

## TEMA 10

# Efectos del Incumplimiento Voluntario: La Responsabilidad Civil Contractual del Deudor<sup>1</sup>

**SUMARIO:** 1. Generalidades 2. Requisitos de la responsabilidad contractual. 2.1. Que no proceda –en principio– la ejecución forzosa en forma específica 2.2. Que exista un incumplimiento culpable de la obligación 2.3. Que exista un daño resarcible 2.4. Que exista una relación de causa a efecto entre el incumplimiento culpable de la obligación y el daño sobrevenido (relación de causalidad)

### 1. Generalidades

Desde el punto de vista general los efectos del incumplimiento culposo están determinados en los artículos 1264 y 1271 CC. Su efecto básico es el *cumplimiento forzoso*, ya sea en especie, o en su defecto, el cumplimiento forzoso por equivalente. El deudor tiene el deber de cumplir su obligación aunque sea coactivamente con el auxilio de la justicia. En cuanto al cumplimiento forzoso en especie deben considerarse los arts. 1264 y 1291 CC, mediante los cuales el acreedor puede solicitar daños y perjuicios *moratorios*, causado por el retardo culposo en el incumplimiento, pero no pueden acumularse al cumplimiento forzoso por equivalente. Y aunque no exista daño el acreedor siempre tiene derecho a satisfacer su interés a través del cumplimiento forzoso en especie, sólo si éste no es posible es que puede pedir el de por equivalente, aunque se aboga modernamente por el carácter no absoluto de la prioridad del cumplimiento *in natura*. Los daños *compensatorios* no son acumulables al cumplimiento en especie, sólo pueden pedirse en caso de incumplimiento definitivo y no proceden en el mero retardo<sup>2</sup>. Cuando el deudor es responsable de daños y perjuicios se afirma que incurre en responsabilidad civil<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> La presente tesis está inspirada fundamentalmente en las clases del profesor Enrique LAGRANGE (*Apuntes...*). Véase sobre el tema: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 124-184; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, pp. 133 y ss.; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, pp. 206 y ss.; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, pp. 241 y ss.; MILIANI BALZA, *ob. cit.*, pp. 381-412; LARENZ, *ob. cit.*, pp. 279 y ss.; RODRÍGUEZ MATOS, *Notas...*, pp. 451-473; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 271-282; MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 453-468; RAMÍREZ, *ob. cit.*, pp. 111-124; MÉLICH ORSINI, José: *La responsabilidad contractual*. En: Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal N° 148, enero-junio 1991; PIZARRO WILSON, Carlos: *La influencia del Code en el Derecho de Obligaciones. ¿Existe la responsabilidad contractual?* En: "Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños". Colección Textos de Jurisprudencia. Colombia, Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 121-135; PIZARRO WILSON, Carlos: *Responsabilidad contractual en el derecho chileno: función y autonomía*. En: *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Colección Textos de Jurisprudencia. Colombia, Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 299-311; PINTO OLIVEROS, Sheraldine: «A propósito de la responsabilidad contractual» en AA.VV., *De las obligaciones en general. Coloquio de Iusprivatistas Roma y América, Cuarta reunión de trabajo, Encuentro de Lima*, Morales Hervias, R., y Priori Posada, G. (ed), Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012, pp. 283-305; TAPIAS ROCHA, Hernando: *La acción de responsabilidad contractual*. En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 225-246.

<sup>2</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>3</sup> Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 559.

Todo el que ocasiona un daño a otro está obligado a repararlo. Se trata de la obligación de reparar daños y perjuicios. Es una situación eminentemente patrimonial o económica en virtud de la cual quien propicia un perjuicio a otra persona, no puede quedar indemne en su agresión.

La responsabilidad civil supone la “situación jurídica en virtud de la cual se está en la obligación de responder patrimonial o pecuniariamente en razón de haberle causado un daño a otro. Se alude a la respectiva indemnización por daños y perjuicios. Puede tener origen contractual o extracontractual; en el primer caso, se presenta como el efecto inmediato del incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato; en el segundo supuesto, esto es, la responsabilidad civil extracontractual, tiene lugar por el incumplimiento culposo de una obligación o de una conducta preexistente que no se deriva de ningún contrato o de ninguna convención entre agente y víctima (fuentes de las obligaciones distintas al contrato)”<sup>4</sup>.

La idea que fundamentalmente cobija la responsabilidad civil es la reparación del daño, aunque no ha faltado quien considere que pudiera también presentar un sentido preventivo<sup>5</sup>. Sin embargo, la doctrina se inclina por una nueva reestructuración de la responsabilidad civil entendiendo una única noción por no existir diferencia fundamental entre las dos especies de responsabilidad civil (contractual y extracontractual), pues ambas precisan los mismos requisitos<sup>6</sup>.

La obligación de reparar el daño es su contenido aunque no en el sentido de eliminarlo de la realidad, sino una prestación que compense a la víctima el daño sufrido. Tiene por finalidad reparar y no castigar y la acción es de carácter privado. El daño debe ser demostrado por la víctima<sup>7</sup>.

La responsabilidad civil presenta diferencias con la penal<sup>8</sup>, pues aquella persigue imponer una pena o castigo, procede generalmente de oficio, es

<sup>4</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Diccionario...*, pp. 147 y 148.

<sup>5</sup> Véase *supra* tema 1.7.10.2.

<sup>6</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 132. Véase *infra* tema 13.1.

<sup>7</sup> *Ibid.*, pp. 168-171, aunque hay casos que no tiene que probar el daño y se cita como ejemplo el pago del interés legal del 3% del artículo 1277 CC. Hay leyes especiales que fijan monto de daño, como es el caso del transporte aéreo.

<sup>8</sup> Véase: LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen: *Efectos Civiles del delito y responsabilidad extracontractual*. Valencia-España, Tirant Lo Blach, Colección Privado 11, 1997; TAMAYO RODRIGUEZ, José Luis: *La responsabilidad civil derivada del delito, con especial referencia a su tratamiento en la reforma del Código Penal*. En: Relación Criminológica Nº 11. Valencia, Universidad de Carabobo, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas, 2003, pp. 19-49; TAMAYO RODRIGUEZ, José Luis: *La responsabilidad civil derivada de delito, con especial referencia a su tratamiento en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal del TSJ*. En: *Anteproyecto Código Penal. Comentarios*. Fernando Parra Aranguren Editor. Caracas. Tribunal Supremo de Justicia, Colección Serie Normativa Nº 5, 2004, pp. 769-821; CHIOSSONE, Tulio: *Unificación del concepto de responsabilidad civil ex delicto y por hecho ilícitos*. En: Libro Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1970, Tomo I, pp. 297-340; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 619-621; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 542-544; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 29 y 30; ÁLVAREZ OLALLA, *ob. cit.*, pp. 192-195; CSJ/Sala Plena, Sent. 29-6-99, OPT, junio 1999, p. 614 según el Código Penal toda persona responsable criminalmente de algún delito o falta lo es también civilmente.

siempre personal o por hecho propio y es determinada por el tipo de culpa del autor del delito. La doctrina ha estudiado la diferencia entre responsabilidad civil y la responsabilidad penal en cuanto a su naturaleza, sanción, autonomía, tipificación, modo de apreciar la culpa, el modo de graduar la culpa y el carácter personalísimo de la responsabilidad penal (no procede la responsabilidad por hecho ajeno), entre otros<sup>9</sup>. Si bien la responsabilidad civil puede derivarse de una sentencia penal, tal conclusión no ha de ser radical, pues es obvio que también puede existir independientemente<sup>10</sup>. No existe carácter vinculante o dependencia de la materia civil respecto de la materia penal<sup>11</sup>. Los actos ilícitos por tanto pueden ser ora de carácter puramente civil, ora de naturaleza penal. Estos últimos son considerados delitos o faltas en atención a su gravedad y a la lesión no sólo de bienes patrimoniales de terceras personas, sino en cuanto infringen o alteran el orden público. El ordenamiento jurídico, en consecuencia tipifica y sanciona las conductas delictivas con medios propios y específicos de la legislación penal, básicamente a través de privación de libertad, entre otras sanciones<sup>12</sup>.

## 2. Requisitos de la responsabilidad contractual<sup>13</sup>

Por responsabilidad contractual entendemos la obligación de reparación de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de una obligación contractual, de conformidad con los artículos 1264 y 1271 CC<sup>14</sup>. Entre sus requisitos la doctrina<sup>15</sup> ubica:

2.1. Que no proceda la ejecución forzosa en forma específica. Aun cuando según referimos modernamente se considera que la prioridad de la ejecución específica no tiene carácter absoluto<sup>16</sup>.

2.2. Que exista un incumplimiento culpable de la obligación (*culpa*)<sup>17</sup>.

2.3. Que exista un daño resarcible (*daño*).

2.4. Que exista una relación de causa a efecto entre el incumplimiento culpable de la obligación y el daño sobrevenido (*relación de causalidad*).

<sup>9</sup> MÉLICH ORSINI, *La responsabilidad civil por hechos ilícitos...*, 1995, T. I, pp. 225-275; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 542 y 543.

<sup>10</sup> TSJ/SCC, Sent. N° 125 del 11-3-14, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/161836-RC.000125-11314-2014-13-551.html>.

<sup>11</sup> Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 6-7-06, <http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2006/julio/1553-6-23933-243.html>; J.R.G., T. 132, CSJ/Cas. Sent. 7-12-94, pp. 497 y 498, la decisión de la jurisdicción penal de tránsito que absuelve al conductor no causa cosa juzgada en materia civil.

<sup>12</sup> LASARTE, *Derecho...*, p. 258.

<sup>13</sup> Véase: TAPIAS ROCHA, *ob. cit.*, pp. 230-243.

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ MATOS, *Notas...*, p. 453.

<sup>15</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>16</sup> Véase *supra* tema 6, consideraciones de Annicchiarico y de Pizarro.

<sup>17</sup> TAPIAS ROCHA, *ob. cit.*, pp. 230-234, alude a "incumplimiento imputable al deudor", la violación o el incumplimiento de la obligación nacida de un contrato puede tener lugar intencionalmente o por culpa.

Maduro Luyando agrega el incumplimiento<sup>18</sup>, pero el mismo está implícito cuando se alude a “incumplimiento culpable” pues veremos que la culpa contractual se presume del incumplimiento. Por lo que los elementos o requisitos son comunes a la responsabilidad extracontractual, a saber, daño, culpa y relación de causalidad<sup>19</sup>, y son concurrentes<sup>20</sup>.

Se alude en forma obvia a la existencia de un contrato<sup>21</sup>, el incumplimiento de la obligación, que los daños y perjuicios los haya causado una parte a la otra, el incumplimiento culposo y que no exista posibilidad de cumplimiento natural de la obligación, toda vez que es de carácter subsidiario aunque esto último es susceptible de crítica. Mélich alude a la naturaleza contractual de la obligación violada<sup>22</sup>, la especificidad del daño contractual<sup>23</sup> y finalmente a los elementos de la responsabilidad contractual<sup>24</sup>. Veamos cada uno de los requisitos:

2.1. *Que no proceda –en principio– la ejecución forzosa en forma específica* (véase *supra* tema 6).

2.2. *Que exista un incumplimiento culpable de la obligación*

2.2.1. *La culpa*<sup>25</sup>

Se alude a incumplimiento voluntario o culposo<sup>26</sup>. La culpa es la inejecución de la obligación por causa imputable al deudor. A propósito de ello debe distinguirse si el incumplimiento se deriva de dolo o más bien de culpa en sentido estricto. Se alude así a las “dos formas en las que puede presentarse la culpabilidad”, esto es, a través del dolo o culpa<sup>27</sup>.

a. *El dolo o culpa intencional*<sup>28</sup>: Incumplimiento culpable de la obligación es aquel que depende de la voluntad del deudor, en sentido amplio, se habla de incumplimiento culpable o culposo, tanto para referirse al que proviene

<sup>18</sup> Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 140 y 141.

<sup>19</sup> Véase señalando tales: PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 31; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, pp. 212-225.

<sup>20</sup> Véase: Juzgado Superior Décimo en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 20-5-13, Exp. AP71-R-2012-000725/6.428, <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2013/mayo/2147-20-AP71-R-2012-000725-6.428-13.html>.

<sup>21</sup> Véase: RODRIGUEZ MATOS, *Notas...*, pp. 453-468.

<sup>22</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 469 y 470.

<sup>23</sup> Véase: *ibid.*, pp. 471-474.

<sup>24</sup> Véase: *ibid.*, pp. 474-521.

<sup>25</sup> Véase: VISINTINI, Giovanna: *Tratado de la responsabilidad civil. La culpa como criterio de imputación de la responsabilidad. Incumplimiento y responsabilidad del deudor. Culpa aquiliana y culpa contractual. La culpa profesional. El dolo*. Buenos Aires, Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999. Vol. 1, Trad. Aida Kemelmajer de Carlucci; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, T. II, pp. 428-440; PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.*, pp. 782-785.

<sup>26</sup> Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 94-108; ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 85-90; CALVO BACA, *ob. cit.*, pp. 176 y 177.

<sup>27</sup> VISINTINI, *Tratado...*, Vol. 1, p. 47, se trata de dos formas autónomas que estructuralmente, no tienen nada en común.

<sup>28</sup> Véase: LARENZ, *ob. cit.*, pp. 284-286; OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, pp. 117-120.

de dolo como al que proviene de culpa. En un sentido amplio la actuación culpable incluye tanto la “intención” como “la negligencia”<sup>29</sup>. “Hay infracción dolosa de los deberes dimanantes de la relación obligatoria cuando el deudor se representa el resultado de su acción y sin embargo lo admite, aun conociendo la infracción de sus obligaciones que aquel resultado supone”<sup>30</sup>. El dolo es la acción u omisión con conciencia y voluntad de producir un resultado antijurídico<sup>31</sup>. Por su parte, la culpa es la inejecución de un deber. Es la falta u omisión de diligencia<sup>32</sup>. Diversas clases de culpa (de hacer o no hacer), según su contenido puede ser intencional o dolosa o propiamente culposa por imprudencia o negligencia. La culpa lata o culpa en general comprende el dolo y también la culpa simple. En tanto que la culpa *strictu sensu* excluye los actos dolosos. Según su gradación la culpa propiamente dicha puede ser grave, leve, levisima. La culpa negativa es asociada a la negligencia; imprudencia supone una actividad que no se debía realizar.

El dolo es la llamada culpa intencional, es el elemento subjetivo que anima la actuación del deudor a incumplir su obligación. Hay otro sentido de la palabra dolo que es el utilizado por el artículo 1154 del CC, a saber, como vicio del consentimiento en la formación del contrato.

El dolo implica un elemento intelectual; la conciencia. Y un elemento volitivo, referido a la voluntad de violar el derecho del acreedor. Lo que no requiere es el llamado *animus nocendi*, esto es, la intención de dañar. Es suficiente con que tenga la conciencia de que su actuación ocasionará daño al acreedor o que se lo represente como dañoso, y a pesar de eso observe el comportamiento del cual se derive el daño al acreedor.

El dolo es tratado por la ley con mayor rigor que la culpa; la responsabilidad derivada del incumplimiento doloso es más amplia que la derivada del incumplimiento culposo. El dolo determina una responsabilidad que se extiende a daños previstos y aun hasta daños imprevisibles para el tiempo de la contratación de la obligación. Mientras que cuando el incumplimiento es culposo simplemente la responsabilidad del deudor se limita a los daños previstos o que han podido preverse al momento de contraer la obligación, salvo que provenga de dolo a tenor del artículo 1274 CC, en cuyo caso debe responder hasta por el daño imprevisible. Sin embargo, debe tenerse en cuenta el artículo 1275 CC pues aunque medie dolo sólo se responde del daño directo.

Por otra parte, es ilícito el pacto mediante el cual se exonere al deudor de la responsabilidad por dolo, esto es, el denominado *pactum de dolo non*

---

<sup>29</sup> PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 478.

<sup>30</sup> LARENZ, *ob. cit.*, p. 284.

<sup>31</sup> ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 176.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 173.

*praestando*<sup>33</sup>. Se alude así al carácter inderogable de la responsabilidad por incumplimiento doloso<sup>34</sup>. Porque ese pacto sería contrario al principio de la buena fe que debe presidir tanto la contratación como el cumplimiento de las obligaciones y porque ese pacto atentaría contra la existencia lógica misma del vínculo obligatorio, sería como decir: “me obligo a hacer tal cosa, pero en caso de que no quiera hacerlo no lo haré”. Eso no sólo es contrario a la buena fe, sino más grave, eso implica una falta de voluntad de obligarse. La prueba del dolo incumbe al acreedor, la cual podrá tener lugar por cualquier medio.

b. *La culpa contractual*<sup>35</sup>:

La culpa contractual consiste en una acción u omisión voluntaria aunque realizada sin malicia que impide o frustra el normal cumplimiento de la obligación. La culpa se presenta como un error en la conducta por la inobservancia de un deber de diligencia.

El dolo es la intención. En tanto que la culpa constituye un error en la conducta debida bien sea por acción o por omisión<sup>36</sup>. Es el descuido en la diligencia exigible en el tráfico<sup>37</sup>. En sentido amplio hay culpa del deudor cuando el quebrantamiento de la obligación le es imputable<sup>38</sup>. Es la omisión de la correspondiente diligencia<sup>39</sup>. Es la omisión de la conducta debida, positiva o negativa, para prever o evitar un daño<sup>40</sup>. La culpa es pues la falta de diligencia<sup>41</sup>.

La culpa implica la voluntariedad de la acción o de la omisión de la que se derivan consecuencias dañosas e implica una imputabilidad al deudor, por no haber sabido prever y evitar las consecuencias dañosas de su acción u omisión. De tal manera que la culpa, en su acepción técnica excluye el dolo; la culpa implica una ilicitud por la falta de diligencia, por negligencia, por imprudencia, por falta de cuidado, por torpeza.

<sup>33</sup> Véase: ALBANEZE, Umberto: *Massime, enunciazioni e formule giuridiche latine*, p. 275, <https://books.google.co.ve/books?isbn=8820320576>; MUÑOZ PAREDES, Alfonso: *La infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido como conducta equiparable al dolo en la nueva ley del contrato de transporte terrestre de mercancías*, [www.uclm.es/actividades/2010/.../pdf/.../AlfonsoMunozParedes.pdf](http://www.uclm.es/actividades/2010/.../pdf/.../AlfonsoMunozParedes.pdf) “sería inválido el *pactum de dolo non prestando*”.

