UNIVERSIDAD CATOLICA ARGENTINA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

TESIS DOCTORAL

Título de la obra: "La culpa (presente, pasado y futuro)

Su supervivencia en la imputación de responsabilidad"

Autor: Doctor José Nicolás Taraborrelli

Jurado integrado por los Doctores: Rubén H. Compagnuccci de Caso,

Fernando A. Ubiría y Jorge Adolfo Mazzinghi (h).

Director de Tesis: Dr. Jorge Horacio Alterini

Calificación: Sobresaliente ("summa cum laude").

UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

TESIS DOCTORAL

Título de la obra: La culpa (pasado, presente y futuro)

Su supervivencia en la imputación de responsabilidad

Autor. Doctorando José Nicolás Taraborrelli

Director de Tesis: Dr. Jorge Horacio Alterini

Bs. As., Primavera de 2.012

INDICE GENERAL

INTRODUCCION Pág. 13

CAPITULO I Pág. 27

1.- Evolución y génesis histórica: de la reacción humana frente al daño, partiendo desde la época primitiva con aplicación del "Tótem y Tabú". 2.- La venganza privada. 3.- La composición voluntaria y la composición legal. 4.- La culpa en el Código de Hammurabi, en el antiguo Derecho Egipcio, Griego y en el Código de Manú. 5.- La legislación de los pueblos de raza amarilla. 6.- Las Leyes Helénicas. 7.- La culpa en el Derecho Romano. La Ley de las XII Tablas. Ley Aquilia. Los cuasi delitos en las Institutas de Justiniano (según Bustamante Alsina). Función de la culpa. 8.- La culpa en el antiguo Derecho Español. 9.- La Graduación de la culpa en Roma (según Mackeldey, Peña Guzmán, Argüello y Di Pietro). 10.- La teoría de la prestación de la culpa. 11.- Su graduación en el Derecho Español intermedio. 12.- Su graduación en el antiguo Derecho Francés. 13.- El Aporte de la Escuela de Derecho Natural en la primera mitad del siglo XVII. 14.- Crítica a la graduación de la culpa según Vélez Sarsfield en el sistema de nuestro Código Civil. 15.- Sistema de nuestro Código Civil. 16.- Clases de culpa según Pedro Bonfante. 17.- Influencia del cristianismo en el derecho romano. 18.- La culpa en el derecho canónico. Fuentes. 19.- La religión y el derecho. 20.- La cuestión de la culpa en Francia. 21.- El código de Napoleón.

CAPITULO II Pág. 97

22.- Base constitucional de la culpa (La culpa en la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos). 23.- La culpa en el Código Civil Argentino. 24.- Apreciación judicial de la culpa en nuestro Código Civil y su graduación: grave, leve y

levísima. 25.- Otros supuestos de culpa grave en el derecho argentino. 26.- Concepto de culpa grave. Visión jurisprudencial sobre la culpa grave: a) La culpa grave en materia de seguros. b) La culpa grave en la ley de seguros y en la ley de tránsito. c) d) Configuración de culpa grave por conducir ebrio. e) La culpa grave en el ámbito laboral. f) Petición de quiebra. 27.- Concepto de culpa leve. Eco jurisprudencial sobre la culpa leve. La culpa leve. La culpa leve en la responsabilidad médica. 28.- La culpa levísima. 29.- Examen crítico a la graduación de la culpa. 30.- Categorías paradigmáticas de apreciación del comportamiento culposo: a) modelo abstracto no profesional de conducta (el buen padre de familia), b) modelo mercantilista, c) modelo de conducta resultante de la obligación que se trata de regular, d) modelo de profesional o artífice; e) modelo derivado de modo habitual de comportamiento de una persona respecto de sus propios actos o intereses. 31.- Rostros de la culpa o sus modos de configuración: negligencia, imprudencia, impericia e inobservancia de los reglamentos. a) Negligencia; b) Imprudencia; c) Impericia; d) Inobservancia de los reglamentos y de los deberes del cargo. 32.- Reflexión final sobre estos rostros de la culpa.

CAPITULO III Pág. 149

33.- La tendencia hacia la unificación de los regímenes de responsabilidad civil. 34.- Precedentes jurisprudenciales (opción). Transporte de pasajeros. Compraventa de cosa viciada. El cúmulo. Accidentes de trabajo. Alimentos en mal estado. Relaciones entre el estado y sus empleados. Aplicación simultanea de los dos regímenes de responsabilidad. 35.- De los regímenes de responsabilidad según el Código Civil (diferencias y semejanzas). 35. I.- Régimen de la responsabilidad contractual. Límites

y extensión de la reparación: a) Naturaleza de la obligación violada. b) Competencia. c) Mora. d) Carga probatoria. e) Capacidad. f) Reparación del daño moral. g) Extensión del resarcimiento. h) Prescripción. i) Mancomunación entre los corresponsables. j) Posibilidad de ampliación o reducción de la responsabilidad. Dispensa de la culpa o responsabilidad. k) Facultad judicial de atenuación de la responsabilidad. l) Factores de atribución de responsabilidad. m) Inejecución maliciosa de la obligación contractual. n) Responsabilidad refleja por el hecho de otro. 35. II.- Régimen de la responsabilidad extracontractual, límites y extensión de la reparación. a) Naturaleza de la obligación violada. b) Competencia. c) Mora. d) Carga probatoria. e) Capacidad. f) Reparación del daño moral. g) Extensión del resarcimiento. h) Prescripción. i) Mancomunación entre los corresponsables; j) Imposibilidad de ampliación o reducción de la responsabilidad, improcedencia de la dispensa de culpa o responsabilidad. k) Facultad judicial de atenuación de la responsabilidad. l) Distintos factores atributivos de responsabilidad. m) La demostración de la “intención de perjudicar” en el dolo delictual. n) Responsabilidad refleja por el hecho de otro. 36.- Estado actual de la doctrina. 37.- La supuesta valla del artículo 1107 del Código Civil. 38.- Los Proyectos de Unificación de la legislación Civil y Comercial.

CAPITULO IV Pág. 189

39.- Distintas categorías de culpa o su categorización: a) La culpa consciente; b) La culpa con previsión; c) La culpa inconsciente; d) Culpa psicológica y normativa, criterio intermedio, “El Quid” de la culpa social. e) Culpa subjetiva y culpa objetiva. f) Culpa civil y culpa penal. Doctrina unitaria. Doctrina dualista: a) En cuanto a su finalidad; b) En cuanto al grado; c) En cuanto a la manera de apreciarlas; d) En cuanto

a la prueba. 40.- Relación entre la acción civil y la penal. 41.- Ejercicio de la acción en sede civil. 1°) Influencia del juicio penal pendiente sobre el civil. Regla general, excepciones. 2°) Influencia de la sentencia penal sobre la civil. 2. a) Sentencia penal condenatoria. Valor de cosa juzgada. Régimen del Código Civil. 2. b) Sentencia penal absolutoria. Valor de la cosa juzgada y régimen del Código Civil. 2. c) El sobreseimiento provisorio. 2 d) El sobreseimiento definitivo. 42.- Influencia de la sentencia civil sobre la penal. Regla general. Cuestiones prejudiciales: a) Incidencia de la acción civil. Principio. b) Cuestiones prejudiciales. c) Supuestos especiales. La sentencia civil sobre demencia y su cesación. c) I.- Efectos de la sentencia civil en el proceso penal. c) II.- Efectos de la sentencia penal en el proceso civil: a). Indignidad. b) Requisito de condena criminal. c) Indulto y prescripción de la pena. 43.- Ley de Propiedad Intelectual número 11.723. El sistema de la independencia de las acciones.

CAPÍTULO V Pág. 227

44.- Culpa precontractual y culpa “in contrahendo”. Concepto. Aplicaciones legales. Visión jurisprudencial sobre el tema. 45.- Culpa en la ejecución contractual. 45 a) Incumplimiento absoluto o total. 45 b) Incumplimiento relativo. 45 c) Incumplimiento parcial. 45 d) Cumplimiento defectuoso no ignorado por el acreedor. 45 e) Cumplimiento defectuoso ignorado por el acreedor. 46.- El incumplimiento de las obligaciones accesorias: ¿autoriza la resolución del contrato?. 47.- Efectos especiales del incumplimiento en la ley de defensa del consumidor (art. 10 bis, ley 24.240 reformada por la ley 26.361). 48.- Resolución del contrato por mora y la culpa presumida del deudor. Los supuestos de que la carga de la prueba de la culpa del deudor le incumbe al acreedor. 49.- La culpa o el dolo como elemento de la mora. Su

importancia y relevancia jurídica para la resolución contractual. 50.- La culpa del que ha dejado de cumplir. 51.- Falta de culpa de quien pretende la resolución. 52.- Culpa post-contractual. 53.- Culpa “in eligendo” e “in vigilando”. Culpa “in eligendo”, concepto. Culpa “in vigilando”, concepto. Visión jurisprudencial. 54.- Culpa del acreedor. 55.- Culpa recíproca. 56.- Culpa concurrente en la relación contractual. Concepto. 57.- Sistemas de distribución de la responsabilidad frente a la culpa concurrente. Visión jurisprudencial. 58.- La culpa concurrente en los hechos ilícitos. 59.- Sistema de distribución de las responsabilidades, denominado: “criterio de la influencia causal de cada culpa”. 59 a) Visión jurisprudencial: Concurrencia de culpas simultáneas y sucesivas. 60.- El supuesto de los daños recíprocos por culpa concurrente de las partes en la misma proporción. 61.-Concurrencia de la culpa probada con la presunción de responsabilidad objetiva por riesgo de la cosa. 62.- Concurrencia del dolo del agente con la culpa de la propia víctima. 63.- El dolo de los auxiliares dependientes que concurre con la culpa de la propia víctima. 64.- Culpa exclusiva de la víctima. Condiciones. 65.- La culpa del tercero por el cual no se debe responder. Culpa (hecho) del tercero y culpa del demandado. 66.- Triple culpa concurrente: del damnificado, del demandado y del tercero. Contribución entre los corresponsables. 67.- Concurrencia de la culpa del tercero con el riesgo creado por el demandado. 68.- Conjunción de culpa y “casus”. 68 a) Visión jurisprudencial sobre el tema.

CAPÍTULO VI Pág. 351

69. - El rol de la culpa en las obligaciones de medio y de resultado. La presunción de responsabilidad en las obligaciones de resultado. 69. I.- Concepto y tratamiento del

tema. 69. II.- El Anteproyecto de Código Civil y Comercial de La Nación del año 2.012. 69. III.- Cuadro sinóptico de clasificación de las obligaciones según el contenido de la prestación y de acuerdo a la doctrina francesa. 69. IV.- Conclusión.

CAPÍTULO VII Pág. 369

70.- Otros campos jurídicos de aplicación de la culpa. 70. 1.-La culpa en los cuasidelitos. Responsabilidad por el hecho propio. 70. 2.- La culpa en la calumnia o injuria y en la acusación calumniosa. 70. 2.a). ¿Se requiere la culpa grave del denunciante?. 70. 2. b). La gravedad de la culpa cuando existe obligación de denunciar. 71.- Responsabilidad con culpa por las medidas cautelares trabadas incorrectamente. 72.- La culpa en los accidentes deportivos. Los reglamentos deportivos. 72. a).- Responsabilidad del deportista frente a los demás deportistas intervinientes. 73.- Responsabilidad por el hecho de otro (Menores). Fundamento de la responsabilidad. 73 a).- Tutores y curadores. Régimen legal. 74.- La culpa en las relaciones de familia. Separación personal (causas fundadas en la culpa). 74.a).- Concurrencia de causas. 74. b) Divorcio vincular por culpa. 74 b. 1).- Responsabilidad civil derivada del cónyuge culpable en la separación personal y en el divorcio. I.- Introducción. II.- concurrencia de los extremos de la responsabilidad civil extracontractual. II. a) La antijuridicidad. II. b) La imputabilidad. II. c) El daño. II. d) La relación de causalidad adecuada. 75.- El “quid” de la culpa en la guarda cuando la cosa viciosa o riesgosa es usada contra la voluntad expresa o presunta de su dueño o guardián. 75. a).- La responsabilidad del dueño o guardián frente a la sustracción de la cosa y la culpa en la objetividad del deber de responder. La diligencia en la conservación de la cosa. 76.- La culpa en la relación de trabajo bajo relación de

dependencia. 76. a).- Generalidades. 76. b).- Negligencias culposas. 76. c).- "Exceptio non adimpleti contractus". 76. d).- Abandono masivo de tareas. 76. e).- Responsabilidad por dolo o culpa grave del trabajador. 76. f).- La culpa laboral en el distracto. 77.- La negligencia en el Derecho Procesal Civil y Comercial.- Negligencia en la producción de la prueba y exhortos. 77. a).- La negligencia en la producción de las medidas de prueba. 77. b).- Teoría de la negligencia en la producción de la prueba. 78.- La culpa en las acciones de reintegro. 78. a).- La acción del principal contra el dependiente. 78. b).- La acción de los padres contra el patrimonio de sus hijos. 78. c).- La acción de reintegro de los propietarios de los establecimientos educativos. 78 d).- La acción recursoria del dueño o guardián del animal. 78. e).- La acción recursoria o de regreso en el cuasidelito. 79.- La culpa en la relación jurídica entre el nudo propietario y el usufructuario. 80.- Aplicación de la culpa en la responsabilidad del Estado. 81.- La culpa como factor subjetivo de imputación en la responsabilidad civil de los jueces. 82.- Responsabilidad de los Secretarios Judiciales por la custodia de los expedientes y de la documentación.- Iº.- Introducción. Del transito de la responsabilidad objetiva a la responsabilidad subjetiva de los Secretarios judiciales por la custodia de los expedientes y de la documentación.- II.- Fundamento y desarrollo.- III.- Conclusión.- 83.- La culpa como elemento para imputar la responsabilidad de los medios masivos de comunicación. 84.- La culpa profesional. La imposibilidad de pago y las obligaciones "intuito personae". 85.- Responsabilidad por culpa del abogado. 86.- Responsabilidad por culpa del médico. 87.- Funciones jurídicas de la culpa. 88.- La culpa y la aceptación de los riesgos.- 88. I.- Introducción.- 88. II.- Concepto.- 88. II. a) Asunción de los riesgos por el uso de una cosa peligrosa.- 88. II. b) Aceptación de los

riesgos en un sentido impropio.- 88. II. c) Aceptación de los riesgos en un sentido propio.- 88. III.- La asunción de riesgo en el deporte.- 88. IV.- ¿En el contrato de transporte benévolo es válida la aceptación de los riesgos por parte del viajero transportado?.- 88. V.- Caracteres jurídicos constitutivos para la aplicación de la asunción del riesgo por el uso de una cosa peligrosa.- 88. VI.- Visión jurisprudencial: Hecho de la víctima. Asunción de riesgo. Gomero guardián. 88. VII.- Conclusiones de la Comisión de Daños nro. 3, bajo la Presidencia de Juan José Casiello y Carlos A. Parellada. Consideró el tema de la "asunción de riesgos", en el marco de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y V Congreso Nacional de Derecho Civil. 88. VIII.- La asunción de los riesgos en el Proyecto de Código Civil y Comercial de La Nación del año 2.012.- 88. IX.- La aceptación de los riesgos en el Derecho Francés.- 88. X.- Responsabilidad por el ejercicio de la actividad peligrosa en el Código Civil Italiano.- 88. XI.- La aceptación de los riesgos en el Derecho Español.- 88. XI. a) La responsabilidad y el mundo del montañismo: La teoría de la asunción del riesgo.

CAPITULO VIII.- Pág. 477

89.- La culpa en los Proyectos de Unificación de la Legislación Civil y Comercial. 89. a.- Proyecto de Código Único Civil y Comercial de 1987. 89. b.- Proyecto de Unificación de la legislación Civil y Comercial del año 1993.- 89. c.- Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio del año 1998.- 89. d. Anteproyecto de Código Civil y Comercial de La Nación del año 2.012. Fundamentos.- 89. d. 1.- Los factores objetivos y subjetivos de responsabilidad. 89. d. 2.- La relación de causalidad. 89. d. 3.- De la previsibilidad contractual. 89. d. 4.- Hecho del damnificado que excluye o limita su responsabilidad. 89. d. 5.- Hecho de un

tercero. 89. d. 6.- Imposibilidad de cumplimiento. 89. d. 7.- Responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento. 89. d. 8.- Prueba de los factores de atribución y de las eximentes. 89. d. 9.- Prueba de la relación de causalidad. 89. d. 10.- Del daño resarcible. 89. d. 11.- De la Indemnización. 89. d. 12.- Pluralidad de responsables. 89. d. 13.- Responsabilidad por el hecho de terceros. (art. 1753). Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente. Hecho de los hijos (art. 1754). 89. d. 14.- Cesación de la responsabilidad paterna (art. 1755). 89. d. 15.- Otras personas encargadas (art. 1756). 89. d. 16.- De las profesionales liberales (art. 1768). 89. d. 17.- Acusación calumniosa (art. 1771). 89. d. 18.- Responsabilidad del gestor por culpa. 89 d. 19.- Responsabilidad solidaria.

CAPITULO IX Pág. 493

9O.- Culpa en el Derecho Comparado. 9O.a.- La culpa en el Código Civil Francés. 9O.b.- La culpa en el Derecho Italiano. 9O.c.- La culpa en el derecho Español. 9O.d.- La culpa en el Código Civil Alemán (BGB). 9O.d.1.- La imposibilidad de la prestación y la reafirmación de la culpa como base de la responsabilidad del deudor.

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO I.

Proceso evolutivo de la culpa. Pág. 520

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO II.

La culpa en el Código Civil Argentino. Pág. 523

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO III.

Hacia la unificación de los regímenes de responsabilidad. Pág. 524

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO IV.

Categorías de culpa. Pág. 524

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO V.

Continúan las distintas categorizaciones de la culpa. Pág. 524

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO VI.

El rol de la culpa en las obligaciones de medio y de resultado. Pág. 527

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO VII.

Otros campos jurídicos de aplicación de la culpa. Pág. 528

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO VIII.

Proyectos de reforma. Pág. 530

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO IX.

La culpa en el Derecho Comparado. Pág. 531

TESIS Pág. 535

BIBLIOGRAFIA GENERAL Pág. 537

CODIGOS CIVILES EXTRANJEROS Pág. 551

L A C U L P A

(Pasado, presente y futuro)

Su supervivencia en la imputación de responsabilidad

Por José Nicolás Taraborrelli

Introducción

Nos relataba Jorge Joaquín Llambías al abordar el desarrollo de su laureado Tratado de Derecho Civil –Obligaciones- T° III, su preocupación jurídica con respecto a algunos autores que sostenían desde fines del siglo pasado que el régimen de la responsabilidad civil debía estructurarse con presidencia de la noción de culpa, que resultaba anticuada frente a las circunstancias de la sociedad contemporánea, y el cambio tenía que centrarse en la idea de riesgo creado. Toda actividad, se dice, implica riesgos para terceros, por lo que sería justo imponerle al creador del riesgo la reparación del daño derivado materialmente de su actividad. Quien crea los riesgos lo hace para su provecho, y si recoge las ventajas de esa actividad, justo es, se dice, que cargue con las desventajas o perjuicios que ha ocasionado: *"ubi emolumentum, ibi onus"*. Y agregaba el ilustre tratadista que: *"En ese primer auge de la nueva teoría cupo papel relevante a Saleilles y Josserand, a quienes pudo denominar Ripert, "los síndicos de la quiebra de la culpa"* (en "Rev. Crit. Leg. Et Jur.", 1.906, p. 355). La concepción de la culpa, que ha ostentado el doble mérito de ajustarse a la moral y a la sana lógica, fue quebrada por obra de la jurisprudencia francesa, que introdujo en el régimen de la responsabilidad la teoría del riesgo. Lo expuesto anteriormente explica pero no justifica que se determine hablar de responsabilidad objetiva; es decir, de una

forma de responsabilidad que atiende sólo al elemento objetivo del daño, y prescinde por completo del aspecto subjetivo: la culpa del agente[1].

En el año 1968 se sanciona el Decreto Ley 17.711/68 que introduce la "teoría del riesgo creado" en el emblemático art. 1.113 del Código Civil, verdadera responsabilidad objetiva extracontractual, donde el daño se produce por el "hecho de la cosa riesgosa o viciosa", y al cumplirse once años de su vigencia, Jorge Bustamante Alsina exponía dentro del marco de las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, (Bs. As. 1.979) por haber sido designado para informar el despacho de la mayoría sobre el Tema de Obligaciones correspondiente a la Comisión N° 2, lo siguiente: "...debe interpretarse que, de acuerdo con la reforma introducida al Código Civil en el año 1.968, coexisten dos sistemas genéricos: el de responsabilidad por culpa y el de responsabilidad por riesgo creado. Sin embargo, los sistemas contemplados por el Código, luego de la reforma, son el de responsabilidad subjetiva o por culpa y el de responsabilidad objetiva que, por su propia denominación, connota la falta de culpa. Es decir un sistema subjetivo frente a un sistema objetivo. Creo que llamar sistema del riesgo creado a la responsabilidad objetiva significa dar un enfoque parcializado, por que responsabilidad objetiva es la denominación genérica de todos los factores de responsabilidad que funcionan donde hay una responsabilidad sin culpa además del riesgo creado. Así, en la responsabilidad por el hecho propio tenemos el caso del art. 907, que es una responsabilidad objetiva de equidad. En el art. 1.113 también la responsabiñlidad del principal por el hecho de los dependientes es objetiva de garantía.

[1] Llambías Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, T° III, Tercera edición actualizada por Patricio Raffo Benegas, Ed. Perrot, Bs. As., año 1987, págs. 525/546.

Y está también la responsabilidad objetiva por el riesgo creado, cuando el daño se causa por las cosas inanimadas[2].

En el año 1989 escribía Atilio Aníbal Alterini bajo el título "Aspectos de la Teoría de la Culpa en el Derecho Argentino" (Con referencia al Código Civil Español y en ocasión de su centenario) que: "En la Argentina se advierte con nitidez el empeño de juristas en buscar subrogantes de la responsabilidad fundada en la culpa, insistiéndose en que "la teoría de responder" no es en realidad la teoría del acto ilícito sino la del acto dañoso, o –si se quiere- la teoría del daño civil". Y en otra parte de sus lecciones y ensayo jurídico decía: "Ese desvanecimiento de la significación de la culpa no implica que deba ser abandonada. Ocuparse de ella no puede ser tarea del historiador porque, por ahora, en amplios sectores de la responsabilidad contractual, y en otros de la extracontractual, conserva actualidad como una regla del sistema. El Consejo Constitucional Francés (22/10/82, D. 1983. 189) asigna valor constitucional al principio según el cual deben ser reparados "los daños resultantes de culpas civiles imputables a personas físicas o jurídicas de derecho privado, cualquiera sea su gravedad". Asimismo y aunque el resarcimiento del daño suela ser indiferente a la existencia de un autor culpable, o siquiera de un autor conocido, las ideas nutrientes de la teoría general de la culpa siguen teniendo relevancia: a) la denominada culpa de la víctima libera frecuentemente al sindicado como responsable; b) la culpa penal es antecedente idóneo de una sanción represiva para el autor del daño; c) el grado de

[2] VII Jornadas de Derecho Civil, Bs. As., 26 al 29 de setiembre de 1979, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Derecho Civil, Editorial La Ley, Fondo Editorial de Derecho y Economía, Bs. As., año 1981, Acta de Sesión, págs. 193/198.

culpabilidad no es irrelevante, pues puede hacer aplicable la teoría del dolo, llega a tomar conexión con la teoría del caso fortuito, condiciona el ejercicio de la facultad judicial de morigerar las indemnizaciones, y también puede ser útil para fijarlas, incluso en casos de responsabilidad objetiva. Conforme al art. 162 del Cód. Aeronáutico (ley 17.285) la limitación de responsabilidad que prevé no rige en caso de dolo. El art. 1.113 del Proyecto de Código Único de 1987, siguiendo el criterio del Código Portugués (arts. 487, 509, 510) limita la indemnización en casos de responsabilidad objetiva, pero ese tope es superable si concurre culpa; (ver López Cabana Roberto M., "La atribución objetiva del deber de reparar con indemnización limitada en la proyectada unificación de legislación civil y comercial"; en Alterini Atilio A., y López Cabana Roberto M., "Cuestiones modernas de responsabilidad civil", Editorial La Ley, Bs. As., año 1.988, pág. 339)[3].

En Las Jornadas Marplatenses sobre Responsabilidad Civil y Seguros del año 1989[4], se abordaron a través de la Comisión I, Presidida por los Dres. Félix A. trigo Represas y Alberto J. Bueres, actuando como Secretario Ramón D. Pizarro, el actual y candente tema de la "Vigencia actual de los criterios del Código Civil en

[3] Alterini Atilio Aníbal, Aspectos de la teoría de la culpa en el Derecho Argentino, (Con referencia al Código Civil Español y en ocasión de su centenario), Pub. en La Ley, 1989-E, 1.098; Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Félix A. Trigo Represas (Director) T° II, Ed. La Ley, Bs. As., año 2.007, págs. 487/498.

[4] Citadas por Brebbia Roberto H., en "Vigencia y jerarquía de la responsabilidad civil por culpa en el derecho positivo argentino, Publicado en La Ley, 1990-B, 1074, Responsabilidad Civil, Doctrinas esenciales –Parte general-, Félix A. Trigo Represas (Director), T° II, Ed. La Ley, Bs. As, año 2.007, págs. 499/509.

materia de responsabilidad". Las numerosas ponencias presentadas como también los debates producidos en el seno de la comisión, pusieron de relieve la existencia de una divergencia radical centrada sobre la vigencia de la culpa como principio general de la responsabilidad y la proyección de este tópico sobre las de sus relaciones con la teoría del riesgo. En la conclusión 35 (de lege lata) del despacho de la Comisión I, quedó plasmada la diferencia a través de sendos despachos opuestos: el despacho A estableció que: -la culpa continúa siendo una regla básica de atribución de responsabilidad en el Código Civil, y a la vez constituye un principio general del derecho en cuanto configura un criterio de valoración de conductas. Esto, sin perjuicio de la concurrencia de otros factores objetivos de responsabilidad. Por el contrario, el despacho B (mayoritario) sentó: "La culpa y los factores objetivos de atribución se encuentran en el mismo plano de jerarquías"[5].

Este criterio sustentado por la mayoría de los juristas que concurrieron a dicho evento científico fue reproducido –casi con el mismo texto- en las Sextas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal celebradas en Junín, Pcia. de Bs. As., desde el 27 al 29 de octubre de 1994, en donde se concluyó también

[5] El despacho A) está suscripto por: Brebbia, Castello, Trigo Represas, Compagnucci de Caso, Rossini y Ríos, El Despacho B) por: Bueres, Pizarro, Ghersi, Alterini, Parellada, Kemelmajer de Carlucci, Mosset Iturraspe, Goldemberg, De Rosa, Gesualdi, Banchio, Giménez, Bravo, Sandoval, Junjet de Sandoval, Bazán Martínez, Smayenski, Laplacette, Liz, Messina de Estrella Gutiérrez, Marsili y Lorenzetti. El miembro informante en el plenario de ambos despachos fue el doctor Juan J. Casiello.

por mayoría de votos, que: “el factor de atribución riesgo no es excepcional y tiene por lo tanto la misma jerarquía cualitativa que los restantes criterios de imputación”[6].

En cuanto a la primacía de la culpa o del riesgo creado, la doctrina nacional se encuentra dividida, para determinar si la culpa es el factor de atribución de responsabilidad más importante –relegando al riesgo creado como principio subsidiario- o si, por el contrario, ambos criterios mantienen jerarquía. La postura clásica predica que la culpa es la regla general y que la responsabilidad objetiva se aplica a supuestos específicos, y fue tradicionalmente defendida por Orgaz[7] y Llambías[8], a quienes más modernamente se suman Brebbia[9], Casiello[10], Compagnucci de Caso[11], Salerno[12], Bustamante Alsina[13] y Trigo Represas[14]. Sin embargo, prevalece

---

[6] El Derecho Privado en la Argentina, Conclusiones de Congresos y Jornadas de los últimos 30 años; Universidad Notarial Argentina, año 1991, p. 273, cit. por Loustaunau Roberto, Particularidades de la Culpa a fin de Siglo, Publicado en La Ley, 1998-B, p. 1.253, Responsabilidad Civil, Doctrinas Esenciales, Director Félix A. Trigo Represas, T° II, Ed. La Ley Bs. As., año 2.007, págs. 526/535.

[7] Orgaz Alfredo, La Culpa, págs. 27 y 205, Ed. Lerner, Bs. As., año 1992.

[8] Llambías Jorge J., Tratado de Derecho Civil -Obligaciones- T° III, Editorial Perrot, Bs. As., año 1973, págs. 523 y 546.

[9] Brebbia Roberto H., “Vigencia y Jerarquía de la responsabilidad civil por culpa en el derecho positivo argentino”, La Ley, 1990-B, 1.074.

[10] Casiello Juan J., Concurrencia de culpa y riesgo en el accidente automotor, La Ley, 1.990-C, 509. Galdos Jorge Mario, en La Culpa en la Suprema Corte de Buenos Aires, Ed. La Ley, 1994-D,744, Responsabilidad Civil, Doctrinas Esenciales, Félix A. Trigo Represas (Director) Ed. La Ley Bs. As. año 2.007, págs. 512/524.

[11] Compagnucci de Caso Rubén H., Fundamentos de la responsabilidad civil: culpa y riesgo, en Derecho de Daños, obra colectiva, Ed. LaRocca, Bs. As., año 1989, pág. 59/63.

la opinión, que compartimos conjuntamente con Galdos, Bueres, A. Alterini, Mosset Iturraspe, Kemelmajer de Carlucci, Ghersi, Banchio, G. Stiglitz, Goldemberg y Pizarro, de que: *"la culpa y los factores objetivos de atribución se encuentran en el mismo plano de jerarquía"*[15].

Como puede observarse es válida entonces, la advertencia de Atilio Aníbal Alterini, al afirmar que: "no debe pensarse que en la Argentina, la culpabilidad se ha convertido en pieza de museo"[16]. Y que la teoría del riesgo no es "un mal menor" residual (Mosset Iturraspe). De cualquier manera, la culpa constituye un mínimo necesario para asentar la responsabilidad cuando no hay precepto que establezca la atribución objetiva. Por ello, se ha sostenido que la culpa sirve como clausura o cierre del sistema, garantizándose la necesaria elasticidad y plenitud en sentido dinámico" (Schipani)[17].

---

[12] Salerno Marcelo M., "Culpa y Sanción", y sub-titulo: "La culpa no esta en crisis", en la obra colectiva Derecho de Daños, Segunda parte, Ed. La Rocca, Bs. As., año 1993, pág. 285/286.

[13] Cit. por Galdos Jorge Mario, op. cit. pág. 519.

[14] Esta postura la sustentó conjuntamente con algunos juristas citados en Las Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros del año 1989, "ut supra"citados.

[15] Galdos Jorge Mario, op. cit. pág. 519.

[16] Alterini Atilio Aníbal, Temas de Responsabilidad Civil, Ed. Ciudad Argentina, Bs. As., octubre de 1995, pág. 16, n° 6, cit. por Loustaunau Roberto, en Particularidades de la culpa a fin del siglo, Pub. en La Ley, 1998-B, 1.253, Responsabilidad Civil, Doctrinas Esenciales, Félix A. Trigo Represas (Director), T° II, Ed. La Ley, año 2.007, págs. 525/535.

[17] Alterini Aníbal Atilio, Ameal Oscar José y López Cabana Roberto M., Derecho de Obligaciones, Ed. LexisNexis, Abeledo-Perrot, Bs. As., año 2.006, pág. 705.

Considero que es importante formular una reflexión jurídica sobre esta cuestión abordada, advirtiendo que en nuestro país pareciera que tenemos en vigencia un Código Civil que en materia de responsabilidad por daños cuenta con un sólo artículo, el 1.113. Por ello cabe preguntarse si los demás artículos que se refieren a la responsabilidad civil, de la Sección Primera y Segunda, del Libro Segundo del Código Civil han quedado derogados, creo que la respuesta es: "no", como quedará demostrado en la presente tesis, la culpa sigue teniendo vigencia y aplicación.. Estimo –con toda seriedad y honestidad académica científica- que la aplicación de la teoría del riesgo ha sido pensada y diagramada jurídicamente para supuestos en que de otro modo se consagraría una iniquidad, empero el art. 1.113 –respecto específicamente a la teoría del riesgo creado no constituye una garantía legal similar a una póliza de seguro obligatoria- y que no puede generalizarse su aplicación, transformándose el art. 1.113 en una regla excluyente que impida la aplicación de otras normas como los (arts. 511, 512, 902, 909, 1.109.1.111, 1.112 y 1.198 y siguientes y concordantes del Cód. Civ.).

No obstante y además del campo propio de aplicación de la culpa –como factor subjetivo de imputación o atribución de responsabilidad, hoy aplicado con frecuencia en materia de resolución de contratos, en las responsabilidades profesionales, en el derecho de familia: con especial aplicación en los divorcios contradictorios, etc., y como más abajo se demostrará su ámbito o campo de aplicación en otras ramas del derecho, la culpa como instituto jurídico opera también en el ámbito de la causalidad, y así se defiende su importancia y relevancia jurídica en los supuestos como: a) En las responsabilidades profesionales de los médicos, abogados, etc.. b) En la responsabilidad del Estado, que según el Máximo Tribunal Bonaerense, desde la

óptica proporcionada por el art. 512 del Código Civil, no sólo deben ser analizadas las diferentes conductas de los particulares, sino también las acciones u omisiones de la administración pública, aunque más no sea recurriendo al método de la aplicación analógica[18]. c) La culpa como elemento para imputar responsabilidad de los medios masivos de comunicación. En tal sentido reseñan Galdos y Bionda que la Suprema Corte de Justicia de la Pcia. Bs. As. de un tiempo a esta parte ha tomado partido por el juzgamiento de la responsabilidad de los medios masivos de comunicación a la luz del factor de atribución subjetivo. Comprobado el exceso informativo, quien pretenda el resarcimiento deberá demostrar la culpa o negligencia en que incurrió el informador conforme el régimen general de responsabilidad por el hecho propio que contiene la formula del artículo 1.109 del Cód. Civ. No existe en el ordenamiento legal de nuestro país un sistema excepcional de responsabilidad objetiva para aplicar a la actividad supuestamente riesgosa de la prensa[19]. d) Para atribuir responsabilidad a las clínicas y establecimientos asistenciales es indispensable la prueba de la culpa del médico, porque la prueba de aquella culpa sería la demostración de la violación del deber de seguridad, que como obligación tácita se halla comprometida en el contrato asistencial y cuya omisión genera la responsabilidad directa de la entidad contratante, además de

[18] Galdos Jorge Mario y Bionda Rodrigo Ezequiel, La Fisonomía de la culpa en los albores del tercer milenio y desde la óptica de la Suprema Corte Bonaerense, en la obra colectiva La Culpa I, bajo la Dirección de Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2.009, págs. 200/203.

[19] Galdos Jorge Mario y Bionda Rodrigo Ezequiel, op. cit. pág. 203/205.

la que concierne directa y personalmente al profesional[20]. e) En la responsabilidad de daños sufridos y causados por deportistas, cuyo factor de atribución es subjetivo a título de culpa o dolo en dichos accidentes deportivos y con relación a los daños causados entre sí por los deportistas en infracción a las reglas del juego[21]. f) En la responsabilidad del embargante ilegítimo que responde sólo en caso de dolo o culpa, de conformidad a la doctrina legal emanada de la Suprema Corte de Justicia Bonaerense[22]. g) En la denuncia injuriosa o calumniosa, donde se admite, sin controversia mayores, que la figura de la acusación puede ser dolosa (art. 1.090 del Cód. Civ.) o meramente culposa (art. 1.109 del Cód. Civ.)[23]. h) En las acciones de

---

[20] S.C.J.B.A, Ac. 87.884 del 14-12-2.005, in re: "Berto de Ciappa Mirta c/ Instituto Médico Platense y otros s/ incumplimiento de contrato", cit. por Galdos Jorge Mario y Bionda Rodrigo Ezequiel, op cit. págs. 209/212.

[21] El deportista incurre en responsabilidad solo por los daños resultantes de infracciones a las normativas del deporte practicado, si medió de su parte una conducta viciada de imprudencia, impericia, brutalidad, etc., aun cuando estuviese exenta de dolo o deslealtad, ya que en el marco de las reglas de juego los deportistas no están dispensados de las obligaciones de prudencia, diligencia y cuidados, que impone a todo hombre el deber general de no dañar a los demás.

[22] Galdos Jorge Mario, La Culpa en la Suprema Corte de Buenos Aires, Publicado en La Ley, 1994-D, 744. S. C. J. Bs. As., Ac. 38.706, 25/8/92, Ragonese R., c. Bco. de la Pcia. de Bs. As. s/ daños y perjuicios, DJJ, 143-268, La Ley, 1992-E-,200., entre otros.

[23] CNCiv. Sala A, 10/3/94, López Alem Juan C. v. Femeba y otros", voto del Dr. Bueres; J. A. ejemplar del 30/11/94, p. 42 y sigtes. Cit. por Loustaunau Roberto, Particularidades de la culpa a fin de siglo, Pub. en La Ley; 1998-B, 1.253; SC Buenos Aires, Ac. 41.227 del 21/11/89, Gurfinkel Dado c. Raso Hnos., cit por Galdos, op. cit. p. 4, N° IV. 2, nota 61. Galdos Jorge Mario, Responsabilidad Civil,

regreso entre coobligados solidarios que hayan indemnizado en base a un factor objetivo de atribución se fundan en ella[24]. i) Libera el tope indemnizatorio en los sistemas como el de los arts. 487 y concs. del Cód. Portugués[25] o el art. 1.634 de la vetada ley de Unificación legislativa Civil y Comercial proyectada en el año 1.998, al prever un límite cuantitativo en algunos casos de responsabilidad objetiva, previstos por los arts. 1.662, 1663 y 1.665, disponiendo que la reparación del daño queda limitada a la cantidad de trescientos mil pesos ($300.000) por cada damnificado directo, que se reduce proporcionalmente si hay liberación parcial conforme al art. 1.666. Agregando que el responsable no tiene derecho a prevalerse de la limitación: 1°) Si actuó sin diligencia y, en especial, si no adoptó las medidas preventivas razonablemente adecuadas. 2°) Si razonablemente debió haber asegurado ese riesgo y no lo hizo, etc.[26]. j) Cuando el daño es causado con las cosas conforme a la primera parte del 2° párrafo del art. 1.113 del Cód . Civ., se impone la carga al dueño o guardián de la cosa de probar su ausencia de culpa o que de su parte no hubo culpa. Este supuesto constituye una presunción legal de culpa, es una culpa cantada: “res ipsa

---

Doctrinas Esenciales, La Culpa en la Suprema Corte, Félix A. Trigo Represas (Director), T° II, Ed. La Ley, año 2.007, págs. 522/523.

[24] Loustaunau Roberto, Particularidades de la culpa en el fin de siglo, op. cit. pág. 535.

[25] Loustaunau Roberto, op. cit. pág. 535.

[26] Esto constituiría naturalmente un fuerte incentivo para que, quienes operen cosas riesgosas o actividades especialmente peligrosas extremen los recaudos para la evitación de daños. Tampoco podría prevalerse del tope indemnizatorio si razonablemente debió haber asegurado ese riesgo y no lo hizo. De la cual se desprende que quien actúa sin la debida diligencia (con culpa) en sus actos, pierde el derecho al límite tope cuantitativo en algunos casos de responsabilidad objetiva.

loquitor" y que por ser "juris tantum", admite prueba en contrario o la contraprueba y en tal caso el dueño o guardián de la cosa deberá demostrar que fue diligente en el uso y goce de la misma, que actuó con cuidado y previsión y, de esa manera o modo acredita su no culpa. k) La denominada culpa de la víctima libera total o parcialmente al sindicado como responsable (arts. 1.111 y 1.113 del Cód. Civ. y 184 del Cód. de Comercio. l) La culpa de un tercero por quien no se debe responder, que libera total o parcialmente al sindicado como responsable (arts. 1.113 del Cód. Civ., y 184 del Cód. de Comercio). m) La culpa en la responsabilidad civil bancaria[27]. n) En materia de eximentes la ausencia de culpa es esencial para configurar el caso fortuito y la fuerza mayor. Esa eximente debe ser invocada y acreditada por el deudor. o) La culpa como factor de atribución de responsabilidad por el hecho del dependiente. p) La culpa a veces potencia al riesgo creado. q) La graduación de la culpa esta presente en la jurisprudencia de nuestros tribunales. s) En el régimen de responsabilidad de los maestros y directores de colegios anterior a la reforma de la ley 24.830 al art. 1.117 del Cód. Civ., rige una presunción legal de culpa. r) En materia de responsabilidad por omisión, particularmente del Estado, el deber de actuar cuya abstención torna antijurídica la conducta se asienta en la culpa, sin perjuicio del desarrollo de la doctrina de la falta de servicio con fundamento en la responsabilidad estatal por actividad ilícita. t) También la presunción de culpa es un supuesto de responsabilidad legal en el caso de los padres por los daños causados por sus hijos menores. u) Además concurren otros supuestos de presunción de culpa, empero de origen jurisprudencial,

[27] Galdos-Bionda, op. cit. pág. 216.

en casos puntuales (como por ejemplo, por defectos de confección de la historia clínica para la responsabilidad médica; o la eximente de responsabilidad en el caso del peatón que viola las específicas reglas de transito, cometiendo una infracción al cruzar por un lugar prohibido como ser una autopista, poniendo en riesgo su seguridad y la seguridad pública, etc.

No obstante, la revisión de su situación actual muestra que se ha expandido el mecanismo de su presunción, que obliga al dueño o guardián a probar su diligencia, y que además, actúa en el campo propio de la causalidad, interrumpiendo la relación causal entre el hecho de la cosa y el daño.

En síntesis, la culpa coexiste y se integra con el riesgo creado, y en este contexto jurídico mantiene lozanía y jerarquía, siendo valiosa e imprescindible su vigencia dogmática y practica a la vez.

Algunos autores, como López Mesa, Pena López, Busnelli, Alterini, Ameal, a los cuales me adhiero, asignan –como ya se dijo "ut supra"- a la culpa el rol de norma de clausura del sistema[28]; acota López Mesa que el razonamiento es agudo y convincente: si el ordenamiento aplicable al caso no prevé qué factor de atribución se

[28] Pena López, José M., prólogo a la obra de Peña López, La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual, cit., p. XXVII; Trigo Represas y López Mesa, Tratado de responsabilidad civil, Ed. La Ley, año 2.004, op. cit. t. I, p. 50; Busnelli; La parábola della responsabilitá civile, en Riv. Trim. Dir. Civ., 1998, pp. 248 y ss.; Alterini Atilio Aníbal, Los factores objetivos de responsabilidad civil, en Responsabilidad Civil, Presupuestos, p. 122, cits. por López Mesa Marcelo J., en La supervivencia de la culpa como factor de atribución de responsabilidad, en la obra colectiva La Culpa II, de la Revista de Derecho de Daños, bajo la Dirección de Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2.009, págs. 27 y 28.

aplica, resulta aplicable la culpa; si el sistema prevé algún factor de aplicación, ése será el aplicable, pero cuando no prevé ninguno, el piso de la responsabilidad es el factor culpa[29]. En tal sentido expresan Trigo Represas y López Mesa que es innegable que la culpa ya no es el paradigma excluyente de la responsabilidad, sino que se ha mudado hacia un esquema bipolar donde la culpa comparte el escenario con el riesgo creado y otros factores objetivos de atribución[30].

Finalmente, como puede apreciarse la culpa no es un concepto, término o instituto que es patrimonio absoluto y exclusivo de estudio académico-pedagógico del Derecho de las Obligaciones, sino que por constituir esta disciplina jurídica el corazón de todo un sistema jurídico vaso-comunicante, la culpa, el dolo, la mora, la imprevisión, etc., tienen un campo propicio de aplicación en otras ramas del derecho privado y aún del derecho público, laboral, administrativo, etc., sin perjuicio de que la culpa será el eje central de estudio en esta tesis.

---

[29] Alterini Atilio A., Los factores objetivos de responsabilidad civil, cit., p. 122, cit. por López Mesa Marcelo J., op. cit. pág. 27.

[30] Trigo Represas Félix A., y López Mesa Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, T° I, Ed. La Ley, Bs. As. año 2.004, pág. 24.

CAPITULO I

1.- Evolución y génesis histórica: de la reacción humana frente al daño, partiendo desde la época primitiva con aplicación del "Tótem y Tabú". 2.- La venganza privada. 3.- La composición voluntaria y la composición legal. 4.- La culpa en el Código de Hammurabi, en el antiguo Derecho Egipcio, Griego y en el Código de Manú. 5.- La legislación de los pueblos de raza amarilla. 6.- Las Leyes Helénicas. 7.- La culpa en el Derecho Romano. La Ley de las XII Tablas. Ley Aquilia. Los cuasi delitos en las Institutas de Justiniano (según Bustamante Alsina). Función de la culpa. 8.- La culpa en el antiguo Derecho Español. 9.- La Graduación de la culpa en Roma (según Mackeldey, Peña Guzmán, Argüello y Di Pietro). 10.- La teoría de la prestación de la culpa. 11.- Su graduación en el Derecho Español intermedio. 12.- Su graduación en el antiguo Derecho Francés. 13.- El Aporte de la Escuela de Derecho Natural en la primera mitad del siglo XVII. 14.- Crítica a la graduación de la culpa según Vélez Sarsfield en el sistema de nuestro Código Civil. 15.- Sistema de nuestro Código Civil. 16.- Clases de culpa según Pedro Bonfante. 17.- Influencia del cristianismo en el derecho romano. 18.- La culpa en el derecho canónico. Fuentes. 19.- La religión y el derecho. 20.- La cuestión de la culpa en Francia. 21.- El código de Napoleón.

1.- Evolución y génesis histórica: de la reacción humana frente al daño, partiendo desde la época primitiva con aplicación del "Tótem y Tabú". 2.- La venganza privada. 3.- La composición voluntaria y la composición legal.

Es innegable que para conocer y comprender la esencia de una institución jurídica como "la culpa" se impone estudiar su génesis y evolución histórica, penetrando con ello el sentido de la sociedad en cuyo seno ha nacido y se ha desarrollado o adaptado, y estaremos en condiciones de comprobar su grado de evolución y la forma y modo en que contribuyó al progreso del derecho y su humanización. El jurista apreciará con justicia la institución que le preocupa investigar, y más exitoso será su estudio cuanto más haya penetrado en el campo de la historia. No hay dudas que el delito surgió cuando el hombre, en las relaciones con sus semejantes, trasgredió aquellos principios que, en esa época primitiva, se consideraron fundamentales, apareciendo contra esa transgresión las diversas formas de penas.

Época Primitiva. Es indudable que la mente primitiva desconoce totalmente la relación causal. La mentalidad prelógica descuida las causas de los hechos para explicárselos por la vía sobrenatural. Las representaciones colectivas de esos pueblos evocan inmediatamente la acción de potencias místicas. Para la mentalidad de esa época así organizada, lo que es para nosotros la causa que produce un resultado, no constituye sino una mera circunstancia ocasional o, acaso, el instrumento utilizado por la fuerza sobrenatural y oculta[31]. En oposición al razonamiento lógico, aparece en esos pueblos la significación de la circunstancia de que los hechos se repitan, se sucedan o se produzcan simultáneamente. No interesa luego la comprobación del hecho anterior o simultáneo; si uno se ha producido,

[31] Fontan Balestra Carlos, Derecho Penal, Introducción y parte general, Ediciones Arayú, Bs. As., año 1953, págs. 40/41. Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino, T° I, Editorial TEA, Bs. As., año 1963, págs. 59, 60, 61 y 62.

también el otro debe haberse producido forzadamente. Así por ejemplo si se viola el tabú, una determinada desgracia ha de ocurrir; inversamente, si una desgracia se produce, es porque tal tabú ha sido violado.

La prohibición: el tabú. Las prohibiciones mantenidas en los pueblos primitivos, que reciben el nombre de tabú se sustentan en principios mágicos, conclusión a la que se ha arribado sobre la base de estudios sobre la relación que existe entre lo penado y lo prohibido. Para Fontan Balestra[32] la palabra tabú ha sido tomada del lenguaje polinesio, y su significación no es fácil para nosotros, porque carecemos de la noción que a ella corresponde. El tabú se traduce fundamentalmente en una serie de prohibiciones o restricciones y los fines perseguidos son muy diversos: desde la protección de los personajes importantes, hasta la de evitar ingerir ciertos alimentos, pasando por la defensa de los débiles. La prohibición o el peligro esta en el ataque a lo sagrado o consagrado, en razón de la misma naturaleza mágica de estas instituciones. La noción primitiva supone que el castigo por la violación del tabú se produce automáticamente. El tabú se venga a sí mismo. Mas tarde, es la acción de las fuerzas demoníacas, para pasar luego a ser ejercido por los reyes, jefes y sacerdotes.

La antropología y la sociología modernas han profundizado y renovado los puntos de vista para la comprensión del hombre primitivo y, como consecuencia la de las formas sociales que entre ellos regían. La interpretación racional de los fenómenos, tan característicos de una cultura evolucionada, basada en la construcción conceptual, no explica claramente los hechos sociales primitivos, porque la cultura del

[32] Fontan Balestra Carlos, op. cit. pág. 42.

hombre primitivo no estaba construida sobre una base científica, naturalista y experimental, como la nuestra, que descansa, ante todo, en los principios de identidad, contradicción, y razón suficiente. La idea de causalidad, tan influyente en todas nuestras actividades, se muestra totalmente rudimentaria, y gran parte de los fenómenos son explicados no por esa ley sino por principios mágicos[33].

Con los documentos de su tiempo, Freud cuando escribió "Tótem[34] y tabú[35]" en 1912, busca el significado del tabú del incesto y del tabú que protege al animal totémico, y formula la idea de que la prohibición del incesto resulta de la represión inconsciente de la tendencia natural al incesto; mientras que el tabú del tótem

---

[33] Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino, T° I, Ed. TEA, Bs. As., año 1963, pág. 59.

[34] Objeto de la naturaleza, generalmente un animal, que en la mitología de algunas sociedades se tomaba como emblema protector de la tribu o del individuo, y a veces como ascendiente o progenitor. Emblema tallado o pintado que representaba el tótem (Diccionario de la lengua española, Editado por la Real Academia Española, T° II, Madrid, año 1992, pág. 2.002). Planta, animal u objeto con el que un clan tiene relaciones especiales. Para Durkheim era el representante de la religión social de un pueblo. Max Müller, en cambio, sostiene la inexistencia del contenido religioso: el tótem representa el nombre del clan, de los antepasados y del objeto venerado (Diccionario Enciclopédico Bruguera, T° 5, Editorial Bruguera S. A., España, Barcelona, año 1979, pág. 1937). Totemismo: Sistema de relaciones sociales, religiosas y culturales derivadas de la creencia en un tótem. Una serie de prohibiciones (tabú) serían consecuencias de este mismo complejo de creencias. Freud vio en el tótem una representación simbólica del padre o de la madre y percibió en los cultos totémicos la ambivalencia de sentimientos propia del complejo del Edipo (Diccionario Enciclopédico Bruguera, op. cit. pág. 1937).

[35] (Del polinesio tabú, lo prohibido). Prohibición de comer o tocar algún objeto, impuesta a sus adeptos por algunas religiones de la Polinesia (Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, op. cit. pág. 1.930).

resulta de la represión de la tendencia a matar al padre por parte del hijo. El tabú del incesto, cuya prohibición es universal, pero su aplicación revela variaciones. Se puede considerar como casi universal la prohibición madre-hijo. Pero el tabú se extiende con frecuencia al padre, a las uniones entre hermanos, a los tíos y tías, incluso a ciertos primos y cuñados[36].

Sebastián Soler fija los caracteres propios de la mentalidad prelógica, que se sintetizan así: a) Las primitivas prohibiciones no responden a razones biológicas, sino estrictamente sociales. c) Las sanciones tienen un matiz marcadamente expiatorio y religioso, ya que a la violación del tabú sigue, como consecuencia, una desgracia determinada. c) La sanción es automática y por ello objetiva. El ser humano o la cosa que ha violando la prohibición tabú es el objeto del castigo. No interesa, entonces, que la violación haya sido cumplida conciente o inconscientemente. d) La responsabilidad no queda circunscripta al individuo que ha roto la prohibición, sino que, a menudo, se extiende a todos los componentes del grupo, y cualquiera de sus miembros puede ser objeto de la reacción provocada[37].

Actualmente existe consenso en que la culpabilidad en cuanto elemento y fundamento de la responsabilidad civil es producto de una lenta evolución de conceptos jurídicos[38]. Los pueblos primitivos practicaban una imputación objetiva

---

[36] Henri Ey – P. Bernard – C. H. Brisset, Tratado Psiquiatría, 8vta. Edición de la 5ta. ed. francesa, Revisada y puesta al día por Masson S. A., (año 2.000), págs. 877/881.

[37] Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino, T° I, Editorial TEA, Bs. As., año 1963, págs. 61, 62 y 63.

[38] Trigo Represas F. – López Mesa Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, T° I, Ed. La Ley (Bs. As. año 2.004), pág. 682).

rigurosa[39], no conociendo el concepto de culpabilidad, sino utilizando un sistema imputativo elemental, fundado sobre la causalidad material[40]. Esa etapa del proceso

[39] En efecto, en los primitivos pueblos orientales, como Babilonia, Israel, Egipto, China, India y Persia, la responsabilidad era objetiva y resultaba de un sistema imputativo elemental, fundado en la causalidad material (Trigo Represas Félix A. y López Mesa Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, Ed. La Ley, Bs. As., año 2.004, t. I, p. 682, N° 1.4.c.). Nacía de la mera circunstancia de haberse ocasionado un daño a otro, lo que por sí solo acarreaba, sin discriminación sobre los factores que podían haberlo provocado, la imposición de la o las penas al autor del hecho, a veces al jefe del grupo o del clan, e inclusive colectivamente a toda la tribu o familia a la que pudiese pertenecer el primero (Bustamante Alsina, Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, 9° Edición Abeledo-Perrot, Bs. As. año 1997, p. 27, n°1 y ps. 42 y ss., n° 40 y ss.; Colombo Leonardo A., Culpa Aquiliana (Cuasidelitos) 2° Ed. TEA, Bs. As. Año 1947, ps. 95 y ss., n° 26 y ss.; Trigo Represas Félix A., La noción clásica de culpa. Domat. Código Civil Francés. Código Civil Argentino, en la obra colectiva Revista de Derecho de Daños, bajo la dirección de Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti, intitulada La Culpa I, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2.009, págs. 35/36). Además, lo mismo había sucedido también en el antiguo Derecho Romano.

[40] En las primitivas comunidades todo daño causado a la persona o bienes de otro despertaba en la víctima el instinto de venganza. El hombre respondía a un instinto natural de devolver el mal por el mal que había sufrido. Era una reacción absolutamente espontánea. El hombre primitivo bajo la impresión del dolor reaccionaba involuntariamente movido por un sentimiento de cólera contra la causa aún inocente de ese sufrimiento. El dolor gobierna soberanamente el sentimiento jurídico del hombre primitivo. La injusticia es apreciada no según su causa, sino según su efecto; no según las circunstancias relativas a la persona del autor sino desde el ángulo de la victima. Cuando la pasión es excitada no importa mucho que sea la intención o la negligencia a aún el azar que haya conducido la mano que ha causado el mal. La pasión impone la expiación aún del inocente. Ihering, Rudolf von, Etudes complémentaires de L´esprit de Droit Romain. De la faute en Droit Privé, París MDCCCLXXX, p. 10.

histórico de la reacción humana frente al daño, bajo el imperio de la pasión y con sus dos notas que se destacan, por un lado la conducta de la víctima frente al autor del hecho lesivo en aquellos primitivos tiempos, y por otro lado la pasión dominante hace perder de vista la culpabilidad. Es que interesa más el castigo del agente ofensor para satisfacer el espíritu vengativo de la victima del daño, que perseguirlo para obtener la reparación del perjuicio sufrido. A la violencia se opone la violencia. El mal se paga con el mal. Por el daño recibido se causa un daño semejante. Es la Ley de Talión: "ojo por ojo y diente por diente". Es este el periodo de la venganza privada, la forma más imperfecta y más antigua de represión de la injusticia.

Luego con la organización jurídica de la sanción aparece la composición voluntaria y cuyo transito es de la venganza a la composición. Comienza a imperar la reflexión y priva sobre el instinto salvaje y el damnificado que tiene el derecho de venganza también puede perdonar mediante la entrega por el ofensor de una suma de dinero libremente convenida. Es la época de la composición voluntaria, del rescate de la pena privada. Bajo este segundo hito de evolución el ofendido si quiere puede aún vengarse; no está constreñido a la pena. El ofensor puede ofrecer la entrega de dinero para rescatar el agravio inferido evitándose tener que soportar la venganza de la victima en su propio cuerpo. Si ésta acepta deberán acordar el monto de la pena.

Y finalmente entramos en el tercer hito de evolución que denomino la "composición legal" y del "delito privado", que se inicia cuando las organizaciones políticas se consolidan y la autoridad se afirma, se ve la necesidad de institucionalizar

---

cit. por Bustamante Alsina Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, Ed. Abeledo-Perrot (Bs. As. 1988), p. 13.

el sistema de las composiciones haciéndolas obligatorias para asegurar la tranquilidad pública. En este periodo de la composición legal obligatoria el Estado fija para cada delito una cierta suma de dinero que el ofendido debe aceptar y el ofensor está obligado a pagar. En los casos de los delitos del derecho criminal el Estado también interviene en el castigo de los culpables. El estado aparece ya interesado no solamente en la represión de las infracciones dirigidas contra él, sino también de aquellas dirigidas contra los particulares. Cuando el Estado es bastante fuerte suprime la composición como ha suprimido la venganza; procede por sí mismo a la represión, erige los delitos privados en delitos públicos. Es lo que hacen los Estados modernos. Así aparece la responsabilidad penal que persigue el castigo al delincuente y la responsabilidad civil que tiende a resarcir pecuniariamente el daño causado a la victima, pues no es una cuestión de venganza sino de reparación.

Bajo el subtítulo "El humanismo" nos enseña Carlos Fontan Balestra[41] que a medida que la humanidad progresa surgen nuevas ideas para destruir la arbitrariedad ejercida por quienes sustentaban el poder. Son aquellas que, basadas en la razón y en el derecho natural, colocan al hombre frente al Estado.

En suma, a grandes rasgos hemos descripto –a mi juicio- los cuatro hitos de la evolución histórica de la reacción humana frente al daño, que son: "el salvajismo", "la barbarie", "la civilización" y la "humanización de la civilización", esta última etapa contemporánea con la suscripción e incorporación al Derecho

[41] Fontan Balestra Carlos, Derecho Penal, Introducción y parte general, Ediciones Arayú, Bs. As. 1953, pág. 60.

Público Interno por parte de los Estados modernos de los Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos.

4.- La culpa en el Código de Hammurabi, en el antiguo derecho egipcio, griego y en el Código de Manú.

Existen algunos antecedentes de responsabilidad por culpa en el Código de Hammurabi[42] (arts. 72 a 75)[43], algún antecedente egipcio[44], griego[45] y en el Código

[42] Hammurabi o Hammurapi (h. 1728-h 1686 a.C). Sexto rey de la primera dinastía (amorita) de Babilonia. Gran estratega militar y político, fundó el imperio de babilonia, desde el golfo Pérsico al desierto de Siria, consiguiendo su unidad administrativa y religiosa. **Código de Hammurabi:** Monumento legislativo que respondió a la política unificadora del monarca Hammurabi. Constituye una acabada concepción de legalidad y su detalle y rigor son él más antiguo antecedente de la jurisprudencia. Previó derechos, obligaciones y penalidades para todos los aspectos de la vida social de Sumer y Akkad, Fuente: Diccionario Enciclopédico Bruguera T° III, (Editorial Bruguera, España 1979), pág. 1.014. Si bien fue un monarca despótico pero brindó a su pueblo estabilidad jurídica y económica. En principio valiéndose del código, consolida una recta administración de justicia que brinda seguridad a las transacciones comerciales y a los mercaderes extranjeros, lo que desarrolla un ingente comercio y redunda en prosperidad para su pueblo. El código se halla grabado en un bloque de basalto negro, de 2,25 m de alto por 1,90 m de ancho, denominado "estela" por su forma redondeada en la cúspide y ornamentado con relieves e inscripciones. En la parte superior se encuentra grabada una imagen del monarca Hammurabi y otra de Asmas, dios de la justicia; el resto de la estela contiene el texto del código escrito en caracteres cuneiformes. La primera traducción del código fue realizada por Jean Vicent Scheil en el año 1.902; Fuente: Garrone José Alberto, Diccionario Jurídico, T° I (A-D), Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1993, págs. 391/2. El código esta compuesto por un total de 285 textos, agrupados con un muy buen criterio y que entre otros temas, comprende derechos personales, la indemnización de daños y perjuicios, derechos reales, familia, comercio, legislación del trabajo, etc. La legislación penal tiene reminiscencias bárbaras. Comienza con disposiciones inspiradas por la ley del

talión que tomaban miembro por miembro y vida por vida. Pero con el correr del tiempo, estos castigos fueron reemplazados por su equivalente en dinero, determinado según un calculo de daños e intereses. (Garrone José Alberto, op. cit. T° II, (E-O), Págs. 225/6.

[43] Según Colombo este cuerpo legal, fue puesto en vigor en el siglo XX a. C. Sus preceptos, que tuvieron gran influencia en casi todos los pueblos vecinos a la antigua Babilonia, fueron traducidos perfectamente y, aunque no llegaron completos hasta nosotros, dan pauta de las costumbres y del estado social de la época (Bonilla y San Marín, Adolfo, "El Código de Hammurabi", Madrid, 1.909). Dispone el art. 230. Si un arquitecto ha construido una casa para otro, y no ha hecho sólida su obra, si la casa construida se ha derrumbado, y ha matado al dueño de la casa, ese arquitecto es merecedor de la muerte. Art. 231 dice: Si es el hijo del dueño de la casa el que ha sido muerto, se matará al hijo de ese arquitecto. Art. 235 establece: Si un barquero ha calafateado un barco para alguno y, no ha hecho solidamente su trabajo, si este mismo año pone en marcha el barco y si experimenta alguna avería, el barquero cambiará el barco, lo reparará a su propia costa y devolverá el barco reparado al dueño del barco". Cotejando estos versículos con los que se refieren a los delitos propiamente dichos, se verá que aplican las mismas penalidades que para los crímenes que para los robos (véase párrf. 6, 7 y 195 a 214), sin separar para nada, dándoles categoría real, propia y justa, al dolo de la negligencia, la impericia o la falta de cuidados. "Si un médico –dice el párrafo 218- ha tratado a un hombre libre una llaga grave con el punzón de bronce, y ha hecho morir al hombre, si ha abierto la nube del ojo del hombre con el punzón de bronce, y ha saltado el ojo del hombre, se le cortarán las manos"(Colombo Leonardo A., op. cit., págs. 96 y 97).

[44] Expuso Colombo que se desconocen las leyes egipcias –extraviadas, como están, los códigos amoniano, de Bochoris y de Amasis, destruidos quizás, en el incendio de Alejandría por las huestes de Omar- los indicios que nos han transmitido los cronistas e historiadores, Herodoto entre ellos, permiten suponer con fundamento, que, siendo más antiguas todavía que las de Hammurabi, no acogían principios de mayor eficacia que los de éste. No es arriesgado afirmar, por eso, que el monumento desenterrado en Susa por Mr. J. de Morgan es fiel reflejo del pensamiento jurídico imperante en todos los países cultos de la antigüedad remota, pensamiento que permaneció inmutable durante siglos, hasta

de Manú[46]-[47]-[48]. En la "Culpa y Sanción" de Marcelo Urbano Salerno[49] -este autor- refiere que en las obras teatrales de Esquilo[50] y Sófocles[51] se puede apreciar la

---

que la sutilaza y penetración de las mentalidades griega y romana iluminaron sus especulaciones, abriendo el camino hacia una meta, más científica, que el ser humano, siempre insaciable, no ha logrado todavía alcanzar plenamente (Colombo Leonardo A., op. cit. págs. 96/97.

[45] No debemos olvidar, que la vida política griega se desarticula en una serie grande de instituciones locales de las ciudades, y que, por esto, por encima de la importancia histórica – muy relativa- del derecho penal griego, el aporte fundamental de ese pueblo consiste en que Grecia, por primera vez, el pensamiento humano construye una completa base teórica de la política y del derecho, en el cual se ha de asentar todo el pensamiento científico de Occidente. El pensamiento de Sócrates, de Platón y de Aristóteles acerca de estos problemas es, con mucho, históricamente más importante que la realidad del derecho griego (Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino, T° I, Ed. Astrea 19863, págs. 68/69).

[46] Boffi Boggero, Luis M., Tratado de Las Obligaciones, T° 2, Ed. Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos., Bs. As. 1973 p. 191, autor que al abordar en el tópico 462 sobre el origen histórico de la culpa dice: Antiguamente vinculada al casus, se aprecian conceptos de culpa ya en el antiquísimo Código de Hammurabi (arts. 72, 75 y afines del libro XI); entre los hebreos, donde se penaba el delito cometido por yerro o descuido; entre los egipcios, los griegos, y en el Código de Manú, de la India, pero aclara que es en Roma donde la culpa stricto sensu adquiere su concepción mayor. Trigo Represas Félix A. – López Mesa Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil. T° I, Ed. La Ley, Bs. As. 2.004, p. 682.

[47] **El Código de Manú.** Compilación de leyes de la India de carácter jurídico y religioso que prescribe el comportamiento de los hombres en la vida terrenal. Se desconoce a ciencia cierta la fecha en que fue confeccionada, pero la mayoría de los historiadores ubica esta recopilación entre los años 1.200 y 900 a.C.; su autor también se desconoce, algunos estudiosos atribuyen su confección a un brahmán; Manú, que con el correr del tiempo se convirtió en una deidad; otros, intentando una explicación, la atribuyen a Brama. El Código de Manú se halla dividido en doce libros, que pretenden abarcar todos los aspectos del comportamiento humano, incluyendo el religioso. Cabe agregar que se halla escrito en sánscrito y

que, si bien en una época muy remota constituyó un adelanto social (limitaba la venganza privada), posteriormente resultó ser un impedimento para las reformas sociales que la India necesitaba, cit por Garrone José Alberto, op. cit. T° I, págs. 392/3.

[48] Se contempló la violación del derecho ajeno desde un punto de vista meramente objetivo, confundiendo casi siempre los hechos delictuosos con los culposos, contiene sin embargo algunos párrafos que ponen de relieve una diferenciación entre ambos que, pese a su empirismo, no deja de ser sugestiva apenas se la confronta con algunos textos sancionados en edades muy posteriores. En la esfera de las convenciones particulares (Manú, libro VIII, 163) "todo contrato hecho por una persona ebria, o loca, o enferma, o enteramente dependiente; por un niño, por un anciano o por una persona que no está autorizada", carecía de todo valor, lo cual no ocurría, en verdad con los hechos ilícitos, regidos de modo diametralmente opuesto: "que la pena infligida por el rey a las mujeres, a los niños, a los dementes, a las gentes de edad, a los pobres y a los enfermos sean el ser azotados con un látigo o una rama de tronco de bambú, o ser atados con cuerdas" (Manú, libro IX, 230). En numerosas cláusulas este cuerpo legal se refería directamente a la imprudencia, la negligencia y a falta de cuidados. Pareciera que se intuía que algo las separaba de los hechos más graves, pero la sospecha se desvanece cuando se repara en la calidad e intensidad de las sanciones adoptadas. Valgan estos ejemplos: "Cuando el campo ha sido devastado por culpa de los ganados del mismo cortijero, o cuando no siembra en tiempo conveniente, debe ser castigado con una multa igual al décuplo del valor de la parte de la cosecha que le toca al rey, la que se ha perdido por su negligencia, o solamente la mitad de esa multa, si la culpa es de sus asalariados, sin que él lo haya sabido". "Cuando un animal se pierde, lo matan los reptiles o perros o cae en un precipicio, y esto ocurre por negligencia del guardián, está obligado a dar otro igual" (Manú libro VIII, 232 y 243). "Todos los médicos y cirujanos que ejercen mal su arte merecen la multa; ésta debe ser de primer grado en caso relativo a animales, de segundo grado si se trata de hombres" (Manú, libro IX, 284). Por otra parte, las leyes de Manú aludían a la responsabilidad por los hechos propios, por los hechos del guardián y por los hechos de los animales, valorando diversas situaciones y dando raíces antiquísimas a una distinción que perdura actualmente: "Durante el día, la responsabilidad relativa a la seguridad de los ganados correspondía al guardián; durante la noche, su seguridad corresponde al dueño,

discrepancia entre la antigua concepción objetiva y la moderna concepción subjetiva, con lo cual pueden rastrearse antecedentes importantes de la idea de culpa en esas obras teatrales. Y es que la llamada sanción resarcitoria ya aparece configurada en el pensamiento griego, donde se replanteó el enfoque objetivo para relacionar la atribución jurídica a la causalidad física. La libertad –bien supremo por excelencia- va acompañada del deber de responder, bajo el influjo de la creciente individualización, al decir de Jaegger, citado por Marcelo U. Salerno[52]. En el plano normativo, el derecho ateniense, según recuerda Beauchet, no adoptó una regla fija, ya que la responsabilidad

---

si el rebaño está en su casa; pero si ocurre de otra manera, si noche y día el rebaño está confiado al guardián, es el guardián el responsable" (Manú, libro VIII, 230). Finalmente, igual que en otras leyes parecidas, un mismo hecho recibía diferentes sanciones según la mayor o menor intensidad de sus móviles: "Por haber injuriado a un hombre de la misma clase que él, un Dwidja será condenado a doce panas de multa; tratándose de términos infames, debe duplicarse generalmente la pena" (Manú, libro VIII, 269) (Colombo Leonardo A., op. cit. págs. 99/100).

[49] Salerno Marcelo Urbano, en Culpa y Sanción (Capítulo XII) de la obra colectiva Derecho de Daños, Segunda parte, Ed. LaRocca, Bs. As., año 1993, págs. 280/1.

[50] Esquilo (h. 525-456 a. C.). Dramaturgo griego. Diccionario Enciclopédico Bruguera, T° II, Ed. Bruguera S. A., España 1979, pág. 792.

[51] Sófocles (496-406 a. C.). Poeta trágico griego. Vivió en la época de mayor apogeo cultural y político de Atenas y participó de la vida pública de la polis. Sus obras se caracterizan por la introducción del tercer actor y la importancia concedida al factor psicológico de sus personajes. (Diccionario enciclopédico Bruguera, op. cit. T° 5, pág. 1.849).

[52] Jaegger Werner, Paideia, Fondo de cultura económica; México, 1957, p. 160, cit. por Salerno Marcelo U., op. cit. p. 281.

del deudor derivaba de acuerdo con las particularidades de cada contrato, mediante una apreciación in concreto[53].

Sobre las normas de responsabilidad entre los hebreos –ha investigado el Dr. Jorge Mosset Iturraspe[54]- y ha demostrando el carácter religioso y colectivo de la responsabilidad, que fue característico de esa idea existente en el pueblo Israelí. La violación de la ley era esencialmente un pecado y configuraba, a la vez, un crimen y un acto de responsabilidad civil[55]. Esta violación exige un castigo, de una gravedad que

---

[53] Beauchet Ludovic; Histoire du Droit Privé de la República Athéniense, París, 1987, t. IV, p. 411, cit por Salerno Marcelo U., op. cit. pág. 281.

[54] Por su parte el Dr. Sebastián Soler en su obra Derecho Penal Argentino, T° I, Ed. TEA, Bs. As. 1963, reseñaba con respecto a las Leyes Mosaicas que: "El Derecho del Pueblo israelita se encuentra en el Pentateuco, conjunto de los cinco primeros libros del antiguo testamento atribuidos a Moisés. Y agrega que contrariamente a lo que sucede en la legislación de Hammurabi, en el Pentateuco el derecho primitivo tiene un marcado carácter religioso; la pena está dotada de un sentido expiatorio, y es impuesta por mandato de la divinidad. Encuéntranse numerosas prohibiciones de carácter tabú. Por otra parte, las formas de represión talional son muy frecuentes, y aun encontramos formas de venganza privada para el homicidio doloso; pero el mismo procedimiento no se sigue para el homicidio imprudente, el cual era juzgado y confinado, y sólo quebrantando ese confinamiento podría ser muerto por el pariente de la víctima".

[55] Las semejanzas entre el derecho babilónico y el de Moisés son sumamente acentuadas. La Ley del talión se reproduce íntegramente en el pueblo hebreo: "Si hubiere muerte, entonces pagarás la vida por la vida; ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe". El concepto de iniuria, considerado objetivamente, también aquí conducía a soluciones violentas, que imponía la obligación de resarcir el damnum provocado, sin atender a la causa generadora. "Si un buey acorneare hombre o mujer, y de resultas muriera, el buey será apedreado,

tiene en cuenta la dignidad del pecador (Lev. 4.1.35; la misma idea se encuentra en Platón; en el Derecho chino primitivo y en las costumbres africanas) y, asimismo, la indemnización del daño causado. Por lo mismo que tienen un carácter religioso, la violación de la ley origina responsabilidad colectiva. Colectiva, dice el autor parafraseado –citando a Tunc- "en dos direcciones: horizontalmente, en el sentido de que el Antiguo Testamento relata no solamente lo que Dios ha hecho por Israel, sino también, lo que Dios ha hecho a Israel cuando le ha sido infiel, y verticalmente, en el sentido de que ella desciende de generación en generación. Dios ha hecho por Israel, pero también Dios ha censurado y castigado a la humanidad, desde el momento de la Creación, puede así decirse, por el pecado de Adán y Eva. Pese a todo ello, la idea de responsabilidad individual aparece pronto en el pueblo de Israel, según nos relata el Antiguo Testamento: Noé se salvó del Diluvio Universal, porque fue "Juzgado un hombre justo, sin culpa entre de los de su generación" (Gén. 6.9) Abraham obtiene de Dios la promesa del perdón de Sodoma, a condición de encontrar "Diez hombres justos". No los encuentra; empero, Loth y su familia; las únicas personas justas de la ciudad, son salvadas. Se juzgaba, igualmente, que la culpa en la violación de una ley religiosa podía ser cometida aun involuntariamente. En el libro del éxodo encontramos relatos sobre las sanciones variadas y matizadas: casos de compensación o

---

y no se comerá su carne; más el dueño del buey será absuelto" (Éxodo: XXI, 28. Véase también: id. XXII, 14 y 15) (Colombo Leonardo A., op. cit. pág. 98).

multiplicación de la misma (Ex. 22.16); de excusa de provocación (Ex. 21.12.14) o de castigo para aquél que crea el riesgo de un accidente (Ex. 21.33-34; 22.29-29)[56].

Nos enseñan Trigo Represas y López Mesa –citando a Peña López- que el origen de la culpabilidad, como criterio moral de valoración de un comportamiento humano, parece estar íntimamente conectado con una nueva visión de la realidad que aparece por primera vez en la Grecia clásica. La explicación de este hecho es sencilla: la consideración del hombre como un individuo libre y capaz de decidir su propio destino (principio de libre albedrío) hizo posible por primera vez pensar en un sistema moral en el que cada hombre responda personalmente por no haberse comportado de acuerdo con los principios aportados. La responsabilidad por culpa constituye, en dicho sistema, el correlato necesario de la exaltación de la libertad personal[57].

Si estudiamos al derecho romano, que recogió el legado helénico, vemos que en este sistema se pasó de una etapa de culpa tipificada a otra de graduación en cada caso particular, conforme la voluntad del autor del hecho dañoso (lata, leve, levísima). Por un lado, la lex Aquilia la incorporó a la idea de "*iniuria"*; por otro lado se estableció un régimen complejo para los supuestos de incumplimientos de los contratos. Esta distinción, basada en que la responsabilidad sea contractual o

---

[56] Tunc, Andre A., La responsabilicé, Económica, Paris, 1981, n° 57, p. 52, cit. por Mosset Iturraspe Jorge, en Responsabilidad por daños, T° I; parte general, Ed. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 1998, págs. 23/24.

[57] Peña López E., La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual, Ed. Comares, Granada, 2.002, p. 11, cit por Trigo Represas F., López Mesa Marcelo J., en Tratado de la responsabilidad civil, T I°, Ed. La Ley Bs. As. 2.004, pág. 683.

extracontractual, fue decisiva en la elaboración del concepto. Como puede observarse a esta altura del desarrollo y de lo que más abajo se abordará, -en el balance del análisis histórico- cabe concluir que durante siglos, Occidente se guió por una misma creencia subjetiva sobre la culpa basada en la religión, la filosofía y el derecho[58].

Sin embargo, es necesario advertir, que pese a estos antecedentes sobre la culpa, lo cierto no se le prestó mayor importancia en las primeras fases del derecho. Era suficiente y así se consideraba que el daño tuviera reconocida una reacción jurídica, que fuese el resultado de un hecho humano que lesionase el orden jurídico, sin llegar a investigar el estado psicológico del autor del hecho. Era suficiente, que el daño pudiera reconducirse materialmente a una persona. En suma, no se determinaba ni se consideraba si el agente dañador era un menor de edad que carecía de discernimiento o un insano, pues no se analizaba si el acto había sido voluntario o involuntario.

Finalmente adherimos a la corriente sustentada por Trigo Represas- López Mesa[59] al considerar que ni antes ni después de la sanción de la Lex Aquilia, los romanos contaron con un principio general, equivalente a nuestro articulo 1.109 del Cód. Civ. Puede decirse entonces con asidero que para los romanos no existió nunca

---

[58] En cambio, los germanos siguieron la tendencia primitiva, manteniendo una posición objetiva de tipo pragmática. De alguna manera han influido en ciertas formulaciones modernas por la simplicidad de su esquema basado en la causación del daño. Valga aclarar que estuvieron muy lejos de prever los problemas del maquinismo, ya que en su origen fueron pastores nómades. (Planitz Hans, Principios de derecho privado germánico, Bosch, Barcelona, 1957, ps. 223 a 226 y 270 a 275, cit. por Salerno Marcelo U., op. cit. pág. 281).

[59] Trigo Represas- López Mesa, op. cit. T° I, pág. 684.

"la culpa", sino "las culpas", esto es, no un principio general de raigambre teórica, sino una multitud de casos concretos y puntuales, donde se evidenciaba que una persona había obrado con negligencia crasa o ignorancia supina y, por ende, debía ser condenado a resarcir el daño que provocara.

5.- La legislación de los pueblos de raza amarilla

En este acápite seguimos a los estudios realizados por Colombo, quien afirmó que el derecho penal chino, al igual que el japonés reposaban sobre la idea de la venganza, el talión configuraba, como en todas las colectividades primitivas, el cuadro de las sanciones, aunque se permitió reemplazar la pena por una suma de dinero cuando el poder social se encargó de prevenir y de castigar los crímenes. El Chou-King, libro que remonta al período comprendido entre los siglos XX y VII antes de nuestra era, ofrece una clara muestra del sistema imperante y hace saber que el acto delictivo suponía la intención criminosa y que la infamia del culpable no debía recaer sobre los herederos inocentes. De atenernos a Dareste, tan bellos los conceptos no fueron, en realidad, aplicados ni mucho menos, pero producen la ligera sospecha de que en materia de culpa extracontractual la responsabilidad objetiva puede haber sido suavizada por un criterio más exacto de la iniuria. El espíritu analítico y sagaz de los hombres de raza amarilla, sobre todo en un esplendoroso lapso de su historia, del cual surgieron descubrimientos que revolucionaron la faz de la humanidad, da ánimo para abrigar y defender tal sospecha, la que quizás se convierta en certidumbre cuando otros

elementos de juicio disipen las vacilaciones actuales. Así se explayaba Colombo en el año 1947, fecha en que se editó la obra en consulta[60].

6.- Las leyes Helénicas

En los orígenes del derecho griego –nos relataba Leonardo A. Colombo[61]- que la injuria estaba constituída por el solo daño ocasionado injustamente, aunque no se sabe a ciencia cierta si el derecho ático era en este tópico igual al romano de la ley Aquilia o había reconocido la distinción entre dos clases de culpa, contractual o extracontractual, independizando las respectivas acciones. Lo más probable es que tal independencia no haya existido nítidamente. Contra ese daño se concedía una acción tendiente a obtener la reparación correspondiente, basado en la injuria producida, por la cual se persigue la reparación de un daño causado al patrimonio o, mas generalmente todavía, de un perjuicio cualquiera. Poco importa, además, que este perjuicio tenga por causa un acto cometido sin derecho por el autor del daño o la omisión de un acto que este ultimo estaba obligado a cumplir. Según algunos, distinguíase, con todo, la injuria voluntaria, que obligaba a imponer una condena in duplum, de la involuntaria, que se concretaba en una sanción in simplum. El factor subjetivo era evidente, de aceptarse esta distinción, pero ha sido puesto en duda por más de un autor al enfrentarse con textos como el pasaje de Aristófanes en Avispas. Indudablemente que la reparación del daño tenía carácter punitivo, de acuerdo con la tradición secular, pues siendo todo daño injuria, la compensación se traducía en una

---

[60] Colombo Leonardo A., op. cit. pág. 101.

[61] Colombo, Leonardo A., Culpa Aquiliana (Cuasidelitos), segunda edición, Editorial TEA, Bs. As., año 1947, págs. 101/103.

pena, aunque de índole privada. Se concedía por ejemplo, contra los perjuicios producidos por las personas o por los animales, haciéndose responsables a los dueños de estos. En este último caso, e igualmente cuando la lesión era originada por los objetos materiales, tendía a que el propietario los entregase a los damnificados, quienes ejercían sobre ellos su vindicta. Se ha sostenido, también, que la acción se otorgaba en la hipótesis de daño ocasionado contractualmente, lo que vendría a demostrar, como dijimos al comienzo, que la materia de la culpa aquiliana no había logrado plena autonomía y desarrollo. Las fuentes no prueban fehacientemente el aserto y lo más probable es que al interesado se le diesen, subsidiariamente, todos los medios imprescindibles para obtener amplia satisfacción, reconstituyendo la parte afectada de su patrimonio. Los argumentos esgrimidos por Beauchet, no son, con todo, invulnerables a la sana crítica, al estimar, por el contrario, que la reparación de la injuria o del daño puede ser empleada no solamente en los casos de culpa aquiliana, sino también en las faltas contractuales y que, por consiguiente, puede ocurrir con la acción nacida del contrato para asegurar la ejecución de las obligaciones del deudor o para procurar al acreedor los daños e intereses a los cuales tiene derecho en caso de inejecución. Es necesario, sin duda, conceder mucha importancia a las expresiones empleadas por los oradores, pues como se ha observado varias veces, la terminología del derecho ático es muy incierta (Beauchet, citado por Colombo Leonardo A., op. cit. pág. 103)[62].

[62] Colombo Leonardo A., op. cit. pág. 103.

La acción se concedía, entre otros casos, contra el usurpador de nombre, contra el posadero por cuya culpa el huésped había sido víctima de un robo o hurto, contra el que exponía a otro al peligro de ser procesado por falso testimonio, etc.

7.- La culpa en el Derecho Romano. La Ley de las XII Tablas. Ley Aquilia. Los cuasidelitos en las Institutas de Justiniano (según Bustamante Alsina). Función de la culpa.

Nos enseñaba Colombo[63] que ante la frase *rupitia sarcito* no parece dudoso que esa ley dispusiera la obligación de reparar el daño causado y que contemplase las diferentes formas especiales de la injuria. Así, la Tabla VIII dice: 2.- Mutilado un miembro, si no hay transacción, impóngase al autor la pena del talión. 3.- La (acción *injuriarum)* legítima de las XII Tablas impone una pena de 25 sextercios por injuria (lesión) a otro... y si lesiona un hueso con la mano o palo a un hombre libre, páguense trescientos; si es esclavo, 150 sextercios. 4.- Disposición general (discutida) sobre el resarcimiento del daño. 5.- Si se dijese que un cuadrúpedo había causado daño, derívase una acción de la ley de las XII Tablas, que quiso que se diese lo que causó, esto es, el animal que hizo el daño o que se ofreciese el importe del perjuicio.

La ley de las XII Tablas preveía numerosos casos particulares: incendio de una casa o de un molino de trigo ubicado cerca de ella; tala de árboles ajenos; estragos causados por un animal llevado por su dueño a pastar en el campo del vecino en tiempo de cosecha, etc.

---

[63] Colombo, Leonardo A., op. cit. pág. 105/107.

Hay que convenir que los historiadores mas cotizados han hallado en las XII Tablas rastros de la concepción bárbara y vetusta que atribuía carácter de delito a todo daño causado injustamente y de pena a la respectiva sanción. Frente a ello, sin embargo, no notaba ya un amago de reacción contra el principio universalmente aceptado de la culpa objetiva, pues en algunos casos especiales se tenía en consideración el ánimo del autor, en otros los impúberes estaban, por su incapacidad, libres de pena aunque no de indemnizar el daño, y en otros, por fin, la venganza privada era reemplazada por la intervención del poder público[64].

El origen y desarrollo del concepto de culpa – refieren Peña Guzmán y Argüello - se presenta un tanto oscuro o cuando menos puede afirmarse que existe sobre el particular una gran incertidumbre debido, indudablemente, a que el Derecho Romano no llegó a crear una teoría general sobre la misma. Es probable que el concepto de culpa hubiera tenido su primera manifestación en el campo de los delitos privados, como consecuencia de la regulación que la misma hizo la lex Aquilia, pasando posteriormente a la esfera contractual. De ahí es que los comentaristas hayan distinguido la culpa extracontractual, llamada aquiliana[65], que surge entre dos personas

---

[64] Colombo Leonardo A., op. cit. pág. 106.

[65] ***José M. Carames Ferro al tratar las obligaciones que nacen quasi ex delito (como de un delito), señala que aparte de las obligaciones nacidas de los delitos se reconocieron, en Roma, las nacidas como de un delito (quasi ex delicto). En el derecho moderno el criterio de distinción entre los delitos y los causi delitos reside en la intención del agente; el delito supone, por parte de su autor, la intención de dañar (dolo), mientras que en el cuasidelito excluye esa intención, traduciéndose en un simple daño causado por culpa o negligencia del agente. En Roma, en cambio, no sucedía lo mismo, pues existía allí un delito, el de la ley Aquilia, que no requería para su existencia la intención de dañar.***

Por otra parte, veremos en seguida que se consideraba obligación nacida quasi ex delito la del juez que hacía suyo el proceso, en el cual en muchos casos existía, evidentemente, un daño intencionalmente causado. ¿En qué criterio se fundaría entonces la distinción entre las obligaciones nacidas ex delicto y las quasi ex delicto? Parece que lo fuera – dice Carames Ferro – en una razón puramente histórica: Las primeras serían las derivadas de hechos ilícitos castigados por las leyes primitivas (XII Tablas) y las quasi ex delicto las derivadas de hechos también ilícitos, pero prohibidos y castigados recién por el derecho posterior, especialmente por el Edicto del pretor. Véase Albertario, E. "Studi di Diritto Romano". Vol. III, 1924 "Delictum e crimen", pág. 41 y sgs. Puede observarse también, aunque advirtiendo que tal regla no es absoluta, que en las obligaciones quasi ex delicto se respondía generalmente por el hecho de otro: "de effusis et deiectis, de positis et suspensis y de la responsabilidad de los dueños de navíos, posadas y establos por los hurtos y daños cometidos en ellos por la gente de servicio, en los delitos propiamente dichos no se sufría la pena sino por un hecho propio. Son muchos los actos cuya sanción tiene origen en el Edicto del pretor, quien considerába los ilícitos los castigó con acciones penales. Sólo cuatro de ellos han merecido, no se sabe por qué razón, el honor de ser elegidos en las Res cottidianae y en las Institutas de Justiniano, como modelos de los cuasi delitos. Son los que se analizan a continuación. 1°) Caso del juez que hacía suyo el proceso (iudex quae litem suma fecit). Cuando por dolo o simple negligencia, el juez dictaba una sentencia contraria a derecho, volvía el proceso contra sí mismo (Litem suma facit) y se hallaba obligado a reparar el daño causado mediante el pago de una indemnización equitativa. 2°) De effusis et deiectis (cosas arrojadas o derramadas). El pretor considerando insuficientes las previsiones de la ley Aquilia para aquellos casos en que el daño hubiera sido causado por un objeto arrojado desde una casa a la calle o cualquier otro lugar público, creó una acción de effusis et deietcis, que podía intentarse contra el que habitaba por cualquier título que fuera (habitator) menos el de viajante, la casa desde donde había sido arrojado el objeto. La acción se daba por el doble del perjuicio cusado; pero si se producía la muerte de un hombre libre, el demandado quedaba obligado a pagar cincuenta sueldos de oro. 3°) De positis et suspensis (cosas suspendidas o colgadas). El pretor prohibió por un Edicto la colocación o suspensión sobre lugares que dieran a la vía pública, de objetos cuya caída pudiese causar algún

extrañas no ligadas por un vínculo obligacional previo, de la culpa contractual, que es la que en esta parte consideramos y que se refiere a la conducta negligente de un deudor en el cumplimiento de la obligación contraída con su acreedor[66].

Eugéne Petit bajo el título: "De la falta", dice que la falta, o culpa, consiste en un hecho o en una omisión imputable al deudor, pero sin que haya habido

---

daño, y para los casos de contravención a esta disposición se dio una acción popular, que podía ser intentada por la persona que quisiera hacerlo, aún antes de la caída del objeto, y en virtud de la cual se obligaba al demandado a pagar la suma de diez sueldos de oro. 4°) Responsabilidad de los propietarios de navíos, posadas y establos. Cuando a bordo de un navío o en una posada o caballerizas, gentes del servicio de los mismos habían cometido un hurto o causado cualquier daño en perjuicio de un viajero, la víctima del delito podía elegir entre perseguir al autor del hecho si le conocía, u obrar quasi ex delito contra el dueño del navío, posada o caballeriza, para obligarle a pagar una indemnización del doble del daño causado. El simple examen de los casos mencionados, pone bien de manifiesto lo indefinido e híbrido de la figura del cuasi delito para la cual no es posible señalar caracteres uniformes porque comprende desde actos dolosos, como el del juez que a sabiendas pronuncia una sentencia contraria a derecho, hasta situaciones de responsabilidad objetiva, como las sancionadas en las acciones de effusis et deiectis y de positis et suspensis, que por lo menos en el derecho clásico, no exigían la culpa en el responsable. Abarcan, por otra parte, los daños más diversos, desde la muerte de una persona, hasta la simple posibilidad de un perjuicio, como en el caso de la actio de positis et suspensis. No se ve, pues el motivo por el cual no se la fundió con la del delito que, no requería necesariamente, en Roma, dolo en el agente. Carames Ferro José M. Curso de Derecho Romano, 8° Edición, Ed. Perrot (Bs. As. 1971) (Instituciones de Derecho Privado: Obligaciones y Sucesiones).págs. 139, 140 y 141.

[66] Peña Guzmán Luis Alberto, Argüello Luis Rodolfo, Derecho Romano, Ed. TEA (1962), pág.207.

por su parte intención de perjudicar al acreedor[67]. No es culpable, más que de imprudencia, de negligencia o de torpeza (Gayo, L. 132, D., de reg. Jur., L.17: Imperitia culpae adnumeratur.- Ad. Celso citado por Ulpiano: L. 9, 5, D., locat., XIX, 2). No puede ser cometida más que por una persona razonable; pero no por un loco, un infans o un impúbero proximus infantiae (Ulpliano, L. 5, 2, D., ad. leg. Aquil., IX, 2). Agrega que la culpa ocupa el lugar intermedio entre el caso fortuito y el dolo; pero puede ser más o menos grave[68].

Monier, citado por Bustamante Alsina[69], sostiene que han sido los jurisconsultos romanos de la época clásica los que han introducido la noción de culpa en la responsabilidad delictual, pero ellos no han distinguido muy claramente el carácter culpable del carácter ilícito de la infracción; en efecto, no pudiendo en presencia de los términos precisos de la ley, hacer de la culpa una condición distinta de la existencia del delito, ellos se vieron precisados a decir que la noción de injuria

---

[67] El Romanista Pedro Bonfante define a la culpa como la falta de atención, pero sin malvada voluntad de perjudicar, sin previsión efectiva de las consecuencias del acto. Quien está en dolo scit, quien está en culpa scire debet; en su obra Instituciones de Derecho Romano, traducción de la 8va. Edición Italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa, revisada por Fernando Campuzano Horma, segunda edición. Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, S. A. Reino de España, Madrid (1959), pág. 101.

[68] Petit Eugéne, Tratado Elemental de Derecho Romano, Con una traducción sobre la importancia del Derecho Romano por Rudolf von Ihering, traducido de la novena edición francesa y aumentado con copiosas notas por José Ferrández González, Editorial Universidad (Bs. As. 1994), pág. 444.

[69] Monier , R., Manual de Droit Romain, Paris, 1936, T. II., p. 69, cit. por Bustamante Alsina Jorge, Teoría General de la Responsabilidad Civil, 6ta. Ed. Abeledo – Perrot, (Bs. As., año 1989), págs. 20/21.

implicaba que el autor del daño había cometido una culpa; poco importaba además que esta fuese más o menos grave (in lege Aquiliana et levissima culpa venit)[70].

