil que

Materia muy discutida ha sido la referente a la responsabilidad del Estado por los actos cometidos por sus funcionarios: se ha sostenido que el Estado es responsable de una manera directa e inmediata y no subsidiaria por los actos realizados por los funcionarios, porque siendo éstos mandatarios de aquél, es como si el Estado actuara de una manera efectiva y real; se ha sostenido, por el contrario, que nunca es responsable de los actos realizados por los funcionarios; y entre una y otra teoría se han adoptado y defendido todas las situaciones intermedias imaginables: responsabilidad sólo subsidiaria, responsabilidad para ciertos actos, para los que realizan ciertos funcionarios, etc.

§ 57. En pro de la irresponsabilidad del Estado se alegan argumentos tales como los que vamos a exponer:

Para GABBA ⁽²⁾ “la principalísima razón de la irresponsabilidad del Estado, por la falta de los funcionarios encargados del ejercicio de su misión pública es... el carácter de necesaria y no de voluntaria, que corresponde a la representación del Estado por obra de dichos funcionarios... Ahora bien: la representación necesaria excluye indudablemente la *actio institutoria* contra el representado, porque la relación que esto supone, exige... la voluntaria representación del *dominus*... ¿Puede esto ponerse en duda? No. Por común asentimiento de todos los juristas, el fundamento racional de la *actio institutoria* no es otro que la libertad del nombramiento, de la elección de los representantes, y el deber de vigilarlos... Es tan cierto que el carácter voluntario de la representación es condición indispensable de la acción contra el *dominus* por la falta del representante en el ejercicio de sus atribuciones, que el artículo 1.153 niega a los representantes (*committenti*) la excepción de la imposibilidad de impedir el hecho, que concede

la excluye en general—se afirma cada vez más y ha superado un período de intensa controversia jurisprudencial y doctrinaria. De ahí que el Estado responda por los daños causados por sus empleados en el desempeño de sus funciones. (Así lo dice la sentencia de la Cámara Federal de Mendoza de 27 de mayo de 1940; Revista de Derecho Privado: *El Derecho Privado Argentino en 1940*. Mayo de 1941, página 250.)

⁽²⁾ Responsabilidad de los Hospitales Públicos e instituciones análogas: *Cuestiones prácticas de Derecho civil moderno*, II, página 293.

en cambio a los padres, tutores, preceptores responsables de hechos no propios, esto es, de hechos de sus dependientes. ¿Qué razón hay para esta diferencia, sino la de no ser voluntaria la relación, esto es, la necesidad de la representación, que por la naturaleza y por la ley tienen aquéllos respecto de los sometidos a su acción? Porque, como observa muy bien LAROMBIÈRE, no se es padre, ni tutor totalmente por voluntad propia, y los discípulos se reciben, no se buscan, mientras el comitente busca, elige y nombra su representante”.

Toda la argumentación de estas líneas va dirigida contra quienes afirman el principio de la responsabilidad del Estado, por cuanto los funcionarios actúan como representantes suyos y dentro de esta esfera. La *actio institoria* sólo se da cuando la representación es voluntaria; y, como consecuencia de ello, cuando se trata de casos en que es obligatoria, no voluntaria, podía, de acuerdo con el Código italiano, alegarse la excepción de la imposibilidad de impedir el hecho, como, de acuerdo con el Código civil español, artículo 1.903, la responsabilidad cesa cuando las personas en él mencionadas prueban que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el hecho.

Pero examinando tales argumentos, se ve que no tienen el peso que a primera vista aparentan.

Verdaderamente el Estado tiene necesidad de nombrar mandatarios a personas que actúen en su nombre, por tratarse de una persona moral, como también tiene necesidad de nombrar un representante, un gerente, cualquier Sociedad anónima, o cualquiera asociación, porque no puede actuar por sí misma, por razón de su naturaleza: la designación es obligatoria, no voluntaria. Si aceptamos que el Estado, por ello, debe ser irresponsable, también tendríamos que aceptar que las Sociedades deberían ser irresponsables.

El párrafo 10 de la ley 5.^a *De institoria actione* (libro XIV, título III) ⁽³⁾ trata de un caso en que el nombramiento resul-

(3) Párrafo 2.º. Por la misma razón promete el pretor otras dos acciones en el todo: una de las cuales se llama ejercitoria y la otra institoria. La ejercitoria tiene lugar cuando uno hubiese puesto por maestro de la nave a un siervo suyo y se hubiese contraído algo con él, por causa de aquéllo para lo que fué puesto. La institoria tiene lugar cuando hubiere tal vez encargado a su siervo una tienda o alguna ne-

taba necesario, bajo pena de suspender el negocio. Dice así: Un lavandero *que tenía que ausentarse* a lugar muy distante, rogó que se encargase a sus oficiales la oficina provista de lo necesario; uno de ellos, después de su partida, tomó un vestido, huyendo: no se obliga el lavandero si dejó por procurador a uno de ellos; *pero si lo dejó por su institor, queda obligado*. Mas si aseguró que no podía fiar de sus operarios, no se obligará por la acción institoria, sino por la de locación.

Otro texto interesante de las Pandectas, al objeto de que tratamos, es el párrafo 20 de la ley 1.^a, *De exercitoria actione* del Digesto, que se expresa así: ... ya también parece que dice POMPONIO: el que está en potestad de otro, si ciertamente administra con la voluntad de él se obliga por el todo; pero si no, por lo que importe el peculio. Y el párrafo 21, dice: Entendemos que están en potestad los de uno y otro sexo, hijos o hijas, siervos o siervas.

De la lectura de estos textos y de otros de los propios títulos, se desprende claramente que el que encarga a otro un negocio queda obligado por los actos de éste: la responsabilidad no pasa de lo que importa el peculio cuando se realizan los negocios contra la voluntad del dueño, por personas que a él le están sujetas (*). Aplicando estos principios a lo que nos ocupa, podríamos afirmar que la responsabilidad del mandante alcanza cuando designa al mandatario o si se trata de personas que se encuentran por la ley o la naturaleza bajo su potestad cuando autoriza expresamente el ejercicio de sus actos, de sus negocios.

gociación y se hubiere contraído algo con él por causa de lo que se le ha encargado. El pretor concede estas dos acciones cuando se hubiere encargado a un hombre libre o a un siervo ajeno (*Instituta*, libro IV, título VII).

(*) Véase Código de Justiniano (libro IV, título XXV, Constitución 2.^a y 3.^a), *Digesto* (libro XIV, título III, ley 5.^a); *Instituta* (libro IV, título VII). Si por mandato del dueño se hubiere celebrado un negocio con el siervo, el pretor promete una acción en el todo contra el dueño; a saber: porque aquel que así contrae, parece confiar en la palabra del dueño (párrafo 1.^o). Además se ha introducido una acción de peculio y de aquello que se ha inventado en utilidad del dueño para que aunque el negocio se haya celebrado sin la voluntad del dueño, sin embargo, si se hubiere invertido algo en su utilidad deba prestarlo todo, y si no se hubiese invertido en su utilidad deba prestar hasta donde alcanza el peculio.

La voluntariedad necesaria para la responsabilidad es, pues, en cuanto a la elección del representante, no en cuanto a la necesidad de nombrarlo por razón de la persona que lo nombra. De todas maneras la acción institoria no hacía referencia en Roma al Estado, del que se tenía, por otra parte, un concepto muy distinto del moderno.

No se diga, además, que el Estado no es libre en la elección de los funcionarios, porque es libre de aprobar unas leyes o disposiciones que regulen el nombramiento y de vigilar por mediación de otros funcionarios, el cumplimiento de las disposiciones emanadas de su autoridad; y dicta los reglamentos que contienen sanciones que pueden llegar incluso a la expulsión del Cuerpo; y si esto es así, no puede decirse que el Estado no puede ejercer una vigilancia sobre sus funcionarios, como las Sociedades anónimas las pueden ejercer sobre su personal; y si no se reserva, en el nombramiento, facultades para la vigilancia de los funcionarios en forma que no puedan excederse del cumplimiento de las obligaciones que les están confiadas dentro del marco de la justicia y de las leyes, todavía surge más la imprevisión y negligencia por parte del Estado.

Se ha sostenido, partiendo de una idea completamente contraria a la examinada, que los funcionarios son el Estado y siendo éste el “derecho organizado”, no puede decirse que sea suyo el acto del funcionario que pueda calificarse de *non jure*; que si la responsabilidad del Estado pudiera provenirle de que el funcionario público es un mandatario suyo, aquél sólo se obliga cuando éste actúa dentro de las facultades que le han sido conferidas, no cuando se excede de las mismas; que no se puede atribuir al Estado culpa o negligencia en la elección de los funcionarios, porque lo hace cumpliendo unas leyes que están dictadas precisamente para garantizar una buena designación y que tampoco puede atribuirse una responsabilidad por culpa *in vigilando*, etc.

La teoría de que el Estado no puede cometer actos *non jure* (°) y por tanto no puede ser responsable, tiene como fun-

(°) Véase ley 3.^a, libro IX del título 29 del Código de Justiniano: “*Disputare de principali indicionem oportet: sacrilegio enim instar est, dubitare, an is dignus sit, quem elegerit Imperatur.*”

damento el que significaría algo contra su honor el considerarle culpable de un hecho contrario a la ley; pero si la finalidad del Estado es el cumplimiento de la ley y el imperio de la justicia entre sus súbditos, debe procurar que cuando se comete un daño sea reparado, se restablezca el equilibrio que con la infracción ha desaparecido; y mayor desprestigio será para el Estado dejar en situación de permanente la injusticia, sin repararla, que no sufragando lo que el funcionario, que ha estado a sus órdenes, que en nombre de él obrara, debe satisfacer para el restablecimiento de la normalidad jurídica.

Si se considerara que el Estado no es responsable por los actos de sus funcionario, porque cuando cometen un daño se exceden de sus atribuciones y facultades, también podría argumentarse de la misma forma si se tratase del propietario de un automóvil que, conducido por su chofer, causa daño a un tercero, y de la mayoría de casos en que no es directamente el obligado a indemnizar el que cause directamente el daño o el perjuicio.

§ 58. Pero a los argumentos expuestos impugnando la teoría de que el Estado no puede ser responsable de los actos de sus funcionarios, pueden añadirse muchísimos otros, entre los que señalaremos los siguientes:

El daño causado por el funcionario público se realiza gracias a la potestad que le ha dado el Estado que pone a sus órdenes, para el cumplimiento de sus disposiciones, la fuerza pública. En muchos casos el hecho de que el daño sea causado por un funcionario público en el ejercicio de su cargo atemoriza al perjudicado y se hace más difícil solicitar la reparación. Por consiguiente, si el Estado ha puesto su confianza en el funcionario público, debe responder de la poca precaución que ha tenido al elegirlo; y si le ha sido designado por cumplir con los requisitos que unas determinadas leyes exigen, la responsabilidad le alcanzará igualmente, por no haber previsto en la redacción de tales leyes y dispuesto en ellas lo necesario para evitar los eventos como el del causante del daño.

Si es necesario para la vida del Estado la existencia de unos funcionarios públicos que en su nombre actúen y estén revestidos de poder y autoridad, los perjuicios de ellos deri-

vados, no es justo que los soporten un reducido número de personas, sino que es exigencia de la equidad que estén repartidos entre todos los ciudadanos; ya que son todos ellos los que obtienen las ventajas de la existencia y funcionamiento del Estado. Si cuando, por el interés público, es preciso que el Estado ocupe una finca particular, se satisface la correspondiente indemnización, no sería justo que si por el interés público precisan unos organismos que traen un perjuicio a personas determinadas, no se las indemnice.

Si se exige al Estado de responsabilidad por los actos realizados por los funcionarios públicos, la garantía que da la intervención del Estado, en muchos casos, desaparece completamente. Y cada uno tendrá que averiguar la solvencia del funcionario para relacionarse con el Estado, con lo que se consigue una disminución del prestigio y de la importancia que precisamente se trata de obtener.

Cuanto queda dicho con referencia al Estado, podemos darlo por reproducido por lo que atañe a las demás Corporaciones públicas, como Diputaciones, Ayuntamientos, etc.

La Constitución de 1931, en su artículo 41 establecía de una manera precisa la responsabilidad subsidiaria por parte del Estado y Corporaciones públicas, por razón de los daños y perjuicios causados por sus empleados, en las siguientes palabras: "Si el funcionario público, en el ejercicio de su cargo, infringe sus deberes con perjuicio de tercero, el Estado o la Corporación a quien sirva, subsidiariamente serán responsables de los daños y perjuicios consiguientes conforme determine la ley."

§ 59. Entrando dentro de la esfera del derecho positivo español, es fundamental el artículo 1.903 del Código civil, según el cual el Estado es responsable cuando obra por mediación de un agente especial; pero no, cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso la responsabilidad incumbe única y exclusivamente al causante del daño, siendo en su caso de aplicación la ley sobre responsabilidad de los funcionarios públicos.

Como puede verse, la ley acepta un criterio ecléctico, limi-

tando grandemente la responsabilidad por parte del Estado.

La sentencia de 18 de mayo de 1904 afirma que por “agente especial” debe entenderse el que recibe un mandato o comisión concreta o determinada, ajena al ejercicio de su cargo, si es funcionario público, para que en representación del Estado y obligándole como mandatario suyo cumpla el encargo que se le confía; y añade que tal carácter no lo tienen los agentes ejecutivos, por ser empleados de la administración activa y que bajo su responsabilidad ejercen las funciones normales y propias de su cargo, reguladas por la ley o reglamento. El mismo criterio sienta la sentencia de 8 de julio de 1911 en un caso de deslinde realizado por un Ingeniero Jefe de Distrito forestal.

En el orden penal la responsabilidad del Estado no va más allá que en el civil. El vigente Código punitivo en ninguno de sus artículos trata de responsabilidad subsidiaria del Estado; y en el 22, que se ocupa de la que corresponde a los amos, maestros, personas y empresas dedicadas a cualquier género de industria, por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus criados, discípulos, oficiales, aprendices o dependientes, en el desempeño de sus obligaciones o servicio, parece que no puede incluirse la responsabilidad del Estado, por no tratarse de una empresa dedicada a género alguno de industria. Y así, la sentencia de 7 de enero de 1898 resuelve que la responsabilidad civil subsidiaria establecida en el artículo 21 del Código penal (hace referencia al de 1870), no se extiende a todos los amos o principales por los delitos que sus dependientes cometieren en daño de tercero, sino tan sólo a los que ejercieran cualquier industria en razón a los delitos cometidos por los dependientes en el desempeño de sus obligaciones; por lo cual es visto — dice — que no pudiéndose equiparar la misión del Estado a la de una empresa industrial, tampoco le alcanza dicha responsabilidad subsidiaria en defecto de la exigible a sus empleados por los delitos que cometieren. La obligación de indemnizar el daño que un tercero causare a otro por culpa o negligencia, se funda, como lo evidencia la ley 3.ª, título XV, Partida 7.ª, en que la persona obligada lo sea por culpa o negligencia propia, que participe en la acción u omisión del tercero causante del daño; siguién-

dose de ello que el Estado, por virtud de tales disposiciones legales, no es responsable de los daños que resulten a los particulares a consecuencia de los actos ejecutados por los empleados en el desempeño de las funciones propias de su cargo; pues no cabe suponer por parte del Estado, culpa ni siquiera negligencia en la organización de los servicios públicos y en la designación de sus agentes, sino, por el contrario, la previsión humanamente posible para que cada servicio responda al bien general y al de los particulares interesados en su representación, entre los cuales y el Estado, por tanto, no pueden surgir relaciones de orden privado regidas por el Derecho civil, *salvo el caso de que el mismo Estado obre como persona jurídica capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones.*

§ 60. Resulta de lo últimamente expuesto que la responsabilidad del Estado no se limita exclusivamente a los casos especificados en el artículo 1.903.

El Estado, además de actuar como organismo público propiamente dicho, puede ejercer actividades propias de una empresa comercial o industrial: explotar una fábrica, un ferrocarril, etc., y en tales casos no se daría ningún argumento convincente para eximir de responsabilidad al Estado.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 11 de abril de 1935, condenó a la Diputación Provincial de Guipúzcoa a abonar, como indemnización, una determinada cantidad a los herederos de N. N., por haberle ocasionado la muerte un empleado o alumno de una granja agrícola que poseía tal Diputación, con un carricoche; y el fundamento de la sentencia se basa en que, al explotar industrialmente la granja, operaba como persona jurídica, fuera del ámbito de las condiciones y competencias propias de un órgano del Estado; y por consiguiente, los derechos y obligaciones surgidos de aquella actividad caen bajo la regulación civil ordinaria, sin que pueda ampararse excepción alguna bajo las normas de derecho público, que rigen las relaciones jurídicas de dichos organismos, cuando ejercitan funciones estatales.

Aunque esta sentencia fué dictada por la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, el argumento que expone puede extenderse, asimismo, al caso de que el hecho sea derivado de delito,

§ 61. También se considera que el Estado es responsable, de acuerdo con el artículo 1.902 del Código civil, cuando de una manera directa es el propio Estado el que causa el daño interviniendo culpa o negligencia, como cuando toman acuerdos los organismos de la Administración central, obrando en nombre y representación del Estado mismo “y como expresión externa de su soberanía en su función ejecutiva”. (Sentencia de 18 de mayo de 1904.)

¿Por qué esta distinción? ¿Qué motivos hay para que el Estado, cuando obra por mediación de tal organismo sea responsable, y no lo sea cuando obra por mediación de funcionario que, al actuar, utiliza la representación del Estado y la fuerza coactiva del mismo? Es por la adaptación del principio que distingue el órgano del representante, principio que, a criterio de CHIRONI ⁽⁶⁾, no es aceptable. “Y basta observar — dice — que, en confrontación con la persona jurídica, dicho órgano es también como el agente o simple empleado, una persona diferente de la persona jurídica; y no se comprende, sin introducir en la doctrina una ficción que repugna al propósito de querer construir la realidad de la persona jurídica, de qué modo la voluntad del órgano sea desde luego la de la persona por la cual obra y la voluntad del agente sea la suya, aunque se refiera al representante. Pero en ambos casos, ¿no existen siempre dos personas, la que obra y aquella por la cual se obra? En ambos casos, ¿no existe la voluntad del agente referido a otros, según el empleo que tiene y las condiciones en las cuales ha manifestado su voluntad?”

§ 62. El Estatuto Provincial, en el capítulo II del título V, se ocupa de la responsabilidad de los organismos provinciales, y declara responsables las Diputaciones y Comisiones provinciales que, aun cuando ejerzan atribuciones propias, cometan infracciones manifiestas de la ley o incurran en negligencia u omisión de que resulte perjuicio a los intereses o servicios que les están encomendados, abuso o malversación en la administración de sus fondos.

⁽⁶⁾ G. CHIRONI: *La culpa en el Derecho civil moderno (Culpa extracontractual)*, I, 491.

Cuando las Diputaciones o Comisiones provinciales incurran en responsabilidad de una u otra índole, se deberá exigir a los diputados a quienes sea imputable, por acción o por omisión la infracción legal, la lesión de derecho o cualquier otra culpa o negligencia, sin que en caso alguno alcancen las aludidas responsabilidades a la provincia ni a los establecimientos que dependan de ella, salvo la restitución o indemnización en la medida del provecho que hubiesen percibido por virtud del acto u omisión que hubiese ocasionado la responsabilidad.

La ley de Bases municipal de 10 de julio de 1935, en su base XXV establece que las entidades municipales responderán civilmente de los perjuicios y daños que al derecho de los particulares irrogue la actuación de sus órganos de gobierno o la de sus funcionarios en la esfera de sus atribuciones respectivas, directa o subsidiariamente, según los casos; y la ley Municipal aprobada por Decreto de 31 de octubre de 1935, en su artículo 209, dispone que las entidades municipales responderán civilmente de los perjuicios y daños que al derecho de los particulares irrogue la actuación de sus órganos de gobierno, o la de sus funcionarios, en la esfera de sus atribuciones respectivas, directa o subsidiariamente, según los casos (7).

(7) Artículo 197. Con independencia de los recursos contencioso-administrativos, los funcionarios castigados podrán siempre recurrir contra las sanciones que les hubieren sido impuestas ante un Tribunal constituido en la capital de la provincia por el Juez decano que será presidente; un diputado provincial designado por la Diputación, el Abogado del Estado, Jefe, un Secretario de Ayuntamiento, nombrado por el Colegio de Secretarios, y un Concejäl del Ayuntamiento de la capital, designado por dicha Corporación Municipal. Actuará de Secretario de dicho Tribunal el Secretario Judicial del Juzgado al que corresponda la Presidencia.

Las actuaciones de dicho Tribunal serán gratuitas y se extenderán en papel de oficio. Sus fallos serán dictados en el improrrogable plazo de cuarenta días, a contar desde la presentación del recurso, y serán ejecutivos, cabiendo contra ellos recurso contencioso-administrativo. Cuando se declare indebida una destitución o suspensión, el funcionario tendrá derecho a percibir el sueldo no percibido desde que aquélla se acordó, debiendo abonarlo el Ayuntamiento sin perjuicio de la responsabilidad civil de los concejales que votaron el acuerdo.

XI

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

§ 63. La ley declara la responsabilidad civil de los funcionarios públicos que en el ejercicio de sus cargos, infringiendo alguna disposición legal, por culpa o negligencia inexcusable, causen perjuicios a alguna persona.

Para ello exige, según los casos y los funcionarios, distintas circunstancias y condiciones, y establece procedimientos adecuados al caso.

No vamos a ocuparnos de la responsabilidad que la ley atribuye a cada clase y categoría de funcionarios, porque la tarea sería más extensa que la que nos proponemos dedicar a este punto, sino tan sólo de la de algunos de ellos, empezando por la de los funcionarios judiciales.

La responsabilidad de los Jueces y Magistrados la establecen las leyes Orgánica del Poder Judicial, de Enjuiciamiento civil y de Enjuiciamiento criminal.

La responsabilidad puede ser gubernativa, criminal o simplemente civil. Incurren en la del segundo orden por las infracciones legales voluntarias constitutivas de algunos de los delitos definidos en el Código penal, pero éstas dan lugar asimismo a la responsabilidad civil, no sólo por lo dispuesto en la ley Orgánica, sino también por el principio de que toda persona responsable criminalmente lo es también civilmente ⁽¹⁾. Hemos de ocuparnos, en las líneas que siguen, exclusivamente de la responsabilidad civil.

(1) Véase MANRESA, *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento civil*, II, 220: Los Jueces y Magistrados — afirma el artículo 8.º de la ley Orgánica del Poder Judicial — responden civilmente de las infracciones de las leyes que cometan en los casos y en las formas que las leyes prescriban, no eximiéndolos de tal responsabilidad alegar su obediencia a las disposiciones del Poder Ejecutivo en lo que sean contrarias a las leyes.

Tal responsabilidad está limitada al resarcimiento de los daños y perjuicios estimables en metálico (al prudente arbitrio de los Tribunales), que causen a los particulares, Corporaciones o Estado, cuando en el desempeño de sus funciones, infrinjan las leyes, por su negligencia o ignorancia inexcusable ⁽²⁾. Y nace de los actos de los Jueces o Magistrados, actuando, tanto en el orden civil como en el penal, en la esfera de sus atribuciones ⁽³⁾.

Así como, al tratar de la culpa extracontractual civil del artículo 1.902, afirmábamos que no era precisa la infracción de ningún precepto legal para que naciera el deber de indemnizar, aquí no podemos decir lo mismo; sino que, por el contrario, se requiere precisamente la existencia de un precepto legal que el Juez o Magistrado con sus actos vulnere, aunque no sea intencionadamente.

La infracción debe ser por negligencia o ignorancia inexcusables — dice la ley, — entendiéndose por ignorancia, a tenor de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1929, etimológica y jurídicamente, la falta de ciencia; y se distingue del error, en que aquélla consiste en privación de ideas, y éste, en la disconformidad de éstas con la naturaleza o el estado de las cosas a que se aplica.

El significado de la palabra “inexcusable” nos lo da la misma ley ⁽⁴⁾, al decir que se produce cuando — aunque no haya intención ⁽⁵⁾ — se hubiese dictado providencia manifiestamente contraria a la ley o se hubiese faltado a algún trámite o solemnidad mandado observar por la misma, bajo pena de nulidad ⁽⁶⁾.

(2) Artículos 260 y 261 de la ley Orgánica.

(3) Véase MANRESA: *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento civil*, IV, 150.

(4) Orgánica: artículo 262.

(5) MANRESA, *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento civil*, IV, 154: No se dice a sabiendas porque entonces se habría cometido el delito de prevaricación, del que nacería necesariamente dicha responsabilidad como consecuencia de la criminal.

(6) Artículo 262 de la ley Orgánica.

Nótese que habla solamente de providencias manifiestamente contrarias a la ley o que violen las formas esenciales del juicio (artículo 262 de la ley Orgánica) y como según el artículo 668 de la misma ley se llaman providencias las resoluciones de mera tramitación, y en los autos se comprenden las que se refieren a las formas esenciales del

Y perfilando el concepto, el Tribunal Supremo en diversas sentencias ha declarado que es necesaria la existencia de un precepto legal claro y preciso, que no pueda ofrecer dudas ni dificultades de interpretación ⁽⁷⁾, y no es suficiente la violación de una doctrina o de opiniones ⁽⁸⁾; porque, según expone la sentencia de 28 de septiembre de 1928, dada la importancia de la función judicial, lo limitado y falible que es el entendimiento humano, la falta de claridad en algunas leyes, que no pueden ser casuísticas y las diversas interpretaciones a que se prestan, que son un obstáculo para la unidad de criterio, el legislador no ha querido someter a responsabilidad más infracciones que las de los preceptos claros y terminantes de la ley; y añade que el calificativo de inexcusable ha de tener los caracteres de una evidencia notoria, porque la base de la responsabilidad es aquella ignorancia tan extraordinaria y supina que sea totalmente incompatible con todo raciocinio derivado de un sentimiento de rectitud; y, por tanto, la responsabilidad no puede existir cuando, sin desconocer el precepto legal, con error más o menos disculpable, se aplica indebidamente, o se extiende a casos diferentes de aquéllos para los que el legislador estatuyera la correspondiente disposición.

Y en este terreno, la sentencia de 25 de marzo de 1929, a pesar de considerar que el hecho de que un Juez municipal que ha resuelto un asunto, no se haya abstenido de conocer del mismo en apelación, es constitutivo de una falta grave de buen sentido jurídico que merece el concepto de atentado a la ética procesal, sin perjuicio de otro género de responsabilidades, no puede dar lugar a la responsabilidad civil por no estar sancionada con la nulidad la sentencia recaída ⁽⁹⁾.

juicio, es claro que en ese precepto no están comprendidas las sentencias definitivas y autos que pongan término al pleito (MANRESA, *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento civil*, II, 222).

⁽⁷⁾ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1927.

⁽⁸⁾ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1929.

⁽⁹⁾ Con arreglo al artículo 28 de la ley de Justicia Municipal, las sentencias dictadas por los Jueces de 1.ª instancia en grado de apelación, por no ser susceptibles de ulterior recurso, no se encuentran comprendidas en las condiciones que prescriben los artículos 903 de la ley Procesal y 262 de la ley Orgánica del Poder Judicial para deducir la responsabilidad civil contra los que la dictaron, pues pronunciadas en

Para que se dé lugar a la indemnización de perjuicios se requiere que éstos existan y sean computables en dinero, exigiendo además el Tribunal Supremo que al perjuicio le acompañe la circunstancia de ser irreparable dentro del procedimiento en que se hubiese causado; y por tanto, no puede haber lugar a la indemnización cuando en el propio juicio se reconoce y enmienda la falta cuya reparación en el terreno de los hechos sólo pueda tener lugar en el período de ejecución de sentencia ⁽¹⁰⁾, y queda subsanado el agravio si la providencia causante del mismo, dictada en expediente de jurisdicción voluntaria, queda revocada por la Audiencia ⁽¹¹⁾.

La demanda de responsabilidad, que debe substanciarse por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía (artículo 910 de la ley de Enjuiciamiento civil), la ha de interponer la parte perjudicada o sus causahabientes ⁽¹²⁾, ante el Tribunal superior inmediato al que hubiere incurrido en responsabilidad ⁽¹³⁾ y dentro de los seis meses ^(13 bis), una vez sea

último grado y para poner fin al asunto en que recaen, salvo el caso de malicia, no pueden los errores que se cometan para razonar los fundamentos atribuirse más que a lo falible y limitado del entendimiento humano (sentencia de 30 de abril de 1920).

⁽¹⁰⁾ Sentencia de 23 de marzo de 1899.

⁽¹¹⁾ Sentencia de 27 de octubre de 1887.

Si por medio de la apelación el Tribunal superior revoca la providencia restableciendo el imperio de la ley y la marcha ordenada del juicio, quedará reparado el agravio, pero no indemnizados los perjuicios que con las dilaciones y gastos de la apelación, o del recurso de casación, en su caso, se hayan ocasionado a la parte agraviada. Para obtener esta indemnización se concede a dicha parte el recurso de responsabilidad civil... Y si el Tribunal superior confirma la providencia, asume la responsabilidad del inferior. Y en tal caso contra aquél y contra éste deberá entablarse dicho recurso (MANRESA, *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento civil*, II, 227).

⁽¹²⁾ Por consiguiente, el que no sea parte en el juicio, en que se haya dictado la resolución judicial que cause el agravio, como ésta no puede perjudicarlo por no ser parte litigante, y si le perjudica puede utilizar otros medios, carece de personalidad para entablar el recurso de responsabilidad civil (MANRESA, *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento civil*, IV, 149).

Artículo 903 de la ley de Enjuiciamiento civil; sentencia de 21 de abril de 1884.

⁽¹³⁾ Artículos 263 de la ley Orgánica y 903 de la de Enjuiciamiento civil.

^(13 bis) Artículo 905 de la ley de Enjuiciamiento civil. Deben computarse conforme a las reglas del artículo 303. Sentencias de 10 de enero de 1917 y 23 de mayo de 1927.

firme la sentencia o auto que hubiere recaído en la causa o pleito en que se haya causado el perjuicio ⁽¹⁴⁾.

Para poder interponer la demanda de responsabilidad civil, precisa que a su tiempo se hayan utilizado los recursos legales contra la sentencia, auto o providencia en que se suponga causado el agravio o se haya reclamado oportunamente, durante el juicio, con recursos que pudieron interponerse ⁽¹⁵⁾, ya que el de responsabilidad civil es de carácter subsidiario, según afirma la sentencia de 23 de marzo de 1899.

La ley de Enjuiciamiento civil, en sus artículos 907 y siguientes, enumera los documentos que deberán acompañarse con la demanda y regula la tramitación de tales juicios.

§ 64. Se puede exigir a los funcionarios del Ministerio Fiscal el resarcimiento de los daños y perjuicios estimables, que causen a los particulares, a las Corporaciones o al Estado, cuando en el desempeño de sus funciones infrinjan las leyes por negligencia o ignorancia inexcusables.

Tal responsabilidad sólo la puede exigir el perjudicado o sus causahabientes, y no podrá interponerse la demanda hasta que termine por sentencia o auto firme el pleito o causa en que se supone causado el agravio. La acción, empero, prescribe transcurridos los seis meses desde que haya adquirido firmeza la sentencia o auto que haya puesto término el pleito o causa.

No tiene acción, para exigir la responsabilidad civil, el que a su tiempo no hubiese reclamado en forma, pudiéndolo hacer, o no haya utilizado los recursos legales ordinarios, para evitar o reparar los perjuicios, que por la actuación del funcionario fiscal haya sufrido.

La demanda, que ha de seguir los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, debe formularse ante el Tribunal o Juzgado que determina la ley, de acuerdo con la categoría del demandado ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ Artículos 265 de la ley Orgánica y 904 de la de Enjuiciamiento civil.

⁽¹⁵⁾ Artículo 906 de la ley de Enjuiciamiento civil.

⁽¹⁶⁾ Véanse Estatutos del Ministerio Fiscal, de 21 de junio de 1926, y artículos 132 a 141 del Reglamento Orgánico, donde se especifican los documentos que deben acompañarse y los trámites del juicio.

§ 65. La responsabilidad civil de los Registradores de la propiedad por actos u omisiones en el ejercicio de su cargo, la establece la ley Hipotecaria en su título XI.

El artículo 313 de la mencionada ley enumera los siguientes casos en los que a los Registradores les incumbe responsabilidad civil:

1.º Por no asentar en el Diario, no escribir o no anotar preventivamente, en el término señalado por la ley, los títulos que se presenten al Registro.

2.º Por error o inexactitud, cometidos en inscripciones, cancelaciones, anotaciones preventivas o notas marginales.

3.º Por no cancelar — sin fundado motivo — alguna inscripción o anotación, u omitir el asiento de alguna nota marginal en el término correspondiente.

4.º Por cancelar alguna inscripción, anotación preventiva o nota marginal, sin el título y los requisitos que exige la ley Hipotecaria.

5.º Por error u omisión en las certificaciones de inscripción o de libertad de los inmuebles o derechos reales, o por no expedir dichas certificaciones en el término señalado en la ley Hipotecaria.

Además de los casos referidos, la propia ley, en otros artículos, establece obligaciones que los Registradores deben cumplir y cuyo incumplimiento les hace responsables civilmente de los daños y perjuicios que de ello se deriven.

Así ⁽¹⁷⁾ deben calificar la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de las obligaciones de las escrituras públicas, por lo que de las mismas resulta. Y ello debe hacerlo bajo su responsabilidad ⁽¹⁸⁾.

De acuerdo con el artículo 20, deben denegar o suspender, según los casos, la inscripción de los documentos en virtud de los cuales se transfiere o grava el dominio o la posesión de bienes inmuebles o derechos reales, mientras no conste previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre se haga la transmisión o gravamen,

(17) Artículo 18.

(18) Artículo 18.



siendo responsables directamente de los perjuicios que causen a un tercero por la infracción de tal precepto ⁽¹⁹⁾.

Para que se dé lugar a la indemnización, precisa que existan perjuicios; sin ellos, puede darse una responsabilidad de otro orden, pero no la civil ⁽²⁰⁾; si el hecho se realiza con malicia o intención, será constitutivo de delito o falta, pero también dará lugar a la responsabilidad civil ⁽²¹⁾.

Los errores a que se refiere el artículo 313 de la ley Hipotecaria, deben ser — afirma MORELL ⁽²²⁾ — indubitados en la calificación o interpretación; o errores notorios no discutibles.

Pero las inexactitudes u omisiones no serán imputables al Registrador, cuando tengan su origen en algún defecto del mismo título inscrito y no sean de los que notoriamente (y según los artículos 19, número noveno del 42, 100 y 101) deban haber motivado la denegación o suspensión de la inscripción, anotación o cancelación ⁽²³⁾.

A los efectos de la prueba, empero, el cotejo no debe hacerse con la matriz del contrato, sino con la copia presentada para su inscripción ⁽²⁴⁾; y ello es natural, ya que el Registrador debe atenerse a la copia que se le presenta.

En el artículo 317 de la ley Hipotecaria se concreta el alcance de la responsabilidad civil, a los efectos de la reparación del daño causado. Establece que el que por error, malicia o negligencia del Registrador perdiere un derecho real o la acción para reclamarlo, puede exigir del mismo Registrador el importe de lo que hubiere perdido; el que pierde sólo la hipoteca de una obligación, puede exigir que el Registrador, a su elección, o le proporcione otra hipoteca igual a la perdida, o deposite desde luego la cantidad asegurada para responder en su día de dicha obligación ⁽²⁵⁾.

⁽¹⁹⁾ MORELL, en *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, V, 228, cita otros casos de responsabilidad, además de los enumerados nominativamente por la ley.

⁽²⁰⁾ Véase MORELL: lugar citado, V, 228.

⁽²¹⁾ Véase MORELL, V, 227.

⁽²²⁾ V, 234 y 235.

⁽²³⁾ Artículo 314 de la ley Hipotecaria.

⁽²⁴⁾ Sentencia de 11 de octubre de 1890. Véase MORELL, V, 232.

⁽²⁵⁾ Se ha discutido el alcance de este precepto, en el sentido de a quién corresponde la elección, si al Registrador o al perjudicado, sos-

En tales casos, empero, será solidariamente responsable con el Registrador, del pago de las indemnizaciones a que éste sea condenado por su falta, aquel que quede libre de alguna obligación inscrita ⁽²⁶⁾; pero, si el perjudicado dirige su acción contra el que se haya beneficiado con el acto del Registrador, sólo podrá repetir contra éste en el caso de que no llegue a obtener la indemnización reclamada o alguna parte de ella. Si la dirige contra el Registrador, éste podrá repetir contra el beneficiado.

El Registrador responde de los actos propios y de los de aquéllos que le estén subordinados. La ley ⁽²⁷⁾ de una manera expresa lo establece por lo que se refiere al substituto, mientras esté a su cargo el Registro, y en cuanto a los demás empleados, sería de aplicación el artículo 1.903 del Código civil ⁽²⁸⁾.

La demanda debe presentarse ante el Juzgado o Tribunal a que corresponda el Registro ⁽²⁹⁾, antes del año de ser conocidos los perjuicios por el que pueda reclamarlos; y en todo caso antes del plazo señalado por las leyes comunes para la prescripción de las acciones personales, empezando a contarse el tiempo de la prescripción, en tal caso, desde la fecha en que la falta haya sido cometida ⁽³⁰⁾. El que durante 90 días — artículo 333 — no agite el curso de la demanda, se entiende que renuncia a su derecho; pero, a pesar de ello, la sentencia de 7 de junio de 1882 ⁽³¹⁾ establece que cuando la paralización no depende de la voluntad del interesado, y cuando a pesar de no haberse agitado en más de 90 días, el Registrador consiente una providencia posterior de tramitación, por la que continúa el pleito, la prescripción ya no puede ser alegada ⁽³²⁾.

teniendo, acerca de ello, distinta opinión GALINDO DE ESCOSURA y MORELL (MORELL, V, 251).

⁽²⁶⁾ Artículo 318 de la ley Hipotecaria; sentencia de 7 de junio de 1882.

⁽²⁷⁾ Artículo 316.

⁽²⁸⁾ Véase MORELL.

⁽²⁹⁾ Artículo 321.

⁽³⁰⁾ Artículo 333.

⁽³¹⁾ Véase MORELL, V, 281.

⁽³²⁾ Véanse los demás artículos del referido título por lo que hace referencia a reclamaciones sobre la fianza y el artículo 467 del Reglamento Hipotecario.

§ 66. El Estatuto Provincial, en el capítulo II del título V, se ocupa de la responsabilidad de las autoridades y organismos provinciales. Declara personalmente responsables a los Gobernadores, Presidentes de Diputaciones y Diputados provinciales, titulares o suplentes, con arreglo a las leyes, de los daños o perjuicios que se originen por la adopción, ejecución o suspensión de los acuerdos de las Diputaciones y Comisiones provinciales.

También declara responsables de los acuerdos de las Diputaciones, a los diputados que los hubiesen votado, y a aquellos que no hubiesen salvado el voto, en la forma y tiempo establecidos por la ley, con la excepción de los ausentes con licencia oficial.

La responsabilidad la puede exigir cualquier particular, Ayuntamiento o persona jurídica interesada del Gobernador, Presidente de la Diputación, diputados provinciales y funcionarios de la misma, de acuerdo con la ley de 5 de abril de 1904, sin que, empero, sea preciso el previo recordatorio, por escrito, de las disposiciones aplicables, que exige el artículo 1.º de dicha ley.

§ 67. El Estatuto Municipal también establecía la responsabilidad civil de las Autoridades y funcionarios municipales. En el artículo 258 autorizaba a cualquier persona interesada para exigir la responsabilidad civil al Alcalde, Concejales y Autoridades o funcionarios municipales por los trámites de la ley de 5 de abril de 1904, sin ser preciso, tampoco, el previo recordatorio por escrito de las disposiciones legales aplicables.

Declaraba responsables de los acuerdos municipales a los concejales que los votaron y aquéllos que no salvaron su voto en las condiciones y tiempo fijados ⁽³³⁾. Asimismo establecía

(33) Artículo 271.

Sentencia de 28 de marzo de 1935: Hasta que llegare del Estado una subvención para obras de un templo parroquial solicitada por un Ayuntamiento, acordó éste habilitar un crédito, que al no poder ser reintegrado por no conceder el Ministerio la subvención pedida, los nuevos regidores municipales, sin reclamación previa administrativa, entablaron demanda de responsabilidad civil ante la Audiencia, contra los que acordaron la concesión de dicho crédito, fundamentada en extra-

la responsabilidad civil de los Alcaldes y Autoridades de todos órdenes que incurriesen en demora injustificada en la tramitación y resolución de los recursos a que la ley asignaba plazos fijos ⁽³⁴⁾.