<sup>34</sup> PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 302.

<sup>35</sup> Véase: ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo: *La función de la culpa en la responsabilidad por hecho ilícito en derecho venezolano, comparado con los derechos francés e italiano*. Colección Estudios Jurídicos N° 59. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1993; ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo: *La culpa como condición de la responsabilidad civil extracontractual*. En: Revista de Derecho Privado N° 7-2, año 7, julio-diciembre 1990, pp. 9-73.

<sup>36</sup> Véase: ÁLVAREZ OLALLA, *ob. cit.*, p. 203, la culpa o culpabilidad en sentido amplio consiste esencialmente en un reproche jurídico dirigido a una persona que no atendió las exigencias de conducta impuestas por el ordenamiento jurídico.

<sup>37</sup> LARENZ, *ob. cit.*, p. 286.

<sup>38</sup> ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 175.

<sup>39</sup> PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 303.

<sup>40</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: *Responsabilidad Civil y otros estudios. Doctrina y comentarios de Jurisprudencia*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, T. III, p. 190.

<sup>41</sup> CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, T. II, p. 438.

La culpa puede haber consistido en un acto positivo, por haber hecho algo que no se debería hacer y entonces se habla de culpa *in faciendo*. O puede, haber consistido en un comportamiento negativo, en una omisión, es decir, en un comportamiento negativo, en un dejar de hacer. Esto es, en un no haber hecho algo que se debía hacer; ésta es la denominada culpa *in non faciendo* o culpa *in omitiendo*<sup>42</sup>. La culpa por omisión acontece cuando un sujeto permanece inactivo ante una situación que habría podido modificar por una intervención de su parte<sup>43</sup>. Así como también se alude a culpa *in vigilando* o *in eligendo*<sup>44</sup>, cuando el error en la conducta apunta a la vigilancia o a la selección de nuestra parte. Importante en materia de responsabilidades especiales complejas.

Algunos sostienen que la noción de culpa contractual debe ser sustituida simplemente por el incumplimiento. Es suficiente que la falta de prestación le sea imputable, esto es, que no provenga de una causa extraña<sup>45</sup>.

### 2.2.2. Grados de culpa

Los autores del antiguo Derecho francés imaginaron una teoría sobre la gradación de la culpa, que distinguía en primer lugar entre el dolo y la culpa propiamente dicha, y después algunos grados de la culpa propiamente dicha. El dolo lo llamaban culpa intencional o simplemente mala fe y por otra parte, la culpa propiamente dicha. La culpa no intencional, la que es por negligencia, imprudencia, falta de cuidado o torpeza.

A propósito de la culpa propiamente dicha se distinguía en primer lugar la *culpa grave* o *culpa lata*, que consistía en la mayor injuria, en el grado más elevado de la culpa. Consistía en un comportamiento que anda rozando los límites del dolo. Incurrir en culpa grave consiste en no hacer lo que todos hacen o no entender lo que todos entienden. Y precisamente por la dificultad que en la práctica puede representar el distinguir la culpa lata del dolo existe el adagio *culpa lata dolo aequiparatur*, que significa que la culpa lata se equipara al dolo<sup>46</sup>, no porque racionalmente no haya una distinción clara, sino por una consideración de orden práctico: es muy difícil distinguir entre una y otro; cuando una persona incurre en un acto que interpretado con benevolencia implica una negligencia extrema o muy grave; siempre le queda al observador imparcial la duda sobre si en verdad se tratara de una gran injuria, de una gran negligencia o imprudencia o más bien de un dolo disfrazado. Del tratar de disfrazar la mala fe, detrás del comportamiento torpe, es decir, a veces, se hace sumamente difícil distinguir el comportamiento del malvado del comportamiento del imbécil o mentecato<sup>47</sup>. Y con

<sup>42</sup> Véase sobre “la culpa por omisión”: VISINTINI, *Tratado...*, Vol. 1, pp. 67-80.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 74.

<sup>44</sup> BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, p. 215.

<sup>45</sup> RODRÍGUEZ MATOS, *Notas...*, p. 462.

<sup>46</sup> Véase: OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 104, como la culpa grave equivale al máximo descuido o negligencia acogiendo la solución romana el CC colombiano (art. 63) la equipara al dolo.

<sup>47</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

ello, según ha referido la doctrina se “impide que el malvado se haga el imbécil”<sup>48</sup>. La culpa grave “es un error de conducta imperdonable en el que incurren solo las personas más torpes; es una falta grosera e inexcusable asimilable al dolo, al acto intencional”<sup>49</sup>.

A propósito de los sistemas de apreciación de la culpa, tradicionalmente se distingue la culpa leve, en dos vertientes: en abstracto y en concreto. Bajando en los grados de la culpa, encontramos la *culpa leve en abstracto*, que es la que acontece cuando se omite la diligencia del buen padre de familia, cuando no se actúa con el cuidado, la diligencia o la prudencia del hombre vigilante y cuidadoso. Culpa leve consiste en omitir la diligencia propia de un buen padre de familia<sup>50</sup>.

Descendiendo encontramos la *culpa leve en concreto*, que existe cuando sobre el sujeto cuya responsabilidad se trata de juzgar no ha puesto en su comportamiento la diligencia que suele observar en sus propios asuntos<sup>51</sup>. Ella implicará que se juzgue al deudor con una culpa mayor con un criterio más riguroso que el del buen padre de familia, cuando acontezca que el sujeto de que se trate observe normalmente un comportamiento más riguroso en sus propios asuntos, más exigente que el del buen padre de familia que es el deudor medio. Pero a veces, ocurrirá lo contrario, que el sujeto no observe en sus propios asuntos sino una diligencia menor o mediocre, y en tal caso que su responsabilidad se juzgue con un criterio menos riguroso que el que aplicaría al del buen padre de familia. Pero en términos generales la culpa leve en abstracto es una falta en el comportamiento de quien no procede con el cuidado y la diligencia media de una persona normal<sup>52</sup>.

Finalmente, la *culpa levisima*, consiste en omitir la diligencia que es propia tan sólo en personas extraordinariamente previsivas y diligentes, excesivamente escrupulosas en el cumplimiento de sus deberes. Esto es, la culpa levisima es la omisión de la diligencia máxima; la del ser humano extremadamente escrupuloso en el cumplimiento de su obligación. Es “la falta de conducta ordinaria que sólo evitan las personas más diligentes y cuidadosas, es un error muy común y sin embargo, evitable”<sup>53</sup>

---

<sup>48</sup> ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo: *Cláusulas abusivas*. En: El Código Civil Venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 295.

<sup>49</sup> BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 189.

<sup>50</sup> Véase: VISINTINI, *Tratado...*, Vol. 1, p. 144, el tipo abstracto del buen padre de familia que pertenecía al lenguaje tradicional y que está orientado a indicar la conducta de un propietario cuidadoso y diligencia en la conservación de sus bienes.

<sup>51</sup> Apreciación de la culpa **en abstracto** es compararla con la de una persona ideal en abstracto, un buen padre de familia. Se critica que no siempre es justa. Apreciación **en concreto** se compara con la conducta normal que ese mismo sujeto desarrolla en su vida diaria: si es inferior ha incurrido en culpa. Se critica que es erróneo y lleva a consecuencias absurdas.

<sup>52</sup> BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 189.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 188.



Por lo que resumiendo respecto a los grados de la *culpa contractual* se distinguen tres (3) especies de culpa<sup>54</sup>:

a. *Culpa grave*

b. *Culpa leve: en abstracto* (con base a la conducta de un buen padre de familia, CC, art. 1270, es exigible si no se pacta una distinta<sup>55</sup>) y *en concreto* (con base a la diligencia que se coloca en los propios asuntos, por ejemplo el art. 1.756 CC).

c. *Culpa levísima*

La culpa no radica en la voluntad de causar daño a otros sino en la desatención o menosprecio que el agente observa al obrar descuidadamente. El grado de culpa que se exige a falta de otro es el que se exigiría a un buen padre de familia (culpa leve en abstracto)<sup>56</sup>.

Esa teoría de los grados de la culpa así entendida fue admitida durante siglos, hasta que en el siglo XVIII un famoso jurista francés publicó su Ensayo sobre la prestación de las culpas, en el que sostenía que la teoría de la gradación de las culpas no provenía del Derecho romano, el cual sólo conocía la culpa leve en abstracto, por lo que la teoría había sido un invento de los glosadores con base a algunos textos del Digesto relativos al contratos de préstamo y de depósito. Sin embargo, Pothier defendió arduamente la teoría de la gradación de la culpa, al margen de que la misma la conociera el Derecho romano<sup>57</sup>.

### 2.2.3. *Los grados de la culpa en el Código Civil venezolano*

Nuestro CC distingue entre el dolo, mala fe o culpa intencional de la culpa simple o no intencional. Y agrava como indicamos la responsabilidad del deudor en caso de dolo de conformidad con el artículo 1274 CC, extendiéndola a los daños imprevisibles.

La responsabilidad basada en la culpa se apoya en el artículo 1270 CC, de tal manera que sobre la base de lo que el CC establece, pueden hacerse las siguientes observaciones<sup>58</sup>:

La primera, es que el CC descarta la división tripartita entre culpa lata, leve y levísima. La culpa que admite el CC venezolano como patrón de responsabilidad en el artículo 1270 es la culpa leve en abstracto. Con mayor razón obviamente, el deudor responde por incumplimiento si ha incurrido en culpa grave o lata. El CC no autoriza a resucitar y aplicar la denominada “culpa levísima”, aquella en que incurren las personas que no han puesto la diligencia máxima; el código sustantivo no consagra y por ende no cabe

<sup>54</sup> TAPIAS ROCHA, *ob. cit.*, pp. 233.

<sup>55</sup> Véase: ÁLVAREZ OLALLA, *ob. cit.*, p. 123.

<sup>56</sup> Véase: LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 133.

<sup>57</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>58</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

aplicar –a falta de previsión de las partes– ese criterio tan riguroso de comportamiento, por lo que no se puede agravar la responsabilidad del deudor sino cuando la ley lo consiente o lo ordena.

La segunda observación, es que con base al artículo 1270 CC, el CC rechaza en orden a la culpa la distinción según que la relación obligatoria produzca utilidad para ambas partes o sólo para una de ellas. Ese es un elemento sin importancia a la hora de juzgar sobre la responsabilidad civil del deudor.

La tercera observación, es que la medida normal de diligencia es aquella de acuerdo con la cual se mide la responsabilidad correspondiente a un buen padre de familia. El Juez a la hora de juzgar sobre la responsabilidad debe hacer una comparación entre el que haya sido el comportamiento del deudor según lo probado en juicio y el que habría sido el comportamiento del buen padre de familia si hubiera estado en las mismas circunstancias objetivas. Cuando se llegue a la conclusión de que un buen padre de familia colocado en aquellas circunstancias no habría incurrido en el incumplimiento el deudor responderá. Cuando la responsabilidad sea contraria, esto es, el buen padre de familia habría incumplido, el deudor no responderá.

En cuarto lugar, en algunos casos la responsabilidad del deudor es *atenuada* como es el caso del gestor de negocios (CC, 1175), el mandatario gratuito (CC, 1693), y el poseedor de la cosa hipotecada (CC, 1905).

En quinto lugar, en algunos casos según la ley, la responsabilidad del deudor es *agravada*, como es el caso del comodato (CC, art. 1727, ords. 2,3 y 5, art. 1778); en el caso del transporte terrestre (C.Com., art. 173).

El sexto aspecto, supone que excepcionalmente la ley se aparta del patrón abstracto del buen padre de familia para referirse al patrón implicado en la *culpa leve in concreto*, esto es, la diligencia que se colocaría en los propios asuntos, como por ejemplo el artículo 1756 CC, a propósito del depósito gratuito.

En séptimo punto, está permitido que las partes estipulen en los contratos cláusulas por las cuales se agrave la responsabilidad establecida en la ley. Por ejemplo, es perfectamente factible y lícito pactar que el deudor responda inclusive por culpa levísima e incluso por caso fortuito; allá él si se obliga en esas condiciones tan rigurosas. Y también se conciben las cláusulas inversas, es decir, aquellas por las cuales se exonere de responsabilidad al deudor en ciertas hipótesis o se atenúe al deudor en esa responsabilidad; pero no se admite por contrario al orden público, las cláusulas de exoneración de responsabilidad en caso de dolo o de culpa grave.

#### 2.2.4. Prueba de la culpa contractual<sup>59</sup>

En el ámbito contractual la culpa se ha asociado a la inejecución de la obligación contraída<sup>60</sup>. El legislador venezolano parece inscribirse en dicha

<sup>59</sup> Véase: MADRID MARTÍNEZ y ANNICCHIARICO, *ob. cit.*, pp. 85-90.

<sup>60</sup> Véase *ibid.*, p. 85; ANNICCHIARICO, *Convivencia...*, p. 279 “por obra de simplificación, la doctrina tradicional asimila la noción de culpa con la noción de inejecución de la obligación contractual”.

tesis objetiva a tenor de los artículos 1264 y 1271 del CC. Según el primero “*Las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas. El deudor es responsable de daños y perjuicios, en caso de contravención*”. La segunda norma prevé que el deudor sólo puede exonerarse por la prueba de una causa extraña no imputable, por lo que a falta de la misma se presume su culpa: “*El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe*”. Exoneración reiterada en el artículo 1272<sup>61</sup> *eiusdem*, que a decir de la doctrina, amén de redundante, deja otras causas excluidas de la norma<sup>62</sup>. Lo cual es intrascendente dado el carácter general de la expresión o el sentido de causa extraña no imputable que incluye sus diversas manifestaciones según indicamos<sup>63</sup>.

La única posibilidad de exoneración del deudor es mediante la prueba de una causa extraña no imputable; de lo que se deduce que el Legislador venezolano presume de manera absoluta la culpa del deudor a partir de la prueba del incumplimiento<sup>64</sup>. Por lo que cuando la obligación no se cumple como se debía, se presume en principio que ello es por culpa del deudor, quien puede probar que el incumplimiento fue motivado por una causa extraña a él; así como el acreedor puede probar que no incumplió por culpa sino dolosamente<sup>65</sup>.

Indicamos que de conformidad con el artículo 1270 del CC la responsabilidad contractual –salvo disposición de las partes en contrario– tiene por patrón de referencia la culpa leve en *abstracto*, a saber, la conducta del *buen padre de familia* o del deudor medio. Cabe recordar sin embargo, a propósito de las obligaciones de hacer, la diferencia entre obligaciones de resultado y obligaciones de medio, porque en las primeras, ante el incumplimiento la culpa se presume de la mera inejecución siguiendo la regla general, en tanto que en las últimas (de diligencia), en que no se ofrece un resultado sino poner todos los medios para tratar de obtenerlo, debe probarse la culpa<sup>66</sup>. Esta última es común en caso de profesionales como el médico y el abogado, aunque respecto de tales se pueden presentar ambas

<sup>61</sup> “*El deudor no está obligado a pagar daños y perjuicios, cuando, a consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, ha dejado de dar o de hacer aquello a que estaba obligado o ha ejecutado lo que estaba prohibido*”.

<sup>62</sup> Véase: MADRID MARTÍNEZ Y ANNICCHIARICO, *ob. cit.*, p. 87.

<sup>63</sup> Véase *supra* tema 7.

<sup>64</sup> Véase: *Ibid.*, p. 88; PIZARRO WILSON, *La responsabilidad contractual en el Derecho chileno...*, p. 220, el CC chileno consagra o contempla una presunción de culpa a partir del incumplimiento contractual.

<sup>65</sup> ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 178.

<sup>66</sup> Véase *supra* tema 5.1.1. Véase: LAGRANGE, *Apuntes...*, tratándose de obligaciones de resultado la culpa se presume; y el deudor tendrá la carga de la prueba de acreditar lo contrario, tendrá que probar el acontecimiento no imputable a su persona que le ha impedido cumplir la obligación. Mientras que tratándose de obligaciones de medio correspondería al acreedor la carga de demostrar que el deudor no se comportó con la prudencia y diligencia debida.

modalidades de obligación<sup>67</sup>. Por lo que la presunción de culpa aplica para las obligaciones de resultado y no para las obligaciones de medio<sup>68</sup>.

De allí que se indique que “en el caso de las obligaciones de hacer, especialmente aquellas en que interviene un profesional, el dominio de la ciencia o la técnica relativa al servicio especializado que se requiera, es superior al de cualquier sujeto no profesional; por ello, ha de exigirse una diligencia conforme a la cual se establece la relación jurídica, considerando siempre la naturaleza de la obligación, las circunstancias personales del profesional y las del lugar y tiempo en que haya de cumplirse la prestación”. Configurándose así el buen padre de familia convertido en el buen profesional, tomándose en cuenta las reglas de la profesión que debe dominar y conocer como profesional medio<sup>69</sup>. Se alude así a la “culpa profesional” que pretende precisar una especie de culpa en el comportamiento de quien desarrolla una cierta actividad sabiendo que carece de una adecuada preparación técnica<sup>70</sup>.

Sin embargo, a decir de Lagrange, no podrá haber sobre esta materia una desviación de los principios normales sobre la administración de la carga de la prueba, ni particularmente de las previsiones que sobre el particular contiene el artículo 1354 CC que alude a la materia probatoria en general, a propósito de la distribución de la carga de la prueba. El incumplimiento doloso, esto es, la prueba de éste le corresponde al acreedor<sup>71</sup>. Hay dolo cuando el deudor transgrede voluntaria y conscientemente la obligación: esa transgresión voluntaria es cosa que no se presume por lo que ha de probarla el que la alegue<sup>72</sup>.

### 2.3. *Que exista un daño resarcible*<sup>73</sup>

<sup>67</sup> Por ejemplo, la redacción de un documento constituiría para el abogado una obligación de resultado en tanto que la tramitación de un juicio se presentaría como una obligación de medio.

<sup>68</sup> MADRID MARTÍNEZ Y ANNICCHIARICO, *ob. cit.*, p. 88. Véase sin embargo: *Ibid.*, p. 99, indican que no se produce la inversión de la carga de la prueba sólo que en las obligaciones de medio la diligencia está *in obligationem*, no así en las de resultado, cuya prestación se limita a la obtención del objetivo prometido; MADRID MARTÍNEZ, *Breves consideraciones...*, p. 516.

<sup>69</sup> MADRID MARTÍNEZ Y ANNICCHIARICO, *ob. cit.*, p. 86.