Coincidentemente con lo que antecede Fliniaux[71] dice que fueron tan solo los jurisconsultos de fines de la República, entre otros Quintino Muscio Escévola los que por influencia de las ideas griegas dedujeron la concepción que se hizo famosa de la culpa aquiliana: "Impunitus est qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum commitit".

La palabra injuria se convirtió en sinónimo de culpa. La existencia de una culpa en derecho clásico resulta de las circunstancias objetivas que rodean al daño, más bien que del estado de espíritu de su autor.

Se atribuye a la época de Justiniano el haber separado la noción subjetiva de culpa de las meras condiciones objetivas y hacer de ella un elemento distinto del elemento objetivo que consiste en la ejecución de un acto ilícito[72]. Era necesario que el daño proviniese de un hecho del hombre. Poco importaba que el daño fuese causado por el hecho mismo o por una negligencia que ha seguido a un hecho no perjudicial: así la Ley Aquiliana se aplicaba al médico que después de haber operado a un esclavo enfermo lo ha dejado morir por falta de cuidados. En cambio, no se

---

[70] Gayo, Instituciones; III, 202 y 211, cit. por Bustamante Alsina J., opus cit. pág. 20.

[71] Fliniaux, André, Cours de Droit Romain, de 2éme. Anné, Paris 1928/1929, cit. por Bustamante Alsina J., op. cit. págs. 20 y 21.

[72] Arangio Ruiz, Vicente, Responsabilitá contracttuale, 2° ed., 1934, p. 226., cit. por Bustamante Alsina J., op. cit. p. 21.

sancionaba a la persona que viendo producirse un incendio no ha tratado de extinguirlo[73].

Los principios que regulan la culpa tuvieron en el Derecho Romano su consagración en la compilación justinianea, que estableció un sistema de responsabilidades debidamente articulado en el que se consagran distintas graduaciones de la culpa según la mayor o menor gravedad que la misma tuviera. Encontramos en las fuentes tipificada la culpa grave o magna (culpa lata) y la culpa leve (culpa levis) comprensiva de la culpa in abstracto y la culpa in concreto.

Lo cierto es que por culpa los clásicos entendían la simple imputabilidad; sólo en la compilación justinianea las decisiones son referidas constantemente al criterio de la culpa en sentido técnico[74].

En los cuasi-delitos, la analogía con el delito radica en el hecho objetivo. La formación de esta categoría es acaso una manifestación de la tendencia que indujo cada vez más a dar relieve a la culpa por el concepto y sus consecuencias, siendo los casos que se presentan los siguientes: "positum et suspensum"; "effusum et deiectum", "si index litem suam fecerit", y "hurtos y daños cometidos por los propios dependientes", que serán materia de tratamiento más abajo.

Durante la República, en una fecha que no se conoce con exactitud[75], aunque se cree que coincidiría con la de la última emigración de los plebeyos, se dicta

---

[73] Bustamante Alsina, J., op. cit. p 21.

[74] Rotondi, Della Lex Aquilia all´art. 1.151 Cód. Civ., en Rev. di dir. Comm., Tomo XIV (1916), I, págs. 942 y sigs., cit por Bonfante Pedro, op. cit. pág. 532.

por iniciativa de un tribuno de la plebe, “Aquilius”, un plebiscito conocido bajo el nombre de ley Aquilia, con el cual se lleva a cabo una tentativa de generalización, reglamentando la cuestión de una manera más completa, aunque sin llegar todavía a comprender todos los casos posibles de daño ilícito[76]. Por ultimo, la interpretatio jurisprudencial y el derecho pretoriano completaron la obra legislativa, extendiendo las disposiciones de la ley Aquilia a muchos otros supuestos no comprendidos en ella, mediante la concesión de acciones útiles e in factum. Los elementos o caracteres del damnum iniuria datum, sus clases de acuerdo a la ley Aquilia, son los siguientes: I°) Elementos o caracteres: Para que existiera el damnun iniuria dantum propiamente dicho, era necesario: a) Que hubiera corpus laesum, es decir, que el daño consistiera en la destrucción o deterioro material de una cosa corporal ajena. b) que el daño hubiera sido causado corpore, es decir, por el esfuerzo muscular o acción directa del autor del delito. Así caía bajo la sanción de la ley Aquilia el que daba muerte al esclavo de otro. c) Que se tratara de un daño causado sin derecho (iniuria) como sucedía cuando se obraba con dolo o cuando se cometía una simple falta, aunque fuere leve (in lege

---

[75] Sin embargo Alfredo Orgaz en su obra La Culpa (Ed. Córdoba, año 1992), pág. 20, dice que la Ley Aquilia fue dictada en el año 286 antes de Cristo, pero sin indicar la fuente.

[76] No bastaba, sin embargo, cometer el hecho. Era necesario que ese hecho llenase determinadas y bien definidas condiciones, sin cuya presencia quedaba excluido de la ley. Eran ellas: 1°) un daño, que consistía en la destrucción o detrimento material de la cosa corporal. 2°) una injuria, pues el perjuicio debía ser causado sin derecho, con iniuria. Y ello ocurría no solo cuando se obraba con dolo, sino también con culpa, por más simple que esta culpa fuera: in lege, Aquilia et levissima culpa venit, escribía a su vez, Ulpiano, sin saber las enormes proyecciones que en el tiempo tendría su lapidaria afirmación. 3°) un acto cometido por el hombre. (Colombo Leonardo A., op. cit. págs. 109/112).

Aquilia et levíssima culpa venit). Así, si alguien para limpiar su campo de yuyos le prendía fuego, y éste se propagaba por el viento a la heredad vecina, su propietario podía perseguir al primero por la actio legis Aquiliae. El acto lícito, el ejercicio de un derecho, no podía ser culpable ni originar, en consecuencia, responsabilidad alguna; nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur (no se considera que obra con dolo quien usa su derecho) dice Gallo (Dig., L, XVII, 55), agregando Paulo en el fr. 151 del mismo Libro y título que: "nemo damnum facit, nisi qui id facit, quod facere ius non habet" (no hace daño sino el que hizo lo que no tiene derecho de hacer). d) Era necesario, por último, que el daño proviniera de un hecho del hombre y no de una simple omisión. El que ve quemarse la cosa de otro y no la salva pudiendo hacerlo sin riesgo personal no incurre en el delito de damnum iniuria datum, que exige culpa in comittendo y no in omittendo. II°) Extensión de la ley Aquilia. La interpretatio, hizo extensivo el ejercicio de la acción de la ley Aquilia a los casos de daños causados mediante una simple omisión, siempre que ésta estuviera vinculada con un acto positivo anterior del agente, como en el caso del que tuviera a su cargo la custodia de un horno que luego de encenderlo se queda dormido antes de apagarlo, dando lugar a un incendio que destruye un edificio. Escribe Juliano, que queda obligado por la Ley Aquilia el que enseñándolo había dejado tuerto al discípulo; luego, con mucha más razón se habrá de decir lo mismo si lo hubiere matado[77].

En la nota 218 introducida por el Profesor Di Pietro al pie de la página 603 de las Institutas de Gayo, nos enseña que a los efectos del uso de la acción de la

[77] Carames Ferro José M., Curso de Derecho Romano (Instituciones de derecho privado: Obligaciones y sucesiones, 8° Edición. Ed. Perrot (Bs. As. 1971), págs. 135, 136, 137 y 138.

lex Aquilia es necesaria la reunión de algunos requisitos: a) El daño debe ser “iniuria”, es decir “injusto” (iniuria occidere); cf. Dig. 50, 17, 151: “nadie hace daño, a menos que no tuviera “ius” de hacer lo que hizo”. Así, no obra “iniuria” aquél que obra en defensa propia, ya que “ se permite rechazar la fuerza con la fuerza” (Dig. 9, 2, 45, 4), de este modo, no es inculpado por la ley Aquilia, el que mata a un esclavo ajeno que lo estaba acechando (Dig. Íd., 4) o lo ataca con armas (Dig., íd. 5 pr.), debiéndose entender que no haya habido “exceso” en la defensa (es decir, debe suceder cum moderamine inculpatae tutelae, como se indica en el Cód. 8, 4,1). b) Por parte del que comete el daño, debe haber ya dolo, ya culpa, entendiendo acá el concepto con un sentido muy amplio; así, basta la “levíssima culpa” (Dig. 9, 22, 44 (45) pr.). La compresión del concepto obliga a una casuística muy especial. Así, tomando los casos citados en Inst. 4, 3, 3 ss., podemos observar la afinación con que tomaron los Romanos este concepto. Si alguno está practicando con un arco y flechas, y mata al esclavo ajeno que pasaba, se distingue: si se trata de un militar que estaba practicando en un paraje dedicado a estos ejercicios, no hay culpa; si en cambio, se trata de otro que no fuera militar, o si siéndolo estuviera practicando en otro lugar que el especialmente dedicado a estos ejercicios, entonces sí hay culpa. (Inst. íd. 4). Del mismo modo, si alguien arroja una rama desde lo alto de un árbol y mata al esclavo ajeno que pasaba, había también que distinguir: si ocurría en un camino público o vecinal, y gritó advirtiendo que la rama iba a caer, entonces no hay culpa; la hay si no advirtió con gritos. Tampoco hay culpa si se estaba podando un árbol en un campo, lejos de un camino público o vecinal, aún cuando no hubiera gritado., puesto que en ese lugar, no había razón para que la persona pasara (Inst. íd. 5). También, si un

médico, después de haber operado al esclavo ajeno, abandona el cuidado de su curación y el esclavo muere, hay culpa (Inst. íd. , 6): También es culpable el médico que operó mal, o le administró inoportunamente un medicamento (Inst. íd. 7).Igualmente, si no se pueden retener las cabalgaduras, o las mulas, se entiende que hay impericia y por ello culpa (Inst. íd., 8). En cambio, no hay culpa por "actos negativos", cuando habiendo visto un incendio en un campo, no se buscó extinguirlo, ni el usufructuario que ha descuidado podar las viñas o recuperar el acueducto (Dig. 7, 1, 13, 2). c) El daño debe ser ocasionado de manera "directa" (Corpore corpori datum)[78].

El Dr. Alfredo Di Pietro[79] al tratar el tema de la Responsabilidad por el incumplimiento del deudor según la naturaleza de la obligación y de la actio, indica que en principio, la responsabilidad del deudor va a depender de la naturaleza de la obligación y de la pertinente acción que tenga el acreedor, y recuerda que para el caso del damnum iniuria dantum (daños ocasionados a esclavos, animales o cosas ajenas), sancionado por la lex Aquilia, lo único que se exige es que sean cometidos con iniuria, por lo que basta la mera culpa, es decir, la comisión del daño por una negligencia (falta de cuidados; diligentia; Gayo, 3.211; Alfeno, D.9.2.52.3 ss.; Labeón-Javol., D. Íd. 52).

Refiere el mismo autor que en torno a la responsabilidad por infracciones negociales por actos del deudor, en la época clásica, se debió principalmente a la aparición de los bonea fidei iudicia, pasando luego a los otros

---

[78] Gallo, Institutas, texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro, Abeledo Perrot, 3° Ed. (Bs. As. 1987), pág. 603.

[79] Di Pietro, Alfredo, Derecho Privado Romano, 2da. edición, Depalma, (Bs. As. 1999), pág. 269.

negocios. Sin embargo, se mantuvo siempre un criterio casuístico. Será recién con Justiniano y los compiladores bizantinos que establecerá, sobre la base de los conceptos clásicos, una graduación de los casos de responsabilidad, sobre todo en lo que se refiere a la "culpa".

Ahora bien, respecto de la verdadera incidencia de la culpa en la Lex Aquilia; se afirma que el elemento objeto originario que encerraba el concepto de iniuria no llegó nunca a ser completamente eliminado por la culpa, sino que sobrevivió, manteniéndose incluso en la compilación justinianea.

Describe Bustamante Alsina[80] que existían en Roma hechos que, reprimidos por el Pretor, no constituían delitos. El Pretor sancionaba a ciertas personas que habían cometido un acto culposo o doloso y quedaban éstas obligadas de la misma manera que si la obligación hubiese nacido de un delito (quasi ex delito teneri videntur).

La doctrina romanista se ha preguntado muchas veces el porqué de estas figuras de cuasi-delitos que hacen nacer obligaciones separadas de las que se originan en los delitos. Es una cuestión difícil de resolver al decir de Petit[81] y además sin interés, pues las reglas generales que se aplicaban en Roma a los delitos son también aplicables a los cuisi-delitos.

Las acciones nacidas de los cuasi-delitos eran numerosas y la sanción, originada en una acción pretoriana "in factum", comportaba una condena a una multa variable según los casos.

---

[80] Bustamante Alsina J., op. cit. págs. 24/25.

[81] Petit E., Traité de Droit Romain, 4° Ed., París, 1903, p. 468, Bustamante Alsina, J. op. cit. p. 24.

Los cuasi-delitos citados en las Institutas de Justiniano[82] eran los siguientes:

- Si el juez hace suyo el proceso. Cuando el juez dicta una sentencia inicua o tachada de ilegalidad sea por culpa o por dolo, vuelve el proceso contra él (litem suam facit): queda obligado a reparar el daño causado.
- Si objetos sólidos o materias líquidas son arrojados (De effusis et dejectis) de un edificio a un lugar donde el público tiene el hábito de pasar y se causa un daño, el autor puede caer bajo la aplicación de la Ley Aquilia.
- Si han sido colocados o suspendidos objetos (De positis vel suspensis) de un edificio sobre un pasaje público y amenazan causar un daño por su caída, el habitante de la casa es también responsable y obligado al pago de una multa. La acción es popular.

---

[82] En la obra del autor Ortolan, titulada: "Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano. Generalización del derecho", exponía que: "Todos los acontecimientos (hechos) del hombre, pueden verificarse con participación suya, pero sin su voluntad: otros, en fin, por efecto de su voluntad. Los unos son lícitos, los otros ilícitos. "Ninguno debe enriquecerse con perjuicio de otro". "Cada uno está obligado a reparar el perjuicio ocasionado por su falta". Estas dos máximas que los jurisconsultos romanos formulaban en todas las ocasiones de tan diversas maneras: "alterum non laedere, suum cuique tribuare", dominan esta materia. Por ellos se aprecian la mayor parte de las consecuencias jurídicas de semejantes sucesos". (Ortolan M., "Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano. Generalización del Derecho, traducida por D. Francisco Pérez. Editor, Librería de D. Leocadio López. España. Madrid, año 1879, págs. 79 y 80.

- Si los pasajeros de un buque o los que se hospedan en un hotel sufren pérdidas o daños en sus efectos ocasionados por la tripulación o los dependientes, responden los patrones de buques y hoteleros. Por ello el cuasi-delito es el hecho por el cual una persona sin malignidad pero por una imprudencia no excusable causa cualquier perjuicio a otro.

Ni en la Ley de las Doce Tablas ni en la Ley Aquilia, la culpa es un factor computable para determinar la responsabilidad del autor, o aún siquiera graduar el alcance del deber de responder, salvo en algún supuesto excepcional. En esas leyes se castigaba el delito, por ejemplo, el robo, aunque fuese ejecutado por menores cuya falta de discernimiento excluye toda idea de culpa. A tal punto la imputación era puramente material u objetiva que aún los animales y las cosas inanimadas debían responder del daño que ellas habían ocasionado. Aunque hoy parezca chocante hablar de responsabilidad atribuida a los animales y a las cosas inanimadas, tal vez no resultaba tan impropia la expresión referida a la situación de tales cosas frente al derecho de la víctima, sea de retener las cosas que causaron el daño cuando cayesen en sus manos, sea de obligar al propietario de tales cosas, los animales por ejemplo, a entregarlos para pagarse del daño causado.

Sin embargo, la primera manifestación de la idea de culpa va aparecer cuando el Pretor no admita la acción nacida del delito contra el menor y el demente, incapaces ambos de comprender el alcance de sus actos[83].

[83] Bustamante Alsina, op. cit. p. 28.

Recién a fines de la República, los jurisconsultos introdujeron el concepto de la culpa aún la más leve, como requisito para el ejercicio de las acciones nacidas de la Ley Aquilia.

La idea de culpa, dice Ihering[84] que es la base de la distinción entre la injusticia objetiva y la injusticia subjetiva, se encuentra en todas partes, significando con ello el ilustre jurisconsulto alemán que no se puede concebir en el derecho romano clásico una responsabilidad sin culpa. Así se puede decir que no hay relación jurídica que no esté afectada por esta idea, es decir en la cual la presencia o la ausencia de culpa comporte una diferencia de responsabilidad. Concluye afirmando este autor que "la noción de culpa es la medida general de la responsabilidad en el derecho romano privado en la época de su desarrollo".

Hay coincidencia –refiere Bustamante Alsina[85]- acerca de que la idea de culpa aparece recién en Roma en la época clásica de la evolución del derecho. En materia de responsabilidad contractual el derecho romano de la época clásica no ignoraba tampoco del todo la necesidad de la culpa, pero estuvo lejos de haberle concedido el lugar que se cree generalmente[86].

Relata el citado autor, que los jurisconsultos clásicos consideraron que ciertos contratos determinaban estrictamente la obligación del deudor (deber de

---

[84] Ihering Rudolf, von, Etudes Complémentaires de l´esprit de Droit Romain. De la faute en Droit Privé, París, MDCCCLXXX, p.24 cit. por Bustamante Alsina, J. op. cit. p. 29.

[85] Bustamante Alsina J. Op. cit. p. 29.

[86] Mazeaud H. y Tunc A., Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, Bs. As., 5ta. ed. 1961, t. 1.I, p. 37., cit. por Bustamante Alsina, J. op. cit. p. 29.

custodia) cuando una de las partes confiaba a la otra una cosa cierta y esta última se obligaba a su restitución. Se aplica entonces pura y simplemente el contrato: todo incumplimiento compromete la responsabilidad del deudor, basta con comprobar que este último no ha cumplido su obligación de restituir. De nada vale en este caso apreciar su conducta pues su falta de culpa no mejora su condición, solamente el caso fortuito puede liberar al deudor. Hay aquí una responsabilidad sin culpa[87].

En los demás contratos, cuando la naturaleza de la prestación no está determinada de modo tan preciso, ya no es suficiente el solo fracaso del resultado para considerar incumplida la obligación. Como la promesa del deudor no consiste ya en un resultado determinado, sino simplemente en desplegar una conducta diligente y de buena fe para lograr cierto fin que dará satisfacción al acreedor, entonces sí es necesario investigar y apreciar como ha sido la actuación del deudor. Si este se ha conducido de mala fe o simplemente de modo negligente e imprudente y por ello se frustró la expectativa del acreedor, entonces el deudor ha incurrido en culpa y debe responder del daño que le ha causado en virtud de ello. En este caso la culpa es relevante[88].

---

[87] Bustamante Alsina, J. op. cit. p. 29.

[88] Sobre la clasificación y sistematización de las obligaciones expuesta por Demogue en su Traité des Obligations, bajo la denominación de "obligaciones de medio y obligaciones de resultado" y la aplicación de la misma por la jurisprudencia francesa como "obligaciones de prudencia y diligencia y obligaciones determinadas", consultar La prueba de la Culpa, de Bustamante Alsina Jorge, pub. en La Ley T° 99, p. 886.

Posteriormente a la época clásica la teoría de la culpa se modifica sustancialmente y la responsabilidad de los deudores no se considera de la misma manera que en el Siglo III.

El derecho bizantino en lugar de examinar simplemente la relación que une el daño a la actividad del deudor, se aplica a un examen de la conducta del deudor comparándola sea a la de un buen administrador, sea a su manera habitual de actuar: establece así grados de culpa y admite que según los casos el deudor será responsable de su culpa grave, de su culpa leve considerada de una manera abstracta o concreta, o aún de su culpa levísima.

8.- La culpa en el antiguo derecho español

En el libro VIII del Fuero Juzgo –y, con anterioridad, en el "Liber Iudicum aut Codex Visigothorum" (libro VIII, Título III)- se distinguía perfectamente el contenido de culpa y de injuria, términos que se aplicaron, con su amplia significación, en las Leyes de Partida. En la Séptima, Título XV, se lee la siguiente introducción, comprensiva de todo el problema: "Daños se fazen los ommes unos a otros en si mesmos, o en sus cosas, que no son robos, nin furtos, nin fuercas. Mas acaecen a las vegadas por ocasión, e a las vegadas por culpa de otros. Onde pues que en los títulos antes deste fablamos de los Robos, e de los Furtos, queremos decir de los otros daños. E mostraremos qué cosa es Daño. E quantas maneras son del. E quien puede demandar ante enmienda. E ante quien. E a quales. E como debe ser fecha la enmienda del, después que fuera averiguado". Y agrega: "Daño es empeoramiento, o menoscabo, o destrymento, que ome recibe a si mesmo, o en sus cosas, por culpa de

otro. E son tres maneras: La primera es cuando se empeora la cosa, por alguna otra que mezclan, o por mal que fazen. La segunda, quando se mengua, por razón del daño que fazen en ella. La tercera es, quando por el daño se pierde, o se destruye la cosa del todo". La Ley Aquilia y las glosas de Bartolo inyectaron su espíritu al Rey Sabio en esta parte de su memorable obra[89].

9.-La graduación de la culpa en Roma[90] (según Mackeldey, Peña Guzmán-Argüello y Di Pietro).

Según Mackeldey

Culpa entre los romanos, comprende todo lo que nosotros llamamos falta; por consiguiente cualquier ilegalidad imputable, sin distinguir si resulta de un hecho (facto) ó de una mera omisión (omissione), si proviene de la voluntad del que obra, ó de simple descuido ó negligencia. En la omisión obramos entonces de un modo contrario á los derechos de otro, y por tanto cometemos culpa. En el sentido técnico de la palabra, el derecho romano distingue entre, culpa lata, culpa, y omisión de diligencia ó descuido, según que en cualquier ilegalidad se atiene á la mayor ó menor intención del que obra, ó que el mismo daño procede de un hecho ó de una omisión. Tomada en

---

[89] Colombo Leonardo, A., op. cit. págs. 116/117.

[90] Los glosadores, las leyes de Partidas y autores franceses antiguos hicieron una clasificación tripartita incluyendo la culpa livísima. Mainz, C. (Curso de Derecho Romano, Barcelona, 1892, T. 2, p. 22/23, N° 74), afirma que la expresión culpa levísima sólo aparece una vez en las fuentes del derecho romano, en un fragmento de Ulpiano, pero ese pasaje carece de significación técnica y no está empleado en oposición a culpa lata o culpa levis. Bustamante Alsina, J. op. cit. p. 31.

este sentido estricto la idea de culpa, se determina – dice Mackeldey[91] - de la siguiente manera:

1°) Culpa grave (culpa lata, latior s. dolo próxima) es la omisión con intención, de aquellos hechos que estamos obligados á ejecutar para impedir el daño de otra persona. Además de esta omisión que constituye culpa grave ó lata, se considera como tal:

a) Cuando con intención causamos un mal injusto por medio de un hecho ilícito, pero sin dañada intención, y solo por enfado, ligereza ó petulancia.

b) Cuando sin ánimo de causar perjuicio, no obramos con la previsión que debe tener todo hombre prudente y reflexivo (disoluta negligencia, nimia securitas.

c) Cuando no ponemos en la administración de los bienes de otro aquel cuidado que solemos poner en nuestros propios negocios. En estos dos últimos casos se reputa siempre al que obra como si tuviera intención de causar daño.

2°) La simple culpa (culpa levis) es cualquier daño ilícito que causamos á otro sin intención, con algún hecho positivo que ejecutamos por inadvertencia ó irreflexión; aquí no se atiende al grado de inadvertencia; pero sin embargo, no ha de ser de la especie que constituye culpa grave.

3°) Finalmente, la diligencia, es la obligación de evitar el perjuicio de otro por todos los medios posibles; la omisión de los hechos que pueden impedir aquel

---

[91] Mackeldey, F. Manual de Derecho Romano, que comprende la Teoría de la Instituta. Traducida al Castellano por Don Eduardo Gómez Santa María, Imprenta de Don José María Alonso. Editor (Madrid 1847), págs. 344, 345 y 346).

daño, se llama omisio diligentioe, negligentia, desidia, cuando no hay en ella intención sino que proviene de descuido[92].

Según Peña Guzmán-Argüello.

Estos autores señalan que encontramos en las fuentes tipificada la culpa grave o magna (culpa lata) y la culpa leve (culpa levis) comprensiva de la culpa in abstracto y la culpa in concreto.

La culpa grave, que importa una extrema decidia, ha sido definida por Ulpiano como la "demasiada negligencia, esto es, no entender lo que todos entienen" (lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt), concepto que ha sido ratificado por un fragmento de Paulo que dice "es el límite de la culpa lata no entender lo que todos entienden" (latae culpae finis est, non intelligere id, quod omnes intelligunt) (Ulpiano, Dig., 50, 16, 213, 2; Paulo., 50, 16, 223, prf.). En culpa grave incurren, pues, quienes no han previsto las consecuencias que cualquier persona podía prever o quienes, estando a cargo del negocio de otro, lo cuidan a sabiendas menos que los propios. Ella supone un descuido extremado que lo hace que

---

[92] Las leyes de Partida adoptaron expresamente la distinción de la culpa, hecha por casi todos los intérpretes del derecho romano, en lata, leve y levísima. L. II, tit. 33, P. VII. Aunque entre esta ley y otra de las Partidas, por ejemplo, la 3, tit. 3, P. V, se nota la diversidad entre lo que se entiende por culpa leve y levísima, entendemos generalmente por culpa lata la omisión del cuidado ó diligencia que emplean aun los hombres más descuidados; por ej. si aquel que tomó en depósito cierta cosa la dejase en la calle ó en la puerta de la calle y de noche. Dicha L. 11. Culpa leve es la falta de diligencia que emplean los hombres medianamente cuidadosos; y levísima la omisión del cuidado que pondría un hombre muy celoso de sus intereses. (Mackeldey F. op. cit. pág. 346).

se asemeje por sus efectos al dolo y, por tanto, dicha culpa no podía ser dispensada por acuerdo de las partes (Celso, Dig., 16, 3, 32).

La culpa leve se presenta en aquellos supuestos en que el deudor ha dejado de cumplir la obligación por no haber puesto la debida diligencia que todo hombre normal debe prestar a los negocios en que interviene. Los comentaristas derivaron de la culpa leve dos modalidades, la culpa in abstracto, que se configuraba cuando el deudor hubiera omitido los cuidados de un buen padre de familia (diligentia bonus paterfamilias) y la culpa in concreto, que estaba dada por la inobservancia del deudor de la diligencia que suele tener en sus negocios propios (diligentia quam suis rebus adhibere solet).

Los intérpretes tomando como punto de partida un texto de Ulpiano que se lo considera interpolado, crearon un grado más de culpa, la llamada culpa levísima (culpa levíssima) que consistía en no haber puesto un cuidado extremadamente diligente cuya previsión sólo puede ser concebida por individuos señaladamente inteligentes (Ulpiano, Dig., 9, 2, 44, pr.). Este concepto no es compartido por la doctrina y así Mayns hace notar que el término culpa levísima, sólo mencionado una vez en las fuentes, carece de significación técnica alguna y no está empleado en oposición a la culpa lata o a la culpa levis. Señala además que al referirse el texto de Ulpiano a la lex Aquilia (in lege Aquilia et levíssima culpa venit) nos indica que la culpa levísima no estaría referida al daño que deriva de la inejecución de una obligación sino al causado por un hecho dañoso sin que hubiese obligación alguna

preexistente, esto es, vinculada con el delito y no con el contrato (Maynz, T. II, pág. 22)[93].

Según Di Pietro

Este autor[94] dice que suele distinguirse entre la culpa lata (culpa latior, magna culpa), es decir, la "culpa grave", diferenciándola de la culpa levis, es decir, la "culpa leve" (en un solo pasaje se habla de culpa levissima; Ulp., a propósito de la ley Aquilia, D.9.2.44).

A) La culpa lata consiste en la comisión u omisión de actos que implican una falta de cuidados tan excesiva que un hombre común hubiera incurrido en ellos. Por ello, se la termina asimilando al dolo. Así, es culpa lata "la demasiada negligencia, esto es, no entender lo que todos entienden" (Ulp., D.50.16.213.2; Paulo. D. íd. 223 pr.). Por ello, esta magna culpa es asimilada al dolo (magna culpa dolus est; Paulo, D.50.6.226; Gayo, D.44.7.1.5; Ulp., D11.6.1.1; D.17.1.29 pr.).

B) Cuando la negligencia o culpa no alcanza este grado extremo, se hablaba meramente de "culpa" (culpa levis), la cual podía ser apreciada conforme a uno de estos dos criterios; el primero abstracto o absoluto – más exigente -; el segundo relativo o concreto – más atenuado-.

(i) En algunos casos se habla de exacta diligencia. A los efectos de la apreciación se tomaba como standard jurídico una figura abstracta, representada por la conducta que seguiría un diligens paterfamilias en el cuidado de sus propias cosas

---

[93] Peña Guzmán Luis Alberto – Argüello Luis Rodolfo, Derecho Romano, Ed. TEA (Bs.As. 1962), págs. 207 y 208.

[94] Di Pietro Alfredo, Derecho Privado Romano, 2da. Edición, Depalma (Bs. As. 1999), págs. 271 y 272.

(Gayo, D. 19. 2. 25.7: diligentissimus; D. 13.6.18 pr.). Los autores modernos hablarán acá de culpa in abstracto.

(ii) En otros casos, la responsabilidad resulta atenuada por el principio de que sólo se responde de la negligencia que alguien ha tenido cuando no aportó a la cosa los cuidados y la diligencia que acostumbraba poner en sus propias cosas (Gayo, D. 44.7.1.4; Paulo, D.18.6.3; Gayo, D. 17.2.72; Ulp., D.27.3.1 pr.). Los autores modernos emplearán para estos casos la expresión culpa in concreto.

C) En determinados casos se exige la máxima diligencia (exactíssima diligentia), de tal modo que se responde con una responsabilidad mayor. Se trata de los casos en los cuales, en el derecho clásico, se habla de "custodia". Se responde incluso del furtum de la cosa (casus minor). La única manera de exculparse es cuando sucede un caso grave de "fuerza mayor" (vis mayor); (Gayo, D. 44.7.1.4). Los bizantinos hablarán de culpa in custodiando.

10.- La teoría de la prestación de la culpa

Destaca el Dr. Di Pietro[95] que uno de los principios liminares establecido por los bizantinos será el de diferenciar ambos casos de culpa (abstracta y concreta), atendiendo al criterio de la ventaja que proporciona a cada una de las partes – "utilidad de los contratantes" – (utilitas contrahentium); Afric., D30.108.12; Ulp., D.13.6.5.2; 18; Modest., Coll. 9.2) – Pero, a su vez, hay que distinguir entre los diversos casos que pueden presentarse: a) Cuando el deudor es el único que obtiene las

[95] Di Pietro Alfredo, op. cit. pág. 271.

ventajas del negocio, debe responder no sólo por el dolo, la culpa lata, sino también de toda culpa juzgada a la luz del standard de lo que hubiese hecho un diligentius paterfamilias. Tal es el caso del "comodatario" (Inst., 3.14.2; Gallo, D13.6.18 pr.; Ulp., D13.6.5.2), al igual que la del "depositante" (no el "depositario"); así, por haber dado en depósito un esclavo ladrón (Afric., D.47.2.61.5).

Pero también cuando ambas partes obtienen ventajas: caso de quien ha dado y de quien ha recibido una cosa en pignus (Inst., 3.14.4); e igualmente, el vendedor y el comprador (Inst., 4.23.3); el locador y el locatario (Ulp., D.13.6.5.15, in fine; Gallo D.19.2.25.7); el mandante y el mandatario (Ulp., D.50.17.23; C.4.35.11; v., sin embargo, Mod., Coll.9.2). En este último caso, a pesar de que el beneficiario es sólo el mandante, se impone el criterio de la culpa al mandatario por la fides que rige este negocio. También el gestor de negocios ajenos, que se ha inmiscuido en los intereses de otro (Inst., 3.27.1). En todos estos casos se responde por la culpa interpretada a la luz del diligentius paterfamilias (culpa in abstracto). b) En cambio, responden en forma más atenuada de la culpa, interpretada conforme al parámetro concreto del "cuidado puesto en sus propias cosas", los "socios" (Gayo, D.17.2.72), los "coherederos" y "colegatarios" (Paulo, D.10.1.25.16), y el marido respecto de los bienes dotales (Paulo, D.23.3.17 pr.; Ulp., D.24.3.24.5). Acá se justifica la atenuación de la culpa (no responden como diligentius paterfamilias), porque no se trata, para ellos, sólo de asuntos de otros, sino también de los propios (Paulo, D.10.2.25.10): Igualmente, el tutor y el curador, ya que sus funciones les son impuestas (Ulp., D.27.3.1 pr.).

11.- Su graduación en el derecho español intermedio

El derecho español intermedio adoptó también la división tripartida. La Ley 11, título 33, de la Partida 7ma., enseñaba que: "e Lata culpa tanto quiere decir, como grande, e manifiesta culpa, assi como si algún ome non entendiesse todo lo que los otros omes entendiesen, o la mayor partida dellos. E tal culpa como esta es como nacedad, que es semejanca de engaño. E esto sería como si algund ome tuviesse en guarda alguna cosa de otro, e la dexasse en la carrera, de noche, o a la puerta de su casa, non cuidando que la tomaría otro ome. Ca, si se perdiesse, sería por ende en grand culpa, de que non se podría escusar. Esso mismo sería, cuando alguno cuydasse fazer contra el mandamiento del señor sin pena, o si faziesse otros yerros semejantes de alguno destos. Otrosi dezimos, que y ha otra culpa, a que dicen Levis, que es como pereza, o como negligencia. E otro y ha, a que dicen levissima, que tanto quiere dezir, como non aver ome aquella femencia en aliñar, e guardar la cosa, que otro ome de buen seso avría, si la tuviesse"[96].

12.- Su graduación en el antiguo derecho francés

En Francia los antiguos comentadores aceptaron unánimemente la división de la culpa en tres grados. Sin detenernos en ellos, baste decir que para Pothier, por ejemplo, la falta grave consistía en no poner en los negocios de otro el cuidado que las personas menos atentas y las más tontas pondrían en los suyos; era,

[96] Colombo Leonardo A., op. cit. págs. 65/66.

por eso opuesta a la buena fe. La leve o ligera estribaba, para él, en no prestar la atención que la mayoría de los seres humanos ponen comúnmente en los propios, y, en fin, la levísima en omitir la que los hombres más diligentes tienen siempre en cuenta: *exactísima diligentia*[97].

13.-El aporte de la Escuela de Derecho natural en la primera mitad del siglo XVII

Para el desarrollo de este tópico seguimos los estudios elaborados por el Dr. Félix Trigo Represas, al expresar que la idea moral de culpa, entendida en su subjetividad como un reproche de conciencia, es en realidad un aporte de la denominada escuela del "Derecho natural"[98]. Dicha corriente doctrinaria se inicia con Hugo Grocio en la primera mitad del siglo XVII, cuando éste sostiene, por vez primera, que cada uno debe reparar "el daño cometido por su culpa", continuándose luego a lo largo de toda esta centuria con Puffendorff y Espinosa, para trasladarse finalmente al siglo XVIII con autores como Wolf, Tomasius y Heineccio, en este último ya con mayor vinculación a las ciencias jurídicas. La escuela clásica de Derecho natural fundaba sus desarrollos en la autonomía de la voluntad, el principio de la libre determinación del hombre; y este principio también había llevado a que se admitiera que los hombres se ligaban o ataban entre sí mediante el contrato, al que juzgaban esencialmente justo. Por ello esta escuela, que rendía culto a la autonomía de la voluntad, mal podría aceptar la imposición de una condena indemnizatoria por un

---

[97] Colombo Leonardo A., op. cit. pág. 67.

[98] Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A., Derecho de las Obligaciones, 3ra. Ed., Platense, La Plata, año 1994, T. IV, p. 488, N° 2410.

hecho distinto a la actuación voluntaria y deliberada del individuo. Y de ahí que, al no aceptar los racionalistas que pudiese existir responsabilidad civil cuando el perjuicio había sido ocasionado sin voluntad ni intención de dañar, o por lo menos sin imprevisión, va de suyo que tampoco podían admitir que se pudiese sancionar a alguien, si de su parte no había mediado culpa. De manera que la idea de culpa como factor de atribución de la responsabilidad terminó de desarrollarse orgánicamente con las elaboraciones de la escuela clásica del Derecho natural racionalista[99]. O sea que, como bien lo apunta Peña López –citado por Trigo Represas-, si entre los principios esenciales de las concepciones racionalistas se encontraba el de "no causar a otro un daño culposamente", de dicho principio deriva la máxima consistente en que todo perjuicio inferido con culpa a los bienes ajenos debe ser reparado[100].

14.- Crítica a la graduación de la culpa según Veléz Sarsfield en el sistema de nuestro Código Civil.

Vélez Sársfield en la nota al art. 512 del Código Civil critica la graduación de las culpas: grave, leve y levísima, y fundamenta que: "... toda esta

---

[99] Trigo Represas y López Mesa, Tratado de la responsabilidad civil, T° I, Editorial La Ley, año 2.004, págs. 687/688, y su nota 235.

[100] Peña López Fernando, La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual, Comares, Granada, 2.002, p. 24; Trigo Represas Félix A., en La noción clásica de culpa. Domat. Código Civil Francés. Código Civil Argentino, en la obra colectiva Revista de Derecho de Daños, titulada La Culpa – I, bajo la dirección de Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2.009, págs. 39, 40 y 41.

ciencia de nada servirá al juez, cuando en los juicios era preciso aplicarla. Barbeyrac lo había juzgado así y decía: "La división de las culpas es más ingeniosa que útil en la práctica, pues a pesar de ella, será necesario a cada culpa que ocurra, poner en claro si la obligación del deudor es más ó menos estricta, lo cual es el interés de las partes, cuál ha sido su intención de obligarse, cuáles son las circunstancias todas del caso. La teoría de la división de las culpas en diferentes clases, sin poder determinar, sólo sirve para derramar una luz falsa y dar pábulo a innumerables contestaciones".

Cita también a Zachariae, quien dice al respecto a esto que: "... La teoría de la prestación[101] de las culpas es una de las más oscuras en el derecho. Pero en fin, ya no es permitido hablar ni de culpa lata, ni de culpa leve, ni de culpa levísima. Sin duda hay culpas, que por razón de las circunstancias, de la posición de las partes respecto a las obligaciones especiales que le son impuestas, son más graves o ligeras las unas que las otras; pero no hay culpa que considerada en sí misma, prescindiendo de las circunstancias del lugar, del tiempo y de las personas, puede ser clasificada por

---

[101] Dice: Alberto J. Bueres (Director y autor comentarista del art. 512), en su obra, Código Civil, T° 2°A, parte general, obligaciones, análisis doctrinario y jurisprudencial, con la coordinación de Elena I. Highton, Ed. Hammurabi, Bs. As. año 1998, pág. 147, que: "Se ha afirmado que la palabra "prestación" aplicada a la culpa carece de sentido en nuestro idioma, pero que es una traducción literal de la expresión latina que destaca el "grado" de diligencia o cuidado que se exige en cada caso al sujeto. Sobre este aspecto, los autores españoles, fundamentalmente, hablan con naturalidad de la culpa prestable y de la culpa no prestable –aunque es cierto que, idiomáticamente, no parece existir en español un vocablo similar al latino- . Como quiera que sea, el empleo del giro "prestar", "prestable", etc., no es actual, sino que viene desde antiguo. En el siglo pasado se puntualizó que prestar la culpa quiere significar que " todo el que comete una culpa, debe responder del daño que por ello se sigue a otro".

datos abstractos y por una medida invariable y absoluta como la culpa grave, leve, como levísima. La gravedad de la culpa, su existencia misma, está siempre en razón de su imputabilidad, es decir, las circunstancias en que ella se produce. Donde legalmente no hay un hecho legalmente imputable, no hay culpa. Si se conviniese clasificar las culpas en abstracto, comparándolas con tipos imaginarios e igualmente abstractos, sería siempre preciso en la práctica considerarlas en concreto: tener siempre presente el hecho, y seguir los datos positivos del negocio, para determinar la existencia e importancia de las culpas, y entonces las divisiones teóricas son más bien un embarazo que un socorro. La sola ley es la conciencia del juez. Si por una reminiscencia de las antiguas denominaciones, el Código toma el término de comparación de los cuidados que incumben al que está obligado a velar por la conservación de una cosa, las diligencias de un buen padre de familia, no ha querido sin duda mantener una clasificación que excluyen los términos de los artículos, cuando no hay un tipo conocido, al cual pueda referirse y medir por él las diligencias que hace un buen padre de familia".

Anota finalmente que el artículo del Código se reduce a un consejo a los jueces de no tener demasiado rigor, ni demasiada indulgencia, y de no exigir del deudor de la obligación sino los cuidados razonables, debidos a la cosa que está encargado de cuidar, sea en razón de la naturaleza de ella, sea en razón de las circunstancias variables al infinito, que modifican su obligación para hacerla más o menos estricta.

15.- Sistema de nuestro Código Civil

Según el sistema jurídico de nuestro Código Civil, el juez para establecer la culpa del sujeto deudor (autor del hecho ilícito ó del deudor incumplidor en las obligaciones convencionales), deberá:

a) Considerar en concreto la naturaleza de la obligación o del hecho y las circunstancias de la persona, tiempo y lugar (art. 512 del Cód. Civ.).

b) Considerar únicamente las condiciones personales del agente dañador o del deudor incumplidor en las obligaciones contractuales, con relación al mayor deber de previsibilidad que le impongan las circunstancias en que actúa (art. 902 del Cód. Civ.).

c) Al considerar y estimar los hechos voluntarios, las leyes no toman en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos se estimará el grado de responsabilidad, por las condiciones especiales de los agentes (art. 909 del Cód. Civ.).

d) Con los elementos concretos enumerados en los apartados “a” y “b”, ó “a”, “b” y “c”, según se trate de una responsabilidad extracontractual ó contractual, debe el juez crear el tipo abstracto de comparación que le permite establecer si el sujeto actuó o no como debía actuar en esa emergencia con cuidado, diligencia y prudencia, etc.

Se permite afirmar que el concepto de apreciación judicial de la culpa en concreto de nuestro Código Civil, no difiere del concepto en abstracto de otras legislaciones, de modo que todo se reduce a una cuestión de semántica.

En suma, el régimen general del Código Civil, sin embargo, no ha prescindido totalmente de la graduación de la culpa o de considerar a veces con criterio subjetivo (ver los supuestos normativos: del gestor de negocios (art. 2291 del Cód. Civ.), de los socios (art. 1724 del Cód. Civ.); respecto de las obligaciones del depositario (art. 2202 del Cód. Civ.); y especialmente en la tutela: ".. que el tutor debe administrar los intereses del menor como un buen padre de familia (art. 413 del Cód. Civ.) y la curatela (art. 475 del Cód. Civ.) que por su remisión a las leyes sobre la tutela de los menores aplica la fórmula romana del buen padre de familia, admitida para apreciar la culpa del tutor o curador).

16.- Clases de culpa según Pedro Bonfante.

Pedro Bonfante[102] al tratar los actos ilícitos, que constan de dos elementos, a saber: la voluntariedad del acto, lo cual constituye la culpa, y la lesión de un derecho ajeno, que se llama daño; desarrolla varias clases de culpa: a) Culpa contractual[103]. Llamase culpa contractual la que interviene en los actos que son ilícitos

---

[102] Bonfante Pedro. Instituciones de Derecho Romano. Traducción de la octava edición italiana, por Luis Bacci y Andres Larrosa, revisada por Fernando Campuzano Horma, Segunda Edición. Instituto Editorial Reus, Centro de enseñanza y publicaciones S. A., Preciados, 6 y 23, y Puerta del Sol, 12, Reino de España, Madrid (1959), págs. 100 y 101.

[103] Sin embargo en nuestro derecho positivo la culpa es una noción unívoca que el derecho trata diversamente a través de dos diferentes regímenes de responsabilidad, según que esa culpa sea considerada en la inejecución de los contratos o en la comisión de hechos ilícitos. Hay una sola culpa y un doble régimen de responsabilidad culposa. (Llambías Jorge J., Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Bs. As., 1967, T. I, p. 177; Bustamante Alsina Jorge, Teoría general de la responsabilidad

a causa de una relación particular con una persona perjudicada, ya que tal relación se deriva por lo general del contrato. b) Culpa extracontractual. Es la culpa necesaria en todos los actos ilícitos por sí mismos. Esta toma también el nombre de culpa aquiliana, de la Ley Aquilia, que regula los daños causados a las cosas ajenas cuando no hay ninguna relación entre la parte responsable y la parte lesionada. c) Culpa in faciendo. Se manifiesta por actos positivos. d) Culpa in non faciendo. Se manifiesta en omisiones. Se entendió así porque respecto a las personas con las cuales no nos hallamos ligados por ninguna relación legal o contractual, no estamos obligados a hacer; por el contrario, en los actos ilícitos por sí mismos la culpa no puede nunca consistir en omisión, sino que es siempre culpa in faciendo, como era, por lo demás, en el Derecho Romano antiguo, también con respecto a los negocios de juicio estricto.

20.- Influencia del cristianismo en el Derecho Romano[104]

Es enorme la importancia y la influencia de la legislación canónica cristiana en el Derecho Romano, especialmente en la cristiana sociedad medieval, que radica, en buena parte, en la preponderancia de la jurisdicción eclesiástica, que atrajo hacia sí el conocimiento de las causas – que consideramos laicas – en las que hubiera aun una pequeña atingencia con los sacramentos – matrimonio -, con la moral – buena

---

civil, Ed. Abeledo – Perrot año 1989, págs. 71/75; Orgaz Alfredo, La Culpa, Editora Córdoba, año 1992, págs. 137/140). Empero la tendencia doctrinaria moderna es hacia la unificación de los dos regímenes de responsabilidad civil contractual y extracontractual.

[104] Lapieza Elli Ángel Enrique, Introducción al Derecho Romano, Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales (Bs. As. 1972), págs. 229 y ss.

fe en los contratos y en la posesión, los donativos a la iglesia – testamentos – los pecados – homicidio, adulterio, etc.-

No hay dudas que el instituto de la culpa pasó por el tamiz del cristianismo, influenciándolo de sobremanera y afinando dicho concepto, como más abajo se demuestra[105].

Autores de la talla de Mazeuad-Tunc, Savigny, Mayr, Jors-Kunkel, y Holmes, coinciden en afirmar, como se ha dicho agudamente, que la culpa en el derecho equivale a la categoría del "pecado" en el orden religioso o moral, siendo el "pecado jurídico"**[106]**.

---

[105] Los autores Cazeaux-Trigo Represas, en la obra Compendio de Derecho de las Obligaciones, Tº I, bajo el subtítulo: "Influencia del Derecho Canónico", nos enseñan que este derecho ha tenido también una gran influencia en el campo de las obligaciones, trayendo el trascendental aporte de los principios de la moral cristiana. Una de las doctrinas canónicas de mayor influencia fue la de la "bona fides". La buena fe en la palabra empeñada, y se decía que los pactos deben ser cumplidos. Nace también el principio del consensualismo, fundamental en todas las legislaciones modernas. En el campo de las obligaciones extracontractuales, al darse una definición más amplia de la culpa, los canonistas ensancharon el concepto de responsabilidad, por estar obligado el hombre en conciencia a reparar todo daño causado a otro por su culpa. Y finalmente también como derivaciones del principio de la bona fides, pueden ser consideradas las teorías del abuso de derecho y de la imprevisión, cuyos orígenes igualmente se encuentran por lo tanto en el derecho canónico (Cazeaux Pedro N. y Trigo Represas Félix, en Compendio de derecho de las obligaciones, Tº I, Ed. Librería Editora Platense, La Plata, año 1986, págs. 28 y 29).

[106] Orgaz Alfredo, La Culpa (Actos ilícitos), Ed. Marcos Lerner, Editora Córdoba (Córdoba 1992), pág. 21.

Decía Alfredo Orgaz que esta doctrina ha regido soberanamente hasta el primer tercio de este siglo, aunque, dentro de nuestro propio Código, con algunas concesiones objetivas más o menos insensibles: así en la responsabilidad inexcusable del principal o patrono por el hecho ilícito de sus dependientes o subordinados (art. 1113 del Cód. Civ.), en la responsabilidad de los animales (art. 1124 del Cód. Civ.), en la de los dueños de hoteles (art. 1118 del Cód. Civ.), en la responsabilidad del cazador en terreno ajeno (art. 2543 del Cód. Civ.), y dentro del Código de Comercio, en los casos de muerte o lesión de un viajero en el transporte ferroviario (art. 184), precepto después aplicable a los demás medios de transporte terrestre.

La culpa desde un ángulo de cosmovisión cristiano-católico, implica un reproche de conducta moral–religioso[107], que juega un rol muy importante el concepto de previsión con el que debe actuar el sujeto, como más abajo se demuestra[108].

---

[107] Desde una perspectiva teológica, la Biblia asimiló la culpa al pecado, como una falta cometida contra Dios. Jesús jamás suprimió la imputabilidad (siempre personal), siguiendo la tradición hebrea. San Pablo, a su vez, puso énfasis en la conciencia del hombre dentro del marco ético de su proceder. Haag H.; Van Den Born A., y De Ausejos N., voz "culpabilidad", en Diccionario de la Biblia, Herder, Barcelona, 1963, ps. 418/423, citados por Salerno Marcelo U., op. cit. pág. 280.

[108] Dice Mezger, cit. por Alfredo Orgaz, en su obra La Culpa (Ed. Córdoba 1992), pág. 120: "... el reproche personal que lleva a cabo el Derecho Punitivo mediante la afirmación de la culpabilidad y el reconocimiento de la pena sobre la base de la culpabilidad, exige de antemano que se determine y precise con arreglo a las circunstancias personales del autor, el deber que constituye el fundamento del juicio de culpabilidad a título de culpa ...". Afirman Planiol – Ripert – Esmein, Traité, vol. VI ("Obligations") que: "... La idea de culpa es inseparable de la responsabilidad moral" (Núme. 477). De nuestros autores, Aguiar, dice: "La responsabilidad tiene en nuestros códigos civil y penal un común

El catedrático Couture señala que el término culpa no es un cultismo y, resalta que el hecho de que no haya seguido las trasformaciones fonéticas del romance, se debe a su frecuente uso religioso[109].

La doctrina de la responsabilidad presupone que el sujeto responsable es "físicamente" autor del daño (relación de causalidad) y, también, en principio es responsable "moralmente", siendo los actos del hombre aquellos en que se traduce su esencia espiritual.

Finalmente nos comenta Biondo Biondi, en su obra: *"Il Diritto Romano Cristino*" que la responsabilidad se funda siempre en la culpa en sentido amplio. El elemento subjetivo se introduce en el resultado de la intención malvada. La legislación post-clásica aplica la punición por la simple negligencia, desidia e incuria. En general Giustiniano es indulgente por el delito cometido por simple imprudencia[110].

18.- La Culpa en el Derecho Canónico. Fuentes

La exigencia de la culpa como requisito indispensable de la responsabilidad se mantuvo en el Derecho Canónico, aunque confundida o indiferenciada con la idea de pecado. Se pagaba porque se había pecado. La disciplina

---

fundamento: La imputabilidad moral del acto de que se trata, a su autor. Si falta esa imputabilidad, no hay sanción civil ni penal". Colmo, afirma asimismo: "El elemento moral es de necesidad absoluta en la materia que tratamos, pese a las tendencias actuales en el rubro relacionado con los riesgos profesionales", cits. por Orgaz Alfredo, op. cit. págs. 122/3.

[109] Couture Eduardo J. Vocabulario Jurídico, Ediciones Depalma (Bs. As. 1976), pág. 191, que indica referente a su origen etimológico, que proviene del latín Culpa, -ae, de igual significado.

[110] Biondo Biondi, "Il Diritto Romano Cristiano", TºIII Diritto Pubblico, Capitolo ventisettesimo: "Diritto Penale", Italia, Milano, Editore Dott. A. Giuffrè, año 1954, págs. 429/430.

canónica de la responsabilidad se dirigía más a sancionar conductas individuales inmorales que a reparar los perjuicios sufridos por la víctima. Los glosadores formularon un replanteo del esquema original de la culpa romana, añadiendo un grado más de culpa: la levísima, que se caracterizó como omisión de los cuidados de un "muy buen padre de familia". Culpa levísima de la que respondía el deudor solamente en los contratos hechos a su exclusivo beneficio, como sucede por ejemplo con el prestatario, en el caso del préstamo gratuito. Finalmente, el trabajo de conceptualización y sistematización de la culpa fue llevado a sus más extremas consecuencias por la labor de los comentaristas, quienes renovaron los viejos textos romanos y crearon una nueva sistemática de la culpa[111].

En general, debe afirmarse como un valor del derecho canónico haber mantenido y aun desarrollado los principios romanos sobre la imputabilidad y culpabilidad frente al rudo objetivismo de algunos pueblos bárbaros, especialmente de los germanos (In maleficiis voluntas spectatur non exitus). Desgraciadamente, sin embargo, no puede afirmarse que la construcción fuese totalmente subjetivista, pues en ese derecho se encuentra la extensión de la pena a terceros inocentes, como la infamia de los hijos incestuosos, las interdicciones que por los delitos de herejía y apostasía recaían sobre los hijos y descendientes; la responsabilidad de corporaciones[112].

---

[111] Trigo Represas Félix, en "La noción clásica de culpa. Domat. Código Civil Francés. Código Civil Argentino", en la obra colectiva Revista de Derecho de Daños, Directores Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti, titulada La Culpa I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2.009, pág. 39.

[112] Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino, T° I, Ed. TEA, Bs. As., 1963, pág. 75.

Un resultado antijurídico delictivo puede derivarse de la acción de un agente humano, sin intención, pero con culpa. Se da este supuesto cuando, faltando intención dolosa, existe una conducta culpable de negligencia y descuido. Elegir a un indigno es delito (can. 2391). Un elector no tiene intención de elegir a un indigno, pero no ha puesto la atención y diligencia normalmente exigibles en un asunto de cierta importancia. Como resultado de este descuido, el indigno resulta electo, no por mala intención sino por negligencia culpable de los electores en cerciorarse de las condiciones canónicas del candidato. Este resultado antijurídico constituye el cuasi-delito o delito culposo, y su imputabilidad se llama culpa[113]. La voluntariedad no es directa, el resultado delictuoso no es querido en sí[114], pero está aceptado

---

[113] La palabra culpa significa también imputabilidad moral o culpabilidad teológica no sólo en el lenguaje vulgar, sino también en el jurídico (can. 2218 2; 2391 2; 2394,I°; 2209 I.2.5, etc.). En sentido técnico riguroso, consiste en la ignorancia culpable de la ley, o en la omisión de la debida diligencia; el Código la emplea en este sentido, p. e. en los Sans. 2199 y 2203 I.

[114] La voluntariedad que juega en el delito culposo consiste sustancialmente, según Michiels, en lo que los moralistas llaman voluntario indirecto o en la causa. Según la división común aceptada por los teólogos morales, voluntario in se es aquello sobre lo que recae directamente el acto de voluntad; voluntario in causa es aquello que la voluntad no apetece por sí mismo, pero lo permite o lo acepta al estar vinculado con otra realidad directamente querida. Peinador, siguiendo a Santo Tomás (Theología moralis fundamentalis (Madrid s.f. n. 57), lo llama voluntario in alio, lo cual nos parece más apropiado, puesto que su vinculación con lo requerido directamente por la voluntad no es siempre una relación causal, sino que, como advierte M. Zalba (Theologiae moralis compendium vol. I (BAC, Madrid 1958, n. 88), puede ser también relación de continente a contenido, de condición a condicionado, etc., aunque en el orden moral pueden considerarse como causa y aplicársele el refrán "quod est causa causae est causa causati". En cuanto al voluntario indirecto, Santo Tomás lo considera como atribuible a la

implícitamente en una conducta negligente que lo origina. Consiste, pues, la culpa en la negligencia en prever el efecto criminoso derivable de un acto propio o en evitarlo una vez previsto, habiendo obligación de evitarlo. Por lo cual, supuesta la ausencia de voluntad directa, la responsabilidad moral y penal in causa reclama las siguientes condiciones: 1°) Relación de causalidad entre el acto y el resultado. 2°) Previsión, o sea conocimiento previo (por lo menos confuso) del nexo causal y, por tanto, del resultado. 3°) Libertad moral de poner o no poner el acto que lleva a dicho resultado. 4.°) Obligación conocida de evitar el resultado derivado de tal causa[115].

Santo Tomás de Aquino[116] en síntesis dice que la culpa es un voluntario desorden o privación del bien (1, 48, 5c, 1-2, 21, 2; 87,2c; 2-2,34, 2c). El perdón de la culpa se efectúa por la unión del hombre a Dios, de quien separa toda culpa moral completamente y la venial en parte (3, 86, 4c; 87, 1c). Permaneciendo la culpa, Dios

---

voluntad negativamente, en cuanto que no obra; "como el naufragio se atribuye al piloto en cuanto que ha abandonado el gobierno de la nave" (Summa Theologica I-2 q.6 a.3); sin embargo, es corriente entre los modernos, siguiendo a muchos clásicos (Cf., p. e. Vázquez, Comentario a la I-II de Santo Tomás, dist.24 c. I), emplear en el mismo sentido los términos in se y directo, in causa e indirecto. Cf. Peinador, o. c., n. 56-57. (Cit. al pié de página por García Barberena Tomás., en su obra Comentarios al Código de Derecho Canónico, IV (último), Cánones 1999-2414, Biblioteca de Autores Cristianos, Editorial Católica S. A., Apartado 466, (España, Madrid, MCMLXIV, p. 227).

[115] Amor Ruibal, Derecho Penal de la Iglesia católica I, p. 298, cit. por García Barberena Tomás, op. cit. p. 227.

[116] Santo Tomás de Aquino, Suma Teológica, Tomo XVI (último). Ed. La Editorial Católica S. A., Apartado 466, (España, Madrid MCMLX), pág. 766).

no puede perdonar la pena (3, 86, 2). El perdón universal de todos los pecados en cuanto a la culpa y a la pena se da en el bautismo y en el martirio (íb. Ad 2; 87,1 ad. 2).

Finalmente el canon 128 del Código de Derecho Canónico referente al resarcimiento de los daños causados con culpa dispone que todo aquel que ilegítimamente infiere a otro un daño, por un acto jurídico o por cualquier otro acto realizado con dolo o culpa, está obligado a reparar el daño causado[117].

Fuentes[118]

Las bases del derecho canónico son las Sagradas Escrituras y la tradición apostólica, especialmente a través de las enseñanzas de los Padres y Doctores de la Iglesia.

Se le fueron sumando luego las decisiones de las autoridades eclesiásticas: los cánones – griego: reglas- procedentes de conocimientos ecuménicos, nacionales o locales; los decrétales, decisiones papales llamas así por analogía con los decreta de los emperadores romanos.

Por último, la costumbre y los precedentes y prácticas de los tribunales eclesiásticos.

Sin olvidar la presencia también del Derecho Romano: a) en constituciones de los titulares del Bajo imperio relativas a la Iglesia; b) en su carácter

---

[117] Código de Derecho Canónico. Promulgado por S.S. Juan Pablo II, Tercera Edición corregida. Conferencia Episcopal Argentina.

[118] Lapieza Elli Ángel Enrique, Introducción al Derecho Romano, Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales (Bs. As. 1972), págs. 229 y 232).

de ley de la iglesia y de sus miembros durante la vigencia de la personalidad de las leyes, y c) como promotor de renovación metodológica a partir de la escuela de los glosadores.

El acontecimiento fundamental de la historia del derecho del Sacro Imperio Romano Germánico es la recepción del Derecho Romano, que se perfecciona a fines de la Edad Media.

19.- La religión y el derecho[119]

Los tres órdenes normativos fundamentales son, por consiguiente, la religión, la moral y el derecho. En los orígenes de las civilizaciones, los tres aparecen confundidos. No hay distinción neta entre ellos porque los mismos preceptos vienen impuestos por las creencias religiosas, el sentimiento moral y las leyes positivas. Es así que los diez mandamientos - aunque algunos sean estrictamente jurídicos- son preceptos religiosos, porque violarlos constituye un pecado.

Con el desarrollo de las culturas se origina una profunda diferenciación, al perder vigor el sentimiento religioso que por sí solo resultaba suficiente para orientar la conducta, fue necesario sustituirlo por normas obligatorias que impusieran las mismas soluciones con la fuerza del derecho y no ya con la simple coerción de las creencias. Luego la complejidad de la vida social obligó a reglamentar una multitud de instituciones y de problemas que la religión y la moral no habían resuelto, porque cualquier solución que se adoptara les era indiferente. Siguió así, adquiriendo un

[119] Mouchet Carlos, Zorraquín Becu Ricardo, Introducción al Derecho, Ed. Perrot (Bs. As. 1987), págs. 13 y ss.

desarrollo cada vez mayor, la parte puramente social del derecho. Este último aparece entonces como un sistema autónomo, pero subordinado tanto a las creencias como a la moral, que conserva su natural jerarquía. Ambas continúan, en efecto, guiando al derecho, inspirando sus soluciones, imponiéndoles sus principios fundamentales. Las normas jurídicas no se apartan de los preceptos religiosos y morales, porque se reconoce que los otros sistemas normativos son superiores por su origen (la revelación, la razón) y porque rigen los actos desde un punto de vista más elevado y trascendental.

No obstante la evidente subordinación del derecho con respecto de esos otros sistemas normativos, no han faltado quienes pretendieran cortar de raíz el vínculo que los mantiene unidos. Esto fue lo que se propuso, en el siglo XVII, la escuela del derecho natural y de gentes fundada por Hugo Grocio. Más tarde, ya en el siglo XIX, los positivistas estudiaron el derecho como un producto puro y exclusivo de la vida social ignorando deliberadamente el indispensable fundamento religioso y moral de todo orden jurídico. En la doctrina contemporánea se advierte una feliz reacción contra esas ideas que olvidaron la tendencia innata e irresistible del espíritu humano de buscar la explicación de su destino y las normas que deben guiar su conducta en algo superior a sus propios actos y realizaciones. La religión no es solamente un conjunto de creencias; es también una regla de conducta.

Ambos ordenamientos suponen y admiten el libre albedrío de los hombres, y su violación entraña sanciones en la generalidad de los casos. Pero mientras las que provienen de la religión son siempre de orden interno (el remordimiento) o espirituales, las del derecho son materiales y exteriores.

20.- La cuestión de la culpa en Francia

El antiguo derecho francés llegó a establecer como regla general la reparación de todo daño causado por culpa. Así lo dicen Domat[120] y Pothier[121] y el Código Civil Francés no ha hecho más que recoger esa tradición[122].

Es así que Domat, que inspiró a los redactores del Código Napoleón, (artículos 1382 y 1383), estableció el siguiente principio: "Es una consecuencia natural de todas las especies de compromisos particulares y del compromiso general de no causar mal a nadie, que aquellos que ocasionen algún daño, sea por haber contravenido algún deber o por haber faltado al mismo, están obligados a reparar el mal que han hecho"[123].

Domat expuso que el eje de la responsabilidad es la *faute,* estando la iniuria objetiva completamente desplazada del ámbito de la responsabilidad; además,

---

[120] Domat Nació en 1625 y murió en 1696, pero sus doctrinas estuvieron en auge durante buena parte del siglo XVIII. Es uno de los comentarista del derecho francés anterior a la revolución que más influyó en la redacción del código de Napoleón (Vogel Carlos Alfredo, Historia del Derecho Romano, Editorial Perrot, Bs. As., año 1957, pág. 328).

[121] Roberto José Pothier (1699-1772), fue otro gran intérprete de la escuela francesa del siglo XVIII, profesor de la Universidad de Orleáns y escritor simultáneamente de derecho romano y de derecho francés. Su fama no fue local sino universal (Vogel Carlos Alfredo, Historia del Derecho Romano, Ed. Perrot, Bs. As., año 1957, pág. 329).

[122] Ripert, Georges y Boulanger, Jean, Tratado de Derecho Civil, Bs. As., 1965, T°V, p. 18; Bustamante Alsina Jorge, op. cit. p. 34.

[123] Domat, Jean, Les Loix civiles dans leur ordre naturel, ed. Héricourt, 1777, L. III, Tít. V., cit. por Bustamante Alsina J. op. cit. p. 34.

la *faute* es el único criterio que posibilita la imputación del daño. Esto le llevó a afirmar que si no se puede demostrar que hubo culpa en la realización de un hecho dañoso debe presumirse que "el acontecimiento tendrá alguna otra causa que anduvo unida a aquel hecho inculpable como la imprudencia del que habrá sufrido el daño o algún caso fortuito"[124].

Es que tanto en la idea de Domat como en la de Pothier[125], la iniuria objetiva desaparece, apareciendo la faute como el elemento fundamental de la responsabilidad derivada del derecho natural.

La culpa es, en materia de responsabilidad extracontractual a partir de ese momento, un elemento indispensable de la responsabilidad por atribuir al acto la nota de ilicitud que da nacimiento al deber de resarcir[126].

Nos enseñaba Porthier que cuando no se puede reprochar al deudor dolo alguno, y que no es más que por una simple falta el que haya dejado de cumplir su obligación, ya sea porque temerariamente se comprometió a lo que no podía cumplir, ya sea porque él se ha puesto después, por su falta, fuera de estado de cumplir su

---

[124] Domat, Jean; Las leyes civiles en su orden natural, Ed. Librería Pujal, Barcelona, 1861, T. II, pp. 77 y s., cit. por Trigo Represas-López Mesa, op. cit. T°I, pág. 688.

[125] Tratado de las obligaciones, Ed. Bibliográfica Omeba, Bs. As, 1961, pp. 72 y ss., cit. por Trigo Represas-López Mesa, op. cit. pág. 688.

[126] Decía Pothier: "El cuasi-delito es el hecho por el cual una persona, sin malignidad, sino por una imprudencia que no es excusable, causa algún daño a otro" (Pothier Robert Joseph, Tratado de las Obligaciones, versión directa, según la edición francesa de 1824, publicada bajo la dirección de M. Dupin, corregida y revisada por M. C. de las Cuevas; libro de edición Argentina, Editorial Heliasta S. R. L., Bs. As. año 1993, pág. 72.

compromiso, en ese caso el deudor no está obligado nada más que a los daños y perjuicios que se han podido prever cuando el contrato, que el acreedor podría sufrir de la inejecución de la obligación; pues el deudor se halla reputado como no habiéndose sometido otros[127].

La generalidad de los autores franceses inmediatamente anteriores a la Codificación napoleónica, al igual que en la época post-clásica del derecho romano, distinguían tres casos de culpa: la culpa dolosa (dolo) y la culpa lata (grave) que se asimilan, por un lado, y por otro lado dos categorías más de la culpa: la culpa leve y la culpa levísima[128].

Las elaboraciones canonistas llegaron a través de Domat y Pothier al Código civil francés, en el cual hubo de receptarse expresamente el principio "pas de responsabililté sans faute": no hay responsabilidad sin culpa. Del código francés, el sistema de responsabilidad civil basado en el reproche moral subjetivo, emigró a la mayoría de las legislaciones europeas y americanas, en su mayoría tributarias de la máxima obra napoleónica[129].

---

[127] Pothier Robert Joseph, Tratado de las obligaciones, según la edición francesa de 1.824, publicada bajo la dirección de M. Dupin, corregida y revisada por M. C. de las Cuevas, Editorial Heliasta S. R. L., Argentina, año 1993, pág. 92.

[128] Bustamante Alsina J. op. cit. p. 35. "La culpa levísima": se responde de la más leve culpa. El deudor debe poner la diligencia de un muy buen padre de familia cuando el contrato le reporta ventajas solamente a él, como el comodatario que está obligado a restituir al comodante la cosa que ha recibido en su sólo interés. (Bustamante Alsina J. op. cit. pág. 31).

[129] Cazeaux-Trigo Represas, Derecho de las obligaciones, T. IV, p. 488, N° 2410-B, López Mesa, Curso de obligaciones, T. III, p. 73, Trigo Represas- López Mesa, op. cit. T. I, pág. 689.

Fassó entiende que Domat pertenece indudablemente a la cultura del jansenismo, en cuanto coloca por encima de la doctrina y el dogma el amor a Dios impulsado por la gracia, y el corazón por encima del intelecto. Eric Wolf estima que su perspectiva del orden natural del derecho privado descansa sin dudas en sus detalles de la tradición escolástico-humanística, pero ha recibido, también impulsos importantes de Descartes y de Calvino, con lo que la estructura de su sistema discrepa de los de Grocio y de Pufendorf[130]. Y esto es muy importante para comprender toda la obra de Domat, incluso en materia de responsabilidad civil, pues su concepción moral se mostrará en sus propuestas. Confirma que la culpa es presupuesto subjetivo siempre presente de responsabilidad y la extensión de la noción de daño hasta comprender en ella el daño moral, y la distinción precisa entre daño contractual y extracontractual. Se reconoce a Domat como el jurisconsulto del antiguo derecho francés que, fundado en el derecho romano, en las concepciones iusnaturalistas y del derecho canónico y abrevando en las costumbres francesas, logró formular reglas generales y abstractas en relación con la reparación del daño y quien inspiró directamente a los artículos 1.382 y siguientes del Code.

Así la noción de culpa se convierte en una condición necesaria para que la responsabilidad civil se impute al autor del hecho dañoso en una época en que tal

---

[130] Vallet de Goytisolo Juan Berchmans, Metodología de la determinación del derecho, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces SA, Madrid, 1994, p. 731, cit por Márquez José Fernando y Moisset de Espanés Luis, Apuntes sobre Jean Domat en la reparación del daño, en la obra colectiva, bajo la Dirección de Mosset Iturraspe Jorge y Lorenzetti Ricardo Luis, La Culpa II, Revista de Derecho de Daños, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 2.009, págs. 321/322.

principio se presentaba como expresión de una exigencia fundamental de justicia, proveniente de una sociedad en la que la economía era todavía artesanal, las ocasiones de producirse daños se presentaba en las relaciones de individuo a individuo, y se sentía una fuerte necesidad de garantizar la conservación de todas las formas de propiedad.

Se puede concluir que el gran legado de Domat es la teoría de la reparación y la separación de la responsabilidad civil de la penal, como la concepción de un principio general: "*no hay responsabilidad sin culpa"*, desprendiéndose de la concepción casuística de los romanistas. Fijó las bases conceptuales para el desarrollo posterior de los códigos decimonónicos. Y sus enseñanzas, moldeadas a nuevos tiempos, aunque pueden haber sido superadas por distintas necesidades, repercuten aún hoy en nuestro pensamiento jurídico contemporáneo.

21.- El Código de Napoleón

El código de Napoleón echó las bases del moderno sistema de responsabilidad extracontractual estableciendo los siguientes principios fundamentales: a) Obligación general de responder por el daño causado a otro. b) La imputabilidad del daño al autor del hecho no tiene otro fundamento que la culpa; no hay responsabilidad sin culpa. c) La culpa tanto puede ser intencional como por simple negligencia o imprudencia. d) Siendo la culpa la violación del deber genérico de no dañar a otro, ella convierte en ilícito el acto ejecutado en tales condiciones. e) Sin daño no hay responsabilidad civil.

Estos principios resultan enunciados en el texto de los artículos 1382 y 1383 del Código Civil. El primero dispone: "Todo hecho del hombre que cuasa a otro un daño, obliga a repararlo a aquel por culpa del cual ha sucedido". La palabra "hecho", en este articulo siguiendo el lenguaje de Domat, designa el "hecho ilícito", es decir la "culpa intencional" (dolo del delito civil).

El art. 1383 a su vez dice: "Cada cual es responsable del daño que haya causado no sólo por su hecho, sino también por su negligencia o por su imprudencia".

En materia de responsabilidad contractual el Código Francés sienta los siguientes principios: a) El deudor debe responder de los daños y perjuicios que ocasiona al acreedor el incumplimiento de la obligación. b) El incumplimiento de la obligación importa la presunción de culpa del deudor. c) La culpa se juzga en abstracto. d) No existe graduación de la culpa en relación al mayor o menor provecho que el contrato reporta al deudor.

Estos principios resultan enunciados en los arts. 1137, 1147 y 1148 del Código Civil Francés[131].

---

[131] Art. 1137 del Cód. Civ. Francés: "La obligación de velar por la conservación de la cosa ya sea que la convención no tenga por objeto más que la utilidad de una de las partes, ya tenga por objeto su común utilidad somete a quien tiene la carga de ella a prestar todos los cuidados de un buen padre de familia...". El art. 1147 dispone: "El deudor es condenado, si ha lugar, al pago de daños y perjuicios, ya sea en razón del incumplimiento de la obligación, ya sea en razón del retraso en el cumplimiento, cuantas veces no justifique que el incumplimiento proviene de una causa ajena que no puede serle imputada, aunque no haya ninguna mala fe de su parte". El art. 1148 dispone: "No ha lugar a daños y perjuicios cuando a consecuencia de una fuerza mayor o de un caso fortuito, al deudor se le haya impedido dar o hacer

El Code instauró un sistema de número apertus de los actos y omisiones que eran fuentes de la obligación indemnizatoria, cuando en ellos interviniera cualquier género de negligencia. No existió en el Code, ni en los códigos clásicos que lo siguieron, un listado o número clausus de supuestos de responsabilidad por culpa, como existía en el derecho antiguo, sino un principio que se moldeaba sobre casos concretos no identificados previamente[132].

Sin duda –afirman Trigo Represas y López Mesa- que la segunda gran innovación de la magna codificación napoleónica la constituyó el fundar –inspirado el legislador francés por Domat y los canonistas- la responsabilidad sobre culpa; y una tercera, convertir a la culpa en eje de todo el sistema, estableciendo por primera vez en forma expresa y rotunda el principio "no hay responsabilidad sin culpa" ("pas de responsabililté san faute").El art. 1382 del Code consagró con caracteres indelebles que: "Todo hecho del hombre que cause un daño a otro, obliga a aquél por cuya culpa se ha producido, a repararlo"[133]. Este principio general en materia de responsabilidad civil, aparece como la sanción de la regla moral que prohíbe causar daño a un tercero (naeminem laedere) y constituye una regla de conducta.

Piensan por su parte –Trigo Represas y López Mesa- que el Código Civil Francés intentó apartarse del sistema romano de graduación de la culpa y buena

---

aquello a que estaba obligado, o si ha hecho lo que le estaba prohibido". Fuente Bustamante Alsina J. op. cit. ps. 37/38.

[132] Trigo Represas-López Mesa, op. cit. págs. 689/690.

[133] Trigo Represas-López Mesa, op. cit. T° I, pág. 690.

parte de ello son las criticas que al mismo dirigió Bigot de Préamenue[134] -uno de sus redactores-, que Vélez reproduce en la nota de nuestro articulo 512; pero también es verdad que no se consiguió independizarlo total y definitivamente de dicho sistema, como lo evidencian los resabios de la clasificación de culpa in abstracto e in concreto, típicamente romanas, que se encuentran en aquel Código. En la especie, aunque al autor del hecho dañoso sólo se le puede imputar una ligereza mínima o una simple falta de atención sin la cual el daño no hubiese sido causado, éste debe repararlo.

[134] Cazeux-Trigo Represas, Derecho de las obligaciones, T° I, p. 325, n° 213; Trigo Represas-López Mesa, T° I, op. cit. pág. 692.

CAPITULO II

22.- Base constitucional de la culpa (La culpa en la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos). 23.- La culpa en el Código Civil Argentino. 24.- Apreciación judicial de la culpa en nuestro Código Civil y su graduación: grave, leve y levísima. 25.- Otros supuestos de culpa grave en el derecho argentino. 26.- Concepto de culpa grave. Visión jurisprudencial sobre la culpa grave: a) La culpa grave en materia de seguros. b) La culpa grave en la ley de seguros y en la ley de tránsito. c) d) Configuración de culpa grave por conducir ebrio. e) La culpa grave en el ámbito laboral. f) Petición de quiebra. 27.- Concepto de culpa leve. Eco jurisprudencial sobre la culpa leve. La culpa leve. La culpa leve en la responsabilidad médica. 28.- La culpa levísima. 29.- Examen crítico a la graduación de la culpa. 30.- Categorías paradigmáticas de apreciación del comportamiento culposo: a) modelo abstracto no profesional de conducta (el buen padre de familia), b) modelo mercantilista, c) modelo de conducta resultante de la obligación que se trata de regular, d) modelo de profesional o artífice; e) modelo derivado de modo habitual de comportamiento de una persona respecto de sus propios actos o intereses. 31.- Rostros de la culpa o sus modos de configuración: negligencia, imprudencia, impericia e inobservancia de los reglamentos. a) Negligencia; b) Imprudencia; c) Impericia; d) Inobservancia de los reglamentos y de los deberes del cargo. 32.- Reflexión final sobre estos rostros de la culpa.

22.- Base constitucional de la culpa (La culpa en la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos).

El deber jurídico de no dañar al prójimo o a los demás, plasmado en el apotegma jurídico o en la célebre fórmula romana concebida por Ulpiano: *"alterum non laedere"*, constituye, se ha dicho con acierto, el primer precepto jurídico que debe respetarse en una sociedad civilizada, que contemporáneamente transita una etapa o hito de humanización de la civilización. Se trata de un deber de conducirse en la vida social con la debida prudencia y diligencia, actuando con cuidado y previsión, de forma tal que el comportamiento de cada uno no provoque perjuicios a los otros individuos, sea un su persona, o en los bienes o cosas de su pertenencia. Este principio está consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional: *"Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados"*[135]. La infracción a este deber jurídico de no dañar a las personas de jerarquía constitucional, produce civilmente la obligación de reparar el perjuicio causado.

El Código Civil –al reglamentar las normas fundamentales- establece que todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil (art. 1.109 del Cód. Civ.). Y habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación

[135] Léase el art. 26 de la Constitución de la Pcia. de Bs. As., el cual garantiza el principio de privacidad.

pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades (art. 1.068 del Cód. Civ.). A su vez el art. 1.067 del Cód. Civ., dispone que no habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pudiere causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar culpa, dolo o negligencia; encontrando su complemento jurídico en la normativa del art. 1.079 del mismo cuerpo de normas, al disponer que la obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no sólo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta, y todo delito hace nacer la obligación de reparar el perjuicio que por él resultare a otra persona (art. 1.077 del Cód.). Civ.).

De tal modo, estas normas legales establecen el principio general de la responsabilidad civil con o por culpa o dolo, consagrando una regla de alto valor moral y social: "*el individuo debe orientar sus actos de modo de respetar a los demás"*. Se trata de una regla general, por lo tanto, debemos ser previsores, prudentes y diligentes, pues si actuamos de modo contrario responderemos por cada uno de nuestros actos, asumiendo ese estado de responsabilidad civil. Se impone el deber de actuar sin incurrir en culpas que causen daños a los demás, porque si el daño se produce, le asigna al culpable la obligación de resarcir o reparar el perjuicio causado, siendo una derivación directa del principio constitucional de no dañar a otro.

No es admisible que haya pena sin culpa y, que llevado al ámbito civil no es aceptable o justo que haya derecho a una indemnización resarcitoria si no hay culpa del agente dañador, de allí el aforismo jurídico: *"Nullum crimen, nulla poena*

sine lege"[136]. El principio de culpabilidad se extrae del art. 18 de la C. N.[137] como consecuencia lógica del principio de legalidad. Toda la actividad del estado está sujeta a la ley, en forma tal que los mandatos y las órdenes no son producto de la voluntad arbitraria sino de la normatividad previamente formulada. Con el principio de legalidad se procura afianzar la seguridad jurídica, el hombre moderno necesita sentirse seguro, saber de antemano qué es lo que debe hacer, qué es lo que tiene que obedecer, qué es lo que le pueden legalmente mandar que haga u omita. Tal la formula de nuestra constitución en su art. 19 cuando declara que: *Nadie puede ser obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*. El principio de legalidad parte del presupuesto de la razonabilidad de la ley y de la creencia de que es

---

[136] Sabido es que en la Edad Media, y aun en la Moderna, imperó el régimen de las penas arbitrarias; no obstante, el principio de reserva se encuentra ya entre las concesiones hechas en la Carta Magna por el rey Juan Sin Tierra a los nobles de Inglaterra (1.215). De allí es llevado a la América del Norte, donde la Constitución de Estados Unidos lo consagra y lo hace llegar hasta nosotros. Resulta de interés a este respecto consignar algunos principios contenidos en los artículos de la "Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano", proclamados el 26 de agosto de 1.789 por los hombres de la Revolución francesa. Art. 5. La Ley solo tiene el derecho de reprimir las acciones dañinas a la sociedad. Art. 6. La Ley debe ser la misma para todos, tanto al proteger como al castigar. Art. 8. Nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada. La recepción del principio se produce en nuestro país en el art. 18 de la C. N. (Fontan Balestra Carlos, Derecho Penal, Introducción y parte general, Editorial Arayú, Bs. As., año 1953, págs. 106 y 107).

[137] El art. 18 de la Constitución Nacional (Seguridad y garantías individuales) dice: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa" (...). Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos...".

más difícil la perversión del legislador que la del ejecutor o administrador. La mera legalidad es insuficiente, si el contenido de la ley no es justo. De ahí que el principio de legalidad deba integrarse con el de razonabilidad. Ello significa que existe un patrón, un criterio, un standard jurídico, que obliga a dar a la ley –y a los actos estatales de ella derivados, inmediata o mediatamente- un contenido razonable, justo y valioso.

Ha dicho la Corte que: "El ámbito de aplicación de estas garantías es amplio, aplicándose a todo tipo de jurisdicción" (Fallos 310:1797). Nadie puede ser condenado sin ser culpable de un hecho delictuoso (Fallos 303:1458 y 295:782). El órgano judicial existe con anterioridad a que se produzca el hecho (delito o demanda civil) que provoca la causa (308:817)[138].

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del año 1.948, dispone en su art. XXVI que se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1.948, su articulo 11 establece que: "toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa". El Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos del año 1.966 estatuye su art. 14. 2. que: "Toda persona acusada de un delito tiene el derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley". En la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José

[138] Fallos citados por Joaquín V. González, Manual de la Constitución Argentina (1.853-1.860), actualizado por Humberto Quiroga Lavié, Editorial La Ley, Bs. As., año 2.001, págs. 159 y 160.

de Costa Rica) del año 1.969, su art. 8°, 1, se pronuncia en el sentido de que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, disponiendo el inciso 2 de dicho artículo 8°, que toda persona inculpada tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional estos tratados internacionales tienen jerarquía constitucional y no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos[139].

23.- La culpa en el Código Civil Argentino

El Codificador Don Dalmacio Vélez Sársfield diseña la estructura jurídica del sistema de la responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual en torno al eje de la culpa, disponiendo el art. 1.067 (versión original) del Código Civil –en materia de hechos ilícitos-, que: *"No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo puede causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia";* enunciando genéricamente el art. 512 del Código Civil ("verdadero emblema de la responsabilidad subjetiva") –en tal sentido- que: *"La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y*

[139] Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (art. 33 de la Constitución Nacional).

del lugar" (redacción original del Código Civil), estatuyendo asimismo este ordenamiento privado que: "Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa, o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio..." (art. 1.109 precepto legal de origen del Cód. Civ.) y, habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades (art. 1.068 texto auténtico del Cód. Civ.), sin perjuicio de haber creado supuestos excepcionales de "culpa legalmente presumida" o "culpa re ipsa loquitor" o "culpa cantada", como en el caso de la obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve o tiene a su cuidado (art. 1.113 del Cód. Civ.); el padre, y por su muerte, ausencia o incapacidad, la madre, son responsables de los daños causados por sus hijos menores que estén bajo su poder, y que habiten con ellos, sean hijos legítimos o naturales (texto anterior del art. 1.114 del Cód. Civ.)[140]; los dueños de hoteles, casas públicas de hospedaje y de establecimientos públicos de todo género, son responsables del daño causado por sus agentes o empleados en los efectos de los que habiten en ellas, o cuando tales efectos desapareciesen aunque prueben que les ha sido imposible impedir el daño (art. 1.118 del Cód. Civ.); siendo aplicable el artículo anterior a los

[140] El texto actual según el art. 6° de la ley 23.264 dice: "El padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si fueran mayores de diez años. En caso de que los padres no convivan, será responsable el que ejerza la tenencia del menor, salvo que al producirse el evento dañoso el hijo estuviese al cuidado del otro progenitor".

capitanes y patrones de embarcaciones, respecto del daño causado por la gente de la tripulación en los efectos embarcados, cuando esos efectos se extravían. A los agentes de transporte terrestre, respecto del daño o extravío de los efectos que recibiesen para transportar (art. 1.119 del Cód. Civ.)[141]; agregando este articulo la responsabilidad de los padres de familia, inquilinos de la casa, en todo o en parte de ella, en cuanto al daño causado a los que transiten, por cosas arrojadas a la calle, o en terreno ajeno, o en terreno propio sujeto a servidumbre de tránsito, o por cosas suspendidas o puestas de un modo peligroso que lleguen a caer, pero no cuando el terreno fuese propio y no se hallase sujeto a servidumbre de tránsito. Cuando dos o más son los que habiten la casa, y se ignora la habitación de donde procede, responderán todos del daño causado (responsabilidad anónina o colectiva). Si se supiere cual fue el que arrojó la cosa, él sólo será responsable; la responsabilidad del propietario de un animal domestico o feroz por el daño que causare (art. 1.124 y siguientes del Cód. Civ.); y finalmente enunciaba el derogado art. 1.133 del Código Civil por el Decreto Ley 17.711/68, cuyo texto primitivo decía: “Cuando de cualquier cosa inanimada resultare daño alguno, su dueño responderá de la indemnización, sino prueba que de su parte no hubo culpa, como en los casos siguientes: 1°) caída de edificios o construcciones en general, en él todo o parte; 2°) caída de árboles expuestos a caer por casos ordinarios; 3°) humareda excesiva de horno, fragua, etc., sobre casas vecinas; 4°) exhalaciones de cloacas o depósitos infestantes, causadas por la construcción de éstas sin las precauciones necesarias; 5°) humedad en las paredes contiguas, por causas evitables; 6°) Atajos de

[141] Téngase presente la ley 20.094 y el Código de Comercio a partir del art. 162 en adelante.

los ríos, para servicio de las heredades propias; 7°) obras nuevas de cualquier especie, aunque sea en lugar público y con licencia, si causaren perjuicios.

Decía –en el año 1990- el Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Rosario Roberto H. Brebbia[142] que el fundamento de la responsabilidad civil –en nuestro Código Civil- es la culpa[143], considerada en un sentido amplio comprensivo del dolo y de la culpa en sentido específico (imprudencia y negligencia). Así lo sientan expresamente para la responsabilidad civil nacida de las obligaciones convencionales, los arts. 506, 511 y concs. del Código Civil; y para la responsabilidad extracontractual

---

[142] Brebbia Roberto H., en Vigencia y jerarquía de la responsabilidad civil por culpa en el derecho positivo argentino; Ed. La Ley, Bs. As., T. 1990-B, Secc. Doctrina, págs. 1.074/1.081.

[143] La culpa se caracteriza por dos elementos, ambos de contenido negativo: a) En primer lugar, aparece en la actividad del agente una omisión de diligencias apropiadas; he ahí la razón del reproche que se le formula. b) En segundo lugar, se tipifica esta conducta por la ausencia de mala fe o mala voluntad. En nuestro caso el deudor no se ha propuesto incumplir la obligación y si ha llegado a ello no ha mediado malicia de su parte. Es justo, pues, que esto se compute a su favor para merecerle un tratamiento más benigno o menos desfavorable que si hubiese obrado a designio el incumplimiento de la obligación. Con ello el derecho se adecua a las valoraciones de la moral que reprueba con severidad las faltas intencionales y censura minimamente los descuidos por inadvertencia, que son menores pecados veniales (Conf. con la doctrina del texto: Bustamante Alsina J. H. op. cit. n° 793). Es de advertir que si el primer elemento de la culpa es el que da lugar a la responsabilidad del deudor, el segundo elemento permite ubicar esa responsabilidad en un grado relativamente benigno. El primer elemento de la culpa funciona contra el deudor y el segundo elemento, habida cuenta del primero, a su favor. El primero origina la responsabilidad del deudor, el segundo la limita a una cuantía definida, el deudor responde por las consecuencias necesarias e inmediatas (arts. 520, 901 y 906, del Cód. Civ.) (Llambías Jorge J., Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, T° I, Editorial Perrot, Bs. As. año 1.983, págs. 188 y 189).

o aquiliana originada en los hechos ilícitos propiamente dicho, el art. 1.067 del Cód. Civ. señala en forma por demás asertiva que "no habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiere daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia.

Resulta en verdad que en el proceso para establecer la existencia de la culpa, el juez analiza la voluntad exteriorizada en su conducta o comportamiento humano o hecho propio que causa daño, por estar en sintonía "ese presunto carácter evanescente de este factor de responsabilidad subjetivo con la exigencia que marca el art. 913 del Cód. Civ., respecto a que: *"ningún hecho tendrá el carácter de voluntario sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste",* recordando –además- que los hechos humanos son voluntarios o involuntarios: Los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad (art. 897 del Cód. Civ.) Y los hechos voluntarios son lícitos o ilícitos (art. 898 del Cód. Civ.).

Es que la conducta culposa, como manifestación de la voluntad, sólo podrá ser aprehendida en la medida que ha sido exteriorizada, pues de no haber sido manifestada exteriormente, no habría expresión de la voluntad. Es decir, que la imprudencia o negligencia deben surgir acreditadas de conductas exteriorizadas.

Nuestro Código Civil legisla sobre la figura de la culpa en distintos lugares, lo que dificultaría el conocimiento del sistema, empero si cuenta en su activo con normas tan acertadas e inteligentes, como la de los arts. 512, 902 (que fija la manera de graduar la responsabilidad), 909 (en cuanto a la condición de la persona y los casos en que cuadra tomarla en cuenta, el supuesto de las obligaciones "intuito personae", y que en estos casos estima el grado de responsabilidad, por la condición

especial del agente deudor) y primera parte del art. 1.198 (en cuanto a que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de *buena fe* y de acuerdo con lo que verisímilmente las partes entendieron o pudieron entender, *obrando con cuidado y previsión),* todos del Código Civil, sin dejar de mencionar el art. 511 estableciendo que: "El deudor de la obligación es también responsable de los daños e intereses, cuando por culpa propia ha dejado de cumplirla". Sin dejar de recordar el art. 1.109 del Cód. Civ. al disponer genéricamente para los supuestos de cuasi-delitos que: todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio y que esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil.

Dalmacio Vélez Sarsfield define en él (art. 512 del Cód. Civ.) al instituto en estudio, señalando que:"La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar"[144].

---

[144] Los rostros de la culpa son: a) La negligencia: Consiste en una conducta omisiva: no tomar las precauciones necesarias al encarar una acción; en realidad el art. 512 del Cód. Civ. define este rostro al señalar que la culpa consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y de sus circunstancias. Por ej., el sujeto que procede a la quema de malezas, se retira del campo sin verificar que el fuego esté absolutamente apagado. En suma, hacer menos de lo que corresponde b) Imprudencia: Es una conducta positiva, consiste en una acción de la cual había que abstenerse o en una acción que ha sido realizada precipitadamente. Por ej., el conductor de un automóvil ingiere bebidas alcohólicas antes de conducir; un médico inyecta al paciente sin verificar previamente si éste es o no alérgico al medicamento. c) Impericia: Es la incapacidad técnica para el ejercicio de una

El texto ha entendido referirse al deber de cooperar para el cumplimiento de la prestación, o sea a la diligencia; de suerte que esta palabra debió consignarse así, en singular, como sinónima de cuidado o actividad, y no en plural, equivalente a tramitaciones.

La naturaleza de la obligación permite al juez graduar la imputabilidad según las características de cada contrato, y hasta distinguir entre las relaciones derivadas de las actividades lícitas por una parte, y los cuasi-delitos por otra. Se respetan de tal manera, las modalidades propias del caso; pero en todos ellos se exige siempre el factor de la diligencia.

Como en los supuestos particulares que la ley contempla, se trata siempre de prestar diligencias con arreglo a la calidad de cada figura jurídica, pensamos que no obstan para que juegue siempre la norma del art. 512, y por este medio cabe conciliarla dentro de la teoría de los grados.

Por último, las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, que expresa el artículo, conceden a los tribunales mayor latitud aun para colocarse en

---

función determinada, profesión o arte. A esta forma también se la denomina "inobservancia de las reglas del arte" o "mala práctica". Por ej., un médico que desconoce que un determinado medicamento puede producir reacciones alérgicas, no obstante que ésta es una eventualidad científicamente comprobada. d) Inobservancia de los reglamentos: Consiste en no observar las diligencias prescriptas por las normas jurídicas para una actividad reglada. Por ejemplo, un juez que no dicta una medida cautelar en los términos prescriptos por el Código Procesal. (Kemelmajer de Carlucci A. y Parellada Carlos, Capítulo VII, Los factores subjetivos de atribución, en Responsabilidad Civil de Mosset Iturraspe J. y otros, Ed. Hammurabi, (Bs. As. 1992), págs. 143 y 144.

todas las hipótesis, y el distingo siempre se funda en la calidad de las relaciones jurídicas.

Sin embargo, este artículo 512 corresponde que sea tratado con el art. 902 del Cód. Civ., al establecer que: "Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos".