La base XXV de la ley de Bases municipal de 10 de julio de 1935, declaraba la responsabilidad civil de las Autoridades y funcionarios municipales, en el ejercicio de sus peculiares funciones; y el artículo 208 de la ley de 31 de octubre de 1935, añade que será exigida la responsabilidad conforme a los preceptos de la ley de 5 de abril de 1904. Aquí, por tanto, no exonera del recordatorio por escrito de la disposición infringida.

§ 68. El Estatuto de Recaudación, aprobado por Real Decreto-ley de 18 de diciembre de 1928 ⁽³⁵⁾ establece que los obligados al pago para con la Hacienda que se consideren perjudicados en sus derechos por los Recaudadores, coadyuvantes y funcionarios que en el ejercicio de sus cargos infrinjan con actos u omisiones algún precepto cuya observancia les haya sido reclamada por escrito, podrán ejercitar contra aquéllos la acción de responsabilidad civil, en la forma, plazo y modalidades que determina la ley de 5 de abril de 1904, para el resarcimiento de daños y perjuicios causados por la infracción legal de que se trate.

limitación de funciones y solicitando el reintegro de su importe, mas una indemnización de daños y perjuicios. La Audiencia accedió y recurrido el fallo en casación por infracción del artículo 1.º de la ley citada y 1.º y 2.º de su Reglamento, 260 del Estatuto Municipal, por inaplicación y por interpretación errónea los 72, núm. 3.º; 73, núm. 5.º de la ley Municipal en relación con el 114 de la misma y 578 y 581 del Estatuto Municipal citado, el Tribunal Supremo acuerda haber lugar al recurso, estableciendo: Que a los Tribunales de la jurisdicción civil no les es dable entrar a discernir si hubo o no por parte de los adoptantes del acuerdo la extralimitación de funciones que determinaron el perjuicio reclamado, "por ser materia ajena a su competencia y que corresponde cuando no hay un procedimiento singular, a los de lo contencioso-administrativo; y sólo cuando éstos se hubieren pronunciado en sentido declaratorio de la existencia o realidad del acto generador de la responsabilidad atribuida a los que adoptaron el acuerdo, o no hubieran salvado su voto o intervención, quedará expedita la vía civil para que ante los Tribunales de este orden se puedan ejercitar con éxito las acciones adecuadas para obtener el resarcimiento de los perjuicios causados con arreglo a las normas de la citada ley de 5 de abril de 1904.

⁽³⁴⁾ Artículo 273.

⁽³⁵⁾ Artículo 262.

§ 69. Vamos, pues, a tratar ligeramente del contenido de la ley de 5 de abril de 1904 a que se refieren las disposiciones legales examinadas. En su artículo 1.º declara la responsabilidad civil de los funcionarios civiles del orden gubernativo, desde Ministro de la Corona, hasta Agente de la Autoridad.

Para ello, exige:

a) Que el funcionario haya obrado en el ejercicio de su cargo.

b) Que con actos u omisiones infrinja algún precepto. Y añade el artículo 2.º del Reglamento de 23 de septiembre de 1904 (que se entiende por actos u omisiones lesivos, los realizados con infracción de precepto legal expreso en agravio de un derecho definido en disposición legal, y la inobservancia de trámite o diligencia de substanciación prevenidos por la ley o Reglamentos vigentes) ⁽³⁶⁾ y siempre que la acción u omisión no pueda ser imputable al que se dice perjudicado.

Da origen a responsabilidad civil la infracción de una ley con culpa o negligencia, según el artículo 1.902 del Código civil, o ignorancia inexcusable, error manifiesto, injusticia notoria, falta de celo, etc.; pero no basta el mero error o discrepancia de criterio entre lo resuelto por el inferior y el superior ⁽³⁷⁾, ni la revocación de un acuerdo en vía contencioso-administrativa ⁽³⁸⁾. Y así es compatible lo resuelto por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, mandando devolver al recurrente ciertas cantidades por suponer que la Administración se equivocó al considerarle como defraudador, y la sentencia civil declarando la irresponsabilidad del Alcal-

⁽³⁶⁾ Sentencia de 30 de noviembre de 1921: No se puede pedir responsabilidad a un funcionario público, si la cuestión planteada exige resolver previamente si se procedió o no con legalidad.

¿Precisa resolver previamente la cuestión administrativa de si el acto es o no legal, para promover la reclamación civil? Sentencia de 22 de enero de 1930: La Audiencia dió lugar a la competencia; pero al mismo tiempo, resolviendo la cuestión de fondo declaró la no existencia de culpa; y el Tribunal Supremo rechazó el recurso fundado en estos dos puntos de vista; de manera que la solución no resulta clara. Pero la sentencia de 9 de enero de 1931 dice claramente que los Tribunales administrativos son los competentes para conocer sobre el ejercicio de las concesiones administrativas de aguas públicas.

⁽³⁷⁾ Sentencia de 7 de julio de 1933.

⁽³⁸⁾ Sentencia de 7 de julio de 1933.

de que se limitó a cumplir lo acordado por la Corporación Municipal.

c) Que la observancia del precepto infringido, haya sido reclamada por escrito al infractor.

El Reglamento restringe más este criterio y en su artículo 11 establece, como requisito para interponer la demanda, que la reclamación por escrito se haya presentado en tiempo hábil para prevenir o remediar la infracción; que en el escrito se consigne clara y concretamente el precepto legal o reglamentario cuya infracción se pida, se enumeren los hechos y fundamentos de derecho en que el reclamante apoye su pretensión y se exprese la fórmula “en preparación de demanda de responsabilidad”.

Ello no obstante, el Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de marzo de 1918, declara que la ley de 5 de abril de 1904 es de carácter especial y fué dictada en beneficio de los particulares agraviados, por lo que su interpretación ha de ser extensiva y siempre preferente en su esencia a la que haya de darse al Reglamento; y como que la ley en su artículo 1.º sólo dice que la reclamación sobre la inobservancia del precepto se ha de hacer por escrito, sin exigir además que el reclamante exprese la fórmula “en preparación de demanda de responsabilidad”, cual previene el Reglamento, es visto que a la ley citada hay que atenerse en primer término sobre todo cuando del escrito formulado por el actor bien claramente se infiere que tal era su propósito y objeto ⁽²⁹⁾.

d) Que — declara la sentencia de 9 de abril de 1932 — los actos por los que se exija responsabilidad han de ser de la peculiar y propia iniciativa del funcionario y no de ejecución o inejecución de lo decretado por el Tribunal de lo Contencioso.

Y es que en esta materia, cuando el funcionario se limita a cumplir lo que le ha ordenado su superior, queda exonerado de responsabilidad; y no sólo en el caso de cumplimiento de una orden, sino incluso en el de aprobación expresa del acto u omisión ocasional de los daños y perjuicios.

Dada la aprobación, la responsabilidad pasará al superior jerárquico que apruebe este acto, pero el Tribunal de lo Con-

⁽²⁹⁾ Cita esta sentencia, en apoyo de su tesis, la de 23 de octubre de 1916.

tencioso, a tal efecto, no se considera como superior jerárquico.

e) Que se den daños y perjuicios consiguientes a la infracción legal. Y aquí podríamos dar por reproducido todo cuanto, respecto a la reparación del daño causado, decimos en otro capítulo. Sólo haremos mención de la sentencia de 30 de junio de 1923: en el caso por ella resuelto se trataba de la indemnización que correspondía a un Secretario de Ayuntamiento, suspendido por el Alcalde, de empleo y sueldo, durante un mes. Se le concede el sueldo no percibido y la asignación de material que al ser repuesto tuvo que reponer, pero no las cantidades que había satisfecho para recurrir del acuerdo de suspensión, así como de la invertida en sus estancias y viajes a Madrid.

Pueden formular la reclamación: el agraviado, los que fueren sus representantes legítimos o causahabientes, con arreglo al derecho civil, y toda Corporación cuya existencia esté legalmente autorizada, en nombre de cualquiera de sus individuos, siempre que justifique que lo hace a requerimiento de perjudicado y subrogándose en su derecho y en sus obligaciones y responsabilidades ⁽⁴⁰⁾.

La demanda puede formularse desde que en cualquier estado del asunto, no obstante la reclamación, se haya consumado la infracción legal por resolución firme, definitiva o de trámite, aunque no se hayan agotado los recursos admisibles (artículo 1.º de la ley y 3.º del Reglamento); y se entiende que la resolución es firme cuando no quepa contra ella recurso alguno, aunque esto proceda de no haberse interpuesto en tiempo, los que la ley concede ⁽⁴¹⁾. Ello no obstante, no podrá interponerse la acción mientras se esté tramitando juicio contencioso-administrativo; y no hay que olvidar que en muchos casos, para saber si existe o no infracción de la ley, será preciso o conveniente la tramitación del juicio contencioso-administrativo ⁽⁴²⁾.

⁽⁴⁰⁾ Artículo 7.º del Reglamento.

⁽⁴¹⁾ Artículo 1.º de la ley.

⁽⁴²⁾ Véase artículo 4.º: Por regla general los funcionarios subordinados a la Autoridad Municipal, antes de ejercitar la acción de la ley de 5 de abril de 1904 deben recurrir en vía contenciosa-administrativa (sentencia de 30 de octubre de 1931).

El plazo de prescripción de las acciones nacidas al amparo de esta ley es el de un año, contado desde el día que puedan ejercitarse. Si éstas dimanasen de omisión, el plazo se contará desde el vencimiento del legal para el acto omiso; y, a falta de precepto que lo determine, desde el mes siguiente al comienzo de la omisión ⁽⁴³⁾.

La acción, que, como decíamos, no queda expedita hasta que se consume por resolución firme y definitiva, no obstante la reclamación formulada por escrito, se interrumpe por la interposición del recurso contencioso-administrativo; pero no, por otro recurso ⁽⁴⁴⁾.

Fuera de los casos que la ley lo reserva al Tribunal Supremo o al Senado, debe conocer de la reclamación la Sala de lo civil de la Audiencia Territorial, en cuya demarcación hubiere funcionado la persona de mayor categoría que figure entre los demandados como responsables; y si no existe diferencia de categoría, será competente, a elección del demandante, cualquiera de las Audiencias Territoriales en cuyas demarcaciones hayan ejercido aquéllos las funciones públicas que den lugar al juicio ⁽⁴⁵⁾.

La demanda se substanciará por los trámites de los incidentes, en única instancia y el actor deberá acreditar: a) el hecho de haber sufrido el perjuicio cuya indemnización reclama; b) la cuantía del mismo; c) que dimana directamente del agravio inferido a su derecho por la acción u omisión del funcionario contra quien dirige la acción ⁽⁴⁶⁾.

Caso de fallecimiento del funcionario, la demanda podrá ser dirigida contra sus herederos ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴³⁾ Artículo 11 de la ley.

⁽⁴⁴⁾ Sentencia de 13 de enero de 1928 y artículo 4.º del Reglamento.

⁽⁴⁵⁾ Artículo 6.º de la ley.

⁽⁴⁶⁾ Artículo 3.º de la ley y 16 del Reglamento.

⁽⁴⁷⁾ Artículo 2.º de la ley.

XII

DAÑO MORAL

§ 70. Por daño moral podemos entender el que no afecta al patrimonio de una persona determinada, el que no queda completamente compensado entregando una cantidad más o menos elevada de dinero. De aquí que no puedan considerarse exclusivamente morales aquellos daños que repercuten al patrimonio del perjudicado. Si a consecuencia de una herida, por ejemplo, estoy dos días sin trabajar, dejando en ellos de percibir mi jornal de quince pesetas, y he invertido, además, cien pesetas en gastos de curación, la herida sufrida afectará a mi patrimonio en 130 pesetas, que constituirán el daño patrimonial; pero, además, me habrá producido unas incomodidades, un dolor físico... y ello constituye el daño moral.

Los daños morales afectan a la personalidad física o moral del hombre o a ambas a la vez; a la integridad de las facultades físicas; a las sensaciones y sentimientos del alma humana. Puede decirse que lo es, todo atentado que prive al hombre de algún miembro o facultad; toda mutilación, sea más o menos esencial; todo dolor físico o moral, producido por la pérdida de alguna persona, objeto o prestigio que repercuta en nuestros sentimientos; todo atentado a nuestra libertad, a nuestro desarrollo, a nuestra personalidad...

GABBA ⁽¹⁾, analizando la jurisprudencia de su tiempo, encuentra los siguientes casos de daño moral:

“I. Ofensas al cuerpo. a) Sólo producen dolor físico y enfermedad más o menos larga; o bien, b) además de éstos, causan mutilaciones, deformaciones, algo irreparable en el

⁽¹⁾ *Cuestiones prácticas de Derecho civil moderno (Indemnización de los daños morales).*

organismo y en la salud física. — II. Ofensas al decoro físico moral de una persona: una injuria, robo de la mujer ajena, que ofenda más o menos gravemente al pudor, una violación o disminución de la libertad personal sin ofensa para el cuerpo ni para el decoro. — III. Quitar o disminuir beneficios que una persona tenía derecho a esperar de otra, en virtud de una ofensa corporal o de un daño patrimonial causado a este último, como por ejemplo, heridas, destrucción de la salud o la ruina del patrimonio de los padres. — IV. Aflicciones morales o padecimientos del ánimo, causados por cualquier clase de ofensas a la víctima directa de éstos o a otras personas a ésta pertenecientes.”

GABBA, en comprobación de lo expuesto, cita entre otras las siguientes sentencias, que enumeran distintos casos de daños considerados por los Tribunales como morales:

El Tribunal de Catania, 22 de marzo de 1877, condenó al autor de heridas a resarcir el padecimiento físico; el Tribunal de Casale, 21 de mayo de 1872, condenó al resarcimiento, al autor de actos contrarios al pudor en la persona de dos niñas de menos de 12 años; el de Catania, 9 de septiembre de 1894, condenó a resarcir, al autor de un libelo injurioso con que atacaba el honor de otro; el de Casación de Roma, 9 de abril de 1883, condenó al resarcimiento, por daño causado al buen nombre con litigios infundados por fraude; el de Apelación de Aix, 6 de mayo de 1872, condenó al resarcimiento por daño moral (falta de influjo saludable de un padre muerto en un desastre ferroviario); el de Casación de Turín, 23 de junio de 1881, condenó al resarcimiento, por susto ocasionado por mordedura de un perro; el de Bolonia, 5 de marzo de 1869, condenó a un constructor ilícito en fundo ajeno a resarcir el daño de la suspensión del placer moral por la ocupación del edificio; el de Brescia, 19 de mayo de 1890, condenó a una mujer adúltera a resarcir al marido por el daño moral de “encontrarse solo sin familia y sin poder reconstituirla”; el de Bruselas, 24 de junio de 1882, condenó a resarcir a una madre por el disgusto que se le había causado hiriendo, por imprudencia, a su hijo (2).

(2) GABBA, ídem, ídem.

§ 71. Ha sido muy discutido por los autores, el problema de la responsabilidad por daños morales y su reparación mediante la entrega de una suma más o menos elevada de dinero, habiéndose esgrimido fundamentales argumentos por los que sostienen el principio de la indemnización y por los que lo impugnan.

Los argumentos esgrimidos por los que impugnan el principio de la indemnización de los daños morales, pueden concretarse en los siguientes:

Afirman que, civilmente, la palabra “daño”, de acuerdo con lo sentado en la ley 3.^a, título II, libro XXXII del Digesto, “es equivalente a disminución del patrimonio”; y que, por consiguiente, no pueden incluirse dentro de tal concepto los llamados daños morales que, si constituyen una ofensa, dejan intacto el patrimonio del lesionado (3).

Como sea que no es patrimonial el daño causado por una ofensa moral, no es posible establecer una equivalencia entre ésta y una cantidad determinada de dinero. “Para comparar entre sí dos o más cosas, admitir o negar su equivalencia, deben poderse medir y apreciar con la misma medida, si son semejantes; y si no lo son, es preciso, ante todo, que se establezca la equivalencia entre unidad de una y unidad de otra... Pero, ¿quién puede medir la cantidad de dolor físico o moral?” No es suficiente alegar —añaden— que en el comercio se admite continuamente la compensación de cosas heterogéneas y que se da valor a cosas que en realidad no tienen precio (4).

(3) GABBA sostiene que “no pueden llamarse derechos personales, ni derechos o elementos del patrimonio jurídico personal, los objetos de la ofensa personal y del daño llamado moral, en sentido estricto, como por ejemplo, el honor, el pudor. Son sí, elementos integrantes de la personalidad humana, intangibles e inviolables como ésta; pero precisamente la intangibilidad y la inviolabilidad de la persona humana no son por sí mismas un derecho civil y privado, porque no tienen objeto exterior sensible, no son pretensión de ningún hecho o acto exterior determinado, que otra persona determinada verifica o evita. Son un derecho cuya tutela se da por el derecho público penal. Ahora bien: si el llamado daño moral no es disminución del patrimonio moral en sentido jurídico, tampoco puede serlo con efecto jurídico, ni por ende con un resarcimiento pecuniario”.

(4) W. ROCES (pág. 296): En primer lugar, ésta (la indemnización o reparación) tiene por función inseparable y característica y por inexcusable razón de ser, la que JHERING llamó función “equivalencial”; tiende necesariamente a substituir los valores destruidos o quebrantados.

El daño moral — afirman — se produce en el interior del alma, y en ella no puede leer el juzgador, sino que, a lo más, puede establecer una presunción; pero con posibilidad de equivocarse. “¿Cómo se puede afirmar que tal o cual persona relacionada con el muerto o el herido, de algún modo siente un gran dolor por la desgracia?” “A veces el dolor aparente no es más que hipocresía.” “Si los que padecen, verdaderos o fingidos, se lucrasen con una herencia inesperada, debería rebajar el Juez la indemnización del daño moral en el valor que se atribuyese en el placer del lucro más o menos inesperado, porque si el daño moral puede estimarse en dinero, lo mismo puede hacerse con el placer.”

Traería — agregan — una desorganización en la teoría de la reparación, ya que debería indemnizarse no sólo al que ha sido ofendido directamente, sino a todos aquellos que han tenido algún dolor o sentimiento a causa de tal ofensa.

W. ROCES ⁽⁵⁾, a los argumentos expuestos, añade otros de carácter procesal; tales como que, siendo un principio admitido el de que el actor debe probar los perjuicios sufridos y su cuantía, se encuentra en la imposibilidad de hacerlo, tratándose de los derivados de daño moral, por la imposibilidad (así se desprende de su argumentación) de equipararlos en dinero: y ello repercute en el libre arbitrio concedido al juzgador para fijarlos en la cuantía que crea más conveniente y según su conciencia de acuerdo con las pretensiones de la parte agraviada, lo que puede convertirse en arbitrariedad judicial ⁽⁶⁾.

tados por el evento dañoso con otros nuevos, que los reponen y nivelan la “diferencia” en que, como hemos visto, consiste el daño. Y esta operación jurídica requiere por fuerza valores e intereses cifrables en dinero, por representar éste el valor común mediante el cual se establece la equivalencia. Sólo los bienes y derechos patrimoniales son “tasables en dinero” — así se definen, por lo común. — No es que se estime inmoral o degradante cifrar en dinero los demás bienes legítimos de la persona: es que éstos escapan, por esencia, a aquella posibilidad niveladora y equivalencial.

⁽⁵⁾ Página 297.

⁽⁶⁾ W. ROCES: En otras ocasiones la “indemnización” por daños morales, es simplemente, “una satisfacción” que el Juez cree oportuno asignar al agraviado para mitigar el quebranto que el mal causado le produce — “los duelos con pan son menos”. — El mismo JHERING ha estudiado esta función “satisfactoria” del dinero que no debe confun-

Se ha dicho, y ello puede aplicarse al artículo 1.902 del Código civil, que la ley no habla de resarcimiento por daño moral.

Frente a estas argumentaciones, se han esgrimido otras para defender el principio de la indemnización.

La justicia — se ha dicho — requiere una indemnización o reparación completa del daño causado, y es evidente que en multitud de casos, reparando el daño patrimonial, no se satisface por completo a la justicia ⁽⁷⁾. La reparación no se satisface tampoco aplicando al culpable una pena: el sentimiento de venganza, que puede en ciertos casos satisfacer una pasión, no satisface a la justicia, no compensa en poco ni en mucho el daño sufrido por el perjudicado ⁽⁸⁾.

Se dice que la indemnización por daño moral, al no poderse equilibrar completamente con el daño causado, se convierte en una pena para el autor del delito ⁽⁹⁾; pero, en definitiva, la indemnización de daños y perjuicios desde el punto de vista del deudor, ¿no es una pena? ¿No es algo que, con sacrificio propio, la ley obliga al culpable a entregar? Desde este punto de vista, el del deudor, ¿qué diferencia existe entre el pago de una multa y el pago de una indemnización? Quizá la di-

dirse con la de “equivalencia”: ésta sólo le compete — repetimos — en la verdadera indemnización. El problema de derecho positivo está en saber si los Tribunales pueden conceder estas “reparaciones” fuera de los casos establecidos expresamente por la ley (véase art. 123, Código penal). Es esta cuestión digna de un cuidadoso estudio en nuestro derecho (pág. 299).

⁽⁷⁾ PLANIOL y RIPPERT: Toda clase de perjuicio justifica una acción en juicio, tanto si afecta a la persona como a los bienes, sea material o moral, susceptible o no de una exacta evaluación en dinero (tomo VI, página 751).

⁽⁸⁾ CHIRONI, *Culpa extracontractual*: La reparación dada se presenta como reparación verdadera, no como resarcimiento propio, sino como pena y es uno de los casos en que la pena cumple con su oficio de reparación, de compensación del hecho injurioso (II, 328)... de donde resulta claro que el daño moral no es resarcible sino reparable en razón de pena, en sentido no propio, cuando la ofensa contenga injuria como inmediata y directa lesión del derecho sobre la personalidad, teniendo así la pena una función indemnizadora (II, 330).

⁽⁹⁾ Se ha dicho que un perjuicio moral no siendo susceptible de ser reparado constituirá un lucro para el perjudicado y una pena privada para el actor. Mas, ¿para qué desechar esta suma si con las satisfacciones que con ella podría procurarse la víctima, atenuaría cuando menos sus sufrimientos? (pág. 752).

ferencia que encontraríamos sería que la multa, como pena, no transmite a los herederos la obligación de satisfacerla, cosa que no sucede con la indemnización; pero esto no es argumento capital, ni una imposibilidad; porque tanto si se considera como si no se considera pena, en cuanto a reparación, no es ningún absurdo que pase a los herederos; y si un acto cometido por el causante merece una sanción de carácter económico en favor de persona concreta y determinada, en realidad los herederos han recibido el patrimonio del causante disminuído con tal obligación. Si ellos son la continuación de la personalidad del difunto, es natural que les afecten de una manera directa los actos por éste realizados, si repercuten sólo en el patrimonio.

Quizá el argumento más fuerte contra el principio de la indemnización por daño moral, es el de que, formando la ofensa moral y el dinero, dos categorías distintas, no pueden compensarse, y sin una previa determinación de la equivalencia por unidades, no puede pagarse con una, lo perdido con la otra; y la vida, el honor de un hombre, el padecimiento, etc., no tienen precio.

Tales argumentos son ciertos: la vida de un hombre no tiene precio, porque no puede ser adquirida con dinero; pero existen muchas cosas en el mundo que propiamente no tienen precio: un cuadro único de un autor clásico, ¿qué precio tendrá? Si de poco tiempo se ha realizado su venta, puede decirse que lo es la cantidad que se dió por su adquisición; pero el precio ya no es el mismo, porque el nuevo propietario, al volverlo a vender, sacará mayor o menor cantidad, cuyo importe será establecido según la necesidad de venderlo y los deseos y posibilidades económicas del que pretenda adquirirlo; pero, si por culpa o negligencia de alguien, se quema, ¿qué indemnización se concederá? De manera que, en rigor, y siguiendo la teoría de los que por este motivo impugnan la responsabilidad por daño moral, la indemnización debería ser nula. Ello no es lógico, si se entrega al perjudicado una cantidad elevada, podrá con ella adquirir otros objetos que le produzcan un placer estético como el que tenía hasta entonces.

El que sufre un daño en su honor, por ejemplo, padece en su espíritu una acción deprimente; y si bien con dinero, el

sentimiento no desaparece, no obstante, con él puede adquirir bienes con los que en ciertos momentos disfrutará de goces que le harán olvidar o disminuir el dolor. Si los daños son irreparables, no por esto deben dejar de ser indemnizados. La compensación puede no ser absoluta, puede serlo en una parte infinitesimal, pero será compensación, al fin y al cabo ⁽¹⁰⁾.

En cuanto a la cantidad a que debe ascender la indemnización, si no la fija la ley de una manera categórica, lo que es difícil, ha de dejarse que sea la jurisprudencia la que en el curso de los años la establezca, según los casos y las circunstancias ⁽¹¹⁾.

La dificultad de la prueba del daño moral, es evidente, como es evidente que muchas veces la indemnización habrá de resultar un premio sin contrapartida, en el sentido de que en varias ocasiones será simulado el sentimiento; pero la dificultad de la prueba y la injusticia que en determinados casos habrá de surgir — téngase presente que las decisiones judiciales no son siempre justas, porque la justicia humana también

⁽¹⁰⁾ Para GIORGI (citado por GABBA, *ídem*, *ídem*), la belleza, el crédito, el honor, la libertad, si no pueden pagarse con dinero, puede encontrarse un criterio aproximado de valoración, según la estimación en que los hombres tienen ciertos placeres y bienes morales.

Para PLANIOL y RIPPERT (VI, 751) el daño físico justifica una indemnización (golpe, heridas, comunicación de enfermedades, detención arbitraria, secuestro, violación o atentado al pudor, incomodidades); también la justifican los atentados a la reputación y al honor, en caso de que no existan perjuicios pecuniarios; en caso de muerte, por el interés de afección de los familiares aunque no sean sus herederos o que siéndolo ello traiga como consecuencia un adelantamiento en el hecho de serlo. Tal derecho, pero, sólo alcanza a aquellos que sufran un perjuicio económico y a los parientes dentro del orden de preferencia o de concurrencia determinada por la ley de sucesiones... de accidentes del trabajo... y citan casos de perjuicio moral acordado por los Tribunales, tales como el del cónyuge víctima de un adulterio; los padres de un menor a los cuales se niega a devolvérselo un tercero; la persona que sin publicidad ha recibido una carta injuriosa; aquel a beneficio del cual y sin su autorización se le ha abierto una subscripción pública; el cura de una Iglesia sin cuya autorización han sido tocadas sus campanas...

⁽¹¹⁾ La dificultad de apreciar el daño, no es motivo suficiente para negar la indemnización (PLANIOL y RIPPERT, VI, 752). Verdad es que se ha añadido "que es imposible de valorar en dinero el daño moral; pero como que el Juez no puede dar su resarcimiento exacto, no se ha de entender por ello que no se debe conceder ninguno", razonamiento vicioso porque no se trata de la exactitud, sino más bien de la imposibilidad de valorar (CHIRONI: *Culpa extracontractual*).

falla y que la verdad de la cosa juzgada sólo es una presunción — no son motivos suficientes para que en todo caso se cometa la injusticia de no reparar el daño moral.

Téngase presente, además, que en muchos casos la prueba no será precisa, porque es de sentido común que el daño se da: tal es el caso de daño físico causado. El que repercute en el honor de la persona, cabe presumirlo, porque la gran mayoría de los hombres, por naturaleza, sienten el desprestigio de su honor. Cuando puede ofrecer mayores dificultades es al tratarse del sentimiento producido por el daño causado a otras personas y en tales casos será preciso presumir, salvo prueba en contra, su existencia, cuando se trate de muerte de próximos parientes.

Se afirma, finalmente, que la ley no habla del daño moral; pero a ello se objeta que donde la ley no distingue no cabe distinguir; y, por consiguiente, que el artículo 1.902 del Código civil, al exigir reparación por los daños causados interviniendo culpa o negligencia, afecta tanto a los daños patrimoniales como a los morales o extrapatrimoniales.

§ 72. De la indemnización por daños morales encontramos precedentes en el *Derecho Romano*. En efecto: se regulan en él varios casos en que la indemnización que debía entregarse al perjudicado sobrepasaba al perjuicio que patrimonialmente sufría; y si ello es así, o ha de considerarse que se le entregaba gratuitamente, sin causa alguna, o que tenía, para él, una causa, la del daño sufrido.

Y así vemos que la ley *Aquilia* ⁽¹²⁾ en ciertos casos exigía satisfacer al perjudicado el duplo del valor del daño que se le había inferido. Las injurias, podían perseguirse civil o criminalmente, y el perjudicado era quien fijaba la cantidad o pena, que el Juez podía moderar. Puede decirse que se trataba de un delito privado y que la cantidad satisfecha por el culpable lo era en concepto de pena; pero, como sea que la cantidad la percibía el perjudicado, para él, en definitiva se trataba de una indemnización por el daño no patrimonial sufrido ⁽¹³⁾.

(12) *Digesto*, libro IX, título II; *Instituta*, libro IV, título III; Código, libro III, título XXXV; véanse leyes 5.^a y 4.^a.

(13) Véase HEINECCIC: *Elementos de Derecho Romano según el orden de las Instituciones*, página 322. Véanse título XXXV, libro IX del

Precedentes más inmediatos de la reparación civil del daño moral se han querido ver en la *pecunia doloris* que arranca

Código; *Digesto*, libro XLVII, título X; *Instituta*, libro IV, título IV.

HANS FISCHER: *Los daños civiles y su reparación*, páginas 233, 234 y 235: Entre las acciones penales del Derecho Romano merece especial estudio la *actio injuriarum*, por la posición primordial que ocupa y que conserva en derecho común. La *actio injuriarum* tiene por misión proteger la personalidad contra ataques intencionados y antijurídicos (D. 47, 10, 15 y 46). La acción de injurias versaba sobre pago de una suma de dinero. El demandante, además de detallar la lesión causada por la injuria (l. 7, pri. h. t.), debía deducir, como base de su reclamación, una cantidad determinada de dinero (*certa pecunia*). Pero el Juez no quedaba sujeto a la demanda; podía juzgar — al igual que hoy — ateniéndose libremente a su convicción y a su modo de apreciar las circunstancias, y decidir si la pretensión era fundada, moderándola en caso pertinente (l. 15, 28 D. h. t.); la *actio injuriarum* podía interponerse contra inductor y ejecutor, y era activa y pasivamente intransmisible a los herederos. La acción de injurias tenía por primordial función indemnizar el daño no patrimonial, ofreciendo una satisfacción al perjudicado, por los disgustos sufridos, las vejaciones, etc. Pero como, según las ideas romanas, los ataques contra el patrimonio dejaban también margen, con gran frecuencia, a esos daños inmateriales — los cuales no podían lesionar, por ejemplo, el interés de afección, la *actio injuriarum* acabó por asumir, en segundo término y por razones de conveniencia — con carácter patrimonial (C. 9, 35, 8), con la ventaja de que su movilidad penal le permitía lograr también reparación para daños futuros y tenidos o no susceptibles de prueba rigurosa.

Dice GABEA (lugar citado): En el Derecho Romano no hay huella de que los daños morales se puedan resarcir: no debe verse como tal concepto las reparaciones en dinero admitido en Derecho Romano respecto a las injurias. La injuria, expresión de sentido lato, se aplicaba en particular, también a ofensas morales, pero la acción para una reparación pecuniaria era por su naturaleza penal, ya se ejercitase en las formas ordinarias, ya mediante *extraordinaria cognitio* (O. 10, I de ing.) en vista del daño o en vista de la *contunelia* (l. 45 y 46 D. de ing.). Y la pena pecuniaria del ofendido no podía pedirse más que por el ofendido, no pasaba a los herederos ni del ofensor ni del ofendido. Respecto a las lesiones corporales, el Derecho Romano comprende declaraciones explícitas y solemnes de negación sobre la posibilidad de resarcirlas con dinero. Léanse en la l. 1, 7, in. D. de *his qui effud.*: *cicatricum autem deformitatis nulla fit obstinatio, quia liberum corpus nullam rescepiat aestimationem...* Hay sí, en éstas (*Pandectas*), algunos ejemplos de acción correspondientes a personas distintas del perjudicado, en su cuerpo, pero siempre acción penal, y con el carácter de *popular*. Por ejemplo, la *actio de effussis et dejectis*. Ésta podía ser ejercitada por quien *affinitate cognatione eve defuntum contingit*, pero por tales sólo, no ya como herederos, y porque la acción, además de ser penal es popular. Dice el texto: *quod in corpore libero damni datur, jure hereditario transire ad successores non debet*.

Véase GIORGI, V, 361; *Instituta*, libro IV, título IV; ley 37, libro XLVII, título X del *Digesto*.

de la ley Carolina y la acción de estupro ⁽¹⁴⁾, de donde ha pasado a la legislación alemana, y es en este país donde, según afirma CHIRONI, se ha formado la doctrina de la reparación del daño moral en el aspecto civil, a pesar de no haber tenido allí la extensión que la jurisprudencia de otros países le ha dado, resolviendo los conflictos que en el curso de los años se le presentaban; y así como en las legislaciones francesa, italiana y española ha sido la jurisprudencia la que interpretando la ley ha aceptado el principio de la reparación del daño moral, las legislaciones suiza y alemana la aceptan ya dentro de sus Cuerpos legales de una manera expresa ⁽¹⁵⁾.

§ 73. Vamos, ahora, a tratar de la reparación del daño moral en el derecho y la jurisprudencia española, empezando por el orden penal.

De acuerdo con el artículo 103 del Código penal, la responsabilidad civil comprende la reparación del daño causado; y como sea que de tales palabras habremos de ocuparnos al tratar de la reparación del daño moral en el orden civil, prescin-

⁽¹⁴⁾ FISCHER, página 236. Estas ideas, que a alguien parecen erróneas, cuentan algunos siglos de vida real entre nosotros; y mientras a quien no le placen las cree como una ilegítima innovación del *Smerzengeld* germánico, la escuela y los legisladores alemanes recuerdan bien que su fuente no es extraña a la legislación romana (GIORGI, V, 362).

⁽¹⁵⁾ El Código de las Obligaciones de Suiza, en su artículo 47 faculta al Juez para que teniendo en cuenta las circunstancias particulares pueda abonar a la víctima de las lesiones corporales, o en caso de fallecimiento a la familia, una indemnización equitativa a título de reparación moral; y el 49, faculta al que es atacado en sus intereses personales, en caso de falta, para que pueda reclamar daños y perjuicios, y a más, una cantidad en dinero, a título de reparación moral cuando está justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.

El Código civil alemán (párrafo 253) limita los casos de indemnización por daños morales, que no tienen carácter patrimonial, a los casos previstos por la ley. En el párrafo 847 establece indemnización por daños no patrimoniales al que sufre algún quebranto en su cuerpo o salud o se le priva de libertad, y a la mujer contra el que abusa de su moralidad o la seduce con fraude o amenazas o abusa de la superioridad que goza sobre ella, interviniendo delito o falta; y el 1.300 establece que "si una mujer sin tacha se entrega a su prometido concurriendo los requisitos de los párrafos 1.298 o siguiente, puede exigir que se le indemnice en dinero, en lo que sea justo, el daño no patrimonial sufrido por consecuencia de aquella acción".

diremos aquí de todo cuanto pueda ser común a ambos órdenes.

El artículo 75 del Código penal de 1928 determinaba que la indemnización civil inherente a la penal, involucra los perjuicios así morales como materiales que se hayan causado o puedan causarse en lo futuro al agraviado, a su familia o a un tercero; y que, en los delitos contra la honestidad y los de injuria, calumnia y difamación, debían tenerse en cuenta, además de los factores indicados, y muy especialmente, lo que represente el desprestigio o sufrimiento moral en sí mismo, aunque no repercuta en el patrimonio del ofendido.

El Código penal de 1932, reproduciendo, en este punto el de 1870 ⁽¹⁶⁾, omite hablar de la reparación del daño moral, y sólo al precio de la cosa, añade el de afección.

¿Quiere decirse con esto que en el orden criminal no pueda exigirse la reparación del daño moral? No creo que ello sea así; y al afirmar el artículo 105 que la reparación se hará valorándose la entidad del daño, por regulación del Tribunal, atendido el precio de la cosa siempre que fuere posible y el de afección del agraviado, da un gran margen a la interpretación del artículo.

Téngase presente que el hecho de suprimir el Código de 1932 los conceptos del de 1928, en este punto, no significa un deseo del legislador de prescindir de la reparación del daño moral; porque el Código de 1928 fué derogado por Decreto de 15 de abril de 1931, al día siguiente de la proclamación de la República, en globo y en su totalidad, y por consiguiente, el de 1932 es sucesor del de 1870 y no del de 1928.

La moderna jurisprudencia, en el orden penal, tiene en cuenta los principios de la responsabilidad moral, que, como se ha dicho, no están en oposición con los preceptos del Código punitivo vigente.

Así, la sentencia de 10 de diciembre de 1935 (p.) sienta la doctrina de que "si bien la responsabilidad civil derivada de la penal, conforme al artículo 19 del Código punitivo, que consiste en la reparación del daño e indemnización de perjuicios, ha de tener, por regla general, como norma reguladora el pre-

⁽¹⁶⁾ Artículos 105 y 106 del de 1932 y artículos 123 y 124 del de 1870.

cio de la cosa, siempre que fuere posible, y el de afección del agraviado, según lo disponen los artículos 105 y 106 de la referida Ordenación penal, ello ha de entenderse siempre que la condición del delito permita su leal observancia y su cumplimiento; pero no así, cuando la índole de la infracción criminal impide esta literal interpretación, como sucede tratándose de delitos contra la vida y la integridad personal, que ante la imposibilidad de valorar ésta y el daño moral experimentado por el ofendido o sus herederos, obliga a tomar como orientación a seguir todas aquellas circunstancias que dimanen de la naturaleza misma y efectos de la infracción punible que sirvan de base para formar un cálculo justo y equitativo de los perjuicios de toda clase que puedan originarse, así con referencia a la víctima como a sus familiares o terceros, siempre que sean su natural e inmediata consecuencia; que en el caso del recurso, aun cuando la resultancia probatoria no proporciona abundantes elementos para determinar aquella responsabilidad civil, sin embargo de la naturaleza de la infracción cometida, de su gravedad y trascendencia por afectar a la vida y a la integridad corporal de las personas que se expresan, se desprenden los datos precisos para formar el convencimiento de que *procedía acordar la reparación de los daños morales ocasionados...*"

El artículo 444 del Código penal exige a los reos de violación, estupro y rapto, que doten a la ofendida si fuere soltera, viuda o divorciada.

Esta indemnización, que puede tomarse como reparación del daño moral, que tales delitos causan a la víctima, puede ser considerada, además, reparadora del daño patrimonial que, al dificultar un matrimonio ventajoso o conveniente, sufre asimismo la víctima y soluciona la imposibilidad de precisar, con toda exactitud, la cantidad en metálico a que debe ascender la indemnización para que sólo cubra el perjuicio, pero no llegue más allá, como exige la reparación del daño patrimonial.

§ 74. Entrando ya en el orden civil extracontractual nos encontramos con el artículo 1.902 del Código civil, estableciendo que el que por acción u omisión causa daño a otro, in-

terviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

Este artículo no admite limitación ni excepción de clase alguna; y por consiguiente el causante de un daño debido a culpa o negligencia, sean las que sean sus consecuencias, está obligado a repararlo, a que al perjudicado le desaparezcan los efectos del daño sufrido. Cuando el daño se traduce en una disminución del patrimonio presente o futuro, podrá haber o no error en el cálculo, pero la solución es sencilla: si A. rompe una silla valorada en 20 pesetas, entregando las 20 pesetas la reparación queda hecha; con ellas puede adquirirse una silla de las mismas condiciones y cualidades que la estropeada. El patrimonio del perjudicado, en definitiva, no se resiente del acto realizado por A.; si a consecuencia de unas filtraciones de agua que venía obligado a reparar el vecino y no ha reparado, la pared de mi casa se derrumba, queda reparado el daño si me construye otra de la misma categoría, y me paga las cantidades que he tenido que invertir para habitar en otra casa, durante el tiempo que en la mía no he podido hacerlo, además de los gastos de traslado.