<sup>70</sup> VISINTINI, *Tratado...*, Vol. 1, p. 267.

<sup>71</sup> Véase: OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 105, el dolo no se presume y por tanto el acreedor que lo alega debe probarlo.

<sup>72</sup> ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 175.

<sup>73</sup> Véase: KUMMEROW, Gert: Esquema del Daño Contractual Resarcible según el Sistema Normativo Venezolano. En: *Indemnización de daños y perjuicios: doctrina, legislación, jurisprudencia*. Caracas, Fabretón, 1998, pp. 261-382; MORELLO, Augusto M.: *Indemnización del Daño Contractual*. Argentina, Librería editora Platense-Abeledo Perrot, 2ª edic., 1974; DIEZ-PICAZO, Luis: *Derecho de Daños*. Madrid, Civitas, 1999; ZANNONI, Eduardo A.: *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires, Astrea, 2ª edic, 1ª reimpression, 1993; MOSSET ITURRASPE, Jorge: *Estudios Sobre Responsabilidad por daños*. Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 1980, Tomo I; ORGAZ, Alfredo: *El daño resarcible (actos ilícitos)*. Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 2ª edic., 1960; ROVELLI, Roberto: *Il risarcimento del danno alla persona*. Torino, Unione Tipografico editrice torinese, seconda edizione, 1965; VISINTINI, Giovanna: *Tratado de la responsabilidad civil. El daño. Otros criterios de imputación. Imputabilidad y causas de justificación. Daño reversible y nexa causal. Responsabilidad por hecho ajeno. Daños derivados de las cosas inanimadas, de los animales, de los productos defectuosos y de la actividad peligrosa*. Buenos Aires, Edit.

### 2.3.1. Necesidad del daño<sup>74</sup>

Para que exista responsabilidad civil derivada del incumplimiento de la obligación, es presupuesto lógico y jurídico indispensable que el incumplimiento haya producido un daño al acreedor.

El daño es sin lugar a dudas el elemento constitutivo por excelencia de la responsabilidad civil; sin daño no hay responsabilidad<sup>75</sup>. Es principio general y necesario, que la responsabilidad supone un daño. Sin éste no hay responsabilidad. El incumplimiento por sí solo no implica la producción de daño<sup>76</sup>.

El daño es una lesión a un interés legítimo<sup>77</sup>. Se trata de toda disminución, detrimento, deterioro, menoscabo o pérdida que sufre una persona en su patrimonio o en su esfera moral. Algunos distinguían el perjuicio como daño indirecto pero eso ya fue superado. “Daño es el menoscabo que a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”<sup>78</sup>.

El daño por tanto es un requisito o presupuesto esencial de la obligación de resarcimiento. Si no hay daño no hay nada que resarcir, y es lógico que así sea pues la responsabilidad lo que tiende es restaurar mediante un equivalente en dinero, el patrimonio del acreedor que se ha visto lesionado en razón del incumplimiento del deudor. Por regla general, el incumplimiento de la obligación produce un daño al acreedor, pero por excepción puede no ser así, es decir, puede acontecer que las circunstancias hayan cambiado de tal manera desde la contratación de la obligación o desde el momento en que la obligación ha debido ser cumplida, que el acreedor haya perdido el interés en el cumplimiento. Y como consecuencia de esa circunstancia no sea perceptible un daño del cual puede hablarse como consecuencia del incumplimiento de la obligación. En esa hipótesis pues no habiendo daño, no hay lugar a responsabilidad y a pesar de que está dado el requisito del incumplimiento culposo o incluso doloso de la obligación, si no es posible descubrir el daño, el deudor no está obligado a responder. Bien raro será que eso ocurra pero no es de descartar que eso llegue a suceder. Por ejemplo: el deudor que se comprometió a llevar una medicina para tal fecha y

---

Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999. Vol. 2, Trad. Aída Kemelmajer de Carlucci; DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen: *Algunas consideraciones en torno al daño como elemento de la responsabilidad civil*. En: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XIX, Chile, 1998, pp. 237-247, <http://www.fondazionegiovannivalcavi.it/.../Sobre-la-previsibilidad-del-dano/>; TAPIAS ROCHA, *ob. cit.*, pp. 230 y 231; PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.*, pp. 785 y 786.

<sup>74</sup> Véase: OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 118, se precisa la necesidad de un perjuicio al acreedor. Se trata de un daño o detrimento que experimenta el acreedor por la inejecución total o parcial, o por la ejecución tardía o defectuosa de la prestación que le es debida; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS y otros, *ob. cit.*, pp. 869-880.

<sup>75</sup> ÁLVAREZ OLALLA, *ob. cit.*, p. 198.

<sup>76</sup> Véase: LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 139.

<sup>77</sup> PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 480.

<sup>78</sup> LARENZ, *ob. cit.*, p. 193.

*antes* de esta murió el paciente o el cantante que debía prestar servicios a una boda que fue cancelada.

### 2.3.2. Clases de daño

El daño puede ser material o patrimonial y también puede ser moral o extrapatrimonial, según se deriva del artículo 1196<sup>79</sup> CC. Norma que aun cuando se ubica entre las normas relativas a la responsabilidad extracontractual tiene un alcance más amplio de carácter general que aplica al incumplimiento contractual<sup>80</sup>. Dicha norma extiende la obligación de indemnizar a todo daño material (patrimonial) o moral (no patrimonial).

Daño material o patrimonial es el que tiene por objeto un interés patrimonial; es la especie más importante del daño privado. Por su parte, el daño moral, extrapatrimonial o no patrimonial es aquel que tiene por objeto un interés no patrimonial del sujeto, el relativo a un derecho no patrimonial.

Hay quienes observan que no es acertado oponer las dos categorías de daño, porque a veces sucede que un daño que recae en un primer momento sobre uno de ellos, tiene repercusiones sobre el otro. Por ejemplo, dándose en un primer término un daño patrimonial y como consecuencia un daño moral; y a la inversa, a veces el hecho dañoso recae en primer término sobre un derecho no patrimonial pero tiene repercusión en el ámbito material. Por eso se propone decir, pero la expresión no cambia de manera importante los conceptos de daño material es el daño que se traduce en una pérdida patrimonialmente valorable, en tanto que el daño no patrimonial no se traduce en una pérdida valorable en dinero.

Con frecuencia –refiere Lagrange– se aprecia que el daño material y el daño moral se verifican conjuntamente como consecuencia de un solo hecho. Pues en efecto, el acto que lesiona un interés relativo a un derecho patrimonial lesiona también un derecho o interés no patrimonial. Así por ejemplo, los bienes patrimoniales si bien están dotados de un valor económico, sin duda, son instrumentos para propiciarse alegrías, o simplemente la tranquilidad de espíritu por la ausencia de preocupaciones financieras. A veces, del perjuicio al patrimonio del sujeto surgen repercusiones en el ámbito no patrimonial o de los sentimientos. No es pues agradable quedar arruinado como consecuencia de un hecho dañoso; quedar arruinado si bien se traduce en la pérdida de bienes materiales; debe admitirse que nadie puede contemplar con impavidez la ruina sin afligirse o preocuparse, lo cual se mueve en el plano de la afectividad y los sentimientos.

Y a la inversa, sucede que a veces el daño recae sobre un derecho no patrimonial del sujeto, como la integridad física y ese daño sin duda repercute sobre la esfera no patrimonial, que trae consigo gasto y pérdida de la utilidad económica. Como por ejemplo cuando una persona queda

---

<sup>79</sup> “La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito”.

<sup>80</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

incapacitada para trabajar o un actor o actriz queda desfigurado. Así el daño que lesiona un derecho no patrimonial produce repercusiones de orden material o patrimonial. Aunque veremos que el daño patrimonial reparable es el directo.

Sin embargo, para Díez-Picazo el daño moral en sentido estricto no tiene lugar cuando la lesión incida sobre bienes económicos, por más que el titular haya experimentado especiales “disgustos”<sup>81</sup>.

### 2.3.3. *El daño material o patrimonial*

El artículo 1273 del CC indica: “*Los daños y perjuicios se deben generalmente al acreedor, por la pérdida que haya sufrido y por la utilidad de que se le haya privado, salvo las modificaciones y excepciones establecidas a continuación.*”

De dicha norma se derivan dos elementos diferentes por los cuales puede estar conformado el daño material a los cuales se hace extensiva la obligación de reparar: El daño emergente y el lucro cesante. De tal suerte, que se presentan dos variantes del daño patrimonial, a saber, el *daño emergente* y el *lucro cesante*<sup>82</sup>. El daño puede diversificarse en una situación de pérdida del patrimonio existente o en la no incorporación de ganancias posibles<sup>83</sup>.

El **daño emergente** constituye un elemento positivo, en expresión del artículo “la pérdida sufrida”. Es la pérdida experimentada por el acreedor derivada inmediatamente del incumplimiento: es la lesión sufrida en virtud de la prestación que no ha sido cumplida. Representa la insatisfacción del acreedor por no haber obtenido la prestación a que tenía derecho.

Por otra parte, se aprecia el **lucro cesante** que constituye un elemento negativo siempre que se configure como un aspecto del daño directo: la utilidad o ganancia dejada de recibir. Constituye la ganancia dejada de percibir, el no aumento del patrimonio del acreedor por habersele privado de un incremento que normalmente hubiere ingresado al patrimonio de no mediar incumplimiento.<sup>84</sup> El lucro cesante es la ganancia dejada de obtener consistente en el acrecentamiento personal que el acreedor verosímilmente hubiera podido obtener según las circunstancias si el deudor hubiera cumplido. Acontece “cuando *no tenga lugar el aumento patrimonial* que se habría producido de no haber sucedido el hecho generador de la

<sup>81</sup> Díez-Picazo, Luis: *Derecho de daños*. Madrid, Civitas, 1999, pp. 328 y 329.

<sup>82</sup> Véase: Casas Rincón, *ob. cit.*, T. II, p. 455, la pérdida sufrida es el *damnum emergens* y la utilidad dejada de percibir es el *lucum cessans*; Martín Pérez, *ob. cit.*, pp. 270, la diferencia parece apuntar a que pertenezca al patrimonio o no pertenezca aún. El daño emergente es el que se refiere al costo de la reparación necesaria de los perjuicios causados. En tanto que la el lucro cesante es el valor o importe de la ganancia, utilidad o interés que se ha dejado de obtener.

<sup>83</sup> Gherzi, *ob. cit.*, p. 440.

<sup>84</sup> Véase: Acedo Penco, *ob. cit.*, pp. 195 y 196, lucro cesante es la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor; y el daño emergente el valor de la pérdida que el acreedor haya sufrido; Lasarte, *ob. cit.*, p. 149.

responsabilidad”<sup>85</sup>. El lucro cesante corresponde a un elemento patrimonial que hubiera llegado a existir en el patrimonio del acreedor si el incumplimiento del deudor no lo hubiera impedido. Algunos lo asocian al “daño futuro” en tanto que para otros no necesariamente coinciden<sup>86</sup>. Se trata de ganancias o utilidades frustradas como consecuencia del daño<sup>87</sup>. Por ejemplo, el taxista o transportista cuyo carro fue destruido o la compra de una mercancía a cierto precio que sería revendida para obtener una ganancia (al no cumplir el deudor el primer suministro el acreedor incumplirá lo que le propondría una ganancia).

Como es natural, el lucro cesante es el elemento que ofrece mayores dificultades de prueba<sup>88</sup> en su determinación y límites. Pero en todo caso no se debe precisar una prueba tan rigurosa matemática e irrefutable sino una ganancia verosímil; la que de ordinario se produciría. Pues las demandas más exageradas tienen su base en un concepto imaginario de ganancias no realizadas, por lo que debe distinguirse los sueños de ganancias del verdadero daño derivado del lucro cesante. La dificultad en su determinación es que jamás puede decirse con seguridad como hubieran ocurrido realmente los hechos sin la realización del suceso en que se basa el deber de indemnizar<sup>89</sup>. Lo que sí se le exigirá al acreedor es la demostración de circunstancias que conduzcan a tener por cierta una probabilidad objetiva y razonable de ganancia que resulte del desenvolvimiento normal de las cosas. No debe confundirse lucro cesante con daño indirecto, esto es, aquel que sale de la órbita de la relación de causalidad y que no es jurídicamente resarcible a tenor del artículo 1275 CC. El lucro cesante por el contrario es un elemento del daño directo y resarcible, un componente de éste.

Se afirma que las dos figuras (daño emergente y lucro cesante) no constituyen criterios para la determinación y la apreciación del daño a los fines

---

<sup>85</sup> LARENZ, *ob. cit.*, p. 207 (cursiva original). Véase: MOISSET DE ESPANÉS, Luis, Guillermo TINTI y Maximiliano CALDERÓN: *Daño emergente y lucro cesante*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar) <<“daño emergente” es, a nuestro entender, el perjuicio efectivo sufrido en el patrimonio de la víctima, que ha perdido un bien o un derecho que ya estaban incorporados a ese patrimonio. El “lucro cesante”, en cambio, contempla la ganancia frustrada, es decir los daños que se producen por la falta de ingreso de determinados bienes o derechos al patrimonio de la víctima, que se ve privada de beneficios que hubiera obtenido>>.

<sup>86</sup> Véase: FACIO, *ob. cit.*, p. 371, nota 105, no comparte que se trate de conceptos equivalentes. Pues señala que ambas nociones si bien se vinculan no coinciden totalmente: todo daño futuro es lucro cesante, pero no todo lucro cesante es daño futuro. Puesto que pueden existir lucros cesantes anteriores a la instauración a la acción de responsabilidad, por ello es erróneo aludir a daño futuro como sinónimo de lucro cesante.

<sup>87</sup> MELICH ORSINI, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, 1994, T. I, p. 344, la cuantía de la indemnización se mide por la mengua o disminución de la capacidad de trabajo, en el caso del daño físico o muerte. Acontece también en caso de atentados a la libertad personal y honor.

<sup>88</sup> Véase: SANTOS GUARDADO, Ana Gabriela: *El juicio de probabilidad en la valoración del lucro cesante por daño físico*. En: Revista Jurídica *Ars Boni et Aequi* Año 11, N<sup>o</sup> 1, Chile, Universidad Bernardo O’ Higgins, Junio 2015, pp. 16 y 17, “el lucro cesante se caracteriza por la dificultad –que no por la imposibilidad– de aportar la prueba de las ganancias dejadas de obtener por el perjudicado.

<sup>89</sup> LARENZ, *ob. cit.*, p. 108.



del resarcimiento; únicamente sirven para identificar los perjuicios como aspectos del daño resarcible. La diferencia entre estos dos elementos del daño estaría en el hecho de que la pérdida sufrida corresponde a la sustracción de una utilidad que ya existía en el patrimonio del damnificado, mientras que el lucro cesante correspondería a nuevas utilidades que el damnificado habría presumiblemente conseguido si no se hubiera verificado el hecho ilícito o el de incumplimiento. Por ejemplo, el valor de la casa destruida por el incendio, del auto destruido por el accidente, la salud de la persona que ha sufrido lesión y debe afrontar gastos médicos son considerados daños emergentes. Mientras que son casos de lucro cesante la falta de percepción de alquileres de la casa que ha quedado inutilizada durante el período necesario para la reconstrucción, la pérdida de la capacidad de producir réditos y por tanto la falta de ganancias que no se conseguirán a causa de la invalidez temporánea o permanente; el denominado daño por la privación del vehículo, que consiste en la pérdida de los negocios y de la utilidad obtenida con ese medio, durante el período necesario para la reparación del automóvil, etcétera<sup>90</sup>.

*El daño indirecto* es difícil de precisar y no es susceptible de reparación, el punto se asocia a la relación de causalidad que veremos en el punto siguiente.

Finalmente caber indicar que la expresión daños y perjuicios utilizada en el foro y por la propia ley en el artículo 1273 CC no presenta mayor análisis porque se presenta en esencia como sinónimos, por lo que rigurosamente hablando se presenta impropia, pleonástica o redundante. Pero constituye una expresión de uso común y corriente. Pudiera decirse –en nuestro criterio– que constituye simplemente una expresión para referirse a la indemnización por daño, bien sea material o moral, o ambos<sup>91</sup>.

#### 2.3.4. *El daño moral*<sup>92</sup>

<sup>90</sup> VISINTINI, *Tratado...*, Vol. 2, p. 206.

<sup>91</sup> LAGRANGE, *Apuntes...* Véase también: CABANELLAS, Guillermo: *Interpretación de Guillermo Cabanellas sobre "Daños y Perjuicios"*. En: *Indemnización de daños y perjuicios: doctrina, legislación, jurisprudencia*. Caracas, Fabretón, 1998, pp. 7-26.

<sup>92</sup> Gran parte de las siguientes ideas son tomadas de las clases del prof. Enrique Lagrange. Véase también: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1.192 al 1.196*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 2010, pp. 371-577; KUMMEROW, Gert; *Balance Crítico de la Responsabilidad del daño no patrimonial*. Valencia, Universidad de Carabobo, Ediciones de la Facultad, 1960; MÉLICH ORSINI, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, T. I, 60-81; PITTIER SUCRE, Emilio: *Reflexiones sobre el daño moral*. En: *El Código Civil Venezolano en los inicios del siglo XXI*. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 621-698; PINTO OLIVEROS, Sheraldine: *Taking personal injury seriously: Luces y sombras en la determinación y cuantificación del daño extrapatrimonial*. En: *Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 29, 2012, pp. 475-499; PADILLA ALFONZO, Adriana: *El daño moral y los elementos que debe seguir el juez para su estimación*. En: *Estudios de Derecho Civil*. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorronzona. Colección Libros Homenaje N° 5. Fernando Parra Aranguren Editor. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. II, pp. 21-32; ORTIZ-ORTIZ, Rafael: *Algunos aspectos sobre el daño moral y la teoría de la responsabilidad civil*. En: *Studia Iuris Civilis*.

a. *Noción*<sup>93</sup>

El daño moral es el que afecta un derecho o un interés no patrimonial del que lo sufre. A tenor del artículo 1196 CC se distingue el daño moral que constituye un sufrimiento de orden espiritual<sup>94</sup> generalmente asociado a la violación de los derechos de la personalidad<sup>95</sup>; es aquel daño que implica una lesión no patrimonial del afectado<sup>96</sup>. Esta última definición permite incluir el perjuicio que puede afectar al ente incorporal, incapaz de padecer “sufrimiento”.