Respecto a su campo de aplicación está referido a un mayor grado de imputación de las consecuencias en virtud de los conocimientos especiales que se le pueden atribuir al agente. Con lo cual pone un ingrediente subjetivo para analizar el presupuesto de la causalidad. Sería el caso de especialistas, o técnicos, o científicos, o quines recibieron educación superior, o dispusieron de medios extraordinarios para desarrollar su tarea o actividad, es decir, a las personas que por su situación en la sociedad se les exige un mayor grado de previsibilidad. Por ejemplo egresados universitarios, o de escuelas técnicas, etc.; por estar previsto en el art. 909 del Cód. Civ., que reza: "Para la estimación de los hechos voluntarios, las leyes no toman en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos se estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial de los agentes".

La primera parte de este artículo se vincula estrechamente con lo que se dispone en el art. 902 del Cód. Civ., y por lo tanto se mantiene un tipo de graduación de las consecuencias siguiendo un sistema de tipo objetivo. El segundo párrafo se vincula con los contratos que suponen una confianza especial, "intuitu personae" que se tienen con una, o con ambas partes. Ya bien por el tipo de contrato, como el

mandato, o por las circunstancias de las personas; por ejemplo: cuando se toman en cuenta los antecedentes intelectuales, profesionales, de fama, etc., que hacen que esa elección genere un mayor grado de responsabilidad en quien debe actuar.

Por otra parte referente a la atribución subjetiva de responsabilidad a título de culpa, el Código funda la imputación en la previsión y caracteriza la culpa, y también el dolo, de acuerdo con el criterio de previsibilidad. El resultado dañoso es imputable al agente, a título de culpa y como consecuencia mediata (art. 904) "cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas".

24.- Apreciación judicial de la culpa en nuestro Código Civil y su graduación: grave, leve y levísima

Luis María Rezzónico, allá por el año 1957 en su obra Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil[145] con la claridad y lucidez que lo caracterizaron, aborda el tema bajo el sub-título: "Prestación de la culpa, clasificación y graduación" y decía: "La legislación y la doctrina muestran dos sistemas fundamentales para la apreciación de la culpa: 1°) El criterio o sistema de la apreciación "en abstracto", aprecia la culpa por comparación con un tipo ideal, predeterminado e invariable, sin atender inmediatamente a las condiciones personales del agente. Para ello clasifica la

[145] Rezzónico Luis María, en Estudio de las obligaciones, en nuestro derecho civil, octava edición de la editorial: Librería Editorial Ciencias Económicas (Bs. As. 1957), pág. 85.

culpa en: *lata o grave*[146], que es aquella en que incurre un hombre común; *leve,* la que pudiera estimarse cometida por un buen padre de familia; *levísima*, la que podría reprocharse a un hombre muy diligente o cuidadoso en sus asuntos. 2°) El criterio o sistema de apreciación "en concreto", prescinde de tipos de comparación y aprecia en cada caso la culpa del agente, atendiendo a este mismo y a las circunstancias concretas de personas, de tiempo y de lugar, para establecer, si de acuerdo con sus condiciones personales con las circunstancias del caso, el agente u obligado previó o pudo prever las consecuencias contrarias a la ley que derivaron de su acto o de su autor. Si las previó o pudo preverlas, ello es suficiente para fundar su responsabilidad, y el grado de gravedad de su culpa es indiferente para determinar el alcance de esa responsabilidad en materia civil, y sólo puede interesar para graduar la pena criminal, si el acto es un hecho ilícito castigado por el Código Penal. El criterio consagrado por nuestro Código Civil en su art. 512 (y por el Código Penal en su art. 34[147]) es el de apreciación de la culpa "en concreto". Y en su nota al art. 512 dice Vélez Sársfield: El artículo del Cód. se reduce a un consejo a los jueces de no tener ni demasiado rigor, ni demasiada indulgencia, y de no exigir del deudor de la obligación sino los cuidados razonables, debido a la cosa que está encargado de conservar, sea en razón de la naturaleza de ella,

---

[146] Ulpiano decía. "Disoluta negligentia prope dolum est" (el exceso de negligencia se acerca al dolo) y Paulus expresaba: "Magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est" (la gran negligencia es culpa; la gran culpa es dolo), cit. por Rezzónico Luis María, op. cit. pág. 86.

[147] Aclaro que a mi juicio serían los arts. 40 (circunstancias atenuantes y agravantes particulares a cada caso que aumentan o disminuyen la pena), 41, 41 bis, 41 ter. y 41 quáter del Cód. Penal.

sea en razón de las circunstancias variables al infinito, que modifican su obligación para hacerla más o menos estricta".

La culpa grave es la demasiada negligencia, esto es no entender lo que todos entienden, es decir conducirse con crasa negligencia. Tal el caso clásico del depositario que deja abierto el lugar donde guarda los objeto depositados, y se lo roban. En Roma la culpa leve o simplemente culpa era "in abstracto" o "in concreto". La culpa in abstracto, según Rezzónico[148], consistía en omitir los cuidados que prestaría un hombre de diligencia ordinaria o común (se tomaba un tipo ideal de comparación; el bonus o studiosus pater familiae); la culpa "in concreto" (criterio subjetivo de los arts. 902 y 909), consistía en no poner en los cuidados de la cosa ajena la misma diligencia que se pondría en la cosa propia; tal sería el caso de nuestro art. 1724, que impone a los socios la obligación de cuidar los negocios de la sociedad "como los suyos propios".

Contemporáneamente Aída Kemelmajer de Carlucci y Carlos Perellada[149] nos enseñan que apreciar la culpa es establecer sí en un caso concreto, el agente ha obrado culposamente. Se trata de juzgar si para el sujeto era previsible la dañosidad de su conducta. Los criterios de apreciación de la culpa difieren según cuál sea el sujeto que se tiene en miras para realizar el juicio de previsibilidad: si un modelo abstracto, o el propio sujeto actuante. En el criterio abstracto u objetivo, se toma en

---

[148] Rezzónico Luis María, op. cit. págs. 85/86.

[149] Kemelmajer de Carlucci Aída, y Parellada Carlos, en la obra colectiva Responsabilidad Civil, de Jorge Mosset Iturraspe (Director) y Aída Kemelmajer de Carlucci (coordinadora) y otros co-autores, Ed. Hammurabi (Bs. As. 1992), Capítulo VII, Los factores subjetivos de atribución, págs. 145 y 146.

consideración la previsibilidad general de un sujeto-modelo o tipo (el hombre medio, el buen padre de familia, el buen profesional, el buen médico, el buen trabajador, el buen funcionario, etc. La conducta se valora por comparación con la del ente creado idealmente por medio de la abstracción, partiendo del proceder que se estima socialmente adecuado. Resulta que para juzgar si un abogado ha llevado un proceso adelante en forma diligente, el juez toma en cuenta el ritmo al que hubiese trabajado un buen profesional. En el criterio in concreto o subjetivo, la apreciación, en cambio, se compara el proceder del mismo sujeto actuante ante circunstancias similares a las del hecho dañoso. Por ej., aplicando este criterio, para juzgar si un abogado ha llevado el proceso adelante en forma diligente, el juez comparará cómo ha procedido ese profesional determinado en el resto de los pleitos de los que se ha encargado, o como sería la diligencia que ese abogado aplicaría como si la gestión profesional fuere propia o actuare en causa propia. En realidad, ambos criterios no se contraponen sino que se complementan. En la apreciación practica, ni el sistema objetivo abstracto prescinde de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de persona, tiempo y lugar, ni el sistema subjetivo o concreto deja de comparar la conducta del agente con la del individuo de diligencia normal u ordinaria[150].

La mayoría de los autores nacionales coinciden en que nuestro código se ha apartado de todo sistema de tipificación anticipada y abstracta de la culpa, tanto del sistema bipartito como del tripartito.

[150] Kemelmajer de Carlucci, Aída, y Parellada Carlos, op. cit. pág. 145.

El criterio seguido por Vélez especialmente en el art. 512 del Cód. Civ. y su nota que le sirve de fundamento jurídico es amplio y flexible y se adapta a las múltiples situaciones concretas –*pues aplica el sistema de apreciación judicial de la culpa "in-concreto"*- que pueden presentarse en la vida de relación jurídica, que no pueden ser sometidas a cartabones preparados de antemano.

Han investigado este tema los autores nacionales Trigo Represas y López Mesa[151], aportando como doctrina que el criterio seguido por Vélez es amplio y flexible y se adapta a las múltiples situaciones concretas que puedan presentarse en la vida de relación, que no pueden ser sometidas a cartabones preparados de antemano. Refieren que en la nota al art. 512, citando equivocadamente a Barbeyrac –cuando se trata en realidad de Bigot de Préamenue- Vélez explica las razones que lo han orientado en este tema: "La división de las culpas es más ingeniosa que útil en la practica, pues a pesar de ella será necesario a cada culpa que ocurra, poner en claro si la obligación del deudor es más por menos estricta, cual es el interés de las partes, cual ha sido su intención de obligarse, cuales son las circunstancias del caso. Cuando la conciencia del juez se halle convenientemente ilustrada sobre esos puntos, no son necesarias reglas generales para fallar conforme a la equidad: La teoría de la división de las culpas en diferentes clases, sin poder determinarlas, sólo sirve para derramar una luz falsa y dar pábulo a innumerables contestaciones".

Si bien nuestro codificador toma una posición jurídica en la nota de referencia, decididamente en contra de la división de la culpa en grados; pese a ello

---

[151] Trigo Represas- López Mesa, op. cit. T° I, pág. 695.

existen en distintas parte del Código, resabios del sistema romano, que se ubican a lo largo de todo el Código Civil.

Concluyen Cazeaux - Trigo Represas[152] que a pesar de esta definida toma de posición, contraria a la división de la culpa en grados, subsisten en distintas parte del código, restos del sistema romano; así en el art. 413, al tratar de las obligaciones del tutor, se toma como tipo de comparación el del buen padre de familia; lo mismo que en la nota al art. 3965, al tratar de la renuncia anticipada a la prescripción; en el art. 461 se menciona la culpa grave del tutor; en la nota al art. 1143[153] se transcribe una opinión de Duranton, en la que hace referencia a la "culpa levísima"; en los arts. 1724 (obligaciones de los socios), art. 2202 (obligaciones del depositario), art. 1908 (normas para el mandatario) y 2266 y 2269 (obligaciones del comodatario), se toma como medida de la responsabilidad el cuidado que se pone en los propios asuntos, vale decir la culpa leve in concreto de los romanos; en el art. 2878 se impone al usufructuario él deber de usar la cosa como lo haría el dueño; en el art.

---

[152] Cazeaux Pedro N. – Trigo Represas Félix A., Compendio de Derecho de las Obligaciones, T° I, Ed. Librería Editora Platense S. R. L. (La Plata 1986), ps. 149/150.

[153] La nota al art. 1143 del Cód. Civ. que ejemplifica sobre un contrato innominado –que celebran dos vecinos cada uno de los cuales no tiene sino un buey y que convienen prestárselo una semana cada uno- y refiere textualmente: "el buey del uno ha perecido en poder del otro por una culpa levísima. En tal caso no puede aplicarse los principios ni del comodato, ni del mutuo ni de ninguno de los contratos que tienen nombre; y aquel en cuyo poder el buey ha perecido, no será responsable de la pérdida sino en el caso de una culpa que traiga responsabilidad en los contratantes interesados por una y otra parte".

3384 se alude a la falta grave del heredero beneficiario; en la nota al art. 3225[154] se hace responsable al acreedor pignoraticio en una medida más extensa que la que corresponde al depositario; en la nota al art. 964[155] se habla de "falta grave equiparable al dolo", en los arts. 1462 y 1463[156] se usa la expresión "imprudencia grave". Además Trigo Represas y López Mesa en la obra intitulada Tratado de la responsabilidad civil en el T° I°, de la Editorial La Ley, (Bs. As. 2.004) pág. 696, amplían otros supuestos de graduación de la culpa, prevista en la nota al art. 967 en donde se habla de "falta grave equiparable al dolo; en el art. 453 que usa la expresión "culpa grave; y en algunos precedentes aislados la justicia argentina ha utilizado la expresión culpa grave para calificar imprevisiones extremas de la propia víctima, que considera fracturantes del nexo causal. ¿Cómo resolver esta aparente contradicción?. La doctrina enseña que debe prevalecer el art. 512 del Cód. Civ. Las otras disposiciones del Código se refieren a casos especiales y contribuyen a facilitar la aplicación de la norma general contenida

---

[154] Esta nota al art. 3225 del Cód Civ., alude a la teoría de la prestación de las culpas que dice: "Aunque el acreedor pignoraticio pueda ser considerado, bajo ciertos aspectos, como un depositario, sin embargo su responsabilidad es más extensa que la del depositario, porque este hace un servicio a otro, mientras que el acreedor pignoraticio se sirve a sí mismo".

[155] Con la nota al art. 964 del Cód. Civ., se destaca que: "un hombre que ha contraído obligaciones positivas, y que no cuida o renuncia los medios de cumplirlas, comete sin duda una culpa grave que puede equipararse al dolo".

[156] Los artículos .1462 y 1.463 del Cód. Civ. disponen que para el supuesto de culpa grave del deudor o segundo cesionario, prescindir de la notificación ateniéndose al solo conocimiento que hubieran adquirido.

en dicho articulo, adaptándola y ajustándola a las características de cada situación particular.

Nos adoctrina Jorge Mosset Iturraspe[157] que ello nos ratifica en la calificación que ya diéramos al sistema de Vélez, sistema mixto o tornasolado, pues el criterio seguido depende de las circunstancias.

Finalmente dentro del criterio abstracto de apreciación de la culpa, se distingue desde el Derecho romano, la culpa grave, leve y levísima: La culpa grave consiste, en no prever o comprender lo que todos preveen o comprenden, en omitir los cuidados más elementales, ignorar los conocimientos más comunes. Por ejemplo, un albañil que construye una pared sin cimientos, el constructor que no tapa un pozo, el peatón ebrio que pretende cruzar una autopista por un lugar prohibido. La culpa leve es, en cambio, la falta de diligencia propia del buen padre de familia: Por ejemplo, la del sereno que se queda dormido en el garaje o guardacoches donde presta servicios. La culpa levísima reside en la omisión de las diligencias que tomaría un muy buen padre de familia, un hombre extremadamente meticuloso; por ejemplo, cuando un conductor de un automóvil conduce en una calle recta, sin bocacalles a una velocidad que supera minimamente la prevista en los códigos de transito, o como –ejemplifican Kemelmajer de Carlucci y Parellada- "cuando un dependiente conduce en una recta,

[157] Mosset Iturraspe Jorge, en Responsabilidad por daños, T° I°, parte general, Ed. Rubinzal-Culzoni, (Santa Fe 1998), pág. 137.

sin bocacalles a una velocidad que supera minimamente la prevista en los reglamentos de tránsito"[158].

25.- Otros supuestos de culpa grave en el Derecho Argentino

Siguiendo aquí, especialmente en este tema a los autores Trigo Represas y López Mesa[159], los mismos enuncian distintos supuestos de culpa grave como pauta de responsabilidad agravada, lo que convierte en interesante el análisis del concepto, su alcance y efectos, siendo los principales preceptos en que el ordenamiento jurídico argentino a acogido la culpa grave y que en síntesis son: a) El art. 213 inc. 1° del Código Aduanero, ley 22.415, que asigna efectos a la culpa grave del depositario o de quien tuviere derecho a disponer de la mercadería. b) el Art. 87 de la ley 20.744 estatuye que el trabajador es responsable ante el empleador de los daños que causare a los intereses de éste, por dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones. c) El art. 254 de la ley 20.744 dispone que cuando la inhabilitación fuere causada por dolo o culpa grave del trabajador, ello será causal para la pérdida misma de la indemnización que el art. 247 otorga a los trabajadores despedidos por incapacidad física o mental para cumplir con sus obligaciones laborales. d) El art. 274 de la ley 19.550 establece que los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, cuando el daño fuera

---

[158] Kemelmajer de Carlucci Aída y Parellada Carlos, Capítulo VIII, Los Factores subjetivos de atribución, en la obra colectiva bajo la dirección de Jorge Mosset Iturraspe, Ed. Hammurabi, Bs. As. año 1992, pág. 147.

[159] Trigo Represas F. y López Mesa Marcelo J., en la obra cit. págs. 697/699.

producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave. e) El art. 359 de la ley 19.550, carga con responsabilidad personal al fiduciario cuando actúa con dolo o culpa grave en el desempeño de sus funciones. f) Los arts. 28 y 36 de la ley 24.921, en materia de transporte multimodal, hacen perder el derecho de acogerse a ciertos límites de responsabilidad a las personas que hubieran actuado con dolo o culpa grave. g) El art. 99 de la ley 24.522 establece la responsabilidad del peticionante de la quiebra, cuando ella hubiere sido peticionada con dolo o culpa grave y luego revocada la sentencia de quiebra. h) El art. 70 de la ley 17.418 indica que el asegurador queda liberado si el tomador o el beneficiario provoca el siniestro dolosamente o por culpa grave. i) Los arts. 72, 105, 114 y 152 de la Ley 17.418 también asignan a la culpa grave el rol de causa de cesación de la cobertura de seguro, en diversos supuestos. j) Los arts. 433, inc. a) y 438 de la Ley 20.094 que dispone que salvo convenio especial de las partes, no están a cargo del asegurador los daños al buque ni los daños y pérdidas de efectos, cuando sobrevinieren por un hecho del asegurado o de sus dependientes terrestres, realizado con dolo o culpa grave. k) Los arts. 8 y 19 de la Ley 24.452, Ley del Cheque asignan efectos a la adquisición de un cheque de mala fe o incurriendo en culpa grave. l) El art. 354 de la ley 24.452, estatuye que el girado que pagó el cheque queda válidamente liberado, a menos que haya procedido con dolo o culpa grave. m) El art. 43 del Decreto Ley 5965/63, dispone en igual senda que “El que paga la letra de cambio a su vencimiento queda válidamente liberado, a menos que haya precedido con dolo o culpa grave, él está obligado a verificar la regular continuidad de los endosos, pero no a constar la autenticidad de las firmas de los endosantes. n) El art. 11 del decreto ley 5965/63 edicta que si una letra de cambio incompleta al tiempo de creación

hubiese sido completada en forma contraria a los acuerdos que la determinaron, la inobservancia de tales acuerdos no puede oponerse al portador, a menos que éste la hubiese adquirido de mala fe o que al adquirirla hubiese incurrido en culpa grave. o) El art. 74 de la Ley de Penitenciaría Nacional (Decreto-Ley 412/58), establece que los accidentes sufridos por internos durante o con motivo de la ejecución del trabajo penitenciario, así como las enfermedades profesionales contraídas por su causa, serán indemnizadas por el Estado, conforme a la ley laboral sobre la materia y la reglamentación especial que se dicte a tales efectos, si no mediare culpa grave o manifiesta o reiterada violación de los preceptos reglamentarios. p) La Convención de Viena, adoptada por nuestro país por la ley 17.048 en materia de daños causados por la energía nuclear, también convierte la negligencia grave de la víctima en un extremo de importantes efectos jurídicos.

26.- Concepto de culpa grave. Visión jurisprudencial sobre la culpa grave: a) La culpa grave en materia de seguros. b) La culpa grave en la ley de seguros y en la ley de tránsito. c) Configuración de culpa grave por conducir ebrio. d) La culpa grave en el ámbito laboral. e) Petición de quiebra.

Cabe preguntarse: ¿Qué es la culpa grave? y ¿Qué efectos produce?.

Nos adoctrinaba Salvat que la culpa grave consistía en omitir los cuidados más elementales, en no hacer lo que todo el mundo considera necesario hacer; "la culpa" –decía en este sentido un texto del Digesto- *"est nimia negligentia id est, non intelligere quod omnes intelligunt"* (la culpa lata es la demasiada negligencia, esto es, no entender lo que todos entienden). El autor parafraseado con la pedagogía

que lo caracterizaba suministra los siguientes ejemplos: 1°) si la persona encargada de un deposito deja la puerta abierta durante la noche y se le roban las cosas depositadas. 2°) si habiendo estallado un enciendo en casa del depositario, éste prefiere salvar las cosas propias y dejar perecer las depositadas, no obstante que el salvataje de estas últimas era tan fácil como el de las suyas propias[160]. La Culpa grave es la excesiva negligencia, no advertir lo que todos hubieran advertido, ejemplificando Llambías: "el caso de un chofer que deja en la calle un automóvil con el motor en marcha, para tomar una bebida en una cantina"[161]. Trigo Represas y López Mesa[162] citan al maestro Borda en este tema –y decía el recordado autor- que: "si se admite que la culpa es origen de responsabilidad, nunca podrá prescindirse completamente de la consideración de su mayor o menor gravedad para imputar o no-responsabilidad o para imputarle efectos más o menos extensos; y cuando las leyes no lo hacen, la distinción entre culpa grave y leve penetra sutilmente a través de la jurisprudencia". Es sabido que algunos jurisconsultos romanos consideraban a la culpa grave asimilada al dolo, sin embargo Trigo Represas y López Mesa[163] aclaran al respecto que en algunos artículos del Código Civil –que ya se detallaron- Vélez equiparó la imprudencia grave

[160] Salvat Raymundo M., Tratado de Derecho Civil. Obligaciones en General, Sexta edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli, T° I, Ed. TEA, Bs. As. 1952, pág. 133.

[161] Llambías Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, T° I., cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas, Ed. Perrot, Bas. As. 1983, pág. 196.

[162] Borda Guillermo, Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, T° I, pág. 87; Trigo Represas y López Mesa, op. cit. T° I, pág. 699.

[163] Trigo Represas y López Mesa, op. cit. pág. 700.

con la conducta dolosa. Pero no es correcto afirmar que se trata de nociones idénticas, puesto que una cosa es que tengan efectos similares y otra que exista una confusión o indisolubilidad de ambos conceptos.

El dolo supone siempre una intención, sea de no cumplir la obligación, o bien la inejecución maliciosa de la obligación (dolo contractual del art. 521 del Cód. Civ.), o dañar a la persona o a los derechos de otro (dolo delictual del art. 1.072 del Cód. Civ.), es decir el acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro, que se llama en este Código delito. En cambio "la culpa", aunque se le agregue el calificativo adjetivo "grave" consiste en una negligencia (omisión de diligencia, hacer menos de lo que correspondía hacer, según las circunstancias de la persona del deudor, del tiempo y del lugar) o imprudencia (hacer más de lo que correspondía hacer, según también las circunstancias), la impericia (como la inobservancia de las reglas del arte o la mala praxis o mala practica profesional, que implica una falta de idoneidad técnica para el ejercicio de una función determinada, profesión o arte), como se observa no está presente en ella la intención de obrar deliberadamente contra derecho. La equiparación se circunscribe a los efectos que produce, que la ley atribuye en forma idéntica tanto a la culpa grave como al dolo.

En torno a la problemática de la determinación de la gravedad de la culpa, está relacionada equivalentemente con el grado de previsibilidad de las consecuencias dañosas, de modo tal que cuando el daño sea el efecto o consecuencia necesaria y normal del acto o hecho ilícito, según el curso ordinario de las cosas, se califica de "grave" la falta de previsión por parte del agente dañador.

En el Proyecto de Código Civil unificado con el de Comercio para el año 2.000, se define a la culpa grave como la falta extrema de diligencia –así lo hizo el Código Civil Chileno- y se la asimila al dolo (ver fundamentos del Proyecto de Código Civil). El art. 1.604 de ese proyecto prescribe que para la apreciación de la diligencia se aplican las siguientes reglas: (...) c) La falta extrema de diligencia configura culpa grave, que es asimilada al dolo. Y en cuanto a la apreciación de la previsibilidad, la mima se juzga sin tomar en cuenta la condición especial del agente, salvo sí: (...) c) El agente ha obrado con dolo o con culpa grave (art. 1.608)[164].

Se entiende por "culpa grave" como el obrar de la conducta humana voluntaria cuyo resultado dañoso es previsible y deriva de una conducta u omisión tan apartada de las pautas normales del comportamiento humano, que provocaría la repulsa y censura de un sujeto o individuo medio. En su consecuencia, el grado de culpa –antes referenciado- consiste en la decisión deliberada y consciente del agente dañador de comportarse de manera singularmente riesgosa, exponiéndose a sí mismo y a terceros afectados a la consecuencia de ese obrar antijurídico.

Visión jurisprudencial sobre la culpa grave

Los tribunales se han expedido sobre cuestiones en las que se sometió a consideración de los mismos el tema de la culpa grave, y en tal sentido haremos un paneo jurídico, agrupándolos bajo las siguientes materias, a saber:

a) La culpa grave en materia de seguros.

---

[164] Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio, para el año 2.000, redactado por Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio Cesar Rivera y Horacio Roitman.

1°) Pese a la tajante postura del Codificador de prescindir de graduar esta figura, se advierte que en algunas oportunidades escasas se hace referencia a conceptos como falta grave (en la nota al art. 964), culpa levísima (nota al art. 1143) e imprudencia grave (en los arts. 1462 y 1463). El art. 114 de la ley 17.418 establece que el asegurado no tiene derecho a ser indemnizado cuando provoque dolosamente o por culpa grave el hecho del que nace su responsabilidad. Y especialmente en el seguro, cuando se incurre en ella por estar cubierto con la póliza. 2°) Siguiendo en el mismo andarivel se incurre en culpa grave prevista en la ley 17.418 cuando se trata de un incumplimiento inusitado e inexplicable, que excede los casos de simple culpa, debiendo identificarse ese concepto más con la voluntad consciente que con el simple descuido, en tanto se encuentra lindando con el dolo. De lo contrario se limitaría la garantía a las hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor, lo que es contrario a los supuestos del seguro contemporáneo y a las normas de la ley especial que rige ese contrato. 3°) En el buceo de las razones por las que el legislador introdujo esta figura en la Ley de Seguros, es ineludible mencionar la exposición de motivos, que expresa "El mantenimiento de la liberación por culpa grave se aconseja en el estado actual de nuestro país, no obstante la tendencia creciente a cubrirla, por las dificultades para probar el dolo, la deficiente organización policial en el interior del país, las dificultades prácticas de una intervención rápida del asegurador para investigar las circunstancias en que se produjo el hecho, etc." (S.C.J.B.A, 24-5-2.006, "Rocoma Berta María y Rodríguez María José c/ Díaz Alberto s/ daños y perjuicios, Ac. 87.541, JUBA B23465, cit. en la Revista de Derecho de Daños, 2.009-1, La Culpa-I, Doctrina y Jurisprudencia, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2.009, bajo la dirección de Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo

Luis Lorenzetti, obra colectiva, La culpa, Provincia de Bs. As., por Graciela Medina y Carlos García Santas, págs. 342/343).

La culpa grave aludida en los arts. 70 y 114 de la Ley de Seguros es aquel obrar excepcional de quien conduce el automotor, con un proceder que se acerca más al dolo (por la previsibilidad del resultado) que a la culpa, constituyendo una falta grosera e inusitada, como así también aquella conducta en la cual el sujeto se somete voluntariamente a un riesgo innecesario, creyendo que no se efectivizará y se arriesga desafiándolo, aunque posteriormente lo alcanza. En cambio, no cabe extraer tal concepto a los supuestos de mera negligencia o descuido, ya que ello equivaldría a limitar la garantía del seguro a los extremos de caso fortuito o fuerza mayor, quitando toda funcionalidad al aseguramiento. Por lo tanto, la sola circunstancia de que el rodado cruce en rojo no basta para eximir de responsabilidad a la aseguradora (CCCom. De San Isidro, Sala I, 19-8-2.033, Domínguez Miriam E. c/ Agorio Diego H. y otros s/ daños y perjuicios, causa 92.748, Reg. 588 bis, **www.casi.com.ar**., cit. en la Revista de Derecho de Daños, 2.009-1, La Culpa-I, Doctrina y Jurisprudencia, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2.009, bajo la dirección de Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti, obra colectiva, La culpa, Provincia de Bs. As., por Graciela Medina y Carlos García Santas, págs. 342/343).

b) La culpa grave en la Ley de Seguros y en la Ley de Tránsito.

1°) Si bien el Código de Tránsito Ley 11.430 tipifica las violaciones tomando como pauta la gravedad y significación que las mismas poseen de acuerdo a la seguridad publica y vial (art. 111), incluyendo como las más graves (art. 112), entre otras, el exceso de los límites de velocidad (art. 54), no circular con cuidado y previsión en la

vía publica (art. 51, inc. 3°) no respetar las luces de los semáforos (art. 54), no usar los correajes de seguridad (art. 48 inc. 9°) etcétera, el carácter provincial de esas reglas hace que no puedan prevalecer sobre normas de jerarquía superior como las del Código Civil o la ley 17.418 (art. 31 de la C. N.). Por esa razón la infracción a las leyes de transito no implica necesariamente la culpa del infractor desde el punto de vista civil. Ello no obstante, esa graduación que hace la ley 11.430 nada tiene que ver con la culpa grave aludida en el art. 114 de la Ley de Seguros, pues con ese criterio el mínimo exceso de velocidad haría incurrir al conductor en ese tipo legal, y la cobertura del seguro caería en vacío. 2°) Si se postula la tesis por la cual quien comete "una grave infracción de transito" incurre por ello en "culpa grave" a los efectos de la exclusión de cobertura, la función del contrato de seguro contra la responsabilidad civil automotor se vería frustrada, quedando sin amparo una gran cantidad de siniestros que se producen en la actualidad (S.C.J.B.A, 24-5-2.006, Rocoma Berta M., Y Rodríguez María J. c/ Díaz Mario A. s/ daños y perjuicios, Ac. 87.541, JUBA B23465, cit. op. cit. pág. 343/344).

c) Configuración de culpa grave por conducir ebrio.

Acreditado el estado de ebriedad con que el accionado condujera en la emergencia, no he de vacilar en afirmar que tal obrar (configurativo de una imprudencia y negligencia extrema que se muestra con el rostro de la temeridad y de la más absoluta despreocupación por la suerte propia y la de terceros) es un supuesto de culpa grave que de darse en la persona del asegurado configura el supuesto de exclusión de cobertura o no seguro que se refiere el art. 114 de la ley 17.418. En virtud de ello es que debe reputarse excluido del deber de responder la Federación Patronal Cooperativa

de Seguros Limitada, citada en garantía, en virtud de la causal de delimitación subjetiva del riesgo acaecida con antelación al siniestro pactada expresamente por las partes, como luce en la cláusula 20 de las Condiciones Particulares de la póliza (v. fs. 66, conf. arts. 70 y 114 de la ley 17.418 y 1197 y 1198 del Cód. Civ.) (S.C.J.B.A, 24-5/2.006, Rocoma Berta Maria y Rodríguez María José c/ Díaz Alberto s/ daños y perjuicios, Ac. 87.541, JUBA B23.465, cit. en op. cit. pág. 344).

d) La culpa grave en el ámbito laboral.

1°) En el ámbito de las relaciones laborales, el art. 87 de la ley de contrato de trabajo califica el elemento subjetivo de la responsabilidad por daños ocasionados por el trabajador a los intereses del empleador, responsabilizando al primero sólo cuando su conducta obedezca a dolo o culpa grave (CNTrab. Sala VI, 2./5/01 Colegio Modelo Bs. As. S.R.L. c/ Trapani de Giannicola Araceli M. DT, 2.002-A-286, cit. por Trigo Represas-López Mesa, op cit. pág. 704). En otro fallo se dijo: “Que el incumplimiento voluntario por parte del trabajador de las diligencias debidas o realizar menos de lo que debió realizar en relación con las normas de seguridad establecidas por el empleador (CNTrab. Sala IV, 26/6/95, Bco. Del Buen Ayre S. A. c/ Pedrosa Ricardo O. y otros, DT., 1995-B-1807”, cit por Trigo Represas-López Mesa, op. cit. pág. 704). 2°) La culpa grave se configura en aquellos casos de conductas temerarias, excluyendo la mera ligereza, torpeza o imprudencia (CNTrab., Sala III, 12/9/86, Coronel Selva O. c/ Flores Clementino y otros DT. 987-A-263, cit. por Trigo Represas- López Mesa, op. cit. pág. 704). 3°) La culpa grave del trabajador queda configurada cuando se expone al peligro en forma voluntaria y consciente, con una temeridad equivalente al dolo, es decir, a la intención de dañarse para obtener un beneficio (CNTrab. Sala II, 6/9/94,

Pollina Francisco E. c/ Catilán S. A. y otro, JA, 1995-VI-17, cit por Trigo Represas-López Mesa, op. cit. pág. 704.

e) Petición de quiebra.

1°) A los efectos de la acción de daños y perjuicios contra el peticionario de la quiebra, prevista en el art. 103 de la ley de concursos se requiere que la sentencia de quiebra haya sido revocada, que quien la peticionara hay obrado con dolo o culpa grave y la existencia de un perjuicio concreto (Cám. CC Lab. Y Min. Santa Rosa, 7/7/86, Tantucci Juan C. c/ Pérez Santiago, La Ley 1987-C-432 (37.655-S, JA 1987-I-64, cit. por Rouillon Adolfo A. N. (Director) y Alonso Daniel F. (Coordinador) Código de Comercio, comentado y anotado, T° IV-B, Ed. La Ley Bs. As. 2.007, pág. 158). 2°) Se ha considerado que hay dolo o culpa grave, por ejercicio abusivo o extorsivo del derecho a pedir la quiebra, cuando el acreedor, por ejemplo, elige una vía que es más onerosa o perjudicial para el deudor. O por la utilización abusiva y para fines diversos de los legales, del procedimiento de quiebra (CNCom. Sala C., 2.004/5/11, A.M., M.E., c/ Diners Club Argentina S. A. La Ley 2.005-B-639. En el caso, el peticionante decidió abandonar el procedimiento concursal y continuar con la ejecución individual que se encontraba mas avanzada). En algún caso se consideró procedente la demanda por daños y perjuicios derivados de la declaración de quiebra a instancias del acreedor demandado, posteriormente revocada, cuando el actuar del peticionante fue antijurídico en tanto podía reclamar y percibir las respectivas prestaciones por los cauces ejecutivos ordinarios (CCCom. Sala C, 2.004-5-11.- A.M., M.E. c/ Diners Club Argentina S. A. La Ley 2.005-B-639, cits. por Rouillon- Alonso, op. cit. pág. 158).

27.- Concepto de culpa leve. Eco jurisprudencial sobre la culpa leve. La culpa leve. La culpa leve en la responsabilidad médica.

La culpa leve se subdivide en culpa leve en abstracto y culpa leve en concreto. **La culpa leve en abstracto:** según los comentaristas de derecho romano designaba así la culpa que no cometería un buen administrador: se comparaba de una manera abstracta la conducta del deudor a la de un buen padre de familia (diligens pater familias) y se le tiene por responsable del daño causado al acreedor cuando se estima que éste no ha actuado como lo habría hecho este buen administrador. Se responde de esta culpa cuando las dos partes tienen interés en el contrato. En la época de Justiniano era el derecho común en materia de contratos de buena fe, y pesa sobre el vendedor, como sobre el acreedor prendario y aún sobre el mandatario en mandato oneroso[165]. **La culpa leve en concreto:** Decía Bustamante Alsina que los intérpretes del derecho romano han dado este nombre a la culpa apreciada de una manera concreta, según la conducta habitual del deudor; es la culpa que éste no cometería en la administración de sus propios negocios. Constituye una atenuación de la responsabilidad a favor de ciertas personas que administran un conjunto de bienes, o que atienden sus propios intereses a la vez que los ajenos; se les exige el mismo cuidado que en la gestión de su patrimonio. Se aplica al copropietario, al tutor, al curador y al socio[166].

Eco jurisprudencial sobre la culpa leve

1°) La culpa leve.

---

[165] Bustamante Alsina Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, op. cit. pág. 30, n° 48.

[166] Bustamante Alsina Jorge, op. cit pág. 31, n°. 49.

a) La culpa grave es de aplicación excepcional en el sistema previsto para la responsabilidad civil que se guía por la culpa in concreto (art. 512 y 902 del Cód. Civ.) y donde el daño injusto es resarcible ante la existencia de una culpa leve.

b) Si bien es cierto que la ley sustantiva no fija un parámetro (buen padre de familia), etc.) para estimar el grado de la culpa, no puede pasar por desapercibido que exista una prudencia o diligencia media exigible a todo comportamiento de nuestra sociedad. Así, en la medida que sea una previsión que cualquier persona hubiera tomado (mayor generalización de la diligencia) en iguales circunstancias la omisión de prever será más grave. Por el contrario, cuando sea una previsión que excepcionalmente sea adoptada, la no realización de la diligencia configurará una culpa leve (CCCMin. de San Juan, Sala Primera, 18-12-2.003, autos: 17.420, "M., E. c/ A., J. C. s/ daños y perjuicios"; L. de S., t. 86. fo. 2198/212, cit. por Alferillo Pascual Eduardo; La Culpa, Provincia de San Juan, en la obra colectiva, Revista de Derecho de Daños, 2.009, La culpa I, Doctrina y jurisprudencia, Director Jorge Mosset Iturraspe y Coordinador Ricardo Luis Lorenzetti, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2.009, págs. 521/522.).

c) La culpa leve del médico genera responsabilidad, pues quien ejerce tal ministerio se halla normalmente obligado a agotar todas las precauciones en resguardo de la salud y la vida del paciente (CNCiv. , Sala A, 2-6-2.004, "Larrosa Juan C. y otro c/ Sanatorio Quintana S. A.", cit. por Barbado Patricia Bibiana, La Culpa, Jurisprudencia nacional, en la obra colectiva, Revista de Derecho de Daños, 2.009, La Culpa I, Doctrina y jurisprudencia, Director Jorge Mosset Iturraspe y Coordinador Ricardo Luis Lorenzetti, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2.009, págs. 306).

2°) La culpa leve en la responsabilidad médica.

a) La culpa se sustenta en la previsibilidad de las consecuencias perjudiciales, pues se configura cuando no se ha previsto lo previsible o cuando, previsto, no se ha tomado las medidas necesarias para impedir el daño, o bien se ha afrontado voluntariamente la posibilidad de que éste se produzca. b) La responsabilidad médica no se limita a los supuestos de culpa grave o inexcusable, pues tal categoría está excluida de los arts. 512 y 1.109 y conc. del Cód. Civ. Así, y pese a la gran circunspección con que debe juzgarse la conducta del profesional para poner a cubierto la proliferación de demandas abusivas y temerarias que conspiran contra el progreso de la medicina, su culpa leve igualmente genera responsabilidad, pues está obligado a agotar todas las precauciones en resguardo de la salud y vida del paciente. c) No exime de responsabilidad al jefe del departamento de urgencias el hecho de que el acto quirúrgico se haya realizado fuera de su horario de trabajo, pues debió, los días subsiguientes, compulsar de manera crítica y con la experiencia profesional acorde a un jefe de servicio, las deficientes constancias de la historia clínica. d) El deber de previsión de las consecuencias dañosas adquiere especial relevancia en el caso de responsabilidad profesional de los médicos. Así, la culpa se presenta no solo como el actuar imprudente de quien obra de manera precipitada y sin prever las consecuencias del acto irreflexivo, sino además cuando se omite cierta actividad que habría evitado el resultado dañoso. Por tanto, no puede excusarse la responsabilidad en el mero hecho de que el tratamiento adoptado era una de las alternativas posibles frente a las complicaciones que inicialmente presentó el paciente al tiempo del acto quirúrgico, o bien dicho la desfavorable evolución del cuadro postoperatorio. e) Cuanto está en juego la vida humana, la menor imprudencia, el descuido pequeño o la negligencia leve, adquiere una dimensión

especial que le confiere una singular gravedad. Por tanto, el médico está obligado a agotar todas las precauciones en resguardo de la salud y vida del paciente. f) La responsabilidad del médico por los daños ocasionados a un paciente debe valorarse no sólo por las pautas del art. 512 del Cód. Civ., sino además en virtud de la mayor capacidad de previsión del profesional, de conformidad con lo dispuesto por el art. 902 del mismo ordenamiento. (Cám. Nac. Apel. En lo Civil, Sala A, Fecha 7/3/97, partes: "S., B. E. y otras c. Municipalidad de Buenos Aires, cita Online: AR/JUR/4225/1997, La Ley).

28.- La culpa levísima.

En la culpa levísima se responde de la más leve culpa[167]. Resulta que el deudor debe poner la diligencia de un muy buen padre de familia, cuando el contrato le reporta ventajas solamente a él, como el comodatario que está obligado a restituir al comodante la cosa que ha recibido en su solo interés[168], o bien consistente en no haber tenido el cuidado de un diligentísimo padre de familia. .

---

[167] Es tradicional, en efecto, que se la distinga –a la culpa- en grados: grave, leve y levísima, para afirmar que sólo a la primera o a las dos primeras puede corresponder una sanción penal. "La culpa levísima, dice, -Carrara citado por Soler-, es una desgracia, y las desgracias se lloran pero no se castigan" (Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino, T° II, Ed. TEA, Bs. As. 1963, págs. 145/6).

[168] Obra una cita de Bustamante Alsina Jorge, en Teoría general de la responsabilidad civil, op. cit. pág. 31 que dice: "Los glosadores, las leyes de Partidas, y autores franceses antiguos hicieron una clasificación tripartita incluyendo la culpa levísima. Mainz, C. (Curso de Derecho Romano, Barcelona 1892, T2, p. 22/23, N° 174), afirma que la expresión culpa levísima sólo aparece una vez en las fuentes

En cuanto a la culpa levísima -expone Orgaz Alfredo[169]- que ella no es imputable, como regla general; la ley exige de los hombres que sean prudentes, no prudentísimos; diligentes, no diligentísimos: *"la ley humana no puede llevar nunca sus exigencias hasta imponer a los ciudadanos cosas insólitas y extraordinarias"*, y nuestra ley, en efecto, no las impone. Este autor parafraseado, cita a Jors-Kunkel, Derecho Privado Romano, lug. cit. nota 10, quien aclara que la expresión culpa levísima no es técnica en el Digesto y estarían falseados los textos que se citan a favor. Sin embargo, agrega Orgaz[170] que nuestros Tribunales, suelen imputar con bastante frecuencia la culpa levísima a los fines de la responsabilidad. Conforme los casos citados en el Digesto Jurídico de La Ley, t. III, pág. 914, núm. 531; además de Vértiz, Accidentes de tránsito, núm. 57 in fine. En particular –Orgaz[171]- rechaza la imputación de la culpa levísima, como regla, en cuanto recomienda a los jueces no tener "ni demasiado rigor, ni demasiada indulgencia", y de exigir al deudor "sino los cuidados razonables".

29.- Examen crítico a la graduación de la culpa

---

del derecho romano, en un fragmento de Ulpiano, pero, ese pasaje carece de significación técnica y no está empleado en oposición a la culpa lata o culpa levis.

[169] Orgaz Alfredo, La Culpa, (Actos ilícitos), Editorial Marcos Lerner, Editora Córdoba, Córdoba, 1992, págs. 126 y 127.

[170] Orgaz Alfredo, op. cit. pág. 127.

[171] Orgaz Alfredo, op. cit. pág. 127.

Raymundo Salvat expresaba que desfigurando la teoría del derecho romano e interpretando sus textos caprichosamente, los romanistas antiguos habían elaborado un sistema de clasificación tripartita de la culpa, es decir, una clasificación de ella en tres grados: culpa grave, culpa leve y culpa levísima, esta última consistía en omitir los cuidados de un muy buen padre de familia. Y he aquí como se hacía funcionar esta clasificación: 1°) contratos en los cuales el deudor no tiene interés alguno, responde únicamente de la culpa grave; 2°) contratos celebrados en el interés de las dos partes, el deudor responde de la culpa grave y leve; 3°) contratos celebrados en el interés exclusivo del deudor, responde de la culpa grave, leve y levísima. Esta teoría, seguida por los romanistas antiguos la encontramos consagrada también en la antigua legislación española (en las Partidas 7°, Tít. 33, LEY 11) y en antiguo derecho francés; pero, como lo veremos, -decía Salvat en el año 1923 en la primera edición de su obra citada- hoy ha sido generalmente abandonada. Se le han hecho tres observaciones fundamentales: 1°) que ese tipo de muy buen padre de familia, base de la culpa levísima, no es el tipo común de la humanidad, y, por consiguiente, no puede ser tomado como punto de comparación para juzgar los hechos del hombre; 2°) que es perfectamente lógico agravar o disminuir la responsabilidad del deudor según tenga o no interés en la relación obligatoria; pero es absurdo aumentarla porque el acreedor no tenga interés en ella; 3°) que el término culpa levísima, los textos romanos lo emplean únicamente al hablar de la responsabilidad en virtud de la Ley Aquilia, es decir, de la culpa aquiliana o delictual[172].

[172] Salvat Raymundo M., Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en general, T° I, op. cit. págs. 135/136.

Por su parte -exponía Alfredo Orgaz- que estas clasificaciones han perdido toda importancia dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual, donde la culpa se mide por lo que era exigible según la diligencia normal u ordinaria, conforme a las circunstancias del caso (art. 512), esto es, con la terminología antigua, comprendería la culpa grave y la leve en abstracto; también esto es así en la responsabilidad funcional (art. 461 del Cód. Civ., responsabilidad del tutor sobre la base del dolo o la culpa grave, etc.) y en la contractual, aquí con algunas pocas situaciones en que se tiene en cuenta la culpa grave o también la leve en concreto (esta última en los arts. 1724 –contrato de sociedad-, 2202 –depósito-, 2291 –gestión de negocios-, etc.)[173]. De todo lo expuesto –sobre este tema- se extrae como conclusión, según los precedentes jurisprudenciales sumariados "ut supra", nuestros tribunales aplican la culpa grave y la leve como quedó demostrado.

30.-Categorías paradigmáticas de apreciación del comportamiento culposo

Con el objeto de lograr una mejor comprensión sobre esta temática, resulta necesario pasar revista a las normas legales que la doctrina ha identificado como más importante, como paradigma de apreciación de la conducta o comportamiento culposo.

a) Modelo abstracto no profesional de conducta (el buen padre de familia). Dispone el art. 413 del Cód. Civ. que: "El tutor debe administrar los intereses del menor como un buen padre de familia, y es responsable de todo perjuicio resultante

[173] Orgaz Alfredo, op. cit. pág. 126.

de su falta en el cumplimiento de sus deberes". Se desprende de la norma –a modo de interpretación- que la actuación del tutor como administrador de los bienes del pupilo resulta sujeta a ciertas pautas generales, reflejadas en la misma. En primer término debe ser cumplida "como un buen padre de familia", lo cual importa la más severa escrupulosidad, corrección y diligencia. En segundo término, su gestión ha de atender primordialmente el interés del incapaz. Asimismo su desempeño en el patrimonio de su representado se encuentra limitado a los actos de administración como indica el precepto legal. Por último, el tutor es responsable civilmente por los daños y perjuicios derivados de la falta de cumplimiento de sus deberes. La administración se ejerce bajo la responsabilidad del tutor en los términos de lo dispuesto por el art. 413 del Cód. Civ., previo inventario y bajo las garantías establecidas en las disposiciones del título respectivo[174].

b) Modelo mercantilista. Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión (art. 59 de la Ley 19.550). En un caso judicial se dijo que la diligencia del buen hombre de negocios impone la previsión de acontecimientos que no resultan absolutamente desacostumbrados en el ámbito de la actividad de la que se trata según la experiencia común (CNCom. Sala D., 1995/11/09, Estancias Procreo Vacunos S. A. c/ Lenzi Carlos y otros, La Ley 1996-B,

[174] Uriarte Jorge A., en la obra colectiva bajo la Dirección de Alberto J. Bueres, y la coordinación de Elena I. Highton, Código Civil, Análisis doctrinario y jurisprudencial, T° 1, Parte General, Familia, Ed. Hammurabi, Bs. As., año 1995, págs. 1.413 y 1.414.

194, con nota de José María Curá- DJ 1996-1-960)[175]. El administrador no asegura con su gestión el éxito de la empresa. La obligación que asume es una obligación de medios y no de resultado. Como complemento a ello, señalamos que su eventual responsabilidad debe evaluarse en el marco de las circunstancias existentes al momento de adoptarse la decisión o de ocurrir la omisión base del perjuicio reclamado[176]. Con referencia al deber de lealtad o fidelidad, es leal quien guarda a las personas o a las cosas la debida fidelidad; la lealtad implica el cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad. Los administradores tienen un deber de fidelidad para con la sociedad y para con los socios, que consiste en la obligación de anteponer los intereses de la sociedad a sus intereses propios o de los terceros, en los actos y en los negocios en general. Y dicho deber deriva de un principio general del derecho como es la buena fe, del cual se nutre y se enriquece a fin de determinar su contenido[177]. El art. 6° de la ley 24.441 de Financiamiento de la vivienda y la construcción dispone que: "el fiduciario deberá cumplir las obligaciones impuestas por la ley o la convención con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la

[175] Citado por Rouillon Adolfo A. y Alonso Daniel E., en Código de Comercio, comentado y anotado, T° III, Ed. La Ley, Bs. As. año 2.006, pág. 138.

[176] Rouillon Adolfo A. y Alonso Daniel E., en Código de Comercio, comentado y anotado, T° III, Ed. La Ley, Bs. As. año 2.006, pág. 138.

[177] Rouillon Adolfo A. y Alonso Daniel E., en Código de Comercio, comentado y anotado, T° III, Ed. La Ley, Bs. As. año 2.006, pág. 136.

confianza depositada en él". En la especie, se trata de que en el mundo de los negocios han recogido este modelo, asignándole efectos legales a esta figura o prototipo de comportamiento, bastando a los efectos de este estudio –como dicen Trigo Represas y López Mesa[178]- dejar sentado que dos leyes argentinas y un decreto toman ese camino (el art. 59 de la ley 19.550; el decreto 656/92, art. 24 y la ley 24.441, capítulo I, art. 6°).

c) Modelo de conducta resultante de la obligación que se trata de regular. Explicitan -Trigo Represas y López Mesa- que este tipo o modelo se extrae de la referencia que hace nuestro art. 512, que alude a la diligencia que exija la naturaleza de la obligación. La caracterización de este modelo es la corrección y la negación de los modelos apriorísticos del buen padre de familia, contemplando la obligación como fuente de la diligencia que ha de aplicarse, constituyendo un modelo de configuración judicial, esto es, no *ex ante*, sino *ex post* de los hechos[179].

d) Modelo de profesional o artífice.

Carlos A. Ghersi se pregunta ¿Hay una culpa medica distinta de la culpa del hombre común?. Responde: que no hay distinción que hacer, pero debe establecerse un juzgamiento más riguroso en base al art. 902 del Cód. Civ. Ello se discutió en el famoso caso: "Mackinson", en la Sala D de la Cámara Nacional en lo Civil: "En lo referente a la individualización –o apreciación- de la culpa de los médicos, no es dable distinguir una culpa "profesional" (transgresión de las reglas de orden científico trazadas por el arte médico) de otra supuesta categoría identificada

[178] Trigo Represas-López Mesa, op cit. pág. 716/717.

[179] Trigo Represas-López Mesa, op cit. pág. 718.

como culpa "común". Por consiguiente, la culpa de los médicos está gobernada por las reglas generales orientadoras de la especie; el juez deberá echar mano art. 512, del Cód. Civ., y merituar en concreto la naturaleza de la obligación y las circunstancias de personas, tiempo y lugar. A esos efectos, servirá de auxilio la norma del art. 902, del Cód. Civ., para mensurar la extensión del deber de previsión del sujeto (CNCiv.,Sala E, 29/10/82, Mackinson Jorge c/ Wilk Alfredo; J. A., 1983-II-677, fallo: 32.217)[180]. En igual sentido se pronunciaron la Sala E en autos: "Sachi de Reggie Teresa c/ Altman Canestri E", La Ley 1981-D-130 en fecha 25/11/80, y la Sala F en autos: "Bernal Samuel c/ DIBA", en fecha 24/8/82, E. D. 102-329 (integrada por los Dres. César Yánez, Pedro R. Speroni y Jorge E. Beltrán), de la misma Cámara Nacional en lo Civil[181].

Para juzgar la conducta médica – como un obrar humano- hay que tener en cuenta las circunstancias externas, dado que las condiciones personales del profesional (conocimiento, habilidad, inteligencias, experiencia, etc.) no son computables, excepto para graduar el límite de previsibilidad en los términos del art. 902 del Cód. Civ. Sin embargo, en el caso particular de la responsabilidad profesional (médicos, abogados, escribanos, contadores, etc.) jugará un papel importante –desde la óptica jurídica- el precepto legal del art. 909 del Cód. Civ., en cuanto a la órbita contractual que autoriza a considerar las aptitudes del profesional, si éstas fueron tenidas en mira al contratar, vale decir, si tales cualidades o calidades pueden erigirse

[180] Ghersi Carlos A., Responsabilidad por prestación medico asistencial, Ed. Hammurabi, Bs. As. año 1987, págs. 72/73.

[181] Ghersi Carlos A. , op. cit. pág. 73.

en motivos determinantes de la voluntad. Una vez realizada esta operación en concreto, el juez imaginará el tipo abstracto u objetivo que le servirá de comparación. Ese cartabón será fluido, laxo y se establecerá referido al obrar de un profesional prudente de la categoría o clase a la que pertenezca el sujeto profesional deudor.

Si bien el concepto de culpa es único, ello no implica que haya distintos matices y muy útiles para el estudio de los casos concretos. La culpa profesional puede darse o manifestarse a través de distintos modos, formas, rostros o matices que son: **a) Impericia:** que comprende la falta total o parcial de pericia, entendiendo por ésta la sabiduría, conocimientos y experiencia técnica-científica y habilidad en el ejercicio de la profesión, es decir el obrar que viola las reglas técnicas, **b) Imprudencia:** Conceptualizada como la falta de prudencia; realizar un acto con ligereza, sin las adecuadas precauciones, calificado como el obrar torpe o grosero y que puede definirse como la conducta positiva contraria a lo que el buen sentido aconseja, **c) Negligencia:** Es una de las formas de la culpa profesional, es hacer menos de lo que se debe hacer, y como ejemplo, Ghersi[182] cita: "el caso del médico que olvidó retirar instrumentos o gasas en las intervenciones quirúrgicas", que constituye evidentemente un supuesto de negligencia.

Sin embargo, aun cuando no exista un concepto profesional de culpa, ni una concepción de artífice o perito como paradigma de apreciación, sin duda en todo el Código campea la máxima del art. 902, que lleva a la obligación de extremar los recaudos a quien ostenta cualidad o conocimientos especiales arquetípicamente un

[182] Ghersi Carlos A., op. cit. pág. 76.

profesional universitario en el ejercicio de su profesión -es obvio, opinan Trigo Represas y López Mesa- que es razonable que no cabe equiparar un profesional (vgr. un arquitecto, un ingeniero, un médico, etc.) a un hombre común. La responsabilidad profesional se basa en una culpa determinada por la omisión de la diligencia especial exigible por sus conocimientos técnicos, exigencia que no puede configurarse con la más simple de un hombre cuidadoso[183].

e) Modelo derivado de modo habitual de comportamiento de una persona respecto de sus propios actos o intereses.

Este criterio de apreciación judicial de la culpa del deudor toma en cuenta -en virtud de la relación jurídica obligatoria-, la conducta u obrar en el cumplimiento de sus obligaciones que venía observando hasta ese momento, retrotrayéndose en el pasado – como era su comportamiento jurídico obligacional-. De ese modo la diligencia a cumplir en el futuro es la misma que en el pasado inmediato venía adoptando, y ello hace suponer –a mi juicio- que sea absolutamente necesario- que era conocida por el acreedor y aceptada por él, esas cualidades del sujeto deudor, por cuanto hace al principio de buena fe contractual.

31.- Rostros de la culpa o sus modos de configuración: negligencia, imprudencia, impericia e inobservancia de los reglamentos

La culpa puede manifestarse o presentarse de diversas maneras o se configura de distintos modos, ya sea como acto voluntario exterior de conducta

[183] Trigo Represas y López Mesa, op. cit. pág. 717.

humana (el obrar o hecho propio –como hecho ilícito- que causa un resultado dañoso o bien a través del incumplimiento contractual que produce daño), canalizándose por medio de la negligencia, la imprudencia, la impericia o la inobservancia de los reglamentos, y de allí los rostros de la culpa[184].

a) Negligencia[185]. Consiste en una conducta omisiva: No tomar las precauciones necesarias al encarar una acción; en realidad el art. 512 del Cód. Civ., define este rostro al señalar que la culpa consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y sus circunstancias[186]. Por ejemplo, el sujeto que procede a la quema de malezas, se retira del campo sin verificar que el fuego esté absolutamente apagado[187]. La negligencia es sinónimo de descuido y omisión. Como elemento o forma de la culpa, es la falta de diligencia debida o del

---

[184] En el Código Penal la culpa aparece caracterizada como "imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes de su cargo (art. 84 y 94 del Cód. Penal)

[185] Negligencia deriva etimológicamente del latín *negligo,* que significa descuido, y éste de *nec lego* que se traduce como *no recojo, dejo pasar*. Desde el punto de vista de la iconografía se la representa bajo la forma de una mujer desgreñada con ropaje raído y tendida junto a un reloj caído (Yungano, López Bolado, Poggi y Bruno, en Responsabilidad profesional de los médicos, Ed. Universidad, Bs. As. 1982, pág. 160.

[186] Acotan Alterini Atilio Aníbal, Ameal Oscar José y López Cabana Roberto M., en Derecho de las Obligaciones, Ed. Nexis, Abeledo Perrot, Bs. As. 2.006, pág. 184, que: En la negligencia: "se hace menos de lo que debe".

[187] Kemelmajer de Carlucci Aída, y Parellada Carlos, Capítulo VIII, Los factores Subjetivos de Atribución, en la obra colectiva titulada Responsabilidad Civil, de Mosset Iturraspe Jorge (Director) y Kemelmajer de Carlucci Aída (Coordinadora) y otros, Ed. Hammurabi Bs.As. 1992, págs. 143/144.

cuidado necesario en un acto jurídico o en un hecho humano. Puede configurar un defecto de la realización del acto o bien una omisión[188].

b) Imprudencia[189]. Es la falta de prudencia, realizar un acto con ligereza, sin las adecuadas precauciones[190]. En los supuestos de responsabilidad profesional la prudencia debe ser –o es- una de las virtudes profesionales, pues es esencial que el profesional ejerza su profesión con cordura, moderación, cautela, discreción, cuidado y previsión. En sentido estricto se identifica con el conocimiento práctico y por lo tanto idóneo y apto para la realización del acto profesional y supone el ejercicio de otros valores o conductas, conjugándose en ella la experiencia, la comprensión del caso actual, la claridad, para el saber qué es lo que se debe hacer. Por ejemplo: un médico que inyecta a un paciente una sustancia medicamentosa, sin verificar previamente si éste es o no alérgico al medicamento. También esta forma de manifestación de la culpa, dentro de la órbita de la responsabilidad extracontractual, es una conducta positiva, consistente en una acción de la cual había que abstenerse o en una acción que ha sido realizada precipitadamente. Los autores Kemelmajer de Carlucci y Parellada dan el siguiente ejemplo: "el conductor de un automóvil ingiere

---

[188] Yungano, López Bolado, Poggi y Bruno, en Responsabilidad Profesional de los médicos, Ed. Universidad, Bs. As. año 1982, pág. 160.

[189] En la iconografía se representa a la imprudencia como a un hombre que duerme al borde de un abismo (Yungano, López Bolado, Poggi y Bruno, op. cit. pág. 158). Imprudencia proviene del latín "*imprudentia"*, Diccionario de la lengua española, T° II (h/z), Editado por la Real Academia Española, Madrid año 1992, pág. 1149.

[190] Alterini, Ameal y López Cabana, en la obra cit. pág. 184, dicen que en la imprudencia se: "hace más de lo que debe".

bebidas alcohólicas antes de conducir"[191]. Resulta una conducta imprudente la de una persona que en estado de ebriedad cruza una ruta –de doble trocha de circulación- por un lugar prohibido, de noche y a la carrera.

"La justicia consideró imprudente la conducta del médico que en una parturienta con antecedentes de dos cesáreas no empleó este método en el tercer parto y si bien extrajo feto y placenta, se produjo el estallido del útero y la ruptura de pared de vejiga, con la imposibilidad de procreación (CNCiv. Sala A, 14/9/76, "E. D.", 72-525)"[192]. "La imprudencia es otra de las formas que puede asumir la culpa y quedará configurada en el supuesto de realizar una transfusión sin establecer antes los grupos sanguíneos, pues la incompatibilidad entre los grupos del dador y del receptor puede ocasionar –entre otros daños- una nefrosis del nefrón inferior, llamada también nefritis tubular aguda, o tóxica, o necrótica, o degenerativa, con lesiones degenerativas en los túbulos renales, anuria e insuficiencia renal aguda con grave pronostico" (CNPaz, Sala IV, 20/4/56, L. L., 83-434)[193].

c) Impericia. Es la falta de capacidad o idoneidad técnica para el ejercicio de una función determinada, profesión o arte. A esta forma o rostro de la culpa también se la denomina "inobservancia de las reglas del arte" o "mala praxis" o "mala practica". En la especie, es la falta total o parcial de pericia, entendiendo por esta la sabiduría, conocimientos técnicos-científicos, experiencia y habilidad en el ejercicio de determinada profesión u oficio. Así, la realización de una intervención

[191] Kemelmajer de Carlucci y Parellada, op. cit. pág. 144.

[192] Cit. por Yungano, López Bolado, Poggi y Bruno, op. cit. pág. 159.

[193] Yungano, López Bolado, Poggi y Bruno, op. cit. pág. 159.

quirúrgica sin conocer adecuadamente las reglas técnicas. Además, Kemelmajer de Carlucci y Parellada[194] suministran el siguiente ejemplo: "el caso de un profesional médico que desconoce que un determinado medicamento puede producir reacciones alérgicas, no obstante que ésta es una eventualidad científicamente comprobada".

Se ha sentenciado en el sentido de que: "Las transfusiones de sangre indebidamente realizadas ponen en evidencia de la impericia de los profesionales dado que conforme a la técnica actual se considera una práctica médica segura" (CCCMin. de San Juan, Sala Primera, 14-12-2.001, autos: 16.529, "Cañada Inés María c/ Estado Provincial s/ daños y perjuicios", L. de S., t. 81, fo. 151/162)[195].

A mi modo de ver, actuaría con impericia el chofer del colectivo –a quien se le otorgó una licencia profesional para conducir vehículos que transportan personas- y que no emplea el pleno dominio sobre el rodado, pues debe conservar en todo momento el más absoluto dominio del vehículo (*"regla de oro en el manejo"*) incorporada por las leyes de tránsito, ya sea que conduce a excesiva velocidad, no tener en cuenta la densidad del tránsito, señalamiento, estado del tiempo, visibilidad, y demás condiciones del camino, así como la mayor o menor urbanización, etc., mostrando impericia en la conducción, cuya falta de pericia en el manejo potencia el riesgo de la cosa y la hace a la vez más riesgosa o más peligrosa. De allí, que es imperito el conductor que no mantiene el pleno dominio sobre el vehículo, recordando

---

[194] Kemelmajer de Carlucci y Parellada, op. cit. pág. 144.

[195] Alferillo, Pascual Eduardo, La "Culpa", Jurisprudencia de la Pcia. de San Juan, en la obra colectiva: Revista de Derecho de Daños, La Culpa I, bajo la Dirección de Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo L. Lorenzetti, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2.009, págs. 530/1.

que cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos (art. 902 del Cód. Civ.).

d) Inobservancia de los reglamentos y de los deberes del cargo.

Consiste en no observar las diligencias establecidas por las normas legales o jurídicas destinadas para una actividad o función reglada. Por ejemplo: un juez que no dicta una medida cautelar –cuyo trámite es urgente- dentro de los plazos o términos prescriptos por el Código Procesal, o no resuelve un recurso de amparo –mediante el dictado de la sentencia definitiva- dentro de los plazos legales que la ley respectiva establece y ello causa daño al actor peticionante en el proceso[196].

La inobservancia de los reglamentos y de los deberes del cargo o de la función constituyen otras formas o modos de responsabilidad civil con culpa, que podrán circunscribirse solo en la esfera administrativa si no se ha causado daño alguno, o sumarse a ello la instancia judicial si se lo provoca. A título de ejemplo puede citarse: la omisión o defecto en la confección de la historia clínica; recetar medicamentos no autorizados por la autoridad sanitaria; abandonar el lugar de su

[196] El art. 1.112 del Cód. Civ. legisla sobre los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones del Título IX: "De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos". En la nota a dicho artículo, el codificador dice: "De los jueces y oficiales del ministerio público, de los párrocos en los actos del estado civil, de los conservadores de los registros de hipotecas, de los escribanos, procuradores y de todos los empleados en la administración del Estado. Véase Aubry y Rau, nota 7.

empleo; ausentarse de la guardia; no obtener el consentimiento informado del paciente o de sus familiares; no fiscalizar las tareas del personal auxiliar o subordinado que deberían cumplir con las indicaciones dadas por el profesional médico, etc.

En el caso de los funcionarios y empleados públicos –sólo se considera que las funciones deben estar regladas para que se pueda establecer la infracción a las mismas- y para el juego de la específica responsabilidad del art. 1.112 del Cód. Civ., además de los requisitos generales, se requiere que el funcionario cumpla de manera irregular sus funciones, lo que se ha entendido como actos contrario a las leyes y reglamentos que determinan sus funciones.

32.- Reflexión final sobre estos rostros de la culpa

Todos estos modos o formas de manifestarse la culpa pueden combinarse entre sí: se puede ser perito o técnico en determinada actividad profesional, o sea tener la idoneidad o las aptitudes y no emplearlas, en cuyo caso se obra con negligencia; o bien, poseer toda la pericia debida, empero, sin embargo, actuar temerariamente, vale decir con imprudencia o no observando la debida diligencia establecida o prescripta por el reglamento u ordenamiento legal que regula la actividad o la función según el caso. Resulta en la especie, que tanto la impericia, la imprudencia, la negligencia, la inobservancia de los reglamentos o de los deberes del cargo, pueden ellas superponerse en un caso concreto, resultando difícil separar, por ejemplo, la impericia, de la imprudencia o de la negligencia.

“A veces pueden conjugarse impericia, imprudencia y negligencia: ello ocurrió en el caso en que el médico produjo tres perforaciones en el intestino de una

paciente menor, al hacerle un raspaje (impericia) y no vigiló su estado ni dio aviso a sus padres (negligencia) dándole autorización a la menor para que en el supuesto de sentirse mejor, abandonara el sanatorio, constituyéndola en juez de su propio estado (imprudencia)"[197].

"Asimismo, existe imprudencia (y negligencia) cuando se somete al paciente a un tratamiento con penicilina (imprudencia) sin haber efectuado previamente la reacción pertinente (negligencia) y a raíz de lo cual se ocasiona una pérdida de capacidad para el trabajo"[198].

[197] C2°CC. La Plata, 5/8/58. J. A., 1958-IV-531, cit. por Yungano, López Bolado, Poggi y Bruno, op. cit. pág. 160.

[198] CNCiv., Sala A, 29/7/77, E. D., 74-561, cit. por Yungano, López Bolado, Poggi y Bruno, op. cit. pág. 160.

CAPITULO III

33.- La tendencia hacia la unificación de los regímenes de responsabilidad civil. 34.- Precedentes jurisprudenciales (opción). Transporte de pasajeros. Compraventa de cosa viciada. El cúmulo. Accidentes de trabajo. Alimentos en mal estado. Relaciones entre el estado y sus empleados. Aplicación simultanea de los dos regímenes de responsabilidad. 35.- De los regímenes de responsabilidad según el Código Civil (diferencias y semejanzas). 35. I.- Régimen de la responsabilidad contractual. Límites y extensión de la reparación: a) Naturaleza de la obligación violada. b) Competencia. c) Mora. d) Carga probatoria. e) Capacidad. f) Reparación del daño moral. g) Extensión del resarcimiento. h) Prescripción. i) Mancomunación entre los corresponsables. j) Posibilidad de ampliación o reducción de la responsabilidad. Dispensa de la culpa o responsabilidad. k) Facultad judicial de atenuación de la responsabilidad. l) Factores de atribución de responsabilidad. m) Inejecución maliciosa de la obligación contractual. n) Responsabilidad refleja por el hecho de otro. 35. II.- Régimen de la responsabilidad extracontractual, límites y extensión de la reparación. a) Naturaleza de la obligación violada. b) Competencia. c) Mora. d) Carga probatoria. e) Capacidad. f) Reparación del daño moral. g) Extensión del resarcimiento. h) Prescripción. i) Mancomunación entre los corresponsables; j) Imposibilidad de ampliación o reducción de la responsabilidad, improcedencia de la dispensa de culpa o responsabilidad. k) Facultad judicial de atenuación de la responsabilidad. l) Distintos factores atributivos de responsabilidad. m) La

demostración de la "intención de perjudicar" en el dolo delictual. n) Responsabilidad refleja por el hecho de otro. 36.- Estado actual de la doctrina. 37.- La supuesta valla del artículo 1107 del Código Civil. 38.- Los Proyectos de Unificación de la legislación Civil y Comercial.

33.- La tendencia hacia la unificación de los regímenes de responsabilidad civil

En el libro titulado "Derecho de Daños", (Editorial La Rocca, Bs. As., año 1989, págs. 73/92) publicado en homenaje al profesor Doctor Jorge Mosset Iturraspe, capítulo III, bajo el sub-título "Unificación de la responsabilidad por daños", trabajo elaborado por el Dr. Félix A. Trigo Represas, y con referencia al tema de la teoría dualista de la culpa, dice: "se alzó luego la de la unidad de las culpas: La sostuvo por primera vez von Lefevre en 1886, en un trabajo intitulado "De la responsabilité delictuelle et contractuelle", que fue de inmediato combatido por Labbé en una nota jurisprudencial, y más tarde retomada en sendas tesis doctorales por Grandmoulin y Aubin; finalmente fue acogida por Planiol en una nota de gran vigor dialéctico, todo lo cual influyó sobre los defensores de la dualidad, quienes cambiaron de parecer y adoptaron criterios mucho menos radicales.

Sostiene Trigo Represas en dicha monografía, que entre nosotros la tesis de la dualidad aparece expresamente receptada en el art. 1.107 del Cód,. Civ., tomado por Vélez Sarsfield de Aubry y Rau, sin que exista una norma similar en el Código Napoleón: "Los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, no están comprendidos en los artículos de éste título (que es el II de la Sección II del Libro II: "Hechos ilícitos que no son delitos"), si no degeneran en

delitos del derecho criminal". Parecería que habrían dos culpas, una contractual y otra extracontractual, pero no es así. Más abajo veremos como la valla puesta por el art. 1.107 del Cód. Civ., fue superada y dejada de lado por la jurisprudencia y la doctrina.

Siguiendo la concepción unitaria de la culpa, sostenida también por Planiol, la culpa es una idea unívoca que se aplica con el mismo sentido en el ámbito de los contratos ó de los hechos ilícitos: siempre supone la violación de una obligación preexistente que será la concreta y precisa, definida por el contrato ó la genérica de obrar con diligencia y prudencia que contempla y sanciona la ley. En ambos casos la culpa es la causa o fuente de la obligación de indemnizar el daño causado[199]. Llambías afirmaba que: *"Hay una sola culpa y un doble régimen de responsabilidad culposa"*[200]. Sin embargo la jurisprudencia de nuestros tribunales han abierto brecha a la opción y acumulación de los regímenes de responsabilidad y a la teoría de la responsabilidad mixta, criticada por Llambías[201]; orientándose esos precedentes por la opción y el cúmulo, combinando así un tercer régimen por la acumulación unilateral de disposiciones de uno u otro, de ambos sistemas de responsabilidad.

En esos precedentes jurisprudenciales se fija la doctrina legal, que es posible el cúmulo de la responsabilidad contractual y extracontractual, por lo cual el

---

[199] Planiol M., Traité élémentaire, T° II, N° 877, N° 891, p. 293 y 300, cit. por Llambías Jorge J., Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, T° I, Ed. Perrot, Bs. As., año 1.983, pág. 190.

[200] Llambías Jorge J., op. cit. pág. 191.

[201] Llambías Jorge J., Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, T° III, Ed. Perrot, Bs. As., año 1.987, págs. 558 y 559.

damnificado quiera integrar el contenido de su pretensión accionable, tomando parte de uno y otro régimen.

34.- Precedentes jurisprudenciales. (Opción)

Transporte de pasajeros. Se ha resuelto que el damnificado puede optar entre la acción indemnizatoria nacida de la violación de las obligaciones contractuales ó la correspondiente a los hechos ilícitos. Así tratándose de una accidente de tránsito en el cual resultó lesionado quien viajaba como pasajero en uno de los vehículos, se ha resuelto que puede optar entre demandar a la empresa propietaria de éste por la acción emergente del contrato de transporte ó por la derivada del hecho ilícito (C. Civ. E., 21/12/59, LL. 98-708-S-4431; C. Paz, 8/11/50, JA. 1951-II-482).

Compraventa de cosa viciada. De igual manera, se ha admitido que la demanda puede fundarse en la existencia de vicios redhibitorios en la cosa comprada, ó en la responsabilidad extracontractual atribuida al vendedor por la existencia de defectos de ella (C. Civ., E., 4/8/67, LL. 128-518, f. 59.086).

El cúmulo.

En otros fallos se han aplicado conjuntamente normas correspondientes a uno y otro tipo de responsabilidad (C. Civ. F, 9/8/60, LL. 100-761-S-5726; C. 1°, LP. 2/6/50 JA. 1950-III-567). Por ejemplo se ha resuelto el problema de la responsabilidad de la empresa de transporte de personas, por aplicación de las reglas contractuales (Cód. Com. art. 184) y el de la prueba de los daños, por las normas referentes a los hechos ilícitos (arts. 1.084 y 1.085 del Cód. Civ.) (C. Civ. A., 7/7/64, JA 1964-VI-303, F. 9419).

Se han aplicado las normas correspondientes a la responsabilidad extracontractual para establecer la del vendedor de un aparato eléctrico para soldar, que como consecuencia de hallarse en mal estado de funcionamiento, provocó la muerte del comprador (C.Civ. A., 22/12/61 LL., 106-484, f. 48.124).

Accidentes de trabajo. La acción de derecho común (ley 9688, art. 17)[202] por la cual el obrero ó empleado reclama del principal el resarcimiento de los daños que sufrió en el ejercicio de sus funciones, es extracontractual (C. Tr. III, 12/5/52 Fallos J.T. 13/151; SCBA., 11/11/69, LL. 139-26, f. 65.467).

Alimentos en mal estado. También se ha atribuido naturaleza extracontractual a la responsabilidad del dueño del restaurante por la comida servida a sus clientes (alimento en mal estado) (S.C.B.A. 28/12/43, LL. 33-677).

Relaciones entre el Estado y sus empleados. Algunos Tribunales han considerado que la responsabilidad del empleado público frente al Estado por los daños causados a este como consecuencia del cumplimiento irregular o negligente en el desempeño de sus funciones es de naturaleza contractual, otros invocando esta norma, han sostenido que ella es extracontractual (CFLP1. 2/12/69 JA. 1970-6-654; C.Paz VI, 29/4/68, LL. 132-737, f. 61.379; C.Ros. 12/12/67 LL. 1968-V-504 f.1083; CSN. 27/2/67 LL. 126-444 f.57.865; CF. 29/6/66 JA. 1967-I-167 f.13.640).

---

[202] Actualmente rige la Ley de Riesgos del Trabajo n° 24.557, y que por la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Nacional se declaró la inconstitucionalidad de algunos de sus artículos, permitiendo al trabajador accidentado percibir de la Aseguradora de Riesgos del Trabajo el monto indemnizatorio tarifado por la mencionada ley, quedando expedita la acción del derecho común del art. 1.113 del Cód. Civ. para reclamar la diferencia hasta cubrir el monto de la indemnización integral.

Es de naturaleza extracontractual, la responsabilidad de una agencia de informes por lo erróneo del suministrado informe sobre la solvencia de una persona (C. Com. Sala C. JA. 1-1969-1000 sum. 101).

Es responsabilidad extracontractual del Estado por los daños ocasionados por el informe erróneo expedido por el Registro a su cargo, por más que se pague una tasa (CSN. JA. 1948-II-699; id. LL. 12-122; C.Civ. Sala B, JA. 1961-IV-387; C. 2° La Plata, LL. 131-1125, 17.821-S).

Aplicación simultanea de los dos regímenes de responsabilidad. Se trata de un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que aplicó simultáneamente los dos regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual, en los autos caratulados: "Demaría Ángel M. c/ Restaurante Abruzzese"[203]. Antecedentes del caso: Se trataba de un cliente del restaurante que falleció por la ingestión de pimientos morrones en conserva, que contenían toxina botulínica. Ante la demanda entablada por los padres de la víctima la Suprema Corte de Justicia de la Pcia. de Bs. As., declaró la responsabilidad de los propietarios del restaurante que había provisto los alimentos intoxicados, sobre la base de lo dispuesto en el art. 1.133 del Cód. Civ., en aquél entonces en vigencia, hoy derogado, reemplazado y ampliado por la norma genérica del art. 1.113 mediante la reforma producida por el Decreto Ley 17.711/68, puesto que ellos no habían acreditado su ausencia de culpa. A mi juicio la Suprema Corte de Justicia de Bs. As. por un lado consideró que se ventilaba un caso de responsabilidad contractual; si la víctima se

[203] Publicado en J. A. 1965-V, p. 121, y sgtes.

obligó a pagar una suma de dinero a fin de que en el restaurante se le suministre una mercadería adecuada, las partes se vincularon mediante un contrato innominado (arts. 1.137 y 1.143 y concs. del Cód. Civ.) que no fue cumplido por los demandados en la medida que sirvieron alimentos portadores de una toxina que causó la muerte del cliente. Luego sostiene que la enunciación del art. 1133 (vigente en aquélla época) referente a la responsabilidad por cosas inanimadas, es ejemplificativa y aplica el sistema de la responsabilidad aquiliana, es decir la extracontractual. No cabe duda que éste caso producido en la década de 1960, cuya sentencia de la Suprema Corte de la Pcia. de Bs. As., fue dictada en 1964, se aplicó la presunción legal de culpa. Sabe el propietario del restaurante, al servir el alimento al cliente que lo paga, aquél se obliga a reparar el daño que provoque por su mal estado y sobre él pesa la obligación de guarda de la cosa y, por consiguiente la de impedir que ella perjudique al usuario o consumidor. La Suprema Corte aplica en este fallo comentado, las normas legales de la responsabilidad contractual y extracontractual, con fundamento en los arts. 1133 (vigente en aquella época), 1137, 1143 y 1198 (antigua redacción) todos del Código Civil.

35.- De los regímenes de responsabilidad según el Código Civil (Diferencias y semejanzas)

35. I.-Régimen de la responsabilidad contractual. Límites y extensión de la reparación.

a) Naturaleza de la obligación violada. Nace de un contrato (presupone un pacto preexistente). Con el incumplimiento contractual se violan las obligaciones asumidas

en el mismo. EL contrato como pacto preexistente es el que determina la naturaleza particular y extensión de la obligación, así como tal vez gradúe la culpa.

b) Competencia. Es juez competente el del lugar de cumplimiento de la obligación expresa o implícitamente establecida conforme a los elementos aportados en el juicio y, en su defecto, a elección del actor, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, siempre que el demandado se encuentre en él, aunque sea accidentalmente, en el momento de la notificación (art. 5 inc. 3° del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

c) Mora. La mora se produce por el solo vencimiento del plazo (art. 509 del Cód. Civ.). La interpelación del deudor es necesaria para constituirlo en mora cuando no hubiere plazo expresamente convenido "pero resultare tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación". En las obligaciones puras y simples es necesaria la interpelación para constituir en mora el deudor, como en los supuestos de obligaciones de plazo tácito (doc. arg. art. 509 del Cód. Civ.). Si no hubiere plazo, el juez a pedido de parte, lo fijará en procedimiento sumario. En las obligaciones de plazo esencial la mora es equivalente al incumplimiento contractual, de manera tal que no tiene sentido jurídico interpelar pues el mero incumplimiento absoluto produce un efecto anormal de la obligación, que se resuelve subsidiariamente mediante el resarcimiento dinerario o pecuniario de los daños y perjuicios causados. Hay casos de mora legal en los arts. 1.242, 1.322, 1.721, etc. del Cód. Civ.). En las obligaciones de no hacer el deudor incurre en mora desde el mismo momento en que ejecuta el hecho del cual se debía abstener, sin necesidad de requerimiento alguno y, es admitido en nuestro derecho aun en ausencia de una norma expresa, pues el deber de resarcir habrá de surgir con la violación de aquél, lo cual torna de por sí innecesaria la interpelación.

d) Carga probatoria. La culpa se presume (como principio general) por el mero incumplimiento, en las obligaciones de resultado. Demostrado el título de su crédito por parte del acreedor, incumbe al deudor la prueba del cumplimiento o la circunstancia impediente o extintiva de la obligación. Mientras que si sólo ha prometido conducirse con prudencia y diligencia en un sentido dado, para probarse el incumplimiento no bastará ya con la no obtención del resultado, sino que además se deberá demostrar que ello obedeció a la culpa del deudor, quien no se comportó con la mesura y diligencia debidas.

e) Capacidad. En los actos lícitos, y en la responsabilidad emergente del incumplimiento contractual el discernimiento empieza a los 14 años (arts. 127, 921 1° parte del Cód. Civ.), aunque por lo general se exija la mayoría de edad, que según el art. 128 del Cód. Civ. modificado por la ley 26.579 cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad el día que cumplieren los dieciocho (18) años. Por el art. 126 (Texto Ley 26.579) del Cód. Civ. son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de dieciocho (18) años y, dispone el art. 127 (Texto ley 26.579) que son menores impúberes los que aún no tuvieren la edad de catorce (14) años cumplidos, y adultos los que fueren de esta edad hasta los dieciocho (18) años. Conforme el art. 426 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación toda persona mayor de catorce (14) años podrá ser propuesta como testigo y tendrá el deber de comparecer y declarar, salvo las excepciones establecidas en la ley.

f) Reparación del daño moral. Confiere al magistrado una facultad, por la cual: "podrá o no condenar al responsable de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso" (art. 522 del Cód. Civ.). Sin embargo,

tanto la doctrina como la jurisprudencia han flexibilizado la cuestión y habría supuestos especiales en que se ha dicho que el incumplimiento contractual causa daño moral a la persona y que sería un daño: "re ipsa", es decir probado el incumplimiento contractual el daño moral se presume, otros en cambio entienden que en esas circunstancias el daño moral es un hecho público y notorio y que no necesita ser probado. (Ejemplo: la muerte de una persona causada por culpa o negligencia médica, es decir por incumplimiento contractual, causa daño moral a los familiares del fallecido, cónyuge e hijos menores, etc.).

g) Extensión del resarcimiento. En cuanto al régimen de la responsabilidad contractual los daños y perjuicios derivados del incumplimiento se encuentran legislados desde los arts. 519 a 522 del Cód. Civ. En el incumplimiento culposo, el deber de reparar se limita a los daños que sean consecuencia inmediata y necesaria de aquel (art. 520 del Cód. Civ.) y, en el doloso o malicioso se agrava, alcanzando a las consecuencias mediatas (art. 521 del Cód. Civ.). Trigo Represas-López Mesa[204] y Ghersi[205] sostienen que no se responde nunca por las consecuencias casuales.

---

[204] Trigo Represas y López Mesa, Tratado de la Responsabilidad Civil, T° II, Ed. La Ley, Bs. As, año 2.004, pág. 24; Ghersi Carlos A., (Director), El Código Civil en cuadros sinópticos, obra colectiva, Ed., Nova Tesis, Rosario, Santa Fe, Argentina, año 2.008, pág. 83, que en cuanto a la extensión de la reparación, realiza el siguiente cuadro sinóptico: Responsabilidad subjetiva: Orbita contractual: **(Culpa)**: inmediatas, art. 903 (ver art. 520). **(Dolo):** Inmediatas + Mediatas previsibles, arts. 903, 904 (ver art. 521). El Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el de Comercio del año 1.998, redactado por la Comisión designada por Decreto 685/95, prevé en su art. 1.609, sobre la imputabilidad de las consecuencias, que "la responsabilidad abarca las consecuencias que se hallan en relación de causalidad adecuada con el hecho generador. Quedan comprendidas en ellas las

h) Prescripción. La acción de daños y perjuicios prescribe por regla general a los diez (10) años (art. 4.023 del Cód. Civ.), salvo en casos especiales, por ejemplo en el supuesto del trasporte por tierra de personas o cosas –y que no tengan fijado en este Código de Comercio un plazo menor de prescripción-, se prescribe la acción de daños y perjuicios en el plazo de un año, en el transporte realizado en el interior de la República (art. 855 inc. 1° del Cód. de Comercio) y, de dos (2) años, en el transporte dirigido a cualquier otro lugar (art. 855 inc. 2° del Cód. de Comercio). Quedaría a salvo el supuesto d9el pasajero damnificado o lesionado en su persona por el hecho y en ocasión del transporte, que pudiese optar de conformidad al art. 1.107 del Cód. Civ., por la acción de daños y perjuicios con aplicación del régimen de la responsabilidad civil extracontractual[206], en cuyo caso el termino de prescripción sería de dos años (art. 4.037 del Cód. Civ.), accionando en contra del conductor del colectivo que tiene una relación de dependencia con la empresa de transporte, para así involucrar a esta por vía de la responsabilidad indirecta o refleja en su condición de principal o patrón del chofer, y esta fue la postura adoptada precisamente por una parte importante de nuestra jurisprudencia y doctrina. Demás esta decir, que la víctima lesionada no tiene vínculo o relación jurídico contractual alguna con el chofer dependiente de la empresa de transporte. Estas acciones se intentaron en los casos en que se había operado el plazo

---

consecuencias inmediatas y las consecuencias mediatas previstas o previsibles; *están excluidas las consecuencias casuales".*

[205] Ghersi Carlos A., El Cód. Civ. en cuadros sinópticos, Ed. Nova Tesis, op. cit. pág. 83.

[206] Rouillon Adolfo A. N. (Director) y Alonso Daniel F. (Coordinador), Código de Comercio, Comentado y anotado, T° I, Ed. La Ley, Bs. As., año 2.005, pág. 316.

de prescripción de un (1) año para accionar en base a la responsabilidad contractual del transporte oneroso de personas, prevista en el art. 184 del Cód. de Comercio[207]. Empero, la jurisprudencia de la Cámara Nacional Civil de la Capital Federal se unificó en el sentido de que la responsabilidad civil del conductor del vehículo de transporte de pasajeros es extracontractual, en el plenario del 26 de octubre de 1993, recaído en los autos: "Corsetti de Patrignani c. Martínez" (Cfr. ED, 156-47 y DJ, 1993-2-1.006)[208]. Este plenario sigue la línea de anteriores fallos del cuerpo, donde se había resuelto que la ausencia de opción que resulta del art. 1.107 del Cód. Civ., y la consiguiente necesidad de aplicar el régimen de la responsabilidad contractual, solo juega para las partes ligadas por el contrato pero no con respecto de terceros extraños al mismo, como es el caso del dependiente de la empresa de transporte y ajeno a la convención que vinculaba a ésta con el damnificado, cuya responsabilidad es de índole extracontractual (CNCiv. Sala B., 28/12/90, "Deich, Simón c. Leguizamón, Lino F"., La Ley, 1992-B-202, ED, 142-516)[209].

i) Mancomunación entre los corresponsables. En la responsabilidad contractual cuando hay pluralidad de deudores (dos o más deudores), es en principio simplemente mancomunada, por lo que cada corresponsable sólo adeuda su respectiva cuota parte

---

[207] Trigo Represas y López Mesa, Tratado de la responsabilidad civil, T° II, Ed. La Ley, Bs. As., año 2.004, págs. 25/26.

[208] Este plenario fue seguido luego por otros pronunciamientos (CNCiv. , Sala G, 23/8/93, "Cademartori Lydia c. Villordo Nelson"; La Ley, 1993-E-395 y DJ, 1994-I-186), cit. por Trigo Represas y López Mesa, Tratado de la responsabilidad civil, T° II, Ed. La Ley, Bs. As, año 2.004, pág. 27.

[209] Trigo Represas y López Mesa, Tratado de la responsabilidad civil (...), op. cit. pág. 27.

(arts. 675 y 691 del Cód. Civ.), pudiendo ser solidaria –la responsabilidad- solo si resulta de esta manera, sin lugar a dudas (art.701 del Cód. Civ.), del título constitutivo de la obligación o de una disposición de la ley (art. 699 del Cód. Civ.). Vale decir, que la responsabilidad solidaria –en materia contractual- debe surgir de la ley, por convenio de partes o de estatutos especiales: como en el caso de la Ley que Regula el Ejercicio Profesional de los Notarios[210] que establece la responsabilidad solidaria del titular del Registro Notarial, en los supuestos de daños y perjuicios que pudiere causar el escribano adscripto al titular, en el ejercicio de sus incumbencias profesionales. La Ley de Defensa del Consumidor nro. 24.240, modificada por las leyes 24.999 y 26.361, sus artículos 13 y 40 han creado un sistema de responsabilidad objetiva derivada del vicio o defecto de la cosa o del servicio y una amplia legitimación pasiva solidaria entre los corresponsables, así el art. 13 dispone que: "Son solidariamente responsables del otorgamiento y cumplimiento de la garantía legal, los prestadores, importadores, distribuidores y vendedores de las cosas comprendidas en el art. 11"; y por su parte establece el art. 40 que: "Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderá el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

[210] Art. 21 del Decreto Ley 9020 del Régimen del Notariado para la Provincia de Bs. As. y, art. 48 de la Ley Orgánica Notarial nro. 404 de la Ciudad Atónoma de Buenos Aires.

j) Posibilidad de ampliación o reducción de la responsabilidad. Dispensa de la culpa o responsabilidad. Con referencia únicamente a la resposnabilidad contractual, resulta posible que por convenio de partes se establezca, verbigracia: el tarifamiento anticipado del monto de los daños y perjuicios, por medio de una cláusula penal (art. 652 y ss. del Cód. Civ.); o que el obligado tome a su cargo y comprometa su responsabilidad, aún por las consecuencias de un caso fortuito (arts. 513 y 889, del Cód. Civ.); o, a la inversa, que se prevea una reducción, o inclusive una exoneración de la responsabilidad; etcétera[211]. Llambías, Raffo Benegas y Sassot[212] opinaban que debe distinguirse entre dispensa total y dispensa parcial de la culpa o de la responsabilidad. Con respecto a la dispensa parcial de la culpa o las llamadas cláusulas limitativas de responsabilidad no hay objeción alguna para admitir su validez. La limitación puede consistir en excluir la responsabilidad del deudor en ciertos casos determinados, por ejemplo: incendio de la cosa transportada, que se transforma por convención de las partes en supuestos de caso fortuito[213]. La limitación puede consistir

---

[211] Alterini, Atilio A., Responsabilidad civil, Límites de la reparación civil, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., año 1.970, nros. 35 y 38, pág. 39; Trigo Represas Félix A., en Unificación de la responsabilidad por daños (Capítulo III), en la obra colectiva Derecho de Daños, bajo la dirección de Félix A. Trigo Represas y Rubén S. Stiglitz, Ed. La Rocca, Bs. As., año 1989, pág. 82.

[212] Llambías Jorge Joaquín, Raffo Benegas Patricio y Sassot Rafael A., Compendio de Derecho Civil, Obligaciones, 4ta. Edición, Editorial Perrot, Bs. As. año 1975, págs. 69/71.

[213] Se ha sentenciado que una cláusula de irresponsabilidad por causa de incendio, inserta en la locación de un terreno próximo a una estación ferroviaria, para el depósito de efectos del locatario llegados por ferrocarril, contemplan los hechos que suelen acontecer en esos lugares por desprendimientos de chispas o brasas de las locomotoras que pasan o realizan maniobras, pero no el incendio provocado por la quema

también en que el deudor responda sólo hasta la concurrencia de cierta suma. Estas cláusulas son válidas a condición de que no se excluya en forma total la responsabilidad del deudor que ha incurrido en culpa. Con referencia a la dispensa total de culpa o la llamada cláusula de no responsabilidad entendemos que estas cláusulas no son válidas por atentar substancialmente al bien común y ser reveladoras de una disparidad de la situación de las partes que no resulta tolerable. Se atentaría al bien común, porque se estimularía la desidia o la negligencia del deudor que sabe que ninguna consecuencia resultará de su culpa y que con su descuido determinará el deterioro o destrucción de bienes valiosos para la comunidad. Tales cláusulas son contrarias a la moral y las buenas costumbres y por ello el contrato que las contiene es nulo en función de lo dispuesto por el art. 953 del Cód. Civ. Sin perjuicio de los principios generales estudiados precedentemente, hay situaciones particulares en que la ley prohíbe que se exima o limite la responsabilidad del deudor. Ello ocurre en los siguientes supuestos: a) pactos excluyentes de la garantía de evicción (art. 2.102 del Cód. Civ.), b) responsabilidad de los hoteleros (art. 2232 del Cód. Civ.) ; c) responsabilidad de los transportistas (arts. 162 y 204 del Cód. de Com.), salvo que se trate de cosas sujetas por su naturaleza a merma de peso o medida, en cuyo caso puede limitarse la responsabilidad (art. 174 del Cód. de Com.); d) responsabilidades impuestas por layes de orden público, por ejemplo la Ley de Contrato de Trabajo nro.