Si por imprudencia del chofer, un automóvil lesiona a un hombre que, unos días después, a consecuencia del accidente fallece, ello ocasiona unos daños patrimoniales (como la estancia en la clínica), debidos directa y exclusivamente al hecho culposo; unos daños patrimoniales que, en un tiempo más o menos remoto, habrían tenido que sufrirse y que representan los gastos de entierro; pero además, puede ocasionar otros daños patrimoniales, según las circunstancias. Veámoslo:

Supongamos que X. tenga 39 años de edad, esté en plena producción de trabajo y, al fallecer, deja cuatro hijos menores de 18 años en situación de gastar y no producir un beneficio económico inmediato. Naturalmente que en tal caso la reparación, patrimonialmente considerada, deberá consistir en satisfacer los gastos indicados y además en entregar a los hijos de X., en forma de capital o de renta, una cantidad que equivalga a la que mensualmente percibía X., cantidad aumentada de acuerdo con la tendencia normal de la baja del valor adquisitivo de la moneda, en el curso de los años, y del ascenso de categoría que con el tiempo seguramente habría

alcanzado el productor, disminuída por los dispendios que para su sostenimiento debería realizar, así como los ocasionados por enfermedades y otras causas productoras de gastos normales.

Imaginemos, por el contrario, a X., de 85 años de edad, retirado desde hace algún tiempo de toda actividad mercantil y comercial. Ha realizado durante su vida una serie de buenos negocios a consecuencia de los cuales goza en la actualidad de una inmejorable posición económica. Sin obligaciones de clase alguna, al fallecer víctima de un accidente, en perfecta salud, deja cinco hijos que hasta el presente, con grandes esfuerzos, alcanzaban a ganar su sustento de cada día.

El causante de la muerte de X. ¿ha de reparar el mal causado? El daño lo ha sufrido el muerto, que por serlo, no puede percibir cantidad alguna de dinero; los herederos del mismo, sus hijos, debido a la muerte de su padre, mejoran su situación social y económica, que se convierte en desahogada y que de no acaecer el accidente, con la buena salud de X., podían pasar muchos años sin que ellos heredaran.

En este caso, ¿la reparación patrimonial del perjudicado ha de consistir en abonar a los hijos de X., como herederos y continuadores de la personalidad de aquél, una cantidad? Patrimonialmente, no existe perjuicio, sino beneficio.

Un individuo que, falto de salud y de medios de fortuna, sin trabajo, vive de las limosnas que le dan los transeúntes, es víctima de un accidente que le ocasiona la muerte; los hijos que, en su pobreza, tenían que ayudar a la manutención de su padre, ¿tienen derecho a una indemnización económica por razón del accidente, que no sea otra que el pago del entierro y los sufragios, si han ido a su cargo?

Las indemnizaciones desde el punto de vista patrimonial no serían justas, porque en estos últimos casos examinados, el patrimonio de los herederos, del representante del difunto, no ha sufrido merma, sino que ha aumentado en importancia y categoría.

La reparación del daño patrimonial sólo es una modalidad del concepto general de daño indemnizable, afirma FISCHER.

La reparación consistiría en volver a la vida al que ha sido privado de ella, y esto, ni el causante del daño lo puede hacer,

ni los Tribunales pueden mandar el cumplimiento de un absurdo. Propiamente la reparación del daño causado no es posible.

No es sólo en el caso de muerte, que la reparación propiamente dicha resulta imposible. Se ha dicho que de la calumnia siempre queda algo: pueden usarse los mismos medios de publicidad que usó el calumniador para procurar deshacer el efecto de la calumnia; puede publicarse en los periódicos y divulgar por la radio la retractación o la sentencia, pero el ¿quién sabe? quedará para siempre más en el fondo del juicio de muchas personas. La difamación no puede repararse por completo.

Decimos en otro lugar que la reparación no siempre se practica en forma natural, sino que muchas veces y siempre que en esta forma no sea posible practicarla, se substituye por la entrega de una cantidad en metálico que equivale al precio de compra del derecho a ser reparado. Y desde este punto de vista la reparación es posible en materia moral y la jurisprudencia española la ha aceptado.

§ 75. Con fecha 6 de diciembre de 1882 (p.), el Tribunal Supremo dictó una sentencia rechazando el principio de la responsabilidad por daño moral, por entender que no era evaluable en dinero; pero 30 años más tarde, día por día, la sentencia de 6 de diciembre de 1912 proclamó el criterio opuesto, que ha sido mantenido posteriormente por otras sentencias, tales como las de 14 de diciembre de 1917, 12 de marzo de 1928, 31 de marzo de 1930, etc.

Por tanto, podemos afirmar que hoy la jurisprudencia española acepta el principio de la indemnización por daño moral ⁽¹⁷⁾, pues si bien las sentencias de que tenemos conoci-

(17) ALGUER y PÉREZ, comentando a ENNECERUS, dicen: Aunque en el estilo frondoso de algunas de esas sentencias se pueden señalar frases alusivas a la repercusión patrimonial del daño moral, no por eso ha de entenderse que se refieran pura y exclusivamente a la indemnización de daños materiales que sean consecuencia de una lesión de bienes morales... porque se perciben, claramente, dos aspectos: uno la distinción indudable entre la infracción imputada y sancionada y el daño causado por ello, y al calificarlo de daño moral se le diferencia netamente del

miento resuelven casos de difamación, competencia ilícita y muerte, no obstante, el principio queda admitido, sin que, empero, pueda dársele una extensión desmesurada.

Vamos a ocuparnos de algunas sentencias que aceptan el principio de la reparación del daño moral, proveniente de difamación.

La primera que, rectificando el criterio en que se había inspirado el Tribunal Supremo con anterioridad, acepta de una manera decisiva el principio de la responsabilidad por el daño moral que produce la difamación, es la de 6 de diciembre de 1912, dictada en un juicio que, en aquel entonces, obtuvo gran resonancia.

Contiene esta sentencia tres declaraciones trascendentales: derecho a indemnización pecuniaria por daños morales; determinación de la cuantía de la indemnización por petición del perjudicado controlada por el Tribunal sentenciador, sin exigir una prueba objetiva; y derecho a determinar y exigir, desde luego la indemnización sin esperar que con el tiempo se precisen los daños resultantes en el orden económico.

Dejando para más adelante el tratar de establecer la forma cómo debe fijarse la cuantía de la indemnización, vamos a extractar la sentencia en lo que nos interesa para el presente capítulo. Dice así:

“La honra, el honor y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima, y su menoscabo la pérdida de mayor consideración que pueda padecer en una sociedad civilizada... debiendo, por lo tanto, ser apreciados estos daños como uno de los más graves que obliga tenerlos en cuenta al legislador para legislar y a los Tribunales, encargados por la ley de aplicar y de realizar la justicia con el propósito de remediarlos para procurar se fije una norma reguladora, estableciendo una responsabilidad civil, armonizada con los principios jurídicos que informen nuestro derecho común, si no

daño material; otro el criterio prudencial de su valoración en contraste con la exigencia rigurosa de su justificación numérica cuando se trata de daños materiales. En definitiva en las sentencias, por ejemplo, de 6 de diciembre de 1912 y de 12 de marzo de 1928 se condenó al pago de cantidades que no correspondían en modo alguno a una correlativa disminución patrimonial acreditada.

se quiere fomentar en la sociedad una negligencia suicida, cual sería el abandono de un elemento social de primer orden como la mujer, al capricho de la pública maledicencia.

"Que... al someter el daño moral causado a compensación pecuniaria, no confunde... las atribuciones del poder judicial con las del poder legislativo, pues para ello sería preciso se declarase en disposición abstracta o de carácter general algún derecho nuevo, cosa que no ocurre aquí, porque el juzgador, valiéndose de las reglas de equidad que son máximas elementales de justicia universal, se limitó, como intérprete de la ley a aplicar principios jurídicos más o menos clara y distintamente expuestos, pero ya "preexistentes", que definen el daño en sus diversas manifestaciones, para justificar, toda vez que es indiferente pedirla por acción civil o penal, una indemnización pecuniaria, que si nunca es bastante como resarcimiento absoluto de ofensas tan graves, al fin es la que se aproxima más a la estimación de los daños morales directamente causados a... y que llevan consigo, como corolarios naturales y lógicos, otros daños, esto es, los materiales y los sociales, conforme al criterio tan sabiamente manifestado en la ley 21, título 9, Partida 7.^a, cuando al disponer que "cualquier que reciba tuerto o desonrra, que pueda demandar enmienda della en una de estas dos maneras, qual mas quisiere. La primera que faga el que lo desonrró, enmienda de pecho de dinero. La otra es en manera de acusación, pidiendo que el que le fizo el tuerto, que sea escarmentado por ello... E la una de estas maneras se tuelle por la otra; porque de un yerro no debe ome recibir dos penas por ende. E des que ouiere escogido la una non la puede dexar e pedir la otra...", ley cuya aplicación ha sido tradicional en España (18).

"Que por lo demostrado antes no cabe vacilar en preferir el criterio de la sentencia recurrida como mejor, más acomodada y eficaz para la defensa de la honra de los ciudadanos al que se sustenta en el recurso, pues que sobre la doctrina establecida en la sentencia de 6 de diciembre de 1882, dictada en asunto puramente criminal, parte de un supuesto comple-

(18) El texto de *Partidas* citado, concuerda con la ley 21 del título X, libro XLVII del *Digesto*.

tamente distinto, porque se refiere al simple honor en sí mismo; la recta razón, en consonancia con el concepto general del derecho positivo y las enseñanzas de Tribunales de otros países respetables por su competencia, no consienten, de acuerdo con el Código tradicional transcrito que, cual si se tratase de un derecho ideal, sin práctica realidad, quede exento de responsabilidad civil el causador injusto con sus calumnias o injurias de daños morales, que traen en pos de sí daños materiales, y que, a no preservarlos o corregirlos, privarían siempre al ofendido de bienes de orden temporal.”

Otro caso en el que el Tribunal Supremo acepta el principio del derecho a ser indemnizado por el daño moral proveniente de difamación o competencia ilícita: Un fabricante de calzado (sentencia de 31 de marzo de 1930) puso un anuncio en el cual aconsejaba al público que no se dejase sorprender por anuncios de otras casas que ofrecían regalar fotografías; pues con tales regalos salían perjudicados, ya que el calzado llevaba el recargo de las fotografías. Una casa se consideró aludida y dedujo demanda por difamación, contra el autor del anuncio, reclamando indemnización de perjuicios, negados por el Tribunal de instancia, en sentencia que fué casada por el Tribunal Supremo, por estas, entre otras, razones:

Que tan necesario es el crédito y el prestigio para la vida y el desarrollo del comercio, como para los hombres el honor y, por ende, cuando de algún modo ilícito e injusto se atenta por alguien, comerciante o no, ya de palabra, ya por escrito, y por la Prensa u otro medio de publicación, al crédito o al honor, aparte del delito que tales atentados puedan constituir, es palmario que los Tribunales... a ello requeridos deben intervenir y reconocer y declarar el derecho de los perjudicados, de los injuriados a ejercitar la acción civil para exigir y pedir la debida reparación y a obtener la consiguiente real indemnización proporcionada a los daños siquiera no pueda determinarse con exactitud y precisión, la cantidad en que hubiesen de estimarse los perjuicios y los daños irrogados.

El propio Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de marzo de 1928, dice que la jurisprudencia en armonía con la ley 21, título 9, Partida 7.^a, se ha orientado en el sentido de estimar procedente la responsabilidad civil como modo adecuado de

reparar los daños y perjuicios morales y materiales originados por la injuria o la calumnia, realizadas por cualquier medio de publicación, especialmente la Prensa periódica y el libro, por ser de justicia y de equidad la sanción de quienes con menoscabo de la honra ajena producen y extienden la difamación, máxime cuando la persona injuriada es mujer.

En caso de injuria, la obligación de indemnizar debe darse, no sólo cuando ella es dolosa y cae por consiguiente dentro de la esfera del Código penal, sino también cuando siendo culposa caiga dentro de la esfera del artículo 1.902 del Código civil.

Cuántas y cuántas veces, sin dar importancia al asunto, por un deseo de singularizarse en una conversación, se da la noticia — que resulta inexacta — de la precaria situación económica de una persona, privándosela con ello que le sea concedido un crédito, o de un establecimiento bancario, que puede ser el origen de un derrumbamiento. La falsedad o la verdad incompleta, cuando pueden perjudicar al prójimo pueden ser culpables. El retintín en afirmar ciertas cosas que pueden repercutir en la fama de una mujer, que la priven de encontrar un empleo o de contraer un matrimonio ventajoso, etcétera (19).

La sentencia de 13 de noviembre de 1916, en cambio declara que no es culpa causante de perjuicio el haber dado el Rector de la Universidad de Granada una nota declarando que era indigno uno de los catedráticos y que había que separarlo del claustro.

Examinemos ahora casos resueltos en que la responsabilidad por daño moral proviene de la muerte de una persona.

La sentencia de 10 de julio de 1928 la declara por la muerte de una niña de 9 años, en plena salud, causada por un automóvil, haciendo, entre otras, las siguientes consideraciones:

“Que la ley como verbo perfecto del derecho positivo realiza un fin jurídico social, mediante el desenvolvimiento en la vida real del principio o principios en que se informa, adap-

(19) Véase ENNECERUS, páginas 657 y 658.

tando armónica y ecuánimemente el elemento general ético, y por tanto invariable de su imperativo con el individual y variable del acto jurídico resultante de las complejas mudables y progresivas necesidades de la convivencia o comercio social; y siendo como es la ley naturalmente estacionaria como precepto escrito, la jurisprudencia es la que mediante las generales normas de la interpretación que establece, inspirándolas en los dictados de la razón y de la equidad y sobre todo en los principios informantes de la ley, lleva a efecto esta evolución jurídica al ritmo siempre de las nuevas necesidades de la vida y de los progresos de la ciencia; por eso, ínterin no se determinaron o concretaron en la realidad otras relaciones engendradas por los atentados contra el honor y la vida puramente espirituales, *no pudo surgir otra valoración que la moral* que es inapreciable *per se* en el orden económico; pero una vez demostrado por la incontrastable fuerza de la realidad que dichos atentados y pérdida repercuten en daño del patrimonio individual, no es admisible sin menoscabo de los principios de la moral y de los dictados de la razón, dejar de valorar pecuniariamente estos daños y perjuicios materiales; y, en efecto, la jurisprudencia de este Supremo Tribunal declaró en sentencia de 6 de diciembre de 1912 que el honor, además del valor espiritual tiene otro material cotizabile cuando del ataque contra el mismo se siguen menoscabos en el patrimonio de la víctima; ... teniendo en cuenta el legislador esta nueva orientación jurídica en el artículo 72 del proyecto del Código penal que establece “que la indemnización comprenderá todos los perjuicios así morales como materiales causados y que puedan resultar en lo futuro, no solamente al agraviado, sino a su familia y a un tercero” y añade que “para determinar la indemnización, los Tribunales tendrán en cuenta la edad, posición social, profesión, y poder adquisitivo de la persona muerta... y asimismo estimarán los daños morales que repercuten en el patrimonio, empleo o estado del ofendido, actuales o posibles; de suerte que al valorar la Sala sentenciadora la pérdida de la niña... fundándose no sólo en la realidad demostrada de la culpa, sino también del daño y relación de causalidad entre la primera y la segunda, de conformidad por lo declarado por esta Sala en otras sentencias,

entre otras en las de 19 de diciembre de 1910, 13 de noviembre de 1916 y 15 de febrero de 1924, no ha infringido el artículo 1.902 del Código civil.”

Otro caso resuelto, también, por el Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de mayo de 1934, trata de una señora joven que, paseando por una carretera, fué atropellada por un automóvil que le produjo la muerte ⁽²⁰⁾.

(20) De ello nos ocupamos con mayor extensión al tratar de la reparación del daño moral.

XIII

REPARACIÓN DEL DAÑO

§ 76. El artículo 1.902 del Código civil obliga al que por acción u omisión culpable causa un daño a otro, a repararlo; y buscando el valor de la palabra “reparar”, derivada de la latina *reparare*, el Diccionario de la Lengua Española nos dice que significa “componer”, “aderezar o enmendar el menoscabo que ha padecido una cosa”; enmendar, corregir o remediar; desagraviar, satisfacer al ofendido, etc.

El que ha sufrido un daño en las condiciones previstas por el artículo 1.902 del Código civil, tiene, pues, derecho a que le desaparezca el daño presente y a que no le afecten los futuros que, como consecuencia del hecho culposo, habrán de sobrevenirle; a que se le repare el daño y se le indemnicen los perjuicios.

Y ello, no como una reparación meramente objetiva, sino atendiendo al daño subjetivo causado a su persona concreta y determinada ⁽¹⁾; pero la reparación no ha de ir más allá, no se ha de traducir en un beneficio para el perjudicado, no ha de percibir más de lo que perdiere como consecuencia del daño, o por la privación de los frutos dejados de percibir ⁽²⁾.

De ello se desprende que el autor del daño debe hacer lo necesario para que el perjudicado no sufra las consecuencias del mismo; que, debido a la reparación del ofensor, queden

⁽¹⁾ Es discutible el tiempo a que han de referirse los perjuicios para fijar su cuantía; pero parece que, en general, debe atenderse al de la sentencia, si bien se dan casos en los que se aplican reglas especiales (BORRELL y SOLER: *El Dret Civil vigent a Catalunya*, III, 51).

⁽²⁾ BORRELL y SOLER: El Derecho Romano, en cambio, permite a veces que la indemnización supere a los perjuicios, como una satisfacción de la lesión del derecho en sí mismo. Véase ley 3.^a título VI, libro XLIV del *Digesto*; sentencia de 10 de noviembre de 1905.

las cosas en la misma situación en que estaban antes de realizarse el hecho culposos o negligencia.

Para la continuidad del orden social, y como norma de convivencia entre los hombres, es preciso el respeto a los derechos de los demás; y que si alguno ha vulnerado el correspondiente a su prójimo, introduciendo con ello un desequilibrio, sea él mismo y no el perjudicado, el que restablezca las cosas al ser y estado en que estaban antes, a pesar de que ello le ocasione sacrificios y esfuerzos.

Así, si alguien, por su culpa o negligencia, por ejemplo, conduciendo un automóvil, da un golpe al estuco de mi pared y lo deteriora, estará obligado a componerlo, en forma que quede como antes del accidente, para que yo no resulte perjudicado directa ni indirectamente por tal hecho.

Si, por ejemplo, a consecuencia de un accidente, se me rompe el brazo, el culpable del mismo estará obligado a poner de su parte todos los medios necesarios para que el hueso roto se una de nuevo y yo pueda utilizarle como antes del hecho desgraciado, y si entre tanto he perdido jornales, deberá entregarme el dinero equivalente a ellos, mas una cantidad por el dolor físico y molestias consiguientes, si se considera indemnizable el daño moral.

§ 77. Ahora bien: ¿para la reparación del daño, el perjudicado ha de aceptar que sea el propio autor quien se lo repare? En el caso del ejemplo expuesto, ¿debe ser el causante del accidente el que ponga el hueso en su sitio y enyese el brazo? Iríamos a parar demasiado lejos de aceptar este criterio. Es preciso que sea un técnico que, ostentando un título profesional librado con las debidas garantías, pueda realizar la función de velar por la salud de mi brazo. No se me podría obligar a que aceptara los servicios de una persona que, por falta de conocimientos suficientes, pudiera causarme más perjuicios o aumentarme los sufridos, aunque después me los reparara. Porque la función del derecho es más bien prevenir que reparar.

Se dirá, en este caso: bien que el causante del daño no sea el que lo repare cuando para ello sean necesarios conocimientos técnicos especiales que no posea, pero cuando los

posea, ¿no podrá hacerlo él mismo? Y en otro caso, ¿no podrá elegir la persona que realice tal función?

Si el causante del accidente no es médico, ¿puede mandar el suyo o uno de su confianza, que quizá por poco dinero realizará las curas necesarias al lesionado? ¿Tiene éste el deber de sujetarse a la cura de tal médico, que a pesar de poseer un título de aptitud expedido por el Estado, puede no merecer su confianza?

Ciertamente que puede prescindir del médico elegido por el autor del daño y servirse del suyo para su restablecimiento; pero, en tal caso, el problema estriba en quién ha de satisfacer los honorarios.

Si el lesionado necesita su médico, es por razón del accidente sufrido, por culpa o negligencia del causante. Sin ello, ciertamente que no podría mandarle una factura de honorarios; de manera que parece es deber del autor del accidente indemnizarle, satisficiendo la factura dicha. Pero si el culpable ha de reparar, parece que, poniendo de su parte los medios eficaces necesarios para su curación, cumple con su deber; y no puede discutirse que los pone, encargando los servicios médicos a quien el Estado ha reconocido aptitud para ello.

En materia de accidentes del trabajo se obliga al patrono a facilitar la asistencia médica y farmacéutica al obrero víctima de un accidente (*); y si bien éste o su familia tienen derecho a nombrar por su parte uno o más médicos, caso de hacerlo, los honorarios van a cargo de quien los designa.

A pesar de ello, y teniendo en cuenta las especiales modalidades de la ley de accidentes del trabajo, que no reúne suficientes condiciones de analogía para ser aplicada en este punto al caso que nos ocupa, no creo que a nadie se pueda exigir en materia que afecta tan directamente a la salud e integridad física de una persona, que sea precisamente el que ha causado las lesiones quien designe el facultativo de su confianza y no el lesionado.

El médico elegido por el perjudicado puede ser de una categoría superior a sus posibilidades económicas y que por ello,

(*) Artículo 25 de la ley.

en las enfermedades ordinarias, jamás hubiera asistido ni al lesionado ni a su familia. Puede éste haber escogido una clínica de una categoría superior a la correspondiente a su posición económica, en la que tampoco se hubiera instalado, de tratarse de un accidente sin culpa de persona alguna, sufrido en el curso de su vida. En tal caso, cabe preguntar, si el aumento de categoría ha de ser satisfecho también por el causante del accidente.

Es natural que si el que satisface los gastos no es el propio accidentado, tenga éste el derecho a escoger una clínica de una clase superior y un médico de mayor categoría que los que hubiera utilizado, si por razón de un accidente hubiera tenido que ingresar en uno de estos establecimientos. Y ello se comprende; porque de ir a su cargo, los gastos que ello reportara tendrían que disminuir su presupuesto ordinario, corresponderían a un sacrificio, a una privación; y por consiguiente, es natural que los redujera, si no al mínimo, en buena parte. Si los satisface otro, no ha de disminuir ningún capítulo de su presupuesto de gastos y como consecuencia de ello, es natural que se pueda invertir y se invierta más en el problema de su salud.

No por esto el perjudicado ha de aumentar mucho el grado de superioridad de clínica y de médico; ya que en otro caso, no se trataría propiamente de reparar, sino de una ostentación de lujo, en perjuicio del culpable, que no ha de elevar la posición económica del lesionado, aumentado su nivel de bienestar.

En tales casos, sería de justicia que se satisficiera por el culpable lo que se habría gastado sirviéndose de un médico de categoría algo superior a la que correspondería al perjudicado; y lo mismo cabe decir de la clínica, yendo el exceso, considerado como lujo, a cargo del mismo perjudicado.

No deberán entenderse como lujo, empero, curas de gran coste y otros gastos que fueren necesarios o convenientes para su restablecimiento (consultas, etc.).

§ 78. Decíamos que hay circunstancias en las que no sería justo que el culpable reparare de una manera directa y material el perjuicio por él causado, y en tales casos precisa que la reparación propiamente dicha sea convertida en una

indemnización de daños y perjuicios. En otros casos, empero, es perfectamente factible, sin detrimento para el perjudicado, la reparación natural; tal sucede en multitud de ellos en que el daño ha sido causado sobre cosas (4).

Téngase en cuenta que no siempre es equivalente que el autor del daño practique por sí mismo una reparación, o que entregue una cantidad determinada en dinero en concepto de indemnización de los daños y perjuicios; ya que en el primer caso, incluso cuando es preciso, por daños sobre cosas, realizar unas obras, los errores de cálculo y las contingencias de las subidas de precio de los materiales y jornales, disminución del valor adquisitivo de la moneda, etc., irán a cargo del causante del perjuicio, y en el segundo, a cargo del perjudicado.

Se ha sostenido, no obstante, que la indemnización de daños y perjuicios debe abarcar todos los casos, tanto aquéllos en que sería lógica la reparación natural, como aquellos en los que no sería posible, o de serlo resultaría perjudicial para el lesionado en su cuerpo o en sus intereses (5). Y así W. ROCES entiende que es el mismo el régimen de la indemnización de daños y perjuicios en materia contractual que en materia extracontractual y sostiene que los artículos 1.106 y siguientes del Código civil, en los que se exponen los principios fundamentales sobre indemnización, rigen en materia extracontractual (6).

(4) El proyecto definitivo del Libro de las Obligaciones del Código civil italiano (art. 21) establece que la reintegración del perjudicado puede realizarse en forma específica o si esto no es posible en todo o en parte por el equivalente mediante el pago de una suma en dinero. Sin embargo, el Juez puede disponer que el resarcimiento tenga lugar sólo por el equivalente, si la reintegración en forma específica resultase excesivamente onerosa para el deudor. (GIOVANNI PACCHIANI: *El Libro de las Obligaciones del nuevo Código civil italiano*, Revista de Derecho Privado, abril 1941).

(5) Afirma FISCHER (pág. 144), que en el fondo, las dos clases de reparación, la natural y la económica no encierran una antítesis irreductible. Son dos diferentes modos de considerar las consecuencias del daño, y por tanto, su reparación. La reparación material corresponde a aquella idea concreta del daño que tenía el Derecho antiguo, el cual consideraba el hecho dañoso desligado de las consecuencias ulteriores en que pudiese traducirse dentro del patrimonio de la víctima, idea compatible con la idea moderna del interés.

(6) Breves anotaciones sobre el régimen de reparación de daños en

No podemos compartir, en su totalidad, la opinión de W. ROCES, y en otro capítulo ⁽⁷⁾ exponemos las razones por las que, a nuestro criterio, no es aplicable para la culpa extracontractual el artículo 1.101 de una manera absoluta para todos los casos. A ello hemos de añadir lo siguiente: Es cierto que el artículo 360 de la ley de Enjuiciamiento civil establece que “cuando hubiere condena de frutos, intereses, daños o perjuicios, se fijará su importe en cantidad líquida o se establecerán por lo menos las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación...” y el 928 que “cuando la sentencia hubiere condenado al pago de daños y perjuicios, sin fijar su importe en cantidad líquida, háyanse establecido o no en aquéllas las bases para la liquidación, el que haya obtenido la sentencia presentará con la solicitud que deduzca para su cumplimiento, relación de los daños y perjuicios y de su importe, sujetándose en su caso a dichas bases”; pero ello es precisamente cuando se trata de indemnización de daños y perjuicios, cuando tienen que traducirse en dinero.

A su lado se regulan también en la ley de Enjuiciamiento civil los casos en que la sentencia condena a ejecutar algo (artículo 923), y dice esta ley que “se procederá a darle cumplimiento empleando los medios necesarios al efecto; y determina el artículo 924 que si el condenado a ejecutar algo no lo hiciera dentro del plazo que el Juez fija, se hará a sus costas; y si por ser personalísimo el caso no pudiera verificarse en tal forma, se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios (art. 924).

De manera que del examen de estos artículos se desprende perfectamente que es posible condenar al causante del daño a su reparación.

El Tribunal Supremo ha adoptado el principio de la reparación natural en unos casos y el de la indemnización de daños y perjuicios en otros.

el Derecho español, traduciendo a FISCHER: *Los daños civiles y su reparación*.

El Código civil alemán establece de una manera categórica el principio de la reparación natural, y sólo subsidiariamente admite la indemnización mediante el pago en dinero (párrafos 249 y 251; véase FISCHER, páginas 169 y 170).

(7) Véase párrafo 20, Culpa contractual y no contractual.

Así la sentencia de 21 de octubre de 1916 condena a “colocar la cosa menoscabada en las mismas condiciones en que se hallaba antes”; y la de 23 de junio de 1913, además de condenar a indemnizar unos daños procedentes de humos, condena asimismo a adoptar las disposiciones necesarias para evitar que continúen produciéndose, ya reformando los hornos o sus chimeneas, ya poniendo en práctica otras medidas conducentes al mismo fin. De todas maneras, en este último caso, en realidad no se trata de reparación de daños ya causados, sino que tiende a evitar que se produzcan otros nuevos.

En la sentencia de 21 de octubre de 1916 se dice que el artículo 1.902 del Código civil obliga al que causó un daño extracontractual... a repararlo y esta reparación en primer término debe hacerse en forma específica, es decir, colocando la cosa que ha sido menoscabada en las mismas condiciones en que se hallaba antes de sufrir el daño... y sólo en el caso de que fuera imposible la reparación, procedería indemnizar.

El Tribunal Supremo, empero, haciendo aplicación del artículo 1.101 del Código civil, substituye la palabra “reparar” por la de “indemnizar”, en otras sentencias, y condena a la entrega de una cantidad en metálico en concepto de indemnización del coste de las obras a realizar. Afirma la sentencia de 22 de octubre de 1932 que la deuda de reparación definida en el artículo 1.902 es de naturaleza pecuniaria de modo semejante a la responsabilidad contractual definida en el artículo 1.101, ya que indemnizar y reparar daños tiene idéntico contenido, o sea el que fija el artículo 1.106 del Código civil. En la demanda que dió lugar a esta sentencia, empero, se solicitó se condenara a los demandados a pagar a la actora una cantidad determinada en pesetas, valor dado a la torre de una iglesia parroquial que se derrumbó a causa de las filtraciones de un canal.

De manera que a criterio del Tribunal Supremo en la sentencia últimamente examinada, la reparación del artículo 1.902 consiste en entregar las cantidades en metálico suficientes para que el perjudicado, por su cuenta y riesgo, pueda repararse el daño sufrido. Naturalmente que si le interesa quedarse con el dinero, sin practicar la reparación de la cosa, puede perfectamente hacerlo.

§ 79. La causa de la causa es causa del efecto. Consecuencia de ello es que el que ha ocasionado un daño a X., debe responder no sólo de los perjuicios sufridos por X. de una manera directa e inmediata, sino de los que son consecuencia de los mismos, estableciéndose con ello una cadena que puede llegar a distancias insospechadas (7 bis).

La indemnización debe abarcar todas las consecuencias que de una manera real y efectiva se hayan derivado del hecho culposo. Así como ello se tiene en cuenta para la calificación del delito, debe también estimarse a los efectos de la fijación de la cantidad a entregar en concepto de indemnización; pero saber en un caso particular si los perjuicios son debidos al hecho culposo o tienen otra causa, como decimos en otro capítulo, en muchos casos es difícilísimo, por no decir imposible.

Si un accidente ocasiona lesiones a una persona determinada a consecuencia de las cuales le sobreviene una infección tetánica que produce su muerte, así como se calificaría, caso de tratarse de delito, de homicidio, asimismo la indemnización debe corresponder a las consecuencias que produce la muerte, y no sólo a los perjuicios ocasionados de una manera directa e inmediata con las lesiones.

Si un comerciante, a consecuencia de una acción culposa de otra persona, se ve en la imposibilidad de cumplir un compromiso con un cliente y ello le reporta el tener que indemnizarle, tal indemnización corresponderá, en definitiva, satisfacerla al culpable; e incluso, siguiendo el razonamiento, podríamos afirmar que la indemnización llegaría a tener que cubrir el perjuicio que pueda ocasionar al comerciante la pérdida del cliente.

El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado no sólo a la reparación del daño propiamente dicho, sino también a la indemnización de los perjuicios causados. No sólo al perjuicio positivo, a la disminución, por ejemplo, del montante de su patrimonio, sino también a las ganancias, a los ingresos que normalmente produciría y que debido al daño o acción culposa de-

(7 bis) Véase § 117. Quien puede reclamar indemnización por daños y perjuicios.

jará de percibir; al lucro cesante y al daño emergente que — dice la sentencia de 30 de marzo de 1926 — son los factores que deben tenerse en cuenta para la valorización de los daños y perjuicios que provienen de culpa o negligencia, a tenor de lo que disponen los artículos 1.902, 1.903, 1.906 y 1.907 del Código civil ⁽⁸⁾.

Así, si suponemos que A. es un padre de familia que trabaja y por ello percibe un jornal de 12 pesetas y a consecuencia de un accidente de circulación queda imposibilitado para trabajar durante quince días, la indemnización a percibir deberá cubrir no sólo los gastos de médico, farmacia, etc., sino también el importe del jornal que durante estos días habrá dejado de percibir.

Si suponemos que A. es el propietario de una casa que, a consecuencia de la culpa de otra persona, ha quedado derrumbada, la indemnización deberá cubrir, no sólo los gastos que ocasione el ponerla en la situación en que estaba, sino también el importe de los alquileres dejados de percibir por tales conceptos.

En estos ejemplos, el cómputo de los perjuicios es relativamente fácil de calcular; pero esta simplicidad no se presenta en todos los casos: si A. es el propietario de una máquina que, a consecuencia de culpa o negligencia del encargado de su limpieza, queda inservible durante dos meses, la indemnización deberá cubrir el importe de lo que, debido a ello, habrá dejado de percibir el propietario de la misma; pero, ¿cómo se calcula tal importe? ¿Cómo se calcula el beneficio de un comercio, de una industria? ¿Cómo sabemos lo que habría producido si ello depende de múltiples contingencias?

Preciso es hacer un cálculo de probabilidades y atenderse a la resultancia de lo que benefician otras máquinas, industrias o comercios, de acuerdo con el capital, clientela, operaciones realizadas en la misma época en otros años, etc. ⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ El Código civil en su artículo 1.106 concreta 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.

⁽⁹⁾ Mas si esto sucedió por culpa de los marineros, se podrá pedir en virtud de la ley Aquilia. Cuando, empero, se acciona en virtud del perjuicio causado con injuria en las redes, no se hace aprecio de los

Hay que convenir en que la determinación del lucro cesante es algo que siempre resulta inseguro; si es difícil muchas veces acreditar el importe del daño causado, muchísimo más lo es el del beneficio que a consecuencia del hecho culposos ha dejado de obtenerse. Por esto los Tribunales andan parcos en tener por probados tales extremos, que interpretan de una manera restrictiva, y exigen que los perjuicios sean consecuencia real del acto culposos y no meras conjeturas e hipótesis ⁽¹⁰⁾.

Así entresacamos de distintas sentencias del Tribunal Supremo las siguientes declaraciones:

Las ganancias dejadas de percibir no han de ser dudosas ni contingentes, como son las que dependen de esperanzas más o menos fundadas, destruídas por el malogro de un negocio (sentencia de 15 de octubre de 1915); la condena de daños y perjuicios no puede basarse en meras suposiciones (sentencia de 21 de octubre de 1915); la indemnización de los perjuicios se entiende de los causados directamente al reclamante y no de los que indirectamente y por deducciones más o menos lógicas pueden afectar al interés de aquél, pero basta que sean consecuencia necesaria, aunque no directa ⁽¹¹⁾; la mera posibilidad de haberse podido dedicar una persona al ejercicio de una industria sin actos que determinen cuando menos el propósito ostensible y deliberado de su ejercicio efectivo ⁽¹²⁾, no es suficiente para obtener indemnización.

peces que por tal motivo no se cogieron, pues no era cosa cierta el cogerlos. Lo mismo se ha de decir de los cazadores de aves o de animales terrestres. Ley 29, párrafo 3.º del título II del libro IX del *Digesto*.)

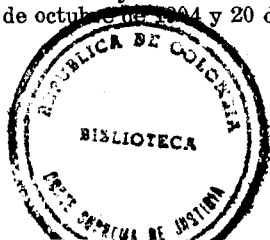
⁽¹⁰⁾ “La regla que para tales casos me parece que ha de sentarse y seguirse es que no deben comprenderse en los daños y perjuicios, cuyo pago incumbe al deudor doloso, aquellos que además de ser una consecuencia remota del dolo no derivan de él necesariamente, y pueden tener, al mismo tiempo, otras concausas” (POTHIER).

El párrafo 252 del Código civil alemán considera como ganancias dejadas de percibir las que fuesen de esperar con cierta verosimilitud, según el curso normal de las cosas o las circunstancias especiales del caso, y atendiendo principalmente a las medidas y providencias adoptadas.

MAYNZ, párrafo 175 ⁽⁸⁾, se ocupa del daño directo y del indirecto.

⁽¹¹⁾ Sentencias de 18 de abril de 1901, 24 de octubre de 1904 y 20 de abril de 1915.

⁽¹²⁾ Sentencia de 30 de junio de 1924.



Se trataba en la sentencia de 1.º de julio de 1933 (p.) de un individuo que compró un décimo de la lotería pasadas las diez de la mañana, hora que, de acuerdo con la legislación sobre tal materia, queda prohibida la venta. Con anterioridad a ello, se había vendido el referido décimo en participaciones. Calificado el hecho como de delito de estafa, el comprador del décimo pretendía percibir el importe del premio, ya que el billete de la lotería es considerado como efecto al portador. A pesar de ello el Tribunal Supremo sienta la siguiente doctrina: "Que el perjudicado por el delito no adquirió nunca derecho de opción al premio de la Lotería Nacional... por falsedad del modo derivativo de la pretendida adquisición; que inexistente aquel aleatorio beneficio, subsigue la inexistencia del perjuicio correlativo; que el perjuicio realmente sufrido se limita a la cantidad entregada a trueque de la convención ficticia y que su importe es el que debe ser reintegrado a título de reparador." La indemnización corresponde al perjuicio que verdaderamente tuvo, al dinero que sacó del bolsillo para adquirir el billete, no precisamente al de una retribución que de no realizarse el acto ilícito, forzosamente no habría obtenido.

La sentencia de 18 de abril de 1901 desestima, a los efectos de la indemnización, los perjuicios sufridos por un Ayuntamiento, atendiendo a que, por falta de ejecución de obras de un pantano, quedaron sin convertirse en de regadío algunos terrenos, que por ello no aumentaron de valor, hecho que de haber acaecido, el Ayuntamiento se habría beneficiado por razón de los arbitrios.

La de 24 de octubre de 1904 se refiere al siguiente caso: En 1856 se vendieron o establecieron ilegalmente a diez reales el palmo, 10.000 palmos de terreno, cuando no había empezado el Ensanche de Barcelona. Afirmar el Tribunal Supremo que la excedencia de los perjuicios no se deriva del posterior y mayor valor de la finca acensuada, y en este caso el daño no proviene por precisión e inevitablemente del acto ilícito, sino de accidentes y eventualidades o contingencias ajenas al mismo.

El Banco de España embargó una fábrica de conservas; se promovió tercería en la que salió vencedor el tercerista,

que solicitó indemnización de daños y perjuicios, y, dándose lugar a la demanda, el Banco de España fué condenado a abonar la diferencia de valor entre el que tenía el edificio fábrica y sus accesorios al ser embargados, y el que debían tener al ser recuperados, con deducción de la suma que correspondía a daños que no hubiera sido posible evitar empleando la mayor diligencia... y el interés legal del valor de la fábrica desde que se embargó hasta su entrega ⁽¹³⁾; desestimándose, empero, la ganancia posible que con la industria de fabricación de conservas hubiese obtenido.

La sentencia de 28 de abril de 1930 condena a un inquilino al pago del alquiler correspondiente al local arrendado durante el tiempo en que el propietario no pudo utilizarlo por el mal estado en que quedó al ser devuelto ⁽¹⁴⁾.

Si un empleado de una comunidad de regantes fué separado del cargo ilegalmente, está la Corporación obligada a satisfacer los sueldos no percibidos desde la destitución o separación ⁽¹⁵⁾.

En un caso de destitución ilegal del Secretario de un Ayuntamiento, la sentencia de 2 de marzo de 1915 condena a los concejales demandados a satisfacer el importe de los sueldos debidos y no satisfechos y el de los gastos que para su defensa invirtiera dicho Secretario, y de los cuales, por no haber habido condena de costas no pudo resarcirse en las respectivas actuaciones.

Naturalmente que no deben computarse como comprendidas en el importe del lucro cesante, las cantidades que hubiere percibido el perjudicado de manera ilícita, porque la ley no puede amparar la ilicitud.

⁽¹³⁾ Sentencia de 30 de junio de 1924.

⁽¹⁴⁾ Una sentencia de los Tribunales argentinos (Cámara de la Paz Letrada de la capital, de 5 de agosto de 1940, Revista de Derecho Privado, mayo de 1941, pág. 250) declara que la persona que no cumple la orden judicial de embargo, sobre fondos de un tercero, que tenía en su poder, no sólo responde por el importe de los mismos, sino también por las costas correspondientes a los trámites posteriores, por ser gastos originados por su incumplimiento.

Únicamente se podrá aconsejar al Juez — afirma GIORGI (359) — que tenga solamente en cuenta las ganancias que, según el curso natural de las cosas, habría podido procurarse el ofendido, no de las meras o vagas esperanzas en que calcule aquellos lucros.

⁽¹⁵⁾ Sentencia de 25 de noviembre de 1929.