“El daño moral puede afectar una amplísima esfera de valores, muchas veces indefinidos e indefinibles, razón en que se asientan los grandes obstáculos encontrados hasta el presente para la regulación jurídica de estos daños ...los daños morales son todos aquellos que no pueden ser considerados como patrimoniales. En resumen el daño moral es la lesión producida en los sentimientos del hombre que, por su espiritualidad no son susceptibles de valoración económica”<sup>97</sup>.

---

Libro Homenaje a Gert F. Kummerow Aigster. Colección Libros Homenaje N° 16. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, 2004, pp. 415-458; PIETRI, Alejandro: *Consideraciones acerca del Daño Moral*. En: *Indemnización de daños y perjuicios: doctrina, legislación, jurisprudencia*. Caracas, Fabretón, 1998, pp. 27-30; VIELMA MENDOZA, Yoleida: *Discusiones en torno a la reparación del daño moral*. En: DIKAIOSYNE N° 15, Revista del Grupo investigador Logos, Universidad de los Andes, diciembre 2005, pp. 137-156; CORSI, Luis: *La resarcibilidad del daño moral en materia contractual*. En: Libro Homenaje a las X Jornadas “Dr. José Santiago Núñez Aristimuño” Maturín-Edo. Monagas. Valencia-Venezuela-Caracas, Vadell Hermanos Editores/Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, 2000, pp. 17-45; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad...*, ob. cit., pp. 250-284; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *El daño en el Derecho Civil Extrapatrimonial...*, ob. cit., pp. 165-169; MARTÍN PÉREZ, ob. cit., pp. 279-288; MADURO LUYANDO, ob. cit., pp. 143-147; BERNAD MAINAR, ob. cit., T. I, pp. 217-219; OCHOA GÓMEZ, ob. cit., T. I, pp. 147-152; PALACIOS HERRERA, ob. cit., pp. 35-38. Véase en la doctrina extranjera entre otros: BREBBIA, Roberto H.: *El Daño Moral. Doctrina, Legislación y Jurisprudencia*. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1.950; SCOGNAMIGLIO, Renato: *El daño moral (Contribución a la teoría del daño extracontractual)*. Bogotá, Publicación de la Universidad Externado de Colombia, 1962. Traducción y notas de Fernando Hinestroza; SALAZAR VALLEJO, Carolina y María del Pilar GONZÁLEZ PUYANA: *El daño moral*. Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1990 (tesis); CIENFUEGOS SALGADO, David: *Interpretación jurisprudencial de la responsabilidad civil por daño moral*. En: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 9-47, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/.../art1.pdf>; RESTREPO JARAMILLO, Mauricio: *Teoría de la indemnización de perjuicios extrapatrimoniales*, Universidad Pontificia Bolivariana, Facultad de Derecho, Medellín, 2014, <http://repository.upb.edu.co:8080/jspui/bitstream/123456789/1964/1/Trabajo%20de%20grado-MAURICIO%20RESTREPO.pdf>; JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana: *Resarcimiento del daño moral o inmaterial*. Derecho y Cambio Social, <http://www.derechoycambiosocial.com/revista007/dano%20moral.htm>.

<sup>93</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Aproximación...*, pp. 256-261; PITTIER SUCRE, *Reflexiones...*, pp. 632-636.

<sup>94</sup> Véase: TSJ/SCC, Sent. N° 000438 del 22-7-15, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/julio/179858-RC.000438-22715-2015-14-753.HTML>. “Ahora bien, para esta Sala el daño moral es el daño que no recae directamente sobre el patrimonio de una persona, es pues un daño espiritual, inferido en los derechos de la estricta personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afección que de la realidad material y económica.

<sup>95</sup> Véase: PITTIER SUCRE, *Reflexiones...*, pp. 236-239; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Aproximación...*, pp. 250-256; MOISSET DE ESPANÉS, ob. cit., T. III, p. 276, supone un sufrimiento a la persona aunque se menoscabe un derecho de contenido extrapatrimonial.

<sup>96</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Aproximación...*, pp. 256 y 257; ACEDO PENCO, ob. cit., p. 199.

<sup>97</sup> TSJ/SCC, Sent. N° 90 del 13-3-03, <http://www.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Marzo/RC-0090-130303-01468%20.html>.

Vista que buena parte de la doctrina le coloca la nota de “sufrimiento” o afección psíquica, moral, espiritual o emocional<sup>98</sup> ha sido denominado también “precio del dolor” aunque tal expresión es criticada por limitada<sup>99</sup> y porque no es aplicable a las personas incorpóreas por su incapacidad natural de experimentar sufrimiento, pero quienes también pueden experimentar daño moral en aquellos derechos que le sean predicables por su propia naturaleza<sup>100</sup>. Pues por contrapartida también es obvia la responsabilidad de las personas incorpóreas<sup>101</sup>.

Se suele distinguir dos categorías de daño moral: vinculados a un daño material y que podría decirse afecta a la parte social del patrimonio moral de una persona (por ejemplo el que afecta su reputación). También el que recae sobre el aspecto físico de una persona que suele denominarse daño estético (que puede afectar un pianista o un artista). Se pretende sostener que este tipo de daño es más fácil de estimar. Y por otra parte, se distingue una categoría de daño moral que para algunos afecta exclusivamente la parte afectiva o los sentimientos del sujeto. Por ejemplo, el dolor sufrido por la muerte de una persona querida o derivado de un estado de ansiedad o preocupación. Y se pretende decir que éste resulta más difícil de estimar. De allí que se aluda a *precium doloris*. Esa distinción es intrascendente en Venezuela, toda vez que ambos daños son resarcibles<sup>102</sup>. Ambas clases de daño patrimonial y moral son perfectamente compatibles y acumulables<sup>103</sup>. Y así mismo cada uno de ellos puede demandarse por vía autónoma<sup>104</sup>. Por ejemplo, la violación del derecho a la integridad física puede causar gastos materiales (médicos) y a su vez originar un dolor espiritual.<sup>105</sup>

<sup>98</sup> Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 143; MÉLICH ORSINI, José: *Los Elementos de la Responsabilidad Extracontractual por hecho propio*. Caracas, edit. Sucre, 1959, p. 277; CARNEVALI DE CAMACHO, Magaly: *Análisis legislativo, doctrinario y jurisprudencial de la responsabilidad civil extracontractual por hecho ilícito*. Mérida, Universidad de los Andes, 1982, p. 45; DFMSM8, Sent. 17-10-89, J.R.G., T. 90, p. 96.

<sup>99</sup> Véase: BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo: Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del pretium doloris. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35 N° 1, 2008, pp. 85-106.

<sup>100</sup> Véase sobre el tema: CASADO ANDRÉS, Blanca: *El daño moral en las personas jurídicas*. <http://noticias.juridicas.com/articulos/45...Civil/201203-3215416664221.htm>; RÍOS ERAZO, Ignacio y Rodrigo SILVA, GONÍ: *Daño moral a la persona jurídica ¿qué ha dicho nuestra jurisprudencia?*. En: REJ Revista de Estudios de la Justicia N° 18, 2013, pp. 111-133, <http://www.rej.uchile.cl/index.php/RECE/article/download/29920/31698>; BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo: *Negación de daños morales a una persona jurídica en materia contractual*. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34 N° 1, 2007, pp. 135-138, [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=So718](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So718); MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Daño moral y personas jurídicas*. En: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-7, [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar). Véase también: BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo: *Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del pretium doloris*. En: *Revista Chilena de Derecho* Vol. 35, N° 1, 2008, pp. 85-106, [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=So718](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So718).

<sup>101</sup> Véase: MADURO, *ob. cit.*, pp. 171 y 172.

<sup>102</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>103</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Aproximación...*, p. 251.

<sup>104</sup> Véase: DFMIC6, Sent. 2-7-68, J.T.R., Vol. XVI, 1968, pp. 155-158.

<sup>105</sup> Véase: ROVELLI, Roberto: *Il risarcimento del danno alla persona*. Torino, Unione Tipografico editrice torinese, seconda edizione, 1965, pp. 6 y 7: la integridad psicofísica puede ocasionar un daño

### b. *Antecedentes*<sup>106</sup>

Antes del CC de 1942 no existía en Venezuela una norma que consagrara la resarcibilidad del daño moral. La norma del artículo 1196 del CC es una copia fiel del artículo 85 del Proyecto Franco Italiano de las Obligaciones de 1927. Pero admite Lagrange que sin embargo, antes de 1942 se produjeron algunas decisiones de instancia e inclusive de la Alta Corte Federal y de Casación favorables a la posibilidad de admitir la reparación del daño moral. La Reforma del CC de 1982 no afectó la parte del Derecho de Obligaciones y por ende no alteró la norma en comentarios<sup>107</sup>.

### c. *Denominación*<sup>108</sup>

El término “daño moral” ha sido criticado por la doctrina, señalándose que más bien debiera hablarse de daño “*no patrimonial*”<sup>109</sup> pues sugiere mejor todas las formas adoptadas por este tipo de perjuicio<sup>110</sup>. Rovelli se inclina por la equivalencia de términos al referirse a daño no patrimonial o moral<sup>111</sup>.

El daño moral en sentido propio, es el que llaman puro pues el daño con repercusión el patrimonio es un daño patrimonial indirecto.<sup>112</sup> Pero como hemos reiterado, los términos no son determinantes pues el nombre no hace al concepto<sup>113</sup> y la expresión “daño moral” es unánimemente utilizada por la doctrina, legislación y jurisprudencia<sup>114</sup>. Al margen de la denominación, los términos utilizados denotan que se trata de un perjuicio que atañe a lo no patrimonial<sup>115</sup>.

---

patrimonial o no patrimonial. Véase sobre la responsabilidad civil en materia de derechos de la personalidad: WELL, Alex y Francois TERRÉ: *Droit Civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*. Paris, Précis Dalloz, quatrième édition, 1978, pp. 38-41.

<sup>106</sup> Véase: PITTIER SUCRE, *Reflexiones...*, pp. 325-331; *Código Civil de Venezuela, Artículos 1192 a 1196...*, pp. 374 y 375.

<sup>107</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>108</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Aproximación...*, pp. 258 y 259.

<sup>109</sup> Véase: PITTIER SUCRE, *Reflexiones...*, pp. 639-641; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 36; PEIRANO FACIO, Jorge: *Responsabilidad Extracontractual*. Bogotá, Edit. Temis, 1981, pp. 377-379; RAVAZZONI, Alberto: *La riparazione del danno non patrimoniale*. Milano, Università di Parma, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza N° 12, Dott. A. Giuffrè Editore, 1962, p. 81; PARADISO, Massimo: *Il danno alla persona*. Milano, Università di Catania, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Dott. A. Giuffrè Editore, 1981, p. 48; VISINTINI, *Tratado...*, Vol. 2, pp. 224-252.

<sup>110</sup> KUMMEROW, Gert: *Balance Crítico...*

<sup>111</sup> ROVELLI, *ob. cit.*, p. 619.

<sup>112</sup> ORGAZ, Alfredo: *El daño resarcible (actos ilícitos)*. Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 2ª edic., 1960, pp. 22 y 224.

<sup>113</sup> Véase: CORIOLANO, F.L: *El hábito no hace al monje ni el nombre al concepto*. En: Notario del siglo XXI, Revista on line del Colegio Notarial de Madrid, N° 26, julio-agosto 2009, [http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=1944&seccion\\_ver=0](http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=1944&seccion_ver=0).

<sup>114</sup> PITTIER SUCRE, *Reflexiones...*, p. 641.

<sup>115</sup> Véase: TSJ/SCC, Sent. 0090 del 13-3-03. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/marzo/rc-0090-130303-01468%20.htm> “Algunos doctrinarios denominan al daño moral como el ‘daño no patrimonial’ o ‘daño inmaterial’, o bien ‘daño no económico o extrapatrimonial’, pero en el fondo todos tienen un denominador común, y es que este excede de la esfera de lo pecuniario.

#### d. *Resarcibilidad*<sup>116</sup>

Se discutía antiguamente que el daño moral no debía ser reparado porque el dinero no puede hacer desaparecer el perjuicio moral, pero a efecto se respondía que ello parte de una premisa falsa y es pretender que la responsabilidad civil tenga por objeto eliminar o borrar el perjuicio causado. Ondeí afirma que en rigor lógico el daño extrapatrimonial debería considerarse patrimonialmente inestimable.<sup>117</sup> Así, en Colombia una vieja sentencia señalaba que “las lesiones al honor no se tapan con pesos y que la ley al referirse a daño se refiere al material”<sup>118</sup>. Y por ejemplo, en materia de daño material procede la reparación no obstante que la situación no pueda ser restablecida (ejemplo, la destrucción de una obra). Y lo mismo aplica para el daño moral, y por otra parte, debe admitirse que el dinero sirve para propiciarse satisfacciones materiales y también de orden espiritual y de alguna manera compensar el daño sufrido aunque no pueda ser borrado. El dinero es un medio de obtener contentamiento, goces y distracciones, para restablecer el equilibrio frente al desequilibrio producido por el ataque a los bienes inmateriales o extrapatrimoniales, y por ello el dinero puede servir como adecuada compensación de los sufrimientos psíquicos del lesionado<sup>119</sup>.

Se trata simplemente de un subrogado, que lo reintegra del daño mismo o lo distrae<sup>120</sup>. En definitiva toda clase de perjuicios hasta el moral aunque no sea susceptible de exacta valuación en dinero justifica una acción judicial. Parecería aún más chocante que ninguna reparación viniese a compensar la pérdida. A falta de cosa mejor, el dinero sirve en esta vida, para curar muchas heridas y sufrimientos<sup>121</sup>. El llamado precio del dolor es un medio inevitable, necesario y absolutamente equitativo<sup>122</sup>. La imposibilidad de borrar el perjuicio no es óbice a procedencia de la respectiva indemnización.

Ha asomado también el criterio de la pena, pues según hemos referido, a la responsabilidad se le podría atribuir, amén de un sentido compensatorio otro preventivo. Para algunos la reparación por daño moral, pudiera constituir también una pena, porque el ser humano también se conforta por el hecho de que su agresor haya sido condenado. Por lo que para algunos la idea de satisfacción y pena pueden coexistir y no se contraponen<sup>123</sup>. Se

<sup>116</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Aproximación...*, pp. 261-268.

<sup>117</sup> ONDEI, Emilio: *Le persone fisiche e I diritti della personalità*. Torino, Giurisprudenza sistematica Civile e Commerciale Diretta da Walter Bigiavi, Unione Tipografico-editrice Torinese, 1965, p. 428.

<sup>118</sup> PEIRANO FACIO, *ob. cit.*, 391.

<sup>119</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge: *Estudios sobre Responsabilidad por daños*. Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 1980, Tomo I, pp. 184 y 230.

<sup>120</sup> MESSINEO, *ob. cit.*, T. VI, p. 566.

<sup>121</sup> COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H.: *Curso Elemental de Derecho Civil*. Madrid, Instituto Editorial Reus, 2ª edic, 1943, Tomo III, p. 818.

<sup>122</sup> CIFUENTES, *Derechos...*, p. 623.

<sup>123</sup> FUEYO LANERI, Fernando: *De nuevo sobre el daño extrapatrimonial y su resarcibilidad*. Mérida, Universidad de los Andes, Centro de Jurisprudencia, Colección Justicia et jus, Sección Investigaciones N° 8, 1972, pp. 56 y 57.

ha dicho en este sentido que otorgarle al daño moral el carácter de pena es regresar a estados primitivos del derecho,<sup>124</sup> pues la indemnización no tiene carácter punitivo<sup>125</sup>. El daño derivado de una ofensa a los derechos de la personalidad es patrimonialmente inestimable y existe no a título de sanción sino de compensación<sup>126</sup>. Se afirma que no se trata de poner “precio” al dolor o los sentimientos pues nada de esto puede tener equivalencia en dinero, sino de suministrar una compensación a quien ha sido injustamente herido en sus afecciones íntimas<sup>127</sup>. De allí que se señale que los daños morales no son resarcibles, sino solo en algún modo “compensables”<sup>128</sup>.

Ya no tiene sentido plantearse si el daño moral ha de ser indemnizado; hoy es una realidad fruto de una evolución difícil de cuestionar. Actualmente está universalmente aceptada la indemnización por daño moral<sup>129</sup>.

#### e. Estimación<sup>130</sup>

No existe una forma de cuantificar un daño que es por definición incuantificable, pero ello en modo alguno puede constituir óbice para negar una indemnización traducida en dinero como única compensación posible al perjuicio ocasionado a cualquiera de los derechos personalísimos<sup>131</sup>. Se trata de un asunto que debe considerarse con cautela a fin de evitar un desbordamiento en sumas impredecibles<sup>132</sup>. La jurisprudencia colombiana ha descartado al efecto la prueba pericial para fijar el *quantum* pues supondría la existencia de una especie de “dolorímetro” según lo expresó la Corte en sentencia de casación civil del 30 de marzo de 1951<sup>133</sup>, por lo que se descarta igualmente la posibilidad de una experticia complementaria del fallo (CPC, art. 249 y 250) en este sentido<sup>134</sup>.

<sup>124</sup> SALAZAR VALLEJO y GONZÁLEZ PUYANA, *ob. cit.*, p. 101; ORGAZ, *El daño...*, p. 230.

<sup>125</sup> PITTIER SUCRE, *Reflexiones...*, pp. 642-644.

<sup>126</sup> ONDEI, *ob. cit.*, p. 430.

<sup>127</sup> ORGAZ, *El daño...*, p. 226.

<sup>128</sup> LASARTE, *Derecho...* p. 269; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: *Responsabilidad Civil y otros estudios. Doctrina y Comentarios de Jurisprudencia*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, T. IV, p. 42, cumple una función de reparación compensatoria y en modo alguno de equivalencia de un daño; NAVEIRA, Maita: *La valoración del daño resarcible*. En: Anuario da Facultade de Dereito, p. 613, <http://ruc.udc.es/bitstream/2183/2273/1/AD-7-32.pdf>.

<sup>129</sup> MARTÍN PÉREZ, *ob. cit.*, p. 280.

<sup>130</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Aproximación...*, pp. 265-268.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 268.

<sup>132</sup> NAVIA ARROYO, Felipe: *Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?* Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2000 p. 30.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 29; TSJ/SCC, Sent. N° 000438 del 22-7-15, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/julio/179858-RC.000438-22715-2015-14-753.HTML> “ningún auxiliar o medio probatorio puede determinar a ciencia cierta cuánto sufrimiento o cuánto dolor padeció el agraviado o en qué medida se vio afectado su honor o prestigio”.