---

de malezas ordenada por al locadora, que por inexcusable descuido de un empleado de esta última se propagó a las cosas depositadas en el lugar por ella indicado para la guarda (C. Civ., Sala D, LL 116-518, JA 1965-I-37, fallo recopilado por Llambías Jorge J., Cód. Civ. anotado, T° II-A, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1.983, pág. 122)

20.744 modificada por la ley 21.297, referente a las indemnizaciones por despido, antigüedad, preaviso, etc.; e) invalidez de los pactos contrarios al resarcimiento de los daños acaecidos al viajero durante el transporte (art. 184 del Cód. de Comercio). f) Las normas de orden público de carácter irrenunciables, de la ley de Defensa del Consumidor nro. 24.240 modificada por la Ley 26.361. Finalmente los contratos se celebran para cumplirse, siendo inválida toda cláusula que exima de responsabilidad al deudor, bajo cualquier circunstancia, porque ello significaría obligarse y desobligarse de toda obligación al mismo tiempo. Empero nada impide que se modifiquen aspectos del contenido del negocio siempre que la obligación general o específica obligación inherente al contrato no resulte desnaturalizada en su esencia. Por ello ha de estimarse que son inválidas las cláusulas eliminatorias de responsabilidad, pero no las limitativas de responsabilidad debiendo éstas interpretarse con estrictez.

k) Facultad judicial de atenuación de la responsabilidad. Una parte de nuestra doctrina (Boffi Boggero; Cazeaux; Trigo Represas y López Mesa)[214] y jurisprudencia

[214] Trigo Represas Félix A., Unificación de la responsabilidad por daños, en la obra colectiva Derecho de Daños, op. cit. pág. 84; Boffi Boggero Luis M., Tratado de las Obligaciones, cit., t 5, p. 581, año 1983; Cazeaux Pedro Néstor y Trigo Represas Félix A., Derecho de las Obligaciones, 3ra. Ed., Platense, La Plata, año 1987, t. I, nro. 294, p. 453 y siguientes; Despacho Comisión 2 de "lege lata", punto 5, en las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de San Carlos de Bariloche, en J. A. 1989-II-896 y en Derecho Privado en la Argentina. Conclusiones de Congresos y Jornadas de los últimos treinta años, Bs. As., Universidad Notarial Argentina, 1991, p. 58 in fine; CNCiv., Sala C, 21/2/79, "Gallo c. Asociación Civil Santísima Cruz", ED, 82-471; Cám. Nac. Fed. Sala II C.C., 13/12/77, "Banco Nación Argentina c. Echevarría", La Ley 1978-D-343, cits. por Trigo Represas-López Mesa, en Tratado de la Responsabilidad Civil, Ed. La Ley, Bs. As., año 2.004, pág. 21.

–a la cual me adhiero- entienden que la norma del art. 1.069 "in fine"[215] del Cód. Civ., agregado por el Decreto Ley 17.711/68, también sería aplicable por analogía (art. 16 del Cód. Civ.) al régimen de la responsabilidad contractual; lo cual de ser aceptado plenamente, borraría tal diferencia.

l) Factores de atribución de responsabilidad. Nuestra opinión, es que en el sistema de la responsabilidad contractual el factor de atribución de responsabilidad es esencialmente subjetivo, consistiendo en la imputación a título de culpa al deudor en la inejecución o en el incumplimiento del contrato; aunque excepcionalmente pueda aparecer el factor objetivo de atribución de responsabilidad por el riesgo profesional o por el riesgo del trabajo, precisamente en el contrato de trabajo en relación de dependencia (son los llamados accidentes de trabajo en el hecho y en ocasión del trabajo), regulado por la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo y, el del deber de seguridad tácito accesorio en el contrato de transporte de personas del art. 184 del Cód. de Comercio, de cuya disposición legal surge una garantía legal de seguridad –como obligación de resultado-, consistente en trasladar sano y salvo al pasajero a su lugar de destino.

m) Inejecución maliciosa de la obligación contractual. El art. 521 del Código Civil dispone que si la inejecución de la obligación fuese maliciosa los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas. Por la inejecución maliciosa ha de

---

[215] Art. 1.069 "in fine" del Cód. Civ., dice: "Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable". (Incorporado por el Decreto Ley 17.711/68).

entenderse que es la practicada “ex profeso” o de propósito, no cumpliendo el deudor lo que debía y podía cumplir. Es una malicia específica referida al deber de prestar que pesa sobre el deudor; ha ahí el dolo contractual obligacional que se distingue del dolo delictual, sin que sea menester la demostración de “la intención de perjudicar” en el dolo obligacional contractual. El deudor que incumple dolosamente su obligación responde hasta por los daños que sean consecuencia mediata previsible de su incumplimiento, en la medida que tales daños fueren ocasionados por su hecho[216].

n) Responsabilidad refleja por el hecho de otro. En este tema no existe en nuestro derecho reglas generales, como tampoco en el Derecho Francés –dice Jorge Bustamante Alsina[217]- donde la doctrina unánime de los autores ha considerado inaplicable el art. 1.384 del Cód. Civil Francés (correspondiente a nuestro art. 1.113 del Cód. Civ.) a la responsabilidad contractual por el hecho ajeno, la cual se hallaría gobernada por principios propios. Sin embargo entendemos –por nuestra parte- que la responsabilidad contractual por el hecho ajeno se encuentra contemplada en el Código Civil, en situaciones particulares o concretas tales como la responsabilidad de los posaderos (art. 1.118 y 2.230 del Cód. Civ.) que responden por los daños causados por culpa de sus empleados en los efectos de los que habiten; de los transportistas (art. 1.119, 1ra. parte del Cód. Civ.) al establecer la responsabilidad de los capitanes de buques y patrones de embarcaciones respecto del daño causado por la gente de la

---

[216] Llambías Jorge Joaquín, Código Civil anotado, Doctrina-Jurisprudencia, T° II-A, Obligaciones en general, Extinción de las obligaciones, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., año 1983, págs. 174 y 175.

[217] Bustamante Alsina Jorge, en Teoría General de la Responsabilidad Civil, Editorial Abeledo-Perrot, Bs. As., año 1989, pág. 349.

tripulación en los efectos embarcados; el art. 1.516 del Cód. Civ., determina la responsabilidad del locador que por su culpa, de sus agentes o dependientes dañen a la cosa locada; los arts. 1.561 1.563 del Cód. Civ. que imponen la responsabilidad del locatario en caso de daño o deterioro que se causare a la cosa locada por su culpa o por el hecho de las personas de su familia que habiten con él, de sus domésticos, trabajadores, huéspedes o subarrendatarios; el empresario es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupa en la obra (art. 1.631 del Cód. Civ.); la responsabilidad del mandatario en casos de sustitución del mismo (art. 1.924 del Cód. Civ.); la responsabilidad del comodatario por la pérdida de la cosa por sus agentes (art. 2.274 del Cód. Civ.); la responsabilidad del albacea por los actos de su mandatario (art. 3.855 del Cód. Civ.). También está previsto en los arts. 126 y 127 del Código de Comercio la responsabilidad de los barraqueros o administradores por la malversación u omisiones de sus factores, encargados o dependientes. El mismo Código de Comercio en su art. 162 establece la responsabilidad de las empresas de ferrocarril, de los troperos, arrieros, y en general de todos los que se encargan de conducir mercaderías o personas, mediante una comisión, porte o flete por las pérdidas o daños que les resulten por malversación u omisión suya o de sus factores, dependientes y otros agentes cualesquiera. En consecuencia, los principios jurídicos contenidos en dichas reglas particulares deberían ser generalizados estableciéndose una doctrina legal –por creación pretoriana- y por aplicación analógica (art. 16 del Cód. Civ.), de un sistema de responsabilidad contractual por el hecho ajeno, según la intervención que el tercero ha tenido en la ejecución del contrato.

35 II.- Régimen de la responsabilidad extracontractual. Límites y extensión de la reparación.

a) Naturaleza de la obligación violada. Se viola el ordenamiento jurídico en sentido material, y es la ley la que regula la responsabilidad y el deber de resarcir, que surge al producirse el daño, es decir la violación de un deber establecido por la ley: *"El deber de no dañar el prójimo"*, máxima de Ulpiano que acuñó en su célebre principio romanistico: *"Alterum non laedere"*, que surge implícitamente del art. 19 de nuestra Constitución.

b) Competencia. En las acciones personales derivadas de delitos o cuasidelitos, es competente el juez del lugar en donde acaeció el hecho ilícito o el del domicilio del demandado, a elección del actor (art. 5 inc. 4° del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

c) Mora. En la responsabilidad extracontractual el deber de indemnizar surge de la misma fuerza del hecho culposo, sin necesidad de interpelación alguna; es decir que la mera comisión del hecho ilícito constituye en mora "de pleno derecho", al agente dañador deudor. Esta es la solución del art. 1.219 inc. 1° del Cód. Civ. Italiano, al disponer que: *"Non é necesaria la costituzione in mora: 1°) quando il debito deriva da fatto illecito (cfr. art. 2043)"*.

d) Carga probatoria. En materia de responsabilidad extracontractual el acreedor demandante no sólo debe acreditar la existencia del hecho ilícito sino también el dolo o la culpa del autor del daño, salvo los supuestos especiales de presunciones legales de culpabilidad, como en el caso de los padres, con respecto a los daños que causen sus

hijos menores de edad, al igual que la responsabilidad por culpa legal presumida de los tutores y curadores (art. 1.114 del Cód. Civ.).

e) Capacidad. Se es responsable por un hecho ilícito a partir de haber cumplido los diez (10) años de edad, que se adquiere el discernimiento para tales actos (arts. 921 y 1.076 del Cód. Civ.).

f) Reparación del daño moral. En materia de hechos ilícitos su reparación debe ser acordada por el juez, conforme lo dispuesto por el art. 1.078 del Cód. Civ., es decir que probado el hecho ilícito, se presume legalmente el daño moral a la persona, pues constituye un daño "re ipsa".

g) Extensión del resarcimiento. En el régimen de la responsabilidad civil de los daños causados por los hechos ilícitos rige lo dispuesto por los arts. 901, 903, 904, 905 y 906 del Cód. Civ. En los hechos ilícitos culposos o dolosos se responde siempre por las consecuencias inmediatas (art. 903 del Cód. Civ.[218]) y por las mediatas previsibles (art. 904 del Cód. Civ.[219]); amen –refieren Trigo Represas y López Mesa- de que en los delitos puede inclusive llegarse a responder de ciertos "casos fortuitos" o consecuencias casuales no remotas. Ante todo, las consecuencias casuales para la generalidad de los individuos pero que no lo fueron para el autor del hecho, quien por sus especiales conocimientos las tuvo en sus miras al ejecutarlo, es decir que las previó

---

[218] El art. 903 del Cód. Civ. dice: "Las consecuencias inmediatas de los hechos libres, son imputables al autor de ellas".

[219] Dispone el art. 904 del Cód. Civ. que: "Las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas".

y las quiso (art. 905 del Cód. Civ.), de forma tal que en rigor se trata a su respecto de "consecuencias mediatas" previstas y queridas, pese a que en general o en abstracto fuesen "casuales"; aunque es obvio que tratándose de consecuencias "meditas" previstas y queridas por el agente del daño, la misma responsabilidad cabría en el incumplimiento contractual doloso o "malicioso", conforme a lo previsto en el art. 521 del Cód. Civil[220]. Las consecuencias puramente casuales no son imputables al autor del hecho, sino cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho. No se responde por las consecuencias remotas[221], que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad (art. 906 del Cód. Civ.)[222]. Concretamente en principio se responde por las consecuencias inmediatas y meditas del acto ilícito (arts. 903 y 904 del Cód. Civ.). Agregan Trigo Represas y López Mesa que igualmente puede existir responsabilidad por ciertos "casos fortuitos" que no habrían llegado a acontecer de no

---

[220] Trigo Represas y López Mesa, Tratado de la Responsabilidad Civil, T° II, Editorial La Ley, Bs. As. año 2.004, pág. 24 y 25.

[221] Ejemplo: el causante de una herida no responde del hurto cometido por el empleado de la farmacia que acude a llevar vendas y medicamentos para atender al herido y aprovecha la confusión general para alzarse con lo ajeno. Ese resultado es una consecuencia remota de la lesión originaria por lo que el autor de éste no responde por la pérdida proveniente del hurto (Conf. Cám. Civ., Sala F, "L. L.", t. 101, p. 45, cit. por Llambías Jorge J., Tratado de Derecho Civil (Parte general), decimocuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas, T° II, Ed. Perrot, Bs. As., año 1991, págs. 292 y 293.

[222] Salvat Raymundo M., Tratado de Derecho Civil Argentino (Parte general), 4ta. edición, Editorial Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Bs. As., año 1.928, págs. 735/738; Llambías Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil (Parte general) T° II, decimocuarta edición, actualizada por Patricio Raffo Benegas, Editorial Perrot, Bs. As., año 1.991, 284/295.

haberse producido con anterioridad el hecho ilícito (arts. 1.091[223], 2435[224], 2436[225], etc. del Cód. Civ.); lo que por otra parte no se contradice con lo establecido en el art. 513 del Cód. Civ. para el incumplimiento contractual, que hace responsable al deudor del caso fortuito cuanto éste se hubiese producido por su culpa, y por ende, con tanta

---

[223] El art. 1.091 del Cód. Civ., dice: "Si el delito fuere de hurto, la cosa hurtada será restituida al propietario con todos sus accesorios, y con indemnización de los deterioros que tuviere, aunque sean causados por caso fortuito o fuerza mayor".

[224] El art. 2435 del Cód. Civ., dispone que: "El poseedor de mala fe responde de la ruina o deterioro de la cosa, aunque hubiese ocurrido por caso fortuito, si la cosa no hubiese de haber perecido, o deteriorádose igualmente, estando en poder del propietario". Llambías y Alterini Jorge se refieren al supuesto contemplado por la norma en los casos fortuitos que por su generalidad hubieran afectado a la cosa aunque estuviese en poder del propietario, como terremotos, inundaciones, etc. (Llambías Jorge J., y Alterini Jorge H., en Código Civil Anotado (Doctrina-Jurisprudencia), T° IV-A, Derechos Reales, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., año 1.988, pág. 184. El art. 2435 del Cód. Civ., deja en pie la posibilidad para el poseedor de mala fe de liberarse de las consecuencias del caso fortuito, si la cosa hubiese de haber perecido, o deteriorádose igualmente, estando en poder del propietario.

[225] El art. 2436 establece: "Si la posesión fuese viciosa, pagará la destrucción o deterioro de la cosa, aunque estando en poder del dueño no lo hubiese éste evitado. Tampoco tendrá derecho a retener la cosa por los gastos necesarios hechos en ella". Interpretan Llambías Jorge y Alterini Jorge que este poseedor vicioso responde siempre por la destrucción, ruina o deterioro de la cosa, aun provocados por caso fortuito, "aunque estando en poder del dueño no lo hubiese éste evitado". Esta severa agravación de la responsabilidad para el poseedor vicioso con el carácter de pena civil, es explicada por algunos por la comisión del ilícito que involucra la adquisición viciosa de la posesión (Machado, Ibarguren, Salvat, Garrido-Andorno), pero también se la cuestiona por exceder de las reglas de la causalidad (Lafaille, Llambías, Valdés-Orchansky). (Llambías Jorge J., y Alterini Jorge H., Código Civil, Anotado (Doctrina-Jurisprudencia), Derechos Reales, T° IV-A, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., año 1988, pág. 184.

mayor razón, si lo hubiese sido por dolo[226]. En síntesis, dentro de la órbita de la responsabilidad extracontractual, en materia de Cuasidelitos: se responden por las consecuencias inmediatas + las mediatas previsibles (art. 903 y 904 del Cód. Civ. -véase también el art. 1.109 del Cód. Civ.-). En materia de Delitos: se responden por las consecuencias Inmediatas + las Mediatas previstas o previsibles + las casuales, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho (art. 903, 904 y 905 del Cód. Civ. –véase el art. 1.072 del Cód. Civ.). En la responsabilidad objetiva se responde, por las consecuencias inmediatas + las mediatas previsibles, arts. 903 y 904 del Cód. Civ., según las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, del año 1979.

h) Prescripción. El plazo de prescripción de la acción de daños y perjuicios derivada de la responsabilidad civil extracontractual, cuando el daño se ha causado a través de comisión de un hecho ilícito ya sea un delito o cuasidelito, es de dos (2) años, de conformidad al art. 4.037 del Cód. Civ. Como puede observarse este es el punto de diferencia más notable y de relevancia jurídica más importante, en el cual se distingue el término de prescripción de la acción resarcitoria por incumplimiento contractual que en general es de diez (10) años, que se rige por la prescripción decenal ordinaria del art. 4.023 del Cód. Civ.

i) Mancomunación entre los corresponsables. Esta constituye una diferencia práctica de suma trascendencia y relevancia jurídica, pues todos los coautores, consejeros,

[226] Trigo Represas-López Mesa, Tratado de la responsabilidad civil, T° II, Ed. La Ley, Bs. As., año 2.004, pág. 25.

instigadores, cómplices y copartícipes[227] en la comisión del hecho ilícito (legitimados pasivos deudores responsables del daño causado al acreedor legitimado activo) son solidariamente responsables frente al damnificado de conformidad con lo establecido por los (arts. 1.081 y 1.109 segundo apartado del Cód. Civ.), aunque se tratare de un hecho que no sea penado por el derecho criminal.

j) Imposibilidad de ampliación o reducción de la responsabilidad. Improcedencia de la dispensa de culpa o responsabilidad. La posibilidad de ampliación o reducción de la responsabilidad es factible a mérito del principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual (art. 1.197 del Cod. Civ.), como se demuestra jurídicamente "ut supra" al tratar el régimen de la responsabilidad civil contractual, en el apartado "J". Ahora bien, en cuanto a la dispensa futura de responsabilidad en materia de hechos ilícitos, como en el caso de los daños producidos en la persona de un tercero ajeno a un edificio afectado al régimen de propiedad horizontal, en el cual se anuncia que el consorcio no se hace responsable de los daños producidos por el uso del ascensor o de los daños causados por el uso de la escalera, dichas reglas internas exoneratorias de responsabilidad son nulas y no tienen efecto jurídico alguno pues violan el art. 953 del Cód. Civ. al contrariar la moral y las buenas costumbres. Además, entendemos que

---

[227] Se ha discutido si el "encubridor" está incluido en el presente precepto legal. Pensaba Llambías Jorge J., (Código Civil anotado, (Doctrina-Jurisprudencia), con la colaboración de Patricio J. Raffo Benegas, T° II-B, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., año 1984, págs. 334 y 335) que el encubridor, que actúa con posterioridad al delito que encubre, no es autor o partícipe de ese hecho; pero sí es autor del delito de encubrimiento penado por el art. 277 del Cód. Penal, por lo que responde por el perjuicio que su actitud –y no el hecho anterior- le ha provocado al damnificado.

estas normas internas del consorcio que no lo responsabilizan o lo dispensan de responsabilidad, son inválidas por atentar substancialmente al "bien común" ó el bienestar general[228] que asegura y garantiza nuestra Constitución Nacional, y ser reveladoras de una disparidad de la situación de las futuras partes –que se vincularían jurídicamente al producirse el hecho ilícito- y que ni siquiera el tercero -ajeno al consorcio- damnificado estuvo presente e integró el acto de la asamblea o reunión del consorcio que votó y aprobó esa regla interna de dispensa de responsabilidad, que "ex-post-facto" se le pretende aplicar, cuando por regla general *"los actos jurídicos no pueden perjudicar a terceros"*[229], y que en modo alguno resultan tolerables jurídicamente. Se atenta al "bien común", porque se estimula la desidia, el abandono, el descuido, la negligencia del deudor -agente responsable del hecho ilícito- que supone que ninguna consecuencia resultará de su culpa y que con su descuido o negligencia determinará un perjuicio o daño a terceras personas, pues debe asegurar y garantizar la integridad psicofísica y moral de las personas humanas que constituye un bien jurídico protegido y a la vez un bien que le interesa a la sociedad toda o a la comunidad organizada, al ser un bien valioso de la comunidad y para la comunidad, que se fundamenta en ese principio general de raíz Constitucional *"Alterum non laedere"* (art. 19 C. N.)[230].

---

[228] Preámbulo de la Constitución Nacional.

[229] El art. 1.195 del Cód. Civ. en su parte pertinente dice: "Los contratos no pueden perjudicar a terceros", aplicable analógicamente según art. 16 del Cód. Civ.

[230] En un importante fallo del año 1986 (CSJN in re, "Santa Coloma, Luis F. y otros c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos") la Corte Suprema de Justicia de la Nación dio impulso a las nuevas ideas al

k) Facultad judicial de atenuación de la responsabilidad. En materia de hechos ilícitos culposos, el art. 1069 "in fine" del Cód. Civ. agregado por el Decreto Ley 17.711/68, confiere al juez la facultad de atenuación o moderación de la responsabilidad, al establecer que al fijar las indemnizaciones por daños podrá considerarse la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable; y que tiene correlato en el ámbito de la responsabilidad contractual por aplicación analógica (art. 16 del Cód. Civ.).

l) Distintos factores atributivos de responsabilidad. En la responsabilidad extracontractual esencialmente conviven jurídicamente los factores subjetivos y objetivos de atribución de responsabilidad civil –con la misma jerarquía jurídica- llamase: la culpa del autor del hecho por el hecho propio; las culpas presumidas legalmente o culpas cantadas "re ipsa loquitor"; aunque existen casos en que ella tiene otro fundamento distinto, tratándose de diversos factores: como el riesgo creado, la garantía, la equidad (el acto involuntario), el exceso de la normal tolerancia entre vecinos producido por la inmisión, etc.; que integran un sistema donde la culpa cede su lugar a un número considerable de excepciones que escapan al principio de la

---

señalar dos pautas de significación fundamental: que el principio *"alterum non laedere"* tiene raíz constitucional, y que las soluciones jurídicas deben adecuarse al sentido de justicia de la sociedad. En este sentido, en las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bariloche, 1989) declararon, por unanimidad, que uno de los "mecanismos desmasificadores", es "la moderna concepción del derecho de daños, que centra su óptica en la víctima".

responsabilidad subjetiva[231]. Lo cierto es, que de lo expuesto resulta que en ambos regímenes de responsabilidad existen dos factores básicos de atribución de responsabilidad uno denominado subjetivo y el otro objetivo.

m) La demostración de la "intención de perjudicar" en el dolo delictual. El dolo delictual del art. 1.072 del Cód. Civ. se integra con los dos elementos latentes contenidos en dicho precepto legal, a saber a) la realización del acto o hecho ilícito a sabiendas, y b) con intención de dañar la persona o los derechos de otro. En la primera especificación el agente obra reflexivamente con conocimiento y deliberación, en el dolo delictual hay previsión de un resultado. En la segunda especificación, el agente ha obrado con intención de dañar, es decir que su acción fue motivada por ese propósito maligno. Haciendo una comparación entre el resarcimiento por dolo obligacional y el resarcimiento por dolo delictual, tenemos que el deudor que incumple dolosamente su obligación responde hasta por los daños que sean consecuencia mediata previsible de su incumplimiento, en la medida que tales daños fueren ocasionados por su hecho, sin perjuicio de responder por las consecuencias inmediatas. Empero el agente que comete un delito civil, es decir, que realiza un acto ilícito con dolo (conf. art. 1072 del Cód. Civ.) tiene una responsabilidad más amplia que el deudor contractual doloso, porque responde hasta por las consecuencias casuales en la medida que hubiere previsto la posibilidad de su ocurrencia al tiempo de obrar(art. 905 del Cód. Civ.

n) Responsabilidad refleja por el hecho de otro. De conformidad al art. 1.113 primer párrafo Cód. Civ., se legisla expresamente y de modo general, sobre la responsabilidad

---

[231] Bustamante Alsina Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., año 1989, págs. 73/75, N° 144-h.

civil extracontractual refleja o indirecta del principal, por los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado.

36.- Estado actual de la doctrina

Existe en nuestra doctrina consenso, en el sentido de que no resulta posible precisar con rigor cuales son las razones legitimantes de la separación entre la responsabilidad contractual y la extracontractual[232], que ambas tienen la misma naturaleza, y que por lo tanto no se justifica la dualidad de sistemas[233], no obstante lo cual en nuestro derecho positivo se debe aceptar, como bien lo señalara Acuña Anzorena: "si bien no hay diferencias fundamentales entre los dos ordenes de responsabilidad, existen diferencias accesorias cuya importancia practica es tan grande que justifica el establecimiento de una línea demarcatoria entre ellas. De esta manera no habría científicamente, dos responsabilidades sino dos regímenes de responsabilidad[234].

---

[232] Morello Augusto M., Indemnización del daño contractual, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., año 1.967, T° I, pág. 45, n° 44-III.

[233] Salas Acdeel, Estudios III, Cong. D. Civil. T° III, pág. 621/5.

[234] Acuña Anzorena Arturo, Incumplimiento de contrato y responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas: Inadmisibilidad de la opción y del cúmulo, en Estudios sobre responsabilidad civil, Ed. Platense, La Plata, año 1.963, nro. 4, pág. 158; Morello Augusto M., Indemnización (...) , cit, T° I, pág. 44, y ss., citados por Trigo Represas, Derecho de Daños, op. cit., Ed. La Rocca, pág. 88.

Sostiene Trigo Represas que en cuanto a la extensión del resarcimiento y a la prescripción, resultan las diferencias verdaderamente importantes en cuanto al régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual son las que, en nuestro sistema vigente, confieren positivo y real interés al distingo entre ambos regímenes de responsabilidad[235]. Por su parte Juan José Casiello trata las diferencias que subsisten y que se ven hasta ahora como irreductibles, que aparecen como puntos discordantes en un sistema que se quiere unificado e integral de la responsabilidad civil. Nos referimos, en primer lugar, al alcance o extensión del resarcimiento de los daños, y en segundo lugar, al término o plazo de prescripción de las respectivas acciones resarcitorias. Sucede que según la regulación legal, en materia contractual si el incumplimiento es culposo se han de reparar solo los daños que sean consecuencias necesaria e inmediata del incumplimiento (art. 520 del Cód. Civ.), y si fuere doloso el incumplimiento ("malicioso", art. 521 del Cód. Civ.) se responderá también por las consecuencias mediatas. Nunca por las casuales. Mientras que en el hecho ilícito se responde siempre de las consecuencias inmediatas y de las mediatas previsibles (art. 903 y 904 del Cód. Civ.). Y en ciertos casos se responde de las consecuencias casuales no remotas (art. 905 del Cód.). En cuanto al término de la prescripción de las acciones, sabemos que el Código lo fija en diez años para el caso de incumplimiento de una obligación (prescripción decenal ordinaria del art. 4.023 del Cód., Civ.), mientras que

[235] Trigo Represas Félix A., (Capítulo III) Unificación de la responsabilidad por daños, Derecho de Daños, obra colectiva, Ediciones La Rocca, Bs. As., año 1989, pág. 88.

es de sólo dos años el plazo que fija la ley para el ejercicio de las acciones de responsabilidad por hechos ilícitos (art. 4.037 del Cód. Civ.)[236].

En cuanto a la comisión de un hecho ilícito en el cual participan varios coautores o copartícipes, son solidariamente responsables frente al damnificado (arts. 1.081 y 1.109 del Cód. Civ.); en tanto que la corresponsabilidad contractual es en principio simplemente mancomunada, en la que cada uno responde por su respectiva cuota-parte (arts. 675 y 691 del Cód. Civ.), salvo si se hubiere pactado la solidaridad de forma inequívoca o ella resultare de alguna disposición legal. Este último caso sería el supuesto establecido por la Ley de Defensa del Consumidor nro. 24.240 modificada por la ley 24.999, que en su art. 40 establece la responsabilidad objetiva y solidaria por los daños causados al consumidor y a cargo de todos los intervinientes en la cadena de producción y distribución de la cosa o servicio prestado.

Es así, que se fue superando o debilitando las diferencias que se señalaban relativas a la mora, a la carga probatoria de la culpa y de la antijuridicidad, a la reparación del daño moral, a la facultad judicial de atenuación o moderación de la responsabilidad "si fuere equitativo", a la responsabilidad refleja por el hecho de los dependientes o auxiliares, a la responsabilidad por los daños causados con intervención de cosas, a la utilización de los factores objetivos y subjetivos de atribución, en uno y otro campo de la responsabilidad. Las otras diferencias menores de régimen, relativas a

---

[236] Casiello Juan José, Unicidad o pluralidad de la culpa en el Código Civil Argentino, la culpa contractual y la culpa extracontractual, en la obra colectiva, La Culpa I, de la Revista de Derecho de Daños, bajo la Dirección de Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2.009, pág. 72 .

la edad del discernimiento para la imputación según se trate de actos ilícitos o lícitos, y a la diversidad del juez competente para entender en las acciones de responsabilidad, no provocan inconvenientes de mérito para el ejercicio de las acciones de responsabilidad.

La doctrina mayoritaria se ha pronunciado en los congresos científicos, reiteradamente propiciando la unificación de los regímenes sobre la responsabilidad contractual y extracontractual, así se citan: a) el Congreso Nacional de Derecho civil realizado en Córdoba en el año 1.961, recomendación l6; b) Las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Rosario, año 1.971, segundo punto de la recomendación aprobada en el tema 5; c) En las Primeras Jornadas Australes de Derecho de Comodoro Rivadavia, año 1981, punto IV despacho tema A.; d) en la Segundas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil Comercial, y Procesal de Junín, tema II, año 1.986; e) Las III Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, comisión IV, recomendación A., de "lege ferenda"; f) XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, reunidas en la ciudad de San Carlos de Bariloche en el año 1.989, expidiéndose la Comisión nro. 2, sobre el tema de la Unificación de los regímenes de responsabilidad civil, de la siguiente manera: 1°) Existe unidad sistemática en materia de responsabilidad civil, a partir del dato de concebir el daño como el centro de gravedad del sistema. 2°) No obstante en el derecho vigente hay dos ámbitos de responsabilidad: el contractual y el extracontractual. 3°) Los presupuestos del deber de reparar son comunes a las dos órbitas de responsabilidad. 4°) De las diferencias que marca la doctrina entre las órbitas contractual y extracontractual, algunas son reales, pero contingentes, y otras no son verdaderas. Sin embargo, ninguna debe conceptuarse como sustancial. Entre las

diferencias reales, pero contingentes, las más importantes, entre otras, son: la extensión de la reparación, y la concerniente al plazo de prescripción de las acciones de Responsabilidad. 5°) La atenuación equitativa de la responsabilidad emanada del articulo 1.069, es aplicable por analogía a los supuestos de daños derivados de incumplimiento contractual. 6°) Funciona la opción aquiliana del artículo 1107 cuando el deudor hubiere incurrido en dolo, no obstante la literalidad del referido texto legal.

Trigo Represas con cita de Augusto M. Morello, dice: "Sin embargo, ínterin no se modifique nuestro Código Civil en esta materia, en toda labor interpretativa será siempre conveniente recordar lo señalado por Morello al respecto: Que la norma específica (alude al art. 1107 del Cód. Civ.) no se reciente de rigidez, porque su cometido es esencialmente el de ordenador de regímenes que giran sobre ejes propios, los que si bien no toleran que puedan ser usados de modo combinado, tampoco excluyen que, frente a las particularidades de cada caso, evaluándose la conducta integral del agente, se admitan las aperturas necesarias. Siempre será estéril – y solo logrará sacrificar el valor justicia- apegarse con exceso a categorías rígidas" (Morello Augusto M., Indemnización (...) cit, T ° I, n° 8, pág. 85 y ss., cit por Trigo Represas Félix A., op. cit., pág. 89).

37.- La supuesta valla del articulo 1.107 del Código Civil

Dispone el art. 1.107 del Cód. Civ., que los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, no están comprendidos en los artículos de este título, si no degeneran en los delitos del derecho criminal. Un sector minoritario de la doctrina sostiene que este artículo impide el reclamo por la vía

extracontractual, ya que, lógicamente el hecho ilícito derivado a consecuencia de un contrato que une a las partes así lo impide. Cuando regía la ley de accidentes de trabajo nro. 9688, la doctrina se había expedido en el sentido de que: “en el campo del derecho laboral, la opción del art. 17 de la ley 9688, remitía a las normas extracontractuales”. Ello no quiere decir que no puede aplicarse las contractuales por remisión del art. 75 LCT (t. o. 1976). Debe tenerse en cuenta, fundamentalmente el giro decisivo impreso, por la C.S., en la causa: “Costa Josefa María c/ Hilandería Algodonera Villa Devoto S. A”, (Editorial Carpetas D. T. 2430) en que se sostuvo, que habiéndose demandado, asimismo por el art. 75 de la L.C.T. (t. o. 1976), con fundamento en el incumplimiento del deber contractual de previsión, corresponde su tratamiento y decisión, aunque se haya desestimado el reclamo por responsabilidad extracontractual (fallo del 5/6/85). Opina Llambías que cuando el acto del incumplimiento de la obligación convencional configura un delito del derecho criminal (art. 1107 “in fine” del Cód. Civ.), como por ejemplo, si un farmacéutico por descuido o distracción le vende a un paciente en lugar del medicamento solicitado, un veneno que le produce a éste la muerte, ese acto culposo es, al propio tiempo, incumplimiento del contrato de venta que compromete la responsabilidad del vendedor, y homicidio culposo o cuasidelito civil, incriminado por el art. 84 del Código Penal. Asimismo agrega que es viable la opción de responsabilidad delictual o contractual, cuando el acto de incumplimiento de la obligación obrado por el deudor es efectuado “a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos” (art. 1.072 del Cód. Civ.) del acreedor, p. ej., si el deudor deja de pagar su deuda, pudiendo hacerlo, para provocar la quiebra del acreedor, quien requiere indispensablemente de lo que aquél le debe para prevenir una inminente

cesación de pagos[237]. También en los supuestos de la aplicación –en la asistencia médica para el tratamiento de enfermedades- de los métodos no comprobados científicamente ni homologados en los certámenes médicos, que aplica el galeno al paciente -ignorándolo éste- vicia la voluntad del paciente induciéndolo a error y como consecuencia produce la nulidad del contrato –como acto jurídico bilateral- (arts. 926, 1.045, 1.056 del Cód. Civ.) y da la posibilidad de optar por el régimen de la responsabilidad civil extracontractual.

38.- Los Proyectos de Unificación de la Legislación Civil y Comercial.

Los Proyectos de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, -en general- han receptado el clamor unánime de la doctrina nacional relativo a la unificación de los regímenes jurídicos de responsabilidad civil.

El primero de ellos es el Proyecto de Código Civil de 1.987 que se propicia la derogación del discutido art. 1.107 del Cód. Civ., sin antecedentes en el derecho comparado, que Vélez Sarsfield recogió de Aubry Rau, y que trazaba una frontera entre ambos campos de responsabilidad. Seguidamente para evitar dudas en cuanto al límite y extensión del resarcimiento, se derogan los arts. 520 y 521 del Cód. Civ., dándose nueva redacción al art. 906 del Cód Civ., que dice: "La extensión de la responsabilidad derivada de incumplimiento obligacional ó de hechos ilícitos se rige por los artículos precedentes. Abarca los daños que están en relación de causalidad adecuada, y que no comprende las consecuencias remotas". Vale recordar que este

[237] Llambías Jorge J., Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, T° III, Tercera edición actualizada por Patricio Raffo Benegas, Editorial Perrot, Bs. As., año 1.987, págs. 564 y 567.

artículo se encuentra a continuación de los arts. 903 a 905 del Cód. Civ., que se refieren a la imputabilidad de las consecuencias de los hechos. Y por supuesto que con la unificación proyectada esa responsabilidad por las consecuencias casuales no remotas, habría de regir también para el incumplimiento contractual; lo que por otra parte no se contradice sino que coincide con lo previsto en el art. 513 del Cód. Civ. el cual responsabiliza al deudor del caso fortuito, si este se hubiese producido por su culpa[238]. Eliminado el art. 1.107, se establece que la responsabilidad derivada de hechos ilícitos y de incumplimientos obligacionales, está sometida a las mismas reglas que ordinariamente comprenden, en todas las hipótesis, los daños inmediatos y los mediatos previsibles. El proyectado art. 906 extiende a ambos tipos de responsabilidad la obligación de reparar los daños que se encuentran en una relación de causalidad adecuada. Se adopta el plazo quinquenal como ordinario tanto para la responsabilidad contractual, como para la extracontractual, lo que coincide para ésta última con el término adoptado por el Código Civil Italiano[239]. Referente al resarcimiento del daño moral contractual se propone como nuevo texto el art. 522, que reza: "La indemnización comprende el daño moral", que por su claridad y simplicidad pone fin a todas las dudas y controversias doctrinarias por el actual texto en vigor. Se establece para el tipo de responsabilidad contractual, el mismo régimen del art. 1.113 del Cód. Civ., en vigencia para los hechos ilícitos, redactándose en el Proyecto de Unificación

---

[238] Trigo Represas Félix A., en la obra colectiva Derecho de Daños, op. cit. pág. 91.

[239] Notas explicativas, De la prescripción. Proyecto de Código Civil, según texto aprobado por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Consideraciones previas por Horacio Ritman, Publicado por Editorial Astrea, Bs. As., año 1.987, pág. 68.

Civil y Comercial un nuevo texto del art. 521, que incluye en el mismo expresamente la responsabilidad del deudor en el incumplimiento contractual, "respondiendo el obligado por los terceros que haya introducido en la ejecución de la obligación, y por las cosas de que se sirve o tenga a su cuidado".

El segundo Proyecto de 1.993 de la Comisión Federal designada por la Cámara de Diputados de la Nación, contiene parecidas disposiciones, derogando el art. 1.107 del Código vigente e igualmente dispone (art. 906 propuesto) que la extensión del deber de responder por daños se rige, para ambas órbitas, por lo dispuesto en los arts. 903 a 905 del mismo Código. En cambio, se mantiene la diferencia de régimen en lo que hace al termino de la prescripción. La acción por responsabilidad contractual- está comprendida en el proyecto dentro de las "acciones personales por deuda exigible"- prescribe a los cinco daños (art. 4.023), mientras que "la acción para requerir el resarcimiento de los daños producidos por la circulación de vehículos de toda especie", así como "todas las acciones derivadas del contrato de transporte" prescriben a los dos años" (art. 4030 del Código Proyectado)[240].

El tercer Proyecto de reforma, también conocido en 1.993, elaborado por una Comisión designada por el Poder Ejecutivo Nacional, legisla en forma autónoma y separada el tema de la responsabilidad civil (Parte cuarta del proyecto), que comprende tanto lo relativo a los "hechos ilícitos" (violación del deber de no dañar a otro (art. 1.559) como la reparación del daño provocado por el incumplimiento obligacional (este último resulta por la remisión al tema de la responsabilidad civil

[240] Casiello Juan José, op. cit. págs. 75 y 76.

ordenada en el art. 721 que alude al "incumplimiento de las obligaciones y la mora". En la nota que precede a la parte cuarta del proyecto se afirma que la unicidad del fenómeno resarcitorio fue propiciada por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil de Córdoba del año 1.961, con esta formula: "La reparación ha de sancionarse según formula integral y unificada, aplicable tanto a la responsabilidad contractual, cualquiera sea la naturaleza de la prestación, como a la extracontractual, sea que los hechos configuren o no delitos del derecho criminal". El art. 1.557, primera parte, de este proyecto dice: "Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Salvo disposición legal en contrario se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles". Se fija en el proyecto, en cinco años el plazo ordinario de la prescripción liberatoria, que implícitamente comprende a la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones. La acción para reclamar indemnización de daños derivados de accidentes de tránsito prescribe a los dos años[241].

Por último, cuadra aludir al Proyecto de 1.998, de Unificación Civil y Comercial, redactado por la Comisión designada por Decreto Nacional 685/95. En el Libro IV, Título IV, Capítulo I, Sección Primera, Disposiciones generales, comienza el art. 1.581 estableciendo que: "Las disposiciones de este Título son aplicables cualquiera que sea la fuente del deber jurídico de cumplir o de reparar el daño". En esa idea, se unifica la extensión del deber de responder por daños por vía del art. 1.609 proyectado que dice: "La responsabilidad abarca las consecuencias que se hallan en

[241] Casiello Juan José, op. cit. pág. 76.

relación de causalidad adecuada con el hecho generador. Quedan comprendidas en ellas las consecuencias inmediatas y las consecuencias mediatas previstas o previsibles; y están excluidas las consecuencias casuales". Respecto al plazo de la prescripción liberatoria, el proyecto establece para la acción por incumplimiento de contrato, el término ordinario de cuatro años (art. 2.501); y para la acción de indemnización de daños causados por la circulación terrestre de vehículos de toda especie (art. 2.502 inc. b), la acción de derecho común para reclamar indemnización de daños derivados de accidentes y enfermedades del trabajo (art. 2.502 inc. c.) y, todas las acciones derivadas del contrato de transporte terrestre (art. 2.502 inc. d.), en todos estos tres últimos supuestos el plazo de prescripción es de dos años[242].

[242] Proyecto de Código Civil de la Republica Argentina Unificado con el Código de Comercio del año 1.998, Publicado por Editorial Abeledo-Perrot, Bs. As., año 1.999.

CAPITULO IV.-

CATEGORÍAS DE CULPA

39.- Distintas categorías de culpa o su categorización: a) La culpa consciente; b) La culpa con previsión; c) La culpa inconsciente; d) Culpa psicológica y normativa, criterio intermedio, "El Quid" de la culpa social. e) Culpa subjetiva y culpa objetiva. f) Culpa civil y culpa penal. Doctrina unitaria. Doctrina dualista: a) En cuanto a su finalidad; b) En cuanto al grado; c) En cuanto a la manera de apreciarlas; d) En cuanto a la prueba. 40.- Relación entre la acción civil y la penal. 41.- Ejercicio de la acción en sede civil. 1°) Influencia del juicio penal pendiente sobre el civil. Regla general, excepciones. 2°) Influencia de la sentencia penal sobre la civil. 2. a) Sentencia penal condenatoria. Valor de cosa juzgada. Régimen del Código Civil. 2. b) Sentencia penal absolutoria. Valor de la cosa juzgada y régimen del Código Civil. 2. c) El sobreseimiento provisorio. 2 d) El sobreseimiento definitivo. 42.- Influencia de la sentencia civil sobre la penal. Regla general. Cuestiones prejudiciales: a) Incidencia de la acción civil. Principio. b) Cuestiones prejudiciales. c) Supuestos especiales. La sentencia civil sobre demencia y su cesación. c) I.- Efectos de la sentencia civil en el proceso penal. c) II.- Efectos de la sentencia penal en el proceso civil: a). Indignidad. b) Requisito de condena criminal. c) Indulto y prescripción de la pena. 43.- Ley de Propiedad Intelectual número 11.723. El sistema de la independencia de las acciones.

39.- Distintas categorías de culpa o su categorización: a) La culpa consciente; b) La culpa con previsión; c) La culpa inconsciente; d) Culpa psicológica y normativa, criterio intermedio, "El Quid" de la culpa social. e) Culpa subjetiva y culpa objetiva. f) Culpa civil y culpa penal. Doctrina unitaria. Doctrina dualista: a) En cuanto a su finalidad; b) En cuanto al grado; c) En cuanto a la manera de apreciarlas; d) En cuanto a la prueba.

Como se demostrará en este acápite la doctrina ha ensayado distintas categorías de la culpa y comenzando por la primera de ellas se distingue:

a) La culpa consciente. En la culpa consciente, el agente dañador prevé el daño y no obstante ello actúa, corriendo el riesgo, a la espera de que el resultado no se produzca por azar, fortuitamente[243]. Se entiende por culpa consciente, a la incuria del autor del hecho que ha previsto las posibles consecuencias dañosas, pero actúa igualmente con la esperanza de que alguna favorable casualidad ajena a su hacer, determine que el daño no acontezca[244].

b) La culpa con previsión. Consiste en que el autor ha previsto también las posibles consecuencias dañosas, pero a diferencia de la especie anterior, espera evitar tales consecuencia con su habilidad. Es decir que en esta culpa se muestra a un sujeto que se representa la posible producción del resultado de su acción, pero confía en poder evitarlo con su pericia[245].

---

[243] Pizarro Ramón D. y Vallespinos Carlos G. en Instituciones de Derecho Privado, Obligaciones, T° 2, Ed. Hammurabi, Bs. As. 1999, pág. 614.

[244] Trigo Represas y López Mesa, op. cit. pág. 723.

[245] Trigo Represas-López Mesa, op. cit. pág. 723; Pizarro-Vallespinos, op. cit. pág. 614.

c) La culpa inconsciente. Esta culpa opera cuando el agente no ha tenido previsibilidad de la producción del daño, ya que de haberla tenido habría obrado de otra manera, prestando debida atención. Se trata de una culpa sin previsión o representación de las consecuencias dañosas de la conducta finalmente adoptada.

Cabe acotar además que la noción de culpa prevista y contenida en el art. 512 de nuestro Código Civil comprende tanto a la llamada culpa inconsciente como a la culpa con previsión y a la culpa consciente.

Sin embargo, –me adhiero a lo que entienden Trigo Represas y López Mesa- en el sentido de que desde un punto de vista practico sólo podemos ocuparnos de la culpa inconsciente, pues los anteriores se refieren a procesos mentales que es casi imposible desentrañar con certeza. Pues si como se ha dicho, en el terreno de los hechos, es muy difícil demostrar la existencia del dolo en el incumplimiento, salvo los casos excepcionales en que el incumplidor reconozca cual ha sido su verdadera intención, tanto mayor será la dificultad para descubrir estos distintos matices de culpa. En realidad es raro encontrar quien admite su culpa y por lo tanto, más raro será conseguir el reconocimiento de la concurrencia de circunstancias que hacen más grave la culpabilidad. Semejantes distinciones, pues, están destinadas a funcionar casi exclusivamente en un plano teórico[246].

d) Culpa sicológica y normativa, criterio intermedio. "El Quid" de la culpa social

La Culpa psicológica y la culpa normativa, criterio intermedio. Nos enseña Bueres que el tema fue estudiado con profanidad por los penalistas, quienes distinguen la

[246] Trigo Represas-López Mesa, op. cit. pág. 723.

doctrina sicológica –que describe una relación espiritual ajena a toda valoración-, de la doctrina normativa, y el normativismo puro -por llamarlo de algún modo grafico- defendido por las doctrinas finalistas, conforme con las cuales el dolo pasa a integrar el tipo y la culpabilidad, independientemente, es pura reprobabilidad[247]. El debate acerca de si la culpa es una noción sicológica pura o una noción normativa pura pierde sentido –al menos en el campo del Derecho Civil en el cual no hay controversias-. Enfatiza Mosset Iturraspe que en el terreno de la culpabilidad, creemos provechoso destacar las concepciones que ponen el acento en la culpa como "fenómeno psicológico" –antigua doctrina al decir de -Nipperdey[248]- y aquellas otras que subrayan o caracterizan la esencia de la culpa como un juicio de valor del ordenamiento jurídico acerca del agente, denominadas concepciones normativas de la culpabilidad. Piensa con Soler que tan errado es "querer construir una teoría de la culpabilidad sobre un puro psicologismo como querer transformar la culpabilidad (...) en un reproche formulado desde afuera, sin aclarar que éste se funda en la existencia de aquella realidad subjetiva"[249].

---

[247] Bueres Alberto J., en la obra colectiva de la cual es Director, intitulada Código Civil, análisis doctrinario y jurisprudencial, coordinado por Elena I., Highton, T° 2 A, Parte general, obligaciones, Ed. Hammurabi, Bs. As. 1998, pág. 138.

[248] Nipperdey H. C., citado también por Jaime Santos Briz, en La Responsabilidad Civil, cuarta edición, Editorial Montecorvo, S. A., España, Madrid, año 1986, pág. 51.

[249] Mosset Iturraspe Jorge, en Responsabilidad por daños, T° I, Parte general, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 1998, págs. 123/4.

En suma, partimos de la realidad subjetiva, que está dada por la relación psicológica interna del individuo que se expresa externamente o materializada a través del comportamiento, del obrar o de la conducta antijurídica del agente dañador, en las cuatro formas que asume la culpa: negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de los reglamentos o deberes del cargo, para llegar desde allí al juicio de reproche.

Esto explica – exponen Pizarro-Vallespinos- que la doctrina penal y la civil dominante de nuestro tiempo tienda a superar la aparente contradicción en que se hallan sumidas las dos concepciones antes reseñadas, amalgamándolas. Con ello se logra una construcción armónica de la culpa, que supera el puro psicologismo y el descarnado normativismo. Se propicia de tal modo, una posición intermedia, que pondera de manera integral ambos datos. Esto es, que "existe una realidad subjetiva sicológica –el quid de la negligencia lato sensu- y, además, que la exigibilidad de la conducta por el ordenamiento habrá de desembocar la cuestión en el juicio de reproche. "La culpa es, pues, sicológica normativa" (Bueres, Soler, Mosset Iturraspe, Bustamante Alsina, Agoglia, Boragina y Mesa)[250].

"El quid" de la culpa social. Nos enseña Bueres[251] que la culpa es una noción jurídica, depuradas de las influencias religiosas y morales que la impregnaron durante siglos. Por tanto dicha culpa no es una pena, un castigo, un pecado, un juicio de vituperabilidad, etc.-idea que fundamentó la responsabilidad por daños mientras estuvieron latentes las mencionadas influencias-. La culpa, entonces, es un factor de

[250] Pizarro Ramón D. y Vallespinos Carlos G., en Instituciones de derecho privado, Obligaciones, T° 2, Ed. Hammurabi, Bs. As., año 1999, pág. 616.

[251] Bueres, Alberto J., op. cit. pág. 139.

atribución como cualquier otro; no es la regla general en este sentido, ni es un principio residual (todos los criterios legales de imputación se encuentran en paridad de jerarquía). Por consecuencia, se nos ocurre que la culpa es un defecto de conducta que repercute de forma negativa en las valorizaciones que realiza la norma y, por lo mismo, es una razón de justicia para adjudicar el daño al autor. La sociedad está interesada en que no se transgreda el orden jurídico mientras el sujeto pueda desplegar sus aptitudes de previsión y evitación. Es en ese sentido que nos parece apropiado el aludir a una culpa social.

e) Culpa subjetiva y culpa objetiva

Culpa subjetiva. Bajo el subtítulo "subjetividad de la culpa" Eduardo B. Busso decía que la culpa implica la existencia de voluntad. El acto culpable es voluntario, como lo es también el acto doloso, aún cuando en uno y otro se trate de voluntades que tienen con relación a los efectos del acto un contenido y una dirección diferentes. Es fácil la calificación de un acto doloso y aparecen también claras su imputabilidad y las de sus consecuencias. Pero no ocurre lo mismo con la determinación de un acto culpable y de la medida de la consiguiente responsabilidad[252]. Contemporáneamente sostiene Atilio Aníbal Alterini que para la versión subjetiva, que ha sido la clásica, sólo es culpable quien puede ser moralmente reprochable. En la Argentina, la opinión generalizada adopta la idea subjetiva, que exige dicho sustento moral. Paradigmáticamente, Llambías predicaba como sustento necesario de la responsabilidad "que el agente sea no sólo el autor material del incumplimiento de la obligación, sino la causa inteligente

[252] Busso Eduardo B., Código Civil Anotado, Tomo III (Obligaciones), Editorial Ediar Soc. Anóm. Editores, Bs. As., 1.949, pág. 277.

y libre de ese comportamiento", agregando que hay una imputabilidad de primer grado que exige la concurrencia de discernimiento, intención y libertad en el obrar (art. 921 del Cód. Civ.), y otra de segundo grado que aparece –en sus expresiones de dolo o culpa- "cuando el incumplimiento del deudor le es reprochable"[253]. En suma, el concepto de culpa subjetiva, propio del sistema argentino, exige que el "agente sea no sólo el autor material del incumplimiento de la obligación, sino la causa inteligente y libre de ese comportamiento".

Culpa objetiva. La versión objetiva de la culpa –o como la sub-titula Atilio A. Alterini-"Quid de la culpa sin imputabilidad", por el contrario admite que pueda haber culpa aun sin voluntariedad, bastando la comprobación de la conducta efectivamente obrada con la que habría sido diligente; aunque sin confundirse con la denominada responsabilidad objetiva, puesto que mientras en ella rige la simple causalidad material, aunque la conducta del responsable haya sido totalmente correcta –sin exigir que promedie algún descarrío de conducta del autor material- en la idea de culpabilidad objetiva subyace la necesidad de una conducta irregular[254]. En Francia ha sido desarrollada la idea de culpa objetiva, admitiéndose que puede haberla aun en los

[253] Alterini Atilio A., Aspectos de la teoría de la culpa en el derecho argentino (Con referencia al Código Civil español y en ocasión de su centenario), Pub. en La Ley, 1989-E, 1.098. Responsabilidad Civil, Doctrinas Esenciales, Director Félix A. Trigo Represas, T° II, Editorial La Ley, Bs. As., año 2.007, págs. 493 y 494.

[254] Alterini Atilio A., op. cit. págs. 493 y 494.

cosos en que el agente no obra con voluntad jurídica[255]. Para la configuración de esta culpa objetiva basta el mero desajuste entre la conducta afectivamente obrada y la conducta que habría sido diligente, y por tanto pueden incurrir en ella los locos (los perturbados mentales)[256] o los infantes, carentes de discernimiento. Ejemplifican Alterini-Ameal-López Cabana que el dueño de una caldera tiene responsabilidad objetiva, aunque haya sido puntualmente diligente en su conservación, y por lo tanto su conducta haya sido correcta y adecuada; en Francia el loco sólo incurre en culpa objetiva cuando su conducta no condice con la que habría obrado un sujeto diligente. Cuando la doctrina francesa insiste, aun en la actualidad, que "*pas de responsabilité*

---

[255] En el Código Civil Cubano aprobado como Ley 59 el 16 de julio de 1987, "no se legisla sobre la culpa o la negligencia", caracterizando a los actos ilícitos como a los "hechos que causen daño o perjuicio a otro" (art. 81), y el que causa ilícitamente daño o perjuicio a otro está obligado a resarcirlo (art. 82). Por el art. 294 se formula una remisión al régimen descripto precedentemente, en cuanto dispone que: "Las normas relativas a la responsabilidad por los actos ilícitos se aplican, en lo pertinente, en los casos de incumplimiento de las obligaciones". Ha dicho López Cabana que a diferencia del Código Civil Español (art. 1.902) que rigió hasta su derogación por la disposición final segunda del nuevo Código Civil Cubano mencionado, ya no se hace mención a la culpa o negligencia, lo que ha llevado a Busnelli a preguntarse si esta norma del Código Cubano significa verdaderamente un progreso (López Cabana Roberto, M., La Responsabilidad Civil Cubana, en la obra colectiva de Homenaje al Dr. Ángel B. Chávarri, intitulada Estudios de Derecho Privado Moderno, Director Roberto H. Brebbia, Ed. Ad-Hoc S.R.L., Bs. As., año 1.998, págs. 85/91.

[256] "A propósito de la introducción del art. 489-2 en el Código Napoleón (ley del 3 de enero de 1968), que hace responsable a quien causa un daño hallándose bajo el efecto de una perturbación mental, con criterio extendido luego a los menores carentes de discernimiento" (Véase Alterini Atilio A., Aspectos de la teoría de la culpa en el derecho argentino, op. cit. pág. 495).

sans faute" (no hay responsabilidad sin culpa), suele estar refiriéndose a esa culpa objetiva[257].

En nuestro país la reforma del art. 907 del Código Civil llevada a cabo por el Decreto Ley 17.711/68, no afectó a esa línea jurídica de ideas, manteniendo el criterio de la culpa subjetiva, siguiendo el criterio mayoritario de otro sector de la doctrina de que cuando por el hecho propio involuntario (o acto involuntario) se causa un daño, se prevé un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundado en razones de equidad. Es el factor de la equidad, suficiente para imponer el deber de responder del daño causado por un sujeto inimputable en razón de carecer de voluntad, siendo un factor de carácter objetivo, pues prescinde de la culpa para atribuir responsabilidad, desde que no puede considerarse culpable a quien no es capaz de voluntad y por lo tanto es inapto para determinar su conducta[258].

Finalmente, un autor contemporáneo Juan Manuel Prevot[259] entiende hoy por culpa a la infracción no dolosa del modelo de conducta debida, en otras palabras, culpa es la afirmación de que un comportamiento es contrario a un patrón ideal. Cuando a la culpa se la califica de objetiva, se alude, o a su apreciación en

---

[257] Alterini-Ameal-López Cabana, Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, Ed. LexisNexis, Abeledo-Perrot, Bs. As., año 2.006, págs. 181 y 182.

[258] Bustamante Alsina, Jorge, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., año 1.989, págs. 407/409.

[259] Prevot Juan Manuel, La culpa en los Proyectos de reforma al Código Civil de 1987, 1993 y 1998, en la obra colectiva bajo la Dirección de Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti, La Culpa II, en Revista de Derecho de Daños, Editorial Rubinzal-Culzoni, Bs. As., año 2.009, págs. 452/3/4.

abstracto, lo cual en cierta medida es poco factible, pues a pesar de lo que pudiera perecer, no hay una concepción pura o absolutamente objetiva, o a un sistema tornasolado –a la vez abstracto y concreto- que a la hora de confrontar el actuar real del sujeto con lo debido- esto es, al confrontar un tipo abstracto de comparación, flexible, circunstancial y específico- no toma en consideración sus especiales características físicas y psicológicas. Nuestro Codificador se inclina por una estimación subjetiva, que no pierda de vista las aptitudes y flaquezas del sujeto ("culpa subjetiva"), o se adscribe a una noción objetiva, trayendo a colación solamente las circunstancias externas del agente ("culpa objetiva"). Para la concepción subjetiva de la culpa entienden que las circunstancias personales de los sujetos poseedores de cualidades superiores o inferiores deben ser tenidas en cuenta por el juzgador al pulir el metro o patrón de comparación. Así han de tenerse en cuenta las especiales habilidades técnicas o científicas, el analfabetismo y las enfermedades mentales. Las físicas, mayor fuerza, vejez, minusvalías o enfermedades, y psíquicas: las especiales dotes intelectivas, enfermedades mentales, etc. Se argumenta que son múltiples las razones que militan a favor de su consideración al momento de apreciar la culpa del agente dañador.

f) Culpa civil y culpa penal

Se discutió durante muchos años tanto en la doctrina nacional como en la extrajera si la culpa civil y penal son conceptos idénticos o si por el contrario, existen diferencias esenciales entre ellas. Para un mejor abordaje y comprensión del tema, denominaremos doctrina "unitaria" a la que sostiene que la culpa es, conceptualmente, una sola y "dualista" a la que estudia las diferencia entre ambas

culpas civil y penal. Es decir que la cuestión a resolver, dadas las consecuencias que ello podría acarrear, es la relativa a sí la culpa civil y la culpa penal son de idéntica naturaleza y características o si hay diferencias entre ellas.

Doctrina unitaria. Esta posición "unitaria" sostiene que "a los efectos de determinar la responsabilidad civil de una persona derivada de un cuasi-delito, no cabe distinguir entre culpa civil y culpa penal: pues de acuerdo a la ley represiva cualquier cantidad de imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de los reglamentos hace surgir la culpa penal y basta para configurar el delito culposo" (CCiv.Com. 3°, Rosario, 10/5/55. Dig.LL, III, n° 273, p. 895; conf. CCiv.Com. 3° Rosario, 6/4/56, RepLL, XVIII-560, n°16)[260]. Según Salvat actualizado por Galli[261], "ambas legislaciones, la civil y la penal, sancionan la imprudencia, la desatención, la torpeza, la negligencia. No existe imprudencia, desatención, torpeza o negligencia civil distinta de la imprudencia, la desatención, la torpeza o la negligencia que se reprime en el Código Penal. Es la misma conducta antijurídica, considerada en aplicaciones diversas. Cazeaux y Trigo Represas afirman que Von Tuhr, Mazeaud y Galli sostienen que no hay diferencia entre la culpa civil y la culpa penal, en los llamados delitos culposos (homicidio y lesiones por culpa e imprudencia), siendo el concepto de culpa único en

---

[260] Mayo Jorge A., en la obra colectiva Código Civil, comentado, anotado y concordado, bajo la Dirección de Augusto C. Belluscio y Zannoni Eduardo A. Coordinador, T° II, Editorial Astrea, Bs. As. año 1993, pág. 632.

[261] Salvat Raymundo M., Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en general, sexta edición, actualizada por Galli Enrique V., T° I, Editorial TEA, Bs. As. año 1952, Apéndice nro. 139c., págs. 633/4.

ambos sectores, nada más que juzgado en distintas jurisdicciones. Tanto la culpa civil como la penal –dicen- consisten sustancialmente en una negligencia, imprudencia o falta de precaución. No hay, entonces, diferencia de naturaleza, ni tampoco puede asignarse importancia al hecho de que para la existencia de la causa penal, en un delito culposo, baste una negligencia mínima, y para que haya culpa civil se exija comúnmente una mayor dosis de culpa. Puede, si, haber distintos efectos y atribuirle ciertas consecuencias en la jurisdicción penal que no se le adjudican en la jurisdicción civil: "al poder publico –explica Galli- le es dado asignar un distinto tratamiento a la culpa en una u otra jurisdicción, teniendo en cuenta los fines de protección social que debe ejercitar"[262]. La solución está –adoctrinaba Salvat actualizado por Galli- en consideración independiente de los efectos penales y los efectos civiles de la culpa. La sociedad se define en la medida que lo exige su seguridad y las victimas cuentan con la reparación amplia del ataque llevado a sus derechos. Los jueces que en una y otra jurisdicción protegen los bienes sociales o particulares, deben contar con potestad suficiente para apreciar, sin subordinación, la conducta dañosa del autor y ajustar al juicio que esa conducta le merezca, la decisión que reclama la defensa de los distintos bienes jurídicos protegidos. Entran en juego otros elementos que no pueden subordinarse a la pura naturaleza de la culpa[263]. Mosset Iturraspe señala que consecuentes con una visión unitaria del derecho afirma que la distinción entre culpa

[262] Cazeaux Pedro N., y Trigo Represas Félix A., en Compendio de Derecho de las Obligaciones, T° I, Editorial Librería Editora Platense S. R. L., La Plata año 1986, págs. 158/9.

[263] Salvat Raymundo M., Tratado de Derecho Civil, T° I, actualizado por Enrique V. Galli, Ed. TEA, Bs. As., año 1952, págs. 634/5.

penal y culpa civil carece de sentido. El concepto jurídico de culpa es común, unitario, en una y otra jurisdicción. No debemos confundir este tópico con el relativo a las diferencias ente responsabilidad civil y penal que a veces es involucrado en el afán de sumar discrepancias. Agrega que hemos tenido oportunidad de señalarlas en reiteradas ocasiones: al tratar la antijuridicidad, con motivo de la tipicidad de los delitos, de la posibilidad de delitos penales no dañosos, del fundamento de una y otra responsabilidad, del interés en juego, etc. , y volveremos en cada ocasión que se presente a insistir en las comparaciones, que estimamos de gran provecho. La cuestión se presenta como de suma importancia con relación a la decidida interdependencia entre la acción civil y penal, que demuestra el Código en los artículos 1.096 y siguientes. Afirma que Vélez sostuvo un criterio unitario en materia de culpa; reafirmado por la nota puesta al pie de los artículos 1.102 y 1.103, en la cual luego de aludir expresamente a que "no se podrá discutir de nuevo la cuestión de la culpabilidad" cuando ha sido decidida por el tribunal criminal, funda su postura en el afán de evitar "un escándalo jurídico, contrario a la razón y a la verdad[264]".

Doctrina dualista[265]. Según Kemelmajer de Carlucci y Parellada[266]- para la teoría dualista, las diferencias serían las que se expresan a continuación: **a) En cuanto a su**

---

[264] Mosset Iturraspe Jorge, en Responsabilidad por daños, T° I, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 1998, págs. 143/4.

[265] Expresan Cazeaux-Trigo Represas que: "Desde antiguo la Corte Suprema de la Nación, tiene declarado que: "La culpa civil es distinta en grado y naturaleza de la culpa penal" (Fallos 192:207). Para hacer esta distinción la Corte Suprema argumenta que en la culpa civil existe responsabilidad refleja, que el derecho penal no conoce, por ser la responsabilidad únicamente personal y además que la culpa

finalidad. Mientras la culpa penal del delincuente es razón para la aplicación de la pena, la civil es el factor subjetivo de atribución, o sea, la razón suficiente para imponer la obligación de soportar el daño causado. De esta aseveración verdadera, la doctrina dualista deriva que la culpa penal tiene por finalidad reprimir al agente; en cambio, la civil, reparar el daño causado. Se advierte que la diferencia indicada por la doctrina dualista no se refiere a la culpa civil y penal sino a la responsabilidad civil y penal. **b) En cuanto al grado.** La culpa más leve impone responsabilidad civil al autor del daño; en cambio, la culpa penal requiere una mayor gravedad. Esta afirmación también es cierta pues en los hechos, los jueces penales sólo condenan cuando la culpa tiene cierta entidad relevante, mientras que a los jueces civiles les basta la más mínima omisión de la diligencia debida; sin embargo, esto no significa que la culpa civil y la

---

puede no ser lo suficientemente clara y grave, para responsabilizar en lo penal y puede, sin embargo, configurar una falta o cuasidelito civil que lo haga incurrir en responsabilidad pecuniaria (Caso: "Solano c. Provincia de Bs. As."). Se podría agregar que en lo civil, las culpas, pueden compensarse, no así en lo penal". En igual sentido se ha expedido la Suprema Corte de la Provincia de Bs. As. (JA, 1945-IV-200; caso: "Suverviola c. Grossi", voto del doctor Julio Moreno Hueyo (AyS, serie 18, T, 10, pp. 331 y ss.), agregando modernamente que la culpa penal y la civil no se confunden porque se aprecian con criterio distinto, pudiendo afirmarse la segunda aunque se haya establecido la inexistencia de la primera (SCBA, 13/8/85, "Caprarella de Hernández Bardi, Beatriz Leonor c. Bocabella, José y otro", JA., 1988-III-496, La Ley, 1986-A-61 y ED, 118-256, ídem, 26/11/87, "Nievas Néstor c. Obregón Juan", AyS, 1987-V-244, ídem, 11/10/95, "Del Greco Alberto c. Álvarez de Ameijeiras Consuelo", AyS, 1995-III-757; ídem 25/3/97, "Méndez Arévalo J. c. Municipalidad de Salto y otros, DJBA 153-7, cits. en Compendio de Derecho de las Obligaciones, Ed. Librería Editora Platense S. R. L., La Plata, año 1986, pág. 159, y Trigo Represas y López Mesa, en el Tratado de la Responsabilidad Civil, T I., op. cit. pág. 726.

[266] Kemelmajer de Carlucci Aída y Parellada Carlos, op. cit. pág. 149/150.

penal sean distintas, sino que la culpa leve es razón suficiente para distribuir la obligación de responder pero no para aplicar una pena. Es justo que para reprimir se exija una mayor gravedad que para restablecer el equilibrio que el daño ha roto. **c) En cuanto a la manera de apreciarlas.** De las diferencias anteriormente señaladas se deriva que la culpa civil debe apreciarse con un criterio muy refinado, para no dejar a la víctima sin reparación; en cambio, no debe condenarse penalmente a un inocente, por lo que se es más benévolo para reprochar la conducta del autor. Aunque en los tribunales se procede de la manera descripta, no es difícil advertir que el modo de apreciación de la culpa no hace a la esencia de la misma. **d) En cuanto a la prueba.** En materia penal rige el principio de inocencia, por lo que en principio no existen presunciones de culpa. En materia civil, en cambio, con el fin de proteger a la víctima, la ley preve supuestos de presunción de culpa (por ej. El art. 1113, 2° párrafo, apartado 1, del Cód. Civ.). No puede confundirse la esencia de un hecho con el modo que se establece para probarlo. En conclusión, finalizan los autores parafraseados, que la culpa es, tanto civil como penalmente, la misma omisión de la diligencia debida, aunque tenga finalidades distintas, comprometa la responsabilidad según su diverso grado, se aprecie en forma más o menos severa y se presuma o no.

Esta problemática se vincula a la influencia del juicio formulado en sede penal sobre la resolución que debe adoptar el juez civil y su inversa (arts. 1.101/1.106 del Cód. Civ.).

En las jornadas Australes de Derecho, celebradas en Comodoro Rivadavia en 1980, se consideró como tema D: “Influencia del proceso penal sobre la acción de responsabilidad civil”, produciéndose los despachos siguientes: de lege lata,

Despacho A: 1. La sentencia condenatoria en el proceso penal hace cosa juzgada en el proceso civil en cuanto a la existencia del hecho principal, cuando la condena recae en relación a un delito material. 2. La sentencia condenatoria en el proceso penal no hace cosa juzgada en el proceso civil en cuanto a la existencia del hecho principal, cuando la condena recae en relación a un delito formal, esto es, que no requiere daño efectivo para su consumación. 3. La sentencia absolutoria sólo hace cosa juzgada en cuanto a la inexistencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído la absolución. 4. Se entiende por "hecho principal" aquel que se refiere exclusivamente a la existencia o inexistencia de los elementos que tipifican el delito que se imputa al procesado. Firmado: Morello, Bustamante Alsina, Alterini, Salas. Con reservas: Zannoni, Belluscio, Esteguy. Despacho B: 5. El art. 1.096 del Cód. Civ. en cuanto establece la independencia de las acciones civil y penal y la necesidad de promover la primera ante el juez civil, ha sido derogado parcialmente por el art. 29 del Cód. Penal, en la medida en que autoriza al juez penal a decidir el tema civil si media condena penal. 6. La adopción de la tesis procesalista que autoriza a decidir la cuestión civil por el juez penal, no obstante la absolución o el sobreseimiento, contradice los arts. 1.096 del Cód. Civ. y 29 del Cód. Penal, orientados a asegurar el derecho que acuerdan. 7. Las diferencias muy marcadas, en particular a partir de la reforma de 1968, entre responsabilidad civil y penal, hacen inconveniente la decisión por el juez penal de la cuestión civil. 8. La absolución en sede penal no impide, como regla, la investigación y el juzgamiento de la responsabilidad civil por el juez del fuero especifico. 9. Como excepción, la "inexistencia del hecho", vale decir del resultado o actividad, se puede señalar como una base común de irresponsabilidad. 10. La "existencia del hecho" sólo

comprende la materialidad del mismo y no alcanza a la condición de "autor", ni al "carácter delictivo". 11. La decisión sobre la culpabilidad hará cosa juzgada cuando el juez civil "recorra idéntico camino". No habrá cosa juzgada siempre que el juez civil penetre a "una esfera absoluta y exclusivamente civilista". Firmado: Jorge Mosset Iturraspe[267].

40.- Relación entre la acción civil y la penal

Un hecho ilícito puede al mismo tiempo, generar responsabilidad civil, por encontrarse reunidos todos los presupuestos legales de la sanción resarcitoria, y también ser punible desde el punto de vista penal, por configurar uno de los tipos incriminados por el Código Penal.

El Código Civil establece el principio de la independencia: "La indemnización del daño sólo puede ser demandada por la acción civil independiente de la acción criminal (art. 1.096 del Cód. Civ.). En su consecuencia, "la acción civil no se juzgará renunciada por no haber los ofendidos durante su vida intentado la acción criminal o por haber desistido de ella, no se entenderá que renunciaron a la acción criminal por haber intentado la acción civil o por haber desistido de ella"(art. 1.097, 1ra. parte del Cód. Civ.). Sin embargo, rige en nuestro ordenamiento jurídico el sistema de la acumulación, en razón de la modificación impuesta por el art. 29 del Cód. Penal, que confiere la opción para ejercer la acción civil en jurisdicción penal, al disponer que: "La sentencia condenatoria podrá ordenar: 1°) La reposición al estado

[267] Mosset Iturraspe Jorge, op. cit. págs. 145/6.

anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias; 2°) La indemnización del daño material y moral causado a la victima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba; 3°) El pago de las costas".

De manera pues, que la única jurisdicción competente para entender en la acción de indemnización por daños y perjuicios en los supuestos de delitos o cuasidelitos de carácter puramente civil, sería competente la justicia civil; empero cuando el ilícito es a su vez un delito penal (doloso o culposo) la jurisdicción criminal es la única competente para entender en la acción penal, sin embargo podrá serlo (a opción del damnificado) para entender asimismo en la acción civil resarcitoria. Sin perjuicio de esa posibilidad de acumulación (o unidad), existe asimismo una notoria interdependencia entre las acciones civil y penal, basada según Stiglitz-Echevesti (en Las relaciones entre la acción civil y criminal (Cap. XXII, en Responsabilidad Civil de Jorge Mosset Iturraspe y Aída Kemelmajer de Carlucci y otros (Ed. Hammurabi (año 1992), págs. 553 y ss.) en: a) La prioridad de la jurisdicción penal (influencia del juicio penal pendiente sobre el civil conforme art. 1.101 del Cód. Civ.). b) El predominio de la decisión penal (influencia de la sentencia penal sobre la civil) arts. 1.102 y 1103 del Cód. Civ. c) Las relaciones de prejudicialidad (art. 1.104 del Cód. Civ.). d) La renuncia de la acción civil o los convenios sobre la reparación de daños, importan

renuncia a la acción criminal (art. 1.097, 2da. parte, del Cód. Civ.)[268]. e) La querella criminal suspende la prescripción de la acción civil (art. 3982 bis, Cód. Civ.).

41.- Ejercicio de la acción en sede civil

Cuando la victima damnificada no opta por deducir la pretensión resarcitoria en sede penal, promoviéndola ante el juez en lo civil, se produce la

[268] Nos enseña Llambías que: 1º) La acción civil, de indemnización del daño nunca se ve afectada por cualquier acto del damnificado referente a la acción penal; 2º) la acción penal no se altera por la interposición aislada de la demanda resarcitoria, o por el desistimiento de dicha demanda sin renunciar al derecho articulado en ella; 3º) La acción penal de la que es titular la víctima queda renunciada tácitamente si ella renuncia a la indemnización o si hace transacción a ese respecto". (Llambías Jorge J., Cód. Civ. Anotado, Tº II-B, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., año 1984, pág. 395. Respecto a la renuncia a la acción civil o transacción la jurisprudencia se ha expedido de esta manera: a) "La parte final del art. 1.097 del Cód. Civ., sólo se aplica a los delitos de acción privada (C. Crim., J. A., 28-739)". b) "Las tratativas entre las partes para recuperar el dinero defraudado o la cosa sustraída, son insuficientes con respecto a la acción penal (C. Crim., JA 1966-III-318)". Agrega Llambías que es la doctrina correcta porque la restitución no se debe a título de indemnización por acto ilícito sino en virtud del dominio sobre los fondos defraudados o bienes sustraídos. Luego, aunque las tratativas se hubiesen concretado, no habrían estado comprendidas en la parte final del art. 1.097). Y finalmente en el supuesto de renuncia a la acción penal se ha fallado que: Iº) "La circunstancia de haber decidido el damnificado que no se denunciara a la autoridad policial el accidente de tránsito ocurrido, no importa renunciar a la acción civil (Civ., Sala C, LL, 115-790, 10.358-S)". IIº) "Si el damnificado ha renunciado a la acción penal no puede pretender intervenir en el proceso penal, trátese de un delito de acción pública o privada (S. T. de San Luis, JA, 1942-I-12)" (Doctrina correcta con relación al proceso penal, pero no está impedido ese damnificado para demandar el resarcimiento del daño ante la jurisdicción civil). (Llambías Jorge J., op. cit. págs. 395/6).

tramitación separada de ambos juicios. Esto es lo que acontece en la mayoría de los supuestos de acciones iniciadas con motivo de la comisión de hechos ilícitos en la práctica diaria judicial. De esta manera existe una notoria interdependencia, provocada especialmente en la prioridad de la jurisdicción penal (influencia del juicio penal pendiente sobre el civil (art. 1.1101 del Cód. Civ.) y el predominio de la decisión penal (influencia de la sentencia penal sobre la civil art. 1.101 y 1.103 del Cód. Civ.). Tales pronunciamientos se interrelacionan con el proceso civil cuando han sido anteriores a la sentencia del juez en lo civil; porque, en el supuesto inverso, "cualquiera que sea la sentencia posterior sobre la acción criminal, la sentencia anterior dada en el juicio civil pasada en autoridad de cosa juzgada, conservará todos sus efectos" (art. 1.106 del Cód. Civ.).

1°) Influencia del juicio penal pendiente sobre el civil. Regla general. Excepciones

Si la acción criminal hubiese precedido a la acción civil, o fuere intentada pendiente ésta, no habrá condenación en el juicio civil antes de la condenación del acusado en el juicio criminal (art. 1.101 1ra. parte del Cód. Civ.). La norma impide al juez civil dictar sentencia de fondo antes que recaiga sentencia en el juicio penal pendiente. De este modo el proceso continúa y recién se detiene en la etapa en que queda en condiciones para dictar sentencia, quedando entonces suspendido. Ello evita la posibilidad de sentencias contradictorias y se permite la concreción de la influencia del valor de la cosa juzgada de la sentencia penal sobre la civil. Sin embargo es el propio art. 1101 del Cód. Civil, que establece dos excepciones. A) Si hubiera fallecido el acusado antes de ser juzgada la acción criminal, en cuyo caso

la acción civil puede ser intentada o continuada contra los respectivos herederos. B) En caso de ausencia del acusado, en que la acción criminal no puede ser intentada o continuada. C) En general –dicen Alterini, Ameal y López Cabana[269]- según se interpreta, siempre que haya paralización temporaria o definitiva del proceso penal, verbigracia, por amnistía, prescripción, perdón del ofendido en su caso, etcétera.

Asimismo, según (Stiglitz-Echevesti, Las relaciones entre la acción civil y la criminal, en Responsabilidad Civil de Mosset Iturraspe y Kemelmajer de Carlucci (Ed. Hammurabi, 1992), págs. 556/7) se consideran excepciones al principio de la suspensión del dictado de la sentencia civil: 1º) La hipótesis de demencia sobreviniente del imputado, contemplada en las leyes procesales, por constituir un impedimento legal en torno a la acción penal, pero que no podría traducirse en perjuicio para el interés individual del damnificado (Mosset Iturraspe). 2º) Otros supuestos de paralización temporaria o definitiva del proceso penal: por ej., amnistía, indulto, prescripción de la acción penal (Alterini - Trigo Represas).

Cuando se produce una dilación en la tramitación del proceso penal "sine die" y en el juicio civil se encuentra suspendido el dictado de la sentencia a las resultas del pronunciamiento definitivo en sede penal, ha dicho la Corte Suprema de la Nación: "Las circunstancias fácticas demuestran muchas veces una dilación indefinida en el trámite que ocasiona agravio constitucional del derecho de defensa, produciendo

---

[269] Alterini-Ameal-López Cabana, op. cit. pág. 255, con cita de Silvestre N. O., "Falta de mérito y sobreseimiento dictado por vencimiento de los plazos de la instrucción penal. Efectos en el juicio civil de indemnización de daños", en La Ley, 1998-A-459.

una efectiva privación de justicia (CSJN, 20/11/73, LL, 154-85 (verdadero leading case), con nota aprobatoria de Bidart Campos, German J., en su monografía intitulada: "La duración razonable del proceso"; (conf. C. 1° Civ. y Com. Río Cuarto 1/12/81, ED, 97-593), y con un comentario laudatorio de Etkin, Alberto, "En torno al art. 1.101 del Cód. Civ. y los juicios por accidentes de tránsito". Son los casos cuando el proceso penal tramita durante varios años sin que se hubiese dictado sentencia de primera instancia. Es que las normas legales aun las imperativas y de orden público deben ser interpretadas razonablemente en función de las circunstancias particulares de cada caso en concreto, de los principios generales del ordenamiento jurídico y de las normas de jerarquía constitucional que le atañen. Por ello, toda vez que la pendencia del proceso penal sea de tal magnitud que impida en forma real el derecho de defensa en juicio de los derechos, cabe – a mi juicio- dictar sentencia civil aun cuando no haya recaído sentencia en sede penal.

2°) Influencia de la sentencia penal sobre la civil

2°. a) Sentencia penal condenatoria. Valor de cosa juzgada. Régimen del Código Civil

Después de la condenación del acusado en el juicio criminal, no se podrá contestar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituya el delito, ni impugnar la culpa del condenado (art. 1.102 del Cód. Civ.). De esta manera la sentencia penal condenatoria hace cosa juzgada respecto a sus constataciones sobre dos situaciones esenciales: a) La existencia del hecho principal que constituya el delito; y b) la culpa del condenado. Es decir que mediando condena en lo penal, la

sentencia civil no puede desconocer la existencia de la acción y la autoría. Son irreversibles las decisiones penales condenatorias, en cuanto a las demás circunstancias referentes al "hecho principal", como lugar y tiempo en que se produjo, etc., y en cuanto a la calificación que del mismo efectúa el juez penal (homicidio, etc.).

En síntesis si se dicta sentencia condenatoria en sede penal causa cosa juzgada sobre la responsabilidad en sede civil, y sólo se discute la extensión de la reparación y su cuantificación económica.

La doctrina entiende que la sentencia de condena dictada en sede penal no constituye obstáculo para que el juez en lo civil decida que hay culpa concurrente de la víctima, ni para que tenga plena libertad en la determinación del monto indemnizatorio. El art. 1.605, inc. 3° del Proyecto de Reformas al Código Civil del Poder Ejecutivo de 1993 autoriza el dictado de sentencia civil, aun pendiente el proceso penal, si la acción civil está fundada en factores objetivos de responsabilidad"[270].

2°. b) Sentencia penal absolutoria. Valor de la cosa juzgada. Régimen del Código Civil.

Después de la absolución del acusado, no se podrá tampoco alegar en el juicio civil, la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído la absolución (art. 1.103 del Cód. Civ.). En este caso rigen el artículo citado y el plenario

[270] Alterini-Ameal-López Cabana, op. cit. pág. 257.

de la Cámara Nacional en lo Civil del 2-IV-46 ("Amoruso c/ Casella", J. A., 1946-I-803), según el cual "La sentencia absolutoria recaída en el juicio criminal no hace cosa juzgada en el juicio civil (...) respecto a la culpa del autor del hecho en cuanto a su responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados"[271]. Cuando se decreta la absolución, por consiguiente, la sentencia penal: a) hace cosa juzgada en cuanto a la inexistencia del hecho (art. 1.103 del Cód. Civ.), empero: b) no la hace en cuanto a la inexistencia de culpa. De modo tal, el juez en lo civil estaría impedido de tener por cierto un hecho que el juez en lo criminal, al absolver, consideró inexistente; pero la absolución recaída por inexistencia de culpa (penal) no lo ata, y puede decidir que, no obstante, ha habido culpa (civil) del agente dañador demandado en concepto del resarcimiento de los daños y perjuicios causados. Va de suyo, que cuando la culpa resulta irrelevante para atribuir o imputar el deber de reparar –en los casos en que corresponde aplicar la responsabilidad objetiva, (ej.: del art. 1.113 del Cód. Civ.), nada obsta a que el juez en lo civil fije el monto indemnizatorio con prescindencia de esa absolución.

La sentencia penal absolutoria, a su vez puede ser en dos sentidos: 1°) si se decreta la absolución por no haber participado en el hecho causa cosa juzgada para la sede civil; 2°) si se comprueba la participación en el hecho, pero su conducta no alcanza a ser típicamente responsable, se puede volver a discutir en sede civil. En efecto puede ocurrir que declarado el imputado absuelto en el proceso penal y ser responsabilizado como culpable en sede civil. El criterio de los tribunales represivos es

[271] Alterini-Ameal- López Cabana, op. cit. pág. 257.

más estricto que el de los civiles y se admite que un mismo descuido o negligencia o imprudencia es insuficiente para originar una resolución en la justicia penal de privación de la libertad y en cambio es bastante para responsabilizar a su autor por el daño causado en sede civil, para lo cual ha de tenerse en cuenta el antiguo concepto proveniente del Derecho Romano según el cual una mínima culpa o culpa levísima esta suficiente para comprometer la responsabilidad aquiliana del autor del hecho.

2°. c) El sobreseimiento provisorio.

Un auto de sobreseimiento provisional, no implicaba de ningún modo la absolución del acusado sino simplemente ausencia de elementos comprobatorios de la culpabilidad penal, en nada influían –a mi juicio- sobre la cuestión del resarcimiento en materia civil. En el extremo opuesto no cabe duda del valor de la cosa juzgada que tiene la sentencia penal dictada en el proceso cuando se absuelve al acusado por inexistencia del hecho denunciado, o por falta de autoría moral del imputado con respecto a ese hecho investigado.

Sobre el "Quid" del sobreseimiento provisional explican -Alterini, Ameal y López Cabana[272]- que conforme al art. 335 de la ley 23.984, "el sobreseimiento cierra definitiva e irrevocablemente el proceso con relación al imputado a cuyo favor se dicta". Consiguientemente, al haber desaparecido del sistema la figura del sobreseimiento "provisional", han perdido vigencia las consideraciones acerca de sus virtualidades.

[272] Alterini-Ameal-López Cabana, op. cit. pág. 256.

2°. d) El sobreseimiento definitivo.

Es la resolución dictada por el juez penal por el cual se clausura el sumario por entender que no hay mérito para pasar la causa a la etapa siguiente del proceso criminal o sea el procedimiento contradictorio con intervención amplia del acusado así como del fiscal. Ahora bien, cuando el auto de sobreseimiento definitivo se funda en la inexistencia del hecho o en que el imputado no intervino en su producción, tal sobreseimiento definitivo es equiparable a la sentencia absolutoria a los efectos del art. 1.103 del Cód. Civ. por lo que hace cosa juzgada a favor del imputado, no pudiéndose declarar en sede civil que el hecho ha existido o que el imputado intervino en su producción.

Existe actualmente una pacífica jurisprudencia que afirma que el sobreseimiento definitivo no hace cosa juzgada en lo civil toda vez que no es equivalente a la sentencia absolutoria, en cuanto a sus efectos sobre la acción civil (Cám. Nac. Civ, en Pleno de la Capital Federal, 2/VI/46, autos: "Amoruso Miguel G. C/ Casella José L., J. A., T. 1946-I, p. 803; LL. 42, p. 156; Bustamante Alsina Jorge, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., año 1989, pág. 530). Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia Nacional declaró también que "no cabe tener por acreditado en el juicio civil lo resuelto por el sobreseimiento definitivo en el proceso criminal con el alcance del art. 1.103 del Cód. Civ., ya que la absolución es inconfundible con dicho sobreseimiento, que se dicta sin dejar al damnificado la oportunidad de ejercitar su derecho de defensa" (CSN, 25/XI/60, autos: "Quirós Mario c/ Gobierno Nacional, J. A., T. 14961-II, p. 566, cit. por Bustamante Alsina, op. cit. pág. 530). Respecto a esto último dijo Boffi Bogero, Ministro que integraba la Corte en esa época y en ese fallo, que: "el sobreseimiento definitivo se dicta antes de que el proceso llegue a plenario, lo que equivale a manifestar que el damnificado no ha tenido oportunidad de "ejercer el derecho de defensa",

consecuentemente, tener por acreditado en lo civil lo resuelto por el sobreseimiento definitivo con el alcance del precitado art. 1.103, entrañaría impedir en este aspecto el derecho de defensa de quien, como damnificado, tampoco pudo ejercerlo en la esfera criminal" (Bustamante Alsina Jorge, op. cit. págs. 530/1). Para la tesis mayoritaria (Orgaz, Salvat-Acuña Anzorena, De Gáspari-Morello, Trigo Represas, Borda, Bibiloni, Aguiar, Salas, Borda, Segovia) también favorecida por la jurisprudencia, el sobreseimiento definitivo nunca ejerce cosa juzgada sobre la sentencia civil que puede ser dictada libremente por el juez, en cualquier sentido (Doctrina citada por Llambías Jorge J., Cód. Civ. Anotado, Tº III-B., Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. Año 1984, pág. 409). El sobreseimiento definitivo dictado en la causa penal no tiene influencia ni hace cosa juzgada en sede civil por cuanto versa sobre la culpa del imputado, en cambio en sede civil cuando se le imputa la responsabilidad al dueño y/o guardián de la cosa riesgosa o peligrosa, la valoración que hace el juez penal de la conducta culposa del imputado al sobreseerlo definitivamente, dista diametralmente –en forma opuesta- a la valoración y consideración por el juez civil de la aplicación de la teoría del riesgo creado del art. 1.113 del Cód. Civ.

Cuando se decreta el sobreseimiento del imputado no hace cosa juzgada en cuanto a la inexistencia de culpa. De modo tal que el sobreseimiento recaído por inexistencia de culpa (penal) no ata al juez en lo civil, y puede decidir que, no obstante, ha habido culpa (civil) del agente dañador demandado en concepto del resarcimiento de daños y perjuicios causados. Va de suyo, que cuando la culpa resulta irrelevante para atribuir o imputar el deber de reparar –en los casos en que corresponde aplicar la responsabilidad objetiva (art. 1.113 del Cód. Civ.), nada obsta a que el juez en lo civil fije el monto indemnizatorio con prescindencia de ese sobreseimiento definitivo. Resulta que el criterio de los tribunales represivos es más estricto que el de los civiles y se admite que un mismo descuido o negligencia o imprudencia es insuficiente para originar una resolución en la justicia penal de privación de la libertad y en cambio es bastante para responsabilizar a su autor por el daño causado en sede civil, para lo cual ha de tenerse en cuenta el antiguo concepto proveniente del Derecho Romano, según el cual la mínima culpa o culpa levísima esta suficiente para comprometer la responsabilidad aquiliana del autor del hecho.

Si el sobreseimiento definitivo no tiene efecto sobre la acción civil, menos lo ha de tener el provisional que deja el juicio abierto hasta la aparición de nuevos datos o elementos probatorios. Por iguales razones, carece de efecto sobre la acción civil un sobreseimiento que se funda en la inimputabilidad y no en la inexistencia del hecho, ni el auto que dispone el archivo de las actuaciones por no existir mérito para la formación del proceso o por no poderse individualizar a los autores (Bustamante Alsina Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil (Abeledo-Perrot l989, p. 531).

Nos enseñan Alterini, Ameal y López Cabana[273] que la inoperancia del sobreseimiento versa sobre: (1) el hecho criminal, y (2) la culpa del sobreseído. De tal manera el juez en lo civil queda en plena libertad para decidir que hubo tal hecho, y que existió culpa del demandado, con independencia de lo resuelto por el juez del crimen, es decir que el sobreseimiento definitivo no hace cosa juzgada en absoluto. No obstante, la jurisprudencia estima que el sobreseimiento implica una presunción de inocencia, que debe ser destruida por prueba concluyente rendida en sede civil, y que en principio es improcedente pretender una sentencia que condene a pagar indemnización si no son aportados elementos de juicio distintos de los ponderados por el juez penal.

En doctrina se ha cuestionado el acierto de aquella solución (Galli, Morello, Llambías y Núñez) cuando el sobreseimiento recae por inexistencia del hecho, o de autoría por parte del sobreseído (conf. art. 336, incs. 2° y 4° de la ley 23.984), en estos casos habría un escándalo jurídico si el juez en lo civil pudiera tener

[273] Alterini, Ameal y López Cabana, op. cit. pág. 258.

por autor del hecho –verbigracia- a quinen fue sobreseído por el juez en lo penal en virtud de que éste no lo consideró autor de dicho hecho[274].

42.- Influencia de la sentencia civil sobre la penal. Regla general. Cuestiones prejudiciales

a) Incidencia de la acción civil. Principio. En principio la sentencia del juicio civil sobre el hecho no influirá en el juicio criminal, ni impedirá ninguna acción criminal posterior, intentada sobre el mismo hecho, o sobre otro que con él tenga relación (art. 1.105 del Cód. Civ.).

b) Cuestiones prejudiciales. Ciertas cuestiones son prejudiciales respecto de la acción criminal y constituyen una limitación al principio expresado puesto que ellas deben ser decididas antes de que sea viable el proceso penal, pues el art. 1.105 del Código Civil expresa que con excepción de los dos casos anteriores –se refiere al art. 1.104 del mismo ordenamiento legal, o de otros que sean exceptuados expresamente, la sentencia del juicio civil sobre el hecho no influirá en el juicio criminal. De allí, que conforme este último precepto: "si la acción criminal dependiese de cuestiones prejudiciales, cuya decisión compete exclusivamente al juicio civil, no habrá condenación en el juicio criminal, antes que la sentencia civil hubiere pasado en cosa juzgada".

Las cuestiones prejudiciales, en los términos de este precepto legal en estudio son: 1°) Las que versan sobre la validez o nulidad de los matrimonios, la cual es decisiva, por ejemplo para juzgar la existencia o inexistencia de bigamia (art. 1.104

[274] Alterini, Ameal y López Cabana, op. cit. pág. 258.

inc. 1° del Cód. Civ.). 2°) Las que versan sobre la calificación de las quiebras de los comerciantes (art. 1.104 inc. 2° del Cód. Civ.), sin embargo esto ha perdido vigencia, pues la ley 24.522 ha suprimido tales calificaciones.

En estos casos el juicio penal puede ser tramitado, pero no puede en el mismo dictarse sentencia definitiva, por cuanto el legislador ha considerado indispensable que previamente se resolviera la cuestión prejudicial, de la cual depende la existencia o inexistencia del delito (Trigo Represas)[275]. Otra postura sostiene que las cuestiones prejudiciales impiden la "iniciación" del juicio penal (Alterini)[276].