§ 80. En materia de indemnización — caso de muerte o incapacidad para el trabajo — puede adoptarse el sistema de entregar un capital fijo o una renta durante el tiempo en que el que ha sufrido el daño deje de percibir su salario o jornal (caso de incapacidad), o durante el tiempo en que aquéllos que se beneficiaban del jornal o salario, por consecuencia de la muerte dejen de percibirlo.

El segundo sistema, que adopta alguna legislación extranjera, está aceptado por la española en materia de indemnización por accidente del trabajo. Tratándose de culpa extracontractual, empero, la jurisprudencia mantiene el principio de que la indemnización debe realizarse mediante la entrega de un capital fijo y determinado, desde un principio.

Ello nos trae a examinar el problema que representa las variaciones del valor adquisitivo de la moneda, aumento de jornales, etc., relacionado con la indemnización por medio de renta.

Si un obrero que percibe un jornal de doce pesetas, a consecuencia de un accidente indemnizable queda imposibilitado para trabajar, si la indemnización, o mejor dicho la reparación ha de ser eficaz, precisa que durante los restantes días de su vida continúe cobrando las doce pesetas diarias.

Ahora bien: puede ocurrir, y en estos últimos tiempos lo hemos visto de una manera repetida, que pasados algunos años, el jornal de 12 pesetas que percibía un obrero al accidentarse, sea hoy el propio de un aprendiz y que los operarios de la categoría y condición del accidentado cobren 25 ó 30 pesetas. Y ello puede ser consecuencia de la disminución del valor adquisitivo de la moneda o bien de un mejor bienestar de los obreros de la misma especialidad.

Esta materia afecta también de una manera directa al seguro sobre accidentes del trabajo.

En el caso de que el aumento de jornal sea debido a la disminución del valor adquisitivo de la moneda, habrá que distinguir si la indemnización ha consistido en la entrega de un capital para reparar la totalidad del daño causado, o bien si se satisface una renta. En el primer caso, es evidente que la indemnización continuará siendo eficaz y cabal; ya que en el momento de recibirla representaba toda la cantidad a que

tenía derecho, e invirtiendo el capital en cosas que tengan un valor intrínseco, prescindiendo de las contingencias y circunstancias que puede desvalorizar una moneda, el perjudicado hubiera percibido durante el transcurso del tiempo un equivalente al jornal, exactamente idéntico que sus compañeros de trabajo, y a nadie más que a él podría imputársele el hecho de no haberlo invertido en forma más conveniente para sus intereses.

Si la indemnización consistiera en una pensión vitalicia equivalente al jornal, sería de justicia que se le aumentara para que, con los años, y siguiendo la trayectoria de todas las monedas, no se le fuera rebajando el tipo de indemnización y quedara en un estado inferior a la de sus compañeros de trabajo. Tratando incidentalmente de lo que hace referencia a los accidentes del trabajo, resulta que las Compañías aseguradoras entregan, las cantidades que ha de percibir el obrero, en forma de capital, al Instituto Nacional de Previsión, que con los frutos del mismo satisface las pensiones correspondientes al jornal (en la proporción establecida por la ley) que el obrero perciba. Si ello es así, no puede atribuirse a actos de éste el hecho de que el capital entregado haya disminuído en su valor adquisitivo, sino única y exclusivamente al Instituto Nacional de Previsión y a sus Cajas colaboradoras; y, por tanto, está de acuerdo con la justicia que si el Instituto ha recibido un capital que representaba, en el acto en que le fué entregado, un valor adquisitivo de 100, los réditos o intereses de tal capital que se entreguen al obrero sean los que corresponderían a una cantidad de dinero del mismo valor adquisitivo, aunque por ello fuere preciso destinar una cantidad en metálico superior.

Cuando los jornales suben como consecuencia de un mejoramiento en las condiciones de los obreros, pero sin que ello corresponda a una desvalorización de la moneda y, por consiguiente, a un aumento en el coste de la vida, entonces, quizá, ya no sea de estricta justicia el aumento de la pensión; porque, aunque el obrero, de continuar trabajando, seguramente hubiera hoy cobrado la cantidad que cobran sus compañeros de ayer, no puede obligarse al culpable a permanecer en un estado de inseguridad durante toda su vida respecto al mon-

tante de la indemnización, y a que, por una causa que él no puede ni pudo prever, se le aumente el sacrificio, transcurrido un cierto tiempo. Téngase en cuenta que cuando se trata de una baja del valor adquisitivo de la moneda, el aumento de la cantidad dada por indemnización no perjudica propiamente al causante del daño, porque no se trata de un aumento de indemnización, y en cambio se beneficiaría de seguir pagando la misma cantidad en metálico que pagó desde el primer día.

Resumiendo: la condena, una vez decretada, no puede aumentarse ni disminuirse, pero no es aumentar ni disminuir el poner la cantidad monetaria al nivel y valor que realmente tiene en cada momento ⁽¹⁶⁾.

No dejamos de reconocer que esta teoría quizá tendría dificultades en su aplicación práctica y que podría ser causa de disidencias y discusiones; pero la creemos justa, como creemos injusto el criterio contrario que se había aplicado en la interpretación del Código penal en materia de penas, tratándose de delito de usurpación de dinero, o de cosas valora- bles en cualquiera de las múltiples formas reguladas por el Código penal. De la aplicación del de 1870, que rigió hasta el año 1928 y después por corto tiempo, resultaba que quien en el año 1871 hurtaba una gallina, por ejemplo, cometía una falta, y si el hurto se realizaba en el año 1927, de una gallina de la misma categoría y condiciones, aquéllo ya era considerado como delito, porque con tal criterio y con el transcurso de los años se iban automáticamente agravando las penas, contrariando, con ello, sin duda, el criterio y la voluntad de los que promulgaron el Código penal del año 1870.

De todas maneras, aceptándose en materia extracontrac- tual la indemnización por medio de entrega de un capital, el problema no surge.

(16) El artículo 46 del Código suizo de las Obligaciones (30 de marzo de 1911) establece que, en caso de lesiones corporales, la víctima tiene el derecho de resarcirse de los gastos y daños y perjuicios resul- tantes de su incapacidad de trabajo total o parcial, así como del ataque a su porvenir económico. Si no fuera posible al momento del juicio de- terminar con una certidumbre suficiente las consecuencias de las lesio- nes corporales, el Juez tiene el derecho de reservarse una revisión del juicio después de un intervalo de dos años o más, a contar del día en que lo ha pronunciado.

§ 81. Tanto si se acepta como si no el principio de la reparación natural, es preciso tratar de la reparación mediante la entrega de una cantidad en metálico; pues si no se utiliza la natural en todos los casos, y de aceptarse, en los que ésta no sea posible o suficiente, habrá de recurrirse a la indemnización propiamente dicha.

Y por ello es conveniente analizar varias situaciones que pueden presentarse, y entre ellas, el caso de destrucciones de objetos raros o únicos.

En el comercio de los hombres existen multitud de objetos de los que puede afirmarse que no tienen un valor económico propiamente dicho: su precio se regula por el capricho, interés, conveniencia, egoísmo y posición económica del que lo posee, contrapuesto por el capricho, interés, conveniencia, egoísmo y posición económica del que pretende adquirirlo. Tales son las cosas codiciadas, de las que existe un solo ejemplar o sean tan raros que puedan considerarse como únicos.

En estos casos, si tales objetos han desaparecido por razón de un incendio del que ha sido culpable una persona determinada, ¿qué cantidad deberá entregar en concepto de indemnización? Fijar el valor exacto es imposible: en estos casos, como en los de pérdidas de la vida, ataques al honor, constitutivos del llamado daño moral, debe ser el Juez el que, atendiendo las consideraciones del caso, fije la cantidad a que la indemnización debe ascender; pues, si bien desde el punto de vista económico, y por más cantidades que se entreguen, el daño no podrá ser reparado, ello no obstante no sería justo prescindir de toda indemnización. Podría considerarse que, teniendo un valor ilimitado, el Juez lo modera al fijar una cantidad determinada ⁽¹⁷⁾.

No sería, asimismo, justo obligar al culpable a satisfacer caprichos del perjudicado, sin un fundamento suficientemente justificado y racional. Así no podría obligársele a que satisficiera las cantidades necesarias para traer del extranjero objetos que, si bien pueden encontrarse en el país, de las mismas condiciones y cualidades, no llevarán la marca que está de moda ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁷⁾ Véase artículo 1.104 del Código civil.

⁽¹⁸⁾ El Tribunal Supremo, en sentencia de 2 de junio de 1910, esta-

§ 82. Desde el punto de vista de la reparación del daño causado, parece justo, en principio, que para la fijación del valor, se tenga en cuenta el desgaste de la cosa dañada, su amortización naturalmente producida por el transcurso de un determinado plazo de tiempo, etc.

Así, por ejemplo, si por culpa de determinada persona se inunda una fábrica y a consecuencia de ello se estropean y hacen inservibles las máquinas, la indemnización ¿habrá de consistir en lo que valdrían nuevas, descontando de su valor la amortización correspondiente al tiempo que sirvieron las destruidas o inutilizadas? ¿Deberá tomarse como valor el que tendrían de segunda mano, usadas aproximadamente el mismo tiempo que las primeras, o mejor todavía en el mismo grado de conservación?

El espíritu de la ley es que al perjudicado le desaparezcan las consecuencias del daño; que pueda realizar los mismos actos que antes realizaba, y, por consiguiente, que con el dinero que se le entregue como indemnización, pueda adquirir maquinaria en estado de uso para continuar trabajando en las mismas condiciones que antes del accidente. Por tanto, parece que la última solución es la más equitativa.

Si la indemnización se fija de acuerdo con la primera de las hipótesis, en teoría, habrá el fabricante recuperado lo que se le destruyó, pero convertido en dinero. Si con él tiene que adquirir nuevas máquinas, es posible que no existan en el mercado por el mismo precio, y encontrándose en la necesidad de adquirirlas, es probable que el vendedor valore esta necesidad.

Si el importe de la indemnización es suficiente para adquirir máquinas nuevas, el fabricante sale con ello beneficiado; pero si no es así y usadas no existen en el mercado, se encuentra en la alternativa de adquirir máquinas nuevas o que-

blece lo siguiente: Considerando que ni por ley ni por equidad puede imponerse a un litigante, cuando en el momento de cumplirse la ejecutoria no exista en su poder la cosa a cuya entrega fuese condenado, a que la adquiera a cualquier precio de un tercero que la posee legítimamente, pues aun tratándose de cantidad determinada de frutos en especie, no obstante que éstos suelen ser de oferta corriente en el mercado, dispone el artículo 947 de la ley de Enjuiciamiento civil que se reduzcan a dinero y se proceda a hacer efectiva la suma que resulte...

darse sin adquirir ninguna; y por consiguiente, no sería justo que se le entregara una cantidad inferior a la necesaria para la adquisición de tales máquinas, nuevas o usadas. No sería suficiente como reparación (y seguramente sería perjudicial para el culpable) obligarle a indemnizar los perjuicios que irían surgiendo al fabricante por cesar en la fabricación, mientras aguardaba encontrar las máquinas que no existían en el mercado.

Precisaría, pues, que se entregara la totalidad del dinero para su adquisición; pero en tal caso sería justo que transcurridos los años y completamente amortizada la maquinaria (siguiendo el curso y tiempo en que se hubiera amortizado la destruida), a quien hubiere satisfecho de más se le reconociera, o bien un derecho de propiedad sobre la misma en la situación en que quede, o bien un derecho a percibir el exceso de precio satisfecho. Sería conveniente, de todas maneras, conceder al perjudicado la facultad de que en cualquier momento pudiera satisfacer al culpable tal exceso de precio, adquiriendo definitivamente tal maquinaria.

Pueden, empero, presentarse otros casos en que la aplicación de la tercera de las hipótesis examinadas no sería del todo justa: supongamos que al pasar un automóvil imprudentemente por un vado lleno de barro, lo irradia sobre un hombre que transita por la acera, causando tales manchas en su vestido, que no es posible quitárselas, ni por su propia mano, ni por los establecimientos de tintorería establecidos en el pueblo. El perjudicado tiene derecho a que se le indemnice en cantidad suficiente para adquirir otro traje con que substituir el que llevaba puesto el día del accidente.

¿Habrá cumplido el chofer imprudente, con darle el dinero necesario para adquirir el traje usado, como el que llevaba en el día del accidente?

Se trata de que el perjudicado es persona que en su vida ha llevado trajes de segunda mano: cree que esto le rebajaría en la consideración de sus amigos. Es persona, además, que tiene ciertas preocupaciones sobre enfermedades y contagios; que, a pesar de asegurársele que se ha procedido a una buena y eficaz desinfección, es incapaz de ponerse el traje usado de otras personas.

A tal individuo es evidente que, si se le entrega la cantidad necesaria para comprar un traje usado, no podrá substituir el que llevaba por otro; y en el supuesto de sólo tener uno, tendrá de quedarse sin traje, o añadir a las cantidades que como indemnización le han sido facilitadas otras cantidades con las que comprar un traje nuevo; y si bien éste tendría un valor superior al destruido, por razón de ser nuevo, y por consiguiente, y en hipótesis, de mayor duración, hubiera continuado llevando aquél por bastante tiempo, ahorrándose un dispendio que ahora se le obliga a hacer. En conclusión: para reparar el daño causado, es preciso que se le entregue el dinero suficiente para adquirir un traje nuevo, sin que aquí se pueda utilizar el procedimiento sobre amortización a que hemos venido haciendo referencia con respecto a la maquinaria; porque, por regla general, en materia de trajes, no acostumbra a considerarse que cada X espacio de tiempo pierda un tanto de su valor que deba amortizarse, ni se le fija una vida determinada, sino que servirá por mayor o menor tiempo según múltiples circunstancias que no es posible ni preciso analizar aquí.

En tal caso, es natural que, si se obliga al autor del daño a satisfacer el importe del traje nuevo en substitución del deteriorado, éste deba entregarse a aquél, salvo el caso que ello constituyera otro perjuicio por el valor de afección. Tal principio puede extenderse a todos los casos en que se entregue una cosa nueva en substitución de otra vieja.

De manera que existen circunstancias en que es preciso que la indemnización sea superior al perjuicio que en teoría sufre el perjudicado; porque, si la reparación no puede ser exacta, es justo que cargue con las consecuencias de ello, el autor del daño antes que el perjudicado.

De todas maneras, en la práctica no se indemniza en la forma que creemos más justa; sino que, teniendo en cuenta el desmérito o amortización de las cosas, se descuenta el valor que ello representa.

§ 83. Ello nos trae a hablar de la compensación de beneficios.

Tratándose de la indemnización de los daños y perjuicios,

mediante la entrega de una cantidad determinada, en substitución de la reparación natural, surge el problema de si se han de compensar los beneficios que para el perjudicado pueden representar los actos realizados por el causante del daño, con los perjuicios sufridos. Si lo que el patrimonio del perjudicado disminuye, debe compensarse con lo que aumenta como consecuencia del acto reputado dañoso.

En principio parece que es lógico y equitativo que la compensación se establezca: si lo que se ha de indemnizar — prescindimos aquí del daño moral — es la disminución en el patrimonio del perjudicado, es evidente que, en definitiva, ésta surgirá después de compensar el aumento con la disminución.

Hay que tener presente, empero, que en muchos casos esto representaría un perjuicio para el perjudicado y, por tanto, una verdadera irregularidad. El caso, por ejemplo, de un Administrador que en una finca rústica invirtiese en adornos que no fueren del gusto del propietario y sin su autorización, terrenos dedicados al cultivo; el de convertir en fuente de ingresos, transformando en campos de verdura, parques y jardines, etcétera. Cuando ello suceda, el propietario no se encontrará favorecido en mucho ni en poco por los actos realizados por su administrador y, como consecuencia, no sería justo que el valor económico que los nuevos campos o los adornos representan se tuviera en cuenta a los efectos de la compensación. Si bien en el caso de la conversión en campo de verdura podría estimarse el valor en venta de la verdura, ya que con ello podría disminuir la cantidad necesaria para volver el campo a su antigua situación de jardín.

Se ocupa FISCHER ⁽¹⁹⁾ de un caso delictivo resuelto por un Tribunal alemán. Se trata del dependiente de un cervecero que deja correr 32 barriles de cerveza; y al ser demandado por los daños y perjuicios consiguientes, opone la compensación por el hecho de que, habiendo añadido agua a la cerveza, de ella se sacó la misma cantidad de dinero que se habría sacado sin la comisión del acto dañoso. El Tribunal denegó la compensación, a lo que parece, por tratarse de un acto ilícito. De todas maneras en este caso, propiamente no existió com-

(19) Obra indicada.

pensación; porque, en rigor, como consecuencia de los actos realizados por su dependiente, al dueño de la cerveza no le resulta ningún beneficio propiamente dicho, ya que en realidad nace para él una obligación, la de satisfacer a sus compradores el importe de la cerveza que les fué servida de menos; y además se le ocasionan otros perjuicios nacidos del descrédito que de la mala calidad de la cerveza pueden irrogársele. Y para ello, es igual que los compradores reclamen o no, porque la situación de deuda existe igualmente.

¿Se da compensación en el caso en que el perjudicado, debido al daño sufrido, adquiera derecho a exigir alimentos a terceras personas que se los pasan? La respuesta negativa parece que es la más apropiada, porque los alimentos se dan a falta de medios propios de subsistencia (hablamos de los alimentos propiamente dichos) y si el que ha ocasionado el perjuicio tiene el deber de reparar el daño causado, la acción que contra él puede ejercitar el perjudicado hace que, en derecho, no esté en una situación de necesitar los alimentos; y en último caso resultaría una obligación a indemnizar a los que los prestan ⁽²⁰⁾.

También es natural que si por tratarse de un accidentado de escasa posición económica, fuera la beneficencia pública o privada la que atendiera en un principio a los gastos de su curación como atendería a los que, sin culpa de nadie, pudiera sufrir durante su vida, existiendo un culpable con tal obligación, no sean los hospitales o clínicas gratuitos los que carguen con los dispendios de tales curas necesarias; porque en tal caso resultaría perjudicada la sociedad en general o los pobres de la región o localidad, y estos perjuicios, evidentemente tendría que repararlos el causante del accidente.

Otro caso que puede presentarse, es aquel en que el perjudicado, por razón del daño sufrido, tiene el derecho a percibir una cantidad periódicamente, o de una sola vez, de una Compañía aseguradora.

De acuerdo con los principios que regulan la materia de reparación e indemnización de daños y perjuicios, en materia de seguros, el perjudicado no puede beneficiarse del accidente

(20) Véase Código civil alemán, párrafo 843, apartado 4.º.

por él sufrido. La misión del seguro es reparar. Ahora bien: el perjuicio, en definitiva, ¿debe ir a cargo del causante del daño o de la Compañía aseguradora? Parece evidente que quien primero tendría que satisfacer la indemnización sería el causante del accidente; y que, si bien el perjudicado podría dirigirse directamente contra la Compañía, ésta tendría acción para repetir contra el autor del daño ⁽²¹⁾.

Por especial disposición de la ley (artículo 1.686 del Código civil) en las Sociedades no pueden compensarse los daños y perjuicios que éstas hayan sufrido por culpa de un socio, con los beneficios que con su industria le haya ocasionado.

§ 83 bis. Puede darse el caso, y muchísimas veces sucede, que los efectos del daño no surjan inmediatamente, sino que sea preciso un largo tiempo para que aparezcan al exterior y sean evaluables en dinero.

Como consecuencia de ello, puede preguntarse si para la reclamación es preciso aguardar que con el transcurso de los años vayan surgiendo hasta las últimas consecuencias dañosas del acto culposo; si deben irse reclamando los perjuicios a medida que vayan surgiendo al exterior; o bien si de una manera directa e inmediata pueden reclamarse fijándolos de una manera prudencial.

De aceptarse la primera hipótesis, nos encontraríamos con que no se daría una verdadera reparación; ya que, si se ha de reparar el daño es preciso e indispensable que, a poder ser, la indemnización sea coetánea con él, que venga inmediatamente; que el perjudicado, en lo posible, no se aperciba del daño sufrido sin tener seguidamente en la mano el precio de la reparación. Además, muchas veces, es imposible prever las últimas consecuencias de un acto hasta llegar al final de la

(21) Véase ídem, ídem, párrafo 225.

GIORGI, V, 275, examina el caso de si el autor del daño puede substraerse a la obligación de indemnizar probando que el perjudicado ha sido indemnizado, mediante una subscripción pública o por una Compañía de seguros, y afirma que la cuestión ha sido examinada en la jurisprudencia francesa y belga que constantemente lo resuelven en un sentido negativo. Y continúa diciendo, con razón evidente, porque habiendo surgido el daño nace la obligación de repararlo, y los subscriptores y la Compañía aseguradora tienen la acción del daño contra su autor.

vida o sin haber transcurrido un gran número de años, y sería sensible que el perjudicado tuviera que pasar tanto tiempo o todo el de su vida aguardando el posible nacimiento de nuevos perjuicios para poder reclamar conjuntamente la indemnización de todos ellos.

La segunda hipótesis sería quizá la que de una manera más justa correspondería al principio de que es preciso indemnizar el daño causado. Inmediatamente tendría el perjudicado la indemnización del daño sufrido, pero ello no privaría que así que con el transcurso del tiempo fueran surgiendo consecuencias insospechadas del acta culposos, no quedarán sin indemnizar. Naturalmente, que en este caso, no procedería en rigor y en teoría la prescripción; pues, a pesar de haber transcurrido un gran número de años, el perjuicio no sería conocido hasta el momento de producirse o de manifestarse. Fundándose la prescripción en cierto abandono culpable, que representa el no reclamar un derecho al poderse reclamar, es evidente que no puede considerarse abandonado si su titular ignora que lo posee y que de momento no tiene de una manera cierta.

La primera hipótesis de las expuestas, que es la aceptada por la jurisprudencia española, tiene la ventaja de zanjar definitiva e inmediatamente las consecuencias de un daño y de dejar fijo y determinado el derecho de los que en tal caso han tenido un interés; si bien tiene el inconveniente de que no siempre se acomoda, de una manera estricta, a la justicia y que con ello prevalece un criterio más o menos arbitrario.

La sentencia de 6 de diciembre de 1912, con referencia al caso que nos ocupa, establece que la apreciación de los daños causados como consecuencia de los morales, en el orden material no puede diferirse hasta que el tiempo manifieste cuántos y cuáles se hayan producido, porque sucedería que algunos se realizasen, quedando ilusoria la indemnización, después que el escaso plazo legal establecido para el ejercicio del derecho hubiese transcurrido, siendo por otra parte justo y equitativo que una vez causado el daño se exija cuanto antes su reparación; ya que no puede hacerse con la debida equivalencia procede la estima prudencial de los daños materiales que de él se han de derivar.

En muchas otras sentencias el Tribunal Supremo sienta el principio de que en esta materia, prudencialmente, el Tribunal de instancia es el que ha de fijar el importe de los daños y perjuicios.

No obstante, en la de 10 de febrero de 1922 concede indemnización por hidrofobia sobrevenida a un guardia civil a consecuencia de la mordedura de un perro, a pesar de que anteriormente se había dictado sentencia en el correspondiente juicio de faltas, por aquella mordedura.

§ 84. Los daños y perjuicios causados al que se le obliga a litigar injustamente, se consideran reparados, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo ⁽²²⁾, mediante el pago de las costas causadas en el juicio, por el litigante considerado temerario ⁽²³⁾.

Puede existir temeridad en el que solicita la confirmación en la Audiencia de la resolución dictada por el Juzgado de 1.ª instancia; y, como consecuencia, ser condenado a satisfacer las costas de esta segunda instancia ⁽²⁴⁾, a pesar de que parece, que el hecho de sostener la opinión y fallo de una Autoridad judicial, habría de excluir el concepto de temeridad.

La determinación de si procede o no la imposición de las costas judiciales es cuestión que compete al Tribunal de instancia ⁽²⁵⁾; incluso la sentencia de 20 de noviembre de 1907 sienta la doctrina de que, aun estipulándose por los contratantes que serían de cuenta y cargo del deudor las costas, daños y perjuicios en su caso, la aplicación de esta penalidad queda sometida al prudente arbitrio de los Tribunales; por lo

⁽²²⁾ Véase BORRELL y SOLER: *Dret Civil vigent a Catalunya*, III, 51; sentencia de 2 de marzo de 1907.

⁽²³⁾ En el asunto que motivó la sentencia de 2 de marzo de 1907, el Estado fué demandado de reivindicación: su Abogado contestó a la demanda oponiéndose a la misma mientras no se demostrasen los hechos alegados en ésta; y antes del escrito de conclusiones se allanó a la misma. No obstante, fué condenado, por temeridad, a pagar las costas en concepto de indemnización de perjuicios, y no se extendió a más la condena, porque entendió el Tribunal que los perjuicios quedaban reducidos a los gastos del juicio.

⁽²⁴⁾ Sentencia de 15 de enero de 1898.

⁽²⁵⁾ Los agravios por una condena en costas no están sometidos a la censura del Tribunal Supremo (sentencia de 28 de junio de 1910).

que, no apreciando la Sala sentenciadora malicia ni temeridad en la demandada, puede no imponerle las costas.

En algunos juicios determinados, por ejemplo en el de desahucio, la ley obliga a la imposición de las costas; pero debe interpretarse en sentido restrictivo y por ello, tal imposición no es forzosa en los casos de apelación de la sentencia ⁽²⁶⁾.

En realidad la imposición de las costas judiciales, en la mayoría de los casos, no repara en un todo los perjuicios causados al que se le ha obligado a litigar de una manera injusta; pues muchas partidas de las cuentas que se habrá visto obligado a satisfacer no pueden computarse en ellas, como las de Procurador o Letrado cuando no es necesaria su intervención en el juicio por disposición de la ley, pero sí lo son para la defensa real de los derechos del que se le ha obligado a litigar, etcétera ⁽²⁷⁾.

⁽²⁶⁾ Sentencia de 28 de mayo de 1923.

⁽²⁷⁾ La sentencia de 8 de mayo de 1931 condena al antiguo propietario a abonar las costas y gastos de un juicio de desahucio que tuvo que satisfacer el arrendatario al nuevo propietario.



XIV

DAÑOS PRODUCIDOS POR LOS ANIMALES

§ 85. El Derecho Romano se ocupaba del daño producido por los animales y de las acciones que para solicitar la indemnización correspondía al perjudicado, en varios fragmentos del Digesto y de la Instituta, concediendo unas u otras según las circunstancias del caso y la forma en que el daño se producía.

Si los animales causaban *pauperie*, es decir, daño sin injuria, se daba una acción noxal, *in rem scripta de pauperie*, en virtud de la cual el propietario de aquéllos podía optar entre entregar los animales causantes del daño o bien indemnizarlo: Ello acaecía aunque el animal se hubiere escapado, si bien, por lo que a los fieros se refiere, sabido es que al momento de escaparse dejaban de pertenecer en propiedad a su antiguo dueño, y por tanto no podía éste responder de los daños que en tal situación cometieran.

Para que la acción se diera, precisaba que el animal hubiese causado el daño contra su naturaleza, es decir, contra la costumbre de su especie. Así, si acariciando un caballo, daba una coz, esto era contra su naturaleza y nacía la acción; pero no, si la coz era consecuencia de malos tratos. En algunos casos podía nacer, empero, la acción *in factum de pactu pecorum* (¹).

Si el animal causaba daño, por dolo malo de alguien surgía la acción de dolo, si el dueño de aquél no lo hubiese dado y no tuviera con qué pagar (²).

(¹) *Digesto*: ley 14, título V, libro XIX. HEINECCIO: *Instituciones*, página 356.

(²) Párrafo 8.º de la ley 7.ª, título III, libro IV del *Digesto*. Véase ley Aquilia y HEINECCIO, lugar citado.

Por el edicto edilicio y para la seguridad de los caminos y sitios públicos, se prohibía tener en ellos perro, jabalí, oso, verraco, león y, en general, cualquier otro animal que pudiera causar daño; pero si a pesar de ello se tenían y causaren daño a un hombre libre, el dueño debía satisfacer el doble del daño causado, si se estimaba. Si el hombre libre resultaba muerto, debían satisfacerse 200 sólidos; si sólo resultaba herido, debía satisfacerse lo que el Juez considerara justo y equitativo. La acción edilicia, empero, no privaba el ejercicio de la *de pauperie* ⁽³⁾.

Las Partidas recogen los principios aceptados por el Derecho Romano en las leyes 21, 22, 23 y 24 del título XV de la Partida 7.^a, obligando, por regla general, al dueño del animal causante del daño a indemnizar.

De acuerdo con ellas, es responsable el que tiene un perro sujeto y lo suelta; el que espantare alguna bestia de manera que se perdiera o hiciera daño en alguna cosa, etc. Si una bestia mansa hiciese daño, su propietario tendría que indemnizarlo o bien entregar al perjudicado la bestia causante del mal; pero si ello acaeciese por culpa de otra persona, ésta sería la que debería cargar con la reparación.

(3) *Instituta*, párrafo 1.^o, título IX, libro IV; *Digesto*, leyes 40, 41 y 42, título I, libro XXI; ley 1.^a, título I, libro IX del *Digesto*; las *Decretales*, libro V, título XXXVI, capítulo IX, declaraban responsable del daño causado por los animales fieros que se tuvieran bajo custodia si se ocasionaran por el poco cuidado en su guarda. (MASPONS, Rev. Jur. de Cat.; *Instituta*, libro IV, título IX; *Digesto*, ley 1.^a, párrafo 7.^o, libro XI, título I. Véase MAYNZ, II, 519; HEINECCIO, *Instituciones*, 335.

Pauperie es el daño causado sin deliberación por parte del que lo hace... tenía lugar esta acción en el caso de que el cuadrúpedo dañase movido por su natural bravura (por ejemplo, si el caballo coceador causare daño con alguna coz o el buey acostumbra a dar cornadas hiriese con su asta o una mula por su demasiada indomitez; mas si echare la carga contra alguno a causa de lo malo del terreno, o por culpa del muletero o por haber cargado demasiado el cuadrúpedo, cesaba esta acción y se reclamaba por la del daño con injuria (párrafos 3.^o y 4.^o); si hiciese daño porque alguno le hostigó, cesaría esta acción (párrafo 6.^o); esta acción tendría lugar tanto si el cuadrúpedo hubiese causado el daño con su cuerpo o si con otra cosa que él hubiese tocado, por ejemplo, si los bueyes causaren daño a alguien con su carreta o con alguna cosa que derribaren (*Digesto*, ley 1.^a, título II, libro IX).

No te impide ejercitar la acción de la ley Aquilia por el daño con injuria que dices se te ha causado por los pastos. (Código de Justiniano: Constitución 6.^a, libro III, título XXV.)

Si se trata de un animal feroz, que por no guardarlo debidamente hiciese daño en alguna cosa de otro, su dueño debe satisfacerle el doble. Si hiciese daño a persona, debe satisfacerle los daños y perjuicios; si a consecuencia del daño falliere, deberá pagar 200 maravedises de oro: la mitad a los herederos del muerto y la otra mitad a la Cámara del Rey.

Si, finalmente, algún ganado hiciere daño en alguna heredad vecina, debe repararse el daño por el propietario del ganado o desampararlo a favor del dueño de la heredad; pero si lo entró voluntariamente, deberá satisfacer el doble.

§ 86. El Código civil español, en su artículo 1.905 recoge los antecedentes romanos y de Partidas examinados, suprimiendo, empero, todo cuanto a penalidad se refiere, y la facultad de exonerarse de responsabilidad entregando el animal causante del daño.

Dispone que el poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare aunque se le escape o extravíe; responsabilidad que sólo cesará en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido (*).

De la simple lectura del artículo aparece claramente a la vista que se aparta del principio general aceptado por la legislación española en materia de responsabilidad extracontractual, de que ésta no se da sin la existencia de una culpa o negligencia.

La responsabilidad del propietario o del que usa de un ani-

(*) El artículo 535 del Código penal (número 3.º) castiga como falta a los dueños de animales feroces o dañinos que los dejaren sueltos o en disposición de causar mal; el 588 castiga como autor de falta al dueño de ganados que entraren en heredad ajena sin causar daño, no teniendo derecho o permiso para ello.

El artículo 300 de las Ordenanzas Municipales de Barcelona de 1891, prohíbe sacar a la vía pública animales peligrosos sin las precauciones debidas o prescritas; y en los artículos 829 y siguientes, regula los relativos a los perros.

Artículo 56 del Código de las Obligaciones de Suiza: *En cas de dommage causé par un animal, la personne qui le détient est responsable si elle ne prouve qu'elle l'a gardé et surveillé avec toute l'attention commandée par les circonstances ou que sa diligence n'eut pas empêché le dommage de se produire. Son recours demeure réservé, si l'animal a été excité soit par un tiers, soit par un animal appartenant à autrui.*

mal puede alcanzar a casos en que, habiendo obrado con la atención debida, no pueda imputársele culpa ni negligencia de clase alguna: un perro atado en el jardín de una casa pueda causar lesiones a quien ignorándolo pasa desapercibido por allí; puede escaparse o extraviarse sin culpa de persona alguna, y en este estado acometer al transeúnte, etc.; y en estos casos la responsabilidad queda subsistente como si el daño hubiese sido causado por negligencia del propietario, y sólo demostrando la existencia de fuerza mayor o que el perjudicado es el causante del accidente, puede exonerarse de tal responsabilidad.

Los defensores del principio de que no existe responsabilidad sin culpa, negligencia o dolo, fundamentan el artículo en el sentido de que existe una presunción de culpa que puede provenir de falta de vigilancia, de no haberse cerciorado suficientemente de la capacidad de los empleados de la guarda del animal dañino, etc.

Pero esto no es posible admitirlo, porque podemos preguntar: ¿por qué hay que presumir esta culpa? ¿Es que si el animal se extravía o se pierde, puede el propietario vigilarlo? ¿Es responsable de lo realizado por dicho animal, cuando éste no siente el influjo directo ni indirecto de su poseedor? Si se dice que la negligencia consiste en haber dejado que se extraviara o que se escapara, cabe oponer a ello que pudo ser debido a multitud de circunstancias que no son precisamente constitutivas de culpa del propietario, tales como culpa de tercera persona.

Para sortear estas argumentaciones, no tienen más remedio que afirmar que existe una presunción *juris et de jure*, que, por consiguiente, impide demostrar lo contrario. Pero si ello es así, si no se permite al demandado demostrar que, a pesar del hecho no existe culpa por su parte, entonces hemos de convenir en que tal artículo acepta el principio de la culpa objetiva, prescindiendo del concepto de culpabilidad subjetiva.

Tampoco tienen solidez los argumentos de los que afirman que la nacida de este artículo es una obligación impuesta por la ley; porque ello es una petición de principio, ya que, como observa CROUZEL, precisamente lo que se trata de averiguar es el fundamento de la ley, y si ésta no tiene o no se sabe en-

contrársele fundamento alguno, habrá que concluir que es un precepto arbitrario.

Para admitir un fundamento, en el precepto comentado, habrá de reconocerse que aparece en parte el principio de la responsabilidad sin culpa, que se responde tan sólo por la vulneración de los derechos del perjudicado, del riesgo creado, etc. (5).

§ 87. Se ha sostenido (6) que el artículo 1.905 del Código civil tiene un alcance mayor que el que resulta de una interpretación literal de sus palabras: no sólo — se dice — no es responsable el dueño de los animales cuando demuestra que el daño por ellos causado ha sido debido a fuerza mayor o a culpa del perjudicado, sino también, cuando la culpa es de tercera persona y los actos de tercero sean de forma que no hayan podido ser previstos o no estuviera en los medios del poseedor o usuario evitarlos. Entonces, éste no debe responder de tales daños; porque, siendo iguales los fundamentos que en caso de fuerza mayor, a fuerza mayor podría equipararse.

Si aceptamos, con todas sus consecuencias, el principio de que no hay responsabilidad sin culpa, evidentemente tal criterio, como lógico, debe ser aceptado; pero ya hemos dicho que en este artículo el Código civil se aparta de tal principio, y, para aceptar la referida interpretación, sería necesario hacerlo en forma demasiado extensiva (7).

Así lo declara el Tribunal Supremo en sentencia de 19 de octubre de 1909, afirmando que el artículo 1.905 del Código civil no admite otra interpretación que la literal, bastando, según el mismo, que un animal cause perjuicios para que nazca la responsabilidad del dueño, aun no imputándose a éste ninguna clase de culpa ni negligencia, habida sin duda cuenta por el legislador de que tal concepto de dueño es suficiente para que arrostre las consecuencias favorables o adversas de

(5) ENNECERUS (pág. 704) afirma que la responsabilidad del tenedor del animal lo es por riesgo.

(6) Véase MANRESA: *Comentarios al Código civil español*.

(7) Naturalmente que si existe culpa de tercera persona, será ésta también responsable y contra ella podrá repetir el dueño del animal si ha satisfecho los daños reclamados.

esta clase de propiedad... y esto se aplica ya se trate de perjuicios inferidos en las cosas, ya con más razón en las personas, por su mayor trascendencia... Se trataba de un toro fugado que mató a un niño.

Afirmando también en sentencia de 2 de enero de 1914 el principio de que el artículo 1.905 del Código civil debe interpretarse literalmente, declara que no es aplicable, por analogía, al daño causado por un automóvil ⁽⁸⁾.

§ 88. J. CROUZEL, en un interesante estudio sobre *La responsabilité du fait des animaux et du fait des choses inanimées*, al tratar de la materia que nos ocupa, distingue varios casos que pueden presentarse por la intervención de distintas personas, con referencia al artículo 1.385 del Código civil francés, semejante al 1.905 del español ⁽⁹⁾; y que examinaremos con referencia al derecho español:

a) La responsabilidad se ventila entre el propietario o usuario y la víctima.

Será responsable el autor del dolo, de la culpa o de la negligencia; y por consiguiente, si el autor es el mismo propietario, éste deberá indemnizar; si es el perjudicado, la indemnización no tendrá lugar. Caso previsto por el Código español al determinar que pueden acreditar, el propietario o usuario, que la culpa es del perjudicado.

Si uno de ellos ha incurrido en dolo y el otro en culpa o negligencia, la responsabilidad será a cargo del autor del dolo. En este caso, la responsabilidad penal, de acuerdo con el Código penal, debería regularse yendo a cargo del autor las responsabilidades civiles correspondientes.

⁽⁸⁾ Afirma ENNECERUS que la responsabilidad derivada de los daños causados por animales (pág. 704) se refiere a los producidos a consecuencia del peligro especial que representan tales animales, derivando de su naturaleza de ser vivo que obra a impulsos propios. Así no comprende el caso de que el animal obedezca a la voluntad de la persona que lo guía.

El Código civil español no hace tal distinción, ni se deduce de sus palabras; y de la doctrina sentada en las sentencias examinadas se desprende asimismo la imposibilidad de aceptarla.

⁽⁹⁾ *Le propriétaire d'un animal ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fut sous sa garde, soit qu'il fut égaré ou échappé.*

Si la falta tiene la misma gravedad por una parte que por la otra, a criterio de CROUZEL, se divide; si es desigual, va la responsabilidad de acuerdo con la gravedad de la misma. En la mayoría de los casos será muy difícil hacer la valoración de la falta; pero entra de lleno dentro del principio de la responsabilidad con culpa y debería, por tanto, aplicarse las reglas generales que llevamos examinadas.

Cuando, finalmente, no existe falta ni responsabilidad subjetiva por parte de ninguno de los dos, nos encontramos con el principio sentado por el artículo 1.905, en que la responsabilidad incumbe, exclusivamente, al propietario o a aquel que se sirve del animal.

b) La cuestión de la responsabilidad se ventila entre el propietario, usuario, usufructuario, etc., de un lado; y de otro, sus obreros o empleados.

Si la víctima es un empleado, entonces las relaciones que le unen al propietario serán las propias de un contrato de trabajo, y por consiguiente, será la ley de Accidentes del Trabajo la encargada de resolver la cuestión. Cuando ésta le excluye de su protección, como de tratarse de servidores domésticos, se dará plenamente el caso de la indemnización por parte del propietario, salvo en aquellos de excepción previstos en el artículo 1.905. Si existiere culpa por parte del patrono, podría, si conviniera al obrero, exigirle la responsabilidad consiguiente, de acuerdo con los preceptos de la culpa extracontractual.

Si la víctima es una tercera persona, la responsabilidad irá a cargo del propietario.

Aquí podría surgir alguna duda, teniendo en cuenta la redacción del Código al afirmar que son responsables el propietario o el que se sirva de él; de entenderse que *éste* es el que usa del animal inmediatamente; y que, por tanto, lo usan el obrero, el dependiente, etc.