<sup>134</sup> PITTIER SUCRE, *Reflexiones...*, pp. 673 y 674.

Se admite que la indemnización por concepto de daño moral será fijada discrecionalmente por el juez<sup>135</sup>, lo cual a su vez, también ha sido criticado por considerar delicada la labor de colocarle un precio al dolor. La gran dificultad práctica en materia de daño moral es la de establecer un criterio que permita calcular con exactitud el valor de la indemnización. Se afirma que la dificultad en la estimación que ciertamente tendrá el Juzgador no es exclusiva del daño moral y por tal no es motivo para negar su procedencia. Por ello, en cuanto al argumento de la dificultad del Juez en su fijación, se contesta que ello no es privativo o exclusivo del daño moral sino también en casos de daño material, como la destrucción de un vehículo que ya no existe en el mercado.

Y así la doctrina francesa afirma acertadamente que “es cierto que los jueces deberán conceder algunas sumas más o menos importantes según las circunstancias. La evaluación del perjuicio moral será, desde luego, muy delicada siempre. Pero, a diario, los jueces se encuentran ante las mismas dificultades no sólo cuando pronuncian una condena penal, sino cuando ordenan la reparación de un perjuicio material. El perjuicio material suele ser tan enojoso de estimar como el moral; porque el juez no ha de tener solamente en cuenta el valor que representaba para la víctima; el daño se evalúa a través de la víctima. ¿Eso les impide fallar a los jueces? Y, si hay lugar para su arbitrariedad, ¿quién puede quejarse por ello?”<sup>136</sup>.

Sin lugar a dudas, constituye la cuantificación del daño moral una de las cuestiones más difíciles de considerar dentro del ámbito de la responsabilidad civil, por ello algunas legislaciones han establecido “baremos”<sup>137</sup>. La noción de daño moral enfrenta un severo problema de acreditación y de justificación de los montos fijados<sup>138</sup>. En todo caso, la doctrina recomienda describir con los mayores detalles posibles el daño sufrido porque tales circunstancias podrán influir en la cuantía de indemnización por el Juez<sup>139</sup>.

Se afirma entonces que la apreciación que haga el juez por daño moral es una facultad discrecional<sup>140</sup>, del resorte exclusivo del juez de

<sup>135</sup> *Ibid.*, p. 669, sería completamente inútil tratar de probar el monto en dinero del daño moral.

<sup>136</sup> MAZEAUD, Henri, LEON y André TUNC: *Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil delictual y contractual*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, Tomo I, Vol. I, p. 441.

<sup>137</sup> Véase: MARTÍNEZ RAVE, *ob. cit.*, pp. 178 y 179; MARTÍN PÉREZ, *ob. cit.*, p. 284.

<sup>138</sup> MONTERO, Marcelo: *Responsabilidad civil y daño moral*, p. 23, <http://www.udp.cl> concluye el autor que es urgente repensar la noción de daño moral, toda vez que es una puerta abierta a la arbitrariedad, pues no permite ponderar los criterios judiciales que determinan el monto de una indemnización.

<sup>139</sup> PITTIER SUCRE, *Reflexiones...*, p. 668.

<sup>140</sup> Afirmaba LAGRANGE (*Apuntes...*) que la discrecionalidad toca lo atinente al monto más no al daño en sí mismo el cual deberá conceder si está debidamente acreditado. El artículo 1196 CC es ciertamente de carácter enunciativo según se deriva de la propia redacción de la norma “... se extiende a todo daño...”. Y aunque la norma utilice la expresión “... el juez puede...” ello no indica que sea meramente facultativo para el Juez si el daño ha sido probado. El Juez tiene el deber de acordar la reparación si el daño ha sido probado. La expresión “puede” ha de entenderse simplemente en el sentido de

mérito<sup>141</sup>. Sin embargo, no es cierto que los jueces no estén sometidos prácticamente a ninguna restricción, pues ello sería contrario a la letra y al espíritu del texto legal. En todo caso, debe existir correlación entre las cantidades acordadas y la lesión sufrida por la víctima.<sup>142</sup>

Pero si bien el Juez es discrecional<sup>143</sup> en la fijación del monto acordado, ello debe responder a ciertos parámetros que la doctrina<sup>144</sup> y la jurisprudencia<sup>145</sup> tratan de precisar. Por lo que la discrecionalidad del Juez viene limitada por la motivación y más precisamente por los criterios tomados en cuenta a fin de llegar al monto condenado por daño moral.

De allí que existe jurisprudencia reiterada que indica que el Juez debe como parte de la motivación de la sentencia, referir los parámetros considerados a los fines del daño moral. Entre tales, casación ha indicado: la entidad e importancia del daño, el grado de culpabilidad del agente, la conducta de la víctima, la posición económica del reclamante, la capacidad económica del accionado, atenuantes, etc.<sup>146</sup>. En todo caso, la omisión de tales parámetros constituye inmotivación de la sentencia porque no le permite al justiciable conocer los criterios que le impone una condena

que el Juez tiene un criterio soberano de apreciación en cuanto a la determinación del monto o *quantum* que acuerde a título de reparación, siempre que no exceda el límite solicitado por el actor.

<sup>141</sup> CSJ/Cas, Sent. 29-9-88, J.R.G., T. 105, p. 440. Véase igualmente: TSJ/SCC, Sent. N° 278 del 10-8-00, En: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Agosto/R.C.%20278%20100800%2009-896.htm>.

<sup>142</sup> ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo: *La función...*, ob. cit., p. 388.

<sup>143</sup> Véase: TSJ/SCC, Sent. N° 00265 del 31-3-04.

<sup>144</sup> Véase: PITTIER SUCRE, *Reflexiones...*, pp. 677-690; PADILLA ALFONZO, ob. cit., pp. 21-32; PINTO OLIVEROS, *Taking...*, pp. 488-492; PÉREZ RETAMAL, Doris y Claudia CASTILLO PINAUD: *Determinación del quantum indemnizatorio por daño moral en la jurisprudencia*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, julio 2012, [http://www.tesis.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112879/de-perez\\_d.pdf?...1](http://www.tesis.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112879/de-perez_d.pdf?...1); BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit., T. IV, p. 43; ALBALADEJO, ob. cit., p. 976.

<sup>145</sup> Véase: CSJ/SCMT, Sent. 12-12-95, Jurisprudencia Oscar Pierre Tapia (O.P.T.), Cas. Dic. 95, p. 214, una vez demostrado el hecho ilícito, la fijación del daño moral quedará al criterio subjetivo del juez, quien **deberá exponer en el fallo las razones que tiene para estimarlo** (destacado nuestro).

<sup>146</sup> Véase: TSJ/SCS, Sent. N° 144 de 7-3-02 (Caso Francisco Tesorero Yañez contra Hilados Flexilón); TSJ/SCS, Sent. 1059 de 1-7-09; TSJ/SCS, Sent. N° 144 de 7-3-02; TSJ/SCS, Sent. 1059 del 1-7-09; TSJ/SCC, Sent. N° 00234 del 4-5-09 (Exxon Mobil), "1. La importancia del daño. 2. El grado de culpabilidad del autor. 3. La conducta de la víctima, sin cuya acción no se hubiera producido el daño. 4. La llamada escala de los sufrimientos morales, valorándolos, pues no todos tienen la misma intensidad, por las distintas razones que puedan influir en ellos, para llegar a una indemnización razonable, equitativa, humanamente aceptable. 5. El alcance de la indemnización, y 6. Los pormenores y circunstancias que influyeron en su ánimo para fijar el monto de la indemnización por daño moral"; TSJ/SCC, Sent. N° 00585 de 31-7-07; TSJ/SCC, Sent. N° 313 del 12-6-13 [www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/.../RC.000313-12613-2013-13-032.HTM](http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/.../RC.000313-12613-2013-13-032.HTM); TSJ/SCC, Sent. 114 de 12-3-09, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Marzo/RC.00114-12309-2009-07-819.html> "La facultad discrecional del juez de determinar el daño moral, no escapa al deber de expresar fundamentos lógicos para determinarla"; TSJ/SCC, Sent. N° 000105 21-4-10, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/abril/rc.000105-21410-2010-09-607.html>; TSJ/SCC, Sent. 000462 del 3-7-13, <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scc/julio/RC.000462-30713-2013-13-287.html>.



por daño moral<sup>147</sup>, y la motivación del daño moral constituye parte de la tutela judicial efectiva<sup>148</sup> y el debido proceso. Ello se extiende ciertamente al Juez Superior o de Alzada<sup>149</sup>. La doctrina insiste que la necesidad de la motivación del daño moral es una garantía, a fin de no disfrazar el daño moral, ante la imposibilidad de probar el daño material<sup>150</sup>.

Y también se han referido *mutatis mutandi* algunos parámetros a considerar respecto de la estimación del daño moral de los entes incorporeales, dada la imposibilidad de tales de experimentar propiamente “dolor”, por lo que ya no se alude a una pretendida “escala de sufrimientos morales”, sino a otros criterios más objetivos<sup>151</sup>.

El daño moral deberá ser alegado<sup>152</sup> y la víctima deberá solicitar la cantidad que considere pertinente; el Juzgador no se verá limitado por el monto de dicha petición, en función de su discrecionalidad. No obstante, ante la posición que sostiene que el juez no puede conceder un monto mayor que el solicitado porque ello sería *ultrapetita*<sup>153</sup>, es que se aprecia en la práctica que las sumas requeridas por concepto de daño moral son exorbitantes,

<sup>147</sup> Véase: TSJ/ SCC, Sent. 313 del 12-6-13; TSJ/ SCC, Sent. N° 00585 de 31-7-07; TSJ/SCC, Sent. N° 000164 de 7-4-11, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Abril/RC.000164-7411-2011-10-697.html>.

<sup>148</sup> TSJ/SCC, Sent. N° 000105 de 21-4-10.

<sup>149</sup> TSJ/SCC, Sent. 164 del 7-4-11, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/abril/RC.000164-7411-2011-10-697.HT>. El juez superior se limitó a reproducir la condena del Juez de Primera Instancia, sin aportar un criterio propio que permita entender el motivo por el cual condenó a pagar esa cifra.

<sup>150</sup> Véase: GÓMEZ POMAR, Fernando: *Daño moral*. En: InDret, 1/00, [http://www.indret.com/pdf/006\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/006_es.pdf), “El enmascaramiento de daños patrimoniales bajo la rúbrica de daños morales imposibilita todo control externo de los criterios jurisprudenciales de cuantificación de los daños”; DIEZ-PICAZO, *Derecho de daños...*, p. 324 “Hemos visto también las dificultades que la admisibilidad del daño moral suscita sobre todo en punto de arbitrariedad que siempre existe en su cuantificación así como en la utilización que a veces se hace de este concepto para indemnizar daños de difícil prueba o para establecer indebidamente daños larvadamente punitivos”.

<sup>151</sup> TSJ/SCC, Sent. N° 000315 de 12-6-13, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Junio/RC.000315-12613-2013-12-734.html> “El daño extrapatrimonial en las personas jurídicas que origina el daño moral, ocurre cuando se ha visto afectada su reputación, nombre, imagen, marca y/o fama de sus productos o servicios. Por tal razón, los supuestos establecidos para cuantificar el daño tienen que estar relacionados con los perjuicios causados por el hecho ilícito. En tal sentido, el juez al establecer los parámetros para la cuantificación del monto deberá considerar: 1) La fama del producto, marca, imagen, signo o servicio que tuvo el ente moral o su producto o servicio antes del hecho ilícito y la que tiene después de la ocurrencia del hecho ilícito; 2) La transcendencia que tuvo en el consumidor y/o clientes en el mercado del lugar donde ocurrió o se difundió el hecho ilícito y sus consecuencias actuales; y 3) Cualquier otro señalamiento que considere para establecer la escala de valores que tomó en cuenta para determinar la indemnización del daño, de manera que exista una relación lógica entre daño extrapatrimonial y la indemnización establecida por el Juez”. TSJ/SCS, Sent. N° 1166 del 9-8-05, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/agosto/1166-090805-05182.HTM>; Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del área Metropolitana de Caracas, Sent. 21-2-08, Exp. 14.687, <http://cfr.tsj.gov.ve/decisiones/2008/febrero/2119-21-14.687-.html>.

<sup>152</sup> En nuestro criterio el juzgador *no puede acordar un daño moral no solicitado* porque además de incurrir en *extrapetita* podría violentar el derecho a la defensa de la parte demandada, en razón de que según veremos es posible excepcionalmente desvirtuar la presunción de sufrimiento del actor. Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Aproximación...*, pp. 266 y 267; PITTIER SUCRE, *Reflexiones...*, pp. 666 y 667.

<sup>153</sup> Véase: PITTIER SUCRE, *Reflexiones...*, pp. 676 y 677; LAGRANGE, *Apuntes...*

porque el actor dado el límite del principio dispositivo que algunos sostienen, prefiere pecar por exceso que por defecto, pues su petición marcaría el límite del *quantum* que otorga el juzgador. Así pues, el daño moral debe ser alegado y el juez deberá decidir conforme a lo alegado<sup>154</sup>.

Se ha indicado que en materia de daño moral no procede la indexación o corrección monetaria en virtud de la discrecionalidad del juzgador a la hora de cuantificar el monto del mismo, lo que permite una suerte de actualización<sup>155</sup>. Sin embargo, señaló la Sala de Casación Social en alguna oportunidad, en forma acertada, a nuestro juicio, que sí procedía la indexación del monto asignado por concepto de daño moral desde la fecha de la sentencia hasta el momento definitivo del pago. Es decir, por el tiempo que el condenado se tarde en pagar, una vez establecida la cantidad correspondiente al daño moral<sup>156</sup>.

Criterio que parece haber quedado reducido al ámbito laboral, adaptado a su vez a la posterior normativa<sup>157</sup>.

#### f. *Ámbito*<sup>158</sup>

Se plantea la discusión si procede el daño moral en materia contractual, es decir, del incumplimiento de una obligación derivada del contrato<sup>159</sup>. Generalmente en el ámbito contractual también se admite la resarcibili-

<sup>154</sup> Véase: ACEDO SUCRE, *La función...*, p. 388, cita la opinión de Enrique Lagrange, quien considera que el juez no puede acordar la reparación del daño moral no alegado. Acordar reparación de un daño moral no alegado o distingo del alegado, es incurrir en *extrapetita*, como sería *ultrapetita*, acordar reparación de un daño moral alegado, pero por una suma mayor a la pedida. Véase también: TSJ/SC, Sent. 24-4-00, J.R.G., T. 164, pp. 614-617, se incurre en *ultrapetita* al conceder más de lo que el demandante pidió por daño moral. Véase sin embargo: CSJ/Cas., Sent. 10-6-98, J.R.G., T. 147, pp. 601 y 602, indica que el juez puede exceder el monto pedido por el actor en el libelo por ser discrecional en la fijación del monto del daño moral (publicada también en: O.P.T., mayo/junio 98 Cas., pp. 143 y 144); CSJ/Cas., Sent. 25-10-84, J.R.G., T. 88, pp. 582 y 583. Véase también: DFMSCMT2, Sent. 12-8-93, J.R.G., T. 126, p. 22, otorgar un monto menor al solicitado no supone que no haya un vencimiento total a los efectos de las costas pues el juez es discrecional en la fijación de la cantidad; PITTIER SUCRE, *Reflexiones...*, pp. 668 y 669, se precisa estimar la cuantía de la demanda por daño moral y el demandado podrá contradecir la estimación hecha por el actor.

<sup>155</sup> TSJ/SCC, Sent. N° 00020 de 9-2-15, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/174077-RC.000020-9215-2015-14-393.HTML>.

<sup>156</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Comentarios a la sentencia el 17-5-2000 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Especial referencia al daño moral y la indexación. (Caso Tesorero Yáñez contra Hilados Flexilón S.A.)*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 119, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2000, pp. 222-225. Dicho estudio comenta la sentencia N° 116 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 17-5-00 que asume este criterio. Véase dicha sentencia en: J.R.G., T. 165, pp. 733-744; Juzgado Quinto de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 19-10-10, Exp. SP01-L-2010-000604, <http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2010/octubre/2288-19-SP01-L-2010-000604.html> "Se ordena la indexación del monto condenado por daño moral desde la publicación del fallo hasta su ejecución".

<sup>157</sup> Véase: TSJ/SCS, Sent. 0161 de 2-3-09, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/Marzo/0161-2309-2009-07-2156.html>; TSJ/SConst., Sent. 1096 de 13-7-11, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1096-13711-2011-10-0727.html>.

<sup>158</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Aproximación...*, pp. 268-271.

<sup>159</sup> Véase: CORSI, *La resarcibilidad del daño moral en materia contractual...* pp. 17-45.

dad del daño moral<sup>160</sup> y la jurisprudencia se ha pronunciado al respecto<sup>161</sup>. En doctrina universalmente existe cierto consenso que no existe ninguna razón de orden jurídico para negar tal reparación. El incumplimiento de una obligación bien puede generar daño moral además del daño material<sup>162</sup>.