Finalmente el (art. 1.106 del Cód. Civ.) dispone que cualquiera que sea la sentencia posterior sobre la acción criminal, la sentencia anterior dada en el juicio civil pasada en cosa juzgada, conservará sus efectos.

c) Supuestos especiales. La sentencia civil sobre demencia y su cesación.

Dispone el art. 151 del Cód. Civ., que la sentencia sobre demencia y su cesación, sólo hacen cosa juzgada en el juicio civil, para los efectos declarados en este Código; más no en juicio criminal, para excluir una imputación de delitos o dar lugar a condenaciones. Y por el art. 152 del Cód. Civ., tampoco constituye cosa juzgada en el juicio civil, para los efectos de que se trata en los artículos precedentes, cualquier

---

[275] Stiglitz Gabriel A., Echevesti Carlos A., Capítulo XXII, Las relaciones entre la acción civil y la criminal, en la obra colectiva, bajo la Dirección de Jorge Mosset Iturraspe y la Coordinación de Aída Kemelmajer de Carlucci, Ed. Hammurabi, Bs. As. 1992,.pág. 563.

[276] Alterini, Ameal y López Cabana, op. cit. pág. 256, donde sostienen que: *"Debe ser señalado que, no obstante que el art. 1.104 alude a la "condenación" criminal, la jurisprudencia entiende que, habiendo cuestiones prejudiciales no decididas, se impide lisa y llanamente la iniciación del proceso".*

sentencia en un juicio criminal que no hubiese hecho lugar a la acusación por motivo de la demencia del acusado, o que lo hubiese condenado como si no fuese demente el procesado.

Preliminarmente corresponde destacar que en los arts. 1.202 y 1.203 el Codificador estableció los principios que rigen la aplicación de la regla de la cosa juzgada entre los juicios civiles y criminales, como preceptos jurídicos generales. En los artículos materia de estudio, el Código sienta reglas especiales para cuando el objeto del pronunciamiento judicial –sea civil o criminal- es la comprobación y declaración de la demencia de una persona. De modo tal, que interesa aclarar que en tanto los dos primeros artículos citados contemplan exclusivamente el efecto de la sentencia penal en el proceso civil; en las normas que son objeto de estudio en este acápite, se contempla, además, el efecto del pronunciamiento civil en el proceso penal.

c) I.- Efectos de la sentencia civil en el proceso penal.

La razón y el fundamento del principio de independencia estatuido en el art. 151, se basa considerando que en el juicio criminal se investiga la comisión de un delito determinado que requiere, por lo tanto, establecer la situación de discernimiento del autor del hecho al momento de su ejecución, mientras que en el proceso de insania o rehabilitación se trata de comprobar su aptitud para realizar actos futuros. En buena medida, -refiere Tobias[277]- que el principio es consecuencia de la distinción entre capacidad e imputabilidad y se relaciona también con la cuestión de los intervalos

[277] Tobias José W., en la obra colectiva, bajo la dirección de Alberto J. Bueres, y la coordinación de Elena I. Highton, Código Civil, T° 1, análisis doctrinario y jurisprudencial, Ed. Hammurabi, Bs. As., año 1995, págs. 742 y 743.

lúcidos. Puede suceder que un interdicto por insania sea responsable penalmente de la ejecución de un delito por haber recobrado la razón sin haber sido rehabilitado o por haber actuado en un intervalo lúcido y, a la inversa, que un demente de hecho –y por ende capaz- sea irresponsable penalmente si cometió el acto criminoso con ausencia de discernimiento[278].

c) II.- Efectos de la sentencia penal en el proceso civil.

Establece el art. 152 el principio de que la apreciación hecha por el juez penal acerca de la condición mental del agente en el momento del hecho, no produce efectos en el juicio civil, ya sea que lo absuelva o lo condene. Su fundamento es el mismo al que se refiere el parágrafo anterior al que corresponde remitirse. El precepto legal es acotado, pues se limita a determinar la ausencia de efectos de la sentencia criminal "para los efectos de que se trata en los artículos precedentes", y que "in-concreto" se refieren a los juicios de interdicción y rehabilitación. Sin embargo, se entiende que la solución debe extenderse por analogía a cualquier otro juicio en que se dilucide el estado de demencia, como la nulidad de un matrimonio o una escritura pública[279]. Como consecuencia de esta interpretación la doctrina judicial tiene declarado que la sentencia criminal que absuelve al procesado por causal de ebriedad consuetudinaria, no puede oponerse como prueba de incapacidad por demencia para

---

[278] Art. 34 del Cód. Penal: "No son punibles: Inc. 1° "El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones".

[279] Tobias José W., op. cit. pág. 743.

impugnar la validez de una escritura publica (CFed. La Plata, 29/2/32, JA, 37-603)[280]. Por su parte, -postula Tobias[281]- que la extensión analógica debe ser analizada con reservas: puede ser aceptada si se entiende referida a un hecho o acto distinto del que fue objeto del pronunciamiento penal. Muy distinta se presenta la situación cuando en el proceso civil la pretensión se sustenta en el mismo hecho que fue objeto del pronunciamiento en el fuero penal; es que una interpretación analógica o extensiva de una regla especial no puede privar de virtualidad a la regla general (arts. 1.102 y 1.103). Así por ejemplo, si penalmente se declara la culpabilidad del imputado por haber actuado en un intervalo lúcido o con discernimiento, la cuestión no puede ser revisada en la sede civil en donde se demandan los daños y perjuicios (art. 1.102)[282]. Ahora, si la sentencia penal ha sido absolutoria porque se ha establecido la alteración de las facultades mentales en el momento del hecho, tampoco podrá mediar condena por ese hecho en el juicio civil fundado en la existencia del discernimiento, ello sin perjuicio -acota Tobias[283]- de la aplicación de la responsabilidad directa de los representantes legales (art. 1.114 y ss. del Cód. Civ.) y la reparación de equidad del (art. 907 del Cód. Civ.).

---

[280] Fallo citado por Rivera Julio César, en la obra colectiva bajo la dirección de Augusto C. Belluscio y la coordinación de Eduardo A. Zannoni, Código Civil, comentado y concordado, T° I, Ed. Astrea, Bs. As., año 1988, pág. 582.

[281] Tobias José W., op. cit. pág. 743.

[282] Kemelmajer de Carlucci, Aída, en la obra colectiva bajo la dirección de Belluscio Cesar A., y Zannoni Eduardo, Código Civil, Comentado y anotado, T° 5, Ed. Astrea, Bs. As. año 1990, pág. 50.

[283] Tobias José W., op. cit. pág. 743.

a) Indignidad. De acuerdo al art. 3291 del Cód Civ. son incapaces de suceder como indignos, los condenados en juicio por delito o tentativa de homicidio contra la persona de cuya sucesión se trate, o de su cónyuge, o contra sus descendientes, o como cómplice del autor directo del hecho. Esta causa de indignidad no puede ser cubierta, ni por gracia acordada al criminal, ni por la prescripción de la pena. La palabra *"cómplice"* usada por el artículo de referencia debe entenderse *"latu sensu"*, no solo comprensiva del que cooperó en la consumación del delito, sino también del que lo instigó, puesto que ambos se consideran partícipes en el crimen (art. 45 del Cód. Penal[284]). También el encubridor se hace pasible de indignidad; esta hipótesis se vincula muy estrechamente con la prevista en el art. 3292 del Cód. Civ.[285].

b) Requisito de condena criminal. Recordaba el Dr. Borda que la indignidad no puede ser impuesta sin que medie una condena en juicio penal (art. 3291). No cabe duda que la norma alude a la sentencia dictada por los tribunales del crimen, que constituye, por tanto, la condición legal previa para imponer la sanción civil de que

---

[284] Art. 45 del Cód. Penal: "Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo". Art. 46 del Cód. Penal: "Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito disminuida de un tercio a la mitad".

[285] Art. 3292 del Cód. Civ.: "Es también indigno de suceder, el heredero mayor de edad que es sabedor de la muerte violenta del autor de la sucesión y que no la denuncia a los jueces en el término de un mes, cuando sobre ella no hubiese procedido de oficio. Si los homicidas fuesen ascendientes o descendientes, marido o mujer, o hermanos del heredero, cesará en éste la obligación de denunciar.

tratamos[286]. Maffía señala que de igual forma, se incurre en ella en los casos de eutanasia, en la muerte producida con consentimiento de la víctima y en la ayuda al suicidio[287]. En cuanto al delito, la norma en estudio presupone una condena penal firme, de allí que interesa considerar la situación planteada en la hipótesis de que el acusado se hallare prófugo o falleciere antes de recaer sentencia criminal, la que no podrá entonces dictarse. Un sector de la doctrina opina que en estos casos sería aplicable, por analogía, lo previsto por el art. 1.101 del Cód. Civ., que autoriza al juez civil -en iguales supuestos- a dictar el fallo. Sin embargo advierte Maffía, que "el principio de justicia" que envuelve la proposición, ella no puede admitirse frente al texto preciso del art. 3291, robustecido por sus fuentes y por las explicaciones que trae la nota respectiva. La parte final del artículo establece que la causa de indignidad no puede ser cubierta ni por gracia otorgada al criminal ni por la prescripción de la pena. En ambos supuestos la culpabilidad existe, con abstracción de que mediante un indulto o por el trascurso del tiempo se exima al victimario de la pena[288]. Por su parte Borda[289] decía, que hay acuerdo casi general en que la exigencia de la condena lleva implícita la imposibilidad de excluir de la herencia al criminal que ha fallecido durante el proceso, puesto que la acción penal se extingue contra él (art. 59, inc. 1°, del Cód. Penal); al que ha fugado o ha sido declarado demente, porque en estos casos, si bien continúa el

---

[286] Borda Guillermo A., Manual de Sucesiones, con la colaboración de Federico J. M. Peltzer 4ta. edición, Editorial Perrot, Bs. As., año 1970, pág. 48.

[287] Maffia Jorge O., Manual de Derecho Sucesorio, T° I, Ediciones Depalma, Bs. As. año 1980, pág. 77.

[288] Maffía, Jorge O., op. cit. pág. 78.

[289] Borda Guillermo A., op. cit. págs. 48/49.

sumario, una vez concluido, la causa debe suspenderse hasta que sea hallado o recobre el uso de razón; lo mismo ocurre en caso de prescripción de la acción penal. Vélez al adoptar esta solución, se inspiró en el art. 727 del Cód. Civ. francés, que reaccionó contra la extensión excesiva de las indignidades en el derecho romano. Acota el parafraseado jurista que no cabe duda que el sistema del Código, demasiado estricto, no consulta el sistema de la justicia y del buen sentido. Lo común es que el pronunciamiento criminal debe preceder al civil y que este no podría contradecirlo y hallar culpable a quien ha sido absuelto, sin crear una anarquía intolerable y una contradicción incompatible con una ordenada administración de justicia. Pero cuando la acción penal se hubiera extinguido por fallecimiento del presunto delincuente o se suspendiera el proceso por su fuga o demencia, no se ve razón suficientemente seria como para impedir que los jueces civiles decidan si ha habido o no homicidio. Es ésta la solución que nuestro propio Código establece para el caso de indemnización de los daños causados por delitos (art. 1.101 del Cód. Civ.) y la que prevalece la hipótesis de indignidad, en los Códigos modernos.

c) Indulto y prescripción de la pena. El art. 3291 del Cód. Civ. tiene previsto que la indignidad no puede ser purgada ni por gracia acordada al criminal ni por prescripción de la pena. En el primer caso se contempla la posibilidad de que un indulto o amnistía dejen en libertad al reo. Tales actos borran la pena, pero no el delito. Este fue comprobado judicialmente y ha sido declarado culpable el delincuente. Lo mismo sucede cuando se prescribe la pena. Sería pues una inmoralidad que gozara de la herencia aquél que cometió el delito criminal, por más que se lo haya eximido de la pena.

Finalmente y siempre con referencia al art. 3291 en que el autor del delito de homicidio, o de su tentativa y el cómplice son- en ciertos casos- indignos para suceder, se preguntan Alterini, Ameal y López Cabana- ¿Qué ocurre si, con ulterioridad a la condena criminal de la que deriva la causal de indignidad, esa condena es revista?. Por aplicación del art. 1.106 del Cód. Civ., tal modificación de la condena es irrelevante en sede civil; es decir, el que fue declarado indigno no recupera su aptitud para heredar. Bibiloni, en su Anteproyecto, previó, en cambio, que en tal situación deben cesar los efectos de la cosa juzgada civil respecto de la indignidad[290].

43.- Ley de propiedad intelectual número 11.723. El sistema de independencia de las acciones.

El sistema de independencia de las acciones civil y criminal está previsto en el art. 77 de la ley nro. 11.723 de propiedad intelectual, al disponer que tanto el juicio civil, como el criminal, sin independientes y sus resoluciones definitivas no se afectan. Las partes solo podrán usar en defensa de sus derechos las pruebas instrumentales del otro juicio, las confesiones y los peritajes, comprendido el fallo del jurado, más nunca las sentencias de los jueces respectivos. La norma anotada excluye la aplicabilidad del Cód. Civ., arts. 1.101, 1.102 y 1.103, en los juicios que versen sobre derechos intelectuales (CCiv. 1ra, 19/5/39, J. A. 66-559)[291]. También se ha sentenciado que aunque se rechaza la acumulación de las acciones civil y penal, y la

[290] Alterini-Ameal-López Cabana, op. cit. pág. 258.

[291] Salas Acdeel Ernesto y Trigo Represas Félix A., Código Civil y leyes complementarias, anotados, T° III, Ediciones Depalma, Bs. As. 1980, Pág. 443.

autoridad de cosa juzgada, este precepto no impide que se puedan usar las pruebas ya producidas sea en el juicio civil de plagio o en el criminal por defraudación (CCiv. 1ra. 10/4/48, L. L. 33-719)[292].

[292] Salas y Trigo Represas, op. cit. pág. 443.

CAPÍTULO V.-

CONTINÚAN LAS DISTINTAS CATEGORIZACIONES DE LA CULPA.

44.- Culpa precontractual y culpa "in contrahendo". Concepto. Aplicaciones legales. Visión jurisprudencial sobre el tema. 45.- Culpa en la ejecución contractual. 45 a) Incumplimiento absoluto o total. 45 b) Incumplimiento relativo. 45 c) Incumplimiento parcial. 45 d) Cumplimiento defectuoso no ignorado por el acreedor. 45 e) Cumplimiento defectuoso ignorado por el acreedor. 46.- El incumplimiento de las obligaciones accesorias: ¿autoriza la resolución del contrato?. 47.- Efectos especiales del incumplimiento en la ley de defensa del consumidor (art. 10 bis, ley 24.240 reformada por la ley 26.361). 48.- Resolución del contrato por mora y la culpa presumida del deudor. Los supuestos de que la carga de la prueba de la culpa del deudor le incumbe al acreedor. 49.- La culpa o el dolo como elemento de la mora. Su importancia y relevancia jurídica para la resolución contractual. 50.- La culpa del que ha dejado de cumplir. 51.- Falta de culpa de quien pretende la resolución. 52.- Culpa post-contractual. 53.- Culpa "in eligendo" e "in vigilando". Culpa "in eligendo", concepto: Culpa "in vigilando", concepto. Visión jurisprudencial. 54.- Culpa del acreedor. 55.- Culpa recíproca. 56.- Culpa concurrente en la relación contractual. Concepto. 57.- Sistemas de distribución de la responsabilidad frente a la culpa concurrente. Visión jurisprudencial. 58.- La culpa concurrente en los hechos ilícitos. 59.- Sistema de distribución de las responsabilidades, denominado: "criterio de la influencia causal de cada culpa". 59 a) Visión jurisprudencial: Concurrencia de culpas

simultáneas y sucesivas. 60.- El supuesto de los daños recíprocos por culpa concurrente de las partes en la misma proporción. 61.-Concurrencia de la culpa probada con la presunción de responsabilidad objetiva por riesgo de la cosa. 62.- Concurrencia del dolo del agente con la culpa de la propia víctima. 63.- El dolo de los auxiliares dependientes que concurre con la culpa de la propia víctima. 64.- Culpa exclusiva de la víctima. Condiciones. 65.- La culpa del tercero por el cual no se debe responder. Culpa (hecho) del tercero y culpa del demandado. 66.- Triple culpa concurrente: del damnificado, del demandado y del tercero. Contribución entre los corresponsables. 67.- Concurrencia de la culpa del tercero con el riesgo creado por el demandado. 68.- Conjunción de culpa y "casus". 68 a) Visión jurisprudencial sobre el tema.

44.- Culpa precontractual y culpa "in contrahendo". Concepto. Aplicaciones legales. Visión jurisprudencial sobre el tema.

Muchas veces existen tratativas previas a la formación del contrato, sobre todo durante el camino o "iter" de la celebración de esos contratos que pueden ser importantes y suponen gestiones, tareas preparatorias, trabajaos y gastos, que en principio tales trabajos preliminares y gastos corren por cuenta de la parte que lo ha hecho, pues actúa en su propio interés y asume por propia determinación el riesgo propio del fracaso de las tratativas, pues la otra parte todavía no ha dado su consentimiento. Pero a veces –enseñaba Borda[293]- las tratativas avanzan más de lo

[293] Borda Guillermo A., Manual de obligaciones, Ed. Perrot, Bs. As. año 1966, pág. 81.

corriente; las conversaciones previas hacen concebir a una de las partes legitimas esperanzas de que el contrato será concluido; en ese momento, la otra desiste intempestivamente y sin ninguna razón vinculada con el negocio mismo, de las negociaciones. Esto es lo que en doctrina se llama culpa precontractual. Sin embargo algunos autores (Saleilles, Fagella) distinguen entre culpa precontractual propiamente dicha y culpa "in contrahendo"; y sin duda, la distinción es conceptualmente posible. Resulta que la primera se refiere a la ruptura intempestiva de las tratativas, mientras éstas se han mantenido en el plano de tales. La segunda alude a una etapa más avanzada; exige la formalización de un contrato (luego anulado por culpa de una de las partes) o, por lo menos, la oferta de un contrato. Por ello se habla de culpa "in contrahendo", es decir, de aquella en que se incurre en el momento en que el contrato se contrae o se propone.

Borda y Llambías opinan que esta distinción es excesivamente sutil y la distinción no se justifica, pues sería preferible usar la expresión culpa precontractual para designar a toda aquella que origina una responsabilidad que no nace del contrato en sí mismo (pues de surgir de él, sería contractual), sino de las etapas previas a su formación. Hay en ese comportamiento un abuso de la libertad de no contratar, que es una especie del género abuso del derecho. Aunque los negociadores no estén unidos todavía por un contrato y tengan el derecho a poner fin a las tratativas, deben actuar

con lealtad y buena fe; nadie está obligado a contratar, pero sí a impedir que la propia conducta irregular cause el daño ajeno[294].

De esta manera queda precisada la naturaleza de la responsabilidad que estudiamos. En efecto no se trata de responsabilidad contractual porque aún no hay contrato formado. La responsabilidad objeto de análisis es extracontractual o aquiliana, y la obligación de indemnizar existe porque se dan todos los elementos y presupuestos constitutivos del hecho ilícito, a saber: a) Hay un hecho antijurídico reprobado por todo el ordenamiento legal en sentido material, que no admite que se cause daño a otro; b) Hay un daño causado o producido; c) Hay una relación de causalidad adecuada existente entre el hecho propio o el comportamiento o conducta humana antijurídica, idónea y con aptitud de causar o producir como consecuencia un resultado dañoso (es decir el nexo de causa – efecto), según el curso natural y ordinario de las cosas (art. 901 y 906 del Cód. Civ.) y de conformidad con la experiencia de la vida diaria o con mayor precisión o rigurosidad científica jurídica, es decir de conformidad a las máximas de experiencia del Juez; d) Hay una relación de causalidad moral o imputabilidad a titulo de culpa o dolo al agente dañador o entre el agente y el hecho obrado.

El deudor responsable debe resarcir el daño al "interés negativo" del acreedor. En su caso debe indemnizar al acreedor los gastos efectuados (daño emergente), la ganancia frustrada (lucro cesante), es decir compensarle la pérdida de

---

[294] Borda Guillermo A., Manual de Obligaciones, Editorial Perrot, Bs. As., año 1966, págs. 81 y 82. Llambías Jorge Joaquín, Código Civil Anotado, Doctrina-Jurisprudencia, T° A II, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. año 1983, pág. 120.

probabilidad (chance) de ganancia, que habría podido concretar si hubiese encarado otro negocio, que fue dejado de lado con motivo del que estaba pendiente de conclusión y que se frustró.

Aplicaciones legales. En nuestro derecho positivo son casos de culpa "in-contrahendo", los supuestos que corresponden a la responsabilidad derivada de la retractación injusta de la oferta o de la aceptación (arts. 1.150 a 1156 del Cód. Civ.)[295] [296], o de la promesa del hecho de un tercero o la venta de cosa ajena y que no presta su

---

[295] La ley de Defensa del consumidor 24.240, reformada por ley 26.361, prevé un régimen especial de condiciones de la oferta y venta. (Art. 7) Oferta. La oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, como así también sus modalidades, condiciones o limitaciones. La revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer. La no efectivización de la oferta será considerada negativa o restricción injustificada de venta, pasibles de las sanciones previstas en el art. 47 de esta ley (párrafo incorporado por la ley 26.361, art. 5). (Art. 8) Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor.

[296] La ley de Defensa del Consumidor nro. 24.240 modificada por la ley 26.361 regula los supuestos especiales de venta domiciliaria por correspondencia y otras. (Art. 32) Venta domiciliaria. Es la oferta o propuesta de venta de un bien o prestación de un servicio efectuada al consumidor fuera del establecimiento del proveedor. También se considerará comprendida dentro de la venta domiciliaria o directa aquella contratación que resulte de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio. El contrato debe ser instrumentado por escrito y con las precisiones establecidas en los arts. 10 y 34 de la presente ley. Lo dispuesto precedentemente no

conformidad (arts. 1163 y 1177 del Cód. Civ.), o de enajenación de cosas ajenas (art. 1.329 del Cód. Civ.), la venta de cosas inexistentes al tiempo de formarse el contrato (art. 1.328 del Cód. Civ.), la venta de cosa total o parcialmente ajena (arts. 1.329 y 1.330 del Cód. Civ.), el contrato celebrado por el "falsus procurator" no ratificado por el interesado (arts. 1.161 y 1.163 del Cód .Civ.).

Por ello afirmaba Rezzónico[297] que el aceptante que ignora la retractación oportuna del proponente y que ha hecho gastos en mira del contrato proyectado, tiene derecho a una indemnización (arts. 1149 y 1156 del Cód. Civ.); el que ofrece la entrega de una cosa está obligado a indemnizar si la cosa había dejado de existir cuando la aceptación se produce (art. 1172 del Cód. Civ.); el que vende una cosa que resulta ser ajena, aunque sea de buena fe debe satisfacer al comprador las pérdidas e intereses (art. 1329 del Cód. Civ.).

---

es aplicable a la compraventa de bienes perecederos recibidos por el consumidor y abonados al contado. (Art. 33) Venta por correspondencia y otras. Es aquella en que la propuesta se efectúa por medio postal, telecomunicaciones, electrónico o similar y la respuesta a la misma se realiza por iguales medios. (Art. 34). Revocación de la aceptación. En los casos previstos por los arts. 32 y 33 de la presente ley el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de diez días corridos contados a partir de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, lo último que ocurre primero, sin responsabilidad alguna. Esta facultad no puede ser dispensada ni renunciada. El vendedor debe informar por escrito al consumidor de esta facultad de revocación en todo documento que con motivo de venta le sea presentado al consumidor. Tal información debe ser incluida en forma clara y notoria. El consumidor debe poner el bien a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de este último.

[297] Rezzónico Luis María, Estudio de Las Obligaciones en nuestro Derecho Civil, op. cit., pág. 96.

Visión jurisprudencial sobre el tema. "Se ha llegado a derivar de la circunstancia del comienzo de los actos preparatorios de un contrato una relación de confianza análoga a la contractual y que obliga a los interesados a observar la diligencia necesaria imponiéndoles ciertos deberes de comunicación, de explicación y de conservación. Esta responsabilidad es totalmente independiente de que los actos preparatorios terminen o no en la conclusión del contrato o que al menos se concreten en alguna oferta determinada" [298].

"Si pese a no haberse llegado a constituir una relación contractual, las tratativas previas habían avanzado sustancialmente como para comprometer la responsabilidad de una de las partes por la ruptura inmotivada de conversaciones que habían hecho nacer en la otra parte legítima expectativa de que el encargo habría de consumarse, se está ante un supuesto de responsabilidad extracontractual proveniente de la culpa "in contrahendo" (C. Civ., Sala A, ED 38-143, JA 1965-IV-301; íd. Sala B, ED 38-150; C. Com. Sala B, LL 75-239, JA 1954-II-88)" [299].

Se resolvió: "que la ruptura intempestiva de las tratativas precontractuales impone la obligación de resarcir los gastos hechos con motivo de aquellas, así como el costo real del trabajo preparatorio efectivamente realizado,

---

[298] Enneccerus, Oblig., I, pág. 225. Ver Corte Apel. Berna (Suiza) , 1° de feb. 1946, La Ley, 48-1.039, cits. por Busso Eduardo B., Código Civil Anotado, con la colaboración en las materias contenidas en este volumen de los doctores: José María López Olaciregui, Manuel Arauz Castex, Ernesto Krotoschin y Víctor Neppi, T° III, Obligaciones, Ed. Ediar Soc. Anóm. Editores, Bs. As. 1949, págs. 285 y 286.

[299] Citado por Llambías Jorge Joaquín, Código Civil Anotado, T° II A, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1983, págs. 122/123.

incluso los sueldos e indemnizaciones al personal que se había contratado y que se tuvo que despedir"(Cám. Nac. Apel. Com. Cap. La Ley, julio 27/954)" [300].

"Cuando el vendedor, cuyo apoderado ha suscripto un boleto provisorio de compraventa de un inmueble a canjearse en el preciso lapso de 10 días, se niega inmotivadamente al canje, incurre en culpa "in contrahendo" que lo obliga a reparar el "interés negativo" del comprador, comprensivo en el caso de la suma satisfecha en calidad de seña, y el monto de la comisión pagada al martillero, pero no de otras erogaciones que no fueron comprobadas (C. Civ. Sala A, LL 99-35, JA 1960-IV-83; id. LL 100-573, JA 1961-II-119)" [301].

"Cuando la vendedora que suscribe el boleto de compraventa, por sí y por su hijo menor bajo su potestad, obligándose a obtener la pertinente autorización judicial, omite agotar todos los medios para conseguir dicha autorización incurre en culpa "in contrahendo" (C. Civ., Sala C, ED. 38-121)"[302].

45.- Culpa en la ejecución contractual

El deudor no sólo está obligado a cumplir la prestación a su cargo, que es el objeto de la obligación (arts. 496 y 953 del Cód. Civ.) que puede consistir en una obligación de dar, de hacer o de no hacer (art. 495 y sus concs. los arts. 1.167, 1.168, 1.169, 1.170, 1.173, 1.174, del Cód. Civ.), que es lo que formalmente está expresado y convenido en los contratos (art. 1.197 del Cód. Civ.) y se dá dentro de la época o período de ejecución del contrato o dentro de la etapa de cumplimiento del contrato,

[300] Rezzónico Luis María, op. cit. pág. 96.

[301] Llambías Jorge J., op. cit. pág. 123.

[302] Llambías Jorge J., op. cit. pág. 123.

sino que también asume todas las consecuencias virtualmente comprensivas en la obligación (art. 1.198 del Cód. Civ.), de allí que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. Tal es así, que en el mismo orden de ideas, el art. 575 del Cód. Civ., dispone que la obligación de dar cosas ciertas comprende todos los accesorios de estas, aunque en los títulos no se mencionen o hayan sido momentáneamente separadas de ellas. Es decir, la obligación debe cumplirse lealmente, de modo diligente –sin omitir las diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar y, además sin defraudar la confianza de la otra parte. Así, -ejemplificaba Borda[303]- "si se ha vendido un caballo para entregarlo dentro de un plazo dado, el vendedor deberá alimentarlo y cuidarlo (obligaciones positivas), abstenerse de usarlo con exceso de modo de hacer peligrar su salud (obligaciones negativas), etc. Estos deberes de conducta, según la terminología de Larenz, son más numerosos e importantes en los contratos de tracto sucesivo, que implica una relación prolongada y a veces un trato frecuente entre las partes. Así, por ejemplo, el trabajador tiene un deber de fidelidad hacia su empleador; particularmente los empleados del servicio doméstico deben abstenerse de divulgar las intimidades de la familia donde prestan servicios, sus opiniones políticas, religiosas, etc. Igualmente ilustrativo es el ejemplo del deber de fidelidad de los socios entre sí".

[303] Borda Guillermo A., Manual de Obligaciones, Editorial Perrot, Bs. As., 1966, págs. 47/48.

Por ello, si el día y hora del cumplimiento de las prestaciones se ha dejado en cierto modo al arbitrio del deudor, éste no podrá cumplirla en horas inadecuadas e intempestivas, por ejemplo, de noche o en cualquier momento que signifique inconvenientes y molestias desusadas o innecesariamente gravosas para el acreedor.

Estos deberes de conducta no sólo recaen sobre el deudor, sino también sobre el acreedor, que está obligado a abstenerse de exigencias contrarias a la equidad y deben guardarse tanto el deudor como el acreedor una razonable consideración humana. Así por ej.,-parafraseando a Borda[304]- "el dueño de la obra tiene el derecho de fiscalizar el desarrollo de los trabajos; pero debe abstenerse de exigencias excesivas, que dificulten los trabajos o los hagan innecesariamente onerosos".

El acreedor tiene la facultad o el derecho de exigir al deudor el cumplimiento estricto de las obligaciones –por cierto que en verdad, ese cumplimiento estricto forma parte del deber de cumplir con buena fe empero no debe llegarse a exigencias o extremos contrarios a la equidad o la buena fe. Un mínimo de tolerancia está tácitamente implícito en toda relación jurídica y humana. Una transgresión insignificante del plazo (salvo que el cumplimiento rígido fuera esencial para el acreedor, ej. el remisero que por negligencia se equivoca el horario de traslado al pasajero al aeropuerto, la torta del cumpleaños de quince (15) que no llega; la orquesta que no concurre al casamiento o concurre un día equivocado, etc.), una falla insignificante en la prestación, no permite al acreedor reclamar iguales sanciones. Por

[304] Borda Guillermo A., op. cit. pág. 48.

ejemplo, si los defectos de la obra son insignificantes o de meros detalles casi imperceptibles, no permite al acreedor reclamar iguales sanciones que el incumplimiento total o bien en esa circunstancia el dueño de la obra carece del derecho a retener la totalidad del precio y sólo puede exigir la reparación de las exigencias y retener las sumas necesarias para ese objeto. Además, igual fundamento tiene la doctrina de la imprevisión, en virtud de la cual el acreedor debe moderar sus exigencias, cuando la prestación devino excesivamente onerosa en razón de una alteración imprevisible de las circunstancias (art. 1.198 del Cód. Civ.).

Decía Eduardo B. Busso[305] que las formas de violaciones de las obligaciones más comunes en que el deudor puede faltar a su obligación son las de omisión total o parcial del cumplimiento o la de cumplimiento tardío (mora). Sin embargo, existen numerosas violaciones de la obligación que no producen ni la imposibilidad de la prestación ni un retraso de esta. Son, sobre todo, las violaciones que resultan de un mal cumplimiento. Por ejemplo, cuando el vendedor ocasiona un daño al comprador con la entrega de cosas defectuosas. Ejemplos muy repetidos son estos: se produce el contagio del ganado del comprador por la entrega de un animal enfermo, o se echa a perder la producción de quesos con leche en malas condiciones. Además la violación puede ser de obligaciones accesorias, que se produce mediante la omisión del cumplimiento de deberes secundarios. Piénsese por ejemplo, en el caso de que se entregue la máquina pedida, pero el vendedor no remita también las indicaciones para su uso, de suerte que el comprador se lastima; etc. En nuestro

[305] Busso Eduardo B., Código Civil anotado, T° III; Editorial Ediar S. A., Bs. As., año 1949, pág. 287/288.

derecho no hay necesidad de acudir a un concepto especial para exigir del deudor la responsabilidad por mal cumplimiento. El cumplimiento defectuoso, desde cualquier punto de vista, encaja, perfectamente en la redacción del art. 512, del cual se desprende que, cuando el mal cumplimiento se debe a la omisión de una diligencia exigible al deudor –según la naturaleza de la obligación o las demás circunstancias- éste siempre está obligado a resarcir el daño, que en el fondo no es sino una forma de incumplimiento.

De manera pues, frente al incumplimiento por culpa contractual del deudor –que por su negligencia, imprudencia o impericia no cumple la obligación o la prestación a su cargo, pues el incumplimiento puede revestir diversas formas o modos, ya sea que puede consistir en hacerse imposible el cumplimiento por culpa del deudor, o en retrasarse la prestación, o bien en alguna otra actitud del deudor en contra del fiel cumplimiento, ya sea cumplimiento parcial o defectuoso, pues en uno y otro caso, el incumplimiento o mal cumplimiento, o inejecución total o parcial puede abarcar a la obligación entera o a una parte de ella, nos lleva a concluir que existen dos tipos de incumplimientos a saber: a) Incumplimiento absoluto y b) Incumplimiento relativo, que se estudian metodológicamente dentro de los efectos principales de las obligaciones, sin antes no recordar que los elementos configurativos del incumplimiento del deudor que haga surgir la acción de daños y perjuicios es preciso: a) que el deudor se encuentre en mora; b) que el incumplimiento le sea imputable, es decir que medie culpa o dolo de su parte. Hay que agregar, sin embargo, que esta imputabilidad a título de culpa se presume; basta el hecho de la mora para admitir la responsabilidad del deudor, a menos que éste pruebe que su incumplimiento se origina

en un caso fortuito o fuerza mayor. Constituido en mora el deudor, ya sea en el supuesto de "mora ex-re" o mora "ex-personae", su culpa en el incumplimiento de la obligación se presume, salvo prueba en contrario[306]. En síntesis, concluye Borda[307] que el incumplimiento contractual se integra con dos elementos constitutivos del mismo: a) la mora del deudor, y b) la culpa o en su defecto el dolo del deudor y que le sea imputable al mismo, es decir que su conducta antijurídica que constituye el incumplimiento contractual haya sido voluntaria[308].

---

[306] Borda Guillermo A., Manual de Obligaciones, Ed. Perrot, Bs. As., año 1966, pág. 62.

[307] Borda Guillermo A., Manual de obligaciones. Editorial Perrot, Bs. As., año 1.966, Elementos que configuran el incumplimiento, págs. 62/87. En una clásica definición, Planiol expresaba que "la culpa es el incumplimiento de una obligación preexistente" (Marcel Planiol, Georges Ripert, por Esmein, t. VI, núm. 477, citado por Javier Tamayo Jaramillo, en Tratado de responsabilidad civil, Tº I, Editorial Legis Editores S. A., Colombia, año 2.007, pág. 222).

[308] En el derecho comparado, Javier Tamayo Jaramillo opina que es necesario que haya una conducta del demandado, puesto que es la conducta que causa un daño lo que constituye un hecho ilícito. El hecho está compuesto por la conducta más el daño causado por dicha conducta. Ello es válido tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual. El hecho ilícito siempre está precedido, desde el punto de vista psicológico o filosófico, de un acto humano que está dirigido a otra finalidad distinta de la de producir efectos jurídicos. Se requiere que esa conducta causante del daño sea culposa para que pueda haber responsabilidad civil del demandado. Todos los ordenamientos jurídicos occidentales, inspirados por los principios cristianos, han adoptado en mayor o menor medida el principio según el cual la culpa o falta es requisito indispensable para que se configuren algunas hipótesis de responsabilidad civil. El mismo autor concluye afirmando que en algunos casos, más no en todos, la culpa es fundamento necesario de la responsabilidad contractual; que esa culpa jamás puede definirse como el simple incumplimiento de la obligación preexistente, pues dicho incumplimiento solo se

45 a).- Incumplimiento absoluto o total.

Se estudia dentro de los efectos –con relación al acreedor- denominados principales y anormales o subsidiarios de las obligaciones y se resuelve mediante el resarcimiento o la indemnización de los daños y perjuicios causados por ese incumplimiento absoluto, que subsidiariamente compensa el daño causado; en su consecuencia le queda al acreedor el derecho o la facultad de obtener del deudor el pago de las indemnizaciones correspondientes (art. 505 inc., 3° del Cód. Civ.). En materia de obligaciones contractuales, la indemnización del daño tiene –como se dijo- carácter subsidiario. Es deber del deudor cumplir voluntariamente con la prestación "in natura". Empero a veces no puede cumplirla debido a un hecho que le es imputable a título de culpa o dolo, por ejemplo ha vendido a otra persona el caballo de carrera prometido en venta o éste se ha perdido o ha muerto por su culpa o negligencia. En otras oportunidades se niega a cumplir la obligación de hacer que puede consistir en la prestación de servicios, a través de un contrato de locación de obra (p. ej. el constructor que se obliga a construir una pared). En tales supuestos, el acreedor cuenta con el derecho a reclamar del deudor el resarcimiento de los daños y perjuicios

---

produce a veces, por culpa del deudor, mientras que en otros casos el incumplimiento obedece a causas distintas de la culpa del deudor; que la culpa contractual consiste en la imprudencia, impericia, negligencia o la violación de reglamentos con que el deudor actuó y que lo condujeron a incumplir, demorar o cumplir imperfectamente el contrato y, finalmente, que en los casos de responsabilidad con culpa, una veces dicha culpa debe probarla el acreedor, mientas que en otros la culpa se presume, pudiendo desvirtuarse con la prueba de diligencia y cuidado. (Javier Tamayo Jaramillo, en Tratado de Responsabilidad Civil, Tº I, Editorial "Legis S. A.", Bogotá, Colombia, año 2.007, págs. 188, 189, 191, 192, 193, 194, 408, 409, 410 y 411).

causados por el incumplimiento contractual, el cual tiene carácter subsidiario, porque sólo puede reclamarse en defecto de la prestación en especie. Resulta entonces que en este supuesto –en materia de obligaciones de hacer- la regla legal es que el deudor puede negarse a su cumplimiento en especie, resolviéndose su obligación en la de daños y perjuicios. En suma, para que surja el derecho del acreedor a reclamar los daños y perjuicios en las obligaciones convencionales, es necesario: a) que el deudor no haya cumplido en especie con su promesa u obligación, por una causa o motivo que le sea imputable a título de culpa (art. 512 del Cód. Civ.) o dolo (art. 521 del Cód. Civ.); por el contrario, cuando la imposibilidad de cumplir es inimputable (como cuando resulta de caso fortuito o de fuerza mayor (arts. 513 y 514 del Cód. Civ.), no hay responsabilidad o queda eximido de responsabilidad, en cuyo caso se extingue la obligación por imposibilidad de pago; b) que el incumplimiento haya causado u originado daños al acreedor.

45 b) Incumplimiento relativo.

En el incumplimiento relativo se produce una demora o una tardanza en el cumplimiento de la obligación, empero finalmente el deudor cumple tardíamente (en estado de mora, quedando purgada la misma), ejecutando o cumpliendo su obligación principal, con más sus accesorios, es decir con más la indemnización de todos daños y perjuicios que ha causado su demora, de allí que el incumplimiento es relativo, y ello constituye un efecto principal y normal de las obligaciones, con relación al acreedor. Cabe recordar que la mora consiste en la falta de cumplimiento de la obligación en tiempo oportuno y, se la define como el retardo en el cumplimiento de la obligación imputable al deudor a título de culpa o dolo (arts. 508 y 509 último párr. del Cód.

Civ.). Si el deudor no cumplió voluntariamente, la ley le confiere al acreedor los medios legales para obligarlo a cumplir. Así surge del art. 505 inc., 1°: "Darle derecho a emplear los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquello a que se ha obligado". Los "medios legales", en el cumplimiento forzado son, por ej.: la iniciación de una demanda por cumplimiento de contrato, la traba de medidas cautelares, el pedido de aplicación judicial de cláusulas o multa penales convenidas por las partes, la aplicación de astreintes; es decir que estos medios compulsivos o coercitivos están encaminados, en primer término, a lograr el cumplimiento específico o "in natura" de lo debido, sólo cuando ello no fuera posible se encaminará a sustituir el pago –en forma subsidiaria- por la indemnización de los daños y perjuicios causados. Al no ser posible la obtención del cumplimento forzado "in natura": a) Cuando se ha hecho imposible la entrega de la cosa (v. gr. el caballo de carrera que muere por culpa del deudor, o bien si ha salido del patrimonio del deudor; b) en las obligaciones de hacer o no hacer cuando para obtener la ejecución forzada sea necesario ejercitar violencia sobre la persona del deudor, encontramos la limitación legal del art. 629 del Cód. Civ.; véase además su ilustrativa nota. Sin embargo, –enseñaba Borda[309]- que en las obligaciones de dar, el acreedor tiene el derecho a usar de la fuerza pública para obligar al deudor a entregarle una cosa que le debe y que se resiste a entregar; así por ej., el inquilino que no entrega la cosa locada al vencimiento del contrato, puede ser lanzado por la fuerza pública, lo que desde luego, supone una coerción física en la persona misma del obligado; b) en segundo lugar el art. 629 del Cód. Civ., se refiere

[309] Borda Guillermo A., Manual de Obligaciones, Ed. Perrot, Bs. As., año 1966, pág. 49.

únicamente a aquellas obligaciones de hacer para cuyo cumplimiento fuera necesario ejercer fuerza sobre el obligado; pero cuando ella no fuera indispensable, el deudor puede ser obligado a cumplir; es así en el supuesto de que si el vendedor de un inmueble se negara a escriturar, como lo ha prometido, la escritura puede ser otorgada por el juez, a cargo y costa del deudor. De igual modo, puede forzarse el cumplimiento de las obligaciones de no hacer, ya sea mandando destruir lo que se hubiere hecho (art. 633 del Cód. Civ.)[310]; ya sea mediante medidas cautelares como: inhibiciones, medida de no innovar, etc. que impidan al deudor realizar un acto de enajenación que prometió no hacer.

Dentro del incumplimiento relativo se ubica –como efectos principales y normales con relación al acreedor, al cumplimiento por otro, a costa del deudor (art. 505 inc. 2°, del Cód. Civ.), que dice: "Los efectos de las obligaciones con respecto al acreedor son: 2°) Para hacérselo procurar por otro a costa del deudor". El acreedor tiene la facultad o el derecho de hacerse procurar por otro la prestación que el deudor se ha negado a cumplir o pagar. Se sobreentiende que no tiene el derecho de obligar a un tercero a que cumpla obligaciones extrañas (ello iría en contra del principio de relatividad de los actos jurídicos); empero si el tercero consiente, puede hacerse procurar por él la prestación debida, y este acto hace responsable al deudor originario respecto del que pago o cumplió por él. La posibilidad de que la obligación se cumpla por un tercero no existirá si se trata de la entrega de una cosa cierta y determinada que se encuentra en poder del deudor o si el contrato se ha celebrado "intuito personae", es

[310] Sin embargo, si no fuere posible destruir lo que se hubiese hecho, el acreedor tendrá derecho a pedir los perjuicios e intereses que le trajere la ejecución del hecho (art. 634 del Cód. Civ.).

decir, teniendo en cuenta las circunstancias o condiciones personales que sólo el deudor posee (ejemplo: la obra de arte encargada a un artista célebre).

El campo propio de este derecho del acreedor se presenta en las obligaciones de dar cosas inciertas fungibles o no fungibles y sumas de dinero, pues nada obsta en ellas para que se satisfaga la expectativa del acreedor, mediante el cumplimento, entrega o suministro por un tercero de la cosa o de los fondos. Si se trata de una obligación de hacer, para que sea factible el cumplimiento por otro ha de tratarse de un hecho subrogable, cuya prestación (como causa-fin sea fungible) es decir realizable por otra persona distinta al deudor, tal el caso de los trabajos manuales no especializados, de albañilería, etc., no es objetable que el acreedor consiga el cumplimiento específico de la prestación debida mediante la intervención de un tercero, pues en los supuestos de obligaciones "intuito personae" el deudor podría oponerse a costear la realización más onerosa de un hecho que por ser diferente del hecho debido, estaría fuera del régimen de la obligación.

El acreedor no puede por su sola autoridad sustituir al deudor por un tercero en la realización de la prestación debida, para ello requiere en principio, la autorización judicial. La razón decía Llambías[311], está en que si actuara por su sola autonomía, se estaría haciendo justicia por mano propia (art. 630 del Cód. Civ.), sin embargo, en caso de urgencia el acreedor está dispensado de la autorización judicial, pues un trámite judicial insume determinado tiempo, que es incompatible con la

[311] Llambías, Jorge Joaquín, Código Civil anotado (Doctrina-Jurisprudencia), T° II-A, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As.

ejecución urgente de la obligación. En tal sentido expresaba Llambías[312] que existe una importante diferencia entre la ejecución por un tercero, con o sin autorización judicial. En el primer caso, como promedia un presupuesto del costo de la intervención del tercero, que ha sido aprobado por el juez que dio la autorización, el acreedor tiene derecho al reembolso a expensas, de la que hubiese satisfecho al tercero. En cambio si actúa sin autorización, solo tiene derecho al reintegro de lo que fuese justo, a título de resarcimiento de daños y perjuicios. Por lo tanto el convenio entre el acreedor y el tercero, en este último caso, sólo constituirá un mero dato informativo que podrá o no servir como índice para fijar la indemnización. A tal fin, -en el caso del pedido de autorización judicial- están los jueces habilitados para aprobar o desaprobar los presupuestos de gastos que ellos requieran en el ejercicio de aquel contralor.

Finalmente, Borda[313] enseñaba que el tercero que realizó la prestación puede reclamar su pago del acreedor que se la encomendó o del deudor; en el primer caso, el acreedor podrá exigir del deudor primitivo el pago de lo que él hubiera pagado al tercero; en el segundo, el tercero puede subrogarse en los derechos del acreedor y demandar del deudor el pago (arts. 767, 768 inc. 3° y 769 del Cód. Civ.).

45 c) Incumplimiento parcial.

Si no se ha convenido el cumplimiento fraccionado, el deudor no puede exigir del acreedor que reciba pagos parciales[314]. El acreedor puede ante una

---

[312] Llambías Jorge J., op. cit. pág. 79.

[313] Borda Guillermo A. op. cit. pág. 47.

[314] "Cuando el acto de la obligación no autorice los pagos parciales, no puede el deudor obligar al acreedor a que acepte en parte el cumplimiento de la obligación" (art. 742 del Cód. Civ.). "En las

pretensión de esa índole negarse a recibir la prestación –cuando ello no constituya un abuso de derecho (art. 1.071 del Cód. Civ.) consumándose el incumplimiento total por culpa del deudor. Pero si la obligación por la naturaleza del contrato (por ejemplo, contrato de suministro) o por haberlo pactado las partes (por ejemplo, pago mensual de alquileres), debe ser cumplida mediante pagos parciales, y el acreedor no podrá oponerse al cumplimiento parcial o fraccionado y deberá aceptar los pagos parciales si son de acuerdo a lo pactado.

Se trata de supuestos de cumplimiento parcial o irregular del deudor, que producen ciertos efectos a favor del deudor y que Llambías[315] al tratar el tema del principio de inmutabilidad de la cláusula penal decía: "He aquí un supuesto legal de limitación del estudiado principio de inmutabilidad. Contempla la posibilidad de que el deudor cumpla en parte o deficientemente la prestación principal, y el acreedor acepte ese pago irregular. A este respecto el art. 660 del Cód. Civ., dice: Si el deudor cumple solo una parte de la obligación, o la cumple de un modo irregular, o fuera del lugar o del tiempo a que se obligó, y el acreedor la acepta, la pena debe disminuirse proporcionalmente, y el juez puede arbitrarla si las partes no se conviniesen". Esto significa que el importe de la pena se reduce cuando el incumplimiento del deudor es parcial. Acerca del criterio de reducción de pena, la ley solo alude a una disminución

---

obligaciones divisibles, cuando hay un solo acreedor y un solo deudor, deben cumplirse como si fuesen obligaciones indivisibles. El acreedor no puede ser obligado a recibir pagos parciales, ni el deudor a hacerlos" (art. 673 del Cód. Civ.).

[315] Llambías Jorge J., Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, T° I, cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Vengas, Ed. Perrot, Bs. As., año 1983, págs. 451, 452, 453 y 454.

proporcional, y pensaba Llambías[316] que la deducción sobre el total de la pena se hace en función del valor de lo pagado con relación al valor de la prestación total. Ejemplo: Si se pacta que habrá de talarse en cierto período un monte de eucaliptos, bajo pena de pagar una multa de dos millones de pesos, y al vencimiento del plazo el contratista no ha terminado el trabajo, el dueño del campo tendrá derecho al importe de la pena con deducción del coeficiente indicado por el valor de los árboles talados en comparación con el valor que habría tenido la totalidad del monte que debía talarse en ese tiempo. Así pues, si los árboles talados representan al poseedor del campo un valor de tres millones de pesos, y el talado completo le habría significado cuatro millones, la pena a pagar será la convenida menos ¾ del mismo importe.

También se trae a colación el caso que encontrándose constituido en mora el deudor, el recibo del capital por el acreedor sin reserva alguna sobre los intereses, extingue la obligación del deudor respecto de ellos (art. 624 del Cód. Civ.), pues en oportunidad de recibir el pago del capital podría haberse negado –sin que ello constituya un abuso de derecho- invocando el principio de integridad del pago (art. 744 del Cód. Civ.)[317], es decir el capital adeudado más intereses moratorios.

---

[316] Llambías Jorge J., op. cit. págs. 452/454.

[317] Ver el principio de identidad del pago: "EL deudor debe entregar al acreedor la misma cosa a cuya entrega se obligó. El acreedor no puede ser obligado a recibir una cosa por otra, aunque sea de igual o mayor valor" (art. 740 del Cód. Civ.); "Si la obligación fuese de hacer, el acreedor tampoco podrá ser obligado a recibir en pago la ejecución de otro hecho, que no sea el de la obligación" (art. 741 del Cód. Civ.). Además opino que si la obligación es de no hacer, el deudor no puede pretender cumplir absteniéndose de realizar un hecho distinto, él debe abstenerse del hecho al cual se refiere la obligación.

45 d) Cumplimiento defectuoso no ignorado por el acreedor

Con respecto al cumplimiento defectuoso efectuado por el deudor –no ignorado por el acreedor en el momento del pago-, se puede decir, que frente a la tentativa de un pago defectuoso el acreedor tiene tres alternativas posibles: a) rechazar el pago, asimilándose entonces el intentado cumplimiento defectuoso a la inejecución total; b) aceptar ese pago, sin reserva alguna, hipótesis según la cual el efecto cancelatorio del pago funciona plenamente por mediar por acuerdo de partes una dación en pago (confr. art. 779 del Cód. Civ.) que importa una novación por cambio del objeto debido[318]; c) aceptar el pago con reserva del derecho a obtener la indemnización del daño que el defecto de cumplimiento le causa al acreedor[319]. La prueba del defecto en el pago realizado, que el acreedor aduce para pretender un resarcimiento complementario de la prestación recibida debe ser suministrada por aquél conforme a los principios generales. La prueba del incumplimiento del deudor a los fines de la pertinente indemnización incumbe al acreedor damnificado. Tendrá que

---

[318] Conf. Cám. Civil 2°, 21-IX-1945, "G del F", t. 179, 252. El principio del texto es igualmente aplicable al cumplimiento tardío que es una especie del género cumplimiento defectuoso (falla en la circunstancia referente al tiempo del pago). Por ello, en el interesante caso "Alizate c/Devoto de Illugth y otro", la Sala A, de la Cámara Civil decidió por el voto del Dr. Llambías, que no corresponde indemnizar el daño proveniente de la tardanza en escriturar un inmueble si al tiempo de escriturar el acreedor no dejó a salvo el resarcimiento del daño moratorio, que constituye una obligación accesoria y por ello resulta extinguida por extinción de la obligación principal (LL, t. 114, p. 291 y ED, t. 5, p. 845, cits. por Llambías, Jorge J., op. cit. pág. 122).

[319] Llambías Jorge J., Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, T° I, Editorial Perrot, Bs. As. año 1983, pág. 122; Ramella Anteo E., La resolución por incumplimiento, Ed. Astrea, Bs. As., año 1975, pág. 63.

acreditar el valor de la pérdida que haya sufrido (daño emergente) y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación por la inejecución maliciosa –por parte del deudor- de esta a debido tiempo (lucro cesante) (arts. 519, 520 y 521 del Cód. Civ.) o a causa de otra deficiencia en la ejecución.

45 e) Cumplimiento defectuoso ignorado por el acreedor

Puede ocurrir que el acreedor –en el momento de recibir el pago de la prestación con total ignorancia- entienda recibir una satisfacción plena y sin embargo luego advierte la deficiencia o defecto del pago recibido. Si así fuere, y no mediare culpa en la recepción del pago, podrá exigir el resarcimiento de los daños que el cumplimiento defectuoso le ha producido. Decía Llambías[320] que es una situación similar a la de los vicios ocultos o redhibitorios que se gobiernan por idénticos principios (arg. arts. 625, 1.630, 1646, 2164 y 2173 del Cód. Civ.). Es obvio jurídicamente hablando, que no se le puede reprochar al acreedor no haber dejado a salvo su derecho a obtener la indemnización del daño sufrido, porque, por hipótesis, él ignoraba sin culpa de su parte, la falla existente en el cumplimiento del deudor.

Se ha sentenciado que "la recepción definitiva libera al empresario de la responsabilidad de los vicios aparentes, de los cuales el comitente tiene la carga de quejarse en el momento de la entrega, no bastando su mera reserva genérica por vicios que pudieran existir (Cód. Civ. Anotado Llambías-Alterini). Esta liberación de responsabilidad del empresario no rige cuando las diferencias no pudieron ser advertidas en el momento de la entrega, o los vicios eran ocultos. Como no se puede

[320] Llambías Jorge J., op. cit. pág. 123.

dar conformidad a algo que no se conoce, el carácter oculto de los vicios autoriza al comitente a reclamar por ellos una vez exteriorizados. Vicios ocultos son los que aparecen después de concluida la obra, por lo que no es dable presumir la renuncia a un reclamo que no existe, o en su caso la dispensa debe ser expresa (Porcel Horacio Oscar c/ Petersen Thiele s/ sumario; CNCiv. Sala I, 28/7/89, exp. 078054, cit por Sistema Informático ISIS30 de Jurisprudencia de la Excma. Cámara Civ. de la Cap. Fed., cit. por Ghersi-Weingarten, Cód. Civ. Análisis Jurisprudencial, T° II, Ed. Nova Tesis, Rosario, Santa Fe, Argentina, año 2003, págs. 827/828)".

"El art. 1647 bis del C. Civ., consagra los derechos para reclamar por los vicios aparentes, cuando la diferencia entre el trabajo realizado y lo estipulado no habría podido ser advertida en el momento de la entrega, o los defectos eran ocultos, estableciendo a continuación el plazo de sesenta días para denunciarlos a partir de su descubrimiento, plazo éste que, una vez transcurrido, provoca la caducidad del derecho respectivo (Bco. de la Pcia. de Bs. As., c/ Basch SAIC s/ daños y perjuicios, CNCiv. Sala A, 26/4/95, exp. 139473, cit. por Sistema Informatizado ISIS de Jurisprudencia de la Excma. Cámara Civil de la Capital Federal)"[321].

En la especie, el conocimiento del deudor de lo defectuoso de su ejecución es irrelevante en cuanto a la procedencia de la responsabilidad, empero puede ser importante en cuanto a la extensión de esa responsabilidad. Pues si el deudor ignora la falla de su comportamiento (habría incurrido con ello en culpa que consiste en no conocer algo que por referirse a la propia conducta del deudor, éste estaba

[321] Cit. por Ghersi-Weingarten (Directores) Cód. Civ., Análisis jurisprudencial, T° II, Ed. Nova Tesis, Rosario, Santa Fe, Argentina, año 2.003, pág. 828.

precisado conocer –arg. arts. 512, 903 y 904 del Cód. Civ.)- es responsable sólo de los daños "que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación (art. 520 del Cód. Civ.). En cambio, si el deudor tiene conciencia del defecto de cumplimiento y no lo corrige, comete -con su omisión- dolo, e incurre por ello en una sanción más grave: responde también por los daños que sufra el acreedor como consecuencia mediata de su defectuoso cumplimiento (art. 521 del Cód.).

Con relación al derecho o facultad de rechazar la prestación, debe tenerse en cuenta que ésta no es absoluta, sino que queda limitada por los principios de buena fe (art. 1.198 del Cód. Civ.), y de la prohibición del abuso del derecho (art. 1.071 del Cód. Civ.) como reiteradamente se observa en los pronunciamientos judiciales. Y finalmente, en materia de obligaciones de hacer, interpretando el art. 625 del Cód. Civ., la doctrina y jurisprudencia nacionales se han expedido en forma unánime en el sentido de que es factible la destrucción de lo hecho o el rechazo de la prestación sólo cuando la diferencia e imperfección tenga importancia y gravedad[322].

---

[322] Lafaille, Héctor, Derecho Civil, Tratado de las Obligaciones Vol. I, Ed. Ediar Soc. Anóm. Editores, Bs. As. año 1950, pág. 84, nro. 955; Llambías Jorge J., Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, t: II, Ed. Perrot, Bs. As., 1970, pág. 276. Fallo: "La principal obligación del empresario o locador de obra es ejecutar la misma en la forma debida, entendiéndose por tal la forma convenida o la que corresponda según la naturaleza y circunstancias y, siendo ello así, el incumplimiento del locador con esta esencial obligación de hacer la obra debidamente, tiene como efecto específico la sanción que contempla el art. 625-2°-parte del mismo cuerpo legal" (Fritz Jorge E. c. Construcciones Atlántica, C2° Civ. y Com. La Plata, Sala III, 24/9/96- JUBA B352530, cit. por Ghersi-Weingarten, Cód Civ. Análisis jurisprudencial, T° I, Ed. Nova Tesis, Rosario, Santa Fe, Argentina, año 2.003, pág. 830).

Claro está –nos indica Ramella- que no debe tratarse de deficiencias que constituyan un vicio redhibitorio (art. 2164 del Cód. Civ.), porque en ese caso el acreedor podría ejercitar las acciones "redhibitoriae" o quanti minoris", las cuales, están sujetas a un régimen específico.

Son vicios redhibitorios nos dice el art. 2.164, "los defectos ocultos de la cosa, cuyo dominio, uso o goce se transmite, por titulo oneroso, existentes al tiempo de la adquisición, que la hagan impropia para su destino, si de tal modo disminuyen el uso de ella que al haberlos conocido el adquirente no la habría adquirido, o habría dado menos por ella"[323].

---

[323] En la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, reformada por la ley 26.361, establece que los consumidores o usuarios cuentan con un régimen integral en materia de garantías: a) garantía legal por buen funcionamiento (arts. 11, 13 y conc.); b) garantía por provisión de repuestos y servicio técnico posventa (art. 12); c) garantía por vicios redhibitorios (art. 18); y d) garantía por deficiencia en la prestación de servicios (art. 23). El art. 11 (texto según ley 26.361) dispone que cuando se comercialicen cosas muebles no consumibles conforme el art. 2325, C. Civ., el consumidor y los sucesivos adquirentes gozarán de garantía legal por los defectos o vicios de cualquier índole, aunque haya sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado, o su correcto funcionamiento. La garantía legal tendrá vigencia por tres meses cuando se trate de bienes muebles usados y por seis meses en los demás casos a partir de la entrega, pudiendo convenir las partes un plazo mayor. Por el art. 12 los fabricantes, importadores y vendedores de las cosas mencionadas en el artículo anterior deben asegurar un servicio técnico adecuado y el suministro de partes y repuestos. El art. 17 prevé que en los supuestos en que la reparación efectuada no resultare satisfactoria, por no reunir, la cosa reparada, las condiciones óptimas para cumplir con el uso a que está destinada, el consumidor puede: a) Pedir la sustitución de la cosa adquirida por otra de idénticas características. En tal caso el plazo de la garantía legal se computa a partir de la fecha de la entrega de la nueva cosa; b) Devolver la

Nos enseña Mosset Iturraspe[324] que no cualquier vicio o defecto en la materialidad de la cosa es un vicio redhibitorio, susceptible de originar la responsabilidad mencionada en la ley, arts. 2.170 y concordantes, que se traduce en la posibilidad de "dejar sin efecto el contrato", volviendo la cosa al enajenante y restituyendo este el precio pagado –art. 2.174- con más los daños y perjuicios si el "tradens" conocía o debía conocer los vicios –art.2.176[325]-; o bien, en el caso del

---

cosa en el estado en que se encuentra a cambio de recibir el importe equivalente a las sumas pagadas, conforme el precio actual en plaza de la cosa, al momento de abonarse dicha suma o parte proporcional, si hubiere efectuado pagos parciales; c) Obtener una quita proporcional del precio. En todos los casos, la opción por parte del consumidor no impide la reclamación de los eventuales daños y perjuicios que pudieren corresponder. Y el art. 18 prescribe que la aplicación de las disposiciones precedentes no obsta a la subsistencia de la garantía legal por vicios redhibitorios. En caso de vicio redhibitorio: a) A instancia del consumidor se aplicará de pleno derecho el art. 2176 del Cód. Civ.; b) El art. 2170, del Cód. Civ., no podrá ser opuesto al consumidor.

[324] Mosset Iturraspe, Jorge, Contratos, Ed. Ediar, Bs. As., año 1987, pág. 413.

[325] El art. 18, de la ley 24.240, si bien integra el capitulo referente a "cosas muebles no consumibles" debe considerarse aplicable al "consumidor" de inmuebles en cuanto dispone sobre los vicios redhibitorios. Lo contrario implicaría una discriminación injustificada. Tratándose de locaciones de obra, la norma aplicable para los vicios aparentes es el art. 1647 bis, y para el supuesto de ruina total o parcial el art. 1646 del Cód. Civ. Sobre el concepto de vicios redhibitorios dentro de la relación de consumo la doctrina pacíficamente reconoce una concepción más abarcativa de la que resulta del Código Civil. En el sistema de protección al consumidor además de la disposición específica del art. 18 debe entenderse vigente la garantía del producto que se entrega en adecuadas condiciones de construcción y la responsabilidad por el vendedor o locador por todo defecto, vicio o anomalía del bien, reúna o no el vicio el carácter de redhibitorio (Gregorini Clusellas Eduardo L. El consumidor

contrato de compraventa, en “accionar para pedir que se baje de lo dado el menor valor de la cosa”, "actio quanti minoris” (art. 2.172 del Cód. Civ.). Los requisitos que configuran el vicio redhibitorio son los siguientes: a) que se trate de un defecto oculto; b) que sea grave; c) que fuera existente al tiempo de la adquisición. Cabe hacer la distinción “sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira” que alude el art. 926 del Cód. Civ., calificándolo como “error esencial”, que acuerda al adquirente el derecho a demandar la nulidad del contrato, por vicio de la manifestación de la voluntad, dejando sin efecto lo que en el acto se hubiere dispuesto, que entre nosotros se otorga la acción de nulidad con más los daños y perjuicios de la responsabilidad precontractual.

La responsabilidad por vicios redhibitorios funciona en los contratos onerosos, “no comprendiendo a los adquirentes por título gratuito” (art. 2.165, sea que tengan por objeto trasmitir el dominio o simplemente el uso y goce de la cosa, arts. 2.164, 1.525 y concs. del Cód. Civ.)[326]. Pero “entre adquirentes y enajenantes que no son compradores y vendedores”, dice el art. 2.172, el vicio solo da derecho a la acción redhibitoria y no a la “quanti minoris” o de rebaja al menor valor de la cosa. No obstante, el art. 1525, en el tema de la locación, autoriza al locatario a solicitar frente a vicios o defectos graves de la cosa arrendada, “que impidiesen el uso de ella”, la disminución del precio o la rescisión del contrato”.

---

inmobiliario. Su tutela en la ley 24.240 reformada por la ley 26.361, Régimen de defensa del consumidor, JA, 2.008-II, Número especial, Bs. As., 28/5/08, págs. 49/57.

[326] Mosset Iturraspe J., op. cit. pág. 414.

Si el enajenante conocía o debía conocer, por razón de su oficio o arte, los vicios o defectos ocultos de la cosa y no los manifestó al adquirente, responde además de los daños y perjuicios ocasionados (art. 2.176 del Cód. Civ.). El conocimiento de los defectos por el adquirente, al tiempo de la transmisión de la cosa, así como también "si debía conocerlos por su profesión u oficio, libera al enajenante de toda responsabilidad (art. 2.170 del Cód. Civ.).

"Es improcedente la acción por vicios redhibitorios por la venta de productos alimenticios en mal estado toda vez que el adquirente por su condición de profesional que elabora y comercializa tales productos pudo y debió adoptar las precauciones necesarias para comprobar su estado –en el caso compró pulpa de fruta que denuncia contaminada habiendo omitido realizar análisis en sus laboratorios– cuya omisión le impide invocar error excusable para obtener la condena al vendedor (C.N.Com. Sala A. Regional Norte S. A. c/ Nestle Argentina SA., LL., 2001, Tomo E., pag. 380)[327].

Las partes pueden restringir, renunciar o ampliar su responsabilidad por los vicios redhibitorios, del mismo modo que la responsabilidad por la evicción, siempre que no haya dolo en el enajenante (art. 2166 del Cód. Civ.). Es decir, que el pacto de exclusión no lo exime al enajenante por el vicio de que tenía conocimiento y que no lo declaró al adquirente (art. 2.169), cuando fuere estipulado en términos generales, dado que no puede ampararse el dolo del tradens, art. 2.166, última parte del Cód. Civ.

---

[327] Ghersi-Weingarten, en Cód. Civ., Análisis jurisprudencial, T° III, Ed. Nova Tesis, Rosario, Santa Fe, Argentina, año 2.003, pág. 228.

Estos vicios ocultos originan dos acciones. a) la redhibitoria, que priva al contrato de sus efectos al provocar su rescisión[328]; y b) la "quanti minoris", para la

[328] Mosset Iturraspe y Lorenzetti, desarrollan la aplicación supletoria -en los supuestos que corresponde- de la normativa de la Ley de Defensa del Consumidor sobre vicios redhibitorios y dicen al respecto: 1°) ampara los vicios ocultos y también los defectos aparentes, siempre que no pueda plantearse una causa de exoneración como la que configura la culpa de la propia víctima; 2°) pone el acento en la falta de información adecuada y no meramente en la observación o verificación de la cosa, de su calidad, estado, idoneidad, etc. 3°) comprende vicios intrínsecos, en la materialidad de la cosa y extrínsecos que el consumidor sufre en su salud, en su vida o en los restantes bienes que integran su patrimonio; 4°) amplía el espectro de las acciones poniendo el acento en la reparación, la gran ausente en materia de vicios redhibitorios; 5°) de este modo toma partido por la conservación del contrato y, a la vez, por el mantenimiento del bien en cabeza del adquirente; 6°) otorga y siempre en todos los casos, la posibilidad de adicionar al reclamo de arreglo, sustitución o resolución del negocio, el de reparación de los daños sufridos, en relación de causalidad adecuada con el vicio o defecto; 7°) no abre el debate sobre la imputabilidad subjetiva –si es culpa o dolo-, condicionando a la prueba de la malicia el derecho a los daños; todo ello era complejo y dificultoso para la víctima; 8°) está claro el criterio de imputación objetiva de los menoscabos o perjuicios que priva en la ley; 9°) no pone el acento en la "gravedad" del vicio, cuestión que puede motivar debates inacabables, y sí en el estado óptimo de la cosa, en su buen funcionamiento, en el estado de nuevo; 10°) el plazo de seis meses como mínimo es tiempo para descubrir el vicio y reclamar por él; de este modo se amplía el de tres meses o noventa días, propio de los vicios redhibitorios, de su prescripción liberatoria (Mosset Iturraspe Jorge y Lorenzetti Ricardo Luis, Defensa del consumidor, Ley 24.240, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, año 1994, págs. 127/128.

compraventa, que consiste en reducir el precio, de conformidad con el art. 2.172 del Cód. Civ. (acción estimatoria)[329].

Finalmente, aún cuando el adquirente, atento a la índole e importancia del vicio, pueda repararlo, nada impide la promoción, a su exclusivo arbitrio de la acción por redhibición (J. A., 1957-III-565), está facultado, igualmente, a demandar por cumplimiento y, de acuerdo a ciertos fallos, se encuentra habilitado a disponer el arreglo de la cosa adquirida a costa del enajenante (ejecución forzada indirecta, art. 505, inc. 2° del Cód. Civ., sin necesidad de autorización judicial) (C2°CC., Santa Fe, Juris, 4-147)[330].

46.- El incumplimiento de las obligaciones accesorias: ¿Autoriza la resolución del contrato?

Se discute en doctrina si el incumplimiento de las obligaciones accesorias pueden o no autorizar el ejercicio de la facultad resolutoria del contrato.

---

[329] La acción "quanti minoris" da derecho a reclamar la devolución del precio equivalente a la desvalorización de la cosa. Como en el caso de la acción redhibitoria, hay que distinguir las hipótesis de buena o mala fe del vendedor. Si es de buena fe, sólo se deberá la restitución de la parte del precio. Para estimarla habrá de tener en cuenta el costo de los trabajos que deben realizarse para subsanar el vicio o defecto o bien el importe de la desvalorización, si aquel no fuera subsanable. Pero no deben indemnizarse los restantes perjuicios, tales como el alquiler de otra cosa similar durante el tiempo que duraren las reparaciones, etc. Cuando se trate de un defecto no subsanable, ha de apreciarse la desvalorización en función del precio pagado y no del valor real de la cosa. Así si la cosa vendida en 100, y que vale 120, tiene un vicio que la disminuye en un tercio, el comprador tiene derecho a reclamar 33 y no 40.

[330] Mosset Iturraspe Jorge op. cit. págs. 417/418.

Raymundo Salvat[331] se expidió afirmativamente y decía que cuando ha mediado un "pacto comisorio expreso" en el que se previó que el incumplimiento de determinada obligación accesoria o determinadas obligaciones accesorias darían el derecho de optar por la resolución del contrato, no habría lugar a dudas de que sería procedente (art. 1.197 del Cód. Civ.), a menos que se trate de uno de esos abusos que la jurisprudencia tiene hoy tendencia a anular. Tiene que tratarse de una cláusula accesoria que afecte en lo fundamental al contrato, pues lo contrario parecería que la falta de cumplimiento de ella no puede dar lugar a su resolución, sino sólo al pago de los daños y perjuicios causados.

La facultad resolutoria se desprende de los arts. 1.204 del Cód. Civ. y 216 del Cód. de Com. que dicen: *"Las partes podrán pactar expresamente que la resolución se produzca en caso de que alguna obligación no sea cumplida con las modalidades convenidas";* salvo, desde luego, las limitaciones impuestas por el art. 1.071 del Cód. Civ., (sobre el abuso del derecho), la licitud y moralidad que como caracteres debe observarse con respecto al objeto de los actos jurídicos (art. 953 del Cód. Civ.) y la buena fe de los contratantes en el acto de celebración de los contratos (art. 1.198 del Cód. Civ.); limitaciones estas de carácter general que no tienen porqué no alcanzar a los supuestos que venimos desarrollando.

La solución –afirma Ramella[332]- ya no es tan clara cuando no se ha previsto contractualmente que el incumplimiento de la obligación accesoria de que se

---

[331] Salvat Raymundo M., Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las Obligaciones, actualizada por Arturo Acuña Anzorena, T° I, Editorial TEA, Bs. As. año 1954, págs. 216/217.

[332] Ramella Anteo E., La resolución por incumplimiento, Ed. Astrea, Bs. As., año 1975, pág. 65.

trate, autorizaría la resolución, y de ahí que la doctrina se encuentre dividida sobre si el dejar de cumplir esta especie de obligación faculta o no el ejercicio de la facultad resolutoria. Salvat se inclinaba por la negativa, es decir, afirmaba que el incumplimiento de las obligaciones accesorias no autoriza la resolución cuando no ha mediado pacto expreso al efecto, argumentando que la posible violación de ellas no habría sido probablemente causa suficiente para que la parte perjudicada hubiera desistido de celebrar el contrato, sabiendo que en tal caso procedería la resolución[333]. Según otra corriente de opinión, el incumplimiento de una obligación accesoria puede justificar la resolución contractual cuando ella hace imposible, o dificulta, o pone en peligro, el exacto cumplimiento de la obligación principal.

El citado autor Ramella, siguiendo en este tema a Mosco[334], expresa que por obligaciones principales se entienden: "Todas aquellas que sirven de manera necesaria a la consecución del resultado típico de un contrato determinado"[335].

Puede decirse que las obligaciones principales son aquellas que en forma inmediata tienden a consumar la función del negocio jurídico. Por ejemplo: en la compraventa, que consiste en el intercambio de una cosa por el dinero, son obligaciones principales las de entregar la cosa y la de pagar el precio; en cambio, sería una obligación accesoria la de conservar la cosa hasta el momento de la entrega a cargo del vendedor.

---

[333] Salvat Raymundo, Fuentes, T° I, op. cit. págs. 216/217, p. 278.

[334] Mosco Luigi, La resolución de los contratos por incumplimiento, pág. 83, trad. de la 1° ed. italiana, Barcelona, Dux, s/f., cit. por Ramella Anteo E., op. cit. pág. 65.

[335] Mosco, ob. cit. p. 80, cit. por Ramella Anteo, E., op. cit. pág. 66.

Finalmente Ramella, con cita de Mosco señala que son numerosas las obligaciones accesorias cuyo incumplimiento puede autorizar la resolución de acuerdo con el tipo de contrato de que se trate. Mosco ha intentado agruparlas señalando: a) las que tienden a asegurar el cumplimiento de la obligación principal, como lo es la que puede pesar sobre el deudor de renta vitalicia, cuando se ha pactado que debe prestar una garantía (art. 2.087 de nuestro Cód. Civ.[336]); b) las que debe cumplir el acreedor a los fines de posibilitar al deudor el cumplimiento de su obligación principal, como es la que pesa sobre el dueño de la obra de entregar los materiales prometidos (art. 1644 del Cód. Civ.)[337].

Se ha sentenciado que: "La omisión de entregar los documentos necesarios para la transferencia del automotor comprado autorizan a demandar la resolución del contrato"CSFe, 2/10/70, J 38-198)[338].

47.- Efectos especiales del incumplimiento en la Ley de Defensa del Consumidor (art. 10 bis, ley 24.240 reformada por la ley 26.361)

Ante el incumplimiento de las obligaciones del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor a su libre elección: a) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuere posible; b) Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente; c) Rescindir el

---

[336] El art. 2.087 del Cód. Civ. dice: "Si el deudor de una renta vitalicia no da todas las seguridades que hubiera prometido, o si hubiesen disminuido por hecho suyo las que había dado, el acreedor puede demandar la resolución del contrato, y la restitución del precio de la renta.

[337] Mosco, ob. cit. pág. 80, p. 104, y pág. 84, punto 21, cit. por Ramella Anteo E., op. cit. pág. 66.

[338] Fallo cit. por Salas-Trigo Represas, en Cód. Civ., anotado, T°II, Ed. Depalma, Bs. As. 1979, pág. 68.

contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato. Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan (art. 10 bis, incorporado por ley 24.787, art. 2°, a la ley 24.240, con las reformas de la ley 26.361).

Esta disposición debe armonizarse con las del Código Civil, a las que no deroga sino que contempla con efectos superador, en particular los arts. 505 y 1.204, C. Civ., o su equivalente, el art. 216 del C. Com. Considerando las alternativas del art. 10 bis, a la exigencia de cumplimiento forzado de la obligación (inc. a) cabría agregar la opción del consumidor de "hacérselo procurar por otro a costa del deudor" (art. 505 inc. 2° del Cód. Civ.), pues la vía de "obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes" (art. 505, inc. 3°) está contemplada en la ley 24.240 (arts. 10 bis, 52 bis, 54 y cons.). La vía de resolución del contrato, al no disponerse una modificación específica, debería operar en materia de contratos inmobiliarios de acuerdo con los términos y condiciones de los (arts. 1.204 del Cód. Civ., y 216 del Cód. de Com.)[339].

48.- Resolución del contrato por mora y la culpa presumida del deudor. Los supuestos de que la carga de la prueba de la culpa del deudor le incumbe al acreedor

No hay dudas de que la regla jurídica para que se proceda a la resolución del contrato, no es otra que: *"aquel en contra de quien se haga valer el derecho o facultad resolutoria, haya incurrido en mora "ex-re" o en mora "ex-*

[339] Gregorini Clusellas Eduardo L., El consumidor inmobiliario. Su tutela en la ley 24.240 reformada por la ley 26.361, Pub., en J. A., Régimen de defensa del consumidor, Análisis de su reforma, Número especial, 2.008-II, Bs. As., 28/5/08, Fascículo 9, págs. 49/57.

personae", de allí que la mora –como instituto- es un presupuesto o extremo legal de la resolución del contrato. El mero retraso no configura la mora, es menester o necesario que el retraso en el cumplimiento de la obligación sea imputable a título de dolo o culpa (art. 509 último párr., 511, 512, 513[340] y 521 ss. y ccs. del Cód. Civ.). Esto significa, a nuestro entender que constituido debidamente en mora el deudor por su incumplimiento contractual, "la culpa se presume"[341].

---

[340] Art. 513 del Cód. Civ., dice: "El deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuanto éstos resulten de caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiera tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o éste hubiere ocurrido por su culpa, o hubiese ya sido aquél constituido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito, o fuerza mayor.

[341] Obviamente adherimos a la tesis subjetiva, en que la culpabilidad juega un requisito inexcusable –como regla general- siendo menester para que proceda la resolución contractual que autoriza el pacto comisorio, indagar la culpa de la parte contra la cual se pretende hacer valer esa facultad resolutoria, y fue el Profesor Dr. Atilio Aníbal Alterini que en su obra: "El incumplimiento considerado en sí propio" (Enfoque objetivo del ilícito civil), Publicada por la Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Bs. As., año 1963, y en Responsabilidad Civil y Seguros, Homenaje al Prof. Atilio A. Alterini, número especial, 10° aniversario 1.999-2.009, Editorial La Ley, Bs. As. año 2.009, págs. 9/49), quien elaboró una tesis en torno a la objetividad del incumplimiento considerado en sí propio, sin negar el elemento de la culpa en la responsabilidad contractual a los efectos de imputársela al deudor del incumplimiento contractual, y concluyó que: *"Dado el hecho, en su materialidad, en su objetividad, ajeno a toda consideración subjetiva, aparece el "incumplimiento considerado en sí propio". Incumplimiento de la palabra empeñada, de la obligación general de no dañar, etcétera. Si es antinormativo, lo normal es que el orden jurídico lo sancione. Si concurre con la antinormatividad, la culpabilidad, el daño, y la relación causal, habrá acto ilícito. Pero la reparación de éste dependerá de distintitos "sistemas de responsabilidad", que juegan con reglas, si no autónomas, por lo menos particulares. Y finalmente cita*

Existen casos excepcionales en que la resolución contractual procede antes de que se haya operado la mora. Así ocurrirá cuando las circunstancias demuestren que se está en presencia de un incumplimiento absoluto o que antes de la fecha en que debe cumplirse la obligación, es evidente que ésta no se cumplirá[342]. Una situación podría ser cuando el deudor expresa su voluntad de no cumplir. Cuando esa voluntad de no cumplir es tácita, será necesario que de los actos realizados por el deudor se infiera –sin lugar a dudas- su intención de no ejecutar la obligación. No basta cualquier manifestación de voluntad contraria a la intención de cumplir, sea en forma expresa o tácita[343].

El autor italiano Mosco –citado por Ramella[344]- refiriéndose a la labor jurisprudencial europea expuso: "Así se ha declarado que no integran tal presupuesto, la declaración de que momentáneamente se carece de medios para pagar, como tampoco la negativa a cumplir debida a la divergencia de opinión sobre el objeto de la prestación, o sobre como o cuando debe prestarse. Por el contrario, se consideran

---

a BoffiBoggero (que en su clase dictada el 25 de septiembre de 1962), expresó: "Cuando las partes se ponen de acuerdo en una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos, diría el art. 1.137 del C. Civ., para nuestra materia, derechos creditorios diríamos nosotros, e incumple lo allí establecido, comete un ilícito, y ese ilícito tiene la sanción reparatoria de daños y perjuicios".

[342] Ramella Anteo E., op. cit., al pie de la pág. 70, nota 116 recuerda que: La Convención Internacional de la Haya del año 1964, sobre venta de muebles, en su art. 76 dispone que: "cuando antes de la fecha fijada para la ejecución fuera evidente que una parte cometerá contravención esencial al contrato, la otra parte podrá declarar la resolución".

[343] Mosco, ob. cit., págs. 45, 46 y 47, cit. por Ramella E., op cit. pág. 70.

[344] Mosco, ob. cit. pág. 47,cit., por Ramella Anteo E., op. cit. pág. 70.

hipótesis suficientes para la resolución el hecho de que el deudor discuta la existencia del contrato, desee anularlo o se avenga a cumplirlo en condiciones inamisibles. Igualmente, cuando quiera cumplirlo en tiempo y lugar diversos de los pactados, o bien fragmentariamente, en vez de hacerlo de una sola vez".

Nos enseña Ramella[345] que también procede la resolución del contrato prevista por el art. 1.204 del Cód. Civ., aunque todavía no se haya incurrido en mora, cuando por culpa del deudor se haga imposible el cumplimiento futuro. Así tenemos -agrega- por ejemplo, que si perece la cosa cierta debida no cabe entrar a indagar si se ha incurrido en mora, no se justifica que se obligue el acreedor a esperar el vencimiento del plazo haciéndole correr innecesariamente el riesgo de sufrir mayores perjuicios. De lo que se sigue, que sería un supuesto de resolución contractual basado únicamente en el presupuesto legal de la culpa del deudor, que en este caso le incumbe la carga de la prueba al acreedor damnificado.

En las hipótesis de las obligaciones negativas (de no hacer) se advierte que no existe la posibilidad misma de mora, en razón de que no constituye un incumplimiento relativo, sino todo lo contrario, puesto que la violación a ese deber de no hacer importa por sí mismo un incumplimiento definitivo o absoluto.

Sin embargo, advierte Ramella[346] que esta opinión no es pacíficamente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia. Suele observarse que no existe norma expresa que establezca el derecho a la resolución, aun no mediando mora. Empero, existen en nuestro ordenamiento jurídico una serie de disposiciones jurídicas de las

[345] Ramella Anteo E., op. cit. pág. 71.

[346] Ramella Anteo E., op. cit. págs. 71/72.

cuales es posible extraer las conclusiones apuntadas. En efecto el art. 572 del Cód. Civ., establece que el deudor constituido en insolvencia no puede reclamar el plazo para el cumplimiento de las obligaciones. En materia de responsabilidad vemos que por aplicación de los arts. 888[347], 889[348] y 890[349] del Cód. Civ., si la prestación se hace imposible por culpa del deudor, surge a su cargo la obligación de pagar daños y perjuicios sin necesidad de aguardar al vencimiento del plazo. A su vez el art. 895 del Cód. Civ., expresa: "En los casos de que la obligación se extingue por imposibilidad de pago, se extingue no sólo para el deudor, sino también para el acreedor a quien el deudor debe volver todo lo que hubiese recibido por motivo de la obligación extinguida.

Para terminar, el estudio de este acápite, es menester concluir que es natural que la oportunidad para ejercer la facultad resolutoria sea, no solamente cuando

---

[347] El art. 888 del Cód. Civ. dice: "La obligación se extingue cuando la prestación que forma la materia de ella, viene a ser física o legalmente imposible sin culpa del deudor".

[348] El art. 889 del Cód. Civ., dice: "Si la prestación se hace imposible por culpa del deudor, o si éste se hubiere hecho responsable de los casos fortuitos o fuerza mayor, sea en virtud de una cláusula que lo cargue con los peligros que por ellos vengan, o sea por haberse constituido en mora, la obligación primitiva, sea de dar o de hacer, se convierte en la de pagar daños e intereses".

[349] El art. 890 del Cód. Civ., dice: "Cuando la prestación consiste en la entrega de una cosa cierta, la obligación se extingue por la pérdida de ella, y sólo se convierte en la de satisfacer daños e intereses en los casos del art. 889". Finalmente el art. 892 del Cód., Civ., prevé: "El deudor cuando no es responsable de los casos fortuitos sino constituyéndose en mora, queda exonerado de pagar daños e intereses, si la cosa que está en la imposibilidad de entregar a consecuencia de un caso fortuito, hubiese igualmente perecido en poder del acreedor".

ha transcurrido el término sin que se haya verificado el cumplimiento de la obligación, sino también cuando antes del transcurso del tiempo se tiene la certeza de que el deudor no cumplirá por su culpa.

49.- La culpa o el dolo como elemento de la mora. Su importancia y relevancia jurídica para la resolución contractual

Se define a la mora: como el retardo o retraso contrario a derecho, en el cumplimiento de las obligaciones, imputable a título de culpa o dolo al deudor. El art. 508 del Cód. Civ., se limita a determinar sus consecuencias; "El deudor es igualmente responsable por los daños e intereses que su morosidad causare al acreedor en el cumplimiento de la obligación". De esta definición se extraen tres elementos integrativos o constitutivos de la mora, y son: a) El retardo en el cumplimiento de la obligación. Este es el elemento material u objetivo. Para que este elemento exista, es necesario que medie una obligación exigible y que no se la haya cumplido acabadamente en tiempo propio y oportuno. b) La imputabilidad de ese retardo, o sea que el mismo se deba a culpa o dolo del obligado (arts. 512 y 521 del Cód. Civ.) y es éste el elemento subjetivo. La mora tiene que ser inexcusable, es decir producto del dolo o culpa del obligado. Este requisito no está expresamente exigido por la ley, y se concuerda en que era imprescindible, por estas razones: 1°) El art. 513 al tratar los efectos de la mora con relación al caso fortuito se refiere a la mora imputable. Así también el art. 509 última parte dispone que: "Para eximirse de las responsabilidades derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable. Tanto para la doctrina como para la jurisprudencia anteriores a la reforma del Código Civil, como después del agregado introducido al art. 509, la culpa del deudor en el retardo se

presume y queda a su cargo demostrar que tal situación se ha debido a las conocidas causales de excusabilidad: el caso fortuito o la fuerza mayor. c) Y la constitución en mora que resulta ser el elemento formal. Será entonces necesario interpelar en los supuestos de mora "ex–persona" y no será necesario interpelar en los casos de mora "ex-re" o mora automática[350].

En suma, el deudor es responsable de las consecuencias del caso fortuito o de la fuerza mayor, cuando se encuentra constituido en mora, que a su vez no fuese motivada por caso fortuito o fuerza mayor. Se sienta así con el art. 513 una presunción de culpabilidad que puede ser destruida mediante la prueba en contrario ("juris tantum"), e implícitamente erige la culpa o el dolo en elemento de la mora.

Finalmente, la culpa es un elemento de la mora y constituido en mora el deudor: "la culpa se presume", salvo prueba en contrario. Además, como quedó demostrado "ut supra", en el tópico que antecede, la culpa actúa como presupuesto de resolución contractual y asimismo es un factor de imputación subjetivo de responsabilidad atribuible al deudor incumplidor que por su conducta antijurídica ha causado un daño a otra persona o a sus derechos o patrimonio. De ahí su importancia y relevancia jurídica en la resolución contractual y los efectos que produce.

"Se resuelto que corresponde examinar, la conducta de ambas partes, para apreciar la importancia del incumplimiento de cada una de ellas, y según su importancia resolver el contrato por culpa de uno u otro"(CSFe, 2/12/70, J 38-198).

---

[350] Cazeaux Pedro N., Trigo Represas Félix A., Compendio de Derecho de las Obligaciones, Librería Editora Platense, La Plata, año 1986, págs. 113/116. Bustamante Alsina Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., año 1989, págs. 96/115.

"Otros han resuelto que la resolución, debe declararse por culpa de ambos" (CCom. C, 30/10/67, JA, 1968-II-102, f. 15.280). "La facultad para resolver el contrato que confiere el pacto comisorio sólo puede ser ejercida cuando el incumplimiento de la otra parte es culpable" (CCiv. 2°, 19/12/49, JA 1950-I-446; CCiv. A, 16/4/68, LL 132-448, f. 61.211; CCiv. F, 6/6/61, JA 1961-V-58; CCom. C, 22/10/64, LL 118-409, f. 53.561; SCBA, 25/2/64, JA 1964-II-484, f.8420; C1°LPl., 21/5/48, JA 1948-II-583; CTuc., 29/2/68, LL 131-1115-S-17.772), "por lo que no funciona cuando es debido a un caso fortuito (CCiv. 2°, 5/6/39, LL 14-980, f. 7197), "como ocurre cuando quien prometió en venta un inmueble muere, en cuyo caso media una imposibilidad jurídica de escriturar, postergándose su exigibilidad durante el tiempo necesario para tramitar el juicio sucesorio (SCBA, 25/2/64, JA 1964-II-484, f. 8420), "a menos que el contratante se haya hecho cargo del caso fortuito" (CCiv., 2°, 5/6/39, LL 14-980, f. 7197)[351].

50.- La culpa del que ha dejado de cumplir

Por regla general es necesario para que proceda la resolución contractual que autoriza el pacto comisorio, que el incumplidor haya obrado con culpa[352], siendo esta la culpa de la parte contra la cual se pretende hacer valer el

---

[351] Fallos glosados en Código Civil, Anotado, T° II, de Salas Acdeel E., y Trigo Represas Félix, Ediciones Depalma. Bs. As., año 1979, págs. 68/69.

[352] En el plenario de la Cámara Civil de la Capital Federal, autos: "Civit Juan c/ Juan Progress y otro", de fecha 22 de febrero de 1990, se hace referencia al incumplimiento culpable de la frustración del negocio y que en su parte pertinente se transcribe: *"Aquí el interés negativo no puede limitarse en la forma indicada, sino que debe colocarse al no culpable –o no responsable- en la situación patrimonial*

derecho o facultad resolutoria, que para la corriente de opinión de la "tesis subjetivista" –a la que adhiero- juega un requisito inexcusable, sin desconocer que el contrato podría quedar sin efecto por causa de incumplimiento inimputable al deudor, producido por caso fortuito o fuerza mayor, lo cual denota una imposibilidad de pago sobreviniente que produce la extinción de las obligaciones y la eximición de responsabilidad.

Es que la culpabilidad es un requisito esencial para que opere la resolución del contrato –ya sea por aplicación del pacto comisorio expreso o tácito, por las siguientes razones: a) Tanto el art. 1.204 del Cód. Civ., como el art. 216 del Cód. de Com. facultan no solo a optar por resolver las obligaciones en caso de incumplimiento, sino también a demandar el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, siendo admisible cuando ha mediado culpa o dolo del incumplidor deudor (arts. 511, 512 y 521 del Cód. Civ.). b) Según Ramella[353] en la práctica la carga de la prueba de la culpa, no pesa sobre la parte que la ejercita, en virtud de tratarse en la

---

similar pero no peor a aquella que tenía antes de contratar. Si a consecuencia del incumplimiento del negocio, el contratante, a quien nada hay que reprocharle, se vio obligado a pagar por otro inmueble una suma mayor o se vio privado de concretar otra operación similar con otra persona, no se advierte por qué razón el culpable –o el responsable- de la frustración de aquél no habrá de resarcirle los daños que de ello se deriven" (Voto de la mayoría en forma impersonal). En síntesis se concluyó que: " Al declararse la resolución del contrato por el ejercicio del pacto comisorio, es viable el resarcimiento del lucro cesante por los daños y perjuicios ocasionados durante el tiempo en que duró la mora del contratante incumplidor". (Fallo citado por Garrido Roque Fortunato y Zago Jorge Alberto, Contratos Civiles y Comerciales, T° I, Parte general, Editorial Universidad, Bs. As., año 1998, págs. 413/417).

[353] Ramella Anteo E., op. cit. pág. 120.

mayoría de las veces de obligaciones de resultado, y para la procedencia de la acción, en principio, basta con probar el hecho objetivo del incumplimiento; pero ello no quiere significar que el deudor no pueda, por lo común obstar el ejercicio de esa facultad, probando su falta de culpa. En las obligaciones de medio, o sea aquellas en que el deudor no asegura un resultado, será menester la prueba de la culpa del incumplimiento para que la resolución, si es discutida, se la declare justificada. c) Que no puede dejarse de reconocer que la culpa del que ha dejado de cumplir no es en realidad un presupuesto autónomo del ejercicio de la facultad resolutoria, puesto que va implícito con el requisito de la mora, en razón de que para que ésta opere, es menester, como se ha dicho, la culpabilidad[354].