No creo que este criterio pudiera prosperar, ya que si lo utiliza el dependiente, no es en nombre e interés propio, sino en el del propietario, que lo usa a través de aquél; es él quien saca el provecho del uso: él quien ha escogido o comprado el animal, él quien ha puesto a su servicio este elemento capaz de causar daños a sus semejantes.

c) La responsabilidad se ventila entre el propietario, etc., de una parte; y de otra, el arrendatario...

Aquí, de acuerdo con el artículo 1.905, parece indudable que el responsable es el arrendatario, no el propietario, porque, si bien el propietario continúa siéndolo, no obstante su derecho, mediante una retribución, está mermado en provecho del arrendatario, que es el que usa del mismo, el que se sirve del animal; en su provecho y beneficio trabaja, el que lo cuida y aquel que si existiera una negligencia a él afectaría.

Por otra parte, entrando a dilucidar quién de los dos es responsable, si el propietario o el que se sirva del animal — afirma GIORGI — que desaparece la responsabilidad de aquél para dar lugar a la de éste (^{9 bis}).

Para la existencia de un régimen de justicia, como ya hemos dicho en otra parte, sería preciso que el propietario respondiera, no ilimitadamente como el arrendatario, pero sí hasta dónde llegue el valor del animal, y que pudiera eludir la responsabilidad mediante su entrega; pues responsabilidad puede caber al propietario por el hecho de entregarlo a quien no tiene solvencia suficiente para responder de los daños que pueda causar.

Examinemos el caso de que un animal perteneciente a una explotación agrícola, cause el daño.

Si la finca está dada en arrendamiento, tanto si el animal es del propietario como del arrendatario, a éste incumbirá la responsabilidad. En el segundo caso, es evidente; y en el primero resulta de cuanto queda expuesto.

Si el propietario explota por su propia cuenta la finca y, por consiguiente, se sirve él mismo del animal, a su cargo irá la responsabilidad.

Si la finca se explota en aparcería, la cuestión ya no resulta tan clara. Por un lado es cierto que del esfuerzo, trabajo, etc., del animal se aprovechan propietario y aparcero y desde este punto de vista parece que en la proporción en que participan de los frutos deberían soportar los riesgos que para su obtención es preciso afrontar. Pero, por otro lado, en el supuesto de que el animal sea propiedad del aparcero, éste

lo habría elegido, estaría bajo su custodia y vigilancia, y no sería justo que se hiciera responder al propietario de los daños por aquél causados; porque en la especie de sociedad constituida por la aparcería, el animal no entra a formar parte del patrimonio de la misma, sino sólo sus esfuerzos o servicios, y a la contraprestación del propietario, que aporta la tierra, abonos, etc., corresponde la del trabajo del aparcerero con sus animales. De manera que en tal caso quien propiamente se sirve del animal es éste y no el propietario ⁽¹⁰⁾.

d) La responsabilidad se ventila entré el propietario, etc., de una parte; y de otra, un mesonero, veterinario, etc., personas que cuidan temporalmente el animal, mediante una retribución.

Si es el propio mesonero, veterinario, etc., el que sufre el daño, salvando la culpa del propietario, parece que éste no debe responder, por culpa extracontractual, ya que se trata, en este caso, de un daño causado cumpliendo un contrato... y son percances del oficio, que podía prever al celebrarlo.

Si es un tercero el que sufre el daño, podrá dirigirse contra el propietario, ya que no puede considerarse que el mesonero, veterinario, etc., se sirvan del animal. Tratamos aquí siempre del caso que no exista culpa por ninguna de las partes, ya que de existir por parte de estos últimos podría, asimismo, el perjudicado dirigir la acción contra ellos; y de no hacerlo, el propietario tendría acción para repetir contra los mismos. En esta hipótesis, si la vigilancia es experta y buena, la responsabilidad ha de ir a cargo del que saca los beneficios del animal, no precisamente del que no es usuario ni propietario, y sólo vigilante. En el terreno de la teoría hay quien considera responsable al que tiene bajo su guarda al animal. Esta solución resulta de aplicar al caso el principio de la presunción de culpa, por supuesta falta de vigilancia, aunque ésta no pudiera demostrarse.

Si el perjudicado fuese un dependiente del guardián, sería contractual la responsabilidad surgida entre éste y su dependiente, como es contractual la surgida entre el guardián y el

⁽¹⁰⁾ Véase GIORGI, V (páginas 601 y 602), cita una sentencia del Tribunal de Casación de Florencia, del día 5 de diciembre de 1881, en la que se declara la responsabilidad a cargo del aparcerero.

propietario, y del conjunto de los dos contratos surge el derecho a obtener la indemnización. La responsabilidad extracontractual sólo puede buscarse cuando no existe la contractual.

e) Finalmente, la responsabilidad se ventila con el que de una manera espontánea se convierte en guardián sin retribución de clase alguna, recoge el animal fugitivo, etc.

En este caso, de no mediar culpa o imprudencia por parte de él, la responsabilidad debe ir a cargo del propietario o usuario, si este guardián es el que ha sufrido el daño.

Si lo ha sufrido un tercero, parece que también será el dueño el obligado a indemnizar, a pesar de que no exista culpa por su parte ⁽¹¹⁾.

§ 89. Decíamos que de acuerdo con el artículo 1.905, el propietario o aquel que se sirve de un animal responde de los daños por éste causados, aunque no haya incurrido en culpa ni en negligencia, y que sólo en el caso de existir fuerza mayor o culpa por parte del perjudicado se le exonera de responsabilidad.

La presunción, pues, es de responsabilidad y si el dueño de un animal causante de daño es demandado por tal causa, a aquél corresponderá demostrar la concurrencia, en su caso, de fuerza mayor o de culpa del perjudicado, cosa que en la práctica resultará muchas veces imposible.

§ 90. El Código civil, innovando lo dispuesto por el Derecho Romano y las legislaciones españolas antiguas, ha introducido el artículo 1.906, en virtud del cual el propietario de una heredad de caza responderá del daño causado por ésta en las fincas vecinas cuando no haya hecho lo necesario para

⁽¹¹⁾ Los autores examinan otros casos que pueden presentarse en la práctica. Así GIORGI examina los siguientes: si un animal, en riña, causa daño a otro, el propietario del que lo ha ocasionado debe indemnizar al otro (párrafo 396); si el daño procede de varios animales, sin que se pueda averiguar el causado por cada uno de ellos, la responsabilidad debe ser solidaria (602).

En el caso de que un tercero sea culpable de los daños causados por un animal ajeno, ante el que ha sufrido el daño, son responsables los dos, a no haber intervenido fuerza mayor... (véase ENNECERUS, 712).

Véase artículo 1.893 del Código civil sobre gestión de negocios.

impedir su multiplicación o cuando haya dificultado la acción de los dueños de dichas fincas para perseguirla.

Parece lógico que pueda exigir la indemnización no sólo el propietario de la finca que ha sufrido daño a consecuencia de la caza, sino también, en su caso, todos aquellos que la hayan experimentado, tales como usufructuarios, arrendatarios, etcétera.

Este artículo se funda en un principio de culpabilidad, no nacido directamente del artículo 1.902, pero sí inspirado en el principio del abuso del derecho y en el de la solidaridad social.

El Derecho de propiedad privada tiene como uno de sus fundamentos el constituir la mejor forma de aprovechar las riquezas de la tierra en la proporción benéfica para más hombres: el estímulo para el trabajo y el progreso; la independencia familiar, etc. Y si esto es así, sería ir contra el espíritu, naturaleza y razón de ser de la propiedad privada consentir que se abuse de ella en forma que perjudique la hacienda del vecino, sin un beneficio proporcionado.

Por esto se establecen limitaciones al derecho de propiedad, como ya nos hemos ocupado en otra parte de este tratado. En efecto: el propietario de una finca, tanto si la destina a la explotación agrícola como a la caza, puede prohibir que entren en ella cazadores a ejercitar el derecho de caza que la ley de este nombre, mediante el cumplimiento de ciertas disposiciones de carácter administrativo, concede a todos en general ⁽¹²⁾; y a tal efecto, puede cerrar materialmente la finca o simplemente vedarla o acotarla ⁽¹³⁾.

Ejercitando este derecho dominical, el propietario de la heredad ha de hacer lo necesario para impedir la multiplicación de la caza a fin de que no invada y perjudique las explotaciones agrícolas próximas; y si no lo hace, está en el deber de indemnizar.

En este caso sería dudoso si podría aplicarse el artículo 1.902 del Código civil para exigir responsabilidad; porque, aunque a consecuencia de una omisión perjudicara a un tercero, podría alegar siempre que ello no constituía una acción u omisión culpable, ya que no hacía más que ejercitar un de-

(12) Artículos 6.º y 9.º de la ley de Caza.

(13) Artículos 9.º de la ley y 7.º y 9.º del Reglamento.

recho, el de propiedad. Por lo cual, a fin de salvaguardar la indemnidad de los vecinos, se ha creído necesario añadir el artículo 1.906 del Código civil.

Cuando el propietario hace lo posible para impedir que se reproduzca la caza en forma que pueda perjudicar, no se le puede tildar de negligente, de que abusa de un derecho. Cuando deja que los demás entren libremente para cazar, tampoco puede culpársele de la existencia de una caza demasiado abundante, porque el que se crea perjudicado podía él mismo evitar el daño y tanto puede acusarse de negligente a él como al propietario ⁽¹⁴⁾.

A más, como indica el comentarista señor MANRESA, quien adquiere un terreno cerca de un monte, bosque o soto en el que abunda la caza, al adquirirlo ya sabe o puede saber que se encuentra en un sitio donde ésta se produce en abundancia y que su campo y sus cultivos se encontrarán sujetos a la amenaza del exceso de caza; y si, a pesar de ello, adquiere el campo y planta en él, no puede alegar desconocimiento del peligro que le amenaza.

Ciertamente que los términos en que está redactada la ley pueden dar lugar a discusiones acerca de si el propietario ha hecho o no lo necesario para impedir que se multiplique; pero esta cuestión debe apreciarse en cada caso concreto, por los Tribunales, atendiendo a los usos y costumbres del país. Es muy difícil a veces querer precisar demasiado, porque raramente se abarcarán todos los casos.

¿Qué debe entenderse por heredad de caza?

La ley de Caza y su Reglamento se ocupan del vedado, del acotamiento y del cercado de la finca; pero, como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1911, no es allí precisamente donde hay que buscar el concepto de heredad de caza; y se comprende: porque lo que es indispensable de acuerdo con tal artículo y con lo que con él se pretende, es que exista una heredad en la que se críe la caza, sea la que sea, que produzca daños a fincas convecinas y que el propietario, o no haga lo necesario para impedir su multiplicación o prohíba a otras personas que la impidan.

(14) Véase ENNECERUS, página 730.

Dice así la sentencia referida: "La Sala sentenciadora, al apreciar que una finca monte debe ser tenida como heredad de caza, no infringe el artículo 9.º de la especial ley de este nombre de 6 de mayo de 1902, explicada por el Reglamento de 3 de junio del año siguiente, porque el Tribunal *a quo* para sentar tal conclusión no viene obligado a someter su criterio a la circunstancia de que el propietario de la finca haya solicitado y obtenido aquella declaración administrativa y colocado carteles que digan "vedado de caza", si de otra parte aparece demostrado que realmente la caza constituía la principal explotación del inmueble, toda vez que la declaración de vedado y su publicidad venían establecidas para impedir el derecho a cazar en los predios rústicos o de propiedad particular a otras personas que no sean dueñas o a aquellas a quienes los mismos autorizan por escrito, mientras que la estimación hecha por el Tribunal *a quo* tiene por objeto exclusivo determinar la responsabilidad del dueño de las heredades de caza por los daños causados en las fincas vecinas, caso previsto en el artículo 1.906 del Código civil que ha sido debidamente aplicado por no venir subordinado al precepto del párrafo 4.º del artículo 9.º ya citado, sino antes por el contrario, éste se refiere a aquél al establecer la responsabilidad por daños de la caza. No distinguiendo de casos el artículo 1.906 del Código civil, no puede admitirse el criterio de que sólo cuando exista la previa declaración gubernativa de vedado de caza o que las fincas en que ésta se críe se encuentren materialmente cercadas, dificulte al propietario de la finca de caza la acción para perseguirla de los dueños de los colindantes y de que únicamente entonces debe responder de los daños que cause."

ACCIONES “DE EFFUSSIS ET DEJECTIS” Y “DE POSITIS ET SUSPENDIS”

§ 91. Entre los obligados por cuasidelito ⁽¹⁾ de que se ocupa la Instituta de Justiniano ⁽²⁾ se encuentran: *a)* aquel que ocupa una habitación propia, arrendada o gratis y desde la que se hubiere arrojado o derramado alguna cosa de modo que perjudicare a alguien. También lo está cuando se derramare o arrojaré ⁽³⁾ algo desde un granero, almacén o taller ⁽⁴⁾; y *b)* aquel que en una parte por debajo de la cual se acostumbra comúnmente pasar, tiene colocada o suspendida alguna cosa que si cayere podría dañar a alguno.

Y ello es así, porque, según afirma ⁽⁵⁾ el Digesto, es de utilidad pública poder transitar por las calles sin miedo ni peligro; y por tanto, es indiferente que sea el lugar público o privado con tal que la gente pase por él con frecuencia ⁽⁶⁾.

La acción se daba contra el habitante de la casa, que era el responsable por su poco cuidado, escasa vigilancia o por tener familia tan descuidada ⁽⁷⁾. Cuando eran varios los que la habitaban, se daba contra el ocupante de la parte o habitación desde la que se causó el daño; pero si se causó desde un sitio utilizado por varios o que no pudiera determinarse, la

(1) Véase MAYNZ, II, 508; BORRELL y SOLER, III, 543; SERAFINI, II, 218; HEINECCIO, *Recitaciones*, III, 137.

(2) Libro IV, título V.

(3) Se considera que la cosa es arrojada, si cayó mientras se estaba colgando o una vez colgada.

(4) SERAFINI, II, 219.

(5) Párrafo 1.º, ley 1.ª, título III, libro IX.

(6) Párrafo 2.º.

(7) Véase HEINECCIO.

responsabilidad alcanzaba a todos ellos solidariamente ⁽⁸⁾, si bien el que satisfacía la indemnización podía repetir contra los demás en la parte que a ellos correspondía; y también, en su caso, contra el causante del daño ⁽⁹⁾.

Al arrojar la cosa, podían surgir varias consecuencias: la que se causara la muerte a un hombre libre. En este caso al hombre, como tal, no se le daba un valor económico; y, por tanto, por razón de la vida, no se concedía el duplo; pero, como pena, se castigaba, obligándole a satisfacer 50 monedas de oro. La acción, que era popular, no duraba más que un año, y no se daba ni a los herederos ni contra los herederos; 2.^a, si sólo se causaban heridas o lesiones al hombre libre, debía satisfacerse aquéllo que el Juez consideraba justo: apreciando los honorarios pagados a los médicos, los demás gastos hechos en la curación y, además, el importe de los jornales de que por tal motivo careció y de los que hubiere de carecer, caso de quedar inútil. En cuanto a la cicatriz o deformidad, no se apreciaba, porque el cuerpo del hombre libre no se puede apreciar ⁽¹⁰⁾. En este caso, la acción, si la ejercitaba el perjudicado, duraba perpetuamente (si quisiera ejercitarla algún otro, duraba sólo un año); pero no competía a los herederos por derecho hereditario ⁽¹¹⁾; 3.^a, cuando se causaban simples daños, se daba acción por el duplo de ellos ⁽¹²⁾. Esta acción, que era perpetua, pasaba al heredero, pero no se daba contra el heredero ⁽¹³⁾; 4.^a, si, empero, el que arrojaba la cosa era un siervo, y lo hubiese hecho sin el consentimiento del dueño, éste estaba obligado a responder de lo que se determinara en juicio o a entregar el siervo ⁽¹⁴⁾.

§ 92. Estos principios pasaron a la legislación de Partidas, recogiénolos las leyes 25 y 26 del título XV de la Partida 7.^a, de donde los recoge a su vez el Código civil en su artículo 1.910.

⁽⁸⁾ El huésped no se entendía, a estos efectos, habitante.

⁽⁹⁾ Véanse leyes 2.^a, 3.^a y 4.^a.

⁽¹⁰⁾ Ley 7.^a.

⁽¹¹⁾ Párrafo 5.^o, ley 3.^a.

⁽¹²⁾ Ley 2.^a.

⁽¹³⁾ Párrafo 5.^o, ley 3.^a.

⁽¹⁴⁾ Ley 3.^a.

Establece el referido artículo que el cabeza de familia que habita una casa o parte de ella es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma.

Como se ve, al trasladarse de las legislaciones antiguas al Código civil, ha quedado suprimido todo lo que a penalidad hacía referencia, y substituye la responsabilidad de los que habitan la casa, por la del cabeza de familia, por los actos realizados en ella que trasciendan al exterior.

La responsabilidad del cabeza de familia, como es natural, no enerva la que corresponda al causante del daño, y el perjudicado podrá dirigirse indistintamente contra uno u otro: ejercitando la acción del artículo 1.910 contra el primero y la derivada del 1.902 contra el segundo. Por consiguiente, la responsabilidad de ambos será solidaria.

Si la indemnización ha sido satisfecha por el cabeza de familia, podrá éste repetir contra el causante del daño.

El Código penal ⁽¹⁵⁾ considera falta el hecho de arrojar a la calle o sitio público, agua, piedras u otros objetos que puedan causar daño a las personas o en las cosas; y también el tener en los parajes exteriores de la morada, sobre la calle o vía pública, objetos que amenacen causar daño a los transeúntes.

La falta definida en el Código penal la constituye el solo hecho, por el peligro que ello representa, sin que sea preciso la realización de un daño a las personas o en las cosas. Si éste afecta a las cosas o se causan lesiones a las personas, el hecho ya constituye otro delito o falta.

De manera que, si bien la responsabilidad del dueño de la casa cuando no sea él el que haya realizado el acto de una manera directa, es meramente civil; de acuerdo con la legislación vigente, para su autor, puede ser penal.

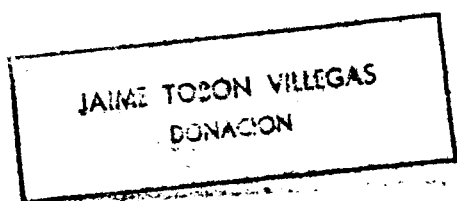
También tales actos pueden ser constitutivos de falta administrativa por infringir Ordenanzas y disposiciones de carácter municipal.

Así, por ejemplo, las Ordenanzas promulgadas por el Ayuntamiento de Barcelona en 1891, prohíben, en su artículo 301, tener en las ventanas, tejados, barandas de balcón y

(15) Artículo 575, números 4.º y 5.º.

antepechos de terrado o en otros puntos que miren a la calle, colchones, macetas, cajas de flores y otra cosa de manera que puedan caer y dañar a los transeúntes; y el 30, dispone que los vecinos deben abstenerse de tirar desde lo alto a la vía pública objeto alguno.

De manera que un mismo acto, puede estar sujeto a responsabilidades civiles, penales y administrativas.



XVI

RESPONSABILIDAD POR LA RUINA DE EDIFICIOS, CAÍDA DE ÁRBOLES, EXPLOSIÓN DE MÁQUINAS, IN- FLAMACIÓN DE SUBSTANCIAS EXPLOSIVAS, HUMOS EXCESIVOS Y EMANACIONES DE CLOACAS O DEPÓSITOS INFECTANTES

§ 93. Dispone el artículo 1.907 del Código civil que el propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviniera por falta de las reparaciones necesarias ⁽¹⁾.

Este artículo deriva de una manera directa de los principios que informan el 1.902 del propio Cuerpo legal y de los que reprimen el abuso del derecho de propiedad.

La convivencia humana, en ciertos casos, hace preciso que el ejercicio de nuestros derechos esté limitado en interés de los del prójimo. No puede vivirse en el mundo como un roblinson que, habitante único de una isla desierta, sólo tuviera que preocuparse de sus intereses y conveniencias; sino que, residiendo en el mismo pueblo multitud de individualidades humanas, de no limitar cada una sus propias actividades en interés de las demás, se produciría una colisión de intereses, de la que, más que beneficiosa, resultaría perjudicial la convivencia humana.

Cada propietario puede gozar de su derecho de propiedad; mas, para que pueda descansar en él, ha de tener la seguridad

⁽¹⁾ Ordenación número 49 de SANCTACILIA: Además que por albergue, terrado o tejado o por alguna pared que caiga sobre casas o cosas u otros predios de alguno, por grande que el daño sea, no sea éste tenido de enmendarlo a menos que antes hubiera mediado protesta con escritura.

de que no será perturbado por su vecino; que no será inquietado por usurpaciones, por derrumbamientos que puedan venirle de otras edificaciones. Tal seguridad debe darla la ley, auxiliada por el poder coactivo del Estado; y si, a pesar de ello, el daño se realiza, precisa que una reparación borre sus efectos.

Así lo había establecido el Derecho Romano, y así lo realiza el Derecho administrativo y el civil, previniendo los daños, por un lado, y reparándolos, si se han causado.

Por esto no nos parece, desde el punto de vista del artículo 1.907, aceptable la opinión de FERRINI, citado por MANRESA, que lo fundamenta en el principio de que quien tiene la utilidad de una cosa debe soportar el peligro y el daño por ella ocasionado. Este principio, por regla general, es lógico aceptarlo, y debería responderse incluso del caso fortuito; pero dicho artículo exceptúa el de fuerza mayor.

La teoría del riesgo creado no encuadra tampoco en este artículo, que exige culpa o negligencia por parte del propietario y exceptúa el principio de la responsabilidad por caso fortuito; porque la ley exige realizar operaciones de reparación o demolición; y si, de no cumplir con ella, sobrevienen daños a las fincas vecinas, puede afirmarse que existe culpa.

Con la palabra “edificio” debe comprenderse toda pared y toda construcción susceptible de derrumbamiento y de causar daños a los edificios vecinos o a otras propiedades. Así debe interpretarse el artículo, comparándolo con los 389 y 291 del propio cuerpo legal y en atención a existir el mismo principio jurídico y la misma razón.

El propietario, como decíamos, no responde en todos los casos de ruina, sino sólo cuando los daños sean consecuencia de la falta de las reparaciones necesarias. Si son debidos a defectos de construcción durante los primeros diez años, no responderá él, sino el Arquitecto o constructor; y si son debidos a otras causas, que no puedan comprenderse en el artículo 1.902, por no existir acción u omisión culpable, no existirá tampoco obligación de indemnizar.

¿A cargo de quién va la prueba de la falta de reparación o de su necesidad?

§ 94. Si bien, de acuerdo con los principios que regulan la prueba en materia de culpa extracontractual, ésta incumbe al que afirma la culpa o negligencia; y, por consiguiente, al actor incumbiría probar que el derrumbamiento ha sobrevenido por falta de las reparaciones necesarias, ello no obstante, la sentencia de 22 de octubre de 1929, acepta el principio de que, demostrada la concurrencia de ciertas circunstancias, se invierte el principio de la prueba y entonces corresponde al demandado la demostración de que la ruina no ha sido debida a la falta de reparaciones, o sea que admite una prueba *prima facie* (2).

Se trataba, en el caso resuelto, de una sirvienta llamada Consuelo, a la que sus amos ordenaron que pusiera paja en un pajar propiedad de éstos, una de cuyas paredes formada exclusivamente de adobes sin trabazón alguna de cal, argamasa u otra materia adherente, según se afirmaba en la demanda, sin duda por los defectos de construcción y falta de las reparaciones necesarias (se afirma que la propia Consuelo había avisado a su dueña del mal estado de la pared), estaba ruinosa, y al recibir el mayor esfuerzo representado por la paja, se desplomó, cayendo todos los materiales encima de dicha sirvienta, causándole lesiones.

Se instruyó sumario, que fué sobreseído, y posteriormente los padres de la lesionada formularon demanda contra los amos de ésta que fué desestimada en primera y segunda instancia; e interpuesto el oportuno recurso de casación, el Tribunal Supremo casa la sentencia del Tribunal inferior y en uno de sus Considerandos, dice:

“Que dados los términos en que se encuentra redactado el artículo 1.907 del... Código civil estableciendo la obligación del propietario de un edificio por responsabilidad de los daños causados que resulten de la ruina de todo o parte de la construcción, reconocido como cierto por el Tribunal *a quo* que la pared causante del daño cuya indemnización se reclama es-

(2) ALGUER y PÉREZ, traduciendo a ENNECERUS creen que, para solicitar la indemnización, es suficiente probar el derrumbamiento, el daño y el nexo causal, y que el propietario puede exonerarse si demuestra que ha realizado las reparaciones necesarias o que el daño procede de vicio de construcción (pág. 662).

taba construido con adobes sin trabazón alguna de cal, argamasa u otra materia y que el local a que correspondía se hallaba destinado a pajar, no puede menos de apreciarse que la falta de consistencia que esto significa para resistir el esfuerzo que el relleno de la paja había de ofrecer, exigía por parte del dueño del local un cuidado tan especial al objeto de precaver la ruina y evitarla por medio de las reparaciones necesarias, *que su omisión, por el solo hecho de destruirse la pared se debe entender probada, a menos que se acredite lo contrario*; que para su exculpación corresponde probarlo a la parte demandada, ya que con arreglo al artículo 1.214 del Código civil, incumbe al que la propone...”

§ 95. Cuanto hemos dicho antes de ahora podemos darlo por reproducido en cuanto a ello sea aplicable, al propietario de árboles colocados en sitios de tránsito que causen daños por su caída, no acaecida por causa de fuerza mayor ⁽³⁾.

§ 96. Como decíamos, cuando se ha sufrido daño por el derrumbamiento de un edificio o árbol en las condiciones examinadas, el propietario de aquél o de éste, está obligado a reparar el daño causado; pero la ley no obliga a quien se ve amenazado por una ruina de edificio o caída de árbol que aguarde a que el daño se haya producido para solicitar entonces su reparación, sino que en los artículos 389 y 390 del Código civil se obliga al propietario de un edificio, pared, columna o cualquiera otra construcción que amenace ruina, a su demolición o a realizar las obras necesarias para evitar su caída. Y si no lo realiza, faculta a la Autoridad para que, a costa de aquél la haga demoler; y asimismo se obliga al propietario de un árbol corpulento que amenace caerse de modo que pueda causar perjuicio a una finca ajena, o a los transeúntes de alguna vía pública o particular, a que lo arranque y lo retire; y de no retirarlo, deberá hacerse a su costa por mandato de la Autoridad ⁽⁴⁾.

⁽³⁾ Número 3.º del artículo 1.908 del Código civil.

⁽⁴⁾ Por Derecho Romano se facultaba al propietario amenazado por la ruina del edificio vecino, que, sin aguardar tal evento, acudiera al pretor para que le autorizara a exigir del dueño del edificio ruinoso

Pero además de la intervención de los organismos administrativos en interés de la seguridad pública, tiene el particular a quien directamente puedan afectar los perjuicios ocasionados por la ruina, la acción de interdicto que le concede

una caución por tiempo determinado, a los efectos de garantizar los perjuicios que pudieran sobrevenirle de tal causa: *damnum infectum*.

Si dentro del plazo fijado la caución no era constituida, el Magistrado tenía facultad para poner al denunciante en posesión del edificio ruinoso, a cuya posesión se ponía fin al hacer las reparaciones necesarias o prestando la caución. Transcurrido, empero, un nuevo plazo sin hacerse una cosa ni otra, podía incluso ser entregada la propiedad al dueño amenazado.

Agotado el tiempo de vigencia de la caución, si la ruina había tenido lugar, era indemnizado el propietario perjudicado; y si no acaecía, el que la había prestado podía solicitar que se le exonerara de la misma.

La acción *damni infecti* revestía un carácter extraordinario, pues sólo se daba por falta de otra acción que poder ejercitar (MAYNZ, II, párrafo 283; BORRELL y SOLER: *El Dret civil vigent a Catalunya*, III, 528; *Digesto*, libro XXXIX, título II).

La referida acción mira sólo al daño que amenaza, siendo propia de otras acciones resarcir los que ya se han causado, tales como las de la ley Aquilia, "pues del daño que ya se ha padecido nada se trata en este edicto, porque como los animales que hicieron algún daño no nos hacen responsables a más que a darlos en satisfacción de él, con mayor razón las cosas que carecen de alma no nos deben obligar a más, particularmente cuando existen las cosas animales que hicieron algún daño, porque si las casas causaron daño con su ruina, dejan de existir". Como se ve, la tendencia del Derecho Romano en este punto es, desligar la responsabilidad del hombre de la de sus cosas, atribuyendo a cada una de ellas una cierta responsabilidad: como en las acciones noxales (ley 7.ª, § 1.º, tít. II, libro XXXIX del *Digesto*).

También dispone el Derecho Romano que las ruinas de la casa que caen sobre la del vecino ha de retirarlas todas, incluso los escombros, su propietario, o no llevarse nada. (Ley 7.ª, título II, libro XXIX del *Digesto*.)

Las *Partidas* (leyes 10, 12 y 25 del título XXXII de la VII Partida) sientan el principio de carácter general de que todo aquel que tenga en alguna villa o lugar poblado algún edificio, débelo mantener en forma que no se derrumbe por culpa o pèreza, y también se ocupa en los daños causados por edificios, paredes, árboles que se derrumban, y de los medios que el vecino que se cree amenazado puede usar para prevenir la ruina y con ella los posibles perjuicios que se le irrogarían.

Como medio preventivo, caso de tratarse de un edificio, podía acudir al Judgador, quien ordenaba al propietario que hiciese las reparaciones necesarias o lo derribase y en su caso se mandaba que se derribara; pero si no estuviese en tan mal estado, entonces debía apremiar para que se reparara o afianzara a los vecinos y de no cumplir una de las dos cosas, a los vecinos que se querellaban se les ponía en la tenencia de la casa y se les daba la posesión de ella si el dueño con-

la ley de Enjuiciamiento civil. Y por ella, los que tengan alguna propiedad contigua o inmediata que pueda resentirse o padecer de la ruina, y los que tengan necesidad de pasar por las inmediaciones del árbol, edificio o construcción, pueden ejercitar dicha acción a fin de que: a) se adopten las medidas urgentes de precaución necesarias para evitar riesgos que pueda ofrecer el mal estado de algún edificio, árbol, columna o de cualquier otro objeto análogo cuya caída pueda causar daño a las personas o en las cosas; y b) la demolición total o parcial de una obra ruinosa (°).

§ 97. La responsabilidad la establece a cargo del propietario, el artículo 1.907 del Código civil, pero hay que examinar los siguientes casos:

Si la finca está dada en arriendo (°). En este caso, ante terceros, el propietario es el responsable, y será él quien deberá indemnizar, ya que el inquilino no posee en nombre propio, sino exclusivamente en el del propietario. Pero el artículo 1.559 del Código civil obliga al arrendatario a poner en conocimiento del dueño en el más breve plazo posible la necesidad de hacer las reparaciones necesarias a fin de conservar la cosa arrendada en estado de servir para el uso a que fué destinada (°); y si ello es así, evidentemente tendrá la obligación de avisarle cuando fuere preciso hacer reparaciones para evitar la ruina del edificio; y si no lo hace o lo hace con demasiado retraso, será responsable de los daños y perjuicios, y es natural que si son varios los culpables de omisión, todos ellos deban responder de las indemnizaciones que

continuaba en su rebeldía hasta que ellos la hubiesen reparado o derribado por mandato del Juegador.

Si el dueño diese fianza y el edificio se arruinara por defecto del mismo, tendría que pagar el daño a que se obligara. Pero si la causa fuere un terremoto, rayo, gran viento u otro semejante, entonces no debería indemnizar.

Si sucediese el daño antes de que fuere dada querrela de ella al Juegador, tampoco procedería la indemnización.

Si se trata de pared o árbol, el Juegador podía hacerlo derribar o cortar, previo examen de peritos.

(°) Artículos 1.676 y 1.677 de la ley de Enjuiciamiento civil.

(°) Véase GIORGI, V, 617.

(°) Artículo 1.554 del Código civil.

el propietario haya debido pagar a sus vecinos por razón de la ruina.

En el caso de que la finca esté cedida en usufructo ⁽⁸⁾, de acuerdo con el artículo 500 del Código civil, el usufructuario está obligado a hacer las reparaciones ordinarias que necesitan las cosas dadas en usufructo, y las extraordinarias van a cargo del nudo propietario, si bien el usufructuario debe darle aviso cuando fuere urgente la necesidad de hacerlas ⁽⁹⁾. Si no le da el aviso y, a consecuencia de la falta de reparaciones, sobreviene la ruina, naturalmente que deberá reintegrar al nudo propietario lo que éste haya satisfecho por indemnizaciones, a los vecinos, por la ruina del edificio. Si ésta fuese debida a falta de reparaciones ordinarias que van a cargo del usufructuario, también sería éste el que debería cargar, en definitiva, con el gravamen de la indemnización.

§ 98. Los Ayuntamientos deben velar por la seguridad del vecindario; y, como consecuencia, pueden tomar las medidas necesarias para evitar el derrumbamiento de edificios, llegando si es preciso a su derribo. Para ello, empero, debe incoarse el oportuno expediente, al que sea citado el propietario, por si quiere oponerse, y si así no se hiciese, procedería reclamar la indemnización correspondiente ⁽¹⁰⁾.

El artículo 262 y siguientes de las Ordenanzas Municipales de Barcelona, de 1891, facultan a cualquier vecino para denunciar los edificios que amenacen ruina, siendo ello obligatorio por parte del Arquitecto municipal, sus delegados y los Inspectores de la policía urbana; y si resultare inminente el peligro y no fuese posible la reparación, previo reconocimiento del edificio con intervención del interesado o su representante, ordenar que se derribe dentro de un breve plazo por el dueño; y, de no practicarlo dentro del plazo fijado, la Autoridad dispondrá que así se haga con cargo al valor de los materiales y del solar. Si fuere precisa sólo la reparación,

⁽⁸⁾ Véase GIORGI, V, 617.

⁽⁹⁾ Artículo 501 del Código civil.

⁽¹⁰⁾ Véase sentencia de 19 de abril de 1927 y la de 11 de abril de 1922 (c. a.).

también se ordenará que la haga, y en caso de no hacerla, se hará a sus costas por las brigadas municipales.

Estas disposiciones estaban de acuerdo con el artículo 72 de la ley Municipal de 1877, y lo están con el artículo 150 del Estatuto Municipal.

Ahora bien: si el Ayuntamiento, excediéndose en sus facultades, causa perjuicios innecesarios a los propietarios de las casas derribadas, pueden éstos instar la acción de daños y perjuicios ante la jurisdicción ordinaria, si bien ha de ser el Tribunal de lo Contencioso-administrativo el que determine si ha habido o no exceso de atribuciones ⁽¹¹⁾.

El artículo 576 del Código penal castiga como reos de falta a los que infringieren las órdenes de la Autoridad, descuidando la reparación de edificios ruinosos.

§ 99. Establece el Código civil una responsabilidad a cargo de los propietarios por los daños causados ⁽¹²⁾ :

a) Por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con las debidas diligencias, y la inflamación de substancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado.

b) Por los humos excesivos que sean nocivos a las personas o a las propiedades.

c) Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, construídos sin las precauciones adecuadas al lugar que estuviesen ⁽¹³⁾.

A criterio de MANRESA, estos extremos y el de la caída de árboles de que trata el número 3.º del artículo 1.908 que comentamos y del que ya nos hemos ocupado anteriormente, no son limitativos, sino sólo enunciativos.

Pero de todas maneras, teniendo en cuenta el principio que informa el Código civil, de que no existe responsabilidad sin culpa ni negligencia, es evidente que sólo cuando concurra alguna de tales circunstancias puede exigirse responsabilidad

⁽¹¹⁾ Véanse R. D. de 28 de noviembre de 1906; R. D. de 5 de diciembre de 1901; sentencias de 11 de abril de 1922 (c. a.) y 19 de abril de 1927.

⁽¹²⁾ Véase ley 8.ª, párrafos 5.º y 6.º, libro VIII, título V del *Digesto*.

⁽¹³⁾ GIORGI afirma que la incomodidad debe ser excesiva (V, 634).

al propietario, en cuyo caso, directa o indirectamente, los hechos estarán comprendidos dentro del marco del artículo 1.902.

Ahora bien: en el supuesto de que no sea el propietario el causante del perjuicio por las razones indicadas, sino un inquilino, ¿quién deberá indemnizar?

Todo aquel que causa el daño interviniendo culpa o negligencia está obligado a indemnizar, de acuerdo con el artículo 1.902; pero, además de su responsabilidad, ¿puede exigírsele también al propietario?

Si el propietario del edificio lo es también de las máquinas no cuidadas con la debida diligencia, indudablemente que sí; si los humos excesivos y perjudiciales son consecuencia de la industria, es indudable que también le afectará la culpa; y si se trata de la construcción de cloacas o depósitos de materias infectantes construídas sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen, evidentemente que el propietario del edificio que los construyó será él directamente responsable.

Ahora bien: si las máquinas son propiedad del inquilino y, por consiguiente, es él mismo quien debe velar para su conservación y perfecto funcionamiento, ¿deberá responder también el propietario del inmueble?

En pro de la afirmativa puede alegarse que el inquilino posee la finca a nombre del propietario y en virtud de un contrato por el que se estipulan las condiciones del arrendamiento y los derechos que el arrendatario tiene a usar de la finca arrendada; y, por consiguiente, está en las atribuciones del propietario prohibir la instalación de las máquinas o bien asegurarse de que no constituirán un peligro para terceras personas; y que al especificar el artículo que “igualmente responderán los propietarios” tratándose en el anterior de propietarios de edificios, parece que a éstos hace referencia.

En contra puede alegarse que si el propietario alquila a una persona un local, lo estipule o no en el contrato de una manera concreta, se entiende que el inquilino debe cumplir las leyes y ordenanzas referentes al uso y establecimiento de maquinaria y salvo caso de fuerza mayor, de cumplir con lo que está preceptuado, no sobrevendría la explosión; y que al referirse el artículo a *propietarios*, debe entenderse los de las

máquinas; mas, teniendo en cuenta que éstas pueden explotar en un local cerrado, o en medio de la calle, y que este artículo es más natural que abarque todos los casos.

Yo me inclino a creer que, aplicando el principio general de que no puede exigirse responsabilidad si no existe culpa o negligencia, a menos que se considere tal el permitir la instalación de las máquinas en el local alquilado, el propietario no es responsable de la explosión de las que no son de su propiedad.

En cuanto a la inflamación de substancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado podemos decir lo mismo.

§ 100. Téngase en cuenta, respecto a lo expuesto, lo que disponen el Reglamento de Obras y servicios municipales de 14 de julio de 1924, artículos 6, 62 y 65; y el Reglamento de Sanidad Municipal de 9 de febrero de 1925, en cuyo artículo 19 se establece que ningún Ayuntamiento consentirá la instalación de industrias que no estén a la distancia y en condiciones que las hagan absolutamente inocuas. A este efecto, para fijar la distancia y determinar las condiciones de funcionamiento de las fábricas, deberán tenerse presentes el peligro del fuego, explosión o infección; el desprendimiento de gases tóxicos, humos, polvos y malos olores; el ruido excesivo y la evacuación de aguas residuales que contengan metales tóxicos, ácidos o álcalis en exceso y materias putrescibles. Véanse asimismo las Ordenanzas Municipales de Barcelona aprobadas con fecha 21 de noviembre de 1927.

Con respecto a los humos, además de lo referido, puede consultarse la Instrucción de Sanidad de 1904 y el Reglamento Provisional para la indemnización de los daños y perjuicios causados a la agricultura por las industrias mineras, de 18 de diciembre de 1890, que regula el procedimiento administrativo; pero que no enerva el derecho de los particulares a ejercitar la acción dimanante del artículo que comentamos ⁽¹⁴⁾.

El artículo 590 del Código civil prohíbe construir cerca de

(14) R. D. C. de 18 de abril de 1914.

pared ajena o medianera, pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas artefactos que se muevan por el vapor o fábricas que por sí mismas o por sus productos sean peligrosas o nocivas, sin guardar las distancias prescritas por los Reglamentos y usos del lugar, y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias con sujeción, en el modo, a las condiciones que los mismos Reglamentos prescriban; y a falta de Reglamento deberán tomarse las precauciones que se juzguen necesarias previo dictamen pericial a fin de evitar todo daño a las heredades o edificios vecinos (¹⁴ bis).