Sin embargo, cierto sector de la doctrina<sup>163</sup> y jurisprudencia venezolana pretende negar la reparación del daño moral en materia contractual<sup>164</sup> con el argumento, por lo demás débil, que el artículo 1196 CC está ubicado entre las normas de responsabilidad extracontractual. Y la verdad para negarlo debería existir una norma que lo excluyera expresamente en materia contractual. Lagrange planteaba varios ejemplos que hacen evidente la procedencia del daño moral en materia contractual: \*alguien llega a un hospital y sufre daños producto de la negligencia del médico, nadie duda de la reparación del daño en la situación extracontractual; una persona contrata los servicios de un médico para una intervención quirúrgica en que igualmente se propicia daño por impericia del médico como en el otro supuesto, es ilógico negar a la víctima el daño moral por derivar de un contrato... Los ejemplos evidencian en acertada opinión de Lagrange que no tiene sentido sostener que en materia contractual no procede daño moral, a diferencia extracontractual, sin norma que lo justifique. \*Una persona visita la casa de otra, se derrumba el techo y el visitante muere, ciertamente procede el daño moral de los familiares de la víctima; pero resulta que se plantea el mismo ejemplo pero en una casa arrendada y entre los muertos está el hijo del arrendatario, según algunos no procedería daño moral por tratarse de una relación contractual. \*Una persona contrata los servicios de

<sup>160</sup> Véase: LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 138; ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 199, no se adivinan obstáculos sólidos para fundamentar su exclusión; MOISSET DE SPANÉS, *ob. cit.*, T. III, pp. 288 y ss.; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Aproximación...*, pp. 268-271; LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>161</sup> Véase: TSJ/SCC, Sent. 000176 del 20-5-10, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/sc/Mayo/RC.000176-20510-2010-06-451.html> "Como puede observarse de los precedentes criterios doctrinarios y jurisprudenciales parcialmente transcritos, la imposibilidad de solicitar los daños morales como consecuencia del incumplimiento contractual es una tesis superada, pues la tendencia actual es la resarcibilidad del daño moral en materia obligacional, siempre que se verifiquen determinadas circunstancias y condiciones, lo cual habrá que establecer en cada caso en concreto". Véase también: DFMSCM1, Sent. 3-2-88, J.R.G., T. 103, p. 32. En el mismo sentido: CSJ/Cas, Sent. 25-6-81, J.R.G., T. 73, p. 563 y DFMSCM1, Sent. 12-11-84, T. 88, pp. 22-26; DFMSCM1, Sent. 3-2-88, J.R.G., T. 103, p. 32; CSJ/SCMT, Sent. 5-5-88, J.R.G., T. 104, p. 460; DFMSCM3, Sent. 31-1-90, J.R.G., T. 111, pp. 37-40. Véase en sentido contrario: Juez Accidental del Tribunal de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del estado Amazonas, Sent. 31-10-06, <http://amazonas.tsj.gov.ve/decisiones/2006/octubre/337-31-03-5924.html>.

<sup>162</sup> Véase: FUEYO LANERI, *Instituciones de Derecho Civil*, p. 68, el daño moral es indemnizable también en lo contractual; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Comentarios...*, p. 212.

<sup>163</sup> Véase: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, p. 219; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, pp. 150 y 151.

<sup>164</sup> Véase en este sentido: TSJ/SCC, Sent. N° 000644 de 22-10-14, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/sc/octubre/170520-RC.000644-221014-2014-14-173.HTML> y que "...el daño moral solo está contemplado en nuestra legislación en la responsabilidad por hecho ilícito...", como lo consagra el artículo 1.196 del Código Civil; CSJ/Cas. Sent. 24-3-83, J.R.G., T. 81, pp. 432 y 433; DFMSCM8, Sent. 18-4-85, J.R.G., T. 90, pp. 129 y 130; CSJ/Cas., Sent. 12-11-86, J.R.G., T. 97, p. 321; DFMSCM7, Sent. 16-1-92, J.R.G., T. 120, p. 71; AMSCM7, Sent. 5-11-93, J.R.G., T. 127, p. 23; AMSCM6, Sent. 10-1-94, JPT/TUI, enero 94, pp. 116 y 117.

transporte para que lo lleve a un lugar pero por negligencia muere o resulta lesionado; mientras que en un caso de transporte benévolo<sup>165</sup> o por cortesía si acontece lo mismo, algunos admiten la reparación del daño moral por ser extracontractual y la niegan en el transporte por contrato. Los ejemplos evidencian en acertada opinión de Lagrange que se sostenga que en materia contractual no procede daño moral, a diferencia extracontractual, sin norma que lo justifique<sup>166</sup>.

Por lo que en puridad de principios no hay ninguna razón para pensar que el daño moral no sea resarcible en materia contractual, en materia de responsabilidad de resarcimiento de una obligación<sup>167</sup>. Casación se ha mostrado favorable a la reparación del daño moral en materia contractual: *“la imposibilidad de solicitar los daños morales como consecuencia del incumplimiento contractual es una tesis superada, pues la tendencia actual es la resarcibilidad del daño moral en materia obligacional, siempre que se verifiquen determinadas circunstancias y condiciones, lo cual habrá que establecer en cada caso en concreto”*<sup>168</sup>.

#### g. Prueba<sup>169</sup>

Si bien algunos señalan la necesidad de prueba del daño moral<sup>170</sup>, la tendencia más generalizada sostiene que la prueba del daño moral se desprende *in re ipsa* del propio hecho generador y por tal no ha de ser propiamente probado<sup>171</sup>. Es lógico que la violación de los derechos de la personalidad

<sup>165</sup> Véase: BUSTAMANTE ALSINA, *ob. cit.*, T. III, pp. 156 y 157, según indica Trigo Represas existe transporte benévolo cuando el conductor, dueño o guardián del vehículo consiente en llevar a otra persona por acto de mera cortesía, con la intención de hacer un favor y sin que el viajero se encuentre obligado a efectuar contraprestación alguna por dicho transporte”. Es decir, que si ha habido un mutuo consentimiento para emprender el viaje, no ha habido en cambio para obligarse uno ni otro. En tal caso el daño a la víctima no puede fundarse en una obligación objetiva de seguridad sino ha de ubicarse en el ámbito de la responsabilidad extracontractual.

<sup>166</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>167</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>168</sup> Véase: TSJ/SCC, Sent. 176 del 20-5-10, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Mayo/RC.000176-20510-2010-06-451.html>.

<sup>169</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Aproximación...*, pp. 272-278; PITTIER SUCRE, *Reflexiones...*, pp. 665-677.

<sup>170</sup> Véase: PITTIER SUCRE, *Reflexiones...*, p. 669, indica que se afirma que el daño moral no requiere prueba pero ello no es del todo correcto pues se precisa probar el hecho generador, la culpa y la relación de causalidad; HUNTER AMPUERO, Ivan: *La prueba del daño moral*. Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, abril 2005, pp. 43 y 39, <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2005/fjh945p/doc/fjh945p.pdf> pretender exonerar de prueba al daño moral evidente infringe las normas reguladoras de la prueba. Exigir al demandado la prueba de la inexistencia del daño afecta el principio de la igualdad; CARDENA VILLAREAL, Hugo y Paulina GONZÁLEZ VERGARA: *Notas en torno a la prueba del daño moral: un intento para su sistematización*. En: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Vol. 37, N° 106, Medellín, enero-junio 2007. pp.213-237, <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2367523.pdf>.

<sup>171</sup> Véase: TSJ/SCC, Sent. N° 000438 del 22-7-15, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/julio/179858-RC.000438-22715-2015-14-753.HTML>; TSJ/SCC, Sent. N° 000052 del 4-2-14, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/febrero/160829-RC.000052-4214-2014-13-458.HTML>; TSJ/SCC, Sent. N° 340 del 31-10-00, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/octubre/340-311000-RC99-1001-.HTM>; Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Bancario y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón, Sent. 22-5-

propicie un dolor, pesar o perjuicio en el sujeto. Como el caso del <<daño estético>>; por ejemplo, para cualquier ser humano consciente es doloroso verse el rostro desfigurado<sup>172</sup>, así como la muerte de un hijo<sup>173</sup>. Y así, igualmente, se afirma que “el amor de los hijos hacia su padre es un hecho normal y propio... por ello, el dolor, la angustia debe presumirse, mientras no exista prueba en contrario”<sup>174</sup>.

Sin embargo, tal presunción de dolor es *iuris tantum*, pues excepcionalmente el demandado pudiere, probar la inexistencia del daño moral mediante la prueba en contrario<sup>175</sup>. Se afirma así acertadamente que cabe la posibilidad de probar que no existían tales sentimientos afectivos, por ejemplo, si el actor ha sido privado de la patria potestad por causas denigrantes o que el marido se hallaba separado de la esposa<sup>176</sup>.

Pero tal presunción de dolor derivado del hecho generador que propicia una prueba *in re ipsa* del daño moral acontece únicamente respecto de la persona humana o natural y no respecto del ente incorporal quien no experimenta sufrimiento. De allí que la jurisprudencia ha sido más exigente a nivel probatorio dada la imposibilidad de experimentar dolor de tales entes<sup>177</sup>. Afirma acertadamente la doctrina patria que ciertamente *el daño moral de la persona* jurídica pone en evidencia el carácter inadecuado de identificar el daño extrapatrimonial, moral, o no patrimonial, únicamente con el dolor y, además la necesidad de valorar el daño patrimonial atendiendo a elementos objetivos, y no subjetivos, *lo cual implica que no todas las hipótesis de daño reconducibles al daño extrapatrimonial o moral, en sentido*

15, Exp. 5750, <http://amazonas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/MAYO/163-22-5750-091-M-22-05-15.HTML>; TSJ/SConst., Sent. N° 683 del 11-7-00, O.P.T., julio 2000 Cas., pp. 468 y 469; TSJ/SCC, Sent. N° 00265 del 31-3-04; MOSSET ITURRASPE, *ob. cit.*, p. 231; la demostración no ha menester de una prueba directa del mismo, pues se desprende *in re ipsa*, del mismo hecho que lo causa.

<sup>172</sup> ACEDO SUCRE, *La función...*, p. 389.

<sup>173</sup> Véase: TSJ/SPA, Sent. N° 01005 del 30-7-02, p. 474, el dolor de los padres de los jóvenes fallecidos debe ser reparado.

<sup>174</sup> DFMSCM9, Sent. 27-7-87, J.R.G., T. 100, p. 166.

<sup>175</sup> Véase: PIZARRO, *ob. cit.*, p. 9; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Aproximación...*, pp. 273-277; MAZEAUD y TUNC, *ob. cit.*, p. 434, *que tal artículo constituye una presunción a favor de la tesis de la reparación; pero no es lo bastante fuerte como para no poderla combatir por la prueba en contrario*; DFMSCM10, Sent. 16-5-78, J.R.G., T. 60, pp. 204-205. la presunción “*iuris tantum*” implícita en la parte in fine del artículo 1.196 del Código Civil no se aplicaría al caso de autos por razones obvias... El problema, según la doctrina, asume una faceta especial cuando el actor, por circunstancias especiales, no ha sufrido en realidad un verdadero daño inmaterial ...”.

<sup>176</sup> KUMMEROW, *Balance Crítico...*, p. 52; LLAMBIAS, *ob. cit.*, p. 248.

<sup>177</sup> Véase: TSJ/SPA, Sent. N° 802 del 4-8-10, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Agosto/00802-4810-2010-2004-0266.html> “a diferencia de lo que ocurre con las personas naturales, no puede admitirse en este escenario una afección a la esfera de sentimientos, personal e intrínseca del sujeto. Lo anterior, como se explicará más adelante, **genera cambios incluso en el análisis del tema probatorio, por cuanto tratándose de elementos objetivos éstos no se encontrarían totalmente exentos de prueba**” TSJ/SPA, Sent. 01684 de 7-12-11, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/diciembre/01684-71211-2011-2003-0406.html>.

*amplio, están exentas de prueba*<sup>178</sup>. Mal puede mediar una presunción de dolor de un ente que por su naturaleza carece de sentimientos. Por lo que se concluye que la presunción de sufrimiento que releva de la prueba del daño moral sólo es predicable de la persona humana y no respecto de la persona incorporal<sup>179</sup>. Se ha referido que en tal caso el daño moral de tales entes podría evidenciarse adicionalmente de una merma patrimonial<sup>180</sup>, al margen de la diferencia entre ambos tipos de daños. Según indicó Casación a propósito de los criterios a considerar para motivar el daño moral del ente incorporal: “en el eventual daño moral sufrido por personas jurídicas, el juez no puede motivar la cuantificación de la indemnización con la doctrina establecida para el cálculo de la indemnización del daño moral en personas naturales, pues en el ente moral el perjuicio afecta su reputación y nombre como sociedad civil o mercantil, no puede, por ende, tener un carácter espiritual o psicológico como ocurre en el ser humano”<sup>181</sup>. De lo que se deriva que alguna variación o perjuicio debe probar el ente incorporal demandante para acceder a la indemnización por daño moral o extrapatrimonial.

#### h. *Legitimados*<sup>182</sup>

La acción por daño moral tiene un carácter personalísimo, a diferencia del daño patrimonial<sup>183</sup>, sin perjuicio obviamente de la representación legal de los incapaces<sup>184</sup>. En cuanto al sujeto que puede reclamar el daño moral, la norma del artículo 1196 CC distingue el caso del propio sujeto o víctima,

<sup>178</sup> PINTO OLIVEROS, *Taking personal* ...pp. 497 y 498.

<sup>179</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *El daño moral en las personas incorporales: improcedencia de la prueba in re ipsa*. En: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N° 6 Homenaje a Arturo Torres-Rivero, 2016, pp. 23-64.

<sup>180</sup> Véase: CASADO ANDRÉS, Blanca: *El daño moral en las personas jurídicas*, 2012, <http://noticias.juridicas.com/articulos/45...Civil/201203-3215416664221.htm>; CIFUENTES, Santos: *El daño moral y la persona jurídica*. En: Derecho de Daños. Primera Parte. Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe. Buenos Aires, Ediciones la Rocca, 2000, Directores de la obra: Felix A. Trigo Represas y Rubén S. Stiglitz, pp.409 y 410; GÓMEZ POMAR, Fernando: *Comentarios a la sentencia del Tribunal supremo, Sala 1ª*, 20.2.2002: *el daño moral de las personas jurídicas*, Barcelona, octubre 2002, p. 4, [www.indret.com](http://www.indret.com); RIVERA, Julio César y otros: *La cuantificación del daño moral en los casos de lesión al honor, la intimidad y la imagen*, En: Revista Latinoamericana de Derecho, Año IV, N° 7-8, enero-diciembre 2007, p. 376, [www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/7/cnt/cnt14.pdf](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/7/cnt/cnt14.pdf); TSJ/SPA, Sent. N° 01419 de 6-6-06, <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/spa/junio/01419-060606-1994-11240.HTM>... podría una persona jurídica, al ver afectada su reputación, observar una merma en las ganancias reportadas en virtud de su actividad comercial, llegando a ser éste, un factor determinante en su normal desenvolvimiento” (subrayado nuestro); Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sent. 13-4-13, Exp. AP42-R-2005-001457, [http://historico.tsj.gov.ve/tsj\\_regiones/decisiones/2013/abril/1478-17-AP42-R-2005-001457-2013-0561.html](http://historico.tsj.gov.ve/tsj_regiones/decisiones/2013/abril/1478-17-AP42-R-2005-001457-2013-0561.html); Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sent. 5-3-12, Exp. AP42-G-2004-000032, [http://historico.tsj.gov.ve/tsj\\_regiones/decisiones/2012/marzo/1478-5-AP42-G-2004-000032-2012-0371.html](http://historico.tsj.gov.ve/tsj_regiones/decisiones/2012/marzo/1478-5-AP42-G-2004-000032-2012-0371.html).

<sup>181</sup> Sentencia citada *supra*: TSJ/SCC, Sent. N° 000315 de 12-6-13, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Junio/RC.000315-12613-2013-12-734.html>.

<sup>182</sup> PITTIER SUCRE, *Reflexiones...*, pp. 646-649.

<sup>183</sup> *Ibid.*, p. 633.

<sup>184</sup> Véase sobre la posibilidad de los progenitores de ejercer las acciones por sus hijos: TSJ/SPA, sent. 01818 del 16-12-09, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Diciembre/01818-161209-2009-2004-1282.html>.

del atentado al honor o reputación de la familia de la víctima, así como el tercer párrafo prevé la indemnización de parientes, afines o cónyuge por el dolor sufrido en caso de muerte de la víctima<sup>185</sup>. Por lo que parece conforme a la ley que en tales casos una persona pueda demandar el daño moral que ha recaído en cabeza de otra persona. ¿Debe haber un vínculo familiar? La norma alude también al cónyuge respecto del que no media parentesco. Habría que agregar al “concubino o concubina” debidamente probado de conformidad con el artículo 77 de la Constitución<sup>186</sup>.

Pero en la doctrina hay dos tendencias: una que admite la reparación haya o no parentesco, lo que permitiría extenderlo al novio o novia (por ejemplo). Y otros que exigen siguiendo la norma un vínculo objetivo (como parentesco o matrimonio) es el caso de CC suizo, mexicano y la doctrina italiana. Pretendiendo poner límites a las indemnizaciones por daño moral. Subsiste duda sobre el grado de parentesco a considerar, dado el carácter taxativo de la norma, siendo que buena parte de las normas legales lo suelen limitar al cuarto grado (4º) de consanguinidad y segundo grado (2º) de afinidad. A lo que acertadamente se afirma que quedará al Juez apreciar el sentido de la relación afectiva derivada del vínculo correspondiente<sup>187</sup>. Cabe distinguir según la parte final del art. 1196 CC que puede mediar indemnización en caso de muerte de un familiar, lo que en modo alguno se opone al carácter personalísimo del daño, toda vez que en tal caso se está reclamando por un sufrimiento propio. La doctrina lo distingue como “*pretium affectionis*”, teniendo los herederos una acción propia por el dolor sufrido por ellos por la muerte del ser querido<sup>188</sup>.

Las personas incorpóreas, según indicamos, también pueden sufrir daño moral<sup>189</sup>. Pueden verse afectadas en su prestigio, reputación o seriedad. Lagrange citaba el caso de Almacenes Triple A que demandó a Sears por considerar que había incurrido en competencia desleal, consistente en tratar de denigrar, de atribuir hechos incompatibles con la honestidad en la competencia a Almacenes Triple A. Casación acordó una indemnización por daño moral en 1971 que alcanzó los 20.000 Bs. por considerar que se

<sup>185</sup> Se discute la procedencia igualmente en caso de estado vegetativo. Véase: TSJ/SCC, Sent. 457 del 26-10-10, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Octubre/RC.000457-261010-2010-09-657.html>; TSJ/SCC, Sent. 666 del 5-12-11, <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scc/diciembre/rc.000666-51211-2011-11-315.html> “conforme a lo dispuesto en el artículo 1.196 del Código Civil, sólo en caso de muerte de la víctima los herederos tienen derecho a solicitar una indemnización sólo por daño moral, y no por las lesiones corporales que pudo haber sufrido el de cujus.

<sup>186</sup> En consonancia con la sentencia 1682 de 15-7-05 de la Sala Constitucional de TSJ; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Las uniones concubinarias en la Constitución de 1999*. En: Revista de Derecho N° 17, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2005, pp. 215-247 (también en: *Manual de Derecho de Familia...*, p. 437); PITTIER SUCRE, *Reflexiones...*, pp. 662 y 663.

<sup>187</sup> PITTIER SUCRE, *Reflexiones...*, pp. 663 y 664.

<sup>188</sup> Véase: *ibid.*, pp. 650-653.