51.- Falta de culpa de quien pretende la resolución

---

[354] Ramella, Anteo E., op. cit. págs. 121/122. Véase también a Augusto M. Morello, en El boleto de compraventa inmobiliaria, 2da. Edición, Ed. Librería Editora Platense-Abeledo Perrot, La Plata, año 1975, págs. 624, 625, 626, 627 y siguientes, que al tratar el tema del pacto comisorio expreso, escribe sobre el incumplimiento culpable del contrato, y al respecto textualmente decía: "Este criterio subjetivo, tiene vigencia en diversas jurisdicciones pues son numerosos los pronunciamientos que deciden que el hecho de que el boleto de compraventa contenga un pacto comisorio a favor del vendedor, si el comprador no escritura en determinado lapso, no es por sí sólo bastante para decretar la resolución sino que es necesario investigar de quien fue la culpa de la falta de cumplimiento, porque si de la prueba surge que el vendedor no prestó la cooperación a que estaba obligado, lo que corresponde es denegar la resolución y obligar al vendedor a escriturar (Cám. Civ. 2° Capital, 19-12-49; JA 1950, v. I. p. 446). En otro fallo se dijo: "Si no media culpa alguna del comprador cuya voluntad de cumplir aparece indudable o si habiendo incurrido en retraso éste no le es imputable, no funciona el pacto comisorio estipulado a favor del vendedor (Cám. Civ., Sala C, 6-5-59, JA 1960, v. III, p. 4, nro. 24, La Ley, v. 96, p. 5l).

Para la resolución de los contratos y con referencia al requisito de la culpa, debe agregarse que se exige, además, que la parte que pretende resolver las obligaciones no sea incumplidora, en el sentido de que no haya mediado incumplimiento imputable de los deberes a su cargo. El sustento legal lo encontramos en el art. 1.203 del Cód. Civ., al establecer que: *"...el contrato sólo podrá resolverse por la parte no culpable y no por la otra que dejó de cumplirlo"*[355]. Ramella[356] aclara que si bien este texto se refiere al pacto comisorio expreso, en este aspecto es de aplicación extensiva al pacto comisorio tácito, pues con relación a este último militan las mismas razones que la ley ha tenido en cuenta para negar, con respecto al primero, a la parte culpable, el derecho de liberarse de sus obligaciones. Esas razones son obvias. El legislador no puede admitir que una persona pueda obtener un beneficio de

---

[355] En la obra de Raymundo M. Salvat, Tratado de Derecho Civil Argentino, Fuentes de las Obligaciones, actualizada por Arturo Acuña Anzorena, T° I, Ed. TEA, Bs. As., año 1954, págs. 213 y 214, se indica que para ejercer el derecho a resolver el contrato que puede ser establecido, a favor de ambas partes, sólo le corresponde –esa facultad- a la parte no culpada del incumplimiento, y no a la que dejó de ejecutarlo. Es por ello que aún cuando el pacto comisorio esté establecido a favor del vendedor, si la escrituración no pudo realizarse por su culpa, puede el comprador pedir la rescisión del contrato (Cám. Civ. 2°, Cap., Ab. 4/927; J A., t. 19, pág. 215; ab. 4/927, JA, t. 24, pág. 488). Este principio se explica fácilmente: si la resolución del contrato pudiese ser demandada por quien no lo cumplió, éste tendría en sus manos el medio de faltar impunemente al contrato y los derechos de la otra parte podrían ser fácilmente burlados (Conf.: Arias, t. I, pág. 279; Spota, Resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento de una de las partes, en La Ley, t. 17, sec. Doct. núm. 33, pág. 109, cits. por Salvat y su actualizador Acuña Anzorena, op. cit. pág. 214 y su nota (242b) al pie de página).

[356] Ramella Anteo E., op. cit. págs. 122/123.

su propia negligencia. No está de más señalar que los arts. 1.204 del Cód. Civ., y 216 del Cód. de Com., en el último párrafo, dicen que "la parte que haya cumplido podrá optar".

De lo antedicho resulta que no podrá optar por la resolución, el acreedor que ha dejado de cumplir las obligaciones a su cargo, que son correlativas a aquellas cuyo incumplimiento se invoca para llegar a la resolución, en un todo de acuerdo con las previsiones de los arts. 510 y 1.201 del Cód. Civ. Tampoco lo podrá hacer el acreedor que ha dejado de prestar la colaboración, que era menester para que el deudor pudiera cumplir la obligación cuyo incumplimiento se pretende hacer valer. En este caso el deudor podría, inclusive, oponerse a la resolución argumentando que no se encuentra en mora, en virtud de no serle el retraso imputable (último párr. art. 509 del Cód. Civ.). Solución equivalente a la anterior, corresponde en el caso en que el acreedor ha tornado, por su culpa, imposible el cumplimiento de la obligación cuyo incumplimiento invoca para hacer valer la facultad resolutoria[357].

Todo lo expuesto precedentemente cuadra cuando la obligación a cargo del que pretende la resolución debe ser cumplida con anterioridad a la que corresponde a la otra parte, porque si es de cumplimiento contemporáneo, le basta para no ser incumplidora, con que ofrezca cumplirla (arts. 510 y 1.204 del Cód. Civ.). Al respecto opino que cabe acotar que se ha dicho que se presume insita en el acto de requerimiento judicial o extrajudicial la intención de cumplir con las obligaciones a

[357] Ramella Anteo E., en La resolución del contrato: Incumplimiento. Imposibilidad (Cap. XIII), en la obra colectiva, Contratos, Directores Trigo Represas Félix y Stiglitz Rubén S., Ediciones La Rocca, Bs. As., año 1989, pág. 297.

cargo del accionante (C. Com. de la Cap. en fallo Pub. LL, t. 23, p. 323. En contra: C. N. Com., Sala B, en fallo pub. en JA, t. 1959-V, p. 371, en el que se exigió la disposición material y jurídica)[358], salvo prueba en contrario (C.S.N., en JA, t. 18, p. 792). Lo mismo no sería incumplidora la parte cuya obligación es a plazo y éste no ha vencido todavía[359].

52.- Culpa post-contractual

El contrato es ley para las partes (art. 1197 CC.), y por lo tanto ellas están obligadas a cumplir lo que libremente han acordado, pero solamente luego de que aquél ha nacido. No podría pensarse que una persona quede obligada por un contrato antes de que éste haya nacido, salvo los supuestos de culpa pre-contractual.

La pregunta no puede evitarse: ¿Se puede responder post-contractualmente cuando el contrato ha concluido? En un primer momento pareciera que no, y que toda responsabilidad fuera del contrato sería extracontractual.

El Código Civil solo reconoce la responsabilidad contractual y la extracontractual. El Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial del año 2.000 trata la *"responsabilidad pre-contractual y post-contractual"*. La diferencia principal -sin perjuicio de alguna otra- radica en la existencia o no de un contrato que fundamente la obligación resarcitoria, ello con referencia a la responsabilidad pre-contractual. Mientras que en la responsabilidad pre-contractual, contractual y post-contractual la diferencia es temporal y, en la primera no hay contrato y, en la segunda y tercera sí; de ello se sigue que en la responsabilidad post-contractual (como estado de

[358] Ramella Anteo E., La resolución por incumplimiento, Ed. Astrea, Bs. As., año 1975, pág. 123.

[359] Ramella Anteo E., op. cit. pág. 124.

responsabilidad) se origina después de la extinción de las obligaciones principales, y de ese modo es una responsabilidad post-contractual.

Lo más importante es determinar cuando un contrato termina, a los efectos de apreciar cuando se origina la responsabilidad post-contractual, y de ese modo indagar cual fue la causa del incumplimiento post-contractual –con suficiente idoneidad- para producir un daño al acreedor, según el curso natural y ordinario de las cosas y de conformidad a la experiencia de la vida diaria (arts. 901 y 906 del Cód. Civ.).

El contrato se extingue de variadas maneras o modos, por lo general y es lo normal y habitual que se extingue con el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes. Son ínfimos los contratos que a diario se celebran y terminan en un conflicto entre partes. El cumplimiento del contrato es el modo normal de extinción del mismo y, pueden también extinguirse por resolución, rescisión, revocación, nulidad, imposibilidad de cumplimiento, caso fortuito o fuerza mayor, etc.

Desde que se origina el contrato hasta su extinción, ante el incumplimiento de alguna de las obligaciones asumidas por las partes, produce como consecuencia la obligación de responder, ya sea tratando de cumplir en especie sus prestaciones y forzadamente, sin ejercer violencia sobre la persona o subsidiariamente mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios causados (arts. 505 y 629 del Cod. Civ.). De esta manera se habla de responsabilidad contractual.

Ahora sí, cabe preguntarse si una vez finalizado el cumplimiento del contrato, una de las partes puede seguir obligada, a punto tal de asumir la responsabilidad por mal o defectuoso cumplimiento y/o por sus actos o hechos ilícitos

cometidos con posterioridad a la etapa de extinción del contrato, pero que guardan relación de causalidad adecuada con el incumplimiento, la inejecución o cumplimiento defectuoso del mismo –cuyos efectos disvaliosos precisamente se producen como resultado en el período post-contractual.. En estos supuestos: ¿Subsiste algún tipo de obligación o de responsabilidad en la persona del deudor?

Del contrato se originan obligaciones y cuando se cumplen íntegramente, aquél se extingue. Se cumple el contrato cuando todas sus obligaciones han sido satisfechas. En su consecuencia, la responsabilidad que nace del contrato se inicia y finiquita con éste, pues, en principio, desde que éste ha consumido su finalidad típica, no puede suscitarse problema jurídico alguno con ocasión del contrato celebrado.

Se ha dicho que el modo normal de extinción del contrato es el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes. Posterior a ello, quedan mas deberes, no sería contradictorio pensarlo. De este modo: ¿Qué es la responsabilidad post-contractual? ¿Cuándo se origina? ¿Cuál es su causa?

La responsabilidad post-contractual es la que nace después del cumplimiento de las obligaciones principales del contrato y se lo ubica en los momentos posteriores a su extinción. Ej. el abogado que cumplió totalmente con la prestación de sus servicios profesionales, y viola el secreto profesional, divulgando cuestiones íntimas relacionadas con el caso cuya asistencia jurídica prestó a su cliente.

El contrato genera obligaciones principales, y otras que son accesorias (arts. 523 y 524 y ss. y cc. del Cód. Civ.). La obligación de entregar la cosa y pagar el precio por la adquisición de la misma es una característica de la compraventa, el uso y

goce de la locación de cosas, entregar la cosa recibida en un mutuo o comodato, en el contrato de locación de obra ejecutar la obra y pagar el precio, etc., son todas obligaciones principales. Hacen específico al contrato, lo caracterizan, y lo tienen todos los de su tipo, por mas que reúnan modalidades distintas.

El (art. 1.198 Cod. Civ.) establece que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de "buena fe", y se traduce en la obligación de responder si se causa un daño y no se actúa con la buena fe requerida en la ley. Cuando las obligaciones principales se extinguen pareciera que el contrato ha corrido con la misma suerte. Empero, no es así, en la medida que aún subsisten deberes, por más secundarios que sean y en general el contrato sigue vigente.

Esto es lo que sucede cuando se habla de responsabilidad post-contractual, que se genera por el contrato. De modo que las obligaciones accesorias o secundarias –por más que el contrato se ha extinguido por el cumplimento de las obligaciones principales -aún subsisten para las partes- y no pueden ser consideradas extrañas a lo convenido o pactado. Es decir, que el incumplimiento de deberes contractuales accesorios no está fuera del contrato, sino dentro de él. De lo cual se infiere que la naturaleza jurídica de la responsabilidad –en estos supuestos- es contractual.

El Proyecto de Código Único Civil y Comercial para el año 2.000[360], en el Capítulo XIII, art. 1.063 ("Deber de buena fe") trata el tema de la responsabilidad

[360] El Proyecto de Código Civil, Unificado con el de Comercio para el año 2.000, fue redactado por los Dres. Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio Cesar Rivera y Horacio Roitman.

"Post-contrato". y que es donde mejor se logra interpretar lo que significan las relaciones jurídicas que se siguen manteniendo después y posteriores al cumplimiento del contrato. Así se ha proyectado que: "Con ulterioridad al cumplimiento de las obligaciones principales propias del contrato las partes deben seguir actuando de buena fe". Este deber regula: a) La determinación de la existencia y de los alcances de las obligaciones accesorias que subsisten, por estipulación de partes, o por estar virtualmente comprendidas en el contrato". b) "La restitución y la reparación de daños, en cuando correspondan una vez producida la extinción del contrato según lo previsto en el Capitulo XII de este Título. c) La interpretación y el cumplimiento de tales obligaciones".

Luis F. P. Leiva Fernández[361] considera post-contractual a la responsabilidad en que incurre por alguno de los ex-contratantes con posterioridad a la satisfacción de las prestaciones principales de un contrato, sea que se origine en un hecho posterior o anterior a dicha satisfacción. Será de naturaleza jurídica contractual si encuentra su causa en la violación de un deber legal, o en las previsiones tácitas del contrato cuya violación lleven a frustrar la ventaja obtenida al celebrarlo, y extracontractual en los demás casos.

En el Derecho Comparado el Cód. Civ. Español[362] en su (art. 1.258 que concuerda con los arts. 1.254 y 1.262 del CC y 57 del Cco.), suministra un

---

[361] Leiva Fernández Luis F. P., La responsabilidad post-contractual, Ed. La Ley, Bs. As., 2.002-D, 1336; Responsabilidad civil, Doctrinas esenciales, Parte general, Félix Trigo Represas (Director), T° I, Editorial La Ley, Bs. As., año 2.007, págs. 1020/1031.

[362] Código Civil Español, Editorial Civitas, S. A., Madrid, España, año 1992, pág. 363.

conocimiento provechoso y eficaz a esta idea de la responsabilidad post-contractual, al expresar que "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley".

El parafraseado autor –Leiva Fernández- ejemplifica con el siguiente caso, en el cual, revelar secretos no vinculados al contrato no es de naturaleza contractual, pero sí lo es revelar secretos cuyo conocimiento por terceros pueden conducir –potencialmente- a que estos terceros frustren el efecto económico del contrato originario y, considera que tienen nexo adecuado aquellas prestaciones (de no hacer) que en caso de ser violadas obstan a que el contrato celebrado y extinguido produzca sus efectos propios[363].

El citado ensayista[364] estudia: las garantías de los actos onerosos, el deber de confidencialidad y el caso de responsabilidad post-contractual de naturaleza jurídica extracontractual, de este modo y en el mismo orden reflexiona: a) que no cabe duda que la responsabilidad que surge en los actos a título oneroso por evicción[365] o

---

[363] Leiva Fernández, Luis F. P, op. cit. pág. 1.025.

[364] Leiva Fernández, Luis F. P., op. cit. págs. 1.028/1.030.

[365] El art. 2.091 del Cód. Civ. define: "Que habrá evicción, en virtud de sentencia y por causa anterior o contemporánea a la adquisición, si el adquirente por título oneroso fue privado en todo, o en parte del derecho que adquirió, o sufriere una turbación de derecho en la propiedad, goce, o posesión de la cosa. Pero no habrá lugar a la garantía, ni en razón de las turbaciones de hecho, ni aun en las turbaciones de derecho, procedentes de la ley, o establecidas de una manera aparente, por el hecho del hombre, o de pretensiones formuladas en virtud de un derecho real o personal de goce, cuya existencia era conocida al

vicios redhibitorios, se origina en una etapa posterior al cumplimiento de las prestaciones principales del contrato y en cuanto a la responsabilidad por evicción o vicios redhibitorios se origina en la violación de un deber predeterminado por la ley supletoria de los contratos y es de orden contractual. Sí subsiste la característica consistente en que en ambos vicios se frustra el efecto propio del contrato, consistente en adquirir el dominio u otro derecho real sobre una cosa o disfrutar de la misma. b) Deber de confidencialidad. La violación al deber de confidencialidad constituye el caso arquetípico de responsabilidad post-contractual de naturaleza jurídica contractual. El deber de confidencialidad es tan claro que en la Argentina ha sido receptado en la

---

tiempo de la enajenación". Requisitos para el funcionamiento de la responsabilidad. Es preciso que el adquirente –accipiens- haya recibido de su contraparte, el enajenante –tradens- un derecho a título oneroso. Veamos cuales son los requisitos para que funcione la responsabilidad: a) Privación o turbación del derecho (art. 2.091); b) Por causa anterior o contemporánea a la adquisición (art. 2.091), pues si la causa no existía desde el tiempo del contrato, siendo posterior a él, ninguna responsabilidad puede imputársele al enajenante, quien transmitió el derecho sin vicio alguno; c) Sentencia judicial. Para que haya acción por evicción es necesario, en principio, que la turbación sea consagrada por sentencia; vale decir que se promueva una reclamación judicial –que encuentra su origen en el vicio de derecho- por el denominado tercero reclamante y que ella sea acogida por los tribunales; d) adquisición a título oneroso. Para que el adquirente vencido tenga los derechos que nacen de la evicción, es preciso que el derecho a que se vio privado fuera adquirido a título oneroso (art. 2.091). (Véase López de Zavalía Fernando J., Teoría de los contratos, Editor Víctor de Zavalía, Bs. As., 1975, págs. 440/460 y Mosset Iturraspe Jorge, Contratos, Ed. Ediar, Bs. As., año 1987, págs. 397/412. **Los Requisitos del principio de evicción,** suponen una turbación que puede conducir a una evicción producida. La turbación que se computa es la de derecho y no la de hecho (art. 2.091) y consiste en una demanda judicial o reclamación extrajudicial que conduciría a una futura litis (nota al art. 2.091).

ley 24.766 (Ley de confidencialidad) cuyo art. 3°, en términos generales, prevé que toda persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios tenga acceso a una información considerada secreta, que tenga un valor comercial, y haya sido objeto de medidas razonables para mantenerla secreta, debe abstenerse de usarla y de revelarla sin causa justificada o sin consentimiento del usuario autorizado. c) El caso de responsabilidad post-contractual de naturaleza jurídica extracontractual. Es tratado con el siguiente ejemplo. Pararse frente al comercio que me cobró muy caro un producto que, además resultó de mala calidad, y decir a los potenciales clientes "no compren aquí que la mercadería es de mala calidad y muy cara", es post-contractual pero de naturaleza extracontractual, porque si bien se hace algo que no se debe hacer –esa obligación no es específicamente determinada previamente, ni –esto es lo importante- se vincula a asegurar los efectos del contrato ya celebrado y satisfecho con la entrega de sus prestaciones principales, el precio y la mercadería.

A modo de conclusión –dicho autor[366]- propone: 1°) Esta responsabilidad se produce en el período temporal post-contractual. 2°) El período post-contractual se inicia una vez satisfechas las prestaciones principales del contrato. 3°) El período post-contractual concluye al vencer el plazo de prescripción de la obligación legal específica o la genérica de toda obligación exigible. 4°) Las vicisitudes post-contractuales son hechos o actos, no meras negociaciones verbales.5°) Salvo los supuestos de naturaleza jurídica contractual por violarse un deber específico

[366] Leiva Fernández Luis P. F., op. cit. págs. 1.030/1.031.

de origen legal (continuación de la locación, evicción y vicios redhibitorios), los deberes vulnerados son obligaciones de no hacer. 6°) Salvo los supuestos de naturaleza jurídica contractual por violarse un deber específico de origen legal (continuación de la locación[367], evicción y vicios redhibitorios), las vicisitudes post-contractuales involucran a terceros. 7°) La naturaleza jurídica de la responsabilidad post-contractual es plural, existen supuestos de naturaleza contractual y otros de naturaleza jurídica extracontractual.

Es otro supuesto de responsabilidad o culpa post-contractual, la garantía legal del art. 1646 del Cód. Civ., el cual prevé que: "Tratándose de edificios u obras en inmuebles destinados a larga duración, recibidos por el que los encargó, el constructor es responsable por su ruina total o parcial, si esta procede de vicio de construcción o de vicio del suelo o de mala calidad de los materiales, haya o no el constructor proveído éstos o hecho la obra en terreno del locatario. Para que sea aplicable la responsabilidad, deberá producirse la reina dentro de los diez años de recibida la obra y el plazo de prescripción de la acción será de una año a contar del tiempo en que se produjo aquélla. La responsabilidad que este artículo impone se extenderá indistintamente al director de la obra y al proyectista según las circunstancias del caso, sin perjuicio de las acciones de regreso que pudieren competer. No será admisible la dispensa contractual de responsabilidad por ruina total o parcial".

---

[367] El art. 1622 del Cód. Civ. Juzga que no hay tácita reconducción, sino la continuación de una locación concluida, y bajo sus mismos términos, hasta que el locador pida la devolución de la cosa en cualquier tiempo, sea cual fuere el que el arrendatario hubiese continuado en el uso y goce de la cosa.

Para Jorge J. Llambías y Atilio A. Alterini[368] al sostener que por la naturaleza de la obligación de resultado, que compete a los sujetos de que se ocupa el art. 1.646, se los considera responsables en tanto no demuestren la existencia de una causa extraña (caso fortuito o culpa del propio comitente). Esta presunción "Juris tantum" halla su fundamento en que, de ordinario, la ruina deriva de la impericia propia o de los dependientes, en el carácter técnico de quienes actúan en la construcción, y en la circunstancia de que por lo común el comitente permanece ajeno a las obras. En esa línea de orientación –en cuanto a la carga de la prueba- se ha expresado la jurisprudencia que: "En el régimen del artículo 1.646 la carga de la prueba de haber habido caso fortuito o culpa del propietario incumbe al locador, puesto que la ley presume que los daños se debieron a vicios de construcción, o del suelo, o de la mala calidad de los materiales (C.Civ., Sala A, LL, 1976-C-7), lo cual se justifica porque en la generalidad de los casos la ruina es atribuible al locador – sea por impericia del personal o mala calidad de los materiales-, y por su calidad de técnico, unida a que ordinariamente el propietario permanece ajeno a la obra (C. Civ., Sala E, LL, 1977-C-182). La presunción legal es juris tantum (SCBA, LL, 155-644)[369]. De allí que frente a la presunción legal de culpa, al entrar en funcionamiento la garantía legal prevista en dicha norma, nos hallamos ante un supuesto de culpa post-contractual, sin embargo, para otro sector de la doctrina sería una responsabilidad objetiva post-contractual.

---

[368] Llambías Jorge J. y Alterini Atilio A., Cód. Civ. Anotado, T° III-B, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., año 1.985 págs. 420/422.

[369] Llambías Jorge J. y Alterini Atilio A., op. cit. pág. 422.

En cuanto a la extensión del resarcimiento según el art. 520 del Cód. Civ., en el resarcimiento de los daños e intereses sólo se comprenderán los que fueren consecuencias inmediatas y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación, siendo necesario que la inejecución de la obligación fuese maliciosa para que también se resarzan las consecuencias dañosas mediatas (art. 521 del Cód. Civ.) o que la cuestión degenere en un delito del derecho criminal (art. 1.107 del Cód. Civ.); entendiéndose por consecuencias mediatas a aquellas que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto (art. 901 del Cód. Civ.).

53.- Culpa "in eligendo" e "in vigilando"

Culpa "in eligendo". Concepto: Consiste en la falta, defecto, ligereza o negligencia en la elección de una persona para desempeñar tarea o función determinada, en que después causa daño a un tercero. Se considera que ha carecido de acierto para escoger el personal bajo sus órdenes y no es inocente del perjuicio que en esa forma haya podido producirse. Existe una participación importante en cuanto a la responsabilidad por lo que se refiere a la persona que eligió, admitiéndose – a modo de ejemplo- la responsabilidad indirecta del principal (empresario laboral) por actos ilícitos que realiza el empleado dentro del ámbito de las funciones encomendadas. De esta manera se crea una presunción de culpa o negligencia en la elección del personal, que recae en cabeza de quien elige, que obliga al que lo contrató a asumir la responsabilidad de los daños que el contratado causa a terceros. Se trata pues de la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno[370].

[370] Esta es una de las teorías subjetivas en que se fundamenta la responsabilidad del principal o de quien encomienda la ejecución de una función o actividad determinada, mediante la cual responde

Culpa "in vigilando". Concepto: Consiste en la omisión del deber de vigilancia que sirve de fundamento a la responsabilidad por el daño causado por otro, obligando a indemnizar al que incumple su deber de vigilancia a quien sufrió el daño. Tradicionalmente se funda esa responsabilidad indirecta o refleja en la presunción de que en tales casos median siempre la denominada culpa "in vigilando" (culpa en la vigilancia) y que consiste en la falta, defecto o negligencia de cuidado o vigilancia. Se considera, con razón, que quien ha ejercido una fiscalización deficiente sobre las personas que de él dependían, no es inocente del perjuicio que en esta forma haya podido producirse. Existe una participación importante en cuanto a la responsabilidad por lo que se refiere a la persona que no vigiló, y la ley impone una responsabilidad completa de esa persona frente al lesionado[371].

---

indirectamente por los daños que el tercero ejecutor cause a terceros, sin perjuicio de mencionar las otras teorías que le dan fundamento a esta responsabilidad refleja, a saber: tesis de la culpa "in vigilando", tesis de la culpa no específica: "in eligendo" o "in vigiando", tesis de la presunción legal de culpa, tesis de la representación en la acción, teoría del riesgo, y finalmente tesis de la obligación legal de garantía, que no se desarrollan pues no es objeto de estudio en esta obra.

[371] Para algunos autores y fallos de Tribunales la teoría de la culpa in vigilando, sería el fundamento de la responsabilidad de los padres, que radica aquí en una presunción de falta de cuidados; el legislador ha supuesto que los padres, valiéndose de los poderes de dirección que la ley les confiere, han podido encauzar la conducta de sus hijos en condiciones regulares, de suerte que los hechos ilícitos cometidos por éstos, son el resultado de la omisión de esos cuidados; ha habido, pues, falta de vigilancia (culpa in vigilando), sin embargo hay otras teorías que le dan fundamento a la responsabilidad indirecta de los padres, que enumero seguidamente: Teoría del defecto en la educación, Tesis del fundamento económico, es decir la de encontrar un responsable solvente, frente a quien a sufrido un daño injusto, ya que los menores carecen en la generalidad de los casos de bienes. (Consultar Llambías Jorge J., op cit.

Visión jurisprudencial. “Se impone distinguir entre “deber de vigilancia” y deber de educación”, ambas son cargas impuestas a los padres, que si bien se complican no se excluyen entre sí (Del voto del Dr. Wayar)” (ST Jujuy, sala I, marzo 1-984, Andrade Lisandro D. y otra c. Artaza José H; ED, 108-670; Digesto Jurídico, A-D, Tomo III, Ed. La Ley, año 1996, pág. 982)”.

“Una criatura que aun no alcanzó la edad de dos años no puede salir del radio de vigilancia de sus padres o de las personas a cuyo cuidado haya sido dejada, sin que dicha circunstancia deje de obedecer a una inexcusable omisión en la guarda, reprochable a título de grave negligencia. Dicha culpa depone aún más en evidencia en el caso habida cuenta del contorno del lugar de alejamiento de la niña, que dio como resultado su caída en la zanja anegada y posterior deceso (CNCiv., Sala E, mayo 3-982, Díaz de los Santos c. Alegre Pavimentos, S. A. ED., 100-555; Digesto Jurídico, T° III, A-D, Ed. La Ley, Bs. As., año 1996, pág. 982)”.

“Aunque no quepa duda de acuerdo a las constancias de autos que el recurrente ha sido un padre ejemplar, que ha dado un trato afectuoso a sus hijos y una educación acorde a su posición social ello no es suficiente para que se lo exima de responsabilidad puesto que en la emergencia omitió ejercer sobre el menor una vigilancia activa, como lo dice el art. 1.116 del Cód. Civ., tendiente a controlar o verificar los elementos que portaba este en ocasión de acompañarlo al colegio, máxime si se tiene en cuenta que el arma homicida es de grueso calibre y no podía pasar desapercibida fácilmente. Además esa responsabilidad resulta tanto más evidente dado

---

pág. 496 y Cazeaux-Trigo Represas, en Compendio de Derecho de las Obligaciones, T° II, Ed. Librería Editora Platense, La Plata, año 1986, págs. 761/2/3.

que en su carácter de propietario o guardián de la cosa, cuya peligrosidad es obvia, tenía la obligación de emplear los medios adecuados para impedir su apoderamiento -como lamentablemente sucedió- o en todo caso conservarla sin proyectiles o con el seguro que impidiera su uso o funcionamiento; previsiones que, por lo elemental de manera alguna podían ser omitidas (CApel. CC Concepción del Uruguay, junio 23-978-C., J. R. c. G., A. C.) Z 979-15-349, Pub. en Digesto Jurídico, T° III, A-D, Ed. La Ley, Bs. As., año 1996, pág. 982/3)".

"Cuando los hijos producen perjuicios se genera la presunción de la "culpa in vigilando", según las circunstancias del caso (CNCiv., Sala A, junio 6-990. Oñate Carlos c. Bárbaro Domingo; La Ley, 1191-A-198, Digesto Jurídico, T° III, A-D, Ed. La Ley, Bs. As., año 1996, pág. 983)".

Culpa "in vigilado de los padres: "El art. 1.114 del Cód. Civ., hace responsables solidariamente a los padres con sus hijos mayores de 10 años. Los progenitores tienen responsabilidad indirecta y los hijos responsabilidad directa, con una obligación concurrente entre ellos. La omisión en el ejercicio de la guarda del menor muestra que el deber consecuente resultó cumplido defectuosamente lo que equivale a culpa" (CApel. de Concordia, Sala Civ. y Com. N° 1, 21-10-2.008, "Frecero, Juan R. y otra c/ Yodici Rodolfo M., y otros s/ sumario", Pub. en La Culpa-II, Doctrina y Jurisprudencia, bajo la Dirección de los Dres. Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2.009, pág. 642).

54.- Culpa del acreedor

Como en los preceptos legal referentes al dolo, la mora, el caso fortuito y la fuerza mayor, también los arts. 511 y 512 sólo hablan del deudor. Esta previsión

responde a lo que sucede normalmente. Dado que el acreedor tiene interés en el cumplimiento fiel de la obligación, generalmente ocurrirá que el incumplimiento o mal cumplimiento de ésta se deba a la culpa del deudor. Sin embargo, a la par de lo que ocurre en los casos de dolo, mora, etc., las disposiciones respectivas se aplican al acreedor, Y hay supuestos en que por ej., por culpa del acreedor se ha hecho imposible, total o parcialmente, el cumplimiento de la obligación[372]. El art. 512 también comprende la omisión de las debidas diligencias del acreedor para prestar su conducta a los efectos del cumplimiento de la obligación. Las consecuencias jurídicas que la culpa del acreedor trae consigo son esencialmente las mismas que las de la culpa del deudor[373]. Con respecto a las consecuencias que acarrea la mora del acreedor, si el incumplimiento de la obligación se ha debido a un acto imputable causalmente al acreedor, es evidente que éste no puede pedir daños e intereses. Más bien debe indemnizar de su parte, si los actos imputables a él han podido perjudicar al deudor. La situación, entonces, es parecida a la que se presenta en el caso de mora del acreedor. Decían Rezzónico[374] y Borda[375] que la culpa del acreedor existe cuando este incurre en mora en recibir la prestación que se le debe, por omitir la diligencia que le impone esa situación. Y siempre que no haya en ello verdadero dolo de su parte, si esa culpa

---

[372] Busso Eduardo B., Código Civil anotado, T° III, Ed. Ediar, Bs. As., año 1949, pág. 288.

[373] Boffi Boggero Luis María, Tratado de las obligaciones, T° 2, Ed. Astrea, de Rodolfo Depalma y Hnos., Bs. As., año 1.973, pág. 205.

[374] Rezzónico Luis María, Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil, Ed. Librería Editorial Ciencias Económicas, Bs. As. año 1957, pág. 93.

[375] Borda Guillermo A., Manual de obligaciones, Editorial Perrot, Bs. As, año 1966, pág. 80.

perjudica al deudor, debe indemnizarle. Por su parte Cazeaux y Trigo Represas[376] exponen que la obligación puede haber sido incumplida por culpa del acreedor o sea porque éste negligente, descuidada e imprudentemente, ha omitido prestar la colaboración necesaria para recibir la prestación o ha hecho que la prestación se torne imposible. En el caso de que la culpa del acreedor haya hecho imposible la prestación, se produce además la liberación del deudor.

Para que proceda la resolución del contrato, dentro de los requisitos generales que son necesarios, se exige, además, que la parte que pretende resolver las obligaciones no sea incumplidora, en el sentido de que no haya mediado incumplimiento imputable de los deberes y obligaciones a su cargo. El sustento legal que lo indica es el art. 1.203 del Cód. Civ. , que dice: "el contrato sólo podrá resolverse por la parte no culpable y no por la otra que dejó de cumplirlo". El texto legal se refiere al pacto comisorio expreso, sin embargo es de aplicación extensiva al pacto comisorio tácito, pues con relación a éste último militan las mismas razones que la ley ha tendido en cuenta para negar, con respecto al primero a la parte culpable, el derecho a liberarse de sus obligaciones. A su vez cabe señalar que el art. 1.204 del Cód. Civ., y su concordante. externo el art. 216 del Cód. de Comercio, en el último párrafo, disponen que "la parte que haya cumplido podrá optar...".

Aplicando esa regla general a casos particulares, cabe afirmar que no podrá optar por la resolución, por ser incumplidor, el acreedor que ha dejado de cumplir las obligaciones a su cargo que son correlativas aquellas cuyo incumplimiento

[376] Cazeaux Pedro N., y Trigo Represas Félix A., en Compendio de Derecho de las Obligaciones, T° I, Ed. Librería Editora Platense S. R. L., La Plata 1986, pág. 162.

se invoca para llegar a la resolución. En esta hipótesis, aquel contra el cual se pretende hacer valer la facultad resolutoria, podría justificar su incumplimiento arguyendo que no se encontraba en mora en virtud de lo dispuesto por el art. 510 del Cód. Civ. (Fallo de la C. N. Civ., Sala F, en JA, t. 4-1969, p. 440)[377]. Lo expuesto precedentemente cuadra cuando la obligación a cargo del que pretende la resolución debe ser cumplida con anterioridad a la que corresponde a la otra parte, porque si es de cumplimiento contemporáneo (por ejemplo: el deudor abonará el saldo de precio deudor en la oportunidad de la suscripción de la escritura traslativa de dominio a su favor, por parte del acreedor) le basta para no ser incumplidora, con que ofrezca cumplir. Al respecto creemos oportuno acotar que alguna vez se ha dicho que se presume ínsita en el acto de requerimiento judicial o extrajudicial la intención de cumplir con las obligaciones a cargo del accionante (Así lo expresó la C. Com. de la Cap., en fallo publ. en LL, t. 23, p. 323. En contra: C. N. Com. Sala B, en fallo publ. en JA, t. 1959-V, p. 371, en el que se exigió la disposición material y jurídica), salvo prueba en contrario (Cfr. C. S. N., en JA, t. 18, p. 792). Lo mismo no sería incumplidora la parte cuya obligación es a plazo y éste no ha vencido todavía (C. 1° Civ. y Com. de Bahía Blanca, en fallo que se publicó en LL, 116, p. 47º, se sostuvo que el principio de la simultaneidad de las prestaciones en un contrato sinalagmático debe ceder frente a la concreta estipulación de que las obligaciones de una de las partes son a plazo cierto, sancionando su incumplimiento con pacto comisorio y cláusula penal, mientras que las de la otra no

[377] Ramella Anteo E., La resolución por incumplimiento, Editorial Astrea, Bs. As., año 1975, pág. 213.

tienen término estipulado, y el acreedor debe demandar judicialmente la fijación del mismo para su ejecución)[378].

El acreedor tampoco podría optar por la resolución cuando ha dejado de prestar la colaboración que era menester para que el deudor podría cumplir la obligación cuyo incumplimiento se pretender hacer valer. En este caso el deudor podría, incluso, oponerse a la resolución argumentando que no se encuentra en mora, en virtud de no serle imputable el retraso (último párr. del art. 509 del Cód. Civ.).

Solución equivalente a la anterior es la que corresponde en el caso en que el acreedor ha tornado imposible por su culpa el cumplimiento de la obligación cuyo incumplimiento invoca para hacer valer la facultad resolutoria. Aquí también el deudor podría obstar la resolución invocando su falta de culpa[379].

55.- Culpa recíproca

"Si media incumplimiento culpable recíproco, por lo que dejamos expresado, el pacto comisorio, en principio, no se puede hacer valer (cfr. C. N. Civ., Sala A, en LL, t. 115, p. 821 (10.614-S); C. N. Civ., Sala F, en JA, t. 5-1970, p. 555; C. 2° Civ. y Com. de Tucumán, en LL, t. 131, p. 1115 (17.772-S); pero si ambas partes pretenden llegar a la resolución, ésta debe ser admitida, porque la voluntad de los obligados sería coincidente en ese aspecto, que corresponde a un área en la cual, por no hallarse en juego el orden público, los particulares pueden válidamente convenir"[380].

56.- Culpa concurrente en la relación contractual. Concepto.

---

[378] Fallos citados por Ramella Anteo E., op. cit. págs. 123/124.

[379] Ramella Anteo E. op. cit. pág. 124.

[380] Ramella Anteo E., op. cit. págs. 124/125.

Existen supuestos en que la responsabilidad del deudor, sea por el hecho propio o por el hecho de terceros, no llega hacerse efectiva o bien se atenúa considerablemente. Una de estas hipótesis es la de la culpa concurrente. En tal sentido expresaba Busso[381] que a la culpa del deudor corresponda culpa del acreedor, o viceversa, y que la culpa concurrente o común de ambos impida el cumplimiento debido de la obligación. Parecería que en tal caso debiera establecerse como principio que la culpa de ambos no se tiene en cuenta y que cada parte debe soportar las consecuencias de su propia actitud. Sin embargo, como la graduación de la culpa que efectúa el Juez puede variar según los casos, y en nuestro derecho, los jueces tienen en esta materia cierto poder de apreciación judicial o jurisdiccional, aquel principio no es de aplicación rígida, sino que sólo se aplica conforme a las circunstancias de cada caso. De ahí que en la práctica la responsabilidad del deudor no se extinga, compensándola con la del acreedor, sino que se llegue, muchas veces, a la valoración judicial de ambas culpas, con la consiguiente distribución del grado de responsabilidad civil que le cabe a cada parte o protagonista del acto ilícito, más o menos equitativa, de las consecuencias.

Cuando nos encontramos frente a la situación conflictiva en que ambas partes han dejado de cumplir culpablemente las obligaciones a su cargo y accionan recíprocamente por resolución del contrato, en esta hipótesis en que media culpa recíproca y en lo que respecta a la indemnización de los daños y perjuicios, observándose una tendencia jurisprudencial en el sentido de distribuir los daños en

[381] Busso Eduardo B., en Código Civil anotado, op. cit. pág. 292.

proporción a la culpa de cada una de las partes, compensándolas hasta la menos grave[382]. Creemos necesario hacer notar –refiere Ramella[383]- que para que cuadre la solución apuntada, será menester que ambos incumplimientos revistan la suficiente entidad que es imprescindible para justificar el ejercicio de la facultad resolutoria, pues si sólo uno de ellos es importante, sólo a cargo del respectivo deudor serán las costas y contra él será procedente la pretensión resarcitoria que se haya deducido. Desde luego deberá observarse si alguno de los incumplimientos no ha tenido origen en la culpa de la otra parte, como sería el caso de la falta de colaboración debida por el acreedor, o si aparece justificado por una atribución legal, como ocurriría si se hubiese hecho valer, con razón, la excepción de incumplimiento (art. 1.201 del Cód. Civ.), puesto que en tales hipótesis si bien estaríamos frente al incumplimiento material de ambas partes, no existiría la culpa recíproca que presupone la cuestión planteada, o en otras palabras, un incumplimiento recíproco jurídicamente relevante[384]. De este modo, en el caso de

---

[382] Ramella Anteo E., La resolución por incumplimiento, Pacto comisorio y mora en los derechos civil y comercial, Editorial Astrea, Bs. As. año 1975, pág. 203.

[383] Ramella Anteo E., op. cit. pág. 203.

[384] Véase la nota del Codificador Vélez Sarsfield, al art. 509 del Cód. Civ., que en su ultimo parágrafo dice: "El acreedor se encuentra en mora toda vez que por un hecho o por una omisión culpable, hace imposible o impide la ejecución de la obligación, por ejemplo, rehusando aceptar la prestación debida en el lugar y tiempo oportuno, no encontrándose en el lugar convenido para la ejecución o rehusando concurrir a los actos indispensables para la ejecución, como la medida o el peso de los objetos que se deban entregar, o la liquidación de un crédito no liquidado". Por su parte el art. 510 del Cód. Civ. regula que: "En las obligaciones recíprocas, el uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir la obligación que le es respectiva". Además esta disposición legal concuerda con

incumplimiento recíproco, el Juez deberá apreciar judicialmente la entidad, la importancia o gravedad de dichos incumplimientos para decidir si entre las violaciones contractuales de uno y de otro contratante existe el nexo de causalidad adecuado, según el curso natural y ordinario de las cosas conforme la experiencia jurídica de la vida diaria y la relación de proporcionalidad necesarios para la resolución del contrato, a cargo de una, o de la otra parte, o recíprocamente graduando el grado de culpabilidad o de responsabilidad de cada uno de los contratantes. De manera particular, se pueden señalar sobre este punto los siguientes principios, a saber: la conducta del perjudicado tiene que haber constituido una concausa, o bien del daño experimentado, o al menos de su mayor volumen. Es decir, la concausa puede haber sido decisiva con respecto al origen del daño o bien en cuanto a su monto. La causalidad, es decir, la apreciación judicial del nexo causal, según el curso natural y ordinario de las cosas, según la experiencia jurídica de la vida diaria, se rigen por las reglas generales de la materia de acuerdo a los preceptos legales de los arts. 901 y 906 del Cód. Civ. Aquí debe anotarse que la conducta del perjudicado que ha contribuido al daño o a su volumen, tiene que haber sido culposa. La culpa puede existir frente a la otra parte (y no sólo "contra sí mismo"). Ello ocurre, al producirse el incumplimiento de la obligación -sea por negligencia, constituya una falta- cometida frente a la otra parte cuando el acreedor, por ejemplo omite hacer presente el riesgo de un daño especial. En efecto, -es muy

---

el art. 1.201 del Cód. Civ. que dice: "En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su incumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo".

elocuente el caso ejemplificado por Busso[385]- que se transcribe: "El perjudicado tampoco debe omitir las precauciones que las circunstancias aconsejen para reducir el daño. Así, p. ej., el inquilino que ve la finca amenazada por algún daño y que no lo ponga en conocimiento del dueño, es responsable del perjuicio que se le origine, de haber advertido a tiempo el peligro, hubiera podido evitarse". Más contemporáneamente, Bustamante Alsina[386] nos ilustraba con el siguiente ejemplo: "Si un mayorista de pescado debe entregar congelada la mercadería vendida a un comerciante que debe transportaba en camiones frigoríficos a otro lugar, y el primero con cumple su obligación y entrega el pescado sin congelar, y el segundo tampoco cumple con transportar en condiciones adecuadas como estaba convenido esa mercadería, produciéndose por ello la pérdida total. La indemnización que se debe al acreedor por el deudor tendrá que ser disminuida en relación a la influencia de las respectivas culpas. Tal vez sea razonable atribuir el 50% a cada uno, pues el pescado congelado probablemente no se hubiera perdido aún sin camión frigorífico y a su vez la mercadería en las condiciones entregadas hubiera llegado a destino sin perderse si se hubiese dispuesto de camión frigorífico".

Escribe Jorge A. Mayo que ambas culpas deben ser autónomas, es menester distinguir entre la culpa concurrente y la causa concurrente. Puede haber culpa concurrente y, sin embargo, una de ellas no ser causa del daño; a su vez, tanto la acción de una parte como la de otra son causas del daño, pero una de ellas no ha

---

[385] Busso Eduardo B., Código Civil anotado, op. cit. pág. 293.

[386] Bustamante Alsina, Jorge, en Teoría general de la responsabilidad civil, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. año 1989, pág. 261.

actuado culposamente. Por ello, se ha dicho que "cada uno de los actos culpables del autor y de la víctima, cuando el suceso perjudicial y el daño es uno, son mutuamente origen y causa del perjuicio, porque sin su concurrencia aquél no se habría producido. Por ello, si los aislamos, se comprueba que cada uno es causa de la integridad del daño, desde que la culpa del otro fue solamente uno de los factores que condicionaron su producción"[387].

57.- Sistemas de distribución de la responsabilidad frente a la culpa concurrente. Visión jurisprudencial

Se someterán a estudio solamente dos sistema de distribución del grado de la responsabilidad frente a la culpa concurrente del acreedor y del deudor y, que la mayoría de la jurisprudencia aplica combinadamente –las dos sistema jurídicos- para la mejor y más justa resolución de los conflictos o casos sometidos a su jurisdicción sobre este tema, a saber: a) División en razón del grado de culpabilidad. Según un importante sector de la doctrina, la distribución debe hacerse en función de la mayor o menor gravedad de las culpas de cada uno de los participantes, por dos razones: es importante conmensurar la causalidad y la indemnización de daños y perjuicios que tiene naturaleza sancionatoria-indemnizatoria. No se puede desconocer que por regla general, la culpa más grave tiene una mayor incidencia causal en la producción del daño. Durante muchos años la jurisprudencia francesa resolvió que la condena debe ser proporcional a la respectiva gravedad de las culpas cometidas. b) División en razón de la incidencia causal. Otra parte la doctrina propone distribuir el daño en la medida en

[387] Mayo Jorge A., en la obra colectiva de Belluscio-Zannoni, Cód. Civ. comentado, anotado y concordado, T° 2, Ed. Astrea, Bs. As., año 1993, pág. 652.

que las culpas de los partícipes han influido en su causación. Parecería que es la regla que se ajusta mejor a la idea de causalidad que preside la atribución del daño, siendo aquella que establece que cada cual debe soportar el daño en la medida en que lo haya causado. Se dice que este sistema es el que mejor se compadece con esta búsqueda de la relación más justa, pues es el que propugna la distribución del daño en la medida en que cada uno ha contribuido a causarlo.

Sobre la base de estos dos sistema combinados la mayoría de la jurisprudencia argentina, los aplica para la solución más justa de los casos que sobre esta temática se someten a su jurisdicción. Es también –dicen Kemelmajer de Carlucci y Parellada[388]- la solución del Código Civil italiano que dispone: "Si el hecho culposo del acreedor ha concurrido a causar el daño, el resarcimiento se disminuirá con arreglo a la gravedad de la culpa y a la entidad de las consecuencias que se han derivado".

El art. 360 de la Ley de Navegación 20.094 se atiende a la incidencia causal, en cuanto dispone que sólo: "si la proporcionalidad (de las culpas) no puede establecerse, la responsabilidad será soportada por partes iguales". Según Alterini-Ameal-López Cabana- la responsabilidad por culpa concurrente se distribuye "en proporción a la gravedad" de cada culpa[389].

Leonardo A. Colombo en su obra titulada "Culpa Aquilina" en el año 1947 nos adoctrinaba que la jurisprudencia de los tribunales nacionales, como no podía

---

[388] Kemelmajer de Carlucci Aída y Parellada Carlos, en la obra colectiva Responsabilidad Civil, de Jorge Mosset Iturraspe y otros, Capítulo VIII, Los factores subjetivos de atribución, Ed. Hammurabi, Bs. As. año 1992, pág. 166.

[389] Alterini-Ameal-López Cabana, op. cit. pág. 195.

ser de otro modo, estudio el asunto en numerosas oportunidades. Los fallos dictados al respecto abundan y de su ordenamiento sistemático es dable deducir las siguientes reglas: a) La culpa concurrente no exime de responsabilidad. Podría llegar a eximir de ella si fuese igual en las dos partes intervinientes. b) Determinada la responsabilidad recíproca de las partes, en relación a la cual debe el juez fijar, proporcionalmente, los perjuicios sufridos. c) Hace disminuir, por consiguiente, el monto de la indemnización. d) Debe tenerse en cuenta para graduar la reparación a pagarse[390].

Visión jurisprudencial. "Habrá que atenerse a la influencia causal de cada culpa. Si no se la puede establecer, es dable presumir que cada culpa ha gravitado en la medida de su gravedad (Cám. 2° Civ., y Com., La Plata, L. L. 129-1034, 16.742-S). Y, finalmente si nada de eso puede ser establecido, corresponde dividir por mitades la masa total de daños (Cám. Nac. Civ., Sala F, L. L., 115-266)"[391].

Frente al incumplimiento recíproco –tanto del actor como de parte de los demandados- (deudor-acreedor v./ acreedor-deudor) configurase una situación jurídica de culpa concurrente, que coloca a las partes en el mismo grado de responsabilidad concurrente, apreciando el juzgador la entidad y la importancia de dichos incumplimientos, decidiendo a la hora de fallar que entre las violaciones contractuales de uno y otro contratante existe nexo de causalidad adecuado, según el curso natural y ordinario de las cosas y de conformidad a la experiencia de la vida diaria, toda vez que tanto el incumplimiento del actor como el incumplimiento de los demandados causaron recíprocamente consecuencias disvaliosas (como efecto) en el

[390] Colombo, Leonardo A., en Culpa Aquiliana (Cuasidelitos), Ed. TEA, Bs. As., año 1947, pág. 209.

[391] Alterini-Ameal-López Cabana, op. cit. pág. 195.

patrimonio de ambos (arts. 901 y 906 del Cód. Civ.) y existe relación de proporcionalidad necesarios para la resolución del contrato a cargo recíprocamente de las partes, imputándoles culpa concurrente en el mismo grado y gravedad, admitiéndose la resolución toda vez que ambas partes lo pretenden. Declarada la rescisión del contrato por culpa concurrente, no debe reconocerse a ninguna de las partes el derecho a indemnización, pues ambas partes incurrieron en culpa de igual gravedad (Cámara de Apelación Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Matanza, Sala I, autos. "Cofeggi Rolando Martín c/ Ludueña Francisco Orlando y otros s/ rescisión de contrato", Causa N° 1013/1, R.S.D. 14/07, Folio 90, de fecha: 63/3/07).

El acreedor debe tomar las medidas necesarias para no agravar la situación del deudor, quien solo responde por los daños que derivan de su propia culpa, no por los causados por la negligencia o inactividad de aquel; tal el caso del dueño de una obra que deja transcurrir más de un año después de su recepción sin reclamar inmediatamente al constructor por los vicios aparecidos, si durante ese lapso se agravaron los daños por no haberse efectuado oportunamente las refacciones (CCiv. F, 19/3/59, JA 1959-V-127; Com. B, 19/6/59, JA 1959-VI-434; Com., B 5/10/66, LL., 125/56, Com. B., 28/7/61, LL 105-373)[392].

"La víctima incurre también en culpa si no toma a su vez, las medidas necesarias para disminuir el daño (SCBsAs., 9/10/45, LL, 40-836). También que: "La obligación del responsable no puede ser aumentada por la conducta del damnificado,

[392] Salas-Trigo Represas, Código Civil anotado, T° I, Ed. Depalma, Bs. As. año 1979, págs. 261/262.

quien debe realizar todas las diligencias necesarias para aminorar las consecuencias del hecho" (CCiv.Com. 2°, Sala II, La Plata, 25/11/58, ídem. 6/6/61, Dig.LL, III-898, n°314)[393].

58.- La culpa concurrente en los hechos ilícitos

En muchos casos el daño no obedece a una sola causa sino que deriva de la concurrencia de la actividad culposa de la víctima y del autor. La causalidad es distinta de la culpabilidad y que es ésta, y no solamente aquélla, la que genera la responsabilidad y la obligación del resarcimiento. Lo normal es que haya concurrencia de "causas", aunque no necesariamente de "culpas"; por ejemplo, en un choque entre dos personas que se desplazan sobre la vereda, si uno solo de los dos peatones es culpable –porque lo hacía imprudentemente a la carrera y atropello al otro peatón-, habrá concurrencia de causas pero no de culpas. Lo mismo cabe señalar en el supuesto de que haya habido –en la realidad fáctica- dos culpas, la del agente lesionante y la de la víctima, pero una de ellas ha carecido absolutamente de influencia en la producción del hecho dañoso, no ha sido en medida alguna determinante de él; en tal sentido Alfredo Orgaz[394] da el siguiente ejemplo: "un automovilista había estacionado su vehículo en lugar no permitido, pero otro automovilista, en pleno día, lo embistió violentamente a causa de su velocidad excesiva o de una maniobra inhábil o torpe. La culpa del primero no fue verdadera causa del choque, sino solamente la del segundo. Parafraseando al mismo autor, agrega que por otra parte, también es indispensable que

[393] Belluscio-Zannoni, Cód. Civ. comentado, anotado y concordado, obra colectiva, co-autor Mayo Jorge A., T° 2, Ed. Astrea, Bs. As., año 1993, pág. 651.

[394] Orgaz Alfredo, La Culpa, Ed. Marcos Lerner, Editora Córdoba, Córdoba, año 1992, pág. 230.

las diversas culpas sean autónomas entre sí. Si no lo fuesen y una de ellas fuese determinada por la otra, el caso tendría que considerarse como de culpa exclusiva del autor de la culpa determinante; por ejemplo, si el conductor de un automóvil lo lanza imprudentemente a gran velocidad y uno de los ocupantes, atemorizado, se baja del vehículo en marcha y se hiere o se mata, esta última culpa, determinada por la del conductor, se elimina en el juzgamiento del caso y éste se resuelve como de culpa exclusiva del conductor.

En la especie la culpa concurrente, presupone, en suma, que existen dos o más culpas autónomas que, a la vez, han sido causas del daño. En síntesis, hay dos o más culpas que concurren al mismo resultado. Lo que es común y único es el acto ilícito. Decía Llambías[395] que: "Hay culpa concurrente cuando el daño resulta de la conexión de la culpa del damnificado con la culpa del autor parcial del daño. Empero sólo cuadra hablar de culpa concurrente cuando la conducta de los culpables ha sido eficaz en la producción del daño y ha actuado con autonomía".

No es acertado hablar de una compensación de culpas, para resolver judicialmente las cuestiones en las que concurren dos o más culpas, pues la compensación es un modo extintivo de las obligaciones (art. 818 del Cód. Civ.) y en este caso la culpa de uno no extingue la culpa del otro, sino que la conducta antijurídica de ambos debe ser valorada al efecto de establecer la proporción del daño que cada uno debe soportar.

---

[395] Llambías Jorge Joaquín, Cód. Civ., anotado, T° II-B, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., año 1984, pág. 443.

En nuestros repertorios de jurisprudencia existe abundante jurisprudencia del caso del peatón distraído que cruza la calle por una zona no permitida y es atropellado por un conductor que circula a exceso de velocidad, la indemnización liquidada no cubrirá la totalidad de los daños sufridos por el peatón víctima, sino que el Juez debe valorar la conducta de ambos co-protagonistas en el hecho y adoptar el criterio de distribución.

59.- Sistema de distribución de las responsabilidades, denominado: "criterio de la influencia causal de cada culpa"

Es la combinación de los dos sistemas de división: en razón del grado de culpabilidad y el de división en razón de la incidencia causal, que la mayoría de la jurisprudencia aplica, pues precisamente se tiene en consideración la influencia causal de cada culpa concurrente. Es el más apropiado y justo y que para cuya adopción no hay obstáculo en nuestro derecho positivo, pues si el art. 1.109 del Cód. Civ., obliga al agente culpable a resarcir todo el daño que ha ocasionado y, si el art. 1.111 del Cód. Civ., somete a la víctima del daño a la necesidad de soportar todo el daño que el mismo se ha causado –por su propia culpa- es lógico jurídicamente hablando y de toda justicia, concluir que mediando culpa de ambos, tengan ellos que compartir el peso del daño en la medida en que cada cual contribuyó a causarlo culposamente[396]. Aunque la

[396] Colombo Leonardo A., Culpa Aquiliana, Ed. TEA, Bs. As., año 1974, págs. 204/210; Orgaz Alfredo, La Culpa, op. cit. págs. 229/236; Alterini-Ameal-López Cabana, op. cit. págs. 194/195; Bustamante Alsina Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., año 1989, págs. 260/263; Llambías Jorge Joaquín, Código Civil, anotado, T° II-B, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., año

discriminación causal no es cuestión sencilla, toda vez que si las culpas son dos, el hecho ilícito es único y los damnificados son dos, estimar el grado de responsabilidad de cada uno, podrá ser prudencialmente efectuada por los jueces, sin que la imposibilidad de lograr un coeficiente matemáticamente exacto impida arribar a una solución justa y aceptada socialmente.

A modo de ejemplo, para establecer la causalidad de las respectivas culpas en la producción del daño de cada uno (cuando existen daños recíprocos) y así distribuir el grado de responsabilidad que le cabe a cada co-protagonista del hecho ilícito, aportamos el siguiente caso. Así, si la culpa de Abel ha contribuido en la causación del daño en un 30%, y la culpa de Caín contribuyó en un 70%; el daño de Abel es de $100.000 será resarcido por Caín en la suma de $70.000 que representa el 70% de concurrencia de causalidad culposa. Y el daño de Caín de $50.000, será resarcido por Abel en la suma de $15.000, que representa el 30% de concurrencia de causalidad culposa. Compensando ambas deudas hasta el límite de la menor, por aplicación del art. 818 del Cód. Civ., Caín debe abonar a Abel, el importe de $55.000.-

En el supuesto de que exista un solo co-protagonista o participante dañado por la suma de $ 100.000 y se le imputa a su conducta culposa el porcentaje del 30% del perjuicio; el demandado sólo debe resarcir la suma de $70.000. Como se observa este es el supuesto que se da la existencia de factores concurrentes de causalidad culposa, pero el dañado es uno sólo, entonces el monto de la indemnización

---

1984, pág. 444; Kemelmajer de Carlucci Aída y Parellada Carlos, en la obra colectiva Responsabilidad civil, de Jorge Mosset Iturraspe y otros, op. cit. págs. 165/166.

debe ser disminuido en proporción al grado de influencia o incidencia del factor concurrente de causalidad culposa.

59 a) Visión Jurisprudencial: Concurrencia de culpas simultaneas y sucesivas

"La concurrencia de culpas puede presentarse en forma simultánea o sucesiva y, en este último caso de manera autónoma, o ser una de ellas consecuencia de la otra (C2°, LP1., 27/6/69, JA, 1969-Reseñas-595-S-69)[397]". En tal sentido puede decirse que existe concurrencia simultanea de culpas cuando, "hay culpa concurrente entre el cajero que en horas de atención al público dejó la caja para trasladarse a otro piso en procura de tapas de legajo y sin pedir la concurrencia del relevante, y el banco que no subsanó las deficiencias de que adolecía el cajón donde se guardaba el dinero, en cuyas circunstancias se produjo la desaparición de una suma (CNFed., Sala Civil y Com. Febrero 29-968, Rev. La Ley, 133-943 (19.156-S) en Actualización de Jurisprudencia, Daños y Perjuicios, Ed. La Ley, Bs. As., año 1972, pág. 45)". Cabe colocar entre los casos de culpa concurrente sucesiva autónoma: a) entre parientes de la víctima, que reclaman la indemnización por su muerte y que lo desatendieron después del accidente sufrido, y el culpable de que éste se produjera (C1°BBl., 30/10/64, JA 1965-I-159, f. 9687, b) o el damnificado, que pudiendo hacerlo, no aminora las consecuencias dañosas del hecho ilícito, tal el caso del lucro cesante que no es indemnizable si el damnificado pudo evitar la frustración de la ganancia adoptando oportunamente las medidas del caso para impedir prolongación del daño (CCiv. A, 19/8/63, LL 113-214, f. 51.483; SCBA, 9/10/45, JA 1946-I-59)"[398], por lo

[397] Salas-Trigo Represas, Cód. Civ. anotado, T° I, Ed. Depalma, Bs. As., año 1979, pág. 597.

[398] Salas-Trigo Represas, op. cit. págs. 534, 597 y 598.

que no es resarcible a tal título de privación del vehículo dañado por un tiempo superior al necesario para repararlo, si ello es imputable al propietario (CCiv. 2°, 31/7/41, LL 23.644), aunque este plazo puede ampliarse en razón de la situación económica del damnificado, cuanto no cuenta con recursos para proceder inmediatamente a la reparación (C1° LPl., 12/3/48, JA 1948-I-624; en contra: CCiv. B, 24/2/64, JA 1968-III-101 f. 10.286), ni es tampoco indemnizable como lucro cesante el tiempo durante el cual el taximetrista permaneció inactivo, si las refacciones que debían hacerse al vehículo insumían un lapso prolongado (cinco meses), por lo que durante éste debió procurarse otra ocupación lucrativa (C1° LP1., 15/4/52, JA 1952-II-348)[399].

60.- El supuesto de los daños recíprocos por culpa concurrente de las partes en la misma proporción

“Corresponde eximir a la Provincia de Bs. As. de indemnizar los daños ocasionados a raíz de un accidente entre dos helicópteros policiales de su propiedad, si se acreditó que dicho siniestro se debió a maniobras imprudentes, peligrosas y no permitidas de ambos pilotos, pues se trata de un supuesto de culpa exclusiva de la víctima (arts. 1.111 y 1.113, párr. 2°, del Cód. Civ.), en el caso, la colisión en pleno vuelo se debió al desplazamiento muy cercano uno de otro en formación de columna, desobedeciendo las instrucciones recibidas (CS, 2002/12/3, “Rodríguez Sampaio Américo José y otra c/ Provincia de Bs. As”)”[400].

---

[399] Fallos cits. por Salas-Trigo Represas, en op. cit. pág. 534.

[400] Leiva Fernández Luis F. P., Director del Tomo VI, Código Civil, comentado y anotado, Director de la obra Santos Cifuentes, Ed. La Ley, Bs. As., año 2.006, pág. 328.

61.- Concurrencia de la culpa probada con la presunción de responsabilidad objetiva por riesgo de la cosa

El criterio de la distribución del daño en función de la influencia causal de la culpa probada y la presunción legal de responsabilidad objetiva por riesgo o vicio de la cosa, juegan igualmente cuando se conjugan concurrentemente ambos factores de atribución de responsabilidad en la producción o causación del daño. Así por ejemplo, si el perjuicio proviene en parte del "vicio o riesgo de la cosa peligrosa en sí misma" (presunción de responsabilidad del art. 1.113 del Cód. Civ.) y en parte de la culpa probada de la propia víctima (art. 1.111 del Cód. Civ.), en el caso de que ésta viajara en el guardabarros de un automotor y se lesiona severamente en su cuerpo por la rotura del extremo de barra de dirección o el reventón de un neumático, etc. (vicio de la cosa) o que el daño se produjo por el riesgo de la cosa, al volcar el automóvil; no habría dudas que el damnificado fue culpable al prestarse a viajar en ese lugar inadecuado y en esas condiciones, y su culpabilidad resulta perjudicial por el hecho del vuelco del rodado; que a su vez habría tenido consecuencias menos dañosas si el viajero se encontraba en el interior del automotor y con el cinturón de seguridad sujetándolo. Hay, entonces una causalidad concurrente que nos conduce al reparto del daño sufrido por la víctima; esta debe soportar el perjuicio que ha padecido en la medida de la influencia causal que es dable atribuir, según las circunstancias de la persona y del lugar (art. 512 del Cód. Civ.) imputable a su propia culpa, sin perjuicio de que en lo demás subsistirá la presunción de responsabilidad del dueño o guardián del automotor, que no se descarta enteramente por cuyo riesgo o vicio produjo el resultado –causando parcialmente el daño- y que sólo se eximirá parcialmente de responsabilidad (art. 1.113

segunda parte del Cód. Civ.), cuyo grado de responsabilidad de cada uno de los co-protagonistas del hecho será fijado prudencialmente por el Juez.

Sobre la "culpa y el riesgo" se refirió Alfredo Orgaz[401] señalando al respecto que en todos los accidentes entre un automóvil (riesgo) y un peatón culpable, en estos casos, el principio es terminante; la culpa comprobada de la víctima, única causa del accidente, elimina la responsabilidad por riesgo[402] [403]. Esto resulta,

---

[401] Orgaz Alfredo, op. cit. pág. 237.

[402] "...La Corte Suprema de la Nación requiere para liberar totalmente de responsabilidad al demandado como dueño o guardián; es que la culpa de la victima reúna los caracteres propios del caso fortuito o fuerza mayor, es decir la imprevisibilidad o inevitabilidad propios de éste. No cabe duda alguna de que la aparición imprevista e inevitable de un peatón a la línea de tránsito de un vehículo constituye una eximente total de responsabilidad..." (Sagarna Fernando Alfredo, en Accidentes de transito. El peatón que aparece imprevistamente. Jurisprudencia de la Cámara Nacional Civil y de la Corte Suprema, La Ley 2.000-C, 508; Responsabilidad Civil, Doctrinas Esenciales, de Trigo Represas F., Ed. La Ley (Bs. As. 2.007), ps. 1374/1378). La culpa exclusiva del peatón, (o de la victima en los términos del art. 1.113, párr. 2° "in fine", Cód. Civ.) por cruce antirreglamentario de la calzada. Se ha entendido en el derecho judicial que se configura este supuesto si el cruce se realiza por el peatón "fuera de la senda de seguridad en forma imprevista y corriendo en una avenida de transito ligero (CNCiv., Sala F., 6/9/66 voto Dr. Collazo, "Ibarrola de Guido A. c. Seijas Antonio G, La Ley t. 125, p. 137). O cuando el paso es sorpresivo e imprevisto (CNCiv. Sala A, 31/8/89, Batistelli A. A. c. Delgado R. s. sumario). Para la Cámara de Apelaciones de Azul el cruce del peatón debe ser imprevisible e inevitable (causa 30.098, 21/10/88, Casas Rosa V. c. Rosales Atilio M., daños y perjuicios), o haber incurrido en culpa grave (causa 30.677, 31/7/89, Municipalidad de Tandil c. Palacios Alfredo V. y otro), cit. por Galdós Jorge M., Los peatones y el cruce fuera de la senda de seguridad, La Ley 1994-B, 276, Responsabilidad Civil, doctrinas esenciales, Director Trigo Represas F., Ed. La Ley Bs. As. 2.007, T° III, ps. 1338/1.346). En

ese mismo orden de ideas se ha entendido que se exime de culpa al automovilista ante la aparición súbita de la victima (CNEsp. Civ. y Com. Sala I, 27/9/79 Noya José c. Petracca Domingo, cit. en jurisprudencia condensada, E.D. 85-742, n° 35). O si la imprudencia es de tal naturaleza que el conductor circulando reglamentariamente no ha tenido tiempo de evitar el accidente (Garrido-Andorno, Ob. cit. cita 8, p. 324, cit, por Galdos Jorge M., op. cit. p. 1340). El quid valorativo radica en la determinación de la naturaleza de la irrupción del peatón; el dueño o guardián se liberará del riesgo creado si esa irrupción ha sido "súbita y si se realizó en una zona en la cual el conductor podía razonablemente esperar que dicho tramo no sería invadido por transeúnte alguno (Pizarro, ob. cit., nota 1, p. 546; Meilij (ob. Cit. cita 8, p. 77, n° 164) añade que esa aparición debe ser el único factor que generó el daño (Cit. por Galdos J. M, op. cit. p. 1340). Mosset Iturraspe dice que: "no es previsible el obrar de la victima, ni por ende evitar la colisión cuando el peatón "..." se lanza corriendo a cruzar la calle, o pretende atravesar el camino abruptamente sin que nada hiciera anticipar tal comportamiento (Mosset Iturraspe J., ob. cit., Responsabilidad por daños, t. II-B-43, cit por Galdos Jorge M., op. cit. P. 1340). El criterio mayoritario indica (Galdos Jorge M., op. cit. p. 1344) que: "el hecho de circular por las calles en estado de ebriedad implica una conducta culpable o imprudente que agrava los riesgos propios de la circulación (CNCiv. Sala D., 24/2/59, Wojtiuk R. c. Álvarez G., La Ley t. 94, p. 113, cit. por Galdos op. cit. p. 1344). Idéntica graduación se efectuó en caso de cruce, alcoholizado, de una ruta en horas de la noche por lugar no autorizado (CNCiv., Sala A, 5/12/91, Salas de Luján Águeda de J., c. Domínguez Juan –c. ED. , 138-251, cit, por Galdos Jorge M., op. cit. p. 1344).

[403] "La culpa absoluta de la propia víctima (arts. 512, 902, 1070, 1111 y 1113 del Cód. Civ.), que interrumpe el nexo de causalidad y exime totalmente de responsabilidad al demandado, dueño o guardián del automotor, sobre la base de las siguientes circunstancias que rodearon al caso y que en síntesis se enumera: 1º) el cruce de una ruta corriendo y esquivando automotores en estado de ebriedad; 2º) cruzar de noche por un lugar prohibido, con un muro divisorio de las dos trochas que lo impide; 3º) Todas estas circunstancias constituyen un hecho imprevisto e inevitable, asimilable al caso fortuito o la fuerza mayor del art. 514 del Cód Civ., sumándole a ello que se trata de una ruta de tránsito ligero, lo

inmediatamente del art. 1.111 del Cód. Civ.). Puede ocurrir, sin embargo, que la culpa de la víctima no sea la única causa del accidente, al concurrir causalmente con la presunción legal de responsabilidad objetiva por riesgo de la cosa, el caso se resolvería con aplicación de la causalidad concurrente, es decir con repartición del daño en la proporción que correspondería a la influencia respectiva de la culpa y el riesgo de la cosa[404]. En la especie, la presunción legal de responsabilidad por riesgo, sólo se

---

cual le otorga al conductor de la camioneta el derecho de la confianza. Por ello se exime totalmente de responsabilidad a la demandada, imputando la culpa a la propia víctima (Cám. Civ. y Com. La Matanza, Sala I, in re: "Domínguez Garay Inés y otro c/ Cortaberría Daniel Roberto s/ daños y perjuicios", causa nro. 1.725/1)".

[404] Se considera oportuno transcribir un voto del Dr. Jorge M. Galdos que dice: "Los peritos en accidentología destacan que "la utilización de los cascos es la más importante medida de seguridad para los motociclistas según los registros estadísticos en los cuales se compararon los accidentes fatales con los no fatales. El casco da dos protecciones simultaneas: distribuye las fuerzas concentradas sobre toda la cabeza y distribuye la energía del impacto" (Esposito Mario Degli, "La pericia accidentológica", Derecho de daños N° 3, ps. 286/287)..." Más adelante agrega: "Como hipótesis se puede decir que el casco protege al cráneo de los golpes y por tal razón se recomienda su uso". Ahora bien la doctrina legal de la Corte Provincial (...) sostuvo en un antecedente de 1997, por unanimidad, que"más allá de que la falta de casco es una infracción a una norma de tránsito que por si mismo no es determinante de responsabilidad (conf. Ac. 46.754 del 3/8/93; Ac. 47.547 del 31/8/93, etc.), dicha omisión podrá –eventualmente- incidir sobre la magnitud de las lesiones sufridas, más no se puede sostener que haya repercutido en la causación del hecho (S. C. Bs. As. Ac. 61.908, 15/7/97, "Chialli, Enrique A. y otro c. Iribas René L., s. ds. y ps.). Empero, luego esa doctrina fue sustentada en minoría, prosperando la tesis de que la "circunstancia de que con la falta de uso del casco protector se haya violado una norma de tránsito, no obsta a la reconstrucción integral de lo sucedido y aunque no constituya una fuente objetiva de responsabilidad, de ello no puede inferirse la imposibilidad de considerar el hecho mismo de la violación en consonancia con las demás circunstancias del caso" (S. C. Bs. As., Ac. 57.637, 15/9/98, "Granillo Olga C. c. Tedeschi, Lorenzo C. y otro" s. ds. y ps."; DJBA, 155-381) (CCiv. y Com. Azul, Sala II, "Miñaur de Sabathie, Dora E. c. Trucc, Inés S". , fecha marzo 9, de 2.000, Pub. LLBA, 2.000,

572)". "Cuando la lesión física o psíquica tiene relación causal inhesitable con la ausencia de casco protector, se impone atribuir la responsabilidad parcial a la propia víctima. En cambio con respecto al resto de las incapacidades que no guardan relación de causalidad adecuada o vinculación de causa-efecto con la lesión y la probabilidad objetiva, conforme sucede de ordinario según el curso natural y ordinario de las cosas, de acuerdo a la experiencia de la vida diaria y/o las máximas de experiencia del Juez, de que (por las apuntadas razones teóricas científicas, extraídas de estadísticas tomadas de accidentes, elaborándose de ese modo una construcción teórica obtenida a través de la experiencia o "empirie") la cobertura del casco protector hubiera incidido, aminorando o bien hubiera evitado, el efecto del daño. De esta manera, de haberse utilizado el casco protector y atendiendo a lo que sucede de ordinario, según también el curso natural y ordinario de las cosas, sobre la base de la ya descripta función protectora de dicho adminículo de uso obligatorio (art. 64 inc. 2° de la ley 11.430) la intensidad y magnitud de la lesión probablemente sería menor o no habría lesión. En suma se entiende que la incapacidad debe reducirse a la mitad, atendiendo también que el ciclomotor circulaba de contramano. Es aquí aplicable la doctrina legal casatoria sobre la relación causal –en el "sub-lite"- cocausación paritaria del daño (arts. 384 y 163 inc. 5° del Cód. Procesal; 901, 906 y concs. del Cód. Civ.; art. 64 inc. 2° Ley 11.430). El vínculo de causalidad exige una relación efectiva y adecuada (normal) entre una acción u omisión y el daño; este debe haber sido causado u ocasionado por aquél. Para establecer la causa del daño es necesario hacer un juicio de probabilidad determinando que aquél se halla en conexión causal adecuada con el acto ilícito, o sea que el efecto dañoso es el que debía resultar normalmente de la acción u omisión antijurídica, según el orden natural y ordinario de las cosas (Sala II, C.C.C. Azul, 11/6/96, Álvarez Mirta L. y otro c. Pianta, Sergio D. , J. A. 1997-II-183, LLBA, 1996-791)". "La lesión producida en la cabeza de la víctima tiene relación causal inhesitable con la ausencia de casco protector, por guardar vinculación de causa-efecto con la lesión y la probabilidad objetiva, según sucede de ordinario, de que (por las apuntadas razones científicas) la cobertura del casco protector hubiera incidido, aminorando, el efecto del daño. De allí y considerando que el motociclista circulaba también de contramano se postule reducir al 50% la lesión psicofísica porque, de utilizar casco protector y no circular de contramano (respetando las normas de transito), y atendiendo a lo que sucede de ordinario, según el curso natural y lógico de las cosas, partiendo de la ya descripta función protectora de dicho adminículo de uso obligatorio (art. 64 inc. 2º, ley 11.430) el resultado hubiera sido otro" (...) "El vínculo de causalidad exige una relación efectiva y adecuada (normal) entre una acción u omisión y el daño: éste debe haber sido causado u ocasionado por aquél. Para establecer la causa del daño es necesario hacer un juicio de probabilidad determinando que aquél se halla en conexión causal adecuada con el acto ilícito, o sea que el efecto dañoso es el que debía resultar normalmente de la acción u omisión antijurídica, según el orden natural y ordinario de las cosas" (Sala II, de la Cámara Civil y Comercial de Azul, 11/6/96, "Alvarez, Mirta L. y otro c. Pianta, Sergio D.", JA, 1997-II-183 -LLBA, 1996-791). En suma y dado que ambos vehículos circulaban de contramano –la camioneta Peugeot de mayor peso, porte y masa que el

desvirtúa parcialmente por la culpa de la propia víctima y procedería asimismo una repartición del daño, si bien debe reconocerse que la comparación entre el riesgo (abstracto) y una culpa (probada), para graduar la responsabilidad, tendrá necesariamente mucho el arbitrio del Juez.

En otros supuestos *"la culpa puede potenciar el riesgo de la cosa";* piénsese en las hipótesis en que los conductores de automóviles, de microómnibus, de camiones –a estos dos últimos- a los cuales se les otorga una licencia profesional para conducir (art. 902 del Cód. Civ.), etc., que no cumplen con las normas de seguridad vial, que con su conducta o comportamiento antijurídico –entre ellas- no tener en todo momento el pleno dominio del automotor (art. 902 del Cód. Civ. y arts. 39 inc. b y 50 Ley 24.449: "Conservación del dominio efectivo del vehículo"), no circular a velocidad reglamentaria (art. 51 inc. "a". aps. 1, 2 y 3, inc. "b" aps. 1, 2, 3 y 4; inc. "c", "d" y "e") aps. 1, 2, 3 y 4, y art. 52, Ley 24.449), violar la luz roja del semáforo (art. 44, inc., 2, Ley 24.449), no respetar la prioridad de paso de los peatones en el cruce de las calzadas por la senda peatonal en las zonas urbanizadas (art. 41 inc. "e", Ley

---

ciclomotor- (en violación a los arts. 47 y 59 inc 1° de la ley 11.430 y en contravención al Código de Tránsito) y el motociclista lo hacía sin el casco protector de su cabeza (violando su deber de auto-protección o de seguridad con el consiguiente consumo de seguridad (art. 64 inc. 2 de la citada ley), y hallándonos frente a un caso de presunciones concurrentes de causalidad o de responsabilidad –amerita que se distribuya el grado de responsabilidad entre los sujetos co-protagonistas del accidente (actor y demandado y su aseguradora) en un (cincuenta por ciento) 50% de responsabilidad para cada parte, por haber contribuido en la causación en ese porcentaje, quedando eximido parcialmente de responsabilidad (la demandada y su aseguradora) en el porcentaje del 50%, por haber incurrido la víctima en culpa (art. 512, 901, 902, 906, 1111 y 1113 del Cód. Civ.). (Cám. Civ. y Com. La Matanza, Sala I, in re: "Ramos Nelson Rubén c/ Almeida Gladis Noemí s/ daños y perjuicios", causa 1.372/1, sentencia de fecha 29/5/08)".

24.449), el conductor que no cede el paso en la encrucijada al vehículo que cruza desde su derecha (art. 41 “La prioridad del que viene por la derecha es absoluta”), etc., y que provocan estas conductas culposas, o negligentes (art. 512 y 902 del Cód. Civ.) –como resultado- la potenciación del riesgo de la cosa y la hacen más peligrosa, de allí la compatibilidad entre "el riesgo y la culpa" o "la culpa y el riesgo", que conviven - a mi juicio- dentro del sistema legal de la responsabilidad en armonía jurídica. En suma, la culpa y el riesgo no son excluyentes, son compatibles jurídicamente y viven y conviven armoniosamente en el derecho de daños. Al potenciarse el riesgo de la cosa, se produce como contrapartida un consumo de seguridad pública vial y a la inversa cuando más estrictamente se cumplen las normas de seguridad disminuye el riesgo. En suma, la potenciación del riesgo (“riesgo”+“culpa”) lo hace más activo en su participación en el hecho.

Finalmente, en el Capítulo V, titulado Accidentes, el art. 64, de la Ley 24.449, considera accidente de tránsito a todo hecho que produzca daño en personas o cosas como consecuencia de la circulación. Se presume responsable de un accidente al que carecía de prioridad de paso o cometió una infracción relacionada con la causa del mismo, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponderles a los que, aún respetando las disposiciones, pudiendo haberlo evitado voluntariamente, no lo hicieron. Precisamente esta disposición legal pone el acento en la conducta voluntaria del que pudiendo evitar el accidente no lo hiciere, de la cual se infiere que su comportamiento antijurídico (“como hecho propio”) contribuyó a causar o bien potenciar el riesgo de la cosa dañosa, de allí que se destaca la compatibilidad entre la culpa y el riesgo.

62.- Concurrencia del dolo del agente con la culpa de la propia víctima

Al producirse un hecho ilícito – decía Colombo[405]- puede ocurrir que haya culpa de la víctima (stricto sensu) y dolo del autor directo de ese hecho. El recordado autor se preguntaba: ¿Hasta que punto la actitud del lesionado puede influir sobre el monto de la reparación que deba abonar el injuriante?. Para dar una respuesta concorde con el carácter jurídico de la cuestión debe recordarse que quien actúa dolosamente lo hace con el designio perfectamente definido, buscando el resultado y considerándolo posible. Siendo así, ese resultado dará la pauta para la solución, porque si es obtenido pese a las dificultades con que tropieza el delincuente antes de verlo consumado, aquella intención habrá dado todos sus frutos. De esto se deducen dos conclusiones: 1°) La culpa aquiliana de la persona afectada no hace disminuir la indemnización que debe pagar el autor del dolo, porque la finalidad perseguida se ha cumplido en todas sus fases. En la especie, el principio general es que el dolo absorbe a la culpa y el caso se decide como si el autor del dolo fuese el único causante del daño[406]. Colombo[407] da el siguiente ejemplo: un ladrón entra en una casa y roba varios objetos; no porque su labor haya sido facilitada por la falta de cerrojos en la puerta principal de la finca y en varias de las interiores, será pasible de una condena menor y quedará exento de devolver a su dueño todos los objetos sustraídos. El agente doloso debe reparar la totalidad de los daños y en este ejemplo el ladrón no puede invocar la

[405] Colombo Leonardo A., Culpa Aquiliana, Editorial TEA, Bs. As., año 1947, pág. 250.

[406] Orgaz Alfredo, op. cit. pág. 232.

[407] Colombo Leonardo A., op. cit. pág. 250.

culpa del propietario que ha dejado la casa sin llave[408]. En estos casos, en efecto, la culpa no tiene relación causal con el daño y ha sido solamente un instrumento del dolo. Otro ejemplo: un médico quiere realizar una experiencia, que sabe es peligrosa para la víctima o la salud de la persona que se presta a ello, inducida por engaños por aquél. La víctima sabe que la operación es riesgosa y que se trata de un experimento. En caso de daño, la víctima o su familia podría exigir la pertinente indemnización sin tomarse en consideración la culpa en que habría incurrido el damnificado al prestar el consentimiento, pues esta última es un profano, un lego; el experto, el universitario es el profesional médico, el que cuenta con mayores conocimientos técnicos y científicos. Hasta ahora hemos visto el dolo del lesionante y la culpa de la víctima. Veamos ahora, que –podría suceder excepcionalmente- como decía Colombo[409] que la indemnización respectiva sería más pequeña cuando, a causa de la culpa del ofendido, las consecuencias hayan sido superiores a las realmente perseguidas por el agente, y ello se deberá a que una causa extraña a los verdaderos propósitos de este último se ha cruzado en su camino para aumentar el riesgo y sus lógicas derivaciones. En este supuesto -aduce Sourdat, citado por Colombo[410]- "que si alguna negligencia y, sobre todo, una falta grave del lesionado aumenta el daño, el culpable debe cargar con el

---

[408] Kemelmajer de Carlucci A. y Parellada Carlos, Cap. IX, El dolo, en la obra colectiva Responsabilidad civil, de Jorge Mosset Iturraspe (director) y otros, Ed. Hammurabi, Bs. As., año 1992, pág. 185.

[409] Colombo Leonardo A., op. cit. pág. 250.

[410] Sourdat, M. A., "Traité general de la responsabilité", t. I, p. 101, n° 108; París, 1.887, cit. por Colombo Leonardo A., op. cit. págs. 250/251.

aumento. Por lo menos los tribunales dirán hasta que punto la culpa de uno y otro ha intervenido como elemento de la perdida, haciéndolos soportar su valor proporcionalmente a la que le es imputable. Supongamos –agrega- que un muro ha sido destrozado en parte para cometer un latrocinio; la brecha debe ser reparada a costa del culpable. Pero el propietario afectado no intenta su acción sino largo tiempo mas tarde, intervalo las aguas de un torrente o de una tormenta penetran en su terreno por esa misma brecha y provocan estragos. Hay de su parte negligencia culpable; debió actuar con mayor premura y el perjuicio sobrevenido es hasta cierto punto obra suya, consecuencia directa y alejada del hecho primitivo, que no obliga al delincuente a pagar total o parcialmente el monto de los nuevos daños".

Apunta –Orgaz- en el caso inverso de la culpa del lesionante y dolo de la víctima, que se da en situaciones como la siguiente: Una persona se quiere suicidar aprovecha que viene un automóvil a gran velocidad, para cruzársele y ser aplastada. Aquí habría dolo (impropio) de la víctima y culpa del lesiónate, pero ésta, en el caso, ha jugado como un mero instrumento de aquél. No hay, por tanto, dos causas autónomas sino una sola, que ha utilizado a la otra como medio para lograr el resultado querido. Agregan al respecto Kemelmajer de Carlucci y Parellada[411] que la intención dañina de la víctima absorbe la culpa del demandado: no habrá responsabilidad del automovilista si, pese a alguna imprudencia de su parte, el daño se produjo por la conducta suicida de la víctima que se arrojó debajo del vehículo buscando una muerte segura. En la órbita contractual rigen los mismos principios: aunque el cliente se haya

[411] Kemelmajer de Carlucci y Parellada, en op. cit. pág. 185.

quedado dormido, el taxista que deliberadamente incumplió la obligación asumida de llevarlo al aeropuerto, debe reparar la totalidad del daño causado.

63.- El dolo de los auxiliares dependientes que concurre con la culpa de la propia víctima

A veces el incumplimiento de las obligaciones es provocado por la culpa o el dolo de los subordinados. Nuestro Código se refiere al tema en materia de responsabilidad aquiliana, pero sus principios son esencialmente aplicables a todo sistema de responsabilidad. Sea porque la culpa o el dolo de los subordinados haga responsable al principal por culpa en la elección, en la vigilancia, en la educación; o fuere porque haya un fundamento en el mandato, en la representación, en la fianza, en la garantía, en el riesgo creado, ex lege, lo cierto es que la norma genérica del art. 1.113 del Cód. Civ., hace responsable a los principales en tales situaciones[412]. Estas situaciones son aquellas en que el principal responde frente al tercero por el daño causado por su subordinado o ejecutor, siempre dentro de las funciones encomendadas, de ahí que se denomina: responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno o de otro.

Entonces, puede suceder que dentro de las funciones encomendadas al tercero ejecutor, el mismo con su comportamiento o conducta dolosa cause un daño a otra persona o sus derechos, como en el siguiente ejemplo: el constructor de una obra pide permiso al vecino para que ingrese en la morada contigua un dependiente suyo para revocar la medianera. Ya en el interior de la finca aprovechando que el vecino dejó sin llaves una puerta del fondo de la vivienda, le roba el dinero que el mismo

[412] Boffi Boggero Luis María, Tratado de las obligaciones, T° 2, Ed. Astrea, Bs. As., año 1973, pág. 206.

guardaba en su mesita de luz. Aquí nos encontramos ante un caso en que también el dolo del dependiente, absorbe la culpa de la propia víctima y hace responsable al principal.

Veamos ahora, el supuesto de responsabilidad contractual por el hecho de otro o por el tercero ejecutor, que dentro de las funciones encomendadas por su principal, con su conducta antijurídica y dolosa causa un daño al contratante-víctima que asume un comportamiento culposo. Nos situamos aquí dentro de la órbita de la responsabilidad contractual por el hecho de otro o del tercero ejecutor, que en este tema no existen en nuestro derecho reglas generales, como tampoco en el Derecho Francés –decía Jorge Bustamante Alsina- en "Teoría general de la responsabilidad civil", Ed. Abeledo-Perrot, año 1989, p. 349, donde la doctrina unánime de los autores ha considerado inaplicable el art. 1.384 del Cód. Civ. Francés (correspondiente a nuestro art. 1.113 del Cód. Civ.) a la responsabilidad contractual por el hecho ajeno, la cual se hallaría gobernada por principios propios. Sin embargo, la responsabilidad contractual por el hecho ajeno se encuentra contemplado en el Código Civil y en el Código de Comercio en situaciones particulares tales: como la responsabilidad de los posaderos (arts. 1.118 y 2230 del Cód. Civ.), de los transportistas (art. 1.119, 1° parte del Cód. Civ.), el empresario es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupa en la obra (art. 1.631 del Cód. Civ.), la responsabilidad del mandatario en caso de sustitución del mismo (art. 1.924 del Cód. Civ.), la responsabilidad del locatario por el daño o deterioro que causan por su culpa los domésticos y trabajadores, etc. (art. 1561 del Cód. Civ.), la responsabilidad del comodatario por pérdida de la cosa por sus agentes (art. 2274 del Cód. Civ.), la responsabilidad del albacea por los actos de su

mandatario (art. 3855 del Cód. Civ.), la responsabilidad de los barraqueros o administradores por las malversaciones u omisiones de sus factores, encargados o dependientes (art. 127 del Cód. de Com.), la responsabilidad de las empresas de ferrocarril, de los troperos, arrieros, y en general de todos los que se encargan de conducir mercaderías o personas, mediante una comisión, porte o flete, por las pérdidas o daños que le resulten por malversación u omisión suya o de sus factores, dependientes u otros agentes cualesquiera (art. 162 del Cód. de Com.)., Y finalmente agregamos –según nuestro criterio- la responsabilidad del transportista por los hechos de sus auxiliares o dependientes por los daños que les causen a las personas o cosas transportadas (arg. doc. de los arts. 126, 127, 136 1° parte, 150, 162 y 184 del Cód. de Comercio, y por aplicación analógica los arts. 1118, 1561, 1631 y 2230 del Cód,. Civ.)[413].

El representante convencional interviene por encargo del deudor o con su consentimiento. En estos casos no es necesario que el tercero que ejecuta la obligación sea o no dependiente del deudor. Así puede ser un mandatario o un empresario independiente a quien el deudor encarga la ejecución de una obligación. Se advierte destaca –Bustamante Alsina (op. cit. pág. 350)- que el ámbito personal de la responsabilidad contractual por terceros es más amplio que el de la correspondiente responsabilidad delictual; esta solo se refiere a los dependientes o subordinados.

En los estrados judiciales de la Capital Federal tramitó un caso por cierto muy interesante. Se trata de P. B. que fue acompañado por su esposa y dos hijos

[413] Véase también el art. 142 del Cód. Aeronáutico y los arts. 275 y 276 de la ley de Navegación nro. 20.094.

al Instituto de Servicios Bancarios para recibir un cheque c/ Bco. Nación Argentina por la suma de $48.039,00. En Viamonte y Cerrito toman un taxi conducido por J. A. C. que los trasladan al Bco. de la Nación Argentina (Casa Central) ubicado en Rivadavia y Reconquista. Dentro del rodado, la familia conversó sobre las posibilidades de inversión del dinero a cobrar. Al llegar a la Plaza de Mayo consultaron al chofer si sabía de alguna remisería en la zona y al responder que no, se ofreció a trasportarlos por la suma de $20,00 hasta la altura del Talar, luego de que concluyera el trámite en el Banco. El taxista esperó media hora estacionado en Rivadavia y Reconquista. Luego el trayecto que realizaron desde Plaza de Mayo fue determinado por C. (el taxista), seguidos por un Ford Rojo, que posteriormente pierden de vista; arribando a una estación de servicio de la Av. Obligado y Salguero, debiendo todos los ocupantes del auto bajar para cargar gas. Había en el lugar dos motocicletas de alta cilindrada y también el Ford rojo que los había seguido. Quedó acreditado en la causa penal que en este lugar el día 28 de noviembre de 1997 aproximadamente a las 13 hs. J. A. C, (taxista) intervino junto a siete personas en el despojo de la suma de $48.039, 00 que sufrió la familia B. Que la función de C. en el hecho fue trasladar a bordo de su taxi a estas personas hasta la estación de servicio de la Av. Obligado y Salguero, donde lo estaban esperando los demás partícipes del hecho que lograron fugarse. Que una vez que descendieron del rodado, uno de los individuos arrebató la cartera de M. K. Mientras otros dos sujetos golpeaban a P. y a G. A. B. para evitar que intervinieran. Luego los siete individuos se fugaron a bordo de las dos motocicletas y en el Ford rojo que sirvió de apoyo al accionar de los maleantes. Quedó probado que la empresa M. S. A. es responsable civilmente por el hecho de su dependiente –es decir por el hecho

cometido por el chofer del taxi -, condición esta reconocida en el responde y que surge expresamente del contrato de administración obrante a fs. 118/129. Surge del fallo en estudio que el agente ejecutor del contrato actuó con dolo. Fue condenado penalmente como autor responsable del delito de robo en poblado y en banda, a la pena de tres años de prisión en suspenso, con costas (arts. 26, 29 inc. 3, 45 y 167 inc. 2 del Cód. Penal). Debe distinguirse la conducta del deudor de la persona de la que se vale para el cumplimiento de la obligación[414]. El principal responde por la culpa o el dolo de sus dependientes o subordinados, tanto en la órbita contractual como extracontractual[415]. Los agentes dependientes o auxiliares, son las personas o sujetos que en el interés del deudor son utilizados por éste para el desarrollo de la prestación comprometida, es decir las personas de que se sirve el deudor para el cumplimiento o ejecución de la obligación. También afirma Mosset Iturraspe, que en los supuestos de dolo del dependiente o auxiliar, responde el principal, lo decían expresamente Bibiloni y el proyecto de 1936[416]. No obstante la conducta por demás negligente e imprudente de

---

[414] Véase: la obra "Responsabilidad por el hecho ajeno", en especial el Capítulo titulado: "Responsabilidad contractual del deudor por el hecho del tercero ejecutor", de Agoglia, Boragina y Mesa, Ed. Depalma, Bs. As., año 1995, págs. 163/164.

[415] Mosset Iturraspe J., y otros, "Responsabilidad civil, Capitulo IX escrito por Kemelmajer de Carlucci, Aída y Parellada Carlos, Ed. Hammurabi, Bs. As. Año 1995, pág. 182, ítem 8l.