§ 101. El artículo 576 del Código penal castiga como autores de falta a los que:

a) Contravinieren a las reglas establecidas para evitar la propagación del fuego en las máquinas de vapor, calderas, hornos, estufas, chimeneas u otros lugares semejantes; o construyeren estos objetos con infracción de los Reglamentos, Ordenanzas o Bandos, o dejaren de cuidarlos, con peligro de incendio; b) a los que infringieren las reglas de seguridad concernientes al depósito de materiales, apertura de pozos o excavaciones; y c) a los que infringieren los Reglamentos, Ordenanzas o Bandos de la Autoridad sobre la elaboración y custodia de materias inflamables o corrosivas o productos químicos que puedan causar estragos (¹⁵).

§ 102. El Código civil hace responsables a los Arquitectos y constructores del daño de que hemos venido tratando cuando es consecuencia de defecto de construcción, dentro del término legal (¹⁶). Y el artículo 1.591 del propio Código civil determina este término, diciendo que el contratista de un edificio que se arruinase por vicios, responde de los daños y perjuicios, si la ruina tuviere lugar dentro de los 10 años constados desde que se concluyó la construcción; y que igual responsabilidad y por el mismo tiempo corresponde al Arqui-

(¹⁴ bis) Respecto a Cataluña, véase BORRELL y SOLER, *El Dret Civil*..., II, 206 y siguientes.

(¹⁵) Véase Ordenaciones de SANCTACILIA, 55, 19.

(¹⁶) Artículo 1.909.

tecto que la haya dirigido, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección. Si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará 15 años.

En caso de concurrencia del Arquitecto, director de una obra y del contratista constructor, no responden los dos solidariamente, sino que cada uno sólo de lo que le incumbe; así, el Arquitecto responderá del cumplimiento de las reglas generales de su profesión en armonía con la naturaleza de la obra y según los planos aprobados por el propietario ⁽¹⁷⁾.

En tales casos, el propietario queda indemne de toda responsabilidad, que va a cargo exclusivo de los profesionales; y es porque, si el Estado les otorga una patente de competencia y les faculta para ejercer su profesión de una manera pública, no puede imputarse negligencia ni culpabilidad de clase alguna al propietario por haberles encargado la construcción de un edificio que por su ruina perjudica al vecino.

(17) Véase sentencia de 20 de marzo de 1893.

XVII

ACCIÓN CIVIL Y ACCIÓN PENAL

§ 103. En otro lugar de este mismo tratado hacíamos referencia a las dificultades que ante un caso concreto se pueden presentar para saber si debe regularse por el Código civil o el Código penal. De aquí que en la práctica se dan con relativa frecuencia, sobre todo en materia de culpa extracontractual, casos en que, iniciado un procedimiento criminal, se sigue posteriormente otro civil por el mismo hecho, y viceversa; y ante ello, y para evitar una duplicidad de sentencias, posiblemente contradictorias, precisa que la ley establezca una preferencia de procedimiento. Y la ley la establece para el criminal.

Así, el artículo 114 de la ley de Enjuiciamiento criminal dispone de una manera categórica que, promovido juicio de este orden en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndose, si lo hubiere, en el estado en que se hallare hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal; e incluso la ley de Enjuiciamiento civil determina la suspensión del procedimiento de este orden hasta que termine el criminal, cuando, debiendo dictarse sentencia, ésta hubiera de fundarse exclusivamente en el supuesto de la existencia de un delito ⁽¹⁾, y en el caso de que, sosteniendo una de las partes la falsedad de un documento que pueda ser de influencia notoria en el pleito, entablare la acción criminal en descubrimiento del delito y de su autor ⁽²⁾.

Incluso la ley concede competencia a los Tribunales de lo

(1) Artículo 326.

(2) Artículo 514 de la ley de Enjuiciamiento civil.

criminal ⁽³⁾ para resolver, al solo efecto de la represión y atemperándose a las reglas del derecho civil o administrativo ⁽⁴⁾, las cuestiones civiles o administrativas prejudiciales, propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación.

Existe, empero, una excepción, y ésta se da cuando la cuestión prejudicial civil propuesta sea determinante de la inocencia o culpabilidad ⁽⁵⁾. En este caso, el Tribunal de lo criminal debe suspender todo procedimiento y aguardar a que se dicte, en el orden civil o contencioso-administrativo, la sentencia correspondiente ⁽⁶⁾.

Salvo, pues, en el caso de existir cuestiones prejudiciales y aun no en todos, el procedimiento civil debe suspenderse ante la existencia del criminal hasta que en éste recaiga sentencia firme; y, abundando en estas consideraciones, la sentencia de 27 de diciembre de 1928 afirma que incluso cuando se desconoce la resolución de la causa criminal sobre un hecho, no puede sobre el mismo seguirse procedimiento civil.

El fundamento de tal disposición se ve claro: evitar no sólo que, por la simultaneidad de procedimientos puedan surgir sentencias en el fondo contradictorias, sino también que uno de ellos entorpezca el curso del otro, e incluso que el procesado se entere de una manera directa de lo que constituye el secreto sumarial, ya que al practicarse las pruebas en el procedimiento civil, probablemente tendrían que surgir docu-

⁽³⁾ Artículo 3.º de la ley de Enjuiciamiento criminal.

⁽⁴⁾ Artículo 7.º de la ley de Enjuiciamiento criminal.

⁽⁵⁾ Si la cuestión civil prejudicial se refiere al derecho de propiedad sobre un inmueble u otro derecho real, el Tribunal de lo criminal podrá resolver acerca de ella cuando tales derechos aparezcan fundados en un título auténtico o en actos indubitados de posesión (artículo 6.º de la ley de Enjuiciamiento criminal).

⁽⁶⁾ En este caso el Tribunal de lo criminal puede fijar un plazo que no exceda de dos meses, para que las partes acudan al Juez o Tribunal civil o contencioso-administrativo competente, pasado el cual sin que el interesado acredite haberlo utilizado, el Tribunal de lo criminal alzaré la suspensión y continuará el procedimiento (art. 4.º). Ello no obstante — dispone el artículo 5.º — las cuestiones civiles prejudiciales referentes a la validez de un matrimonio o a la supresión de estado civil se deferirán siempre al Juez o Tribunal que deba entender de las mismas, y su decisión servirá de base a la del Tribunal de lo criminal.

mentos y actuaciones reflejadas del procedimiento criminal.

La jurisprudencia, empero, ha mitigado el rigor del artículo 114 de la ley de Enjuiciamiento criminal, declarando que no es necesario en todos los casos llegar a sentencia firme para que cese la suspensión de la acción civil; sino que se cumple igualmente la ley cuando, en vez de sentencia firme, se produce la terminación del procedimiento dentro del estado propio. Así, por ejemplo, el auto de sobreseimiento equivale a la sentencia, al efecto de dar por terminado el procedimiento criminal y poderse ejercitar la acción civil (^{6 bis}); y si el causante del daño está en rebeldía, puede ejercitarse en seguida la acción civil (⁷). En estos casos, de no ser así, habría de demorarse indefinidamente el ejercicio de tal acción; y por consiguiente como excepción de lo dispuesto por el artículo 111 de la ley de Enjuiciamiento criminal, al establecer que las acciones civiles y penales se ejerciten juntas, en caso de rebeldía, se puede promover inmediatamente el pleito civil (según los artículos 834 y 843 de la ley de Enjuiciamiento criminal).

§ 104. De los actos delictivos nacen dos responsabilidades a las que corresponden dos acciones: civil y penal, acciones que el perjudicado puede ejercitar simultáneamente ante los Tribunales de lo criminal encargados de perseguir el delito, o bien, reservándose la acción civil, ejercitarla por separado una vez terminado el procedimiento criminal (^{7 bis}).

Hay que tener presente, empero, que por el solo hecho de ejercitar la acción penal, se entiende ejercitada la civil, y por

(^{6 bis}) Así lo ha declarado la sentencia de 21 de marzo de 1907, que invoca los artículos 362 y 514 de la ley de Enjuiciamiento civil y el 114 de la criminal.

Resolvió en el mismo sentido, pero sin que se hubiera discutido expresamente la cuestión, la sentencia de 3 de junio de 1901.

Planteado el caso de si el sobreseimiento provisional, dejando la acción penal en suspenso, privaba de ejercitar la civil mientras no fuera aquélla resuelta, declaró expresamente la sentencia de 15 de enero de 1902 que podía el perjudicado reclamar en vía civil las responsabilidades de este orden; y que el sobreseimiento no tiene el efecto de cosa juzgada. Igual doctrina sientan la sentencia de 19 de febrero del mismo año.

(⁷) Sentencia de 6 de diciembre de 1895.

(^{7 bis}) Artículo 111 de la ley de Enjuiciamiento criminal.

ello precisa, en caso de que esta última se quiera utilizar independientemente, que la reserva sea expresa ⁽⁸⁾.

Cabe tener en cuenta que, como excepción, existen casos en que no puede ser ejercitada la acción penal y sí la civil a pesar de revestir los hechos todos los caracteres delictivos. Así sucede con los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren: a) los cónyuges, ascendientes o descendientes o afines en la misma línea; b) el consorte viudo respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge mientras no hayan pasado a poder de otros; c) los hermanos y cuñados si vivieren juntos ⁽⁹⁾.

Es consecuencia de ello que la extinción de la acción penal no lleva consigo necesariamente la de la acción civil y viceversa ⁽¹⁰⁾.

§ 105. Continuando el examen de las relaciones existentes entre las acciones civiles y penales derivadas de un solo hecho, cabe preguntar: la sentencia pronunciada en un procedimiento criminal ¿produce excepción de cosa juzgada en el procedimiento civil que después se incoa? Y aun, ¿la producen asimismo los autos que resuelven de una manera provisional o definitiva los procedimientos criminales?

Para que los derechos que han estado en litigio, por atribuírselos o apreciarlos de distinta manera diferentes personas, tengan una fijeza determinada, es preciso que llegue un momento en que, por adquirir firmeza la resolución dada al litigio, no pueda ya ser discutida, y sea buena o mala, justa o no justa, se tenga por verdad. De aquí que, juzgada una cosa, no pueda volverse sobre ella, sino en los casos taxativos que para el recurso extraordinario de revisión señala la ley ⁽¹¹⁾; debiendo rechazarse de plano todo intento de nueva discusión sobre lo que ya está juzgado.

El Código civil, en su artículo 1.252, determina las características que debe reunir la sentencia con relación al nuevo asunto que se plantee para que la presunción de cosa juzgada

⁽⁸⁾ Artículo 112 de la ley de Enjuiciamiento criminal.

⁽⁹⁾ Artículo 557 del Código penal.

⁽¹⁰⁾ Artículos 116 y 117 de la ley de Enjuiciamiento criminal.

⁽¹¹⁾ Artículo 1.251 del Código civil.

surta efecto; y así dice que se requiere que entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada, concurre la más perfecta identidad entre las cosas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron ⁽¹²⁾.

Examinemos la influencia que la resolución que pone término al procedimiento criminal ejerce al procedimiento civil en los siguientes casos que pueden presentarse: a) que la causa criminal haya terminado por sentencia condenatoria; b) que haya terminado por sentencia absolutoria; c) que haya terminado por sobreseimiento libre; d) que haya terminado por sobreseimiento provisional; e) que haya terminado por rebeldía del procesado; f) que haya terminado por muerte del presunto culpable; g) que haya terminado por amnistía o indulto; h) que haya prescrito el delito.

§ 106. A) La causa criminal termina por sentencia condenatoria.

a) Si, ejercitándose en la causa, juntamente con la penal, la acción civil, recae sentencia condenatoria con pronunciamiento sobre pena e indemnización, evidentemente que no podrá ejercitarse de nuevo la acción civil ⁽¹³⁾.

b) De acuerdo con la sentencia de 15 de junio de 1929, el perjudicado no puede ejercitar la acción civil contra el subsidiariamente responsable, después de la criminal cuando en este procedimiento no la ha usado el acusador ni el Fiscal ni aquél se la ha reservado contra el que considera subsidiariamente responsable. Se trataba de una causa por accidente de automóvil en que las acciones sólo se habían dirigido contra el autor material del hecho ⁽¹⁴⁾. La sentencia de 17 de marzo

⁽¹²⁾ En las cuestiones relativas al estado civil de las personas y en las de validez o nulidad de las disposiciones testamentarias la presunción de cosa juzgada es eficaz contra terceros, aunque no hubiesen litigado. Se entiende que hay identidad de personas siempre que los litigantes del segundo pleito sean causahabientes de los que contendieron en el pleito anterior, o estén unidos a ellos por vínculos de solidaridad o por los que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho a exigir las u obligación de satisfacerlas (artículo 1.252 del Código civil).

⁽¹³⁾ Sentencia de 22 de noviembre de 1940.

⁽¹⁴⁾ En la sentencia se citan las de 17 de marzo de 1924 y de 17 de noviembre de 1927.

de 1924, a más de sostener la misma tesis, añade que la jurisdicción civil no puede suplir las deficiencias ni enmendar las omisiones cometidas en el procedimiento de otras jurisdicciones, e incluso afirma, fundándose en los artículos 18 del Código penal desarrollado en los 19, 20, 21, 49, 50, 51, 52 y 121 y concordantes (del Código de 1870), que si la representación fiscal que ejercita las dos acciones a ciencia y paciencia del perjudicado, no pide la responsabilidad subsidiaria, no se puede pedir en pleito civil (se trataba de daño causado al conductor de un carro por culpa del guardabarrera de un paso a nivel, cuyo guarda fué condenado en la causa criminal, pero ni el Fiscal solicitó ni la sentencia extendió la responsabilidad a la Compañía) ⁽¹⁵⁾.

Ahora bien: dispone el artículo 109 de la ley de Enjuiciamiento criminal que en el acto de recibirse declaración al ofendido con capacidad legal, se le instruirá del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso y renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible. Si no tuviese capacidad legal, se practicará igual diligencia con su representante.

Puede presentarse el caso de que, a pesar de lo dispuesto en tal artículo, no se instruya al perjudicado o a sus representantes de los derechos que la ley le concede, y en tal supuesto, cabe preguntar: ¿perjudicará ello al ofendido de manera que no pueda ejercitar la acción civil?

El Tribunal Supremo en sentencia de 4 de diciembre de 1923 concede la acción civil para ejercitarla en el oportuno juicio, en el siguiente caso: se trataba de un conductor de automóvil que atropelló y mató a un hombre; en la oportuna causa recayó sentencia condenando al reo como autor de delito e imponiéndole una indemnización en concepto de responsabilidad civil, que por ser insolvente no satisfizo. Los

⁽¹⁵⁾ Véase, empero, la sentencia de 30 de diciembre de 1929, que afirma que pedida en forma ilegal por el perjudicado la responsabilidad civil contra el responsable subsidiario y no concedida por defecto procesal, aquél tiene derecho a pedir la responsabilidad civil ante los Tribunales de este orden, si bien no puede ser superior a la declarada para el procesado en juicio penal.

hijos del interfecto reclamaron en pleito civil contra el dueño del vehículo como responsable subsidiario.

La sentencia es justa; pero teóricamente cabe preguntar: ¿el Ministerio Fiscal no actúa como legítimo representante de los perjudicados? Y si lo es, ¿por qué no les perjudica lo realizado por aquél?

c) Es interesante el caso resuelto por la sentencia de 10 de febrero de 1922. Se trataba de un guardia civil que fué mordido por un perro, dando lugar el hecho a la celebración del oportuno juicio de faltas en el que el dueño del animal fué condenado a multa y a indemnización. Con posterioridad a ello y terminado completamente el juicio de faltas, se reprodujo la enfermedad, falleciendo el guardia de hidrofobia. Su viuda exigió nueva indemnización, que le fué concedida, no considerándose (o no oponiéndose) excepción de cosa juzgada.

El que en la causa criminal se haya dictado auto de procesamiento e incluso el Fiscal haya calificado acusatoriamente, no priva de que el Tribunal civil aprecie que no existe la culpabilidad. Así se deduce de la sentencia de 23 de diciembre de 1905. A pesar de haber sido procesado y pedirse pena para el conductor de un tranvía por haber arrollado un carro, el Tribunal Supremo resolvió que no hubo culpa por parte de los empleados, ni por tanto, responsabilidad para la Compañía, sino que la imprudencia fué del carretero. Es de advertir que el procesado se acogió a un indulto y quedó extinguida la responsabilidad penal, pero no la civil; y que el procesamiento y la acusación fiscal son modificables, no teniendo carácter de definitivos.

A pesar de cuanto queda expuesto preciso es reconocer que, lo resuelto en la causa criminal, se quiera o no se quiera, repercute — no de una manera absoluta — en el procedimiento civil.

§ 107. B) Caso en que la causa criminal haya terminado por sentencia absolutoria.

Sentado el principio de la diferenciación, en el orden teórico y práctico, de la culpa delictiva y de la extracontractual,

es evidente que un hecho que el Tribunal considera como no delictivo y, como consecuencia de ello, dicta sentencia absolutoria, puede revestir los caracteres de una culpa civil por parte de su autor; y, por tanto, ser éste condenado a responder de los daños y perjuicios causados.

Hemos visto que cuando la sentencia es condenatoria precisa que se haya reservado las acciones civiles para ejercitarlas después de la causa criminal; porque dos jurisdicciones no pueden sentenciar sobre un mismo hecho en el mismo aspecto: podría haber contradicción en las sentencias, cosa que no admite la condición de la cosa juzgada. Cuando, empero, la sentencia es absolutoria, se absuelve en su totalidad incluso de la posible responsabilidad civil, porque ella va inherente a la comisión de un delito que se afirma que no se ha cometido; y como la jurisdicción criminal no puede entender exclusivamente de la civil, por esto se ve precisada a absolver con todas las consecuencias; pero al hacer tal declaración, no prejuzga, no afirma ni niega que, prescindiendo del campo de su actuación, pueda existir una responsabilidad que los Tribunales civiles serán los únicos competentes para apreciar.

En un solo caso la sentencia absolutoria dictada en el procedimiento criminal prejuzga la cuestión civil, y tal caso se da cuando en la sentencia criminal se afirma la no existencia del supuesto de que la acción civil hubiese podido nacer ⁽¹⁶⁾. Un hecho puede ser constitutivo de delito o falta o de simple responsabilidad civil; de manera que si la jurisdicción criminal lo declara como fortuito, ello afectará sólo al procedimiento penal; pero cuando declara que el hecho no ha existido, no puede la jurisdicción civil contradecir de una manera abierta tal declaración, afirmando que realmente ha existido.

El Tribunal Supremo, empero, no siempre ha aceptado en toda su amplitud estos principios derivados directamente de la ley; sino que, en ciertos casos, ha interpretado ampliamente la excepción. Así, en la sentencia de 26 de marzo de 1909 dice que, cuando la jurisprudencia penal ha pronunciado un fallo juzgando un hecho de los que la ley penal califica de delito, no

(16) Artículo 116 de la ley de Enjuiciamiento civil.

cabe ya que la jurisdicción civil juzgue acerca del mismo y aprecie los mismos elementos ya juzgados, aun cuando sea para derivar una mera responsabilidad civil, si ésta, por su naturaleza, entraña y deriva la penal. Téngase presente que la causa terminó por sentencia absolutoria *en atención a que no se demostraron los hechos necesarios para poder calificar jurídicamente* los que fueron objeto del proceso, “no constando, por consiguiente, si los mismos son o no constitutivos de delito”. En sentido similar se pronunció la sentencia de 27 de marzo de 1909 ⁽¹⁷⁾. De haber prevalecido las doctrinas de estas sentencias, podríamos afirmar en la materia que nos ocupa, el principio general de que no procedería el ejercicio de las acciones civiles, dictada sentencia absolutoria en lo criminal; ya que, por los motivos expuestos en otro sitio, cuando existen hechos causantes de daños o lesiones, tales hechos son constitutivos de delito o falta.

La sentencia de 3 de mayo de 1929 afirma que, dictada sentencia absolutoria en el procedimiento criminal en atención a haber retirado la acusación privada y el Fiscal la acusación, no puede después seguirse juicio civil por el mismo hecho, en concepto de culpa extracontractual, que consideró improbable y que no era constitutiva de infracción de la ley penal; ya que de otra manera se hace revivir — dice — la eficacia de una acción que el propio interesado había

(17) Considerando que el precepto del artículo 116 de la ley de Enjuiciamiento criminal en relación con los consignados en los artículos 1.092 y 1.093 del Código civil y con los fundamentos que sirven de base a la separación e independencia de las dos jurisdicciones criminal y civil, patentizan que cuando aquélla ha pronunciado un fallo definitivo, firme, *juzgando un hecho de los que la ley penal califica como delito*, no cabe ya sin infracción evidente de las antedichas disposiciones, que la jurisdicción civil juzgue acerca del mismo hecho y aprecie los mismos elementos ya juzgados aun cuando sea para desviar una mera responsabilidad civil, *si ésta, por su naturaleza, entraña y lleva consigo la penal*, ya juzgada por las autoridades competentes, puesto que equivaldría a una verdadera revisión del juicio criminal sólo autorizada en materia penal en favor de los condenados y nunca en contra de lo absuelto e implica una confusión de obligaciones que el legislador ha diferenciado según que nazcan de delito o falta o emanen de culpa o negligencia no penadas por la ley; doctrina ya sancionada por esta Sala, más o menos directamente con especialidad en la sentencia de 12 de junio de 1902.

abandonado sin reserva en el juicio criminal, que tanto tiene por objeto declarar la responsabilidad criminal como la civil.

No nos convence el principio sentado por la sentencia; porque si creían las partes acusadoras que el hecho no era constitutivo de delito y sí de culpa extracontractual, a su criterio no era la jurisdicción criminal la indicada para conocer del hecho que se ventilaba; mucho más, teniendo en cuenta que la responsabilidad civil es accesoria de la penal, y la reserva, en su caso, hubiera tenido una razón lógica de efectuarse cuando, como accesoria de la criminal, fuera el propio Tribunal competente para conocer de la responsabilidad civil.

A excepción de tales casos (aunque después veremos que el Tribunal Supremo ha cambiado un poco de orientación en este punto, dando mayor libertad de incoar la acción civil), terminado el juicio criminal, queda expedito el civil, sin que pueda esgrimirse la excepción de cosa juzgada.

Con motivo de una construcción, fueron practicadas excavaciones, a consecuencia de las cuales la pared de un edificio se vino abajo, ocasionando la muerte de una persona. Instruido procedimiento criminal contra el Arquitecto director de las obras, por no tomar las precauciones debidas, fué absuelto; y seguido procedimiento civil, se le condenó a abonar en concepto de daños y perjuicios una cantidad a fijar en cumplimiento de sentencia. El Tribunal Supremo, en la suya de 22 de noviembre de 1940, afirma que no es de estimar la excepción de cosa juzgada, en atención a que un mismo hecho procesal puede ofrecer aspectos y valoración jurídica distintos, unos de orden penal y otros de orden estrictamente civil, que determinan la falta de identidad de causa de pedir en las respectivas jurisdicciones, excluyente de la aplicación del artículo 1.252 del Código civil.

La sentencia de 25 de mayo de 1916 se refiere a un caso de abordaje que motivó un sumario instruido por las Autoridades de Marina, las cuales declararon que en el hecho no se había dado imprudencia, negligencia ni impericia por parte del capitán del barco abordador; pero el Tribunal Supremo,

en la reclamación civil promovida por parte del abordado, declara que las resoluciones del Tribunal de Marina únicamente pueden significar que no había existido delito — única cosa sobre lo cual tienen competencia para declarar; — pero, según el artículo 116 de la ley de Enjuiciamiento criminal, la sentencia criminal no extingue la acción civil, la cual puede ser ejercitada ante la jurisdicción y en la vía que proceda contra el obligado a indemnizar; y en este caso, contra la sociedad naviera que no estuvo ni podía estar sometida a los Tribunales de la Marina de Guerra, según el artículo 50 del Código especial de estos Tribunales. Añade la sentencia que el Tribunal civil puede apreciar libremente que existió falta del capitán, cuya declaración no es opuesta a la sentencia del Consejo de Guerra. Solamente existiría excepción de cosa juzgada si el Tribunal hubiese declarado la no existencia del abordaje; y añade que esto es así de la misma manera que si la sentencia condenatoria dada en el pleito civil hubiese precedido a la de la causa criminal.

Muchas otras sentencias declaran la responsabilidad, de acuerdo con los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil, a pesar de la absolución en la causa criminal; por ejemplo, la de 17 de noviembre de 1925: absueltos los empleados de un ferrocarril causante del daño, en pleito civil, la Compañía fué condenada a indemnizar como subsidiariamente responsable; en otra se trata de un atropello causado por un tranvía: el jurado absolvió y el Tribunal civil dictó sentencia condenando a indemnizar; la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1927 afirma que subsiste la acción civil siempre que no se haya dictado sentencia firme declarando que no existe el hecho de que habría podido nacer. También afirma que las acciones civiles y penales son completamente independientes, cumpliendo los preceptos del artículo 114 de la ley de Enjuiciamiento criminal, etc.

Pero de ellas, es sin duda de las más interesantes, por la doctrina que contiene y por el estudio que hace de otras sentencias anteriores que limitaban el campo de los Tribunales de lo civil, la de 13 de noviembre de 1934, que dice así:

“Considerando que la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, aunque refleje la variabilidad de situaciones y puntos

de vista que es propio de la materia a que nos venimos refiriendo, muestra en general un criterio de bastante amplitud en el reconocimiento de la posibilidad del ejercicio de las acciones civiles después de substanciado el procedimiento criminal, habiendo declarado que si bien los hechos que pueden ser constitutivos de un delito o falta han de ser juzgados por los Tribunales del orden criminal competentes, tan pronto como éstos ponen término a la respectiva causa en cualquiera de las formas autorizadas por la ley rituarial, queda absoluta o completamente expedita sin otra limitación que la consignada en el párrafo primero del artículo 116 de la ley aludida (sentencias de 19 de febrero de 1902 y 27 de diciembre de 1928), pues una es la responsabilidad criminal imputable a quienes realizan actos voluntarios que se oponen a las leyes del Estado, y otra bien diversa la obligación civil de reparar daños, que aunque tengan su origen remoto en los mismos hechos que la ley declara delictivos, se rige por disciplina diferente y está sometida al conocimiento de jurisdicción ordinaria (sentencia de 5 de diciembre de 1927) de suerte que ni los pronunciamientos de la sentencia penal pueden tener otro alcance que el de declarar la responsabilidad criminal y la civil inherente al hecho delictivo, sin prejuzgar en ningún caso, ni mucho menos en el de absolución, si el hecho tiene otras valoraciones jurídicas cuya calificación y efectos han de ser apreciados por Tribunales de otro orden (sentencia de 2 de enero de 1932) ni puede estimarse que ante la diversa naturaleza y finalidad de las acciones que se ejercitan en una causa criminal y en un juicio civil concurre entre la sentencia absolutoria que pone fin a la primera y el fallo que decide el segundo, aquella identidad que requiere el artículo 1.252 del Código civil para la procedencia de la excepción de cosa juzgada (sentencias de 1.º de abril de 1918 y 29 de mayo de 1926).

“Considerando que a parte de los casos en que sin reserva de acciones en el sumario por parte del perjudicado recaiga una sentencia condenatoria que prejuzgue que la culpa fué punible, en los cuales casos como excepción de la regla general ya indicada de compatibilidad de acciones penales y civiles, ha declarado esta Sala que impuesta al procesado la res-

ponsabilidad penal directa, no puede ser exigida responsabilidad de carácter subsidiario ante los Tribunales civiles, pues no es lícito a éstos suplir las deficiencias ni rectificar las omisiones que hayan podido cometerse en procedimientos sometidos a los de lo criminal con facultades que les son privativas (sentencias de 17 de marzo de 1924 y 5 de noviembre de 1925); no se registra desviación jurisprudencial sensible, dentro de los supuestos de sentencia absolutoria dictada por los Tribunales de orden criminal, más que en algún fallo muy aislado de esta Sala como el de 26 de marzo de 1909, expresivo de que cuando la jurisdicción criminal ha pronunciado un fallo definitivo y firme, juzgando un hecho de los que la ley penal califica como delito, no cabe que la jurisdicción civil juzgue acerca del mismo hecho y aprecie los mismos elementos ya juzgados, aun cuando sea para derivar una mera responsabilidad civil, si ésta, por su naturaleza entraña y lleva consigo la penal.

“Que claramente aparece de las razones expuestas la no procedencia de la excepción de cosa juzgada... pues los requisitos que para que surta efecto en otro juicio establece el artículo 1.252 del Código civil y que en esencia pueden reducirse a dos, a saber: identidad objetiva (o de la cuestión) e identidad subjetiva (o de las partes litigantes), no concurren en el caso de autos, toda vez que ni es lo mismo reclamar por vía accesoria una responsabilidad subsidiaria derivada de un delito, que reclamar por vía principal una responsabilidad directa derivada de culpa o negligencia no delictiva, ni existe identidad de personas en el juicio criminal dirigido contra los procesados... y en el que sólo figuró (su patrono) como tercero responsable (según lo califica con más o menos propiedad la sentencia que puso fin al mismo), y en el juicio civil dirigido única y exclusivamente contra el patrono en la calidad de principal y directo responsable de una obligación extracontractual.”

§ 108. C) y D) Casos en que la causa criminal termina por sobreseimiento libre o provisional.

La ley de Enjuiciamiento criminal señala tres casos en

los que procede el sobreseimiento libre: 1. Cuando no existen indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa. 2. Cuando el hecho no sea constitutivo de delito. 3. Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados.

En los casos segundo y tercero, indudablemente puede ejercitarse la acción civil; ya que, a pesar de no revestir el hecho caracteres de delito, puede tenerlos de culpa extracontractual; y, a pesar de aparecer exentos de responsabilidad criminal los procesados, pueden no serlo de responsabilidad civil.

El primero de los casos ya sería más discutible, pues hace referencia a la existencia o no existencia del hecho delictuoso, al que indudablemente ha de referirse o deducirse la indemnización de daños y perjuicios. Si se sigue un procedimiento civil y se da lugar a la reclamación, será en vista de la existencia de un hecho, y, por consiguiente, nos encontramos en un caso similar a aquel en que se dicta una sentencia absolutoria por no existir el hecho culposos.

De todas maneras, un sobreseimiento no tiene las garantías de una sentencia dictada después de un verdadero juicio oral, ni tiene la categoría de la misma; y, por consiguiente, no se dará nunca una verdadera sentencia que impida la prosecución de un juicio para resolver lo mismo que ha resuelto el auto de sobreseimiento.

Por esto dispone el artículo 635 de la ley de Enjuiciamiento criminal que, a pesar del sobreseimiento, las piezas de convicción cuyo dueño fuere conocido continuarán retenidas si un tercero lo solicitare, hasta que se resuelva la acción civil que se propusiera interponer. En tal caso, accediendo el Tribunal a la retención, deberá fijar el plazo dentro del que habrá de acreditarse que la acción se ha entablado, transcurrido el cual, sin haberse acreditado el ejercicio de la acción civil, o si nadie hubiese reclamado que continúe la retención, serán éstas devueltas a sus dueños.

La sentencia de 27 de abril de 1927 afirma que el sobreseimiento provisional no produce excepción de cosa juzgada en el orden civil sobre accidentes del trabajo, y la de 13 de no-

viembre de 1934, que el sobreseimiento de la causa criminal no prejuzga la cuestión sobre responsabilidad civil ⁽¹⁸⁾.

§ 109. E) La causa termina por rebeldía.

El procesado que en el término fijado en las requisitorias no comparece o que no es habido y presentado ante el Juez o Tribunal que conozca la causa, se declara en rebeldía ⁽¹⁹⁾. Y, si en tal caso no se ha celebrado el juicio oral, se reserva en el acto de la suspensión a la parte ofendida por el delito, la acción que le corresponda para solicitar la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de perjuicios, a fin de que pueda ejercitarla independientemente de la causa, por la vía civil, contra los que fueren responsables, a cuyo efecto no se alzan los embargos hechos ni se cancelan las fianzas prestadas ⁽²⁰⁾.

Cuando se haya notificado la sentencia al condenado, el procedimiento criminal sigue su curso ⁽²¹⁾.

F) La causa termina por muerte del presunto culpable.

Dispone el artículo 115 de la ley de Enjuiciamiento criminal que la acción penal se extingue por la muerte del culpable; pero en este caso subsiste la civil contra sus herederos y causahabientes, que sólo podrán ejercitarla ante la jurisdicción y por la vía de lo civil.

G) La causa criminal se extingue por amnistía o indulto.

Cuando ello sucede ⁽²²⁾ queda expedita al perjudicado la acción civil para ejercitarla ante los Tribunales de este orden.

La sentencia de 24 de febrero de 1928 establece que el artículo 1.902 del Código civil comprende por igual las obligaciones derivadas de la culpa penal y de cualquiera otra acción u omisión que se deba a culpa o negligencia. La primera está sometida a la jurisdicción penal, sin petición del agraviado, y las últimas son de la competencia civil a quien corresponde la apreciación de la culpa extracontractual. Si el juicio penal terminó por especie de amnistía, en virtud de

⁽¹⁸⁾ Véanse además las sentencias de 27 de junio de 1894 y 19 de febrero de 1902.

⁽¹⁹⁾ Artículo 834 de la ley de Enjuiciamiento criminal.

⁽²⁰⁾ Artículo 843 de la ley de Enjuiciamiento criminal.

⁽²¹⁾ Artículo 845 de la ley de Enjuiciamiento criminal.

⁽²²⁾ Artículo 115 del Código penal.

desestimiento del Ministerio público, con arreglo al Real Decreto de 4 de julio de 1924, quedó atribuída exclusivamente a la jurisdicción civil la facultad de definir y resolver sobre la existencia de la culpa extracontractual.

§ 110. *H)* La causa termina por prescripción.

Otro caso de extinción de la acción penal es la prescripción del delito o de la pena ⁽²³⁾. De la prescripción de la pena no nos interesa ocuparnos; porque, dictada sentencia, se ha fijado ya, en su caso, la cuantía de la indemnización.

El término de prescripción para los delitos empieza a correr desde el día en que se hubiesen cometido y se interrumpe al dirigirse el procedimiento contra el culpable, volviendo a correr de nuevo desde que aquél termine sin ser ése condenado, o se paraliza el procedimiento ⁽²⁴⁾.

La acción civil nacida de los delitos o faltas, empero, se extingue del mismo modo que las demás obligaciones con sujeción a las reglas del derecho civil ⁽²⁵⁾.

⁽²³⁾ Artículo 115 del Código penal.

⁽²⁴⁾ Artículo 117 del Código penal.

⁽²⁵⁾ Artículo 120 del Código penal.

JAIMÉ TORO VILLEGAS
DONACION

XVIII

EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ENTRE LOS OBLIGADOS A LA REPARACIÓN

§ 111. Por lo que queda dicho se comprende que en muchos casos son varias las personas que han de soportar las consecuencias del daño, satisficiendo la indemnización correspondiente; y por tanto, conviene precisar la forma en que tal responsabilidad se ha de distribuir entre ellas, y si ha de ser mancomunada o solidaria. Para ello cabe distinguir entre las personas que de acuerdo con el artículo 1.903 del Código civil deben responder por actos realizados por quienes les están sometidos, de una parte; y de otra, examinar el caso en que sean varias las que conjuntamente hayan causado el daño.

En el orden penal ⁽¹⁾ y en el supuesto de existir varios responsables de un solo delito, son los Tribunales los que fijan la cuota que cada uno debe satisfacer; pero la responsabilidad entre ellos es solidaria. Declarados insolventes los autores, la responsabilidad pasa a los cómplices; y éstos, entre sí, también responden solidariamente. Declarados insolventes los cómplices, la responsabilidad pasa a los encubridores; y entre sí, responden también solidariamente.

De todas maneras, cuando se haya hecho efectiva la responsabilidad solidaria o subsidiaria, queda la facultad de repetir por lo satisfecho o por el exceso, en ciertos casos.

Cuando el Código penal señala una responsabilidad civil a cargo de los amos, maestros, personas o empresas dedicadas a cualquier clase de industria o comercio por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus discípulos, oficiales, aprendices o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o

(1) Artículos 107, 108 y 109 del Código penal.

servicios, la responsabilidad que les incumbe es subsidiaria, de manera que antes de hacerse efectiva será preciso acreditar la insolvencia del deudor. Pero, siendo solidaria la responsabilidad entre los que han intervenido directamente en la comisión del delito, parece que ha de ser solidaria la obligación del maestro, etc., cuando se pone en el lugar y sitio del autor del delito, por razón de la insolvencia de éste.

§ 112. El Código de comercio trata de un caso de culpa extracontractual que tiene muchas concomitancias, desde el punto de vista jurídico, con los accidentes de circulación, que hoy llenan gran parte de los pleitos derivados de culpa extracontractual: nos referimos al accidente de abordaje. Veamos cómo lo resuelve.

Si un buque aborda a otro por culpa, negligencia o impericia del capitán, piloto u otro cualquier individuo de la dotación, el naviero del buque abordador debe indemnizar los daños y perjuicios ocurridos, previa tasación pericial ⁽²⁾; si bien la responsabilidad civil contraída por el naviero se limita al valor de la nave con todas sus pertenencias y fletes devenidos en el viaje ⁽³⁾: principio que, salvo la limitación de la responsabilidad, es semejante al establecido en el artículo 1.903 del Código civil.

* Cuando la culpa es de los dos buques, ¿qué solución da el Código de comercio? En tal caso y en el de que no pueda determinarse cuál de ellos es el causante del abordaje, cada uno ha de soportar su propio daño, y ambos, responder solidariamente de los daños y perjuicios causados en sus cargos ⁽⁴⁾.

* GAY DE MONTELLÁ, en sus comentarios al Código de comercio español, examina las soluciones dadas al caso de responsabilidad dimanante de la falta común: a) que los daños se satisfagan por mitad; b) aplicación a la totalidad de los daños causados, del principio de las obligaciones *in solidum*, por tratarse de coautores de un cuasidelito; c) aplicación al caso de la legislación común; d) repartimiento del daño de acuerdo con el valor o importancia de los respectivos buques;

(2) Artículo 826 del Código de comercio.

(3) Artículo 837 del Código de comercio.

(4) Artículos 827 y 828 del Código de comercio.

e) el preconizado por el Código español. Afirma GAY que jurídicamente ésta es una solución más racional y equitativa; porque el repartir la indemnización según la gravedad de la falta de cada buque, ha de dar como resultado, por la dificultad de las pruebas, la partición del daño por mitad...

La Convención relativa al abordaje, firmada en Bruselas el día 23 de septiembre de 1910, se ocupa también del caso de culpa común y la forma en que debe repartirse la indemnización ⁽⁵⁾.

De existir falta común, la responsabilidad de los buques es proporcional a la gravedad de las faltas respectivamente cometidas. Si no puede establecerse la proporción, o las faltas son equivalentes, se parte por mitad la responsabilidad.

En cuanto a los daños causados a los buques, cargamentos, efectos u otros bienes, no habrá solidaridad entre los culpables; pero sí en cuanto a los daños causados por muertes o heridas. Naturalmente que, al que haya pagado, le quedará el derecho de repetir contra los otros deudores en la proporción correspondiente.

Si el abordaje es consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor o existe duda acerca de la causa del mismo, soporarán los daños quienes los hayan sufrido. *

§ 113. Hemos visto que el Código penal señala la responsabilidad solidaria para los coautores de un delito, y que el Código de comercio señala asimismo la responsabilidad solidaria para los coautores de un abordaje. Vamos ahora a examinar si tal solidaridad es aplicable también, en el orden civil, para los coautores de un cuasidelito.

El artículo 1.137 del Código civil, incluido en el título I del libro IV, título que trata de las obligaciones en general, determina que sólo existirá solidaridad en una obligación cuando ésta expresamente lo determina, constituyéndose con el carácter de tal; y añade, el 1.138, que si del texto de la obligación no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirá dividido en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros.

(5) Artículo 4.º.

¿La doctrina que queda expuesta, es aplicable a la culpa extracontractual?

El hecho de considerarse como excepción en el régimen contractual la solidaridad en las obligaciones, tiene su razón de ser. La solidaridad entre los deudores agrava de una manera evidente la carga que la deuda representa. El hecho de que pueda ser reclamada toda a uno de los deudores y que éste después se vea precisado a ejercitar unas acciones para resarcirse de lo que ha pagado de más, con la posibilidad de que, por insolvencia de los coobligados, tenga que satisfacer la deuda propia y la ajena de una manera definitiva, hace preciso que expresamente se manifieste, al convenir la obligación, que la responsabilidad será de tal grado. No puede presumirse que el que libremente ha contratado, sin manifestarlo, se haya querido comprometer a más de lo que consta en el convenio.