<sup>189</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *El daño moral en las personas incorpóreas...*; MOISSET DE ESPANÉS, Luis y Benjamín MOISÁ y Luis: *Daño extrapatrimonial (o moral) a las personas jurídicas*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar).

había afectado la reputación de Almacenes Triple A. Nuestra jurisprudencia más reciente también se ha pronunciado en este sentido<sup>190</sup>. Pero vale recordar que se plantearan ciertas particularidades a nivel probatorio dada la naturaleza de tales entes y su imposibilidad de experimentar sufrimiento o dolor, por lo que no les es predicable la “presunción” de dolor o sufrimiento derivada del simple hecho generador.

### 2.3.5. Condiciones del daño resarcible

El daño debe ser **cierto**<sup>191</sup> o **real**. Si bien es posible probar el daño futuro como el lucro cesante, éste se distingue de la *pérdida de la oportunidad* (se impide la posibilidad de obtener un posible beneficio). Debe ser **directo**, pues a tenor del artículo 1275 no se indemniza el daño indirecto, esto es, aquel que no tenga una relación directa de causalidad. Se alude a que el daño ha de ser **previsible**<sup>192</sup> (CC, art. 1274) por lo que no se responde de un daño enteramente fuera del alcance de la previsión. Se agrega que el daño **no debe haber sido reparado** inclusive por un tercero; debe lesionar un derecho adquirido, debe ser determinado o determinable. Álvarez Olalla agrega que sea “**antijurídico**”, es decir, que lesione un derecho subjetivo o un interés jurídicamente protegido. Si el interés lesionado no es protegido por el ordenamiento jurídico el daño no es relevante porque no es antijurídico (por ejemplo el traficante de drogas cuya mercancía es destruida en un accidente)<sup>193</sup>. Veamos cada una de las características separadamente.

a. *Cierto*: Daño cierto significa que no debe existir duda sobre la realidad del daño. Ahora aludir a daño cierto no es referirse a daño producido, actual o presente. Puede existir daño cierto que no se ha producido; el daño futuro pero daño cierto, es decir, aquel del cual se tiene la certeza que se producirá es un daño resarcible<sup>194</sup>. De tal manera que daño presente y daño futuro pueden ser daños ciertos. Sería incorrecto identificar daño futuro con daño incierto. La expresión daño cierto se opone a la expresión daño eventual o daño hipotético. El daño que no tiene una existencia real, ni actual ni futura, que no se sabe si se realizará o no es el daño eventual, el cual no da lugar a resarcimiento.

Ahora bien, el determinar cuándo un daño de naturaleza dudosa es cierto o eventual o hipotético es materia de apreciación judicial. Y a veces,

<sup>190</sup> Véase las citadas en nuestro trabajo: *El daño moral en las personas incorporales...*

<sup>191</sup> Véase: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Bancario y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón, Sent. 22-5-15, Exp. 5750, <http://amazonas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/MAYO/163-22-5750-091-M-22-05-15.HTML>.

<sup>192</sup> Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito del Estado Lara, Sent. 26-4-05, Exp. KPo2-V-2003-002179, <http://lara.tsj.gob.ve/DECISIONES/2005/ABRIL/652-26-KPo2-V-2003-2179-.HTML>; TAPIAS ROCHA, *ob. cit.*, pp. 235, tratándose de responsabilidad contractual, el deudor solo responde de los perjuicios que se previeron o se pudieron prever al tiempo de contratar.

<sup>193</sup> Véase: ÁLVAREZ OLALLA, *ob. cit.*, p. 198.

<sup>194</sup> Véase aunque a propósito de la responsabilidad extracontractual: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS y otros, *ob. cit.*, p. 871, si se indemnizan los efectos probables de un daño ya producido.



es difícil determinar si el perjuicio invocado cuya reparación se reclama constituye un daño cierto o meramente eventual.

El asunto se agudiza ante la posibilidad de una figura denominada “*la pérdida de la oportunidad*”<sup>195</sup>. Ejemplos de la figura son los siguientes: el abogado que por negligencia no intenta el recurso de apelación respecto del cual tenía favorables posibilidades de ganar<sup>196</sup>; el caballo que no puede participar en una carrera porque el veterinario le suministró un tratamiento inadecuado; el sujeto que quedó fuera de un concurso docente por la negligencia del funcionario que al recibir la inscripción traspapeló su currículum; el abogado al que no le fueron consignadas las pruebas de un juicio porque la olvidó en la gaveta el funcionario negligente que las recibió; la participante de un concurso o evento de belleza que no pudo llegar al evento final por el hecho de un tercero. El negocio que no se puede cerrar por el retardo del vuelo debido al taxista que se equivoca en la ruta. Todos los anteriores y muchos tantos que se puedan añadir constituyen ejemplos de pérdida de una oportunidad.

Este perjuicio ha sido calificado por la doctrina con el galicismo “*pérdida de un chance*”, categoría general de daños en la que se incluyen todos aquellos casos en los que el agente del daño, con su actuación u omisión, ha interrumpido un proceso con el que la víctima tenía probabilidades de conseguir una ganancia o evitar una pérdida, por encontrarse en la situación idónea para ello<sup>197</sup>.

Y vale la pregunta ¿representará la pérdida de esa oportunidad en situaciones como las referidas un daño indemnizable; un daño reparable en derecho? La respuesta en doctrina y en jurisprudencia extranjera (pues la jurisprudencia patria es escasa por no decir inexistente) es que sí<sup>198</sup>. Que efectivamente, ante un caso en que la víctima haya perdido una “oportunidad”, ha sufrido un daño cuya reparación puede pretender. La figura se extiende inclusive –aunque no parece el mejor ejemplo de la figura– al ámbito de la responsabilidad médica, aplicada a la pérdida de la oportunidad

<sup>195</sup> Véase: ASENSI PALLARÉS, Eduardo: *La evolución de la doctrina de la pérdida de la oportunidad en responsabilidad médica*. Revista CESCO de Derecho de Consumo, N° 8, 2013, 228-239, <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4524526.pdf>; MEDINA ALCOZ, Luis: La teoría de la pérdida de la oportunidad. *Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*. Madrid, Civitas, 2007; OSSORIO SERRANO, *ob. cit.*, pp. 65 y 66; ÁLVAREZ OLIVEROS, Ángel: *Estimación de los daños en el supuesto de la pérdida de la oportunidad*. VI Jornadas de Derecho Privado - Daños y Perjuicios. Ponencia Presentada el 25 de Febrero de 2010, Universidad Monteávila. [http://www.snconsult.com/noticias\\_detalle.php?idnoticia=360](http://www.snconsult.com/noticias_detalle.php?idnoticia=360) “se define como Pérdida de la Oportunidad, aquel momento que ameritaba alguna ganancia económica, que de estar presente el sujeto tendría seguramente un beneficio, pero por razones distintas a su capacidad o voluntad, la pierde y esto le genera un perjuicio patrimonial”.

<sup>196</sup> Véase por pérdida de la oportunidad procesal: CRESPO MORA, María Carmen: *Algunos aspectos problemáticos de la responsabilidad civil de los abogados en Derecho español*, Revista Chilena de Derecho Privado N° 12, Julio 2009, pp. 101-133, pp. 119 -121.

<sup>197</sup> CRESPO MORA, *ob. cit.*, p. 119.

<sup>198</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

de sanar o mejorar por lo que la relación de la causalidad ésta en la misma y la negligencia en la prestación del servicio de salud<sup>199</sup>. Y así el Tribunal Supremo español señaló en sentencia del 7 de julio de 2008 que esa privación de expectativas denominada “pérdida de la oportunidad constituye un daño antijurídico”<sup>200</sup>.

El “chance” u oportunidad, es la posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio<sup>201</sup>. Es incierto el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe en forma indiscutible. Por eso se presenta un daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o ese “chance”. Las dificultades pueden presentarse en cuanto a la evaluación, porque lógicamente ésta no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta<sup>202</sup>. Las escasas probabilidades en la oportunidad no han de repercutir en la certeza del daño, sino únicamente sobre la cuantía de la indemnización<sup>203</sup>. La indemnización deberá ser la del chance mismo que se frustra y no de la ganancia eventual, por lo que aquélla deberá ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de posibilidad de convertirse en cierta: el valor de la frustración estará dado por el grado de probabilidad<sup>204</sup>. Se ha planteado al respecto igualmente las dificultades de prueba asociadas a la pérdida del chance<sup>205</sup>. Y una decisión judicial refiere la falta de prueba, aunque asociada a la pérdida de la vida<sup>206</sup>. Supuesto que no constituye el mejor ejemplo de la figura en estudio, por cuanto se hablaría de tal siempre en caso de muerte o afectación de derechos personalísimos asociados al cuerpo.

Pero, cabe preguntarse: ¿cuál sería la cuantía de la indemnización? Se está de acuerdo en que mal podría ser la frustración de la ganancia que la

<sup>199</sup> Véase: GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe: *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*. Colombia, Universidad del Externado de Colombia, 2011; HERRERA MOLANO, Luz Andrea: *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad médica en Colombia*, Universidad de la Sabana, Especialización en Derecho de la Responsabilidad, 2009 p. 28, [intellectum.unisabana.edu.co:8080/jspui/bitstream/10818/.../126127.pdf](http://intellectum.unisabana.edu.co:8080/jspui/bitstream/10818/.../126127.pdf); PUENTES TOBÓN, Diana Lucía; *La pérdida de la oportunidad en materia médica*, [www.consejodeestado.gov.co/.../LA%20PERDIDA%20DE%20OPORTU](http://www.consejodeestado.gov.co/.../LA%20PERDIDA%20DE%20OPORTU); Juzgado Superior Décimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent 27-2-08, Exp. N° 5.636, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2008/febrero/2147-27-5636-10.html>.

<sup>200</sup> OSSORIO SERRANO, Juan Miguel: *Lecciones de Derecho de Daños*. Madrid, La Ley, 2011, pp. 65 y 66.

<sup>201</sup> Véase: MARTÍN PÉREZ, *ob. cit.*, p. 273, la pérdida del chance o desaparición de la posibilidad que acontezca un suceso favorable es indemnizable. Se trata de un concepto difícil de evaluar por referirse a elementos hipotéticos.

<sup>202</sup> MARTÍNEZ RAVE, *ob. cit.*, p. 164.

<sup>203</sup> *Ibid.*, p. 121.

<sup>204</sup> BUSTAMANTE ALSINA, *ob. cit.*, T. III, p. 126.

<sup>205</sup> Véase: PARRA QUIJANO, Jairo: *Dificultades de la prueba del nexa causal ante la pérdida del chance*. En: Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del Derecho Contemporáneo. Director: Álvaro Echeverri/ Coordinadores: José Manuel Gual y Joaquín Emilio Acosta. Colombia, Universidad Santo Tomás/Grupo Editorial Ibáñez, 2011, pp. 219-227.

<sup>206</sup> Véase: TSJ/SCC, Sent. 666 del 5-12-11, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/rc.000666-51211-2011-11-315.html>.

persona esperaba obtener. Pues lo que la víctima tenía era simplemente una mera posibilidad; no el derecho adquirido a obtener aquel provento, aquel provecho económico. Y no teniendo pues, la certeza de la ganancia, la indemnización no podría comprender la ganancia toda pero meramente posible. Pero sí habría derecho ciertamente a una indemnización que fijará prudentemente el Juez en función de la probabilidad que tenía la víctima de haber obtenido esa ganancia; se atiende pues al grado de probabilidad de que aconteciera la ganancia frustrada en función de las circunstancias objetivas de hecho. Se trata de un caso en que habría cierto margen de eventualidad del daño pero nadie negaría tampoco que hay una cierta proporción o magnitud de certeza en la producción de cierto daño. Y es que precisamente, a esta parte en que la que hay certeza del daño, a la que debería referirse la obligación de indemnizar. El problema estará precisamente en la recta apreciación de las circunstancias de hecho y sobre todo en la fijación del monto de la indemnización correspondiente a la pérdida objetiva de aquella oportunidad; oportunidad a la que la víctima tenía derecho, pero que por la actividad u omisión de otra persona perdió.

b. *Directo*

A este requisito se refiere el artículo 1275 CC cuando afirma que aun cuando se trate de incumplimiento doloso de la obligación, los daños resarcibles a favor del acreedor no son sino los que resultan como consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación. Ahora, a este requisito del carácter directo del daño vamos a referirnos *infra*, a propósito de la relación causal que debe haber entre el incumplimiento de la obligación y el daño producido.

c. *Previsible*

Dispone el artículo 1274 CC: “*El deudor no queda obligado sino por los daños y perjuicios previstos o que han podido preverse al tiempo de la celebración del contrato, cuando la falta de cumplimiento de la obligación no proviene de su dolo*”. El daño debe ser previsible, esto es, el daño por reparar derivado del incumplimiento de una obligación, se limita en principio al daño previsto o que ha podido preverse al tiempo en que la obligación fue contraída. Mientras que en general no es resarcible el daño que no podría preverse para aquel tiempo. Se trata de una previsibilidad o imprevisibilidad que se aprecia en abstracto por parte de quien sea, cualquiera que sea, de acuerdo a las reglas de la experiencia. Ello con base a las reglas de la lógica, determinación que en gran parte está confiada a la prudencia del Juez a quien le corresponda decidir. Éste tendrá en cuenta las particularidades del caso concreto y también la cualidad de la persona del deudor.

La razón por la cual la citada norma limita los daños a los previsibles es que resultaría excesivamente gravoso, severo para con el deudor, el adscribirse la obligación de resarcir un daño que razonablemente no podía prever para el tiempo que contrajo la obligación. Pero en cambio, cuando

el incumplimiento se deriva de un comportamiento doloso del deudor, esto es, de su mala fe, se le impone el resarcimiento inclusive del daño imprevisible. Vale recordar que la culpa grave se asimila al dolo por la dificultad práctica de su distinción.

Es una cuestión clásica la de saber si el deudor debe haber previsto o poder prever únicamente la causa del daño o también su cantidad<sup>207</sup>. La imprevisibilidad no se limita a las causas del daño sino que se extiende también a la cuantía del daño, influye también en la medida del resarcimiento. Así por ejemplo, si una persona confía a otra un objeto mueble, sin advertirle que dentro del mismo se contienen una serie de cosas de gran valor, y por tal el que lo recibe no tenía por qué saberlo<sup>208</sup>. Si el mueble se destruye y también las cosas contenidas en él, la obligación de resarcimiento del encargado del transporte se limita a la cuantía del valor del bien que le fue confiado sin extenderse a las cosas que se encontraban en él y sobre cuya existencia no se le había advertido. Se trata pues, de limitar el daño a la cuantía previsible para el momento de contraer la obligación.

Por lo que acontece algo similar al Derecho español respecto del cual se ha indicado que de alguna manera se traduce en una excepción al principio de la reparación integral del daño contractual, o si se prefiere, a la plena responsabilidad contractual del deudor en caso de incumplimiento. Se traduce en una excepción a la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual a los daños que se hubieran previstos por las partes al contratar, o hubieran sido previsibles en ese momento. Es la regla que consagran los principales sistemas jurídicos del mundo<sup>209</sup>.

La carga de la prueba<sup>210</sup> tratándose de un daño imprevisible en sus causas y en su cuantía le corresponde al deudor. Es él quien tendrá interés en hacer valer esa imprevisibilidad, precisamente para obtener una disminución del importe de la indemnización debida al acreedor, cuando éste por su parte haya probado el daño que ha sufrido.

#### d. *No haber sido reparado*<sup>211</sup>

El resarcimiento se logra mediante la reparación del daño, bien sea porque el deudor ha pagado voluntariamente o bien porque lo haga un tercero. Se plantea el problema del tercero que ha pagado aunque no en nombre del deudor y tampoco está sujeto a hacerlo frente al acreedor. Cabe preguntarse:

---

<sup>207</sup> CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, T. II, p. 456.

<sup>208</sup> GÓMEZ POMAR, *ob. cit.*, p. 148, el principal atractivo de la regla de la responsabilidad limitada a los daños previstos o previsibles es el de incentivar (relativo al menos) bajo costo de la comunicación por parte de los contratantes que dispone de información privada sobre sus características como contratantes.

<sup>209</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>210</sup> Véase sobre los obstáculos a la revelación de información contractual inducida por la regla de limitación de la responsabilidad: *ibid.*, pp. 148-161.

<sup>211</sup> Véase: FACIO, *ob. cit.*, pp. 373-380.

¿podrá el acreedor dirigirse aún contra el deudor? Se plantea el supuesto de cúmulo de indemnizaciones. Debe tenerse en cuenta que resarcir el daño es repararlo, es restablecer el equilibrio patrimonial que ha sido roto por el deudor; es la idea básica de la responsabilidad civil. Esta última no está llamada a enriquecer al acreedor sino a compensarlo del daño sufrido.

Uno de los criterios para resolver el problema es de la *finalidad del pago*; si éste fue hecho con el objeto de procurar indemnización a la víctima el cúmulo no procede. Esto es, si el acreedor recibió la indemnización del tercero no puede dirigirse también contra el deudor.

Pero en cambio, si ese tercero no ha pagado para indemnizar sino con el ánimo de donar, el cúmulo sí ha de admitirse. Y en tal caso, el acreedor sí tendrá derecho a reclamar la indemnización ante el deudor.

El otro criterio es el de la *conexión causal entre el daño y el pago* hecho por el tercero. Que tiende a distinguir según que la indemnización pagada por el tercero dependa causalmente o sólo ocasionalmente del hecho dañoso. Si el hecho dañoso es solamente la ocasión y no la causa de la cual depende el pago, entonces el cúmulo procede. Un ejemplo sería el caso de accidente en el cual una persona muere y tiene derecho a una pensión, los sobrevivientes tienen derecho a una pensión por supervivencia y la pensión se paga en todo evento de muerte del fallecido (del asegurado), en cuyo caso procede el cúmulo. Porque el pago de aquella pensión está determinada por la muerte que es tan sólo la ocasión que da lugar a ese pago, en el sentido de que ya se haya producido la muerte en razón del accidente que en efecto la produjo, ya se hubiera producido la muerte por una razón distinta del accidente, el cual es vinculable a la culpa del deudor; de todas maneras, en toda hipótesis de muerte procedería el pago de la pensión. El cúmulo se admite y entonces las personas con derecho a reclamar la pensión podrían, sin perjuicio de recibir ésta, dirigirse al deudor para reclamar el pago de la indemnización.