[416] Mosset Iturraspe J., Responsabilidad por daños, T° I, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 1998, pág. 169, punto 6°. El Proyecto de Código Civil Único, unificado con el Código de Comercio, para el año 2.000, cuya redacción estuvo a cargo de los Dres. Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio Cesar Rivera y Horacio Roitman, Editorial San Isidro Labrador, Bs. As., año 1999, en la Sección novena, Responsabilidad por el hecho de terceros (art. 1657).

los actores al comentar en el taxi y con el chofer la razón por la que iban al Bco. de La Nación, al retirar de allí todo el monto percibido, guardándolo en la cartera de B., en lugar de abrir una caja de ahorros con la que podían operar en la sucursal de su domicilio sin transportar el dinero, aceptar que el taxista los esperara para conducirlo por el camino que él quisiera de regreso a su domicilio y pese haber visto el coche que los seguía y las dos motos sospechosas, la culpa de la propia víctima no alcanza para aplicar el art. 1111 del Cód. Civ., ni es el caso de concurrencia de culpas, pues en estos supuestos –como lo señala Compagnucci de Caso[417]- que en general hay coincidencia doctrinaria en que si la actitud dolosa concurre con la culpa de la víctima no se genera un supuesto de cocausación; el dolo absorbe a la culpa y es el único responsable el autor de la intención dolosa. En este caso debemos apartarnos de los principios de la relación de causalidad, para dar lugar a que la negligencia o el comportamiento de uno nunca puede equipararse a la intención dañosa del otro, y por ello desplaza al comportamiento culposo de la víctima. La Cámara Nacional Civil, Sala K, de la Capital Federal, en fecha 2.001/12/14, en "B., P. y otro c. Campos Jorge A., y otros", sentenció que: "El comitente debe responder por los hechos ilícitos que cometan sus dependientes con ocasión del servicio –en el caso, robo en poblado y en banda

---

Hecho de terceros, prevé: "Toda persona responde por el hecho que compromete la responsabilidad directa de los terceros que están bajo su dependencia, o de los que autoriza para actuar dentro del ámbito de su propia incumbencia, se sirve u obtiene provecho. La responsabilidad abarca el daño causado en ejercicio o con ocasión de sus funciones".

[417] Compagnucci de Caso, Rubén H., Responsabilidad civil y relación de causalidad, Ed. Astrea, Bs. As., año 1984, págs. 66/67.

perpetrado por un taxista y otros individuos contra sus pasajeros-, si medió culpa "in eligendo" debido a la falta de control de las condiciones subjetivas y aptitudes del dependiente -omisión de la empresa de taxis en valorar los antecedentes laborales y prontuariales de sus conductores-, pues el principal tiene una obligación legal de garantía que consiste en transportar al pasajero sano y salvo a destino"[418].

64.- Culpa exclusiva de la víctima. Condiciones. La culpa del tercero por el cual no se debe responder. Culpa (hecho) del tercero y culpa del demandado

Cuando la víctima actúa culposamente, sin cuidado o previsión, es negligente, descuidada o imprudente respecto de su persona exponiéndose por ello al peligro de sufrir un daño. Se dice entonces, que el acto voluntario de asumir el riesgo constituye, al igual que la culpa, un hecho ajeno que interrumpe el nexo de causalidad y excusa o exime de responsabilidad al autor del hecho, o del dueño o guardián del animal o de la cosa peligrosa. En su consecuencia, aunque exista una culpa del autor del hecho o un riesgo creado por una cosa peligrosa, el daño no hubiera sobrevenido a la víctima si ella no se hubiera expuesto voluntariamente y sin previsibilidad al daño potencial, interferido con su hecho culposo en el proceso causal y determinado su propio daño. El art. 1.111 del Código Civil dispone que el hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna[419]. En su nota el Codificador Vélez Sarsfield cita las fuentes en la L. 203, Dig.

---

[418] Fallo publicado en el diario La Ley, del día miércoles, 12 de junio de 2.002, págs. 5/8.

[419] El art. 1611 del Proyecto de Código Civil Único, unificado con el de Comercio, del año 1998, dispone frente al hecho del damnificado que la responsabilidad también puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho propio del damnificado en la causación del daño, salvo en los casos en que la

"De reg. Juris". Aubry y Rau, que ponen el caso siguiente. Si alguno, arrojando alguna cosa sobre un terreno que le pertenece, y que no está sometido a una servidumbre de paso, hiriese por causalidad a un extraño que se encontraba allí sin permiso, no comete un cuasi delito. Bustamante Alsina distinguía[420] que cuando la víctima acepta un riesgo conocido expone su persona al peligro de sufrir un daño para alcanzar el fin propuesto, suministrando dos ejemplos para deslindar ambos campos, a saber: si un desaprensivo peatón atraviese la calzada cuando avanzan los vehículos a favor de la luz verde del semáforo, comete un acto culposo por imprudencia o descuido. En cambio, si un peatón se arriesga en la calzada en igual circunstancia para salvar a un niño en trance de ser atropellado, comete un acto de abnegación asumiendo conscientemente el riesgo. No todo hecho de la víctima constituye causa ajena. El hecho debe ser culposo y se habla de culpa de la víctima en sentido impropio, al infringir el mandato de atender a su propio interés, violando a mi juicio también, el deber de conducta impuesto en interés de otros, piénsese por ejemplo al peatón sumamente imprudente que en estado de ebriedad se dispone a cruzar una autopista –por un lugar prohibido- y a la carrera esquivando autos que circulan a velocidad reglamentaria, poniendo en riesgo su seguridad y la seguridad pública vial de terceras personas.

Para imputarle la responsabilidad a la víctima por su propia culpa, el hecho de la víctima que se daña a sí misma debe ser voluntario, si falta la voluntariedad del acto, si es el hecho de un inimputable, por ejemplo un menor de

---

ley o el contrato disponen que, a tal fin, debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial.

[420] Bustamante Alsina, Jorge, op. cit. págs. 258/259.

menos de diez años[421], un insano[422], etc., fuese por las circunstancias en que se produce imprevisible e inevitable, excluye la responsabilidad del demandado.

Condiciones. Lo que libera al demandado es la culpa de la víctima –así surge expresamente de los arts. 1.111 y 1.113 del Cód. Civ.- no meramente el hecho no culpable de ésta: el damnificado debe ser, en consecuencia, un sujeto imputable, esto es, capaz de actuar con discernimiento, intención y libertad, como ya se dijo su

---

[421] "Se trata de un menor de edad (seis años a la fecha del hecho) que comete un hecho involuntario (art. 897 y 921 del Cód. Civ.) bajo la guarda, cuidado y vigilancia de su abuela (art. 1.115 del Cód. Civ), que estando por cruzar una avenida se suelta de la mano de ella (téngase en cuenta que en el dictamen psiquiátrico producido a fs. 343/345 se informa que: "...*el menor Paradiso es portador de un trastorno de su conducta de tipo reactivo, de grado moderado a severo...",* (...) "y en forma imprevista e inevitable (art. 514 del Cód. Civ.) se dispuso a cruzar corriendo la Avenida Eva Perón (con doble sentido de circulación) por un lugar prohibido, fuera de la senda peatonal. Como es obvio jurídicamente no podemos imputar el hecho a la culpa de la propia víctima, por tratarse de un menor de escasos seis años, a los efectos de eximir totalmente de responsabilidad al dueño o guardián del automotor, empero se le atribuye la responsabilidad a un tercero por el cual no debe responder (art. 1.113 del Cód. Civ.), en este caso la abuela que resulta ser la madre del menor accidentado. El tercero no actuó con cuidado y previsión y que por su conducta voluntariamente culposa (art. 512 y 902 del Cód. Civ.) facilitó que la conducta del menor tuviera una participación activa en el hecho, como opuesto a la participación pasiva del automotor, que circulaba a velocidad reglamentaria. Se ha producido la interrupción del nexo causal –entre el hecho de la cosa riesgosa con participación pasiva y el resultado dañoso en la persona del menor con participación activa- y es la causa ajena (la culpa de un tercero por quien no se debe responder –es decir la culpa de la guardadora-, sin perjuicio de la culpa "in-eligendo" de la madre del menor o en la elección de la persona adecuada para ejercer la vigilancia del niño, que exime y libera totalmente de responsabilidad al dueño y/o guardián del automotor" (Cám. Civ. y Com. La Matanza, Sala I, autos: "Paradiso Pablo R. y Rizzo Antonia B. c/ Dopaso Carlos y otros s/ daños y perjuicios" Exp. N° 1.432/1, R.S.D. 79/08, F° 686, sentencia de fecha 9/12/08).

[422] Cuando la víctima es un incapaz, a su hecho "es equiparado el hecho culposo de sus representantes legales y de las personas de quien él ha utilizado", establece el art. 571 del Código de Portugal; es decir, la culpa del representante legal produce los mismos efectos que si fuera del representado (Orgaz Alfredo, op. cit. pág. 228, nota 4 bis al pie de página).

comportamiento o conducta debe ser voluntaria. Así señala Orgaz[423] que esta culpa (impropia) se aprecia de la misma manera que la propia, es decir, como un defecto de conducta, que puede ser intencional (dolo) o no intencional, pero resultado de una negligencia o de una imprudencia (culpa propiamente dicha). Si el damnificado es un inimputable (menor de diez años, o un insano), y su hecho, objetivamente imprudente, que se constituye en la única causa del daño, en principio subsiste la responsabilidad del dañador, tanto si ella se funda en una presunción de culpa como si deriva del riesgo creado. Y subsiste por el todo del daño, ya que solamente quedaría en pie la culpa presunta –no destruida, por hipótesis- o la presunción legal de responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa. El hecho del inimputable –que se daña así mismo- debe ser imprevisible e inevitable asimilándolo al caso fortuito o la fuerza mayor, que exonera de responsabilidad (art. 514 del Cód. Civ.), por ejemplo: el menor o el insano, que se lanzó sorpresivamente a la carrera al paso de un vehículo –por una zona prohibida cruza una avenida de trafico denso-, sin dar tiempo al conductor para evitar el accidente, no habría responsabilidad de este último en caso de muerte o lesión. De este modo, se llega a este resultado justo, sin hablar de la "culpa" –que resultaría incorrecto- pues al inimputable no se le puede atribuir su propia culpa y aplicar expresa o virtualmente el art. 1.111 del Cód. Civil. Agrega Orgaz[424] que la solución es la misma partiendo del sistema de responsabilidad subjetiva o de la objetiva. Sin embargo –en estos supuestos de eximisión total de responsabilidad- queda a salvo, desde luego, la posibilidad de que corresponda declarar la responsabilidad del

[423] Orgaz Alfredo, op. cit. pág. 227.

[424] Orgaz Alfredo, op. cit. pág. 228.

representante del incapaz (padre, tutor, curador), en cuanto el accidente se habría debido a una culpa en la vigilancia de la víctima. Si el hecho del incapaz, que ocasionó el accidente, fue, al contrario, previsible o evitable por el conductor, conforme a las circunstancias, el demandado respondería del daño en razón de existir sobre el mismo una presunción legal de responsabilidad por riesgo de la cosa, por no haber acreditado la causa ajena que lo libere de su obligación de indemnizar.

La Suprema Corte de Justicia de la Pcia. de Bs. As. ha sentenciado que: *"... los peatones que atraviesan la calzada fuera de las sendas de seguridad donde la ley les reconoce prioridad de paso, lo hacen a su propio riesgo, pues sólo en dichas sendas los vehículos deben cederles el paso, consecuentemente si en dicha circunstancia se produce un accidente de tránsito se presumirá la culpa de la víctima"* (SCBA, del 13/7/99, "S., A. J. y otros c. C., L. G. y otros", LLBA, 1999-1008, cit. por Trigo Represas-López Mesa, Tratado de la Responsabilidad civil. T° III, Ed. La Ley año 2.004, pág. 834).

La Cámara Nacional Comercial, Sala A, en fecha 8/6/00, resolvió in re: "López Sara L. c. Erhart D.", (Púb. en La Ley, 2000-F-997. J. Agrup., caso: 15.375) que: "Si bien el peatón distraído o imprudente puede considerarse una contingencia propia del tránsito, es contrario a derecho considerar que el dueño o guardián de un automóvil deba hacerse cargo de la culpa grave de la víctima, en especial si el conductor circula por su mano y a velocidad reglamentaria" (op. cit. pág. 834).

Se ha dicho que aun cuando el conductor debe dominar en todo momento su máquina, tal obligación no puede llegar al grado de responsabilizarlo de todas las manifestaciones y graves imprudencias en que incurren los peatones u otros

conductores (ST Santiago del Estero, 19/12/95, R. H. c. Medina Ramón G. y otros, JUBA 7, sum. Z0001854, Emilia C. Domingo Maldonado y otros, JUBA sum. Z01011715; Cám. CC Córdoba 1ra. Nom., 26/5/92, Bazán Clemente c. Ninci, Héctor J., LLC, 1993-352, cit. op. cit. pág. 834).

Se resolvió que no corresponde responsabilizar al conductor de un automóvil por el accidente de tránsito en el cual resulto víctima un peatón que cruzó intempestivamente la calle, si la súbita aparición del menor en la vía de circulación del rodado, el cual se desplazaba a velocidad reglamentaria, determina la imposibilidad de su conductor de impedir la colisión (CNCiv., Sala H., 5//4/00, Romano Ezequiel A. y otros c. Ritossa Andrea H. y otros, La Ley 2000-F-271 y DJ, 2000-3-946); ello, pues si bien los peatones configuran un riesgo común de la circulación, dicho criterio no puede extremarse a supuestos en los que el irracional obrar de aquellos conforme un caso fortuito, por tratarse de un acontecimiento imprevisible e inevitable (CNCiv. Sala A, 5/6/00, Rodríguez Francisco R. c. Martínez Jesús O. y otro, La Ley 2000-F-99 y DJ., 2000-3-680, cits. por Trigo Represas y López Meza, op. cit. pág. 836).

Mosset Iturraspe y Novellino en su obra (Derecho de Daños, tercera parte, Ed. LaRocca, año 1996, pág. 205), al abordar el sub-tema, intitulado: “Supuestos de eximisión total (del conductor del vehículo por el hecho del peatón) refieren que: “Se trata, en consecuencia, de casos extremos, donde la prueba ha evidenciado imprevisibilidad e inevitabilidad; (...) y citan estos casos de jurisprudencia: “Peatón que se lanza a la calzada, a mitad de cuadra, de manera sorpresiva (CNCiv., Sala D, 18/5/73, LL, 154-618)” (...) – “Niño que se cruza inopinadamente (CApel. Civ. y Com.

Bahía Blanca, 30/4/74 LL. 156-552)" (...) –"Peatón que, de improviso y corriendo, se lanza a cruzar una calle" (Trib. Col. Juicio Oral, n°2, Rosario, 10/3/88, J. A., 81-309).

La Culpa del tercero por el cual no se debe responder. El artículo 1.113 "in fine" del Cód. Civ., establece que el dueño o guardián de una cosa, que ha producido daño por riesgo o vicio de ella, puede eximirse total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa "de un tercero por quien no debe responder"[425]. Literal y gramaticalmente, "tercero" es toda persona distinta del presunto responsable y de la víctima. Pero, -en sentido jurídico- clarifica Orgaz[426] que es solamente ese tercero que no se halla subordinado a ninguno de los otros dos y, en particular al demandado: no son terceros, por tanto, los dependientes o comisionados con respecto al patrono o principal, los directores y propietarios de colegios, ni las personas por las cuales contractualmente se deba responder (por ejemplo, los huéspedes de un inquilino, art. 1561 del Cód. Civ.). En la responsabilidad por el vicio de la cosa, tampoco es tercero el constructor o fabricante de ella, pues el precepto legal del art. 40 (incorporado por la ley 24.999, art. 4°, de la Ley de Defensa del Consumidor nro. 24.240, modificada por la ley 26.361), dispone: "Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador,

---

[425] El art. 184 del Cód. de Com., dispone que en caso de muerte o lesión de un viajero, acaecida durante el transporte en ferrocarril, la empresa estará obligada al pleno resarcimiento de los daños y perjuicios, no obstante lo cual cualquier pacto en contrario, a menos que pruebe que el accidente provino de fuerza mayor o *sucedió por culpa de la víctima o de un tercero por quien la empresa no sea civilmente responsable.* Correlatividades: arts. 11 y 65, Ley 2873.

[426] Orgaz Alfredo, op. cit. pág. 254.

el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

Cuando en el proceso causal sobreviene el hecho culposo de un tercero que determina normalmente el daño que otro experimenta, ese hecho constituye una causa ajena al presunto responsable demandado por la víctima. Queda así interrumpido el nexo causal y la responsabilidad se proyecta fuera de la órbita de actuación de éste, o de la cosa riesgosa que le pertenece o que tiene bajo su guarda, señalando como único responsable a ese tercero. Tercero es quien no tiene vínculo jurídico alguno de subordinación ni con la víctima ni con el presunto responsable[427]. La culpa del tercero puede haber sido la única causa del daño, o bien pudo haber concurrido con la culpa del presunto responsable, o darse una situación de causalidad concurrente, que han confluido a la producción del evento, en igual o diferente medida, como en el supuesto de la presunción legal de responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa que concurre juntamente con la culpa de un tercero.

Nos indica Bustamante Alsina[428] que cuando estamos en presencia de un acto ilícito cometido por varios sujetos que bien pudieron actuar como coautores o solamente partícipes, tanto de un delito o cuasidelito en el primer supuesto, como de un cuasidelito en este último por la pluralidad de culpas concurrentes, la

[427] Bustamante Alsina Jorge, op. cit. pág. 265.

[428] Bustamante Alsina Jorge, op. cit. pág. 266.

responsabilidad es en cualquier hipótesis solidaria entre todos los autores o partícipes (arts. 1.081 y 1.109 del Cód. Civ.). Finalmente agrega Bustamante Alsina[429] que la responsabilidad compartida en términos de solidaridad existirá, tanto en el caso de que exista culpa del presunto responsable en concurrencia con el riesgo de la cosa de otro; como en el de riesgo de la cosa del presunto responsable con la culpa de un tercero. Es decir: tanto si un ciclista arrolla a un peatón tratando de adelantarse a un automóvil que avanza velozmente; como en el caso de un automovilista que arrolla a un peatón por esquivar a un ciclista que realiza una torpe evolución.

Compagnucci de Caso aclara –adhiriéndose- a Mosset Iturraspe[430] que cuando la norma alude a la culpa de un tercero lo decisivo como eximente no es que medie culpa o sea un factor sujetivo de imputabilidad, sino la intervención del tercero como autor perjudicado, agregando que con culpa o sin culpa el tercero es causa exclusiva del hecho dañoso, es el único responsable y el presunto autor se libera. En suma, poco interesaría si el accionar es culposo o no del tercero, lo importante es que se lo pueda identificar como agente autor del hecho ilícito, y en su consecuencia imputarle o sindicarle fácticamente la responsabilidad de los resultados dañosos. Además no basta con ser una persona distinta sino que no se encuentre ligada con un vinculo o relación jurídica que pueda hacer responsable al demandado en alguno de los supuestos en que se responde por otro. De allí que no son terceros aquellos por los

---

[429] Bustamante Alsina Jorge, op. cit. pág. 266.

[430] Compagnucci de Caso Rubén H., Responsabilidad civil y relación de causalidad, Ed. Astrea, Bs. As.. año 1984, págs.75/76. Mosset Iturraspe Jorge, Responsabilidad por daños, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 1998, p. 58, nro. 50.

cuales se responde indirectamente o en forma refleja, como los dependientes, subordinados, los hijos, pupilos, etc., De este modo, ni el comitente, ni el padre, tutor, etc., podrían pretender eximirse de responder alegando que se trata de un hecho de un tercero. El tercero puede ser una persona de existencia física o jurídica que pertenezca a la órbita del derecho público o del derecho privado. En coincidencia con Compagnucci de Caso, creemos que para que el hecho del tercero pueda eximir al demandado de responder, es necesario que presente los caracteres jurídicos de: imprevisible e inevitable[431]. Continuando con el parafraseado autor, el mismo ejemplifica que, cuado el guardián o el propietario no actúan con la debida diligencia y la cosa resulta hurtada, deben responder ante la víctima por el hecho dañoso; así por ej., el dueño del automotor que deja el vehículo con las llaves de contacto puestas, o en una cochera abierta, o con el motor encendido en la vía publica y las puertas abiertas. Con ello damos por sentado que el hecho del tercero (ladrón) igualmente hace responsable al propietario o guardián, porque este no prevé ni evita las consecuencias dañosas[432]. Esta causal exculpatoria, en las condiciones que acabamos de analizar, resulta aplicable en la responsabilidad por el hecho propio, como así también en la derivada del hecho de los animales[433]. En los supuestos de responsabilidad por el hecho de las cosas riesgosas, peligrosas o viciosas, cuando la cosa es utilizada contra la

---

[431] El art. 514 del Cód. Civ., dice: "Caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse".

[432] Compagnucci de Caso Rubén H., op. cit. pág. 78.

[433] El art. 1.125 del Cód. Civ., dice: "Si el animal que hubiere causado el daño, fue excitado por un tercero, la responsabilidad es de éste, y no del dueño del animal".

voluntad expresa o presunta del propietario o guardián, estos se eximen de responsabilidad (art. 1.113 “in fine” del Cód. Civ.).

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala II, del Departamento Judicial de Morón, en la causa N° 25.867, R. S. N° 37, de fecha 27/3/91, resolvió un caso en el que resultaron protagonistas un caballo que atropelló a una niña, derribándola y proyectándola hacia la calzada, por donde circulaba un colectivo que transportaba pasajeros, que finalmente le causó lesiones físicas a la menor. El Tribunal entendió –con voto preopinante del Dr. Roberto Suares- que se trataba de un supuesto de atribución de culpa al dueño del animal, por haberlo dejado suelto en la vía pública, omitiendo los deberes de cuidado pertinentes- arts. 79 y 96, inc. 4°, ley 5.800-, dando por configurada la eximente total de responsabilidad atribuible a la culpa de un tercero por quien no se debe responder. En dicha oportunidad se dijo subsidiariamente, que aún cuando no se compartiera el enfoque jurídico, a igual resultado debía arribarse por aplicación de los principios que rigen el caso fortuito o la fuerza mayor –arts. 513 y 514 del Cód. Civ.- pero que de todos modos, en el caso concreto, estaba indicado que el accionar del equino tuvo los caracteres de imprevisibilidad e inevitabilidad requeridos como para liberar de toda responsabilidad al dueño o guardián de la cosa riesgosa, es decir el transporte público. Fundamenta el Sr. Juez Dr. Suares que: “...la relación causal entre el riesgo de la cosa causante del daño y el padecido por la menor, ha sido cortado por un factor extraño; la súbita aparición de un caballo que corriendo sin control, embistió a la menor arrojándola al medio de la ruta, en el preciso instante en que el colectivo de la empresa co-demandada llegaba a la parada ubicada en la Av. Unión, pasando la calle San Blas..”. (...) “Útil es recordar que ni la víctima, ni los

testigos expusieron que la menor estaba cruzando la Av. Unión en el momento del hecho, sino que detenida esperaba que pasara el colectivo..."[434].

La sentencia es clara, y se inclina admitiendo la eximición de responsabilidad del chofer y de la empresa de transporte de pasajeros, en el supuesto que el hecho se produjera por el accionar o la culpa de un tercero. El tercero responsable sería el dueño del caballo (art. 1.124 del Cód. Civ.), quien ha permitido su tránsito por la vía pública sin los recaudos exigidos por el art. 79, ley 5800, lo que constituye una infracción contra la seguridad de las personas (atr. 96 inc. 4° de dicha ley). Habría –entonces- la atribución de responsabilidad a un tercero anónimo y que no ha intervenido en autos. De la sentencia surge que el caballo tenía una lata atada en su cola, vale decir que el propio dueño o terceros pudieron haber creado las condiciones para que el equino se desplazara a todo galope, asustado y enloquecido (así relatan los testigos); en este supuesto, reza el art. 1.125 del Cód. Civ.: "Si el animal que hubiere causado el daño, fue excitado por un tercero, la responsabilidad es de este, y no del dueño del animal". Además prevé el art. 1.127, del Cód. Civ., si el animal que causó el daño se hubiere soltado o extraviado sin culpa de la persona encargada de guardarlo, cesa la responsabilidad del dueño.

Culpa (hecho) del tercero y culpa del demandado. Cuando el hecho ilícito que causa un daño al acreedor es la consecuencia del accionar concurrente de los agentes dañadores, es decir del demandado y de un tercero, la responsabilidad civil deberá ser compartida de ambos, que se origina en el mismo título a saber la autoría común del

[434] Conde Héctor Normando y Suares Cesar Roberto, Tratado sobre responsabilidad por accidentes de tránsito, T° I, Ed. Hammurabi, Bs. As., año 1995, págs. 297/299.

hecho que hace nacer la obligación de reparar[435]. Desde esta óptica clarifica Llambías[436] que la conjunción de culpas en la realización de un hecho dañoso puede presentarse bajo dos formas: la de co-autoría, y la de participación. Hay co-autoría cuando el hecho reconoce su causa inteligente y libre en la intención común de los intervinientes, en el caso "se ponen de acuerdo para realizar actos imprudentes" (López Olaciregui J. M., En la senda de los plenarios, reflexiones sobre el que afirma la solidaridad de los coautores de un cuasidelito, en J. A., 1966-II, Sec. Doct. p. 63, IX) Hay participación cuando se conectan accidentalmente ambas culpas y de esa conexión surge un daño único (véase la obra Estudio de la reforma del Código Civil, Ley 17.711, de Jorge Joaquín Llambías, ps. 256 y ss.).

De conformidad al art. 1.109 último párrafo del Cód. Civ., "Cuando por efecto de la solidaridad derivada del hecho de uno de los coautores hubiese indemnizado una parte mayor que la que le corresponde, podrá ejercer la acción de reintegro. Los copartícipes de un cuasidelito (terceros y demandados), resultan obligados solidariamente frente a la víctima. De manera tal, que después de haber hecho frente a la reparación el demandado tendrá una acción de regreso contra el tercero y aquí habrá que delimitar la incidencia causal de cada uno (y sus culpas) para determinar el monto que les corresponde soportar. En los supuestos de delitos la cuestión es totalmente diferente. Pues, si bien los coautores o coparticipes responden

---

[435] Llambías Jorge J., Tratado de Derecho Civil, Obligaciones T° III, Ed. Perrot, año 1982, p. 744, nro. 2.302, Compagnucci de Caso, Rubén H., op. cit. pág. 80.

[436] Llambías Jorge J., Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, T° III, Ed. Perrot, año 1987, pág. 744, nro. 2.302, nota 271, al pie de página.

solidariamente por el todo frente a la víctima, carecen de acción de reintegro entre ellos (art. 1.081[437] y 1.082[438] del Cód. Civ.).

"La solidaridad establecida por el art. 1.109 del Cód. Civ., presupone la existencia de culpa y la responsabilidad que regula el art. 1.113 queda excluida cuando se acredita la culpa de un tercero por quien no se debe responder (CS, 1977/11/22, "Vellón, Rodolfo A. y otros c. Vilares, Luis E. y otros" Fallos 299-197)". "Media culpa concurrente y en iguales porcentajes de la Provincia que tiene a su cuidado, mantenimiento y conservación de una ruta en la que ocurrió un accidente debido a las condiciones en que se encontraba el camino por la presencia de pozos-en el caso, de aproximadamente ochenta centímetros de ancho y veinte de profundidad, sin señalización- y del conductor del rodado porque la velocidad a la que conducía resultó gravitante en el desplazamiento del vehículo hacia la banquina y posteriores vuelcos (CS, 11/06/2.003, C., A. R. y tros c. Provincia de Córdoba"; La Ley 2.003-E-367, Sup. Esp. Intereses 2.004, 145)"[439].

66.- Triple culpa concurrente: del damnificado, del demandado y del tercero. Contribución entre corresponsables

---

[437] El art. 1.081 del Cód. Civ. dice: "La obligación de reparar un daño causado por un delito pesa solidariamente sobre todos los que han participado en él como autores, consejeros o cómplices, aunque se trate de un hecho que no sea penado por el derecho criminal".

[438] El art. 1.082 del Cód. Civ., prevé: "Indemnizado uno de ellos todo el daño, no tendrá derecho para demandar a los otros, las partes que les correspondieren".

[439] Fallos recopilados por Leiva Fernández, Luis F. P., en Código Civil, comentado y anotado, T° VI, Editorial La Ley, Bs. As., año 2.006, págs. 323, 324, 325 y 326.

En esta hipótesis –nos enseñaba Llambías[440]- que hay que comenzar por deducir la parte del daño atribuible a la influencia causal de la culpa del propio damnificado. El remanente de daño será el daño resarcible a cargo de los otros partícipes del hecho (demandado ofensor y tercero) ante el demandante, conforme a los principios explicados precedentemente.

Así por ejemplo: Si el damnificado A, sufre un daño justipreciado en $1.000, causado por su propia culpa en conjunción con la culpa de B y de C, hay que descontar de la indemnización el porcentaje o cuota de causalidad atribuible o imputable a su propia actividad o acción culposa; si se estima que ese porcentaje de contribución es del 40%, el daño resarcible queda reducido a $600, procediendo la acción de cobro por esa cifra contra B y C, indistintamente. Con posterioridad, quien efectúe el pago de la indemnización podrá demandar su contribución al otro obligado.

Contribución entre los corresponsables. En el supuesto que algunos de los responsables satisface la indemnización, a sus expensas, podrá exigir del otro responsable la contribución correspondiente, ello en los casos de cuasidelitos (art. 1.109 del Cód. Civ.), salvo que sea "autor, consejero o cómplice" (art. 1.081 y 1.082 del Cód. Civ.) constituyendo el hecho ilícito un delito civil (art. 1.072 del Cód. Civ.).

67.- Concurrencia de la culpa del tercero con el riesgo creado por el demandado

Esta hipótesis se puede plantear a partir de la sanción del art. 1.113 del Cód Civ, modificado por el Decreto-Ley 17.711/68, mediante el cual el dueño o guardián de una cosa si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa se

[440] Llambías, Jorge j:, op. cit. págs. 745 y 746. En igual línea de pensamiento se encuentran Mazeaud - Tunc, Tratado, 2-II, p. 265, nro. 1.663 y Compagnucci de Caso Rubén H., op. cit. pág. 82.

eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de un tercero por quien no debe responder[441]. Esto significa –decía Llambías[442]- que la ley ha previsto la posibilidad de la concurrencia de esas dos responsabilidades: *"concurrentes heterogéneas"*, la del tercero culpable del daño y la del creador del riesgo con el cual se vino a conectar la culpa del tercero.

Para el supuesto bajo estudio, contribuye al daño la actividad, la conducta o el comportamiento de un tercero (hecho) juntamente con el riesgo o vicio de la cosa, y por ende ambos deberán responder; propietario, dueño o guardián y el tercero, en proporción al grado de responsabilidad que le cabe a cada uno, en función de la incidencia de causalidad concurrente, pues el art. 1.113 del Cód. Civ., prevé especialmente: *si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, solo se*

---

[441] Cazeaux Pedro N. y Félix Trigo Represas, Compendio de Derecho de las Obligaciones, T 2, Ed. Librería Editora Platense S. R. L., La Plata, año 1986, págs. 854, 855 y 856; Trigo Represas Félix, Responsabilidad por daños, p. 39, Compagnucci de Caso Rubén H., Responsabilidad civil y relación de causalidad op. cit. pág. 83; Orgaz Alfredo, La Culpa, op. cit. 255/257; Pizarro Ramón D., en la obra colectiva Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial de Alberto J. Bueres y Elena I. Highton, T° 3A, Ed. Hammurabi, Bs. As., año 1999, pág. 576, 577 y 578; Pizarro Ramón Daniel y Vallespinos, Instituciones de derecho privado, Obligaciones T° 3, Ed. Hammurabi, Bs. As., año 1999, págs. 126/130; Bustamante Alsina J., Teoría general de la responsabilidad civil, op. cit. pág. 370/1, ps. 1.066, 1.067 y 1.068; Derecho de Daños, obra colectiva, Capítulo XI, Causalidad adecuada y factores extraños, autor: Pizarro Ramón D., Ed. LaRocca, Bs. As., año 1.989, págs. 287/290; Conde Héctor Normando y Suares Roberto Cesar, Tratado sobre responsabilidad por accidentes de tránsito, T° I, Ed. Hammurabi, Bs. As., año 1995, págs. 284/310.

[442] Llambías Jorge J., op. cit, pág. 747.

eximirá total o parcialmente de responsabilidad (el dueño o guardián de la cosa) acreditando la culpa de un tercero por quien no debe responder. De lo cual se infiere que parecería –"prima facie"– que en el supuesto de eximisión parcial del dueño o guardián de la cosa riesgosa o peligrosa-, estaría facultado el juez para graduar el grado de responsabilidad de cada uno de los co-partícipes en la causación del daño, porque el art. 1.109 del Cód. Civ. se refiere a la obligación solidaria de indemnizar que pesa sobre los *"coautores*[443]*"* de un hecho ilícito y no sobre los partícipes (dueño o guardián de la cosa riesgosa o viciosa y el hecho o la culpa de un tercero por quien no se debe responder) en que la responsabilidad sería compartida, sin embargo opina Orgaz[444], en coincidencia con Bustamante Alsina[445], que la victima puede reclamar la totalidad de la indemnización al dueño o guardián, pues considera tanto al tercero como al propietario o guardián "coautores" de un cuasidelito (art. 1.109, párr. 2°, del Cód. Civ.). El dueño o guardián tendrán una acción de reintegro contra el tercero por la porción de responsabilidad que le corresponde por su participación en el daño[446].

---

[443] Coautores, son aquellos quienes ejecutan la comisión de un hecho ilícito, o los sujetos que toman parte en la comisión o ejecución de un cuasidelito, consistente en la libre intención común de los intervinientes, en el caso si "se ponen de acuerdo para realizar actos imprudentes". La coautoría debe distinguirse claramente de la participación. Hay participación, cuando se conectan accidentalmente ambas culpas y de esa conexión surge un daño único.

[444] Orgaz Alfredo, op. cit. p. 256, nro. 103.

[445] Bustamante Alsina Jorge, op. cit. pág. 371, nro. 1.068.

[446] Orgaz Alfredo, en La Culpa, op. cit. pág. 256, en que da la misma solución para el caso de concurrencia de presunción de culpa con el hecho del tercero, o bien culpa probada en el demandado y presunción de culpa o riesgo del tercero.

Compagnucci de Caso ha glosado en su obra titulada: "Responsabilidad civil y relación de causalidad", un fallo de la Cámara Federal de La Plata[447] en que tuvo ocasión de juzgar el siguiente caso: "una camioneta embistió un poste de alumbrado publico y al caer lesionó a un joven, a quien por efecto de la corriente eléctrica que transportaban los cables sostenidos por la columna, le causó la muerte por electrocución". Quedó demostrado en los autos, que la columna se encontraba en mal estado de conservación, y ello unido al hecho del tercero –conductor del vehículo- causaron la muerte del infortunado muchacho. La Cámara juzgó bien que debía aplicarse el art. 1.113, párr. 2°, parte 2° del Cód. Civ., ya que el transporte de electricidad es "actividad riesgosa" o mejor dicho "hay riesgo de la cosa" y además aparecería en el hecho una cosa "viciosa", que era la columna perteneciente a la compañía de electricidad. Pero –continúa relatando Compagnucci de Caso- que en la cuestión que lleva nuestra inquietud, el Tribunal consideró que el hecho del tercero no resulta óbice para que la propietaria de la cosa (compañía de electricidad) pueda eximirse de abonar la totalidad de la indemnización a los legitimados actores. Por ello la compañía fue condenada a pagar como obligada "solidaria", sin perjuicio de la acción por reintegro que hubiera lugar contra el agente directo o responsable del vehículo. Finaliza –en este tema el parafraseado autor[448]- que coincide plenamente con

---

[447] CFed. La Plata, Sala I, 10/6/82, "Pesado c/ Segba", LL, 1983-B-74, voto del doctor Andrada, cit., por Compagnucci de Caso, Rubén H., op. cit. págs. 85/86.

[448] Compagnucci de Caso, Rubén H., op. cit. pág. 86. En la obligación concurrente el acreedor tiene derecho a reclamar la totalidad del objeto a prestar a cualquiera de los obligados; si bien hay diferentes causas, el objeto es único. (Trigo Represas, El régimen de las obligaciones, Zeus, 11-D-7; Llambías,

la solución dada al caso, aunque aclara que para él no se trataría de una obligación "solidaria[449]", sino, "concurrente".

Jorge J., Obligaciones, t. II-A, op. cit., pág. 563, n° 1287; Salvat R., Acuña Anzorena, Fuentes de las obligaciones, op. cit., p. 188, N° 2854; Alterini-Ameal-López Cabana, Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, op. cit. pág. 548/550, Compagnucci de Caso, Rubén H., op. cit. págs. 85/86).

[449] *Obligación solidaria:* Se designa así aquella obligación en la cual los deudores están obligados a una misma cosa, de suerte que cada uno de ellos pueda ser perseguido por la totalidad de la deuda, y el pago hecho por uno solo libera a los demás frente a los acreedores. La obligación solidaria da el derecho a cada acreedor de demandar el pago total del crédito aunque sea divisible entre ellos. Caracteres: Los rasgos distintivos de las obligaciones solidarias son los siguientes: a) Pluralidad de sujetos activos o pasivos. Esta característica ubica a las obligaciones solidarias dentro del género de obligaciones conjuntas. Puede presentarse simultáneamente una pluralidad de acreedores y deudores, dándose entonces la solidaridad mixta. b) Unidad de prestación; c) Unidad de causa; d) Pluralidad de vínculos concentrados o coligados; e) Carácter expreso de la solidaridad. No hay solidaridad tácita o inducida por analogía, requiriéndose para admitirla, una voluntad explícita de las partes o una decisión inequívoca de la ley: toda duda al respecto implica ausencia de solidaridad. *Obligaciones concurrentes:* Consisten en obligaciones que tienen un mismo acreedor e identidad de objeto, aunque diversidad de causa y de deudor; así las obligaciones que pesan sobre el culpable de un incendio y sobre la compañía aseguradora que asumió el riesgo de la cosa asegurada contra incendio. Hay un solo acreedor que es el dueño de la cosa incendiada; un mismo objeto, la reparación del daño producido en la cosa por el incendio; una distinta causa de ambas obligaciones, que para el culpable del incendio es el hecho ilícito y para el asegurador el contrato de seguro; y dos deudores diferentes, el autor del hecho ilícito y el asegurador. Otras obligaciones concurrentes son las que adeudan el ladrón y el comodatario negligente y, especialmente, el autor de un hecho dañoso y el principal o empleador del culpable del daño obrado por éste en el marco de la incumbencia. Tales obligaciones presentan los siguientes caracteres: 1°) identidad de acreedor, 2°) identidad de objeto debido, al que están referidas las obligaciones que concurren; 3°)

68.- Conjunción de culpa y "casus"

Será materia de estudio en este acápite la concurrencia del caso fortuito con la culpa del accionado. Se trata de otra hipótesis donde el caso fortuito no resulta única causa del incumplimiento o del daño y concurre con el accionar dañoso del demandado[450].

Frente al planteo de este tema se han dado, en la doctrina dos soluciones: a) Según un sector de juristas, opinan científicamente que es posible la concurrencia del casus y la culpa del agente en la producción del daño, como causas autónomas o independientes[451]. Entre quienes así lo entienden (Planiol, M.- Ripert, J.-

---

Diversidad de deudores, 4°) diversidad de causas de deber, que son distintas e independientes entre sí; 5°) engendran deudas distintas, a diferencia de las solidarias, en las que la deuda es única. Además no propagan sus efectos respecto a la constitución en mora, a la culpa, en el pago con subrogación, en la extinción de una deuda que no propaga sus efectos a los demás deudores, y en la interrupción de la prescripción que no propaga sus efectos.

[450] Llambías Jorge J., Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, T° I, cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas, Editorial Perrot, Bs. As. año 1983, pág. 254/255; Cazeaux P. N. y Trigo Represas Félix, op. cit., p. 372, n° 2; Salvat Raymundo M., Tratado de Derecho Civil Argentino, Fuentes de las obligaciones, actualizada por Arturo Acuña Anzorena, T° IV, Ed. TEA, Bs. As., año 1958, págs. 56/57; Pizarro Ramón D., en la obra colectiva Derecho de Daños, Capítulo XI, Causalidad adecuada y factores extrañaos, Ed. LaRocca, Bs. As., año 1989, págs. 298/299; Compagnucci de Caso Rubén H., op. cit. págs. 140/141.

[451] Se aclara que tal hipótesis debe ser cuidadosamente distinguida del supuesto en que el caso fortuito es determinado por dolo o culpa del agente (*Casus dolo vel culpa determinatus*), que merece una solución distinta (Conforme: Orgaz Alfredo, op. cit. nro. 108; Llambías Jorge J., Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, T° I, op. cit. 212 bis y T° III, nro. 2310).

Esmein P.; Mazeaud – Tunc[452]; Busso; Acuña Anzorena, en Salvat; Cazeaux-Trigo Represas; Bustamante Alsina; Llambías; Pizarro y Compagnucci de Caso[453]), la opinión predominante sostiene que en tal supuesto corresponde una exoneración parcial de la responsabilidad, en la medida de la incidencia del casus. b) Otros en

---

[452] Referente a los juristas Mazeaud – Tunc, aclaran Compagnucci de Caso en op. cit. pág. 139 y Gianfelici op. cit. pág. 146 que: "Estos autores sostuvieron esta tesis en la 4ta. ed. francesa del Tratado. En la 5ta. ed., la opinión no es tan concluyente, ya que afirman que la cuestión es "delicada" y dicen: "en resumen, la fuerza mayor, cuando es la única causa del daño libera siempre íntegramente al demandado. Pero, si la culpa de este último ha concurrido con un fenómeno natural a la realización del perjuicio, la víctima tiene derecho a una reparación parcial". Salvo que esta última opinión sea la del actualizador André Tunc, pareciera que los maestros franceses hubieran mutado su opinión" (Mazeaud – Tunc, tratado, 2-II, p. 229, nro. 1.614).

[453] Son de este criterio, entre otros, Planiol, M. – Ripert, J. – Esmein P., Tratado Practico de Derecho Civil Francés, trad. española de Mario Díaz Cruz, T. VI, Cultural, La Habana 1936, nro. 541, 1°; Mazeaud – Tunc, Tratado..., cit., nros. 1611, y sigs., especialmente nro. 1.614, aunque expresan que "la cuestión es por demás delicada"; Busso, ob. cit., T° III, com. arts. 513 y 514, nros. 216 y sigs.; Acuña Anzorena, en Salvat, Fuentes..., cit., T° IV, nro. 2725, b); Cazeaux-Trigo Represas, ob. cit. T° I, nro. 471; cits. por Gianfelici Mario César, en Caso fortuito y caso de fuerza mayor, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., año 1995, pág. 146, nota al pie de página nro. 455; Bustamante Alsina Jorge, op. cit. pág. 268, que mediante nota 417 al pie de página dice: "Puede haber también excepcionalmente concurrencia de culpa y de caso fortuito, aunque parezca que una situación excluye a la otra, cuando en el proceso de causación del daño iniciado por un acontecimiento imprevisible e inevitable, se presenta una culpa del demandado, presunto responsable, que acrece la intensidad del perjuicio". (Conf. Mazeaud y Tunc, op. cit. T.2-II, p. 255, nro. 1611; en contra Orgaz, op. cit. , p. 265, N° 108; Llambías, Obligaciones, op. cit. T° III, nro. 2310; Compagnucci de Caso, Rubén H., en Responsabilidad civil y relación de causalidad, en Seguros y responsabilidad Civil, T° 5, Ed. Astrea, Bs. As. , año 1984, págs. 138/142.

cambio, (Salas; Gianfelici; Orgaz y Carbonnier[454] [455]) consideran que el agente culpable debe indemnizar la totalidad del daño, ya que prevalece su culpa, sin poder

[454] Carbonnier Jean, Derecho Civil, T. II, Vol. III, trad. de la 1ra. Ed. francesa por Manuel M. Zorrilla Ruiz, Bosch, Barcelona, 1971, nro. 175, c) expresa con referencia al conocido caso del barco "Lamoriciére", que naufragó durante una tempestad, fallando la Corte de Casación Francesa en el año 1951, que ante la demanda de los damnificados contra la compañía naviera, el citado Tribunal sentenció que el daño provenía de un quinto(1/5) de la culpa del capitán del navío y en los cuatro quintos (4/5) restantes del "casus" derivado de la tempestad, por lo que la acción sólo prosperó en un quinto (1/5), y con referencia a la posición adoptada por la Corte de Casación en el caso del naufragio antes citado, manifestó que la precisión matemática de ese tribunal en la distribución de la causalidad del accidente (1/5 y 4/5), "causa hilaridad", y en tal sentido dice: "A esta tesis se opone el dilema siguiente: o la cosa fue juguete de la fuerza mayor y, en tal caso, ha de eximirse al encargado de su guarda, o fue causa de la producción del daño y debe el mismo ser condenado a su total reparación. La solución es, pese a todo equitativa"., cit. por Mario Cesar Gianfelici en op. cit. pág. 147 y por Rubén H. Compagnucci de Caso, en op. cit. pág. 142. En suma, Carbonnier que no acepta la solución dada por el tribunal francés, termina diciendo que "la solución es, pese a todo equitativa".

[455] En este sentido, Salas, Acdeel E., "Caso fortuito y culpa del deudor", en Jus, T. I, Ed. Platense, La Plata, año 1961, págs. 101 y sigs., D, quien identifica el supuesto en análisis con el de "casus determinado por culpa" (art. 513, Cód. Civ.), que configura, en verdad, un supuesto distinto, según antes dijimos supra; Mazeaud, Henri y León, Compendio de Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictuosa y Contractual, trad. de Carlos Valencia Estrada, T. II, Ed. Colmes, año 1945, nro. 473. Como podrá advertirse la opinión originaria de estos autores franceses es distinta de la que aparece en la 5ta. ed., del conocido tratado escrito con el concurso de André Tunc, que antes hemos citado; cits. por Gianfelici Mario César, op. cit. pág. 146.

distinguir en que proporción concurre cada uno[456]. Dice Compagnucci de Caso que entre nosotros Salas resulta participe de esta opinión y que para sostener la responsabilidad total del demandado se brinda como fundamento el que, si bien cuando concurre la culpa del autor con la de la víctima debe repartirse el daño, no pasa ello cuando la culpa concurrente es la de un tercero con el demandado, pues en ese supuesto la víctima tiene derecho a una reparación total por el accionado. Además, que el art. 513 del Cód. Civ., dice expresamente que el deudor responde por el caso fortuito cuando éste hubiera ocurrido por su culpa. Resumiendo todo ello Salas afirma que "de los textos mencionados (arts. 513, 639, 789, 2269, 2264, etc.), resulta que en caso de concurrencia de culpa del deudor y casus el obligado deberá indemnizar la totalidad del daño derivado del incumplimiento, sin que quepa distinguir en qué proporción cada una de esas causas ha contribuido a provocar la imposibilidad[457]. Por su parte opina Mario Cesar Gianfelici[458] que: "Congruente con la naturaleza y el concepto que le hemos asignado al casus (caso fortuito, sentido estricto y caso de fuerza mayor) como asimismo, coherentemente con la relación que le atribuimos respecto de la culpabilidad y la causalidad, estamos convencidos de que es absolutamente imposible la

[456] Orgaz Alfredo, en La Culpa, op. cit. págs. 265/266, nro. 108, con evidente alusión al caso del naufragio de un barco, expresa: "Si el naufragio tuvo como "causa esencial" la tempestad, se trataría exclusivamente de un caso fortuito desde que la torpeza del capitán no habría sido causa adecuada del naufragio". (...) "Es prácticamente imposible que se dé concurrencia del caso fortuito con la culpa del responsable, ambos se rechazan mutuamente y por entero".

[457] Salas A., Caso Fortuito, Jus, 21-101, y ss., CCiv. 1° Capital, 11/2/43, "Laje Weskamp c/ Ferrádas", JA, 1943-I-682, cit. por Compagnucci de Caso Rubén H., op. cit. págs. 139/140.

[458] Gianfelici Mario Cesar, op. cit. págs. 147/148.

concurrencia del casus y la culpa del demandado. Es que entendemos que no existe la culpabilidad parcial a la que suele aludirse en la doctrina: o se es causa de una determinada consecuencia o no se lo es; o se es culpable o no se lo es. No cabe otra alternativa posible; no se puede ser causa de una determinada consecuencia, sólo en parte, como tampoco se puede ser culpable de ella sólo en parte. Ello, en razón de que tanto la causalidad como la culpabilidad, según lo hemos dicho, se fundan en la previsibilidad, y una determinada consecuencia no puede ser una parte previsible y en parte no: o es lo uno o lo otro. En síntesis, por lo expuesto, creemos que nunca puede haber concurrencia del casus y la culpa, sino que cada consecuencia sólo puede ser culpable o fortuita, pero entero".

En cambio, la otra tesis hace soportar el daño con la disminución, en virtud de la incidencia causal del caso fortuito[459]. Nosotros preferimos esta tesis, pues se conjuga con la relación de causalidad entre el hecho de la persona que concurre con el "casus" o caso fortuito y el daño producido. El problema, entonces, consiste en establecer en qué medida la culpa del ofensor es susceptible de determinar su obligación de reparar cuando concurre con el acaecer de un caso fortuito o de fuerza

[459] En la V Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil, que tuvieron lugar en San Rafael Mendoza, en octubre de 1978, en la comisión n° 2, se trató el tema del "Caso fortuito y fuerza mayor: Su funcionamiento en los casos de responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva". Se expidieron las Jornadas con la siguiente recomendación: "VIII. Cuando concurriesen como concausas la culpa del agente y caso fortuito, el juez atenuará la responsabilidad del agente teniendo en cuenta la incidencia del factor subjetivo en la producción del daño" (Temas de derecho civil, "Recomendaciones", p. 117).

mayor. Sobre esta cuestión decía Acuña Anzorena en Salvat[460] que: "Si se adopta la tesis de la causalidad adecuada- considerándose tal todo hecho que, al momento en que se produjo, podía aparecer el sujeto como susceptible de entrañar el daño según un criterio de previsibilidad subjetiva-, la solución es otra, pues si el perjuicio se ha producido en razón de la concurrencia de un caso fortuito y de la culpa del imputado, no hay razón para hacer recaer toda la responsabilidad sobre el agente, sino únicamente en la parte en que el daño se hubiese producido verosímilmente por su culpa. No se advierte por que cuando la culpa del ofensor concurre con un caso fortuito la solución ha de ser distinta y no ha de disminuirse la obligación resarcitoria del autor del hecho a la mitad del daño, o en la proporción en que su culpa ha contribuido a producirlo". Sin embargo, cuando resulta imposible determinar el grado de incidencia causal de la culpa del agente que concurre con el "casus", se aplicará la teoría de la paridad, que consiste en fijar el grado de concausalidad en un 50% imputable al agente dañador y el otro 50% atribuible al caso fortuito o la fuerza mayor, que siempre debe ser exógeno o sea externo al hecho del agente culpable, entendiéndose que el deudor es responsable por la mitad del daño resarcible sufrido por el acreedor.

Compagnucci de Caso[461], cierra el tema señalando que el demandado culposo deberá cargar con las consecuencias de su acción, pero no más de ello; pues si las consecuencias dañosas son mayores que otras condiciones que han sido cocausantes del daño, no es posible hacer soportar al deudor la totalidad del evento. Él

---

[460] Salvat Raymundo M., Tratado de Derecho Civil Argentino, Fuentes de las Obligaciones, Segunda Edición, actualizada por Arturo Acuña Anzorena, T° IV, Ed. TEA, Bs. As., año 1958, pág. 57.

[461] Compagnucci de Caso Rubén H., op. cit. pág. 140.

cargará con la responsabilidad en la medida de su contribución causal. Pareciera que ésta es la solución que más justicia aporta.

68 a) Visión jurisprudencial sobre el tema. Sobre esta cuestión Compagnucci de Caso[462] extrajo dos casos de jurisprudencia muy interesantes, a saber: a) Uno que fuera muy debatido en la doctrina francesa, fue el del vapor "Lamorciére, sentenciado por la Corte de Casación Francesa con fecha 19 de junio de 1951[463]. Se trataba de una demanda por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de contrato de transporte de mercaderías. El Buque "Lamorciére", había naufragado por una tempestad, pero se demostró también que hubo negligencia en las ordenes dadas por el capitán de la embarcación, lo cual contribuyó al naufragio (En "Dalloz", 51-717, con nota de Ripert; en "Sirey", 52-I-89, con nota de Nerson y la Rev. Trim. de Droit Civil", 1951-515, con nota de H. y L. Mazeaud). La Corte de Casación consideró que el caso debía juzgarse conforme a la relación de causalidad, y que si bien había habido culpa en las órdenes del capitán, no era la única condición del hecho, sino también que las fuerzas de la naturaleza habían contribuido al naufragio. De allí se distribuyeron las cargas en 1/5 a cargo del armador del buque, y el resto 4/5 al casus producido por la tempestad. b) El otro Juzgado por la Suprema Corte de la Provincia de Bs. As., (caratulado: "Valle c/ Mijaiver", Jus, 1-105 y siguientes, SCBA, 17/10/61), cuyos antecedentes fácticos son los siguientes: "se produjo un incendio en una finca locada a raíz de haberse acumulado por los inquilinos material inflamable en el inmueble. El Tribunal Superior Provincial Juzgó culposa la actitud de los locatarios, a la vez que

[462] Fallos comentados por Rubén H. Compagnucci de Caso, en op. cit. págs. 141/142.

[463] Fallo citado también por Mario Cesar Gianfelici, en op. cit. págs. 146/147.

aplicó lo dispuesto en el art. 1.572 del Cód. Civ.[464], en cuanto se presume el incendio como "hecho fortuito", con lo cual se daban en el evento los dos elementos en análisis: la culpa de los demandados en concurrencia con el hecho fortuito. La sentencia condenó a los inquilinos a contribuir al resarcimiento del daño en su carácter de "cocausantes" del mismo al obrar culposamente, aun no habiéndose podido demostrar haber sido su comportamiento el ocasionante del incendio.

Jorge Joaquín Llambías en su obra Código Civil anotado ha recopilado un fallo, cuyo sumario dice así: "Cuando en el incumplimiento del deudor se conjuga su culpa con la ocurrencia de un caso fortuito, la responsabilidad de aquél debe graduarse proporcionalmente a su culpa (SCBA, LL 106-179)[465]. En este aspecto de la cuestión, Llambías[466] ha sido coherente –en su pensamiento- al señalar que la ausencia parcial de relación causal por incidencia del "casus" se da cuando el daño es el efecto de la conjunción de dos causas autónomas, una de las cuales es un caso fortuito, y que no puede afirmarse que no medie relación causal entre el hecho que compromete al

---

[464] El art. 1.571 del Cód. Civ. dice: "Siendo notorio el accidente de fuerza mayor, o probado este accidente, la prueba de que hubo culpa, por parte del locatario, sus agentes, dependientes, cesionarios, subarrendatarios, comodatarios o huéspedes corresponde al locador". Y por su parte el art. 1.572 del mismo cuerpo legal prevé: "Lo dispuesto en los artículos anteriores, es aplicable al caso de incendiarse la cosa arrendada. El incendio será reputado caso fortuito, hasta que el locador o el que fuere perjudicado, pruebe haber habido culpa por parte de las personas designadas en el articulo anterior".

[465] Llambías Jorge Joaquín, Código Civil anotado (Doctrina – Jurisprudencia) T° II-A, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., año 1983, pág. 139, p. 139.

[466] Llambías Jorge J., Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, T° III, tercera edición actualizada por Patricio Raffo Benegas, Editorial Perrot, Bs. As., 1987, págs. 751/752, nro. 2.310.

demandado y el daño sufrido por la víctima. Pero es aceptable una exoneración parcial del responsable, en la medida en que la magnitud del daño ha sido incrementada por la incidencia de un caso fortuito o fuerza mayor. Y agrega que por su parte propició ese criterio en el fallo plenario de la Cámara Civil, dictado en la causa: "Brezca de Levi c/ Gas del Estado", publicado en "J. A." 1966-I, p. 131. El principio de eximición parcial de responsabilidad juega en los casos de concurrencia del caso fortuito con la culpa efectiva o presumida del demandado. Es lo que ocurre –nos adoctrinaba Llambías[467]- en la conocida cuestión de la propensión del damnificado para sufrir más intensamente el daño que otra persona[468], por ejemplo, si un ciclista atropella a un transeúnte y éste

---

[467] Llambías Jorge J., op. cit. pág. 752.

[468] En este aspecto de la cuestión Lorenzetti nos enseña que: "En la prestación de salud puede ocurrir que el daño producido al paciente por la enfermedad (causa ajena) encuentre su concausa en una culpa del galeno, aunque sea en una mínima parte". "No se trata aquí del supuesto contemplado en el art. 513 del Código Civil, en el cual la culpa del solvens es motivo del hecho fortuito por el cual éste no le exime de responsabilidad. Tanto el caso fortuito como la actuación culposa concurren a la producción del acaecimiento dañoso". "En una posición intermedia, la mayoría de los juristas opinan que corresponde evaluar ambos factores y hacer una graduación de la responsabilidad, adjudicando al deudor lo que resulte proporcionalmente a su culpa. La solución más justa es sin duda la que propugna la graduación de responsabilidad, lo que no obsta a que señalemos que en el terreno concreto resulta de muy difícil aplicación sobre todo en lo que hace a la proporción de la incidencia (Lorenzetti Ricardo Luis, Responsabilidad Civil de los Médicos, Ed. Rubinzal–Culzoni, Editores, Santa Fe, año 1997, págs. 167/168). En otra parte de esta obra citada dice -en alusión a la responsabilidad de los cirujanos y al tema del riesgo quirúrgico-, que: "Desde el punto de vista médico el riesgo quirúrgico es un alea imprevisible para la ciencia, una ocurrencia que es imposible dominar con los medios con que se cuenta. Este evento puede ser inherente a la enfermedad del paciente o bien producido por la terapia aplicada.

que hubiese experimentado una lesión leve en un estado de salud normal, sufre un daño gravísimo porque con anterioridad había sido objeto de una trepanación o porque padecía una tuberculosis ósea. Creemos que en este ejemplo el ciclista culpable de la embestida al peatón sólo debe responder de los daños comunes que cualquiera hubiese sufrido, pero no de la magnificación dañosa provocada por la predisposición del damnificado, porque esta particularidad configura un caso fortuito para el responsable[469].

Desde el ángulo jurídico el riesgo quirúrgico es un casus, eximente de responsabilidad. Como tal debe reunir los requisitos de inevitabilidad, actualidad e inimputabilidad. En general se admite que el riesgo que proviene de la enfermedad es soportado por el paciente, porque el galeno asume una prestación de conducta en la que la enfermedad es una materia aportada por la otra parte. El criterio del Código Civil en todos los contratos de este tipo es que el riesgo es para el que lo aporta. Si el riesgo es producido por la terapia aplicada, es aportado por el médico. Éste realiza un juicio de riesgo-beneficio, decidiendo la aplicación de una práctica que, si bien es riesgosa, puede traer beneficios para el paciente. Ese juicio adecuado de riesgo-beneficio, tiene que ser ajustado a las reglas de la ciencia médica previstas para el caso y a lo que hubiera hecho un galeno de la misma clase; de no ser así puede haber culpa excluyente del casus. Para juzgar si es o no riesgosa una situación desde el punto de vista médico, es útil recurrir a las estadísticas que ilustran sobre la frecuencia con que determinados tipos de lesiones ocurren inevitablemente porque son la contracara de los beneficios que aportan algunas prácticas. Por ello se ha dicho que "es un riesgo habitual y por lo tanto no hay culpa (Dr. Carlos Crocco, Juez de Primera Instancia de la Plata, "Rojas Mercedes c/ T. S. A." LL, 1987-B-318) (Lorenzetti Ricardo Luis, op. cit. pág. 295/296).

[469] Hoy en este supuesto que planteara el Dr. Llambías tendríamos que hablar de la concurrencia del caso fortuito con el riesgo o vicio de la cosa. En efecto, si el daño se produce parcialmente con el casus, y parcialmente por el riesgo (posibilidad de daño) de la cosa, estamos en presencia de un supuesto de

Capítulo VI.-

69.- El rol de la culpa en las obligaciones de medio y de resultado. La presunción de responsabilidad en las obligaciones de resultado. 69. I.- Concepto y tratamiento del tema. 69. II.- El Anteproyecto de Código Civil y Comercial de La Nación del año 2.012. 69. III.- Cuadro sinóptico de clasificación de las obligaciones según el contenido de la prestación y de acuerdo a la doctrina francesa. 69. IV.- Conclusión.

---

cocausación y por ende la reparación debe disminuirse en la medida de la incidencia causal de ambas. En el sentido auspiciado cabe tomar en cuenta lo dispuesto en el art. 1.089 del anteproyecto de Código Civil del año 1954 que dice: "Toda persona es responsable del daño causado por las cosas de que se sirve o tiene bajo su guarda, a menos que pruebe que el daño ha sido causado por falta de la víctima, por el hecho de un tercero, o por caso fortuito o fuerza mayor" (cit. por Llambías Jorge J., op. cit. pág. 753, nota nro. 286 al pie de página). En las V Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil, celebradas en San Rafael, Mendoza, en 1978, la comisión que trató el tema produjo dos despachos. El que suscribieron Brebbia y Mosset Iturraspe establecía: "Cuando concurrieren como concausas el riesgo y el caso fortuito, el juez atenuará la responsabilidad del agente teniendo en cuenta la incidencia del riesgo en la producción del daño". Y el que suscribieron Compagnucci de Caso, Garrido, Goldenberg y Kemelmajer de Carlucci: "Si el hecho dañoso causado por el riesgo o vicio de la cosa concurre con el factum del caso fortuito, debe imputarse la responsabilidad total al dueño o guardián no siendo en este supuesto el casus causal exculpatoria" (Conclusiones cits. por Compagnucci de Caso Rubén H., op. cit. pág. 144). Sin embargo, Compagnucci de Caso luego se rectificó parcialmente de la opinión, señalando que: "En otros casos que concurriere el riesgo como factor de atribución, con el caso fortuito, debe procederse, conforme nuestro criterio, a la distribución de conformidad a la incidencia causal" (Compagnucci de Caso Rubén H., en op. cit. nota 344 al pie de pág. 143).

69. I.- Concepto y tratamiento del tema

Un sector mayoritario de la doctrina se pronuncia por la postura de su aceptación y defensa de la tesis clasificatoria, con distintos matices en las apreciaciones doctrinarias personales, aportando nuevos enfoques a la distinción y a la función que se les asigna de mayor importancia, mientras que otro sector se pronuncia por su relativización o bien directamente por su rechazo.

Las obligaciones, clasificadas de acuerdo con la índole del contenido de la prestación, son de resultado o de medios. En las obligaciones de resultado el deudor se compromete al cumplimiento de un determinado objetivo, asegurar al acreedor el logro de la consecuencia o resultado tenido en miras al contratar. Por ej., en el contrato de compraventa el vendedor se obliga a entregar la cosa, y el comprador a entregar el precio pactado. En las obligaciones de medio el deudor compromete su actividad diligente que, razonablemente, tiende al logro del resultado esperado, pero éste no es asegurado ni prometido. Por ej., un abogado se obliga a defender a su cliente en un juicio ejerciendo todas las diligencias necesarias para lograr un resultado positivo, pero nunca puede prometer ganar el pleito (resultado), ya que ello obedece a imponderables que escapan a su control. La distinción entre obligaciones de resultado y de medio fue esbozada en el derecho romano, que reconocía la existencia de contratos en los que la obligación era expresamente determinada, y otros que únicamente exigían la actuación de buena fe del deudor. El antiguo derecho francés también tuvo en cuenta la clasificación objeto de estudio, especialmente a través del pensamiento de Domat. No obstante, la teoría alcanzó relevancia jurídica en momentos en que abundaban las discusiones doctrinarias acerca de la prueba de la culpa en los campos contractual y

extracontractual. Demogue fue el primer expositor integral, sentando la tesis de que, con el fin de regular la prueba de la culpa, no debe ser distinguida su ocurrencia en el campo contractual o en el campo extracontractual, sino que –prescindiendo de ello- es menester diferenciar las obligaciones de resultado (en las que, ante la infracción, se la presume) de las de medios (en las que debe ser probada), pudiendo darse ambas en un campo como en el otro. En las obligaciones de resultado el acreedor no tiene que probar la culpa del deudor; le basta probar el incumplimiento, es decir, que el "resultado" prometido no se ha logrado; si el deudor quiere exculparse y quedar exento de responsabilidad debe demostrar que la frustración del resultado que integra el objeto de la obligación, proviene de un caso fortuito o fuerza mayor. Por el contrario en las obligaciones de medio, el acreedor que quiera hacer valer la responsabilidad de su deudor, tendrá que producir la prueba de la culpa de éste, es decir, en los ejemplos dados que el médico o el abogado fueron descuidados, imprudentes o ignorantes, que el administrador rural fue negligente, etc. Las obligaciones de resultado son también denominadas "obligaciones determinadas" (Mazeaud); obligaciones "de diligencia" (Tunc); obligaciones de "simple comportamiento" (Mengoni), etc. Son obligaciones de resultado, entre otras, las emergentes de la compraventa; la del porteador en el contrato de transporte; la del comodatario que debe restituir la cosa al finalizar el contrato; la obligación de restitución del depositario y del locatario, etc. Son obligaciones de medios, entre otras, de la del empleado en la prestación de servicios; la obligación del comodatario de conservar la cosa en buen estado; los servicios profesionales en

general, donde no se compromete un resultado (v. gr., el patrocinio letrado); la obligación del locatario de conservar la cosa locada[470].

La distinción entre las obligaciones de medio (actividad o de diligencia) y de resultado (o determinadas) es una cuestión fundamental para comprender el sentido de la responsabilidad contractual y en general, la teoría de las obligaciones. Para diferenciar –las de medios de las de resultado- hay que tener en consideración el objeto de la obligación (es decir la prestación asumida por el deudor), pues es diverso el compromiso o la prestación asumida por el sujeto pasivo de la obligación. Cuando la obligación es de medios, el deudor está obligado a desarrollar o realizar una actividad a favor del acreedor de una determinada conducta, encaminada a alcanzar un resultado esperado por el acreedor, que satisface su interés primario (Ej. : sanar al paciente, ganar un pleito, etc.). Sin embargo debido al carácter aleatorio o incierto del resultado, el deudor no asegura ni garantiza su obtención o resultado, y cumple si actuó con la debida diligencia, cuidado y previsión para alcanzar el resultado. En cambio si la obligación es de resultado (o de fines) el deudor –sujeto pasivo de la obligación- garantiza y asegura un resultado o fin que constituye el interés primario del acreedor. En tal sentido enseña el Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Alicante

[470] Llambías Jorge Joaquín, Tratado de derecho civil, Obligaciones, Tº I, Ed. Perrot, Bs. As., año 1.983, págs. 207/210; Rezzónico Luis María, Estudio de las obligaciones, Ed. Librería Editorial Ciencias Económicas, Bs. As. Año 1.957, págs. 90/92; Garrone José Alberto, Diccionario Jurídico, Abeledo-Perrot, TºII (E-O) Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., año 1.993, pág. 612.

Antonio Cabanillas Sánchez[471] que la distinción entre los dos tipos de obligaciones se concreta en una diversa distribución del riesgo por la falta de realización del resultado esperado por el acreedor: si la obligación es de actividad, el riesgo pesa sobre el acreedor, mientras que si la obligación es de resultado, el riesgo recae sobre el deudor. Es que la distinción atañe al contenido de la relación obligatoria, señalando determinadas características de la prestación debida. En algunos supuestos debe obtenerse completamente el resultado que satisface el interés primario del acreedor, por lo que si tal resultado no se concreta, existiría incumplimiento contractual por parte del deudor. Empero –en otros casos- su falta de realización o concreción no implica per se incumplimiento. De allí que hay que atender a la situación de las partes a la voluntad de ellas, al carácter aleatorio del resultado, al papel activo o pasivo del acreedor en el cumplimiento, al sistema de imputación del riesgo e incluso a la equidad.

Razona Antonio Cabanillas Sánchez que los criterios para determinar cuando la obligación es de actividad o de resultado, serían la autonomía privada como criterio para configurar la obligación como de actividad o de resultado, pues al encontrarnos en el ámbito contractual, el criterio decisivo para precisar cuando una obligación es de actividad o de resultado debe ser el de la voluntad de las partes. Ahora con respecto a los criterios propuestos cuando las partes no precisan si la obligación es de actividad o de resultado, se han establecido un elenco de las principales

---

[471] Cabanillas Sánchez Antonio, Las obligaciones de actividad y de resultado, Ed. José María Bosch Editor. S. A., España, Barcelona, año 1993, pág. 9.

obligaciones de actividad y de resultado, a saber[472]: a) La situación de las partes, destacando la importancia de la situación de las partes del contrato para apreciar los posibles riesgos para la obtención del resultado. Se señala también la importancia de la confianza dada por el acreedor al deudor. b) El carácter aleatorio del resultado. El criterio mas invocado por la doctrina reside en la presencia o ausencia del azar, es decir, si la obtención del resultado esperado por el acreedor, que satisface su interés primario, es incierta o no lo es. c) El papel activo o pasivo del acreedor en el cumplimiento. Así la obligación de seguridad en el transporte de personas es de resultado, porque el papel del viajero es puramente pasivo, salvo la subida y el descenso del tren o vehículo. Este factor de pasividad, es decisivo y debe servir para solucionar otros casos. Finalmente este criterio se conjuga con el de azar o el criterio aleatorio, pues en el ámbito de la responsabilidad médica, la obligación que asume el galeno es de medios y no de resultado. d) El sistema de imputación del riesgo. Se afirma que en los contratos de resultado, el precio sólo es debido en el caso de lograse el resultado prometido, mientras que en los contratos de actividad, debe ser pagado aunque la actividad del deudor no alcance el resultado esperado por el acreedor. Se destaca que la distinción entre las obligaciones de actividad y de resultado, es

[472] Otro autor de nacionalidad francesa Alain Bénabent expone que para determinar si una obligación es de medios o de resultado, hay que tomar en consideración las siguientes notas: a) La manera en la cual está la obligación expresada dentro del contrato. b) El precio y los otros elementos del contrato. c) El grado de alea normal presente, dentro de la prestación del resultado buscado. d) La influencia que puede ejercer la otra parte sobre la ejecución de la obligación (Bénabent Alain, Droit Civil, Les obligations, 12e édition, Montchrestein, lextenso éditions, Francia, París, año 2.010, pág. 292).

fundamental para determinar en que caso el deudor tiene derecho a tal retribución, es decir, para precisar quien soporta el riesgo. e) El recurso a la equidad. La jurisprudencia francesa se guía también por consideraciones de equidad, que explican, por ejemplo, el auge extraordinario de las obligaciones de seguridad de resultado, con el claro objetivo de optar por un régimen probatorio que dé ventaja al acreedor perjudicado. Se trata de situar al acreedor que es víctima del daño en la mejor posición para hacer efectiva la responsabilidad del deudor[473].

Por su parte Antonio Hernández Gil señala que en el primer caso la prestación se nutre sólo del comportamiento (activo u omisivo) del deudor; su obligación no se extiende más allá. Que el acreedor obtenga o no el resultado a que, sin duda, tendió, es indiferente. Prestaciones de esta clase son las que integran generalmente el contrato de trabajo, el arrendamiento de servicios profesionales, el de mandato, etc. En el segundo caso –por el contrario- el fin forma parte de la prestación. Son las llamadas prestaciones de resultado. De igual manera que la prestación de dar surge de la combinación del comportamiento con la entrega de una cosa, de igual manera también en la prestación de resultado hay algo más que se incorpora al comportamiento. En ambas hipótesis la prestación no se agota en la conducta. Desde este punto de vista existe similitud. Pero entre las prestaciones de dar y las de resultado media, entre otras, la importante diferencia de que en aquellas se requiere precisamente la presencia de una cosa (corporal) que preexista a la prestación de actividad, mientras que en estas el resultado puede no estar encarnado en una cosa corporal, sino más

[473] Cabanillas Sánchez Antonio, Las obligaciones de actividad y de resultado, Ed. José María Bosch Editor, S. A., España, Barcelona, año 1.993, págs. 38/46.

ampliamente en el bien capaz de representar la objetivización del fin perseguido; pero además y sobre todo, el resultado es algo nuevo, no preexistente o coexistente con la actividad, sino el producto logrado por el desarrollo de ésta. El ejemplo típico de la prestación de resultado lo brinda el contrato de locación de obra[474].

Finalmente Philippe Le Tourneau[475] precisa en cuanto al régimen de la carga de la prueba de la culpa que cada vez que la obligación sea de medios no basta al acreedor probar la ausencia del resultado para ser indemnizado, puesto que el deudor no había prometido ese resultado. El acreedor debe positivamente establecer que la inejecución de la obligación convenida obedece al hecho de que el deudor no se ha comportado con toda la diligencia necesaria, es decir, escrutar y apreciar su comportamiento. De ello resulta que el acreedor soportará los casos dudosos, en los cuales no llegue a establecer el incumplimiento del deudor[476]. Mientras que cuando la

---

[474] Hernández Gil Antonio, Derecho de Obligaciones, Editorial Ceura, Centro de Estudios Universitarios Ramón Aceres, España, Madrid, año 1.983, págs. 125/126

[475] Le Tourneau Philippe, La responsabilidad civil profesional, traducción de Javier Tamayo Jaramillo, publicada en lengua francesa por Éditions Dalloz, Francia, año 2.005, Primera edición en español, Ed. Legis Editores S. A., Colombia, año 2.006, págs. 27/30.

[476] El mismo autor y jurista francés Letourneau, al abordar esta temática de las obligaciones de medio y de resultado, señala que en las primeras el deudor no promete mas que poner al servicio del acreedor los medios de los cuales dispone, todos los medios, de poner toda la diligencia para ejecutar el contrato, de actuar los mejor posible. No compromete alcanzar un objetivo preciso (resultado). Es más bien una actividad un comportamiento, un esfuerzo perseverante tendiente a adoptar la actividad más propicia para aproximarse al objetivo buscado, teniendo en cuenta sus capacidades y las circunstancias y conocimientos actuales de su oficio. De allí que el acreedor que se queja de su incumplimiento deberá

obligación incumplida es de resultado, el acreedor no tiene que probar la culpa del deudor: él se contenta con establecer por una parte que el contrato conlleva cierto compromiso determinado en su provecho, y de otra parte que este compromiso no ha sido cumplido. El acreedor muestra que el deudor materialmente no ha ejecutado su obligación. La inejecución (total o parcial, esta vez) habla por ella misma: convierte en culpable al deudor. La prueba de la culpa se confunde en la práctica con la prueba de la inejecución[477]. Hay una presunción desfavorable que pesa sobre el deudor por el hecho de la inejecución, en la medida en que el daño no puede explicarse a priori sino por el incumplimiento del deudor (se dice a veces que su responsabilidad es de pleno derecho). Según algunos fallos la obligación de resultado no conlleva pues únicamente una presunción de culpa del deudor, sino también y necesariamente una presunción de causalidad entre la culpa y el daño[478]. Pero existe una corriente jurisprudencial contraria según la cuál: "la responsabilidad de pleno derecho que pesa sobre tal o cual

---

probar su culpa. Hay supuestos de obligaciones de medios en que le acreedor asume un `papel activo. Tal el caso de las actividades deportivas, educativas o lucidas (ej. el contrato de alpinismo) (Le Tourneua P., op., ps. 27/28.

[477] Según el citado autor en la nota anterior en la compraventa, el comprador quiere en devenir en propietario, y no que el vendedor haga lo posible para transferirle la propiedad, en el transporte de mercaderías, el remitente entiende que la mercancía llegue a destino dentro de los plazos convenidos y no que el transportista haga lo posible al respecto; el propietario que hace instalar un sistema de alarma, espera que ella se dispare efectivamente en le momento que entran los ladrones; quien contrata con un proveedor de Internet quiere que la velocidad de transmisión prometida sea alcanzada (Le Tourneau P., op. cit., p. 28).

[478] Cas. Com. 22/5/2.002, Bull. Civ. III, nº 89, cit por Le Tourneau P., op. cit. p. 30.

profesional no se extiende sino a los daños causados por la falta a su obligación de resultado", de suerte que la víctima debe demostrar que el daño tiene su origen en la prestación que se debía efectuar[479]. Esta solución es sin duda preferible, porque la obligación de resultado es independiente de la causalidad. En el tema que nos estamos ocupando se trata pues en realidad de una presunción de responsabilidad (más exactamente de imputabilidad: culpa más causalidad), puesto que en esta última la presunción no es descartada sino por la prueba de una causa extraña[480].

La distinción simple entre obligaciones de medio y de resultado –según escribe Philippe Le Tourneau[481] se ha complicado por la aplicación de nuevas categorías. Al lado de la obligación de medios ordinaria, existe una obligación de medios reforzada o agravada, donde el acreedor no tendrá que probar la culpa levísima del deudor, (lo que ocurre concretamente con el caso de la responsabilidad de los establecimiento psiquiátricos). En la especie, la calidad profesional del deudor es a menudo la fuente de una obligación de medios agravada o reforzada, porque la diligencia esperada del deudor era estricta[482].

---

[479] Cas. Civ. Sala I, 14/3/95; Bull Civ. I, nº 122, cit por Le Tourneau P. op. cit., p. 30.

[480] De este modo esta presunción no es irrefragable, pues el deudor podrá liberarse probando que la inejecución proviene de una causa ajena o extraña. Según la doctrina francesa aquí no juega la no culpa del deudor. La responsabilidad proviene de una causa extraña que no le es imputable, como ser la fuerza mayor, el hecho de la víctima, o el hecho de un tercero.

[481] Le Tourneau P., La responsabilidad civil profesional, Trad. por Javier Tamayo Jaramillo, Ed. Legis, Francia, año 2.006, p. 31.

[482] Ej. CA Perís, 28/enero/2000, RTD com. 2000, p. 399, obs. Rontchevsky, a propósito de una prestación intelectual.- CA París, 13 de marzo de 2.002, Comn., com. electr. 2.002,. nº 82, obs. Caron,

Además –agrega el destacado autor citado- que existen obligaciones de resultado atenuadas, en las cuales el deudor se libera probando su ausencia de culpa. Hay aquí una simple presunción de culpa en el sentido de esta expresión. Así corresponde al propietario de un taller de reparación de automotores, comprometido mediante una obligación de resultado atenuada, demostrar que él no ha tenido culpa. Ello significa que el tallerista podrá exonerarse de responsabilidad demostrando que: a) que la inejecución es imputable a una causa extraña, él desvirtuará así la presunción de causalidad (desgaste del motor, por ej., que debe acreditar el paso de un largo plazo entre una primera intervención del garajista y un daño posterior; la intervención, entre un momento y otro, de otro mecánico, o aún el hecho de su propietario[483]. b) O al menos, que no ha cometido culpa: desvirtuación de la presunción de culpa: es decir que se pone el acento en la desvirtuación de la presunción de culpa (el deudor se ha comportado como un buen tallerista, conforme a los datos adquiridos de su práctica). Pero la duda en cuanto a la causa exacta de la inejecución debe beneficiar al cliente. Es allí donde esta la esencia de las obligaciones de resultado[484].

---

un editor de música tiene una obligación de medios reforzada de utilizar todos los medios técnicos para asegurar la explotación normal de la obra (cits. por F. Le Tourneau, op. cit. p. 31).

[483] Ej., Cas. Civ. Sala Primera, 7 junio de 1995, RJDA, nº 1324, daño de la oruga de un tractor recientemente reparado, pese a que el garajista tenía únicamente la misión de repararlo con los mínimos costos, habiendo sido los repuestos suministrados por el cliente, profesional en la materia. (Cit. por F. Le Tourneau, op. cit. p. 31).

[484] Le Tourneau P., op. cit. p. 31.

En cuanto al problema de la prueba de la culpa –ha dicho Trigo Represas- sólo se suscita, en realidad, con relación a las obligaciones de "medios" o "de prudencia y diligencia", ya que en las de resultado "fines" o "determinadas", la acreditación de la circunstancia objetiva de la no obtención del resultado perseguido desplaza a la culpa, no porque ésta no exista, sino porque en este tipo de obligaciones carece de interés y queda fuera de cuestión, en razón de que la prestación tenía por meta un objetivo concreto, determinado[485]. Acota Trigo Represas[486] que mientras, que en las obligaciones de "medios" el factor de atribución es subjetivo, fundado en la "culpa", o con mayor razón en el "dolo", si lo hubiese del autor del hecho; en las obligaciones de "resultado" el factor de atribución es objetivo. Me permito disentir con el destacado y encumbrado jurista, pues entiendo que en las obligaciones de resultado cuanto el factor de atribución de responsabilidad es subjetivo, "la culpa se presume", es una suerte de culpa cantada, ya que la negligencia, la impericia o la imprudencia del deudor al ejecutar en forma o modo deficiente su prestación o directamente no cumplir su obligación, fue la que provocó o causó el incumplimiento contractual (vgr. el supuesto del abogado apoderado que se encuentra obligado a la prestación de un

[485] Bueres, Alberto J., Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos, Ed. Abaco, Bs. As., año 1981, págs. 158 y ss., 33; ídem, Responsabilidad civil de los médicos, Ed. Abaco, Bs. As., año 1979, pág. 188, 33, nros. 3 y 4; Bustamante Alsina Jorge, La prueba de la culpa, LL, 99-889 y ss.; Vázquez Ferreira Roberto A., Responsabilidad civil de los profesionales médicos y abogados, JA, 1989-III, p. 933 y sig., nº V y p. 935, nº VIII; ídem, La responsabilidad contractual objetiva, LL, 1988-B, p. 1001, nº V, p. 1003, nº5, VII y VIII, cits. por Trigo Represas Félix, en Responsabilidad civil del abogado, Ed. Hammurabi, Bs. As., año 1991, págs. 153/154.

[486] Trigo Represas Félix, op. cit. pág. 154.

resultado con relación a los actos procesales de su específica incumbencia, tales como: suscribir y presentar los escritos correspondientes, concurrir a Secretaría por lo menos los días asignados para las "notificaciones en la oficina", asistir a las audiencias que se celebren, interponer los recursos legales contra toda sentencia definitiva adversa a su parte, y en general activar el procedimiento en la forma prevista en la ley; todos los cuales constituyen además deberes impuestos legalmente (art. 59 inc. 8, y 90 de la ley 5177), en cambio en los casos de obligaciones de resultado cuando el factor de atribución de responsabilidad es "objetivo", se presume legalmente la responsabilidad del deudor (citamos entre ellas: los supuestos contemplados en los arts. 184 del Cód. de Comercio, art. 1.113 del Cód. Civ. –la garantía, el riesgo-, art. 1117 texto según ley 24.830 del Cód. Civ, art. 1646 del Cód. Civ., art. 2618 del Cód. Civ. -las inmisiones-, arts. 1, 2, 4, 6 y ss. y cc., de la ley 24.557 (Ley de riesgos del trabajo), art. 40 de la ley 24.240, modificada por las leyes 24.999 y 26.361 -Ley de Defensa del Consumidor-, art. 51 de la Ley nro. 24.192 -el deber de seguridad-).

Están también las obligaciones de garantía, en las cuales el deudor está obligado a reparar el incumplimiento o la inejecución contractual, o indemnizar subsidiariamente al acreedor de todos los daños y perjuicios causados, no solamente –por ejemplo- cuando no ha cometido culpa –en la ejecución de reparación de la cosa- sino también -v. gr.-, cuando el daño resulta de un vicio intrínseco de fabricación de la pieza que ha cambiado de un aparato electrónico (siempre dentro del plazo de validez de la garantía asumida). Es una garantía puramente objetiva, es una seguridad en beneficio de su beneficiario. Es la garantía en la venta de una cosa, es la garantía

contra los vicios ocultos de una cosa, es la garantía que asume el locador –que cuenta con oficio- que repara un objeto electrodoméstico, etc.[487]-

Sobre la base de la distinción precedente y a mi modo de ver existiría una clasificación tripartita, a saber: **a)** Obligaciones que tienden a la obtención de un resultado determinado que deberá lograrse, por lo que la frustración del logro final, genera la presunción de culpa del deudor, cuando el factor de atribución de responsabilidad es subjetivo y su cumplimiento depende de la exteriorización de una conducta o comportamiento humano, salvo la prueba de la no culpa[488] o la causa ajena.

---

[487] Art. 11 (texto según ley 26.361 incorporado a la Ley de Defensa del Consumidor nro. 24240) Garantías. Cuando se comercialicen cosas muebles no consumibles conforme lo establece el art. 2325, Civ., el consumidor y los sucesivos adquirentes gozarán de garantía legal por los defectos o vicios de cualquier índole, aunque hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado, o su correcto funcionamiento. Cuando se trate de cosas mueble usadas la garantía legal tendrá vigencia por tres meses y por seis meses en los demás casos a partir de la entrega., pudiendo convenir las partes un plazo mayor. Art. 23: Deficiencias en la prestación del servicio. Salvo previsión expresa y por escrita en contrario, si dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se concluyó el servicio se evidenciaren deficiencias o defectos en el trabajo realizado, el prestador del servicio estará obligado a corregir todas las deficiencias o defectos o a reformular o a reemplazar los materiales y productos utilizados sin costo adicional de ningún tipo para el consumidor. Garantía. La garantía sobre un contrato de prestación de servicios deberá documentarse por rescrito haciendo constar: a) La correcta individualización del trabajo realizado; b) El tiempo de vigencia de la garantía, la fecha de iniciación de dicho periodo y las condiciones de validez de la misma; c) la correcta individualización de la persona, empresa o entidad que la hará efectiva.

[488] Pues probando el deudor su no culpa, esto es que actuó con la debida diligencia, cuidado y previsión, destruye la presunción de culpa que pesa sobre su cabeza en las obligaciones de resultado, cuando el

b) Otras obligaciones de resultado o de fines determinado, que deberá lograrse y que frente a la frustración de ese logro final, se presume la responsabilidad del deudor, cuando el factor de atribución de responsabilidad es objetivo y el mero incumplimiento es el que genera esa responsabilidad, estando afuera de todo análisis el concepto de culpa, salvo la acreditación de la causa ajena como eximente de responsabilidad. **c)** En otras obligaciones –en las de medio ordinarias- producido el incumplimiento contractual le incumbe la carga de la prueba de la culpa del deudor al acreedor damnificado y victima del daño[489].

Sin embargo, Bueres señala que la verdadera importancia del distingo clasificatorio -valedero para el régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual-, está dado por la diversidad existente en el factor de atribución, hecho que determina cuales son las eximentes de responsabilidad a utilizar en cada caso: 1º) En las obligaciones de medios, el criterio legal de imputación es la culpa; 2º) En las obligaciones de resultado – en las cuales la diligencia del solvens queda afuera de

---

factor de atribución o de imputación es subjetivo, contando en este caso –el deudor de la obligación- con más defensas para articular, lo contrario importa -a mi juicio- negarle y violarle el derecho de defensa en juicio, el debido proceso y finalmente conculcarle el derecho de propiedad (arts. 17 y 18 de la C. N.).

[489] Para Alain Bénabent existe en verdad una clasificación cuatrilógica y es la siguiente: a) Obligaciones de medios: donde la culpa del deudor debe probarse; b) Obligaciones de medios reforzadas, que también se dicen de resultado atenuadas: con presunción simple de culpa, que puede ser revertida por la ausencia de culpa; c) Obligaciones de resultado clásicas: con presunción reforzada de culpa, donde no se puede descartar la prueba de la fuerza mayor; d) Obligaciones de garantía, con responsabilidad automática y comprende el caso de fuerza mayor (Bénabent Alain, Droit Civil, Les obligations, 12e éditions, Montchrestein, lextenso éditions, París, año 2.010, pág. 292).

cuestión- el factor de atribución es objetivo – el crédito a la seguridad especial, la garantía, tutela del crédito, riesgo, etc.[490]

Postula Ubiría que: **a)** Frente a una obligación de resultado, el deudor debe probar el caso fortuito a los fines exoneratorios haya mediado incumplimiento absoluto, parcial, retardo o cumplimiento inexacto, pues en estos casos, lo relevante es alcanzar el fin asegurado. **b)** En las obligaciones de medios, ante el incumplimiento parcial, absoluto o el retardo, el deudor debe actuar para llegar a un fin, aunque aleatoria la diligencia prestable, no es relevante, el acreedor asume la carga de probar la culpa del deudor. Entiende el parafraseado autor que la clasificación surge virtualmente de la ley, donde se define la culpa, se alude a la no culpa, al caso fortuito, a la responsabilidad objetiva, y a sus eximentes, etc. (arts. 511, 512, 513, 1.1109 y 1.113 parrf. 1º y 2 º del Cód. Civ.)[491]. De acuerdo a Jorge H. Alterini, la gratuidad del

---

[490] Bueres Alberto J., La responsabilidad contractual objetiva, J. A. 1989-II-977. Según Vázquez Ferreyra, con cita de Bueres dice que la culpa en este tipo de obligaciones queda fuera de cuestión, es dejada de lado, ella no interesa por cuanto estamos frente a una responsabilidad objetiva, cuyo fundamento es el factor objetivo de atribución, que por cierto podrá ser un deber de garantía, el crédito de seguridad, o la tutela especial del crédito, todos ellos, exigencia de una sociedad industrial desarrollada y tecnificada. Finalmente resumiendo señala que estamos frente a un deber objetivo, dado que solo interesa la conducta eficaz del deudor con abstracción de que haya obrado con culpa o sin ella. Y si en realidad la culpa queda fuera de cuestión y no se puede probar en contra de ella, es porque no hay tal culpa, sino que existe responsabilidad objetiva (Vázquez Ferreyra Roberto A., en la Responsabilidad contractual objetiva, pub. La Ley 1988-B, 998).

[491] Ubiría Fernando A., en Reparación de los daños derivados del transporte benévolo, Ed. Hammurabi, Bs. As., año 2.004, pás. 248/9.

contrato autoriza a no presumir una obligación de resultado en los servicios que se prestan por amistad[492]. En esta postura se enrola Ubiría[493] al considerar que el transportista benévolo asume un deber de seguridad como obligación de medios y no de resultado. En suma, el deber de seguridad es una obligación de medios. En la especie, la obligación de seguridad con base en la buena fe contractual puede tener un fundamento de corte subjetivo (caso de transponerte benévolo) u objetivo (en el caso del transporte oneroso de personas). En suma, el transportado –en caso de que se produzca un daño a su persona- acarrea como consecuencia poner a su cargo la actividad probatoria de la culpa del transportista benévolo a fin de ser resarcido, es decir probar la culpa del deudor como causa productora de la lesión cuya indemnización se persigue.

69. II.- El Anteproyecto de Código Civil y Comercial de La Nación del daño 2.012

En los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de La Nación del año 2.012, elaborado por la Comisión de Reformas integrada por los Dres. Ricardo L. Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, y Aída Kemelmajer de Carlucci, han dicho sus co-autores – *especialmente con referencia a las obligaciones de medio y de resultado*- que: "Las diferencias entre la imputación objetiva y subjetiva son claras: en la primera, el deudor se exime demostrando el caso fortuito, el hecho de un tercero, o el hecho de la victima, o sea sólo puede invocar la ruptura del nexo

[492] Alterini Jorge H., Obligaciones de resultado y de medios. Enciclopedia Jurídica Omeba, T. XX, Bibliografía Argentina, 1964, p. 705, cit. por Ubiría Fernando, op. cit. pág. 261.

[493] Ubiría Fernando A., op. cit. págs. 263/4.

causal. En cambio, en la segunda, aún en los supuestos en los que la ley presuma la culpa, el deudor se exime mediante la demostración de su falta de culpa. En la definición de la imputación objetiva se ha prescindido de la clasificación entre obligaciones de medio y de resultado, en razón de las controversias que ese distingo ha suscitado en la doctrina argentina. Sin perjuicio de que se la siga utilizado como construcción dogmática, en el plano normativo es claro que si el deudor promete un resultado determinado y éste no se obtiene, no puede eximirse demostrando su falta de culpa. En estos casos la imputación es objetiva porque solo se libera con la prueba de la ruptura del nexo causal. Estas denominaciones son consistentes con las utilizadas en las obligaciones de hacer y con las que se expresan los distingos entre contratos de obra y de servicios, a fin de dar coherencia al sistema".

En tal sentido se han proyectado los siguientes preceptos legales, que textualmente dicen así: **a)** Artículo 1721. Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa. **b)** Art. 1722. Factor objetivo. El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario. **c)** Art. 1.723. Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva.

69. III.- Cuadro sinóptico de clasificación de las obligaciones según el contenido de la prestación y de acuerdo a la doctrina francesa

a) de medio ordinarias (hay que probar la culpa del deudor).

b) de medios reforzadas o agravadas donde se presume la culpa del deudor

Clasificación de las obligaciones de medio y de resultado según la doctrina francesa[494]

c) de resultado ordinarias (se presume la responsabilidad del deudor (se exime de responsabilidad probando una causa ajena o extraña).

d) de resultado atenuadas o aligeradas, se presume la culpa del deudor (el deudor se exime de responsabilidad probando su no culpa, y en caso de duda debe beneficiar al acreedor).

[494] Le Tourneau Philippe, La responsabilidad civil profesional, trad. de Javier Tamayo Jaramillo, Ed. Legis S. A., République Française, Impreso en Colombia, año 2.006, págs. 27/31.