Si se trata de solidaridad entre acreedores, tampoco es lógico que se presuma; porque, si los actos realizados por uno perjudican a los demás, si el hecho de cobrar uno de ellos deja sin acción para reclamar el importe del crédito a los demás acreedores, es evidente que, sin especificarse de una manera clara, no ha existido intención de aceptar solidariamente el crédito; y, por tanto, no puede la ley reconocer tal género de obligación sin un pacto expreso o sin que del contexto del contrato se desprenda de una manera clara y evidente.

En materia extracontractual los anteriores razonamientos ya no tienen su razón de ser: no es la voluntad de las partes la que crea la obligación, sino que ella surge de una manera unilateral, en virtud de un acto realizado libremente por una persona, en relación con otra; y la ley da eficacia y sanciona la obligación natural de reparar los perjuicios causados.

El precepto legal que en el orden del derecho positivo obliga a indemnizar es el artículo 1.902 (°) del Código civil, el

(°) GIORGI (pág. 304): Cuando los autores del hecho ilícito son varios, quedan todos responsables solidariamente del daño. Esta solidaridad (Derecho Romano, ley 1.ª, párrafo 3.º (II, 10), ley 2.ª pr. (IX, 4), D) fué puesta en duda por los escritores franceses que vacilaban frente al silencio de su Código ante la regla de que la solidaridad debe ser declarada por la ley, frente a las exigencias de la justicia, que requiere imperiosamente la solidaridad entre los varios autores del daño.

cual sólo dice que está obligado el causante del daño a reparar el que ha causado, y son los Tribunales de justicia los que, aplicando la disposición legal citada, han de determinar la forma cómo se repara el daño; y al determinarlo (en caso de existir dos o más culpables), son los encargados de establecer si, para la reparación, precisa la solidaridad entre los deudores.

Cuando se exige el cumplimiento de una obligación derivada de contrato, el Tribunal sentenciador ha de examinar el contexto del mismo e interpretarlo y analizarlo para ver si era o no voluntad de los contratantes establecer una obligación de carácter solidario, se diera o no tal nombre a la obligación contraída. En la culpa extracontractual, no es así; no se ha de analizar ningún convenio: el artículo de la ley que da eficacia a esta obligación de carácter natural, sólo dice que está obligado a reparar el daño causado; y si dos personas, conjuntamente, realizan un acto ilícito a consecuencia del cual el perjudicado pierde, por ejemplo, 50.000 pesetas y los actos realizados por los dos culpables son un solo acto no divisible, siendo uno de ellos insolvente, evidentemente que no se reparará el daño mediante la indemnización que uno sólo haga de 25.000 pesetas, quedándose el perjudicado con un crédito de otras 25.000 contra un insolvente.

Es preciso distinguir, a pesar de todo, si los dos causantes del daño lo realizan conjuntamente, simultáneamente, si se trata de un solo daño, o realizan dos daños. En el segundo caso la responsabilidad y la indemnización de cada uno de ellos puede separarse, no deben ser solidarias.

Por esto creo que, de la recta interpretación del artículo 1.902 del Código civil, en relación al 1.137, se desprende que la responsabilidad debe considerarse solidaria cuando sean dos o más los que son culpables de un solo daño; doctrina que viene a corroborar el Código de comercio al tratar del aborraje y el Código penal (1).

(1) Véase ENNECERUS, páginas 672 y siguientes.

Artículo 50 del Código de las Obligaciones de Suiza: Cuando son varios los que conjuntamente han causado un daño, están obligados solidariamente a repararlo, sin que haya lugar a distinción entre el instigador, el autor principal y el cómplice. El Juez apreciará si tienen

Aunque no hace referencia a la culpa extracontractual, por ser su doctrina y argumentos de aplicación al caso que examinamos, es interesante la sentencia de 22 de diciembre de 1903, que se refiere al cobro de lo indebido. Dice así:

“El principio de nuestra legislación tradicional consagrado nuevamente por los artículos 1.137 y 1.138 del Código civil, de que la obligación única contraída a cargo de varios deudores o en beneficio de varios acreedores es mancomunada cuando expresamente no se pacta la solidaridad, no es aplicable al presente caso, ya porque no cabe pacto alguno en obligaciones que no tienen su fuente en la convención, ya también porque la naturaleza del acto jurídico consistente en el cobro de lo indebido impone la necesidad del total reintegro al perjudicado, en cuanto sea dable, substrayéndole de las contingencias que de la mancomunidad puedan derivarse, contingencias que deben recaer, en todo caso, sobre los que se aprovecharon del error ajeno, y por ello...”

Es cierto que en sentencia de 23 de marzo de 1921, el Tribunal Supremo declara la existencia de obligación mancomunada, afirmando que sólo deben tener el carácter de solidarias a tenor del último párrafo del artículo 1.137, aquellas cuyo título lo determina expresamente, y aquellas otras de cuyo texto resultare. Se trataba de obligaciones nacidas de actos culposos colectivos; pero, para uno de los responsables la cul-

derecho a repetir los unos contra los otros y determinará su extensión. El encubridor responde tan sólo del daño, cuando ha obtenido una parte de ganancias o causado un perjuicio por su cooperación.

Véase artículo 1.156 del antiguo Código civil italiano.

CHIRONI (*Culpa extracontractual*, 365 y 366): Si varios individuos cometen de común acuerdo un cuasidelito (o delito), la violación que éstos hacen al mismo delito impone a cada una la obligación de responder por el todo; y no se puede objetar que el concurso individual haya sólo parcialmente contribuido al resultado, porque la violación del derecho está por él mismo plenamente consumado... (I, 365). Frente al lesionado sería injusto que, por el hecho del concurso, la posición jurídica de cada injuriante disminuyese de grado o influencia en la entidad del efecto total, porque como por medio de la injuria ha sido lesionado el derecho en toda su integridad por cada uno de los que han participado a cometerla, también la responsabilidad debe ser plena para cada uno. La razón de la ley no estriba, por lo tanto, en la necesidad de evitar ciertos inconvenientes del proceso, como la dificultad de la prueba sobre la entidad del concurso respecto a los simples participantes, sino en la consideración de la ofensa ilícita (I, 366).

pa era contractual, y para el otro, extracontractual. Y por consiguiente, no desvirtúa cuanto hemos venido exponiendo.

§ 114. Ahora bien: ¿existe solidaridad entre los responsables, de acuerdo con el artículo 1.903 del Código civil, y los autores directos del hecho culposo?

Aquí sí que no creo pueda suscitarse duda de clase alguna. Empieza este artículo — 1.903 — 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”.

De manera que la responsabilidad, más que solidaria, podemos decir que es directa; y por consiguiente, no es preciso, a tenor de tal artículo, que preceda la excusión de bienes del causante del daño para poder dirigirse de una manera directa contra las personas que fija el artículo 1.903 del Código civil.

El Tribunal Supremo ⁽⁸⁾, sin dudas ni vacilaciones, establece la solidaridad afirmando que los artículos 1.903 y 1.902 del Código civil parten del supuesto de la existencia de un daño inferido por culpa o negligencia, no sólo propia sino también de tercera persona, a que por su relación directa con otra comprometa a ésta en la responsabilidad civil derivada del acto culposo que hubiere ejecutado; por lo que declarada en la ejecutoria la responsabilidad dicha, no sólo del mecánico conductor del auto, don L. F., sino también la del dueño del vehículo, don A. R., por el atropello de que fué víctima don S. M., sin limitar ni mucho menos condicionar esa responsabilidad, hay que estimar que es indistinta y que lo mismo puede exigirse en su totalidad a uno que a otro, ya que los términos en que está redactado el artículo 1.903 permiten dirigir la acción, no sólo contra el autor material del daño, sino también contra la persona que deba responder de los actos de éste por la relación de dependencia que entre ambos existía, ya porque no derivándose la obligación de indemnizar de un concierto previo de voluntades en que pudiera haberse pactado el límite y forma de la responsabilidad, sino de obligación impuesta por la ley, como derivada de la culpa, es in-

⁽⁸⁾ Sentencia de 29 de marzo de 1930.

adecuado e improcedente la aplicación de conceptos reguladores de la contratación en general...

Como sea que, a tenor de lo expuesto, puede el perjudicado dirigirse contra el que no ha causado el daño de una manera directa, pero que responde de los daños y perjuicios, de acuerdo con el artículo 1.903 del Código civil, establece el propio Código de una manera expresa ⁽⁹⁾ que el que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho.

(9) Artículo 1.904.

XIX

LUGAR DEL PAGO Y COMPETENCIA JUDICIAL

§ 115. ¿La reparación del daño, dónde debe verificarse?

El Código civil, al tratar en los artículos 1.902 y siguientes de la culpa extracontractual, no precisa este extremo; y, por ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, haciendo aplicación del artículo 1.171 del propio Código, determinaba como lugar del pago el domicilio del deudor ⁽¹⁾; y como sea que la competencia judicial sigue, tratándose de acciones personales y no habiendo mediado sumisión expresa o tácita, los caminos trazados por aquel artículo, también establecía, desde la publicación del Código civil, que era juez competente el del domicilio del demandado ⁽²⁾.

El Tribunal Supremo ha venido proclamando este prin-

(1) Artículo 1.171 del Código civil. El pago deberá ejecutarse en el lugar en que hubiese designado la obligación. No habiéndose expresado y tratándose de entregar una cosa determinada, deberá hacerse el pago donde ésta existía en el momento de constituirse la obligación. En cualquier otro caso el lugar del pago será el del domicilio del deudor.

(2) Artículo 62 de la ley de Enjuiciamiento civil. Fuera de los casos de sumisión expresa o tácita de que tratan los artículos anteriores, se seguirán las siguientes reglas de competencia: 1.ª, en los juicios en que se ejerciten acciones personales, será juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación, y a falta de éste, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque incidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento. Cuando la demanda se dirija simultáneamente contra dos o más personas que residan en pueblos diferentes y estén obligadas mancomunada o solidariamente, no habiendo lugar destinado para el cumplimiento de la obligación, será juez competente el del domicilio de cualquiera de los demandados, a elección del demandante; véase PELLA, IV, 422.

cipio en sentencias de 26 de julio de 1911, en la que falló de perjuicios causados a una finca a consecuencia de arrastre de escombros; en la de 21 de febrero de 1913, en la que trataba de perjuicios causados a otra finca por una locomotora; en la de 14 de enero de 1913, que se refería a perjuicios ocasionados por trasladar muebles de Logroño a Barcelona, por razón de un casamiento que no llegó a realizarse; en una de 4 de mayo de 1915, relativa a perjuicios en un cultivo, causados por humos desprendidos de una fábrica vecina, y en otra de la misma fecha sobre responsabilidad de un Notario por actos de su cargo; y, teniendo en cuenta que al demandarlo había cambiado de residencia, se estableció que había de demandársele ante el Juez de la nueva residencia ⁽³⁾.

Posteriormente, el Tribunal Supremo rectificó su criterio fundándose en la ley 3.^a, título XV, Partida 7.^a ⁽⁴⁾, criterio que concuerda con el establecido en la ley de Enjuiciamiento criminal ⁽⁵⁾, al determinar la competencia en materia de delitos y faltas, estableciendo el principio, seguido hasta el presente, de que el lugar del pago y la competencia judicial corresponden al lugar donde se cometió el hecho causante de los perjuicios.

Este criterio es más racional que el antiguo, ya que es más fácil encontrar las pruebas necesarias para la demostración del hecho y de los perjuicios, donde existen los testigos presenciales, donde puede hacerse una reconstrucción del suceso

⁽³⁾ Véanse, además, las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1896, 10 de junio de 1904, 28 de abril y 7 de julio de 1909. Véase PELLA, IV, 422.

⁽⁴⁾ Enmendar, e pechar deue el daño aquel que lo fizo, a aquel que lo rescibió. E este le puede ser demandado, quier le hubiesse fecho por sus manos, o auiesse por su culpa, o fuesse fecho por su mandado, o por su consejo... Ella demanda del daño, dezimos, que deue ser fecha ante el Judgador del logar do fué fecho, o delante alguno de los otros Judgadores, de que fezimos emiente en el título de las Acusaciones, en las leyes que fابلan de esta razón.

⁽⁵⁾ Artículo 14. Fuera de los casos reservados... serán competentes por regla general: 1.º, para los juicios de faltas, los jueces municipales del término en que se hayan cometido; 2.º, para la instrucción de las causas, los jueces instructores del Partido en que el delito se haya cometido; 3.º, para conocer de la causa y del juicio respectivo, la Audiencia de lo criminal de la circunscripción en donde el delito se haya cometido.

con mayores garantías de autenticidad, donde el Juez, por sí mismo, puede apreciar con sus propios ojos los antecedentes y consecuencias del suceso originador de los daños, que no en el lugar del domicilio del demandado.

Además, si el autor del daño ha de reparar la totalidad de los perjuicios causados, es natural que cuantas menores molestias se ocasionen al perjudicado, se estará más de acuerdo con el espíritu de la ley; y, por otro lado, haciéndose la reparación en el mismo sitio en que se cometió el daño, y en donde muchas veces aparecerán a la vista sus efectos, surgirá una ejemplaridad saludable para la vida social.

Si el daño se ha causado en un inmueble, en teoría la reparación tendría que hacerse en el propio inmueble, a pesar de haberse ejercitado una acción personal, y por consiguiente, de acuerdo con el espíritu del primer párrafo del artículo 1.171 del Código civil, si tratándose de obligación creada en contrato el cumplimiento debe hacerse en el lugar designado, aquí es la propia naturaleza de las cosas que designa el lugar. Tratándose de lesiones, si se aceptara el principio de la reparación natural, indudablemente que la obligación debería cumplirse donde se encuentre el lesionado o donde la reparación fuera posible por razón de las circunstancias (situación de la clínica, elegida en su caso por el perjudicado, Juzgado o el causante del daño según el principio que respecto a tal extremo se adopte).

Se encuentran multitud de sentencias que resuelven en este sentido la competencia judicial y el lugar del pago.

Sentencia de 19 de enero de 1917, sobre dote exigida al estuprador; sentencia de 8 de enero de 1919 sobre perjuicios ocasionados por haber talado y retirado árboles del actor; sentencia de 6 de febrero de 1920, sobre responsabilidad de quién retiró una partida de escobas facturadas a favor de otra persona; el apoderado de una casa de Bilbao conducía en auto a quien desde Valencia se ofreció a llevar unos valores a aquella ciudad, que es donde tenía que cumplirse el encargo y donde tuvo lugar el accidente (sentencia de 16 de enero de 1925). En una remesa de embutidos de clase inferior a la indicada en el marchamo que se puso, la indemnización por multa y gastos de análisis se ha de pedir — establece una sen-

tencia — en el sitio donde se tuvo que pagar. Sentencia de 24 de abril de 1933: los daños morales y materiales producidos por razón de una causa criminal, se han de resolver por el Juez del lugar donde se produjeron y no por el del lugar donde la causa criminal se siguió ⁽⁶⁾.

Consecuencia de lo expuesto es que cuando se ejercita la acción derivada del artículo 1.906 del Código civil en reclamación de los daños causados por animales y los perjuicios irrogados por la caza, es Juez competente, no el del lugar donde existe el vedado, sino el de la finca donde causaron el daño, que es donde, asimismo, debe satisfacerse la indemnización ⁽⁷⁾.

§ 116. En cuanto a la reclamación de los daños y perjuicios causados en el ejercicio de acciones judiciales, no es tan claro el criterio del Tribunal Supremo.

Así, en la sentencia de 10 de diciembre de 1926 sienta la doctrina de que de una reclamación de daños y perjuicios causados por retención de bienes pedida y acordada en un juicio, debe conocer el Juez que tramita ésta, pues el daño — afirma — si en realidad ha resultado, fué causado en el punto en que se solicitó y acordó la retención y no en el lugar en que se ejecutó. Tal criterio lo creo algo peregrino, pues de aceptarlo tendríamos que convenir que los daños dolosos se causan en el lugar donde el autor o autores determinan su ejecución, y no donde ésta tiene lugar.

⁽⁶⁾ Véanse, además, sentencias de 9 de febrero, 3 de junio, 31 de agosto y 15 de octubre de 1927; 29 de septiembre de 1928; 14 de mayo de 1915; 19 y 20 de enero, 3 de febrero, 16 de julio y 21 de octubre de 1916; 4 y 11 de diciembre de 1918; 22 de mayo de 1920; 20 de marzo de 1923; 30 de enero de 1926; 7 de mayo y 27 de octubre de 1926; 7 de febrero de 1927; 18 y 25 de febrero de 1915; 29 de septiembre, 24 de noviembre y 26 de diciembre de 1928; 31 de octubre, 7 y 24 de noviembre de 1925; 30 de enero de 1926; 27 de octubre, 7 de mayo, 8 de octubre y 10 de diciembre de 1926; 5 de enero de 1935; 23 de marzo, 8 de mayo, 5 de junio, 2 de julio y 1.º de septiembre de 1925; 14 de mayo de 1935; 25 de septiembre de 1935.

⁽⁷⁾ Véanse sentencias del Tribunal Supremo de 13 de mayo y 26 de junio de 1930; 29 de septiembre de 1928; 5 de marzo y 19 de diciembre de 1928; 27 de junio de 1934.

En cambio, en sentencia de 20 de agosto de 1928, tratándose de indemnización de daños y perjuicios originados en actuaciones judiciales, afirma que debe conocer el Juez del domicilio del demandado si no hay sumisión expresa o tácita ni lugar designado para el cumplimiento de la obligación; y la cuestión así planteada no puede considerarse de incidental, según los artículos 55 y 742 de la ley de Enjuiciamiento civil.



QUIÉN PUEDE RECLAMAR INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

§ 117. Puede solicitar indemnización por daños y perjuicios aquel que los ha sufrido, aunque no sea sujeto pasivo inmediato de ellos; y como sea que los efectos dañosos de la culpa muchas veces afectan a personas distintas de aquéllas que han recibido el daño de una manera directa e inmediata, sería lógico que éstas fueran también indemnizadas, ya que las relaciones surgidas de la culpa extracontractual, de acuerdo con el artículo 1.902 del Código civil, crean la obligación a favor de quien ha sufrido el daño, sin distinciones de clase alguna.

De todas maneras, así como no ofrece dificultad que el que sufre las consecuencias del acto culposo de una manera directa e inmediata, tenga acción para reclamar los daños y perjuicios, la duda nace cuando le afectan de una manera indirecta; y ya que, dando demasiada extensión al principio, se formaría una cadena interminable de personas con derecho a ser indemnizadas, porque la solidaridad humana hace que se resienta buen número de ellas de cualquier acto ilícito cometido; y los actos ilícitos vienen a ser como una piedra echada al agua, que perturbando su tranquilidad, produce círculos concéntricos indefinidos que a medida que pierden en intensidad van ganando en extensión. Se quema, por ejemplo, culpablemente, un edificio público, y como sea que en él se reunía diariamente una multitud de personas, un restaurante que estaba junto al mismo nota una disminución en su clientela habitual: indudablemente que se ha perjudicado a consecuencia del acto culposo del autor del incendio; pero los perjuicios van más allá: la disminución en el trabajo hace que quede sin colocación un

mozo que allí prestaba sus servicios y pasaba alimentos a una hermana imposibilitada, y ahora no se los puede prestar. Ésta también se perjudica a consecuencia de la culpabilidad del autor del incendio; y así podríamos ir alargando, indefinidamente, esta cadena. †

Por ello es aceptado, por la jurisprudencia, el criterio de restringir la obligación de indemnizar a los que han sufrido un perjuicio indirecto, por deducciones o pasos de unos a otros ⁽¹⁾, aunque debe darse a quienes de una manera necesaria se han perjudicado por el acto culposo.

Téngase presente, empero, que precisa probar, para exigir una indemnización, que las causas del daño no son circunstancias independientes de la culpa del supuesto autor; y en la práctica, es muy difícil que puedan deslindarse de otras circunstancias que hayan contribuido a causar el daño, al apartarse de su centro.

§ 118. Si el accidente culpable produce la muerte del sujeto pasivo, es evidente que éste no puede hacer suya la indemnización que por tal evento le correspondería, y cabe preguntar: ¿quién debe percibirla? ¿Los herederos? De contestar en sentido afirmativo, evidentemente lo que se quiere es indemnizar al perjudicado directo e inmediato; y como que éste, no puede percibir la indemnización, se entrega a los que son continuadores civiles de su personalidad. De ello puede resultar que al beneficiado directamente con la muerte por razón de la herencia que percibe, se le entregue, además, una

(1) ENNECERUS, párrafo 239: Por regla general sólo puede exigir indemnización aquel contra el cual se ha cometido el delito y no el tercero al que mediatamente se ha producido un daño... Sin embargo, en caso de homicidio, de lesión corporal, daño a la salud y privación a la libertad, rigen excepciones. En caso de homicidio puede exigir indemnización de gastos de entierro el que esté obligado a pagarlos. También tienen una pretensión de indemnización las personas a quienes el muerto estaba obligado a dar alimentos según la ley o se hallaba con ellos en una relación en virtud de la cual podría llegar a estar obligado a prestarles alimentos.

Véase sentencia de 19 de octubre de 1909. La sentencia de 18 de abril de 1901 establece que la indemnización de perjuicios se entiende de los causados directamente al reclamante y no de los que indirectamente, por consecuencias más o menos lógicas puedan afectar al interés de aquél.

cantidad en concepto de indemnización por los perjuicios irrogados (que no existen) por la muerte. Sobre todo en materia criminal éste es el criterio que prevalece, acostumbrándose a imponer al condenado, además de la pena correspondiente, una indemnización a los herederos del interfecto.

En materia civil el Tribunal Supremo no ha seguido siempre tal criterio, y en algunas sentencias no concede indemnización a los herederos por el solo hecho de serlo.

Así, la sentencia de 19 de febrero de 1902 declara que el hecho de los perjuicios tiene que acreditarse y fundarse en circunstancias especiales derivadas de las relaciones existentes entre la víctima y quien los reclama, o sea en los efectos que para los interesados haya producido la muerte, por no ser ésta suficiente, por sí sola, para darlos por supuestos y determinarlos caprichosamente. La prueba de aquel extremo incumbe al demandante de la indemnización, y no se supone por el solo hecho de ser aquél un hijo de la víctima, cuando puede suceder que fuese él mismo quien ayudase a la manutención de su ascendiente.

Esta sentencia no tiene en cuenta el daño moral que para el hijo representa la muerte de su madre; y de ella se deduce que la facultad de reclamar indemnización los familiares íntimos de la víctima se basa en un derecho propio, no en el de ser herederos del difunto.

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1930 declara que, habiendo fallecido instantáneamente la víctima de un accidente de circulación, no llegó a poseer ni un momento el derecho a ser indemnizada, de manera que con este acto nació una acción nueva a favor de quienes no tienen necesidad de justificar su carácter de herederos, sino solamente el de hijos y cónyuge del difunto. Este criterio me parece mucho más lógico y de acuerdo con la ley.

En cambio, en sentencia de 13 de noviembre de 1930, denegando el derecho a ser indemnizada una viuda cuyo marido fué atropellado, le reservó sólo lo que por ley le correspondía por sucesión forzosa (2).

(2) Sentencia de 13 de noviembre de 1930. En causa criminal se impuso pena y se declaró procedente una indemnización a favor de los herederos del muerto cobrándola su madre. Posteriormente, la viuda,

§ 119. No prohibiéndolo la ley, es indudable que la acción de indemnización de daños y perjuicios la pueden ejercitar los herederos de aquel que la adquirió en un principio ⁽³⁾; y se puede ceder por cualquiera de los medios que la ley señala; si bien, caso de ser litigioso el crédito que corresponde a tal obligación, por haberse contestado la demanda relativa al mismo, podrá extinguirlo el deudor en la forma establecida en el artículo 1.535 del Código civil ^(3 bis).

GIORGI estudia el caso de si los acreedores del ofendido pueden ejercitar la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, y opina que cuando el hecho delictivo haya tenido por objeto el patrimonio del deudor, sí; pero no, cuando haya tenido por objeto su persona ⁽⁴⁾.

en pleito civil, pidió indemnización, alegando que ella era la perjudicada, porque la madre no vivía con el difunto; y éste, en cambio, la mantenía. La Sala de lo civil y el Tribunal Supremo aceptaron de la sentencia criminal que la indemnización quedara para la madre, como heredera, y a la viuda sólo le reservaron lo que la ley le concedía como sucesión forzosa.

⁽³⁾ Véase GIORGI, página 306.

^(3 bis) Véase, respecto a Cataluña, BORRELL y SOLER: I, 241.

⁽⁴⁾ Páginas 299 y 300.

XXI

PRUEBA DE LOS PERJUICIOS

§ 120. El artículo 1.214 del Código civil sienta el principio de carácter general de que la prueba de las obligaciones incumbe al que reclama su cumplimiento; y como consecuencia de ello, quien reclama el cumplimiento de las obligaciones derivadas del artículo 1.902 del Código civil, para que su acción prospere, deberá probar la existencia, por parte del demandado, de la obligación de indemnizarle.

Para que se reconozca judicialmente tal obligación, precisa la existencia, por parte del causante del daño, de una acción u omisión culpable, que se ha de probar. Es preciso que existan unos daños y perjuicios, que también se han de probar.

No basta la posibilidad del daño, ni la prueba de su existencia se puede diferir para después de dictarse sentencia, sino que ha de practicarse precisamente durante la tramitación del juicio y llevar al ánimo del Juez la seguridad o cuando menos la convicción de que tales perjuicios fueron reales ⁽¹⁾. Precisa asimismo, que en la sentencia se declare que existen, si bien es suficiente que, con alguna vaguedad, se aprecien las bases y fundamento de su estimación ⁽²⁾.

(1) Véanse sentencias de 8 de noviembre de 1929, 19 de febrero de 1904 y 10 de julio de 1928. Esta última afirma que aplicando el artículo 1.214 del Código civil, no puede prosperar la reclamación de indemnización de daños y perjuicios si el Tribunal de instancia no declara expresamente que real y efectivamente se produjeron, expresando en que consistieron, aunque pueda reservarse la fijación de su cuantía para el período de su ejecución; pero siempre partiendo de la base de que existan hechos que concreta y determinadamente no sólo prueban el daño, sino que al propio tiempo permitan su valoración.

(2) Sentencia de 19 de octubre de 1909. Aun cuando sea necesario siempre justificar los perjuicios, no puede sostenerse que en el caso actual no exista semejante justificación, toda vez que la Sala sentenciadora aprecia, siquiera sea con alguna vaguedad, las bases y funda-

El Tribunal Supremo, con unidad de criterio, ha dictado sus sentencias en el sentido de que al actor incumbe la prueba de la existencia de los perjuicios, salvando, empero, lo que se expone al tratar de la culpa y responsabilidad por daño moral ⁽³⁾.

La sentencia de 16 de diciembre de 1903 sienta los principios expuestos en caso de un embargo, si el embargado no demuestra que con ello experimentó perjuicios reales; la de 13 de noviembre de 1895, en el de toma de una anotación preventiva sobre una finca; la de 4 de febrero de 1902, respecto a albaceas que fueron negligentes, pero no se demostró que de la negligencia resultaran perjuicios.

Un individuo contrató el uso de un molino, satisficiendo un tanto por unidad de trigo molido; transcurrido el tiempo del contrato, en diversas ocasiones continuó utilizándolo creyendo hacerlo en las condiciones anteriores. El propietario pidió indemnización, y el usuario ofreció pagar en la forma antes convenida. El Tribunal Supremo, en sentencia de 2 de enero de 1886, declaró no haber lugar a la demanda, en razón a que no habían sido demostrados los supuestos perjuicios.

Un Procurador no presentó un recurso dentro del término legal; y haciendo imposible la apelación, la sentencia fué confirmada. El apelante pidió indemnización al Procurador, que alegó — dándole la razón el Tribunal — que el perjuicio sólo sería real si, mediante la apelación, se hubiera obtenido la revocación de la sentencia; pero esto era sólo hipotético, y, por tanto, también lo eran los supuestos perjuicios ⁽⁴⁾.

La sentencia de 7 de junio de 1905 absolvió, por falta de pruebas de los perjuicios, al Banco de España, de una demanda promovida por un relojero de la Rambla adonde traspasó el Banco sus oficinas, haciendo obras que obligaron al relojero, que aun residía en el local, a abandonarlo precipitadamente.

La de 7 de febrero de 1905 aplica la misma doctrina al caso de una Sociedad que reclamó contra una empresa na-

mentos de su estimación, cuales son las de las relaciones especiales existentes entre padre e hijo, para fijar la cantidad concreta de 3.000 pesetas como estimación subjetiva derivada de la índole de aquellas relaciones, y por ello de la exclusiva competencia del Tribunal sentenciador.

⁽³⁾ Sentencias de 19 de febrero de 1904 y 4 de julio de 1941.

⁽⁴⁾ Sentencia de 9 de enero de 1897.

viera, suponiendo que la había perjudicado al librarle con retraso un cargamento de madera. Le reservó, empero, acción por razón de perjuicios que pudiera sufrir, ya que la mercadería todavía no había sido librada.

La de 17 de febrero de 1921 afirma que al demandante incumbe probar el valor que tenían unás Obligaciones de una Sociedad mercantil, depositadas en un Banco y que no fueron devueltas, ya que las indicaciones de su factura y resguardo de depósito en orden al valor nominal asignado a ellos, carece de eficacia para demostrar su valor verdadero en la Bolsa o en el mercado, único que pudiera justificar la existencia y cuantía del perjuicio.

Un heredero impugnó una escritura de préstamo hecha por su tutor y la usufructuaria, pidiendo indemnización de perjuicios. Los demandados fueron absueltos por falta de prueba de los perjuicios.

Un ayudante de Caja del Banco de España fué suspendido de empleo y sueldo, sin resolverse el expediente de su remoción. Pidió indemnización, alegando que esto le había producido un desprestigio que no le permitió dedicarse al comercio. El Tribunal Supremo confirmó la sentencia que absolvía al Banco. Es de notar que, como infringido, se alegó sólo el artículo 1.093 del Código civil, el cual, dice el Tribunal, no tiene precepto substantivo que pueda ser violado y que no se demostró cumplidamente, como exige la jurisprudencia, la realidad del daño (sentencia de 17 de abril de 1928).

§ 121. El actor debe probar la cuantía o importe de los perjuicios que ha sufrido, cuando sea posible hacerlo; porque tratándose, por ejemplo, de daños morales, es el Tribunal sentenciador el que, de acuerdo con su conciencia, la determina.

Pero así como la existencia del perjuicio precisa probarla durante la tramitación del pleito y que conste reconocida en el fallo, por lo que a su cuantía se refiere, no es necesario: puede determinarse y establecerse en el período de ejecución de sentencia ⁽⁵⁾; sin que, empero, pueda exceder, en

⁽⁵⁾ Sentencia de 31 de marzo de 1930. Véase sentencia de 15 de noviembre de 1901.

su caso, de la cantidad reclamada por la parte interesada.

Para ello, la ley de Enjuiciamiento civil, en sus artículos 928, 929, 930, 937 y siguientes, regula la forma cómo debe determinarse y establecerse la cuantía de los daños y perjuicios cuando no se hayan concretado y valorado en la sentencia, y tanto si en ella se establecen las bases, como si no se establecen; pero hay que tener en cuenta que, según una reciente sentencia del Tribunal Supremo, si bien el artículo 360 de la ley de Enjuiciamiento civil autoriza para diferir a la ejecución de sentencia la liquidación de frutos, intereses, daños y perjuicios, semejante disposición se refiere sólo y taxativamente al caso en que el importe de ellos no se pueda fijar en cantidad líquida, ni puedan establecerse las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación; y, por consiguiente, no es aplicable al caso que resolvió, y en que se trataba de una cantidad líquida y vencida derivada de múltiples actos o servicios profesionales sobre cuya puntualización y concreción se había practicado prueba en los autos, sin haber logrado esa prueba llevar al ánimo del Juzgado la necesaria convicción acerca de la realidad, número y naturaleza de aquéllos (6).

En el período de ejecución de sentencia, también será el actor quien deberá probar la cuantía, de no estar con ella conforme, expresa o tácitamente, el demandado (7).

La fijación de la cuantía de los perjuicios compete al Tribunal sentenciador en vista de lo alegado y probado por las partes, sin que tenga que atenerse a lo dispuesto en la ley de accidentes del trabajo (8), ni a lo que, respecto a valoración

(6) Sentencias del Tribunal Supremo extractadas y comentadas por don FRANCISCO BONET. Revista de Derecho Privado, marzo de 1941.

(7) Véanse sentencias de 22 de diciembre de 1902, 19 de febrero de 1904, 13 de mayo de 1913 y 19 de noviembre de 1928.

(8) W. ROCES, lugar citado: En asuntos de carácter mercantil es usual tomar por norma para la tasación del daño el precio vigente en el mercado; es decir, el valor objetivo de la mercancía... Fruto de esta concepción es el importante artículo 363, apartado 1.º, del Código de comercio, de aplicación práctica diaria: el porteador hállase obligado — caso de que la mercancía sufra detrimento o menoscabo por causas a él imputables — a pagar el valor que tuviese en el punto donde debiera ser entregada y en la época en que correspondía hacer la entrega. Y el artículo 365 le condena, en el supuesto de que los géneros queden

del patrimonio de los comerciantes e industriales que llevan diez años consecutivos en el mismo local, estableció la ley de 18 de marzo de 1895 al solo fin de regular las indemnizaciones en la expropiación necesaria para obras de saneamiento o mejora interior de las grandes poblaciones, ni a otra ley que fije la valoración por otros conceptos y casos concretos y determinados ⁽⁹⁾.

No es posible formular una norma general para establecer el montante de las indemnizaciones, analizando las diversas sentencias que el Tribunal Supremo ha dictado; pues se encuentran grandes variaciones, según las circunstancias, los tiempos, las condiciones del ofensor y del ofendido, etc.

En sentencia de 7 de febrero de 1900, en concepto de indemnización de perjuicios por la ocupación de un terreno, se condena al pago del 6 por 100 del valor del mismo; haciéndose constar en ella que tal interés sólo se señala como expresión de los daños y perjuicios inferidos, y no como interés de cantidad adeudada, ni por mora.

La sentencia de 10 de julio de 1928 declara no excesiva la indemnización de 10.000 pesetas por la muerte de una niña de nueve años en plena salud, causada por un automóvil; y en

inservibles para su venta y consumo, dejándolos de cuenta el consignatario, a abonar el precio corriente en el día de la entrega (pág. 284).

Algunas sentencias recientes, fieles a esta era moderna de fiscalización del mercado, substituyen el criterio del "precio corriente" señalado en el artículo 365 del Código de comercio el del "precio de tasa", objetivando de este modo el daño y la indemnización. Véanse sentencias del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1921 y de 3 de noviembre de 1922 (pág. 285).

La sentencia de 6 de marzo de 1928 establece que la utilidad dejada de percibir corresponde al Juzgado de instancia precisarla, según estableció la jurisprudencia.

El proyecto definitivo del Libro de las Obligaciones del nuevo Código civil italiano, en su artículo 22, dispone que "cuando no sea probada la cuantía precisa del daño, será valorado por el Juez equitativamente" (véase GIOVANNI PACCHIANI, Revista de Derecho Privado, abril de 1941, página 181).

⁽⁹⁾ Sentencia de 31 de octubre de 1924: se trataba de culpa contractual. (El Juez debe valorar el lucro cesante con un criterio de equidad, pero dentro de los límites fijados en el artículo que dispone que "debe reintegrar al perjudicado a la situación en que se encontraba si no hubiese realizado el hecho lesivo". GIOVANNI PACCHIANI, en relación al proyecto del Libro de las Obligaciones del nuevo Código civil italiano. Revista de Derecho Privado, abril de 1941.)

sus Considerandos dice que, no existiendo términos hábiles para demostrar *a priori* el valor de su vida, porque tratándose de una niña de nueve años, su facultad productora no había llegado a ponerse en acto, su valoración pecuniaria no puede descansar en el resultado de la prueba objetiva.

La sentencia de 19 de mayo de 1934 fija en 7.500 pesetas la indemnización por la muerte de una señora casada joven que, paseando por la carretera, fué atropellada por un automóvil.

La sentencia de 11 de abril de 1935, en la que se trata de la muerte causada por un alumno o empleado de la Diputación de Vizcaya, atendiendo a los perjuicios patrimoniales ocasionados a los demandantes por tal muerte, dada la condición de éste, las necesidades perentorias de la familia y las posibilidades económicas de la parte demandada, fijó la indemnización en 20.975 pesetas ⁽¹⁰⁾.

§ 122. Vamos a ocuparnos de la reparación del daño moral.

Por su especial naturaleza y por las razones que exponíamos en otro lugar, no puede determinarse de una manera precisa ni siquiera aproximada, la cantidad en metálico que

⁽¹⁰⁾ El Tribunal Supremo que actuó en Barcelona durante la época roja, en sentencia de 17 de junio de 1938 (p.), dictó el siguiente: "Considerando que en cuanto al recurso formulado por el querellante particular por estimar insuficiente la cuantía de la indemnización fijada en la sentencia en concepto de responsabilidad civil establecida en el artículo 19 del Código penal, si bien es cierto que la forma normativa para regular los daños y perjuicios es facultad privativa del Tribunal *a quo*, no lo es menos que la cuantía de dicha responsabilidad ha de fijarse de un modo prudencial atendiendo a las circunstancias de las personas que recibieron el agravio según su edad, sus condiciones de vida y la eficacia de su trabajo y en el caso presente, al fijar la sentencia combatida, la indemnización de 5.000 pesetas a los herederos de J. J. Z. y otras 5.000 a los de A. P. V., no cabe duda que se incurrió en notorio error. por cuanto la primera de ellas tenía la edad de 31 años y la segunda, la de 60, cuando acaeció el accidente, evidenciándose en uno y otro caso, que la cuantía fijada en concepto de indemnización no es la que corresponde toda vez que en los actuales momentos el desarrollo de las actividades de trabajo y la suplencia del mismo por la pérdida de la persona tiene una mayor valoración, y por ello... fijando la indemnización en cuanto a los herederos de J. J. Z. en 25.000 pesetas y respecto a los de A. P. V. en 15.000 pesetas." (Téngase en cuenta que se trata de un recurso de Plena Jurisdicción.)

al perjudicado debe serle entregada para que se considere reparado el daño moral; y ante ello y aceptando el principio de que debe ser indemnizado, no hay otra solución sino que sea el Juez quien a su libre arbitrio la determine, después de haber estudiado el caso concreto y atendidos los razonamientos y circunstancias que concurran en quien ha sufrido el daño ⁽¹¹⁾.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 6 de diciembre de 1912, de la que nos hemos ocupado al tratar del daño moral, sienta tales principios, afirmando que el valor de los perjuicios no descansa siempre en la prueba que haya de practicarse en la litis, sino en el reconocimiento prudente prestado a la reclamación en los escritos fundamentales de la discusión; y no sólo por esto, sino porque, siendo indudable que la honra y el decoro personal son cosas que están por encima del comercio humano y que sólo quien los pierde puede apreciar en todo su valor, a nadie más que al Tribunal sentenciador corresponde, dada la naturaleza del juicio, fijar su importe prudencial atendiendo a las circunstancias de la ofendida, su edad, y su posición social, en forma que sobre la manera de indemnizar en dinero confirma la ley tradicional al decir que: "Deue entonces preguntar el judgador al querelloso por quanto non querría auer recibido aquella desonrra; e des que la ouiesse

(11) Una vez demostrada por la incontrastable fuerza de la realidad que los atentados y pérdidas de la vida y del honor repercuten en daño del patrimonio individual, no es admisible sin menoscabo de los principios de la moral y de los dictados de la razón, dejar de valorar pecuniariamente estos daños y perjuicios materiales. Esta valoración es una cuestión de hecho de la exclusiva ofendida. En este criterio se inspiran las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912 y de 24 de febrero de 1928, y el artículo 72 del proyecto del Código penal. Al valorar la vida fundándose en la realidad de la culpa y del daño y relación de causalidad entre ambos, conforme a la jurisprudencia, no se infringe el artículo 1.902 del Código civil.

Si no puede descansar la valoración pecuniaria en el resultado de la prueba objetiva, la jurisprudencia resolvió que al Tribunal sentenciador corresponde fijar el importe de la indemnización de un modo prudencial, atendiendo a las circunstancias de la apreciación del Tribunal de instancia si no se demuestra su equivocación. Estos principios los sienta la sentencia de 10 de julio de 1928.

Código de las Obligaciones de Suiza, artículo 47: El Juez puede, teniendo en cuenta las circunstancias particulares, abonar a la víctima de lesiones corporales, o en caso de muerte, a la familia, una indemnización equitativa a título de reparación moral.

estimado es deue mirar qual fué el fecho de la desonrra, e el lugar en que fué fecha, e qual es aquel que la recibió e el que la fizo. E catadas todas estas cosas, si entendiére que la estimó derechamente, deue mandar que jure; que por tanto quanto estimó la desonrra, que la non querría auer recibido, e des que la ouiere jurado, deberá judgar e mandar al otro que le peche la estimación. E si el judgador entendiére que la apreció además deuela templar según su aluedrio...”