Pero la inversa no sería cierta. Esto es, si el pago de una indemnización debida por el tercero estuviere causalmente vinculada al daño causado. Es decir, si la realidad del daño, es el hecho jurídicamente determinante del pago de la indemnización que paga el tercero, entonces el cúmulo no procede. El acreedor recibiría el pago del tercero y no tiene derecho a dirigirse contra el deudor para exigirle otra indemnización agregada a la anterior<sup>212</sup>. Se discute en este punto también el caso de la pensión y los supuestos de caridad, en ambos se admite que no existe razón alguna para negar el derecho al resarcimiento porque tales conceptos no tienen el carácter de indemnización<sup>213</sup>.

---

<sup>212</sup> Refería LAGRANGE (*Apuntes...*) que no conocía jurisprudencia sobre la materia.

<sup>213</sup> Véase: FACIO, *ob. cit.*, pp. 377-379.

2.4. *Que exista una relación de causa a efecto entre el incumplimiento culpable de la obligación y el daño sobrevenido (relación de causalidad)*<sup>214</sup>

Siempre se ha afirmado que para que pueda hablarse de responsabilidad es necesario que medie un nexo causal entre la conducta o actividad del sujeto eventualmente responsable y el daño<sup>215</sup>. La relación de causalidad es “uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil conjuntamente con el daño y la culpa. Se trata de la vinculación jurídica que permite precisar que determinado hecho que produce un daño a la víctima reclamante fue causado, producido o propiciado por determinada persona, a quien le es atribuible el daño”<sup>216</sup>.

Alude a la relación de causa entre la culpa del agente y el daño que causa en función de efecto. Supone vincular un determinado hecho que causa el daño a quien se le reclama la reparación<sup>217</sup>. De allí que se afirme que tanto en el ámbito de la responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva, entre la conducta del agente y el daño debe haber una relación causa-efecto. Causa es el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporciona la explicación, de acuerdo con las leyes de la experiencia científica, de que un resultado se haya producido<sup>218</sup>.

2.4.1. *Necesidad de la relación de causalidad*

En efecto es necesaria una relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño. El deber de reparar el daño presupone la existencia de un nexo causal con el hecho que origina el daño, porque como es evidente el deudor sólo debe estar obligado a indemnizar los daños que se han derivado como efecto de la causa que él ha puesto, consistente en el incumplimiento de la obligación.

El nexo causal es el elemento que vincula el daño directamente con el hecho e indirectamente con el factor de imputabilidad subjetiva o de atribución objetiva del daño. Es el factor aglutinante que hace que el daño y la culpa, o en su caso, el riesgo, se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación a indemnizar. Es un elemento objetivo porque alude a un vínculo externo entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa<sup>219</sup>.

---

<sup>214</sup> Véase: RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, pp. 215-220; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. I, pp. 177-183; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, pp. 880-888; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 485-488; DIVO DE ROMERO, YESSY y ROSARIO DEL PRETE DE ACOSTA: *Problemática e importancia de la relación de causalidad como elemento constitutivo del hecho ilícito*. En: Revista de la Facultad de Derecho Universidad de Carabobo N° 51, 1987, pp. 111-123; VISINTINI, *Tratado...*, Vol. 2, pp. 253-299; TAPIAS ROCHA, *ob. cit.*, pp. 235 y 236; PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.*, pp. 786 y 787.

<sup>215</sup> ÁLVAREZ OLALLA, *ob. cit.*, p. 205.

<sup>216</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Diccionario...*, pp. 143 y 144.

<sup>217</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 164.

<sup>218</sup> PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 485.

<sup>219</sup> BUSTAMANTE ALSINA, *ob. cit.*, T. III, p. 166.

Cuando se examina con más cuidado la situación nos damos cuenta que no se da un solo nexo causal sino dos: primeramente, hay un nexo causal entre la voluntad del deudor y el incumplimiento de la obligación (su dolo o culpa). Pues el incumplimiento de la obligación debe ser imputable a la voluntad del deudor, esto es, debe tratarse de un incumplimiento doloso o culposo. La voluntad del deudor determina ese incumplimiento, y ese es el primer nexo causal. Ahora bien, hay otro nexo causal entre el incumplimiento de la obligación y el daño causado. Puesto que la responsabilidad civil presupone que haya un daño que reparar: si no hay daño no existe responsabilidad civil<sup>220</sup>.

#### 2.4.2. *Carga de la prueba del nexo causal*

El primer nexo causal, esto es, el nexo causal entre la voluntad del deudor y el incumplimiento se presume. El acreedor que alega el incumplimiento demuestra el mismo y el deudor por su parte deberá demostrar que el incumplimiento se debió a una causa extraña no imputable a su persona, pero ese primer nexo causal se presume, mientras que el segundo *nexo causal entre el incumplimiento y el daño* no se presume; ese debe ser probado por el acreedor. Este último es precisamente el nexo causal al que nos estamos refiriendo como requisito de la responsabilidad civil<sup>221</sup>.

#### 2.4.3. *Dificultad en la determinación de la existencia del nexo causal*

En la determinación del nexo causal se tropieza con dos dificultades: primero que es raro como lo demuestra la realidad de la vida que un determinado acontecimiento no se deba sino a una sola causa. Normalmente concurre más de una causa para determinar cierto resultado, y esto es verdadero no solamente en el ámbito propio de la responsabilidad civil sino en la realidad de la vida. Y en segundo lugar, la otra dificultad es que suele suceder que se produzcan una serie de daños en cadena en la que cada daño viene a ser el acontecimiento que determina el daño siguiente, y éste a su vez, está como ligado por un eslabón con un tercer daño que viene a producirse y es posible que haya un cuarto y quinto daño y así sucesivamente. Y el problema precisamente consiste en determinar hasta dónde se extiende la responsabilidad del deudor. Ejemplos existen en este sentido<sup>222</sup>. Si uno se pusiera a hacer una suerte de inventario del daño se toparía con el problema de precisar ¿cuál de los acontecimientos que pueden concurrir para se produzca un daño debe ser tenido como la causa del daño desde el punto de vista jurídico?

---

<sup>220</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>221</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>222</sup> Por ejemplo, refería Lagrange el conocido caso de Tacoa en Catia la Mar, que parece haberse originado en un incumplimiento contractual: en la obligación de una empresa de suministrar a otra cierto combustible que debía ser almacenado y que debía tener ciertas condiciones de seguridad que no lo hicieran fácilmente inflamable. Al parecer eso no se cumplió unido a la imprudencia de un trabajador que tenía algo prendido se produjo una gran explosión que dejó daños materiales y muerte de varias personas.

Precisamente sobre este aspecto de la “pluralidad de causas”, esto es, las varias causas que concurren a determinar un daño debe ser considerada en derecho la causa del daño se han expuesto diversas teorías. Veamos las más relevantes.

a. *Teoría de la causa más próxima del daño*, según la cual la causa física más próxima o inmediata del daño es la susceptible de generarlo, es aquella que lo produce. Su ventaja pareciera ser limitar el número de antecedentes causales pues evita indagar en causas más remotas. Se le critica que reduce sobremanera los antecedentes causales<sup>223</sup>.

b. *Teoría del hecho desencadenante*, la cual supone que entre todas las causas posibles, debe precisarse el hecho desencadenante que propició de manera determinante el daño. Un hecho puede considerarse causa de otro cuando de faltar el hecho posterior no se hubiere producido. Se le objeta que supone remontarse a una indagación prácticamente infinita<sup>224</sup>.

c. *Teoría de la equivalencia de condiciones*<sup>225</sup>, conocida también como la teoría de la “*conditio sine qua non*”, a saber, teoría de la condición o requisito sin el cual no se hubiera producido el resultado. “Elaborada por la doctrina alemana (principalmente por Von Buri), parte del principio de que todos los hechos que han participado en la generación del daño son equivalentes. A cualquiera de estos hechos, en cuanto culposos, se le puede atribuir el daño. En consecuencia, la víctima podría reclamar la reparación total del daño a cualquiera de los agentes, y al que pague no le quedaría más remedio que repetir de los otros”<sup>226</sup>.

d. *Teoría de la causalidad adecuada*<sup>227</sup>, también denominada de la “*regularidad causal*”. Que refiere que entre las causas que conducen a un daño deben distinguirse aquellas preponderantes, sin las cuales es evidente que el daño no se habría producido, de aquellas causas o circunstancias que son sólo secundarias. Esto es, deben ser consideradas únicamente causas del daño aquellas que normalmente podrían producirlo. Se dice que entre el hecho y el daño debe mediar una cierta adecuación o proporcionalidad. Esta teoría, aunque no del todo precisa, es la acogida normalmente por los sistemas jurídicos modernos. Quedará en todo caso a la autoridad judicial la

---

<sup>223</sup> Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 165 y 166, coloca como ejemplo, si A choca con B y éste causa un daño a C, el responsable según la teoría sería B; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, pp. 223 y 224; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. I, p. 181.

<sup>224</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 166; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, p. 224; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. I, p. 181, la denomina “*teoría de la condición preponderante*”.

<sup>225</sup> Véase: FACIO, *ob. cit.*, pp. 414-419; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 166 y 167; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, pp. 224 y 225; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. I, pp. 180 y 181; VISINTINI, *Tratado...*, Vol. 2, pp. 285-299.

<sup>226</sup> RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, pp. 216 y 217.

<sup>227</sup> Véase: LARENZ, *ob. cit.*, pp. 198-203; FACIO, *ob. cit.*, pp. 422-426; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 167 y 168; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, p. 225; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. I, pp. 182 y 183 (el autor como teoría diferente pero cercana a la referida alude también a la “*teoría de la causa eficiente*”).



evaluación del caso concreto<sup>228</sup>. Si dentro de las posibles causas preponderantes en la producción del daño se ubica la conducta del deudor él estaría obligado a responder. La jurisprudencia española se inclina generalmente por la teoría de la causalidad adecuada<sup>229</sup>.

Al efecto indica una sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia: La gran mayoría de los autores se pronuncian a la hora de determinar dónde debe detenerse el examen de los vínculos causales en relación con la razón de ser del daño producido a favor de la teoría de la causalidad adecuada, en virtud de la cual el hecho productor del daño es el que objetiva y normalmente debería producirlo, de tal forma que la relación entre hecho y el daño se requiere que sea adecuada<sup>230</sup>.

Así mismo indica otra decisión judicial: “El daño se tiene que asociar a aquel antecedente que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata. Todos los demás son periféricos y por tanto irrelevantes a efectos de atribución de responsabilidad. Por ello, una persona responde del daño producido sólo en el caso de que su conducta haya tenido ese carácter de causa adecuada o causa normalmente generadora del daño. Visto de esta forma, ‘La causalidad adecuada, exige que para observar la culpa del agente, que el resultado sea consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad; debiendo entenderse por consecuencia natural, aquella propicia, entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad, conforme a los conocimientos normalmente aceptados; y debiendo valorarse en cada caso concreto, si el acto antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que el mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido, no siendo suficiente las simples conjeturas, o la existencia de datos fácticos, que por una mera coincidencia, induzcan a pensar en una posible interrelación de esos acontecimientos, sino que es entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo...”<sup>231</sup>.

Indica el artículo 1275 CC: “*Aunque la falta de cumplimiento de la obligación resulte de dolo del deudor, los daños y perjuicios relativos a la pérdida sufrida por el acreedor y a la utilidad de que se le haya privado, no deben extenderse sino a los que son consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación*”.

<sup>228</sup> RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, p. 217, coloca como ejemplo un amigo que le da un susto a otro que desconocía que sufría del corazón ¿podrá establecerse seriamente que la causa de la muerte fue el susto del amigo?

<sup>229</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS y otros, *ob. cit.*, p. 881.

<sup>230</sup> CSJ/Cas., Sent. 12-2-62, J.R.G., T. 5, p. 42.

<sup>231</sup> Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo de Caracas, Sent. 16-2-11, Exp. AP42-G-2008-000064, <http://www.tsj.gov.ve/.../decisiones/.../1478-16-AP42-G-2008-000064-2011-0...>

Los daños resarcibles han de ser consecuencia directa e inmediata del incumplimiento. Por lo que no se responde del daño indirecto: aquel que no es consecuencia directa del hecho. La prueba necesaria de una relación de causalidad entre el daño y la culpa, crea la consecuencia de que el daño indirecto no da lugar a la reparación<sup>232</sup>. Se cita al efecto un conocido ejemplo de Pothier: un campesino compra una vaca enferma como si fuera sana (allí hay un primer daño), que contagia a todo su rebaño el cual se muere (segundo daño), perdiendo así su fuente de ingresos económicos, por lo que el campesino deja de pagar sus obligaciones; los acreedores lo embargan y el campesino queda arruinado. Y todo se originó en un incumplimiento contractual al venderle una vaca enferma ¿Hasta dónde llega en tal caso el vínculo de causalidad?<sup>233</sup>.

Pues en nuestro Derecho la respuesta la da el citado artículo 1275 CC que consagra la teoría de la causalidad adecuada; los daños resarcibles deben estar en una directa relación de causalidad. El Juez tendrá a su cargo el examen del caso concreto, pero la tendencia es identificar daño inmediato y directo con daño necesario<sup>234</sup>. Si el Juez considera que el daño que se ha producido es un efecto necesario del incumplimiento del deudor porque tiene la convicción que se trata de un efecto necesario de su conducta<sup>235</sup>; en tal caso procederá la indemnización. Mientras que si el Juez considera que el daño no es consecuencia del comportamiento doloso o culposo del deudor no habrá lugar a resarcimiento. En el fondo –señalaba Lagrange– el Juez simplemente está aplicando la teoría de la causalidad adecuada; y la apreciación del Juez no es censurable en Casación; porque el Juez de casación es un Juez de Derecho, y el punto supone una apreciación de hecho en los cuales el Juzgador de primera y segunda instancia es soberano.

Concluye Palacios Herrera que en realidad no se ha podido solucionar científicamente el problema de la relación de causalidad, pues siempre queda al Juez la facultad de apreciar si un hecho está o no en la vinculación causal. El juez tiende por sentimiento de justicia a no considerar como causa un hecho remoto<sup>236</sup>.

Finalmente, cabe indicar que no debe mezclarse la relación de causalidad con la culpa o dolo, pues ello claramente lo indica el citado artículo 1275

---

<sup>232</sup> PLANIOL Y RIPERT, *ob. cit.*, p. 787.

<sup>233</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*; VISINTINI, *Tratado...*, Vol. 2, p. 254 “la ruina económica del comprador quien, a causa de la falta de cosecha, no se encuentra en posición de cumplir sus obligaciones, con el resultado de que sus bienes serán sometidos a ejecución forzosa”.

<sup>234</sup> Véase: ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M.: *Responsabilidad por el daño necesario*. Buenos Aires, Astrea, 1985.

<sup>235</sup> Véase: *ibid.*, p. 2 y 3, la necesidad puede referirse a una relación causal o de servicios entre dos términos, uno de los cuales es indispensable –necesario– o hace falta para que el otro se produzca. Y así para identificar la causa jurídica de un suceso se parte siempre de la condición necesaria, es decir, aquella en cuya ausencia el resultado no puede producirse.

<sup>236</sup> PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 57.

CC: el incumplimiento ya sea doloso o culposo trae consigo la misma consecuencia, la reparación se limita al daño directo<sup>237</sup> e inmediato. El Juez no debe pues ceder a la tentación de acordar una indemnización mayor por el hecho del que el deudor ha incumplido de mala fe la obligación. El dolo o la culpa grave sólo hacen extensible la responsabilidad simplemente al daño “imprevisible”, pero ha de ser directo. Veremos sin embargo, que en el momento de liquidar el daño el Juez pudiera considerar a la luz de las normas de la responsabilidad extracontractual una reducción del daño por la conducta de la víctima.

e. *Teoría Dejean de la Batie*, señala que la causalidad adecuada es inoperante para explicar por qué la persona cuyo comportamiento anormal está en el origen de la cadena deberá soportar esas consecuencias. Dice el autor de esta teoría que debe seguirse sin discontinuidad la marcha del mal y partiendo del daño final es necesario remontar la cadena de las causas explicando cada hecho defectuoso por la defectuosidad del hecho precedente hasta la aparición eventual de la ruptura en la cadena causal. Se debe seguir siempre, según la expresión del autor el hecho o la culpa de la cual debe responder el damnificado<sup>238</sup>. Si una persona, a raíz de un accidente, requiere una intervención quirúrgica y luego fallece, la muerte podría ser por el hecho traumático que la cirugía no pudo evitar pero también por una complicación sobreviniente e inclusive por mala praxis. En tal caso, la teoría de la causalidad adecuada tampoco ofrece una explicación incontestable sobre el hecho de la muerte<sup>239</sup>. Por lo que trata de indagar la causa real<sup>240</sup>.

Para Bustamante Alsina la coherencia de la nueva teoría permite afirmar que si la muerte de la víctima se hubiese debido a la mala práctica médica, no se podría atribuir este desenlace fatal al accidente que sufriera con anterioridad, pues remontando la cadena causal a partir de este daño, ella resulta interrumpida inmediatamente por la culpa profesional del médico que la atendió y cuya responsabilidad es excluyente de hechos anteriores, los cuales no son sino condiciones no causales del resultado final. Por otra parte, no debe admitirse como previsible para quien provocó el accidente automovilístico que produjo lesiones a la víctima, que ésta hubiese podido perder la vida en manos de un médico negligente, pero lo que sí podía preverse en abstracto como una alternativa de aquel hecho, era que las heridas causadas, a pesar de su aparente levedad, fuesen sin embargo tan graves como producir ulteriormente la muerte<sup>241</sup>.

---

<sup>237</sup> Véase: LARENZ, *ob. cit.*, p. 194, daño directo es el que se produce inmediatamente en los bienes afectados por el evento productora del daño. Se manifiesta normalmente como daño real.

<sup>238</sup> BUSTAMANTE ALSINA, *ob. cit.*, T. III, p. 170.

<sup>239</sup> *Ibid.*, pp. 168 y 169.

<sup>240</sup> *Ibid.*, p. 170.

<sup>241</sup> *Ibid.*, p. 171.

El ejemplo previo, ciertamente no es el más común que puede presentarse en la práctica, pero no vemos claro que la teoría de la causalidad adecuada prevista en el artículo 1275 CC, no pudiera resolver el asunto, pues la misma hace responder de los daños resarcibles aquellos ubicados en una directa relación de causalidad. Y es evidente que en el ejemplo referido, la cadena causal se vio afectada por la mala praxis médica. Por lo que mal se podría pretender derivar el daño directamente del accidente automovilístico.