La sentencia de 7 de noviembre de 1919, con referencia a la acción judicial que nace del delito de injurias, habiéndose renunciado a la penal, después de coincidir en parte con las consideraciones de la sentencia anterior, afirma que el Tribunal debe atender a la gravedad del perjuicio y de la falta; y la sentencia de 10 de diciembre de 1935 afirma que los daños no patrimoniales provenientes de pérdida de la vida corresponde fijarlos al Juzgador prudencialmente, según las circunstancias de cada caso y conforme a las exigencias de la equidad ⁽¹²⁾.

⁽¹²⁾ Véanse, además, las sentencias de 10 de julio de 1928 y 19 de mayo de 1934.

XXII

PRESCRIPCIÓN

§ 123. El artículo 1.968 del Código civil, en su párrafo 2.º, establece que el plazo para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que trata el artículo 1.902, prescribe por el transcurso de un año a contar desde que lo supo el agraviado; y *pudo ejercitar la acción*, añade la jurisprudencia ⁽¹⁾. Naturalmente que cuando se dicta sentencia condenando al autor del daño a satisfacer cierta cantidad en concepto de indemnización, ya no es la prescripción del año la que debe aplicarse, sino la de los quince años, a contar del día en que la sentencia sea firme ⁽²⁾.

El aditamento de la jurisprudencia es lógico, y está de acuerdo con los principios generales que regulan la prescripción. Si ésta tiene su fundamento al establecer la pérdida de derechos, en el abandono del que los posee, precisa que realmente se dé tal abandono; y si no puede ejercitarse la acción, no puede decirse que exista.

Al acaecer un accidente, el perjudicado, debido a las lesiones sufridas puede quedar por unos días en la imposibilidad física o intelectual de ejercitar sus derechos. En tal caso no

(1) ALGUER y PÉREZ, comentando a ENNECERUS (páginas 694 y 695), dicen: No hay ciertamente ninguna resolución, acerca de si es menester o no, que además del conocimiento del daño, se tenga noticia de la persona del causante para que comience su curso la prescripción. Entendemos que sí, porque sin esta circunstancia mal puede interponerse una demanda, y la posibilidad del ejercicio de la acción es base general del comienzo de toda prescripción. No se trata de un mero impedimento o dificultad del actor, sino de una verdadera y auténtica imposibilidad legal, ya que la demanda supone que se fije con claridad y precisión la persona contra quien se proponga.

Véase C. 1 § 2.º, fin, título XL, libro VII del Código de Justiniano; BORRELL y SOLER: *El Dret Civil vigent a Catalunya*, I, 311.

(2) Artículo 1.971 del Código civil.

sería justo que el plazo de prescripción se iniciara en el momento del accidente, sino en el en que haya desaparecido tal imposibilidad.

A consecuencia del acto culposo puede fallecer el accidentado, y si sus herederos son los que deben ejercitar la acción, éstos no podrán hacerlo hasta saber que lo son. Por ello parece que hasta tal momento no debería iniciarse el plazo de prescripción, ya que es igual no poder ejercitar las acciones por imposibilidad física o ignorancia del hecho causante del perjuicio, que por ignorar que se tienen. Naturalmente que si la ignorancia de que se trata fuese debida a negligencia o descuido del interesado, a nadie más que a él podrían atribuirse las consecuencias de tal descuido, y no parecería lógico, en tal caso, una reserva de derechos o un aplazamiento en el inicio del plazo de prescripción.

§ 124. Hemos visto que el artículo 1.968 establece el plazo de un año para la prescripción de las acciones nacidas al amparo del artículo 1.902. ¿Debe darse a aquel artículo una interpretación exclusivamente gramatical? ¿Las acciones derivadas del artículo 1.903 y demás comprendidos en el mismo capítulo, con exclusión del 1.902, prescribirán por el plazo establecido para las obligaciones en general?

Aunque el artículo 1.968 no lo diga de una manera clara, creo que debe interpretarse en el sentido de que hace referencia a todas las acciones nacidas de culpa extracontractual de que trata el capítulo II del título XVI del libro IV del Código civil, ya que no se da una explicación satisfactoria para establecer tal diferencia entre ellas ⁽³⁾.

No resulta, empero, tan claro cuando se trata de casos en que la ley obliga a indemnizar, aunque no exista culpa, tales como los que prevé el artículo 1.905. De todas maneras creo que, incluso en estos casos, es aplicable la prescripción del año, por estar redactado el capítulo a través del prisma de la culpa aquiliana ⁽⁴⁾.

⁽³⁾ La sentencia de 30 de abril de 1898 declara ser aplicable la prescripción de un año en un caso, en que se reclamaba el importe de los daños y perjuicios causados en un descarrilamiento. La acción se dirigía contra la Compañía.

⁽⁴⁾ Véase ENNECERUS, páginas 694 y 695.

§ 125. Decíamos que el plazo de prescripción de las acciones derivadas de culpa extracontractual era el de un año a contar desde que el agraviado tuvo conocimiento del hecho, y ahora podemos añadir, que ello es así aun en el caso de que se trate de daños que continuamente se están produciendo⁽⁵⁾; y por esto tratándose de perjuicios ocasionados por el mal estado de una casa que fueran repitiéndose durante más de un año, sólo podrían reclamarse los correspondientes a una anualidad, y los anteriores habría de considerárseles prescritos⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Sentencia de 12 de enero de 1906. El Tribunal Supremo, en esta sentencia, rechazó la demanda por prescripción, teniendo en cuenta, sin duda, que el actor reclamaba los perjuicios sufridos durante una serie de años.

⁽⁶⁾ Sentencia de 23 de junio de 1913. Si bien conforme a lo prevenido en el artículo 1.906, número 2.º, del Código civil, la acción para exigir la responsabilidad civil, por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia, prescribe por el transcurso de un año desde que lo supo el agraviado, como el fallo recurrido limita su condena a la indemnización de los daños producidos durante el año anterior a la interposición de la demanda, y hasta que se lleve a efecto la sentencia, sin hacerla extensiva a los que pudieran haberse causado con anterioridad, es indudable el acierto con que ha procedido al aplicar dicho precepto, pues de prosperar el criterio con que lo interpreta el recurrente, para la prescripción de la acción, todo aquel que, por tolerancia o por cualquier otro motivo legítimo y hasta digno acaso de encomio, hubiera dejado pasar el referido plazo sin formular reclamación legal, tendría que resignarse a padecer indefinidamente los males que la impericia, el abandono o la negligencia de un tercero tuvieran a bien inferirle, quedando éste facultado y libre para seguir de continuo obrando de una manera imprudente y perjudicial, cosas ambas que pugnarían abiertamente con los más elementales principios de justicia y equidad.

Véase la sentencia de la Sala social del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1934, en uno de cuyos Considerandos dice: Que en el motivo cuarto, que aduce la prescripción de la acción, fundándose en la regla del número 4.º del artículo 47 del Reglamento, según la cual "la denuncia no tendrá efecto retroactivo más que para los atrasos de un año", olvida que esta Sala, en su sentencia de 17 de marzo de 1932, proclamó que la prescripción de las acciones encaminadas a obtener la indemnización procedente por el incumplimiento de la obligación patronal de inscribir a los obreros en el seguro de vejez y de satisfacer las cuotas correspondientes, como provenientes de contrato de trabajo, están sujetas a la prescripción de tres años, que regula el artículo 8.º del Código de Trabajo, doctrina a la que se acomoda el fallo aquí recurrido, que además entiende con acierto que ese plazo ha de contarse no desde la terminación del contrato o de los servicios al patrono, sino desde el momento en que el obrero cumple la edad reglamentaria para el retiro y, por consiguiente, sufre la consecuencia de no haber sido

Cuando, empero, es preciso el transcurso de un tiempo determinado y la prosecución continua de una acción dañosa para producir un solo hecho causante de perjuicio ⁽⁷⁾, debería iniciarse el plazo para la prescripción desde la producción de tal hecho.

Una sentencia de 22 de octubre de 1932 declara que no existe prescripción en un caso en que filtraciones de un canal mal cuidado durante dos años fueron agrietando y mojando y acabaron por derribar un campanario. Dice el Tribunal Supremo que “la prescripción alegada por el recurrente descansa en el supuesto arbitrario de la discontinuidad de los elementos integrantes del daño causado, como si fuera posible fraccionar en etapas o hechos diferentes la serie continuada de los mismos que originó la lesión”.

La legislación española al sentar el principio de que el plazo de prescripción empieza a contarse desde el día en que el perjudicado tiene noticia del hecho causante del daño, deja en la incertidumbre, de una manera indefinida, la seguridad en los derechos, pues puede pasar tiempo y más tiempo sin que el perjudicado venga en conocimiento de que se le han causado daños. El Código suizo, al establecer un plazo tope para todos los eventos, soluciona esta dificultad ⁽⁸⁾.

inscrito en el régimen del mismo, el daño que ha de ser liquidado o indemnizado.

De acuerdo con el espíritu de esta sentencia el plazo para la prescripción se inicia, no cuando se ejecutó el hecho que causa en definitiva los perjuicios, sino cuando el perjudicado se siente dañado.

⁽⁷⁾ ENNECERUS (pág. 693): Por consiguiente, no impide el comienzo de la prescripción el que el daño continúe desarrollándose y aumente, puesto que la pretensión de indemnización es única. Ahora bien: si posteriormente se manifiesta otro daño producido por el acto ilícito, por ejemplo, si la lesión externa resulta haber producido una enfermedad grave interna o que el padecimiento al parecer transitorio, evoluciona para convertirse en enfermedad crónica grave, la prescripción de la pretensión de indemnización de este daño sólo puede empezar entonces.

⁽⁸⁾ El Código de las Obligaciones de Suiza, de 30 de marzo de 1911, regula en el artículo 60 la prescripción de las acciones de daños y perjuicios o de pago de cantidad a título de reparación moral, y las hace prescribir al año a contar del día en que la parte lesionada ha tenido conocimiento del daño, así como de la persona autor del mismo; pero en todo caso prescribe a los 10 años a partir del día en que se produjo el hecho dañoso. De todas maneras, si los daños y perjuicios derivan de un acto punible sometido por las leyes penales a una prescripción de mayor duración, aquélla se aplica a la acción civil.

§ 126. Por la semejanza de los casos de responsabilidad civil derivados de delito o falta, y los derivados de culpa aquiliana, muchas veces se instruye, a consecuencia de un accidente, de unos daños, un sumario que, en definitiva, se sobresee. Otras veces se inicia un procedimiento civil que queda interrumpido al seguirse sumario sobre el mismo hecho, de acuerdo con el artículo 114 de la ley de Enjuiciamiento criminal, y una vez sobreseído vuelve a revivir el juicio civil. En tales casos, el plazo para la prescripción se interrumpe, queda en suspenso hasta que la causa criminal se termina, ya sea por sentencia, ya sea por sobreseimiento. Y si se ha iniciado ya el procedimiento civil, el plazo para la prescripción no será el del año, sino el de la caducidad de la instancia — cuatro años, — porque la acción, civilmente, ya se había ejercitado ⁽⁹⁾.

Se cuenta, pues, el plazo o término, para iniciar el de prescripción desde la fecha del auto de sobreseimiento que puso fin a la causa criminal, no desde que el perjudicado tuvo noticia de aquél. Así lo establece el Tribunal Supremo, interpretando el artículo 1.968 del Código civil, en sentencia de 23 de febrero de 1935. Se ejercitaba la acción de daños y perjuicios contra el padre de un menor que con una escopeta mató a una niña, oponiendo el demandado la excepción de prescripción, que aplicó la Audiencia, y el Tribunal Supremo, alegando que “si por no haber sido parte... en la causa, no obstante el ofrecimiento que a tal fin en ella se le hizo, no debía legalmente notificársele aquel auto, de prevalecer la opinión que dicho señor mantiene, es obvio que la fijación del plazo para el ejercicio de la acción de que en la litis se trata quedaría a merced de la exclusiva voluntad de la parte interesada que podría extenderlo cuando le conviniera, con mengua de la certeza del derecho de su contrario y manifiesta infracción del de un año que señala el precepto legal (en esta forma se infringe otro punto del repetido precepto legal. Para evitar un posible abuso derivado de la dificultad de probar que estaba enterado del sobreseimiento, se comete otro abuso evidente en muchos

⁽⁹⁾ En caso de sobreseimiento la acción no podía ejercitarse antes de tal declaración y por tanto la prescripción no corre sino desde el auto que la decreta (sentencia de 20 de marzo de 1930).

casos)... lo cual indica que para el debido cumplimiento del mismo debe contarse el susodicho plazo... desde la fecha del auto de sobreseimiento que puso fin a la causa criminal en cuestión; momento cuya averiguación incumbía en propio interés suyo al recurrente, puesto que a partir de él podía ejercitar contra el demandado la acción civil de que se creyera asistido... Que si aun cuando dispone el número segundo del artículo 1.968 que el plazo de un año en él señalado ha de contarse desde que supo el agraviado el hecho determinante de la culpa o negligencia del tercero, que no obstante haber conocido el recurrente el de que se trata tan pronto como ocurrió se vió impedido de ejercitar la acción civil correspondiente por la instrucción de un proceso criminal y sólo pudo hacerlo desde el auto de sobreseimiento que en él se dictó, claro es que lejos de agraviar el hecho del recurrente le ampara y extiende con vista de lo dispuesto en el artículo 1.969 del Código civil...”

En caso de rebeldía del causante del perjuicio, para ejercitar el derecho ante los Tribunales civiles, el término empieza desde que se notifica al acusador el auto de la declaración de la rebeldía ⁽¹⁰⁾. Pero el propio Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de enero de 1919 ⁽¹¹⁾, sienta el criterio de que las obligaciones civiles nacidas de hechos delictivos en las que existiendo responsabilidad penal presunta no se ha declarado en la causa por la rebeldía del demandado, no es de aplicar la prescripción de un año, sino la establecida por la ley penal.

Por fallecimiento del delincuente caduca la acción criminal y, por tanto, para ejercitar la civil contra los herederos, el plazo para la prescripción empieza a contarse desde la defunción del presunto culpable ⁽¹²⁾ y prescribe de acuerdo con el artículo 1.968.

Como se ve, en caso de instruirse proceso criminal, empieza a contarse el plazo de prescripción para interponer las acciones civiles, desde que esta vía queda expedita, ya sea por sentencia firme, sobreseimiento, rebeldía, muerte, etc.

⁽¹⁰⁾ El Tribunal Supremo, que sienta esta doctrina en sentencia de 27 de abril de 1917, invoca los artículos 1.968, número 2 y 1.969 del Código civil.

⁽¹¹⁾ Ya nos hemos ocupado de ella anteriormente. Véase § 47.

⁽¹²⁾ Sentencia de 16 de noviembre de 1932.

§ 127. El artículo 120 del Código penal establece que la responsabilidad civil nacida de delito o falta se extinguirá del mismo modo que las demás obligaciones, con sujeción a las reglas del derecho civil.

Ahora bien: cuando el perjudicado en la causa criminal se reserva las acciones civiles, ¿deberá aplicarse la prescripción de un año, que establece la ley civil para las acciones derivadas de culpa extracontractual, o la que establece para las obligaciones derivadas de culpa contractual?

La sentencia de 12 de marzo de 1934 resuelve esta interesante cuestión. El caso de autos consistía en la indemnización pedida a una Compañía de ferrocarriles como responsable subsidiaria por la muerte causada por imprudencia temeraria a una señora que, en automóvil, atravesó un paso a nivel de la vía férrea en ocasión de pasar un tren, sin que la mujer encargada de la barrera hubiese puesto la cadena. La guardabarrera fué condenada a seis meses y un día de prisión correccional; pero la sucesión de la difunta se reservó la acción de responsabilidad civil para ejercitarla separadamente, una vez resuelta la causa criminal.

Como quiera que al presentarse la demanda había transcurrido el año necesario para la prescripción de las acciones civiles derivadas de culpa extracontractual, se planteó el caso de si la acción había prescrito, y fué resuelta en sentido negativo por la Audiencia Territorial. Contra la sentencia interpuso recurso de casación la Compañía de ferrocarriles, pero el Tribunal Supremo lo desestimó. En él se alegaba que se había aplicado indebidamente el artículo 1.964 del Código civil en relación con el 135 del Código penal, y el 100 de la ley de Enjuiciamiento criminal, y se citaron en apoyo de la tesis las sentencias de 26 de junio de 1909, 28 de abril de 1917, y 5 de diciembre de 1927, que entienden que la prescripción de las acciones civiles derivadas de delito prescriben como las derivadas de los artículos 1.902 y 1.903, y que sólo había en contra la sentencia de 22 de enero de 1919, que debía ante las otras, una de las cuales, además, era de fecha posterior.

El Tribunal Supremo, después de exponer que existen tres clases de culpa: la derivada de relación contractual; la que regulan los artículos 1.902 y siguientes del Código civil, y la

derivada de hecho punible, declara que “la Audiencia no infringió ni aplicó indebidamente el artículo 1.974 del Código civil en relación con el 135 del Código penal, ni las sentencias (que alega el recurrente) ; porque en las de 26 de junio de 1909 y 26 de abril de 1917, en primer lugar, las demandas que iniciaron los pleitos se fundan en los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil, extremo esencial a los efectos de la naturaleza y prescripción de la acción ejercitada, y en segundo término el procedimiento criminal fué en la primera sobreseído por virtud de un Decreto de indulto, y en la segunda el reo fué declarado rebelde, por lo que en ambos casos no existían declaraciones de hechos determinantes de responsabilidad criminal que debieran servir de base para fijar la responsabilidad civil como estima la sentencia de 22 de enero de 1919, cuyo criterio ha tenido en cuenta la Audiencia y se cita igualmente en el recurso, y en cuanto a la de 5 de diciembre de 1927, uno de los fundamentos de la demanda fué el artículo 1.903 del citado Código, que precisamente se refiere a la culpa o negligencia no penada por la ley, sin que en el juicio, además, se alegara ni discutiera la prescripción”.

Esta sentencia no contiene propiamente argumento alguno de fondo que demuestre que es aplicable la prescripción señalada para las obligaciones contractuales; sólo afirma que no son aplicables al caso de autos las sentencias alegadas por el recurrente en razón a que no tienen propiamente carácter penal.

De todas maneras hay que tener presente que el artículo 1.964 del Código civil, al establecer de una manera general que las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción prescriban a los 15 años, ha de aplicarse, de una manera evidente a la prescripción de las acciones derivadas de delito, ya que la del año, que establece el artículo 1.968, especifica de una manera concreta que se refiere a las acciones derivadas de culpa o negligencia a que se contrae el artículo 1.902 del Código civil.

ÍNDICE DE AUTORES Y OBRAS CITADOS EN EL TEXTO

- ALGUER, JOSÉ. — Véase ENNECERUS.
- ÁLVAREZ, URSICINO. — *Influencias del Cristianismo en el Derecho de Propiedad*, Revista de Derecho Privado, julio y agosto 1941, página 331.
- BALMES, JAIME. — *Filosofía fundamental*. Barcelona, Imprenta Barcelonesa, 1915.
- BONET, FRANCISCO. — *Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo*, Sala de lo civil, de 2 de febrero de 1940. Revista de Derecho Privado, XXIV, páginas 118 a 120.
- BORRELL, ANTONIO M. — *Miscellània Jurídica*, Revista Jurídica de Catalunya, XXX, I.
- BORRELL y SOLER, ANTONIO M. — *Dret Civil vigent a Catalunya*. Barcelona, Imprenta de la Casa de Caridad, 1923.
- CASTEJÓN, FEDERICO. — Revista General de Legislación y Jurisprudencia, CXXI, 447.
- CHIRONI, G. P. — *La Culpa en el Derecho Civil moderno: Culpa Contractual*. Traducción por A. Posada. Madrid, Hijos de Reus, Editores, 1898.
- CHIRONI, G. P. — *La Culpa en el Derecho Civil moderno: Culpa Extracontractual*. Traducida de la 2.^a edición italiana por C. Bernaldo de Quirós. Madrid, Hijos de Reus, Editores, 1905.
- CROUZEL, J. — *La Responsabilité du fait des animaux et du fait des choses inanimées*, Revue trimestrielle de Droit Civil, 1925, 29.
- CUELLO y CALÓN. — Véase PESSINA.
- ENNECERUS, LUDWIG. — *Derecho de Obligaciones*. Undécima revisión por Heinrich Lochmann. Traducción de la 35 edición alemana y adaptación a la legislación y jurisprudencia española por don Blas Pérez González y don José Alguer. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1935.
- FISCHER, HANS. — *Los Daños Civiles y su reparación*. Traducido del alemán con concordancias y un apéndice sobre el Derecho español por W. Rocas. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1928.

- FROMAGEOT, HENRI. — *De la faute comme source de la responsabilité en Droit privé*. París, Lib. Rousseau, 1891.
- GABBA, G. F. — *Cuestiones prácticas del Derecho Civil moderno*. Traducción de Adolfo Posada, vol. II, Madrid, La España Moderna.
- GAY DE MONTELLÁ, R. — *Código de comercio español comentado*. Bosch, Casa Editorial, Barcelona.
- GIORGI, GIORGIO. — *Teoria delle Obbligazioni nel Diritto moderno italiano*. Firenze, Libreria Fratelli Cammelli, 7.^a edición, 1909. Ídem edición española. Madrid, Revista de Legislación, 1909-1913.
- HEINECCIO, J. — *Elementos del Derecho Romano según el orden de las Instituciones*. Traducido por don José Vicente. Madrid, Librería de don Miguel Olamendi, 1873.
- HEINECCIO, J. — *Recitaciones del Derecho Civil*. Traducción al castellano, enriquecida con notas y adiciones considerables por don Luis de Collantes y de Bustamante. Madrid, 1835, Imprenta de don Pedro Sanz.
- MANRESA y NAVARRO, JOSÉ M.^a. — *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento civil reformada, conforme a las Bases aprobadas por la ley de 21 de junio de 1880*, 4.^a edición, aumentada con la jurisprudencia posterior y arreglada a los últimos textos y disposiciones legales que derogan y modifican algunos de los preceptos de dicha ley, por don Francisco de P. Rives Martí. Madrid, Editorial Reus, S. A., 1919.
- MANRESA y NAVARRO, JOSÉ M.^a. — *Comentarios al Código civil español*. Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1901.
- MASPONS y ANGLASELL, FRANCISCO DE P. — *Index de Textos Legals Canònics*, Revista Jurídica de Catalunya, XXXIV, 57.
- MAYNZ, CHARLES. — *Cours de Droit Romain*. Quatrième édition, Bruxelles, Bruylant-Cristophe & Cie., 1876.
- MERCIER. — *Metafísica general: Tratado Elemental de Filosofía*, publicada por profesores del Instituto Superior de Lovaina. Traducido por P. Fr. José de Besalú O. M. Cap. Luis Gili, editor, Barcelona, 1927.
- MORELL y TERRY, J. — *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*. Madrid, Hijos de Reus, Editores, 1916.
- PACCHIANI, GIOVANNI. — *El Libro de las Obligaciones del nuevo Código civil italiano*, Revista de Derecho Privado, abril de 1941.
- PELLA y FORGAS, J. — *Código civil de Cataluña: Exposición del Derecho Catalán comparado con el Código civil español*. Barcelona, J. Horta, 1916-1918.
- PÉREZ GONZÁLEZ, JOSÉ. — Véase ENNECERUS.

PLANIOL y RIPPERT. — *Traité pratique de Droit civil français*, tomo VI.

PESSINA, ENRIQUE. — *Elementos de Derecho penal*. Traducción de Hilarión González del Castillo, prologado y anotado con arreglo al Derecho español de entonces por Félix de Aramburu y Zuñiga; 3.^a edición anotada conforme a la legislación vigente y adicionada con las doctrinas científicas modernas por Eugenio Cuello Calón. Madrid, Editorial Reus, 1919.

POTHIER. — *Tratado de las Obligaciones*. Traducido al español con notas de Derecho patrio por una sociedad de amigos colaboradores. Barcelona, Imprenta y litografía de J. Roger, 1839.

ROCES, W. — Véase FISCHER.

RUTTEN, G. C. O. P. — *La doctrine sociale de l'Eglise*. Resumé dans les Encycliques Rerum Novarum et Quadragesimo Anno. Les Editions du cerf.

SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE. — *Estudios de Derecho civil*. Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1890.

SERAFINI, FELIPE. — *Instituciones de Derecho Romano*. Versión española de la 6.^a edición italiana y comparación con el Derecho civil español general y especial de Cataluña, por don Juan de Dios Trías. Barcelona, José Espasa, editor.

SÜS, THEODOR. — *La Nueva regulación jurídica de la responsabilidad civil y del seguro obligatorio de responsabilidad civil*. Revista de la Facultad de Derecho de Madrid, enero-junio 1941, página 47.

TARRIBLE. — *Discurso pronunciado en el Cuerpo Legislativo sobre el título de las Obligaciones que se forman sin convenio por el Tribuno Tarrible*. Curso de Legislación formado de los mejores informes y discursos leídos y pronunciados al tiempo de discutirse el Código de Napoleón. Barcelona, 1841.

TRIBUNALES ARGENTINOS. — *Sentencias*, Revista de Derecho Privado, mayo 1941.

URÍA GONZÁLEZ, RODRIGO. — *El Seguro Marítimo*.



INDICE

	<u>Págs.</u>
I. INTRODUCCIÓN	5
II. RESPONSABILIDAD SIN CULPA	
§ 1. Precedentes romanos.	7
§ 2. Opiniones en pro y en contra.	9
§ 3. Nuestra posición	12
§ 4. Derecho positivo extranjero	15
§ 5. Legislación española	17
III. DOLO. — CULPA PENAL. — CULPA CIVIL	
§ 6. En el derecho positivo la responsabilidad jurídica presupone la responsabilidad mor- ral. — Casos en que no se da la obligación de reparar a pesar de causarse daño. — Menor de edad. — Enajenado. — Pródigo.	20
§ 7. Culpa: concomitancias y diferencias con el dolo.	25
§ 8. Definiciones de la culpa	28
§ 9. Culpa penal y culpa civil. Dificultades para su distinción. — Criterio del Tribunal Supremo. — Culpa profesional	30
§ 10. Imprudencia temeraria	36
§ 11. La culpa como fuente de responsabilidad civil	40
§ 12. La culpa por omisión	41
§ 13. Responsabilidad por impericia	43
§ 14. Qué diligencia debe usarse para evitar las responsabilidades derivadas de culpa ex- tracontractual.	45
§ 15. Prueba de la culpa	47
IV. CULPA CONTRACTUAL Y NO CONTRACTUAL	
§ 16. Obligaciones nacidas de los contratos. — Obligaciones nacidas de las consecuen- cias que según la naturaleza de lo esti-	

pulado sea conforme a la buena fe, al uso y a la ley. — Obligaciones extracontractuales surgidas con ocasión de un contrato	50
§ 17. Casos de culpa contractual, según el Tribunal Supremo.	51
§ 18. Casos de culpa extracontractual, según el Tribunal Supremo	53
§ 19. Casos de doble culpa	55
§ 20. Los artículos del título I, del libro IV del Código civil, ¿son aplicables a las obligaciones extracontractuales?	57

V. RELACIÓN DE CAUSA A EFECTO

§ 21. Teoría de la causa. — Causa ejemplar, causa final, causa eficiente. — La omisión. — Condición. — <i>Conditio sine qua non</i> . — Ocasi6n. — Criterio del Tribunal Supremo sobre la teoría de la causa.	61
§ 22. Concurrencia de causas	65
§ 23. Causa predominante o decisiva. — Causa próxima y remota. — Causa necesaria. — Causa indirecta	66
§ 24. Concurrencia de culpa por parte de la víctima. — Casos en que el Tribunal Supremo da lugar a la indemnización y casos en que no da lugar a ella	67
§ 25. Concurrencia de la culpa y del caso fortuito. — Casos en que el Tribunal Supremo da lugar a la indemnización y casos en que no da lugar a ella	72
§ 26. Falta de relación jurídica entre el que incurrió en culpa y el perjudicado	75

VI. CASO FORTUITO Y CULPA DEL PERJUDICADO

§ 27. Caso fortuito y fuerza mayor: precedentes históricos	77
§ 28. Legislación española	78
§ 29. Casos calificados de fortuitos por el Tribunal Supremo.	79
§ 30. No deja de ser fortuito un caso por el solo hecho de que se infrinja un Reglamento.	81
§ 31. Existencia de culpa por parte del perjudicado.	82

	<u>Págs.</u>
VII. QUI JURE SUO UTITUR	
§ 32. Cumplimiento de un deber	85
§ 33. <i>Qui jure suo utitur</i> : Antecedentes históricos y Derecho español	86
§ 34. Colisión de derechos y colisión de deberes.	87
§ 35. Abuso de derecho: Precedentes romanos y legislación española	87
§ 35 bis. Ejercicio del derecho en procedimientos criminales	91
§ 36. Ejercicio del derecho en procedimientos civiles. — Embargos	92
§ 37. Casos en que el Tribunal Supremo afirma que se ha ejercitado un derecho.	94
§ 38. Se obra con abuso de derecho	95
VIII. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE HECHO PUNIBLE	
§ 39. Qué comprende la responsabilidad civil. — La restitución	96
§ 40. Límites del principio de la restitución. — Reivindicación mediante abono del precio dado por la cosa. — Casos en que no se da la reivindicación. — Artículo 85 del Código de comercio. — Artículo 34 de la ley Hipotecaria. — Moneda. — Efectos al portador	97
§ 41. Casos de mala fe	102
§ 42. Reparación del daño causado e indemnización de perjuicios. — Cómo debe hacerse.	103
§ 43. No siempre que existe responsabilidad penal se da la civil	103
§ 44. Artículo 8.º del Código penal	104
§ 45. Responsabilidad de los posaderos, taberneros, etc.	106
§ 46. Las costas procesales, ¿van a cargo del responsable subsidiario?	107
§ 47. Caso de seguirse procedimiento civil en reclamación de las responsabilidades dimanantes de actos delictivos, ¿deben aplicarse las disposiciones del Código penal o las relativas a la culpa extracontractual civil?	108
§ 48. Extinción de la responsabilidad civil derivada de hecho punible	109
§ 49. Casos previstos en el artículo 557 del Código penal, en los que se da la responsabilidad civil y no la penal	109

IX. RESPONSABILIDAD DE TERCEROS

§ 50. En general.	111
§ 51. Responsabilidad de los padres por las personas sujetas a su autoridad. — Responsabilidad del padre. — Responsabilidad de la madre. — La patria potestad y la responsabilidad. — Precisa que el hijo sea menor y habite en compañía de su padre o madre. — Menor emancipado: Giorgi. — Incapacitado	113
§ 52. Responsabilidad del tutor. — Caso de tutela de hecho. — Tutela accidental. — Bienes que constituyen un patrimonio (del concebido y no nacido; bienes legados a un menor no emancipado; bienes dejados al hijo del desheredado; herencia yacente; ausente; masa de una quiebra; asociaciones, fundaciones, sociedades; hospital público: Gabba)	117
§ 53. Responsabilidad de los dueños o directores de un establecimiento o empresa	126
§ 54. Responsabilidad de los maestros o directores de artes u oficios	129
§ 55. Límite en la cuantía de la indemnización a cargo del responsable subsidiario . .	131

X. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

§ 56. ¿Es responsable el Estado por los actos realizados por sus funcionarios?	132
§ 57. Argumentos en pro de la irresponsabilidad del Estado: Gabba. — <i>Actio institoria</i> . — Se ha sostenido que los funcionarios son el Estado. — El Estado no puede cometer actos <i>non jure</i>	133
§ 58. Argumentos en pro de la responsabilidad. — El prestigio del Estado exige que responda por los actos realizados por sus funcionarios.	137
§ 59. Derecho positivo español. — Artículo 1.903 del Código civil. — Agente especial. — En el orden penal	138
§ 60. Cuando el Estado ejercita actividades propias de una empresa comercial o industrial	140

	<u>Págs.</u>
§ 61. El Estado es responsable, de acuerdo con el artículo 1.902, cuando de una manera directa causa un daño	141
§ 62. Responsabilidad de otros organismos públicos	141
 XI. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.	
§ 63. De los Magistrados y Jueces	143
§ 64. De los funcionarios del Ministerio Fiscal.	147
§ 65. De los Registradores de la Propiedad	148
§ 66. De las Autoridades y funcionarios provinciales	151
§ 67. De las autoridades y funcionarios municipales	151
§ 68. De los recaudadores	152
§ 69. Ley de 5 de abril de 1904 y Reglamentos de 27 de septiembre de 1904 sobre la responsabilidad civil de los funcionarios civiles del orden gubernativo	153
 XII. DAÑO MORAL	
§ 70. Qué se entiende por daño moral. — Gabba.	157
§ 71. Discusiones en el orden doctrinal	159
§ 72. Precedentes históricos.	164
§ 73. Reparación del daño moral en la legislación y jurisprudencia penal	166
§ 74. La reparación del daño patrimonial sólo es una modalidad del concepto general de daño indemnizable	168
§ 75. La reparación del daño moral en la jurisprudencia civil	171
 XIII. REPARACIÓN DEL DAÑO	
§ 76. Reparación del daño subjetivamente considerado. — No ha de traducirse en un beneficio	178
§ 77. Reparación natural: extensión de los derechos del perjudicado y del responsable.	179
§ 78. Reparación natural y económica en la legislación y en la jurisprudencia española.	181
§ 79. Indemnización de perjuicios mediante la entrega de un capital o de una renta. — La causa de la causa es causa del efecto. — Cálculo de los perjuicios. — Han de ser consecuencia real del acto culposos	

	<u>Págs.</u>
y no meras conjeturas o hipótesis. — Declaraciones del Tribunal Supremo. . .	185
§ 80. Indemnización mediante renta. — Influencias del valor adquisitivo del dinero . .	190
§ 81. Indemnización por la desaparición de objetos únicos o raros.	193
§ 82. Amortización de la cosa dañada	194
§ 83. Compensación de beneficios. — Por actos ilícitos. — Alimentos. — Socorro por la beneficencia. — Seguros. — Artículo 1.686 del Código civil	196
§ 83 bis. ¿Debe aguardarse a que surjan la totalidad de los daños, para solicitar la reparación?	199
§ 84. Costas procesales.	201
 XIV. DAÑOS PRODUCIDOS POR LOS ANIMALES	
§ 85. Precedentes romanos y de Partidas . . .	203
§ 86. Artículo 1.905 del Código civil. Responsabilidad sin culpa	205
§ 87. Extensión dada al artículo 1.905	207
§ 88. Responsabilidad que puede recaer sobre distintas personas: a) propietario o usuario y la víctima; b) propietario, usufructuarios, etc., de un lado; y de otro, sus obreros o empleados; c) propietario, etc., de una parte, y de otra, el arrendatario. Caso de que el animal pertenezca a una explotación agrícola; d) propietario, etc., de una parte, y de otra, el posadero, veterinario, etc., personas que cuidan temporalmente del animal, mediante una retribución; e) el que de una manera espontánea se convierte en guardián, sin retribución de clase alguna	208
§ 89. ¿A cargo de quién va la prueba? . . .	212
§ 90. Daños causados por la caza. — Artículo 1.906 del Código civil. — Qué debe entenderse por heredad de caza. . . .	212
 XV. ACCIONES “DE EFFUSSIS EL DEJECTIS” Y “DE POSITIS ET SUSPENDIS”.	
§ 91. Precedentes romanos	216
§ 92. Artículo 1.910 del Código civil. — Código penal. — Ordenanzas Municipales . . .	217

XVI. RESPONSABILIDADES POR LA RUINA DE EDIFICIOS, POR LA CAÍDA DE ÁRBOLES, EXPLOSIÓN DE MÁQUINAS, INFLAMACIÓN DE SUBSTANCIAS EXPLOSIVAS, HUMOS EXCESIVOS Y EMANACIONES DE CLOACAS O DEPÓSITOS DE MATERIAS INFECTANTES.

§ 93. Responsabilidad por la ruina de edificios. — Fundamentos del artículo 1.907 del Código civil	220
§ 94. Prueba: sentencia de 29 de octubre de 1929	222
§ 95. Responsabilidad por la caída de árboles.	223
§ 96. Edificios y árboles que amenazan ruina. — Procedimiento administrativo. — Interdictos.	223
§ 97. Caso de que la finca esté dada en arriendo. — Caso en que el usufructo esté desintegrado del dominio.	225
§ 98. Atribuciones de los Ayuntamientos. — Artículo 576 del Código penal	226
§ 99. Responsabilidad de los propietarios por la explosión de máquinas, etc. — Caso en que el causante del daño sea el arrendatario. — Caso de que el propietario de las máquinas lo sea también del edificio. — Caso en que son propiedad del arrendatario del edificio	227
§ 100. Atribuciones de los Ayuntamientos. — Artículo 590 del Código civil	229
§ 101. Artículo 576 del Código penal	230
§ 102. Responsabilidad de los arquitectos y contratistas.	230

XVII. ACCIÓN CIVIL Y ACCIÓN PENAL

§ 103. Artículo 114 de la ley de Enjuiciamiento criminal. — Cuestiones prejudiciales. — Interpretación dada por el Tribunal Supremo al artículo 114 de la ley de Enjuiciamiento criminal.	232
§ 104. Influencia del procedimiento criminal en el procedimiento civil. — Artículo 111 de la ley de Enjuiciamiento criminal. — Artículo 557 del Código penal	234
§ 105. ¿La sentencia pronunciada en procedimiento criminal y los autos que lo concluyen o resuelven, producen excepción	

	<u>Págs.</u>
de cosa juzgada en el procedimiento civil que después se incoe?	235
§ 106. Cuando el procedimiento criminal termina por sentencia condenatoria	236
§ 107. Caso de que la causa criminal haya terminado por sentencia absolutoria.	239
§ 108. Casos en que la causa criminal termina por sobreseimiento libre o provisional.	245
§ 109. La causa termina por rebeldía del procesado. — La causa termina por muerte del presunto culpable. — La causa se extingue por amnistía o indulto	246
§ 110. Prescripción del delito	247
 XVIII. EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ENTRE LOS OBLIGADOS A REPARAR.	
§ 111. En el orden penal	248
§ 112. Caso de abordaje, según el Código de comercio	249
§ 113. En el orden civil. — ¿Es aplicable en el orden extracontractual lo dispuesto en los artículos 1.137 y 1.138 del Código civil? — Sentencias de 22 de diciembre de 1903 y 23 de marzo de 1921	250
§ 114. ¿Existe solidaridad entre los responsables, de acuerdo con el artículo 1.903 del Código civil y los autores directos del hecho culposo? — Derecho de repetición.	254
 XIX. LUGAR DEL PAGO Y COMPETENCIA JUDICIAL	
§ 115. Criterio antiguo y moderno de la jurisprudencia. — Daños causados por la caza.	256
§ 116. De los daños causados en el ejercicio de acciones judiciales	259
 XX. ¿QUIÉN PUEDE RECLAMAR INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS?	
§ 117. Perjudicado directo e indirecto. — Encadenamiento de personas perjudicadas. — Deducciones más o menos lógicas. — Perjudicados de una manera necesaria.	261
§ 118. Cuando el acto culpable produce la muerte. — Herederos o perjudicados con la muerte. — Criterio del Tribunal Supremo	262

	<u>Págs.</u>
§ 119. ¿Pasa la acción a los herederos? — ¿Puede cederse? — ¿Pasa a los acreedores?	264
 XXI. PRUEBA DE LOS PERJUICIOS	
§ 120. Quien reclama la indemnización debe justificar cumplidamente la existencia e importe del daño	265
§ 121. Fijación de la cuantía de los perjuicios. — Puede fijarse en el período de ejecución de sentencia. — Cuando ello no es posible. — El Tribunal de instancia debe fijarla de acuerdo con lo alegado y probado	267
§ 122. En cuanto al daño moral. — Resolución del Tribunal Supremo	270
 XXII. PRESCRIPCIÓN	
§ 123. Artículo 1.968 del Código civil. — Jurisprudencia	273
§ 124. Prescripción de las acciones nacidas al amparo del artículo 1.903 y siguientes del Código civil.	274
§ 125. Iniciación del plazo de prescripción. — Continuidad y discontinuidad en la producción de perjuicios	275
§ 126. Interrupción de la prescripción por la incoación del procedimiento criminal	277
§ 127. Prescripción de las acciones derivadas de delito.	279
ÍNDICE DE AUTORES Y OBRAS CITADOS EN EL TEXTO.	281