69. IV.- Conclusión

Finalmente como conclusión para el autor del presente ensayo, sub-clasificar las obligaciones de medio agravadas o reforzadas, pretendiendo distinguirlas de las obligaciones de resultado atenuadas o aligeradas –en las cuales y en ambas se presume la culpa del deudor de la obligación- resulta estéril dicha sub-clasificación, por cuanto estamos diciendo lo mismo y en la practica –es decir en su aplicación- producen las mismas consecuencias y efectos jurídicos esperados. De allí que se ha optado por la clasificación tripartida, a saber: **a)** Obligaciones de medio, que le incumbe la carga de la prueba de la culpa al acreedor del daño; **b)** Obligaciones de resultado, en las cuales –el factor de atribución de responsabilidad es subjetivo- donde se presume la culpa del deudor y para liberarse debe acreditar su no culpa; **c)** Obligaciones de resultado en las cuales –el factor de atribución de responsabilidad es objetivo- donde se presume la responsabilidad del deudor, eximiéndose de responsabilidad probando la causa ajena o extraña.

Capitulo VII.-

70.- Otros campos jurídicos de aplicación de la culpa. 70. 1.-La culpa en los cuasidelitos. Responsabilidad por el hecho propio. 70. 2.- La culpa en la calumnia o injuria y en la acusación calumniosa. 70. 2.a). ¿Se requiere la culpa grave del denunciante?. 70. 2. b). La gravedad de la culpa cuando existe obligación de denunciar. 71.- Responsabilidad con culpa por las medidas cautelares trabadas

incorrectamente. 72.- La culpa en los accidentes deportivos. Los reglamentos deportivos. 72. a).- Responsabilidad del deportista frente a los demás deportistas intervinientes. 73.- Responsabilidad por el hecho de otro (Menores). Fundamento de la responsabilidad. 73 a).- Tutores y curadores. Régimen legal. 74.- La culpa en las relaciones de familia. Separación personal (causas fundadas en la culpa). 74.a).- Concurrencia de causas. 74. b) Divorcio vincular por culpa. 74 b. 1).- Responsabilidad civil derivada del cónyuge culpable en la separación personal y en el divorcio. I.- Introducción. II.- concurrencia de los extremos de la responsabilidad civil extracontractual. II. a) La antijuridicidad. II. b) La imputabilidad. II. c) El daño. II. d) La relación de causalidad adecuada. 75.- El "quid" de la culpa en la guarda cuando la cosa viciosa o riesgosa es usada contra la voluntad expresa o presunta de su dueño o guardián. 75. a).- La responsabilidad del dueño o guardián frente a la sustracción de la cosa y la culpa en la objetividad del deber de responder. La diligencia en la conservación de la cosa. 76.- La culpa en la relación de trabajo bajo relación de dependencia. 76. a).- Generalidades. 76. b).- Negligencias culposas. 76. c).- "Exceptio non adimpleti contractus". 76. d).- Abandono masivo de tareas. 76. e).-Responsabilidad por dolo o culpa grave del trabajador. 76. f).- La culpa laboral en el distracto. 77.- La negligencia en el Derecho Procesal Civil y Comercial.- Negligencia en la producción de la prueba y exhortos. 77. a).- La negligencia en la producción de las medidas de prueba. 77. b).- Teoría de la negligencia en la producción de la prueba. 78.- La culpa en las acciones de reintegro. 78. a).- La acción del principal contra el dependiente. 78. b).- La acción de los padres contra el patrimonio de sus

hijos. 78. c).- La acción de reintegro de los propietarios de los establecimientos educativos. 78 d).- La acción recursoria del dueño o guardián del animal. 78. e).- La acción recursoria o de regreso en el cuasidelito. 79.- La culpa en la relación jurídica entre el nudo propietario y el usufructuario. 80.- Aplicación de la culpa en la responsabilidad del Estado. 81.- La culpa como factor subjetivo de imputación en la responsabilidad civil de los jueces. 82.- Responsabilidad de los Secretarios Judiciales por la custodia de los expedientes y de la documentación.- Iº.- Introducción. Del transito de la responsabilidad objetiva a la responsabilidad subjetiva de los Secretarios judiciales por la custodia de los expedientes y de la documentación.- II.- Fundamento y desarrollo.- III.- Conclusión.- 83.- La culpa como elemento para imputar la responsabilidad de los medios masivos de comunicación. 84.- La culpa profesional. La imposibilidad de pago y las obligaciones "intuito personae". 85.- Responsabilidad por culpa del abogado. 86.- Responsabilidad por culpa del médico. 87.- Funciones jurídicas de la culpa. 88.- La culpa y la aceptación de los riesgos.- 88. I.- Introducción.- 88. II.- Concepto.- 88. II. a) Asunción de los riesgos por el uso de una cosa peligrosa.- 88. II. b) Aceptación de los riesgos en un sentido impropio.- 88. II. c) Aceptación de los riesgos en un sentido propio.- 88. III.- La asunción de riesgo en el deporte.- 88. IV.- ¿En el contrato de transporte benévolo es válida la aceptación de los riesgos por parte del viajero transportado?.- 88. V.- Caracteres jurídicos constitutivos para la aplicación de la asunción del riesgo por el uso de una cosa peligrosa.- 88. VI.- Visión jurisprudencial: Hecho de la víctima. Asunción de riesgo. Gomero guardián. 88. VII.- Conclusiones de la Comisión de Daños nro. 3, bajo la

Presidencia de Juan José Casiello y Carlos A. Parellada. Consideró el tema de la "asunción de riesgos", en el marco de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y V Congreso Nacional de Derecho Civil. 88. VIII.- La asunción de los riesgos en el Proyecto de Código Civil y Comercial de La Nación del año 2.012.- 88. IX.- La aceptación de los riesgos en el Derecho Francés.- 88. X.- Responsabilidad por el ejercicio de la actividad peligrosa en el Código Civil Italiano.- 88. XI.- La aceptación de los riesgos en el Derecho Español.- 88. XI. a) La responsabilidad y el mundo del montañismo: La teoría de la asunción del riesgo.

70.- Otros campos jurídicos de aplicación de la culpa

70. 1.- La culpa en los cuasidelitos. Responsabilidad por el hecho propio

Cuando el daño se ha causado por el hecho propio o por el hecho del hombre o humano sólo se responde si su autor lo ha ejecutado con culpa, encontrándonos en presencia de un cuasidelito, siguiendo la terminología aceptada para configurar el hecho ilícito, caracterizada por la negligencia o imprudencia del autor. La culpa es el elemento del acto ilícito en este caso, y la víctima debe probar no solamente el daño, la relación de causalidad de éste con el hecho del demandado, sino también la culpa del autor en la ejecución del hecho (art. 1.109 del Cód. Civ.)[495].

[495] Fognini Ariel I., ha escrito sobre el tema de la : "Culpa e imputabilidad", publicado en La Ley del 20 y 23 de enero del año 2.012, concluyendo que: a) La culpa es el factor de atribución de responsabilidad por excelencia; es pues, la norma de clausura del sistema. b) La imputabilidad es la atribución del acto (imputatio iuris) y sus consecuencias (imputatio facti) al sujeto que lo realizó voluntariamente. Sin

Nos adoctrinaba Bustamante Alsina[496] que la culpa resultará generalmente acreditada con la prueba de las circunstancias en que el hecho se produjo para atribuir la autoría a determinada persona, o sea que no será necesaria una prueba independiente de la de aquellos hechos relacionados con la relación causal, brindándonos el siguiente ejemplo: si quisiera demostrarse que la culpa de un peatón fue la causa del daño que sufriera otro, que circulaba por la misma acera, bastará demostrar que aquél hizo un movimiento brusco que al empujar a éste determinó su caída y consecuentemente la fractura. En cambio si se tratase de un acto ilícito de omisión, como la culpa resultaría de una abstención, la prueba de la culpa es independiente y más rigurosa porque de ella y solamente de ella, deberá resultar la relación de causalidad y la consiguiente responsabilidad.

Hay una distinción que hacer en este supuesto del hecho propio, a los efectos de la prueba de la culpa. La prueba de la culpa debe hacerse cuando el daño ha sido causado por el propio cuerpo del autor (v. gr. un cabezazo entre dos jugadores en un partido de fútbol, un empellón, una zancadilla, etc.). En cambio si el daño se ha causado utilizándose una cosa como instrumento (un bastón, un paraguas, etc.), solo

---

voluntad no hay imputabilidad, ya que se trata de términos con significados jurídicos equivalentes. Asimismo salvo excepciones (p. ej., responsabilidad objetiva), sin voluntad tampoco es atribuible responsabilidad civil. c) Si bien existen ordenamientos jurídicos que adminten la existencia de culpa sin voluntariedad (p. ej., art. 489-2, Cód. Civ. Francés), nuestro ordenamiento legal no recepta tal idea, al no poder atribuirse al sujeto ni el acto ni sus consecuencias. d) Cuando el autor del daño resulta ser inimputable, si bien ni el acto ni sus consecuencias pueden a él atribuirse, los derechos de la víctima quedan bajo el amparo de otras disposiciones del Código Civil (art. 907, 908, etc.).

[496] Bustamante Alsina Jorge, op. cit. pág. 311.

deberá probarse la relación de causalidad, pues la culpa del dueño o guardín de la cosa se presume legalmente “juris tantum” (art. 1.113 primera parte del párrafo agregado por el Decreto Ley 17.711). Por lo tanto la carga de la prueba se invierte en este caso, demostrando simplemente su no culpa o falta de culpa, probando con la contra-prueba que actuó con la debida diligencia en el uso de la cosa, actuando con cuidado y previsión; porque acreditar el hecho negativo de su no culpa, es una prueba diabólica imposible materialmente de acreditar, o bien el demandado tendrá que probar las circunstancias eximentes de culpa, ya sea radicalmente por la demostración de la culpa de la propia víctima, de un tercero por el cual no responde, o del caso fortuito o la fuerza mayor. Por ejemplo, si alguien que circula con un paraguas daña con la punta del mismo a otro “un peatón infante” o “a un enano” lesionándolo en un ojo, bastará demostrar que el paraguas fue la causa del daño para que se tenga por presumida la culpa de aquél. El demandado podrá a su vez probar la culpa de la víctima, por ejemplo, si ésta se lanzó corriendo sobre aquel y al atropellarlo se incrustó la punta del paraguas en un ojo. En la especie, nada parece más natural que presumir legalmente la culpa de quien utilizando una cosa sin intención de dañar, es decir con negligencia, ocasiona un perjuicio a otro, siendo que la cosa responde dócilmente a la voluntad de la persona que se sirve de ella.

Cuando se produce un impacto del cuerpo humano sobre otra persona, se tiene en cuenta que no se puede tratar de una mera atribución física, puesto que el hombre como causante del daño no es equiparable a una cosa o a una fuerza mecánica, ya que a diferencia de estas puede en cierta medida dirigir o gobernar el proceso causal, sea desviándolo, sea acelerándolo o agravándolo; y en tanto y en cuanto

hubiese intervenido de ese modo, bien podrá decirse que el resultado de tal proceso, es sin embargo su resultado. Trigo Represas nos da los siguientes ejemplos, a saber: "el de una persona que al girar en una congestionada acera céntrica choca a otra, la que trastabilla y cae, con poca fortuna, sufriendo una fractura". "O (de) quien en un negocio atiborrado de estanterías y anaqueles roza una valiosa porcelana que cae y se destroza...". O el clásico caso del puñetazo de una persona sobre la cara de otra"; etc. En tales ejemplos la responsabilidad podría muy bien fundarse en factores de atribución subjetivos o imputativos; la culpa o la negligencia de los dos primeros, y en todo caso el dolo en el restante[497].

La culpa según los autores Alterini, Ameal y López Cabana[498] constituye un mínimo necesario para asentar la responsabilidad cuando no hay un precepto que establezca la atribución objetiva. Por ello, se ha sostenido que la culpa sirve como clausura o cierre del sistema, garantizándole "la necesaria elasticidad y plenitud en sentido dinámico" (Schipani); preguntándose Alberto J. Bueres en una reciente publicación de su autoría bajo el título *"La culpa como norma de clausura ¿Es un postulado verdadero?, respondiendo que: "El interrogante sobre si la culpa es*

---

[497] Trigo Represas Félix A., en La responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades en el Proyecto de Reforma del Código Civil, especialmente bajo el subtítulo: "El daño causado por el impacto de un cuerpo humano", págs. 147/150, publicado en Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1.999, por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Bs. As., año 2.000, serie IV- Instituto de Derecho Civil.- Nro. 6.

[498] Alterini Atilio A., Ameal Oscar José y López Cabana Roberto, Derecho de las obligaciones, Ed. Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Bs. As, año 2.004, pág. 705.

norma de clausura –válvula del cierre del sistema-, solo puede plantearse en la responsabilidad extracontractual, pues las funciones que tiene la culpa en la responsabilidad contractual impiden por completo hablar de reglas y excepciones cualitativas en este ámbito"[499]. Según Sebastián Picasso, que adhiere a las ideas de Bueres, trata de ubicar el factor de atribución dentro del incumplimiento. Se trataría de un factor de atribución "intrínseco" –que, al cabo, no se independiza del incumplimiento-, a diferencia de lo que ocurre en la responsabilidad aquilina, en la cual existe un factor de atribución "extrínseco", pues no hay obligación preexistente, sino un deber genérico (el *"alterum non laedere")* que pesa sobre todos los miembros de la comunidad, pero que no concede derecho subjetivo a ninguno de ellos (Santi Romano, Busto Lago, etc.)[500]. Lo "intrínseco" y "extrínseco" conformarían una diferencia entre la responsabilidad contractual y extracontractual, entre otras, que obstaría a la absoluta *reductio ad unum* de las dos órbitas. Por tanto, la culpa en la responsabilidad contractual, en las funciones que le caben, no da margen para discurrir acerca de si ella (la culpa) es norma de clausura o si lo es[501].

Razona el Dr. Alberto J. Bueres que esta tesis que sostiene en varios de sus trabajos, tras reflexionar sobre el lugar que podría ocupar el factor de atribución –cuya presencia dice que le ha costado despojarse por el peso de la tradición que tiene

---

[499] Bueres Alberto J., en La culpa como norma de clausura ¿Es un postulado verdadero?, Pub. En el diario La Ley de fecha 12/10/2.010, y en RCyS 2010-XI, 3.

[500] Bueres Alberto J., op. cit.

[501] Bueres Alberto J., ob. cit.

en la doctrina nacional-, lo cierto es que llega al convencimiento de que es un concepto estéril o inane (o inútil)[502].

En la órbita extracontractual, la culpa esta consagrada en el art. 1.109 del Cód. Civ., inspirado en el art. 1.382 del Código Civil Francés. También la culpa aparece en la responsabilidad personal del funcionario público (art. 1.112 del Cód. Civ.). Por otro lado tenemos a la responsabilidad objetiva regulada en los arts. 1.113 primer apartado, segundo párrafo (daños producidos por el vicio o riesgo de las cosas); 1.071 (el abuso del derecho); 2618 (la inmisión o exceso de la normal tolerancia entre vecinos; 907 (la equidad), etc., todos del Cód. Civ.

Para la concepción clásica del derecho los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, según así lo entendía el Dr. Jorge Bustamante Alsina, serían: a) la antijuridicidad; b) el daño; c) la relación de causalidad entre el hecho propio o el hecho de la cosa y el resultado dañoso; y d) el factor subjetivo de imputación de responsabilidad a titulo de culpa o dolo, o la atribución legal de responsabilidad objetiva[503].

Por su parte el Dr. Jorge J. Llambías nos ilustraba –como modelo destacado- que los presupuestos de la responsabilidad contractual del deudor -para que quede comprometida su responsabilidad- deben conjugarse los siguientes presupuestos o elementos, a saber: a) el incumplimiento del deudor; b) la imputabilidad del incumplimiento al deudor en razón de su culpa o dolo; c) el daño sufrido por el

---

[502] Bueres Alberto J., ob. cit.

[503] Bustamante Alsina Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, Editorial Abeledo-Perrot, Bs. As., año 1.989, pág. 86.

acreedor; d) la relación de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el daño experimentado por el acreedor. Agregaba el laureado jurista que basta que alguno de estos requisitos fracase para que el deudor quede exento de responsabilidad civil por las consecuencias de su inactividad. Por tanto, si no mediaba inejecución del deudor (falla el primer presupuesto), o si la inejecución no es imputable al deudor (exclusión del segundo presupuesto), o si no se provoca daño (ausencia del tercer presupuesto), o si el daño experimentado por el acreedor no deriva del incumplimiento de la obligación (falta del cuarto presupuesto), la responsabilidad del deudor está fuera de cuestión. De los presupuestos enunciados, tres son puramente objetivos: el incumplimiento del deudor, el daño del acreedor y la relación de causalidad entre uno y otro. El restante es de carácter subjetivo, pues se refiere a la posibilidad moral de atribuir ya la inejecución de la obligación, ya el daño ocasionado por ello al deudor como causa inteligente y libre de la actividad obrada por él, para exigirle la consiguiente responsabilidad[504].

Para concluir nos adoctrinaba Bustamante Alsina que la culpa en el incumplimiento contractual se manifiesta por el daño causado al acreedor con negligencia o imprudencia en la observancia del específico deber jurídico establecido convencionalmente. De allí que sea imprescindible considerar la estructura del contrato como un elemento distinto de la culpa, aunque no inseparable de la misma, pues si bien aquella va a mostrar objetivamente el contenido obligacional del acto, la culpa consistirá en una valoración de tipo subjetivo referida a la conducta del deudor en

[504] Llambías Jorge Joaquín, Tratado de la responsabilidad civil, Obligaciones, cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas, Tº I, Editorial Perrot, Bs. As, año 1.983, págs. 119/120.

relación precisamente a la que debió cumplir según la naturaleza de esa obligación convencional[505].

70. 2.- La culpa en la calumnia o injuria y en la acusación calumniosa

A los efectos de la responsabilidad civil por lesiones al honor nos encolumnamos en la orientación doctrinaria que no postula la necesidad del "animus injuriandi" o propósito ofensivo del autor, por cuando rige el principio general de la suficiencia de la culpa (art. 1.109 del Cód. Civ.), es decir –que en estos supuestos- para la responsabilidad civil basta la culpa, como presupuesto subjetivo del deber de responder.

En tal sentido se ha resuelto que "la protección civil del honor es más amplia que la penal; puede incluso atender a casos de ataques por culpa o negligencia, lo que obliga a la reparación. Se desentiende del tipo penal y del dolo. Por ello, si la absolución penal se dicta por no concurrir los extremos de las figuras que contienen los arts. 109 y 110 del Código Penal, no está excluida la responsabilidad civil emergente del hecho en tanto sea una conducta dañosa"[506]. Es necesaria la existencia, al menos, de una culpa; y obsta a su configuración la existencia del error excusable[507].

---

[505] Bustamante Alsina Jorge, op. cit. pág. 96.

[506] CNCiv., Sala C, 19/12/80, ED, 92-455 (voto del doctor Cifuentes). Conf.: Cám. Apel. Civ. y Com., Rosario, Sala II, 23/5/63, Rep. LL, XXV-421, Sum. 125, cits. por Kemelmajer de Carlucci Aída, en la obra colectiva Código Civil, comentado, anotado y concordado, Tº 5, bajo la dirección de Augusto C. Balluscio y Eduardo A. Zannoni (coordinador), Ed. Astrea, Bs. As., año 1990, págs. 247/8.

[507] CNCiv., Sala D, 10/4/80, ED, 90-469 y LL, 1980-C-327, cit. por Kemelmajer de Carlucci A., op. cit. pág. 248.

En el caso de una acusación culposa queda también enlazada la responsabilidad por el daño sufrido por el acusado, no ya por imperio del art. 1090, del Cód. Civ., sino del 1109 de dicho Código, configurándose como un cuasi-delito, distinción que más allá de las diferentes consecuencias jurídicas que provoca, tanto la acusación culposa como la calumniosa se rigen por las normas del principio de asimilación (CNCiv., G, 6/7/84, LL. 1985-B-563 (36.817-S). La responsabilidad civil de los querellantes no puede tener lugar por el único hecho de que la acción ha sido rechazada, pues la ley sólo la admite cuando la acusación ha sido calumniosa u obedeció a una conducta culpable (CNCiv. F, 1/3/83, Ed, 104-169). En principio, para que una acusación resulte calumniosa es necesario que en la interposición de la querella se haya procedido con culpa o negligencia (CNCiv., F, 1/3/83, Ed., 104-169). Si en la denuncia penal no hubo dolo o malicia, y se originó en un error provocado por técnicas contables inapropiadas, la acusación no se puede reputar como calumniosa, lo que no excluye la responsabilidad por culpa o imprudencia, ya que el error de hecho es inexcusable cuando proviene de una negligencia culpable (CC3ra., Córdoba, 31/10/80, LL 1981-A-353). No es exacto que para la configuración del delito civil de "acusación calumniosa" sea necesaria la presencia del dolo (arts. 1072 y 1090 del Cód. Civ.), siendo suficiente que el agente hubiere obrado con temeridad, ligereza, etc. (esto es: culposamente)(CNCiv. D, 19/4/82, ED, 99-376)[508].

70. 2 a) ¿Se requiere la culpa grave del denunciante?

[508] Salas-Trigo Represas-López Mesa, Cód. Civ. Anotado, Tº 4-A, Ed. Depalma, Bs. As., año 1999, págs. 532/533.

Para la doctrina mayoritaria, la responsabilidad civil del denunciante requiere una culpa grave o grosera. Esta solución ha sido fundada, por una parte, en que es: "imprescindible preservar el interés social en la investigación y represión de los delitos penales"[509]. De lo contrario, existiría el peligro de desaliento a quienes pretenden colaborar con las autoridades mediante el ejercicio de la facultad y a veces la obligación de denunciar los presuntos delitos[510]. La culpa grave se configuraría cuando se denuncia un hecho falso o bien a una persona cuya inocencia se conocía o debería haberse conocido.

Finalmente, no se requiere del denunciante una diligencia mayor que la que normalmente y según las circunstancias del caso, referentes a las personas, al modo, al tiempo y al lugar, corresponden a una situación semejante.

70. 2 b) La gravedad de la culpa cuando existe obligación de denunciar

Existen personas que de un modo rotundo soportan esta obligación de denunciar los delitos de acción pública (sería el caso de los jueces), so riesgo de verse imputados, a su vez, por la comisión de un delito.

De tal modo se verifica con respecto a los funcionarios públicos o bien, para cualquier persona, cuando la omisión de denuncia pueda configurar el delito de encubrimiento, al ayudar a eludir a alguien las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta (art. 277 del Cód. Penal). Es en tales supuestos donde

---

[509] Kemelmajer de Carlucci Aída, En Código Civil y leyes complementarias, Comentado, anotado y concordado, Tº 5, Ed. Astrea, Bs. As., año 1.990, pág. 259.

[510] Parellada, Carlos A., Responsabilidad emergente de la denuncia calumniosa o negligente, JA, 1979-III-695; Kemelmajer de Carlucci A., op. cit, pág. 259.

adquiere particular relieve la tesis que exige culpa grave en el denunciante, cuando el denunciante asume tal calidad en cumplimiento de una obligación legal, la severidad en el juicio sobre la culpabilidad debe ser inversamente proporcional al riesgo que corría el agente si omitía la noticia criminis[511].

71.- Responsabilidad con culpa por las medidas cautelares trabadas incorrectamente

Me enrolo en la tesis que en el ámbito bonaerense aplicó la Suprema Corte de Justicia de la Pcia. de Bs. As., en un decisorio que por unanimidad el Tribunal sostuvo: "Esta Corte se ha inclinado desde hace tiempo (aun antes de la vigencia del actual ordenamiento ritual) por la denominada "tesis subjetiva" en materia de responsabilidad por la traba incorrecta de medidas cautelares (véase la causa 29.224, Acuerdos y Sentencias, serie 19, t. IV, p. 351), postura que ha adherido importante doctrina. En tal dirección se ha resuelto que la responsabilidad que consagra el art. 208 del Cód. Proc. Civ. y Com., es netamente subjetiva y por ello no corresponde formular, en los términos de dicho norma una condena automática, por el mero hecho del levantamiento de la medida cautelar". Agregan Galdós y Bionda que la responsabilidad del embargante ilegítimo debe probarse de conformidad con las normas del Código Civil por lo que responde sólo en caso de dolo o culpa y se funda en los parámetros receptados en los artículos 512 y 1.109 del Cód. Civ., siendo preciso previamente determinar si medió abuso o exceso y si se produjo un daño

[511] Parellada Carlos A., op. cit; Zavala de González, Matilde, en Resarcimiento de daños, 2c., Daños a las personas, Ed. Hammurabi, Bs. As., año 1.997, pág. 415.

cierto. Es decir, que no basta que se haya procedido sin derecho sino que debe determinarse si se actuó con dolo o culpa[512].

72.- La culpa en los accidentes deportivos. Los reglamentos deportivos

Como toda actividad humana el deporte necesita ser regulado por medio de herramientas jurídicas, que son las normas y reglamentos indispensables para establecer las expectativas de conducta y de igualdad de situación de los jugadores o deportistas y determinar claramente al ganador. Estos reglamentos a la hora de sentenciar constituyen para los jueces una herramienta preciosa, pues resulta necesario en ciertos casos verificar si se han observado esas reglas de juego o no, sin perjuicio de la aplicación –en los supuestos de daños- del derecho común.

Los reglamentos deportivos contienen disposiciones destinadas a trazar la marcha propiamente dicha del juego, a precisar su técnica, y las otras que tienen por objeto imponer cierta prudencia a los jugadores, evitar las brusquedades excesivas, son estás últimas las que se relacionan con la responsabilidad por daños, aquellas no. También se aplican los usos y costumbre con fuerza normativa en aquellas situaciones deportivas no regladas legalmente. Imaginemos un supuesto de boxeo con la conveniencia de su autorización, por la violencia inmediata que encierra el mismo, las reglamentaciones tienen como fin su humanización, con el objeto de dotarlos de las garantías necesarias para evitar consecuencias funestas y esa violación inmediata esta

[512] Galdós Jorge Mario y Bionda Rodrigo Ezequiel, La Fisonomía de la culpa en los albores del tercer milenio y desde la óptica de la Suprema Corte Bonaerense, en la obra colectiva La Culpa I, bajo la dirección de Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., año 2.009, págs. 194/197.

dirigida a vencer la resistencia del contendiente, siendo legitimo que se le pegue al adversario y se mantiene como aspiración el logro “fuera de combate” o KO absoluto. Al boxeador solo le están prohibidos ciertos golpes y en cierta zona del cuerpo y determinadas actitudes, sin perjuicio del contralor del arbitro de la pelea. Señala Mosset Iturraspe[513] que el decreto-ley nacional 282 del 14/1/63 establece normas para la practica del boxeo, atendiendo a que es una actividad riesgosa, cuya practica debe controlarse rigurosamente y entre otras destaca: a) el requisito del otorgamiento de una licencia para el boxeador profesional por el Ministerio de Asistencia Social y Salud Pública con el asesoramiento de la Federación Argentina de Box; b) la exigencia de someterse antes de cada encuentro a una prueba de control de entrenamiento y estado físico; la exigencia de someterse a una revisación médica inmediata en caso de ser derrotado por abandono; KO o KOT, no pudiendo en caso de "knock out" reanudar su actividad hasta pasados treinta días de la fecha de examen, al término de cuyo plazo deberá someterse a un nuevo examen médico.

72. a.- Responsabilidad del deportista frente a los demás deportistas intervinientes.

La doctrina discute si esta responsabilidad ingresa en el régimen o en la órbita contractual o extracontractual. Cualquiera que sea la posición que se sostenga, no hay dudas que el deportista no responde si no puede imputársele una conducta contraria a las reglas del juego; algunos agregan que no basta el mero cumplimiento del reglamento, sino que este debe ser regular. Algo más: el comportamiento

[513] Mosset Iturraspe Jorge, en Responsabilidad por daños, Tº III, El acto ilícito, Ed. Rubinzal-Culzoni, año 1998, pág. 220.

antirreglamentario no siempre genera responsabilidad. Señala Orgaz[514] que la simple violación de las reglas del juego no trae aparejada la responsabilidad del contendiente; tratándose de deportes que entrañan riesgos de golpes y daños para los participantes, la licitud consagrada para el ejercicio cubre, incluso, las infracciones normales (por ej. el daño causado por un "foul" producido por el fragor de la lucha por la pelota. Es el caso en el fútbol, cuando dos adversarios corren apareados en procura de la pelota y uno de ellos, en una acción atribuible a la velocidad del juego; traba al otro antirreglamentariamente (FOUL) y éste se lesiona al caer, el primero no es responsable penal ni civilmente, ya que se trata de una incidencia natural y frecuente en el desarrollo de este deporte. Las reglas del juego no son normas legales cuya infracción signifique ilicitud jurídica, sino reglas de actuación para los jugadores, sólo punibles, en principio en el ámbito deportivo. Agrega Ghersi[515] que otros autores, en cambio, distinguen dos clases de disposiciones reglamentarias: las destinadas a precisar la técnica o la marcha del juego, cuya violación no genera responsabilidad civil (por ej. Tomar la pelota con la mano durante el juego en el fútbol) y las reglas que tienden a imponer prudencia, evitar brusquedades, etc., cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad al deportista que ha actuado, además con culpa o dolo (por ej. un corredor de autos que debió detenerlo por desperfectos, no lo arrimó inmediatamente

---

[514] Orgaz Alfredo, Lesiones deportivas, Publicado en La Ley 151-1.055, Responsabilidad civil, doctrina esenciales, Tomo V, Director Félix Trigo Represas, La Ley, Bs. As. 2.009, pág. 1180.

[515] Ghersi, Carlos A., Responsabilidad deportiva, Cap. XIX, en la obra colectiva, titulada: Responsabilidad civil de Jorge Mosset Iturraspe (Director) y Aída Kemelmajer de Carlucci (Coordinadora) y otros, Editorial Hammurabi, Bs. As., año 1992, pág. 480.

al costado de la pista y provocó el impacto de otro participante; un jugador de fútbol, pega un puntapié a otro que se encontraba en el suelo, con el juego detenido, un boxeador aplica una trompada al adversario en una zona baja del cuerpo y prohibida, etc.).

73.- Responsabilidad por el hecho de otro (Menores). Fundamento de la responsabilidad.

La responsabilidad que el Código Civil regula adjudicando a los padres, tutores, y curadores, con relación a los daños ocasionados por sus hijos y pupilos (art. 1.114 a 1.116 del Cód. Civil) tiene carácter subjetivo. La ley presume la culpa del principal, pero su responsabilidad por dichos daños cesa "si probaren que les ha sido imposible impedirlos" (art. 1.116 del Cód. Civ.). Se trata, por tanto, de una presunción legal de culpa -"*juris tantum"*- (de una culpa cantada), es decir que admite prueba en contrario, o la contra prueba que libera o exime de responsabilidad.

Ese fundamento de la responsabilidad -dicen Alterini, Ameal y López Cabana-, en el caso, es corriente en el Derecho Comparado, así el Código Civil Uruguayo (art. 1.324); el Código Civil Español (art. 1.903); el Código Civil Italiano de 1.942 (art. 2.048); el Código Civil Boliviano de 1.975 (art.990); el Código Civil Paraguayo de 1.987 (art. 1843)[516].

Con respecto a quienes responden, dispone el Código Civil que el padre y la madre son solidariamente responsables de los daños ocasionados por sus hijos menores que habiten con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si

[516] Alterini, Ameal y López Cabana, ob. cit. pág. 710.

fueran mayores de diez años. En caso de que los padres no convivan, será responsable el que ejerza la tenencia del menor, salvo que al producirse el evento dañoso el hijo estuviere al cuidado del otro progenitor (art. 1.114, del Cód. Civ.), según ley 23.264).

El sistema jurídico de la responsabilidad –respecto al tema tratado- funciona así: a) Menores de hasta diez años de edad. Los padres tienen responsabilidad directa; el hijo no responde porque carece de discernimiento, salvo por razones de equidad (art. 907 del Cód. Civ.). b) Menores de 10 a 18 años de edad. Los padres frente al daño causado por los mismos, son responsables indirectos, y los hijos responden directamente, con una obligación concurrente entre ellos, pues la responsabilidad de los mismos se fundan en distintas relaciones causales. La víctima tiene acción contra los padres y contra el hijo, pero cuando los padres pagan la indemnización, disponen de acción recursoria contra el patrimonio del hijo (doc. art. 1.123 del Cód. Civ.).

73. a) Tutores y curadores. Régimen legal.

Según los autores Alterini, Ameal y López Cabana[517], razonan -con referencia a este tópico-, que: "Lo establecido sobre los padres rige respecto de los tutores y curadores, por los hechos de las personas que están a su cargo" (art. 1.114, del Cód. Civ., según ley 24.830, y sus conc. los arts. 433[518] y 475[519] del mismo cuerpo

[517] Alterini, Ameal y López Cabana, ob. cit. págs. 712/713.

[518] El art. 433 del Cód. Civ., dice: "El tutor responde de los daños causados por sus pupilos menores de 10 años que habiten con él".

legal). El fundamento de esta responsabilidad indirecta es el mismo que en el caso de los padres. Así quien haya obtenido el discernimiento de la tutela (art. 399[520] y sigs. , del Cód. Civ.,), o de la curatela (art. 468[521] y sigs., del Cód. Civ.), responde por los hechos de sus pupilos o curados".

74.- La culpa en las relaciones de familia. Separación personal (Causas fundadas en la culpa)

Las causas de separación personal fundadas en la culpa de uno de los cónyuges están enunciadas en el art. 202 del Cód. Civ. (texto según ley 23.515). Son hechos que en definitiva, implican graves violaciones de los deberes jurídicos derivados del matrimonio. Los hechos que pueden dar causa a la separación personal culpable –nos adoctrina Belluscio[522]- tienen los siguientes requisitos comunes: a) Gravedad. Deben ser de tal gravedad que hagan imposible moral y materialmente la vida en común de los esposos. b) Imputabilidad. Supone una actitud culpable o dolosa del cónyuge al cual se atribuye. Sólo puede justificar la separación si traducen de parte

---

[519] Dispone el art. 475 del Cód. Civ., que: "Los declarados incapaces son considerados como los menores de edad, en cuanto a su persona y bienes. Las leyes sobre la tutela de los menores se aplicarán a la curaduría de los incapaces".

[520] Establece el art. 399 del Cód. Civ., que: "Nadie puede ejercer las funciones de tutor, ya sea la tutela dada por los padres o por los jueces, sin que el cargo sea discernido por el juez competente, que autorice al tutor nombrado o confirmado para ejercer las funciones de los tutores".

[521] Estatuye el art. 468 del Cód. Civ., que: "Se da curador al mayor de edad incapaz de administrar sus bienes".

[522] Belluscio Augusto César, Manual de Derecho de Familia, Tº I, Ed. Depalma Bs. As., año 1996, pág. 371.

de su autor un comportamiento consciente y responsable. c) Invocabilidad. Los hechos que dan lugar a la separación personal culpable pueden ser invocados únicamente por el cónyuge agraviado, no por el que los cometió. d) Posterioridad al matrimonio. Los hechos invocables como causales de separación personal deben ser posteriores al matrimonio, sin perjuicio de que los anteriores puedan ser tenidos en cuenta como antecedentes, o cuando se trata de actos de inconducta ocultados o revelados después del matrimonio en condiciones afrentosas para el cónyuge.

Según el art. 202 del Cód. Civ., son causas de separación personal: 1º) El adulterio[523]; 2º) La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes, ya como autor principal, cómplice o instigador. 3º) La instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos. 4º) Las injurias graves. Para su apreciación el juez tomará en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse. 5º) El abandono voluntario y malicioso.

El art. 204 del Cód. Civ., (texto según ley 23.515), establece que: "Podrá decretarse la separación personal, a petición de cualquiera de los cónyuges, cuando estos hubieren interrumpido su cohabitación sin voluntad de unirse por un término mayor de dos años. Si alguno de ellos alega y prueba no haber dado causa a la separación, la sentencia dejará a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente".

74. a) Concurrencia de causas.

[523] La ley 24.453, derogó al art. 74 del Código Penal que preveía la figura del delito de adulterio.

En caso de que ambos cónyuges hayan incurrido en hechos que configuran causales de separación, sus culpas no se compensan, sino que corresponde decretarla por culpas de ambos. Así se ha reconocido siempre, sin perjuicio de que –en ocasiones- deba tenerse en cuenta la gravedad de los hechos cometidos por uno de los esposos para apreciar con menos severidad los de menor importancia imputables al otro, en especial en caso de injurias. La ley no prevé expresamente el caso de reciprocidad de injurias. Sin embargo, parece obvio que en principio las injurias de uno de los cónyuges no autorizan la réplica injuriosa del otro. Luego, si las injurias son recíprocas, debe decretarse la separación por culpa de ambos cónyuges. Pero la gravedad de la injuria puede atenuarse y aun desaparecer cuando resulta ser la consecuencia de una provocación o una reacción lógica ante la conducta del otro cónyuge, ya que el que obra exasperado por el comportamiento de éste cuenta con la atenuante o eximente de la provocación[524]. Por ello se ha resuelto que: *"si bien es cierto que el hecho de ser víctima de una causal de divorcio no autoriza a injuriar, también es cierto que quien está sufriendo un grave y permanente agravio puede tener reacciones que en esas circunstancias no autoriza a decretar el divorcio también por su culpa, aunque tal vez fuesen ellas suficientes si no mediaren tales circunstancias"*[525].

74. b) Divorcio vincular por culpa

---

[524] Belluscio Augusto César, Manual de Derecho de Familia, Tº I, Ed. Depalma, Bs. As., Bs. As., año 1.996, págs. 372 y 378. Zannoni Eduardo A., Derecho de Familia Tº II, Editorial Astrea, Bs. As., año 1989, págs. 98, 99 y 100.

[525] CNCiv., Sala A, 14/3/66, LL, 122-662, cit. por Zannoni Eduardo A., op. cit. pág. 100.

El art. 214, del Cód. Civ., (texto según ley 23.515), establece que: “Son causales de divorcio vincular: 1º) las establecidas en el art. 202...”. Por lo tanto, el divorcio vincular puede obtenerse por las mismas causales fundadas en la culpa de los cónyuges que la separación personal. Resulta aplicable, pues, todo lo expuesto con relación a esas causas (supra nros. 74 y 74a).

74.b. 1) Responsabilidad civil derivada del cónyuge culpable y en el divorcio

I. Introducción

Tanto el legislador de la ley 2393 del 8 de noviembre de 1888, como el reformista del año 1968, no se ocuparon del resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la separación personal, tampoco lo hizo el legislador del divorcio vincular, previsto en la ley 23.515 (Adla, 1881-1888, 497; XLVII-B, 1535).

Es decir que la obligación de indemnizar no consta en ninguna de las disposiciones del Código Civil, dentro del tema de "Los derechos personales en las relaciones de familia", sección segunda, modificado por el nuevo régimen de matrimonio y divorcio; únicamente trata las consecuencias o efectos de la separación personal (arts. 206 a 212, Cód. Civil) y del divorcio (arts. 217 y 218 del mismo ordenamiento), previéndose el impacto de los mismos sobre el tema de la vocación hereditaria (art. 3574, Cód. Civil), que dispone: "Estando separados los cónyuges por sentencia de juez competente fundada en los casos del art. 202, el que hubiere dado causa a la separación no tendrá ninguno de los derechos declarados en los artículos anteriores. Si la separación se hubiese decretado en los casos del art. 203, el cónyuge enfermo conservará su vocación hereditaria. En los casos de los arts. 204, párr. 1° y 205, ninguno de los cónyuges mantendrá derechos hereditarios en la sucesión del otro.

En caso de decretarse la separación por mediar separación de hecho anterior, el cónyuge que probó no haber dado causa a ella, conservará su vocación hereditaria en la sucesión del otro. En todos los casos en que uno de los esposos conserva vocación hereditaria luego de la separación personal, la perderá si viviere en concubinato o incurriere en injurias graves contra el otro cónyuge. Estando divorciados vincularmente por sentencia de juez competente o convertida en divorcio vincular la sentencia de separación personal, los cónyuges perderán los derechos declarados en los artículos anteriores".

Esta laguna legislativa, silencio podría decirse cuasi-deliberado del legislador del año 1888, del reformista de 1968, continúa siendo una verdad en el actual Derecho de familia, omitido también por el legislador del año 1987.

Nos hallaríamos ante un "daño" no tipificado, en contraposición a las figuras instituidas normativamente en el Código Civil: ej. el delito civil de homicidio, art. 1084, Cód. Civil; delito civil de hurto; los cuasidelitos (art. 1109, Cód. Civil); las injurias hechas por terceros a la mujer y a los hijos, (art. 1080, Cód. Civil), etc.; de allí que negar la procedencia de la reparación del daño causado emergente de la separación personal o del divorcio vincular, nos colocaría en la categoría que restringe --los derechos subjetivos, a sólo los enumerados expresamente-- siguiendo la suerte del sistema numerus clausus, cuando el sistema de la reparación en el "Derecho de Daños", que ha tomado autonomía propia, pertenece a la órbita del numerus apertus. Si el daño, da nacimiento a la responsabilidad civil, producido el mismo, hay un responsable, él debe indemnizar.

Transcurrieron más de 100 años desde la sanción de la primera ley de

matrimonio civil, y el silencio legislativo hoy persiste, empero ello no es obstáculo para no resarcir los daños causados en tales circunstancias.

Al expedirse sobre el texto de reformas de la ley de matrimonio civil aprobado por la Cámara de Diputados, la mayoría de la Comisión de legislación General, y de Familia y minoridad del Senado, se pronunció: "... dejando lo referente a la indemnización de daños y perjuicios a la aplicación de las normas generales de la responsabilidad extracontractual o estableciendo una norma específica, lo que no se hizo en su momento"[526].

II. Concurrencia de los extremos de la responsabilidad civil extracontractual

Obviamente al no haber prohibición al resarcimiento por los daños causados por la separación personal o el divorcio, ni expresa, ni tácitamente, basado en el principio de que todo lo que no está prohibido está permitido, es perfectamente viable el resarcimiento de los perjuicios causados por el cónyuge culpable al inocente, cuando se encuentren reunidos los cuatro elementos de los hechos ilícitos a saber: a) antijuridicidad, como conducta violatoria de todo el ordenamiento jurídico; b) la imputabilidad; c) el daño; y d) la relación de causalidad adecuada. Se hallan reunidos --todos estos elementos de los hechos ilícitos-- en las conductas configurativas de las causales de separación personal y divorcio, y en la nueva causal del cónyuge que dio causa a la separación de hecho (arts. 202 y 204, 2° apart., ley 23.515), sea como causal

[526] Méndez Costa, María J., "Régimen legal de matrimonio civil" ley 23.515, Ed. Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1987, comentario al art. 165, ps. 18 y 19; Méndez Costa, María, Cap. XXVII "Separación personal divorcio y responsabilidad civil", p. 650, obra "Derecho de Daños", homenaje al doctor Mosset Iturraspe, Ed. La Rocca.

de la separación personal o divorcio**,** pues en la especie afirmo que las causales de separación personal o divorcio son hechos o actos ilícitos.

II. a) La antijuridicidad.

El obrar del cónyuge es antijurídico, cuando viola expresos e implícitos mandatos o prohibiciones de todo el ordenamiento jurídico, cuando infringe una norma "del deber ser", destinada a la tutela de intereses.

Son conductas antijurídicas, las causales establecidas, como basamento a la separación personal del art. 202, inc. 1° el adulterio; 2° la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean comunes o no, ya como autor principal, cómplice o instigador; 3° la instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos; 4° las injurias graves, para su apreciación el juez tomará en consideración la educación, posición social y demás circunstancias que puedan presentarse; 5° el abandono voluntario y malicioso. El abandono aparece también en la separación de hecho, de acuerdo al último párrafo del art. 204 de la ley 23.515, todas estas causales reproducidas, como causales del divorcio vincular (art. 214, misma ley).

El cónyuge culpable viola especialmente los deberes jurídicos que imponen la institución matrimonial, de conformidad a los arts. 198/9 del Cód. Civil. La fidelidad, la asistencia y alimentos. El deber de cohabitación, estableciendo que los esposos deben convivir en una misma casa, a menos que por circunstancias excepcionales se vean obligados a mantener transitoriamente residencias separadas.

Belluscio, dice que es justo el resarcimiento de los daños causados por los hechos ilícitos que condujeron al divorcio, y por el divorcio en sí, y sostiene: "... Si bien en algunos casos el perjuicio derivado directamente del hecho que da lugar al

divorcio, por lo general es de mayor entidad al engendrado por el divorcio en sí. La circunstancia de que en tales casos el hecho dañoso sea causa indirecta del perjuicio no excluye la obligación de reparar"[527]. Atento a ello cabe hacer una distinción entre los daños que son consecuencia directa y derivados de la causal de divorcio o separación personal (denominados inmediatos) por conectarse causalmente; de los daños derivados de la separación o divorcio vincular en sí mismo (denominados mediatos) por estar conectados causalmente, o indirectamente, en forma más lejana (conf. art. 901, Cód. Civil). Es decir que hay daños de primer y segundo grado.

II. b) La imputabilidad.

Es el factor de atribución subjetivo de responsabilidad dolosa o culposa propiamente dicho, que se inculpa al autor responsable.

Las injurias graves --como causal del divorcio o separación personal-- pueden admitirse como un obrar culposo, cuando esas injurias inferidas son sin animus injuriandi, que en el fondo son conductas antijurídicas, violatorias de los deberes matrimoniales. En cambio las acciones dolosas (vgr. el abandono, el adulterio, la instigación a cometer delitos) constituyen un obrar doloso. Será el juez en los juicios contenciosos de separación personal y de divorcio vincular quien calificará la conducta configurativa de las causales en que se funda, y establecerá la culpabilidad de uno o de ambos cónyuges (art. 235). Es decir que esta indispensable culpa o dolo, nos conduce al resarcimiento de los daños y sólo se concibe en el divorcio-sanción, que da por

---

[527] Belluscio, Augusto C., "Daños y perjuicios derivados del divorcio". Rev. LA LEY, t. 105, p. 1043, y "Responsabilidad civil en el derecho de familia", p. 4, Ed. Hammurabi, 1983.

supuesto comportamientos antijurídicos imputables a uno o ambos cónyuges.

II. c) El daño.

Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades (art. 1068, Cód. Civil). No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia. Constituye daño la lesión a los derechos subjetivos familiares entre ellos: la lesión al derecho de fidelidad en el adulterio; el derecho a la convivencia en el abandono; el derecho al honor en las injurias graves, etc., todos ellos lesionan derechos personales.

También hay daño al patrimonio, principalmente en el régimen patrimonial matrimonial, y los alimentos entre los cónyuges que conforman la faceta patrimonial del deber de asistencia.

"Las manifestaciones del daño patrimonial y moral son múltiples. Hay daño patrimonial en los menoscabos que afecten la reputación e incidan en la actividad laboral o profesional disminuyendo expectativas razonables de obtener ingresos, en lesiones psíquicas o físicas sufridas, el contagio de enfermedades, la destrucción de bienes. Hay daño moral en la lesión de los sentimientos y afecciones del consorte, a su honor, dignidad, a su seguridad personal; se presenta en la pérdida de alentadas esperanzas de vida matrimonial normal, de la asistencia moral que justificadamente se confió recibir durante toda la vida del cónyuge, de la colaboración que se preveía para la educación de los hijos; los hay de la repercusión que la separación de los padres

tiene sobre éstos (los huérfanos del divorcio), que se proyecta sobre el padre y la madre[528].

La sentencia de separación personal o de divorcio acarrea otros daños que tienen como detonante; en lo patrimonial la disolución de la sociedad conyugal de pleno derecho (art. 1306, Cód. Civil), con la consiguiente secuela de la partición de los gananciales que puede ser exigida por el separado o divorciado culpable; el desplazamiento del nivel socio-económico de vida llevado hasta entonces, y hoy todavía, para la mujer, la aparición de la necesidad de emprender una tarea remunerada fuera del hogar; los gastos extraordinarios demandados por la atención y educación de los hijos, cuando la ocupación de quien tiene su tenencia le impide cuidarlos personalmente, etcétera[529].

El divorcio vincular, produce la recuperación de la aptitud nupcial, y cesa la vocación hereditaria recíproca conforme lo dispuesto en el art. 3574 Cód. Civil (art. 217, ley 23.515). Es decir que con esta resolución legal --pérdida de la vocación hereditaria-- con mayor razón debe sustentarse la reparación de todo daño patrimonial o extrapatrimonial que acarrea el divorcio.

II. d) La relación de causalidad adecuada.

---

[528] Méndez Costa, María J., obra cit. en cap. XXVII libro homenaje a Mosset Iturraspe, "Derecho de daños", Ed. La Rocca, "Separación personal, divorcio y responsabilidad civil", p. 659.

[529] Méndez Costa, M. J., op. cit., p. 659, cit. a Belluscio, Augusto C., Resp.; Barbero, Omar U., "Daños", cit. 187 a 189; Makianich de Basset, Lidia N. cit., E. D., t. 115, p. 844, punto V.

Nuestro Cód. Civil en el art. 906, adopta el sistema del nexo de causalidad adecuado, y dice: "En ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad". Es decir que debe existir un nexo de causalidad adecuado o de relación de causalidad entre la conducta antijurídica imputable del cónyuge que incurrió en las causales de divorcio o separación personal, y las consecuencias o daños causados como resultante de éstas.

75.- El "Quid" de la culpa en la guarda cuando la cosa viciosa o riesgosa es usada contra la voluntad expresa o presunta de su dueño o guardián

La última parte del art. 1.113 del Cód. Civ., establece una causal de liberación común a los supuestos de daños causados con las cosas y por su vicio o riesgo; refiriéndose al uso de la cosa contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián. Por ser concurrente la responsabilidad de ambos sujetos, el verbo debió ser utilizado de modo plural, debiéndose leer: "no serán responsables".

La tendencia mayoritaria –de indudable acierto- considera que se trata de dos obligaciones independientes, indistintas, concurrentes o "in solidum", ya que dado el hecho ilícito se responde por un título distinto ante el damnificado, quien puede demandar a cualquiera o a ambos conjuntamente por el todo, es decir, la obligación presenta un mismo acreedor e identidad de objeto, pero tiene diversa causa y distintos deudores. Una tiene como causa de la responsabilidad la titularidad del dominio, en el caso del dueño, y la otra responsabilidad se origina, en el deber de custodia, en el caso del guardián.

El tema fue analizado durante las Primeras Jornadas Australes de Derecho (Comodoro Rivadavia, 1.980) y el despacho de Comisión, firmado por los

Dres. Aída Kemelmajer de Carlucci, Guillermo Borda, Garrido, Brebbia, Salas, Mosset Iturraspe, Trigo Represas y Ramella, aconsejó que: "la responsabilidad del dueño o guardián frente a la víctima es *conjunta* en el sentido de que esta última puede accionar contra ambos o contra uno de ellos en forma simultánea o sucesiva"[530].

El uso contra la voluntad es el realizado con oposición del dueño o guardián. No basta que el agente lo haya usado sin autorización o en ausencia del responsable, sino que debe haber oposición, expresa o tácita. Mientras tal oposición no exista, subsiste la responsabilidad. Señala Aída Kemelmajer de Carlucci que parecería que la tesis más amplia es la que responde al texto legal que admite la voluntad presunta, de lo contrario esta expresión quedaría vacía de contenido. En la configuración de la voluntad presunta serán elementos importantes el permiso anterior, el parentesco, la amistad, etc.[531]. Aunque el uso sea contrario a la voluntad, no cesa la responsabilidad si ha sido posible por un acto culposo del dueño o guardián, como sería por ejemplo: dejar las llaves puestas en un vehículo estacionado en la calle, o dejar el vehículo en marcha y en la calle, o dejar las llaves al alcance de un menor.

---

[530] Yapur de Cheli María Fernanda, Responsabilidad objetiva. Dueño y Guardián, en la obra colectiva, bajo la Dirección de Carlos A. Ghersi y Celia Weingarten, Revista Nova Tesis, Doctrina y Jurisprudencia, Tº I, septiembre-diciembre, 2.004, Editorial Jurídica Nova Tesis, Rosario, Santa Fe, Argentina, año 2.004, pág. 81.

[531] Kemelmajer de Carlucci Aída, en la obra colectiva bajo la Dirección de Augusto C. Belluscio y la Coordinación de Eduardo A. Zannoni, titulada: Código Civil, comentado, anotado y concordado, Tº 5, Editorial Astrea, Bs. As., año 1.990, pág. 571.

Es decir, que el desplazamiento de la guarda se debe a un hecho culposo por el cual se debe responder.

La prueba de que el uso ha sido contra la voluntad expresa o presunta y el haber sido diligente en la guarda incumbe al que pretende liberarse de responsabilidad.

Para finalizar, Conde y Suares traen a colación la disposición contenida en el art. 27, Decreto Nº 6582/58, modificado por el Decreto-Ley 22.977/83, al señalar que si el titular registral comunica que hizo tradición del automotor al adquirente, se reputará que éste o quienes de él hubiesen recibido el uso, la tenencia o la posesión, revisten con relación al transmitente, no sólo el carácter de terceros por quienes él no debe responder, sino también que el automotor fue usado en contra de su voluntad[532].

75. a). La responsabilidad del dueño o guardián frente a la sustracción de la cosa y la culpa en la objetividad del deber de responder. La diligencia en la conservación de la cosa.

En la Argentina, tanto referente al tema inherente a la responsabilidad civil del guardián cuanto a la del dueño, en los supuestos de daños causados por el "riesgo o vicio de la cosa", la culpa juega un rol sumamente relevante e importante con respecto a la objetividad del deber de responder.

Se ha debatido en doctrina la situación del guardián de la cosa riesgosa, frente al hecho del "ladrón" (término usado sin precisiones penales) que la sustrae, distinguiéndose al respecto entre el "nudo dueño", cuya cosa ha sido usada en contra

[532] Conde Héctor Normando y Suares Roberto Cesar, Tratado sobre responsabilidad por accidentes de tránsito, Tº I, Editorial Hammurabi, Bs. As., año 1.995, pág. 321.

de su voluntad y el guardián desplazado, por no concebir un uso contrario a la voluntad del guardián como eximente, pues se desprendió de la guarda o fue desplazado de ella[533].

En la especie, la jurisprudencia hoy francamente mayoritaria entiende que el desplazamiento en la guarda o el uso en contra de la voluntad presunta o expresa del dueño, para resultar eximentes de la responsabilidad del dueño o guardián, debieron haber sido inculpables, ya que si mediare culpa de los mismos, la desposesión no resultaría eximente, precisamente por dicha acción u omisión negligente de "una culpa en la guarda".

Sancionado el Decreto-Ley 17.711/68 que modifica sustancialmente el Código Civil, referente al tema objeto de estudio, en las Segundas Jornadas San Rafaelinas de Derecho Civil, reunidas en la Pcia. de Mendoza, en el año 1.971, se declaró de "lege lata" que: "debe considerarse que no promedia tal eximente por carencia del requisito de extraneidad, si el guardián no ha adoptado la diligencia necesaria para evitar ser desplazado de la guarda".

En tal sentido la doctrina entiende que igualmente habría responsabilidad del propietario o guardián si quien usó la cosa en contra de su voluntad pudo hacerlo en virtud de un descuido o negligencia de aquellos. Ni siquiera la

---

[533] Segundas Jornadas San Rafaelinas de Derecho Civil, San Rafael; Mendoza, año 1.971, Tema III, Conclusión C. 4, cit. por Yapur de Cheli María Fernanda, Responsabilidad objetiva. Dueño y Guardián, en la obra colectiva, bajo la Dirección de Carlos A. Ghersi y Celia Weingarten, Revista Nova Tesis, Doctrina y Jurisprudencia, Tº I, septiembre-diciembre, 2.004, Editorial Jurídica Nova Tesis, Rosario, Santa Fe, Argentina, año 2.004, pág. 83.

privación más radical de la guarda impide la responsabilidad si el origen de la situación ha consistido en un acto culpable de quien la ejercía[534].

Es decir, que el dueño o guardián se exoneran si la cosa ha sido utilizada en contra de su voluntad expresa o presunta, salvo que esta utilización contra su voluntad expresa o presunta se haya debido "a...¡su culpa¡": si el hurto de un automóvil fue posible por culpa de su dueño o guardián", la eximente no funciona y el "crédito a la reparación" del injustamente dañado queda, entonces, postergado por consideraciones culpabilísticas que parecían desterradas por obvias exigencias lógicas de la premisa mayor del sistema instaurado"[535].

En el Derecho comparado, especialmente en Francia, sin embargo, la Corte de Casación ha decidido que, salvo circunstancias excepcionales, no hay relación de causalidad entre esas culpas que han podido facilitar la sustracción del automóvil y los daños que éste pueda causar ulteriormente bajo la dirección y guarda del ladrón. (Conf. Jurisprudencia citada por Jourdain Patrice, en su comentario

---

[534] Conde Héctor Normando y Suares Roberto Cesar, Tratado sobre responsabilidad por accidentes de tránsito, Tº I, Ed. Hammurabi, Bs. As., año 1995, págs. 311/323.

[535] Daray Hernán, Accidentes de tránsito, Doctrina y Jurisprudencia sistematizada, Ed. Astrea, Bs. As., año 1.983, págs. 48 y ss., Nº 15; Mosset Iturraspe Jorge, Responsabilidad por daños, Ed., Ediar, año 1.973, Tº II-B, pág. 31, Yapur de Cheli María Fernanda, Responsabilidad objetiva. Dueño y Guardián, en la obra colectiva, bajo la Dirección de Carlos A. Ghersi y Celia Weingarten, Revista Nova Tesis, Doctrina y Jurisprudencia, Tº I, septiembre-diciembre, 2.004, Editorial Jurídica Nova Tesis, Rosario, Santa Fe, Argentina, año 2.004, pág. 84.

Relación de Causalidad. La Aplicación de la teoría de la causalidad adecuada en Rev. Trim. De Droit. Civile, Nº 3, pág. 558, Sirey, París, Francia, año 1989)[536].

En nuestro país, la exigencia de acreditar la inculpabilidad del despojo surge como una reacción doctrinaria tendiente a favorecer la posición de la víctima, que quedaría inerme frente a un ladrón insolvente y un nudo dueño irresponsable, empleando en forma más o menos explícita la facción de la perpetuación en la guarda, cuando su pérdida real es causada por negligencia.

76.- La culpa en la relación de trabajo bajo relación de dependencia

Dispone el art. 84 de La Ley de Contrato de Trabajo, bajo el sub-título: "Deberes de diligencia y colaboración", que: "El trabajador debe prestar el servicio con puntualidad, asistencia regular y dedicación adecuada a las características de su empleo y a los medios instrumentales que se le provean". Este tema se vincula para una parte de la doctrina laboral con el denominado principio de rendimiento. La negligencia del trabajador en estas obligaciones puede hacerlo pasible de las sanciones disciplinarias correspondientes y hasta motivar la máxima sanción si las inconductas se repiten.

76. a). Generalidades. "EL trabajador tiene la obligación de poner su capacidad de trabajo a disposición del empleador y en su consecuencia debe adoptar las respectivas

---

[536] Yapur de Cheli María Fernanda, Responsabilidad objetiva. Dueño y Guardián, en la obra colectiva, bajo la Dirección de Carlos A. Ghersi y Celia Weingarten, Revista Nova Tesis, Doctrina y Jurisprudencia, Tº I, septiembre-diciembre, 2.004, Editorial Jurídica Nova Tesis, Rosario, Santa Fe, Argentina, año 2.004, pág. 84.

medidas de diligencia tendientes al cumplimiento de dicho debido (C.N.A.Tr., Sala III, 15/7/77, L.L., 1978-A-188)"[537].

"Si el trabajador viola su debito laboral injuriando de modo grave los intereses del empleador, procede la extinción justificada del contrato, aunque el hecho en sí no constituye delito criminal o la falta no sea motivo de sanción administrativa (C. N. A. Tr., Sala II, 15/7/76, D.T., 1976-499)"[538].

76. b) Negligencias culposas. "La actitud negligente del trabajador que no cumplió con el mínimo de diligencias necesaria para el cuidado de un elemento importante configura una negligencia culposa que neutralizaría, de existir, cualquier presunción de responsabilidad del empleador (C.N.A.Tr., Sala IV, 22/9/78, E.D. 1978, nro. 31.378)"[539].

"No es suficiente cualquier negligencia que encuadre en los arts. 1109 y ss., del C. C., para autorizar la rescisión del contrato de trabajo, ya que está en la naturaleza de las cosas que en el desenvolvimiento de toda actividad profesional se cometen errores y hasta ligerazas (Cpaz, 9/10/39, G. P. 30-141); debe ser un obrar contrario a derecho o un incumplimiento de magnitud suficiente para desplazar del primer plano el principio de conservación del contrato (C.Tr., 1ª, 29/11/76, D.T. 1.977-479)". "Si bien la negligencia no figura como causa especial de despido, ella basta para

---

[537] Sardegna Miguel A., Ley de Contrato de Trabajo, Comentada, anotada y concordada, Editorial Universidad, Bs. As., año 1996, pág. 200.

[538] Sardegna Miguel A., op. cit. pág. 200.

[539] Sardegna Miguel A., op. cit. pág. 201.

justifiarlo cuando por su gravedad o reiteración haya ocasionado injuria a los intereses del empleador (S.C.B.A., 22/6/49, DJBA XXVII-558)"[540].

76. c) "Exceptio non adimpleti contractus". "La negativa a tomar tareas por parte de los dependientes no configuran "actos de sabotaje" cuando la no prestación de servicios fue dispuesta para obtener el pago de retribuciones debidas por el principal. Constituye una reacción lógica ante el total incumplimiento de la empleadora la negativa a prestar servicios y no es una mediada de carácter ilícito sino una autotutela individual autorizada incluso por el derecho común ("*exceptio non adimpleti contractus")* (C.N.A.Tr., Sala I., 15/4/74)"[541].

76. d) Abandono masivo de tareas. El abandono masivo de tareas con la consecuente paralización de servicios y abandono del lugar de trabajo antes de la finalización normal de la jornada, sin permiso especial para hacerlo, hace incurrir al trabajador en violación de los deberes esenciales de colaboración, diligencia y solidaridad (C.N.A.Tr. Sala I, 26/9/66, D.T., 1.966-476)[542].

76. e). Responsabilidad por dolo o culpa grave del trabajador.

El trabajador es responsable ante el empleador de los daños que cause a los intereses de éste, por dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones (art. 87 de L. C. T.). No existe tal responsabilidad si existió culpa simple o negligencia. La culpa grave que estima la doctrina debe hallarse lindante con el dolo. Es competente para

---

[540] Krotoschin Ernesto, Ratti Jorge A. F., con el concurso de Gustavo Raúl Meilij y Sara Silva, Ediciones Depalma, Bs. As., año 1.986, págs. 205/6.

[541] Sardegna, Miguel A., op. cit. pág. 201.

[542] Sardegna, Miguel A., op. cit. pág. 201.

conocer en la acción de daños y perjuicios la justicia del trabajo, limitándose al daño emergente con exclusión del lucro cesante. Para determinar si la culpa es grave la pauta de referencia es la actuación de un hombre normal, un buen trabajador; en ese caso son a su cargo las consecuencias del mal uso de sus instrumentos de labor o los otros daños causados; de lo contrario se presume la inexistencia de la mencionada culpa grave y que el deterioro, por ejemplo, se debió al transcurso del tiempo y al uso[543].

"La acción del empleador contra el trabajador fundada en las disposiciones del art. 87 de la L. C. T. debe iniciarse ante la justicia del trabajo., y la prueba de la calificación del hecho está a cargo del empleador, ya que en principio se presume juris tantum la falta de responsabilidad del trabajador (C.N.A. Tr. Sala VI, 30/6/77, L.T., 1977-847)". El trabajador solo responde por los daños provenientes de su dolo o culpa manifiestamente inexcusable (S.C. Mza., Sala II, 16/10/64, Rep. L. L., XVI-A-295, sum. 109)". "Para que el trabajador responda por los daños no debe mediar negligencia alguna por parte del empresario (C. Tr. y Paz, Jujuy, 10/9/68, L.L., 135-1.114)"[544].

76. f). La culpa laboral en el distracto. "La culpa laboral se informa en principios distintos a los que constituyen la culpa penal, y debido a ello, no tiene por que guardar siempre y necesariamente correspondencia con las reglas que rigen en ese particular ámbito. Un hecho que no constituye un delito puede ser legitima causa de despido, de allí que la absolución del trabajador en juicio penal, no impide apreciar en sede laboral

[543] Sardegna Miguel A., op. cit. págs. 205/6.

[544] Sardegna Miguel A., op. cit. pág. 206.

si el mismo acto configura injuria al empleador y es motivo legítimo de resolución de contrato (S.C.B.A., 25/3/80, D. T., 1980-779)"[545].

77.- La negligencia en el Derecho Procesal Civil y Comercial. Negligencia en la producción de la prueba de oficios y exhortos

El art. 383 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación regula y armoniza la responsabilidad de los litigantes en la gestión, libramiento de oficios y exhortos y su respectivo trámite ante las autoridades a que van dirigidos. Si bien el juzgado ordena a petición de parte o de oficio las distintas comunicaciones con otros tribunales o reparticiones administrativas, corresponde a los interesados su confección y trámite, a menos que por resolución pertinente se disponga lo contrario. Opera, -de ese modo- señalan Fenochietto-Arazi[546], el principio dispositivo de rigor en materia probatoria; más aun tratándose del diligenciamiento de oficios cuyo movimiento, una vez firmados y retirados por las partes, ni el juzgado ni la contraria pueden fácilmente controlar. La normativa citada prevé dos responsabilidades, la primera, el de hacer saber en que juzgado y secretaría ha quedado radicada la comunicación, y la segunda, para aquellos casos en que el oficio consistiese en la designación de audiencias o cualquiera otra diligencia, que pudiera ser objeto de contralor de la otra parte, informar la fecha en el plazo de cinco días desde la notificación, por ministerio de la ley, de la providencia que lo fijó. Se trata de verdaderas cargas-sanción, atento a que en el último párrafo del articulo en estudio, se dispone que al respecto regirán las normas sobre

---

[545] Sardegna Miguel A., op. cit. pág. 594.

[546] Fenochietto Carlos Eduardo y Arazi Roland, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado y concordado, Tomo 2, Editorial Astrea, Bs. As. Año 1.987, pág. 344.

caducidad de pruebas por negligencia. De manera pues, que no sólo corresponde al interesado activar el trámite de la gestión y libramiento del oficio o exhorto, sino que, además, deberá poner en conocimiento del juzgado la suerte que corre la diligencia en el plazo perentorio de cinco días.

Ahora bien, con respecto a si corresponde articular la negligencia o la caducidad de los oficios, clarifican –Finochietto y Arazi[547]- que la remisión a los principios sobre caducidad de pruebas, conduce a la aplicación analógica del art. 402, que sanciona la caducidad de la prueba por informes. Sin embargo hay que distinguir varios supuestos: a) Presentación del oficio. El retardo en la presentación del oficio para su firma da lugar al acuse de negligencia y a la sustanciación del incidente. El artículo en su anterior redacción imponía: "serán librados dentro del quinto día", plazo que al vencer producía la caducidad de la prueba. b) Negligencia en retirar el oficio o hacer conocer su radicación. Firmado el instrumento y no retirado oportunamente por la parte interesada para su diligenciamiento, también se requiere la promoción del incidente de negligencia en la producción de la prueba. Lo mismo ocurre si retirado el oficio no se pone en conocimiento del juzgado en qué juzgado y secretaría ha quedado radicado. c) Negligencia en informar la designación de audiencias u otras diligencias. Al prever el precepto un plazo de cinco días para informar al respecto, inferimos que transcurrido él, se produce la pérdida automática del derecho, es decir, se opera la caducidad.

77. a). La negligencia en producción de las medidas de prueba

---

[547] Fenochietto Carlos Eduardo y Arazi Roland, op. cit. pág. 345.

Dispone el art. 384 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que las medidas de prueba deberán ser pedidas, ordenadas y practicadas dentro del plazo. A los interesados le incumbe urgir para que sean diligenciadas oportunamente. Si no lo fueren por omisión de las autoridades encargas de recibirlas, podrán los interesados pedir que se practiquen antes de los alegatos siempre que, en tiempo, la parte que ofreció la prueba hubiese informado al juzgado de las dificultades y requerido las medidas necesarias para activar la producción.

77. b). Teoría de la negligencia en la producción de la prueba

La teoría de la negligencia en la producción de la prueba nace por creación pretoriana, a consecuencia de la inacción imputable del litigante que ocasiona una demora perjudicial e injustificada en el trámite del proceso, que por propia definición, “es la acción de ir hacia adelante" y la inercia de cualquiera de las partes no bastará para paralizarlo en perjuicio del instituto y de la parte contraria, quien vería así postergada la sentencia y con ella la certeza judicial sobre la controversia[548].

Este concepto, expuesto por Colombo[549] en una clásica monografía, ha sido recibido en muchos decisorios, destacándose que su función es evitar la demora en la producción de las pruebas a causa de la desidia de los interesados al no “urgir” las medidas de prueba ofrecidas.

---

[548] Fenochietto Carlos Eduardo y Arazi Roland, op. cit. págs. 346/7.

[549] Colombo Carlos J., La negligencia en la producción de las pruebas, Bs. As., Abeledo, año 1.942, en especial p. 102. Fenochietto Carlos Eduardo y Arazi Roland, op. cit. pág. 347. Colombo Carlos J., y Kiper Claudio M., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y comentado, Tª IV, Ed. La Ley, Bs. As., año 2.006, págs. 109/110.

Los aspectos que la configuran, según queda dicho, son de índole subjetiva, vinculados a la inacción de las partes, y objetiva, es decir, la demora perjudicial e injustificada del procedimiento, como elemento material.

La Judicatura –a través de sus pronunciamientos- admitió a la parte perjudicada por la negligencia (culpa) o dolo de su contraria al no urgir su prueba, de plantear el incidente de negligencia en la producción de la prueba, y así obtener, previa sustanciación, la resolución que declare perdido el derecho a producir sus probanzas, o algún medio en particular, y de esa manera llegar a la etapa conclusional, postergada ante los medios pendientes de ejecución o producción.

Exponen Colombo y Kiper -refiriéndose al concepto del tema en estudio- que incurre en negligencia en la producción de la prueba la parte a quien incumbe urgirla cuando, por su inacción injustificada ocasiona una demora perjudicial en el trámite del proceso. Esta noción -como dije- que fue adoptada en numerosos fallos, se extrae de sus elementos, uno objetivo producido por la demora, que es una relación que resulta de la comprobación entre el momento en que la prueba razonablemente debió quedar actuada y aquél en el que se solicita la caducidad o negligencia, sin que lo haya sido; las causas de justificación, porque se basa en hechos ajenos a la voluntad de la parte y valen para todos; la inacción, que si bien tiene raíz subjetiva, interesa en cuanto quede objetivada por la falta de adecuada gestión que impulse el diligenciamiento; el perjuicio, que resulta de la demora y depende de la vinculación de éste con el estado general del proceso en lo que hace al tiempo de su

desarrollo. La imputabilidad, es eminentemente subjetiva: la parte que no ha realizado los actos que de ella dependen para activar la prueba[550].

Finalmente Fenochietto-Arazi[551] exponen de conformidad con los recaudos exigidos, es decir la culpa del litigante y el retardo en el trámite, que se pueden enumerar las siguientes reglas de orientación frente a la variedad de incidentes que en la practica pueden presentarse, a saber: a) Negligencia y prueba pendiente. La circunstancia de haber medidas pendientes de producción, no impide la declaración de negligencia para alguna en particular, ya que ella debe juzgarse con relación a cada diligencia[552]. b) Prueba común. En tal supuesto incumbe a ambas partes urgir su producción, de manera que para promoverse el incidente de acuse de negligencia a la contraria se impone previamente, o en la misma fecha u oportunidad, desistir de la medida[553]. c) Criterio de apreciación de la negligencia. No debe admitirse "la caducidad por la caducidad misma"[554]. La pérdida de la prueba requiere un interés jurídico en quien plantea la cuestión, y en casos de duda se estará por la amplitud de ella, aplicándose la negligencia con carácter restrictivo y de un modo excepcional[555]. d) Inactividad de parte y demora judicial. La pasividad del justiciable debe ocasionar

---

[550] Colombo, Carlos J., La negligencia en la producción de las pruebas, Bs. As., Abeledo, año 1942, pág. 117; Colombo Carlos J., y Kiper Claudio M., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado y comentado, Tº IV, Ed. La Ley, Bs. As., año 2.006, págs. 109/110.

[551] Fenochietto-Arazi, op. cit. pág. 349.

[552] C1ªApel. Blanca, 3/10/69, LL, 137-427.

[553] CNCiv., Sala C, 16/7/78, LL, 135/1107, 20.877-S; íd., Sala E, 8/9/67, LL, 128-990, 16.140-S.

[554] CNCiv., Sala C, 26/11/68, LL, 135-1.116, 21.181-S.

[555] CNCiv., Sala A, 4/5/67, LL, 127-1137, 153.675-S, íd., Sala C, 29/10/68, LL, 136-1.074, 21.973-S.

una “demora” injustificada e irrazonable en el procedimiento probatorio, o simplemente respecto del medio de prueba cuestionado[556].

78.- La culpa en las acciones de reintegro

Este es otro de los campos jurídicos en el cual, la idea de culpa mantiene su plena vigencia. Resulta que una vez satisfecha la indemnización, quedan pendientes, los reclamos y acciones de regreso entre los distintos intervinientes y protagonistas responsables del hecho dañoso. Este ámbito o área de las relaciones internas entre los coautores o responsables legales de un hecho ilícito, está iluminado por la culpa como factor de atribución subjetivo de responsabilidad –como así lo afirma el Dr. Jorge Adolfo Mazzinghi (h) en su tesis doctoral titulada: “La vigencia de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil”, presentada y aprobada en la Carrera de Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”.

Estas acciones de reintegro, o también denominadas de reembolso o, simplemente de regreso, son acciones que nacen a favor de quien se ha hecho cargo de resarcir o indemnizar a la victima del daño, y están dirigidas a obtener el reintegro –total o parcial- de las sumas abonadas como resarcimiento del daño. En todos los casos, para la procedencia de la acción estará asentada en la prueba de un proceder culposo del autor concreto del hecho ilícito o del titular de la propiedad o de la guarda de la cosa.

---

[556] CNCiv., Sala F, 8/6/67, LL, 127-1146, 15.740-S.

Dos son los requisitos para la procedencia del reclamo: a) Que se haya hecho efectivo el pago de la indemnización; b) Que el autor del hecho haya obrado con culpa, o bien sea responsable por el hecho de las cosas.

78. a). La acción del principal contra el dependiente.

Con referencia a la acción de regreso o reembolso del principal contra el dependiente, está legalmente prevista en la norma del art. 1.123 del Cód. Civil que dice: "El que paga el daño causado por sus dependientes o domésticos, puede repetir lo que hubiese pagado del dependiente o doméstico que lo causó por su culpa o negligencia". En general la culpa o el dolo del dependiente serán la causa y el fundamento de la acción de reintegro que el derecho reconoce en cabeza del principal.

78. b). La acción de los padres contra el patrimonio de sus hijos.

Coincido con el Dr. Mazzinghi (h) autor de la tesis doctoral citada, que no existe una norma legal que la organice, sin embargo la doctrina admite que los padres que se han hecho cargo de la indemnización de los daños provocados por sus hijos menores de edad y mayores de diez años, puedan pretender el reintegro de lo abonado contra el patrimonio de sus hijos. Siendo el fundamento de la acción la inconducta de los hijos menores. Si el autor del hecho tiene menos de diez años, la acción de reintegro es improcedente, pues este carece de discernimiento para los actos ilícitos (art. 921 del Cód. Civ.). Cierto es, que cuando los menores tienen más de diez años, ellos son responsables del daño que han causado. Pero la culpa de los menores no excluye la inconducta de los padres, consistente, de ordinario, en la inobservancia de los deberes de educación y vigilancia de sus hijos menores. La responsabilidad de los padres es naturaleza subjetiva, y deriva del incumplimiento o de la inobservancia

de los deberes de la patria potestad, pues se funda en la "culpa presumida", en que estos pudieren incurrir por haber violado aquellos deberes jurídicos que la ley les impone respecto a sus hijos menores de edad, que se hallan sujetos a su patria potestad y, dentro de esos deberes está el de vigilarlos, cuidarlos y educarlos, deberes encaminados a obtener una buena conducta del menor, para evitar que causen daños a terceros. Siguiendo en este tema al Dr. Mazzinghi (h) –el mismo en la obra citada- opina que si para la procedencia de la reparación a cargo de los padres importa un comportamiento defectuoso de parte de los mismos, no parece razonable ni justo que la acción de reintegro contra el patrimonio de sus hijos proceda por el total de la indemnización. En el caso la acción de reintegro tendría que prosperar parcialmente, de conformidad a la manera como se desenvolvieron los hechos y valorando la incidencia de la culpa de los padres en la concreción del hecho ilícito. Se trata de un supuesto de concurrencia de culpas en el marco de la relación interna[557].

78. c). La acción de reintegro de los propietarios de establecimientos educativos.

El art. 1117, reformado por la ley 24.830, regula la responsabilidad de los propietarios de establecimientos educativos privados o estatales por los daños que causen o que sufran los alumnos menores de edad. En la especie, el propietario del establecimiento educativo debe hacerse cargo del resarcimiento del daño sufrido por el

---

[557] Llambías, Jorge J., Tratado de derecho civil, Obligaciones, Tº IV-A, Editorial Perrot, Bs. As., año 1982, Nº 2520, págs. 392/395; Mazzinghi Jorge Adolfo (h), tesis doctoral titulada: "La vigencia de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil", aprobada en la Carrera de Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho, de la Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires", págs. 184/187.

alumno, cuya obligación de responder civilmente, se basa en el factor de atribución objetivo "garantía", lo que no obstaculiza la acción contra los docentes, que pueden ser demandados con fundamento en los arts. 1074 y/o 1109 del Cód. Civ., aunque en este último supuesto el accionante deberá probar la culpa del educador accionado, sea por haber omitido las diligencias respectivas o haber actuado negligentemente[558].

La acción de reembolso que pueden ejercer los propietarios de establecimientos educativos, dentro del marco de la relación interna, en contra de los maestros, profesores, subordinados o dependientes de los mismos, encuentran su fundamento en que ellos deben cargar con sus propias culpas, más allá del deber jurídico de resarcir que el ordenamiento impone y exige al propietario del establecimiento, con aplicación analógica del art. 1.123 del Cód. Civ.

78. d). La acción recursoria del dueño o guardián del animal.

Siempre que alguien- dueño o guardián- se ve precisado a satisfacer la reparación del daño causado por un animal, puede volverse contra quien hubiere sido culpable de la ocurrencia del daño, a fin de que le reintegre lo desembolsado para desinteresar al damnificado[559]. El único requisito de admisibilidad de esa acción de

---

[558] Sagarna Fernando Alfredo, Responsabilidad del propietario de una escuela y del docente de educación física. Daños causados por una soga elástica con extremo de metal, Publicado en la obra colectiva, bajo la Dirección de Félix Trigo Represas, Responsabilidad Civil, Doctrinas Esenciales, Tº IV, Ed. La Ley, Bs. As., año 2.007, págs. 185/192.

[559] El art. 1.113 del Cód. Civ. determina la responsabilidad del dueño o del guardián por los daños que la cosa riesgosa o viciosa cause a terceros. Ahora bien, cuando es el dueño de la cosa el que se hizo cargo del resarcimiento del daño, puede ocurrir que, después de abonar la indemnización, quiera regresivamente demandar al guardián, argumentando que éste no cumplió con los deberes de custodiar

regreso radica en la prueba de la culpa del demandado, después de lo cual, éste no puede eludir el reintegro exigido, en virtud del principio legal del art. 1.109 del Cód. Civ. Es innecesario remarcar que no podría oponer a la pretensión de reintegro la presunción de responsabilidad establecida por la ley con respecto al dueño o guardián del animal porque esa presunción sólo ha sido formulada a favor del damnificado. De ahí que el demandado sólo puede lograr una excepción parcial de su propia

---

debida y adecuadamente la cosa que le ha sido confiada en guarda. Acota Mazzinghi (h) –en su obra ya citada, pág. 190- que en este caso es importante señalar que el propietario de la cosa tiene la carga de probar que el guardián obró con culpa, y la acción de reintegro sólo prosperará si el dueño acredita que el encargado de la guarda de la cosa no se condujo correctamente. En la especie, dentro del marco de esta acción, los parámetros de la responsabilidad objetiva no tienen aplicación. La responsabilidad objetiva del guardián sólo cuenta de cara a la víctima del daño. En la relación interna, el guardián no responde como guardián; sólo está obligado a rembolsar al propietario de la cosa si obró con culpa (Conf. Piaggio, Aníbal N., "Presencias de la culpa", La Ley 2.005-F, pág. 1455/56). La acción de regreso se funda en la culpa del encargado de mantener la cosa bajo su control. Si el guardador fue negligente o imprudente, y si los daños sufridos por la víctima son la consecuencia de ese obrar culposo, es razonable que el propietario –que indemnizó el daño al tercero- pretenda que el guardián le reembolse lo pagado. Puede darse la situación –inversa- de la acción regresiva del guardián de la cosa contra el dueño, que también podría ocurrir que el guardián de la cosa, después de resarcir el daño al tercero damnificado, acciona contra el propietario alegando que no le fue advertido acerca de un vicio que tenía la cosa que le fue confiada. Este supuesto estaría legalmente previsto –por aplicación analógica del art. 1.124 del Cód. Civ.- al tratar del recurso del cuidador en contra del dueño del animal que causó el daño. Y el fundamento de la acción de reintegro-regresiva del guardián contra el dueño de la cosa, es también la culpa de éste último, sobre la base de su defectuosa información o reticencia a su debido tiempo de informar al guardián sobre las características o vicios que posee la cosa.

responsabilidad si prueba la culpa concurrente del demandante. Es importante observar que solo goza de acción de recurso el guardián que inviste este carácter por consentimiento del dueño (arg. "mandado el animal" (art. 1.124 del Cód. Civ.). Contrariamente, si el guardián hubiera asumido por propia decisión la guarda del animal, no tendría motivo de queja contra el dueño y estaría precisado a soportar las derivaciones de sus actos[560]. A ello agregamos lo sostenido por Mazzinghi (h) al referirse concretamente que podría ocurrir, que el guardián del animal –después de indemnizar el daño-, quisiera volverse contra el propietario del mismo, alegando que no fue advertido acerca de la peligrosidad del animal confiado a su vigilancia. Este supuesto está previsto en el art. 1124 del Cód. Civ., al tratar del recurso del cuidador contra el dueño del animal que ocasionó el daño. El fundamento de la acción de reintegro del guardián contra el dueño, es también la culpa de este último, su defectuosa información o su displicente reticencia al tiempo de informar al guardián sobre las características del animal[561].

78. e). La acción recursoria o de regreso en el cuasidelito.

En materia de solidaridad delictual –a diferencia de la cuasidelictual- no hay acción de contribución contra los otros deudores. El pago de la indemnización del daño causado por un delito civil no da derecho al "solvens" a repartir el desembolso entre los deudores. El art. 1.082 del Cód. Civ. es categórico al respecto. Su fundamento reside en el principio de que está vedado alegar la propia torpeza para fundar en ella un

---

[560] Llambías Jorge Joaquín, Código Civil, anotado, doctrina y jurisprudencia, Tº II-B, Editorial Abeledo-Perrot, Bs. As., 1.984, pág. 533.

[561] Mazzinghi Jorge Adolfo, op. cit. pág. 191.

derecho. La orientación clásica determina que no ha de tolerarse a quienes se han confabulado para causar daños intencionales y menos que el que indemniza y se hizo cargo del resarcimiento pretenda dividir la indemnización que ha tenido que satisfacer a la víctima del delito. Sólo se concede acción de reintegro al civilmente responsable de alguno de los coautores del delito civil, que por ese motivo y en calidad de deudor concurrente de la indemnización ha desinteresado a la victima del delito, tiene acción de reintegro total contra los demás coautores del hecho que son, a su vez deudores solidarios suyos, en cuanto resulta un damnificado indirecto por ellos. Y si la acción de reintegro es dirigida contra un tercero que fuera también civilmente responsable de otro coautor del hecho doloso, sólo es admisible un reintegro parcial, en función del número de los coautores de dicho hecho, sin que se pueda discriminar la mayor o menor influencia de éstos en la comisión del delito pues ello es lo que impide el art. 1.082 del Cód. Civ. Queda claro entonces, que el co-autor del daño que se hizo cargo de la indemnización no tiene acción recursoria contra los otros coautores obligados solidarios (arts. 1.081 y 1.082 del Cód. Civ.), solución que es admitida, en cambio, en los cuasidelitos (art. 1.109 del Cód. Civ.), al establecer en su parte pertinente que: "Cuando por efecto de la solidaridad derivada del hecho uno de los coautores hubiere indemnizado una parte mayor que la que le corresponde, podrá ejercer la acción de reintegro" (Párrafo incorporado por el Decreto-Ley 17.711/68)[562].

[562] Llambías Jorge J., Código Civil Anotado, Tº II-B, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., año 1984, págs. 334 y 335; Bustamante Alsina, Jorge, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., año 1.989, pág. 289.

"No es imperativo distribuir igualitariamente la indemnización del daño causado por un delito culposo, entre sus autores, pudiendo atenderse a la gravedad de la culpa de cada condenado sin afectar por ello la solidaridad de la obligación frente al damnificado (SCBA, LL, 105-92)"[563].

79.- La culpa en la relación jurídica entre el nudo propietario y el usufructuario

Dispone el art. 2872 del Código Civil que el usufructuario tiene el derecho a servirse de las cosas que se gastan y deterioran lentamente en los usos a que están destinadas, y sólo esta obligado a devolverlas, al extinguirse el usufructo, en el estado en que se hallen, salvo si se deterioran o consumen por su culpa. Y está obligado a informar al propietario de las perturbaciones provenientes del hecho de terceros, y que si no lo hiciere, responderá de todos los daños que al propietario le resulten como si hubiesen sido ocasionados por su culpa (art. 2880 del Cód. Civ.). Le impone el art. 2893 del Cód. Civ., que es responsable, si por su negligencia dejare prescribir las servidumbres activas, o dejare por su tolerancia adquirir sobre los inmuebles servidumbres pasivas, o dejare de pagar deudas inherentes a los bienes en usufructo. Responderá también por el no cobro de los créditos del usufructo, si por su negligencia dejare de cobrarlos, y de ejercer todos los actos judiciales a ese objeto (art. 2906 del Cód. Civ.). Finalmente, indica el (art. 2394 del Cód. Civ.) que se extingue también el usufructo por la pérdida total de la cosa, sucedida por caso fortuito, cuando ella no fuese fungible. Destaca Mazzinghi (h)[564] con referencia a este aspecto de la norma que la culpa del usufructuario en la pérdida de la cosa recibida, tiene decisiva

[563] Llambías Jorge J., op. cit. pág. 336.

[564] Mazzinghi Jorge Adolfo, op. cit. pág. 49.

incidencia en orden a la extinción del usufructo, en cuya nota Vélez Sarsfield apunta a que si la pérdida de la cosa hubiere sido causada por culpa del nudo propietario o del usufructuario, el usufructo continúa y las consecuencias de esa pérdida serán juzgadas por las reglas relativas a las obligaciones de las partes.

80.- Aplicación de la culpa en la responsabilidad del Estado

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, se pronunció por la procedencia de la reparación patrimonial en el supuesto en que un municipio, pese a haber asumido la obligación de mantener los restos de una persona en su sepultura hasta tanto caducara su concesión, lo arrojó al osario común imposibilitando su posterior individualización por parte de sus familiares. Resolvió que corresponde juzgar la conducta de la Municipalidad a la luz de las normas del Código Civil relativas al incumplimiento de las obligaciones convencionales (arts. 505, 511, 512, 519, 520, 522, 889 y concs. del Cód. Civ.), ello desde que si bien el Derecho Privado no es supletorio ni subsidiario del Derecho Administrativo, la falta de regulación por éste de determinadas cuestiones autoriza la aplicación analógica de aquél, con las discriminaciones impuestas por la peculiar naturaleza de las relaciones de Derecho Publico[565].

---

[565] SCJBA, Ac. B. 53.499 del 27/3/2.008, in re "L. R. P. c/ Municipalidad de Lanús s/ demanda contencioso administrativa", Ac. B. 56.260 del 10/9/2.003, in re: "B. E. N. y otro c/ Municipalidad de Avellaneda s/ demanda contencioso administrativa, cits. por Galdós Jorge M., y Bionda Rodrigo E., en La Fisonomía de la culpa en los albores del tercer milenio y desde la óptica de la Suprema Corte Bonaerense, en la obra Colectiva, bajo la dirección de Mosset Iturraspe-Lorenzetti, en Revista de Derecho de Daños, la Culpa I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., año 2.009, págs. 200/1. Véanse además

La Corte Suprema de Justicia Nacional ha decidido que corresponde hacer lugar a la demanda por daños y perjuicios deducida contra una provincia, si está acreditado que el actor adquirió un inmueble cuyo propietario entregó al escribano interviniente el título donde constaba la titularidad del dominio, comprobándose luego que esa escritura era falsa en su firma y sello, y que no había pasado por ante el registro notarial que indicaba, pero estaba inscripta en el Registro de la Propiedad de la Provincia demandada, cuya responsabilidad por la actividad registral deficiente no desaparece ante la alejada similitud de firmas, y se sustenta en la "omisión de controlar" por parte de aquél organismo de las formas extrínsecas del instrumento, entre ellas la legitimidad de la firma, y ello aún cuando no se requirieron certificados de dominio previos a la operación (C.S., Ludmer c/ Prov. de Buenos Aires, 10/4/80)[566].

---

otros casos resueltos por el mismo Tribunal Superior Bonaerense en donde ha tenido oportunidad de establecer que la responsabilidad del Estado puede ser originada tanto por su actividad como por su comportamiento omisivo: "un no hacer" (SCBA, Ac. 98.541 del 10/9/2.008, in re: "E., A., y otro c/ Daguerre Jorge R. y otro s/ daños y perjuicios". La misma Corte estableció –en otro juicio- que: "En el Derecho Publico no existe un texto especifico que contemple lo atinente a la obligación del Estado por las consecuencias de sus hechos o actos de omisión o de abstención. Por ello su tratamiento jurídico básico debe efectuárselo recurriendo a la norma del artículo 1074 del Código Civil, que permite ubicar en ella el tema de la responsabilidad del Estado por sus comportamientos o actitudes omisivas o de abstención" (SCJBA, Ac. C. 91.336 del 18/118/2.008, M. C. A. y Z. G. M. C/ Acosta Alcides Rubén y tros s/ daños y perjuicios", daño moral, con remisión al Ac. 73.526, sent. Del 23/2/82000, D. J. B. A., 158-100, cits. por Galdós-Bionda, op. cit. pág. 201).

[566] Cit. en Compendio de Jurisprudencia Usual de la Corte Suprema, Recopilada, ordenada y puesta al día por Daniel Enrique Ogando, Ed., Vera Arévalo, Bs. As., año 1.994, pág. 399. Puede consultarse también el trabajo de Tomás Hutchinson, intitulado: La "Culpa" en la responsabilidad del Estado,

81.- La culpa como factor subjetivo de imputación en la responsabilidad civil de los jueces

De acuerdo a la doctrina mayoritaria, el art. 1.112 del Cód. Civ., inscribe a la responsabilidad de los jueces dentro de los factores subjetivos de imputación. Santos Cifuentes y Sagarna sostienen que: "...desde los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación hasta los jueces de primera instancia, como personal administrativo del Poder Judicial, podrían ser demandados. Pero para ir contra un juez se exige el desafuero previo, siempre y cuando la acción verse por daños por el cumplimiento irregular de sus funciones"[567]. En la especie, la culpa judicial está dentro del capítulo de la culpa profesional. Opinamos que la culpa debe ser valorada con cierto criterio estricto, y no cualquier inobservancia puede ser tenida como factor subjetivo de imputación, sino la que sea de tal entidad y gravedad que sea inexcusable. Por ello se ha dicho que para eximirse de responsabilidad deberá acreditar que cumplió con lo que en la responsabilidad profesional llamamos *"lex artis"* con un sentido estrictísimo[568]. Acreditado el cumplimiento irregular, la culpa se presume, surge *in re ipsa*, de esa conducta antijurídica, los hechos o el expediente hablan por sí

---

publicado en la obra colectiva, bajo la dirección de Mosset Iturraspe y Lorenzetti, titulada La Culpa-II, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., año 2.009, págs. 137/184.

[567] Al comentar el art. 1.112, en Código Civil de la Nación, Anotado y comentado, La Ley, Bs. As., año 2.003, t. I, pág. 885; Gasparotti Viviana Inés, Algunas consideraciones sobre el factor de imputación subjetivo en la responsabilidad civil de los jueces, en la obra colectiva bajo la dirección de Mosset Iturraspe Jorge y Lorenzetti Ricardo Luis, La Culpa II, en Revista De Derecho de Daños, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., año 2.009, pág. 314.

[568] Gasparotti Viviana Inés, op. cit., pág. 315.

mismo, estamos frente a una culpa cantada. Para desvirtuar el juez esa presunción de culpa, tiene a su alcance la contraprueba de justificar que, su conducta fue diligente que actuó con cuidado y previsión. En suma, la conducta culposa del juez tiene que ser de tal entidad que sea determinante del daño, de manera tal que si hubiese actuado con la debida diligencia, observando y aplicando las normas legales, el error inexcusable no se hubiese cometido. Debe ser el resultado del desconocimiento, la ignorancia, la falta de pericia jurídica y la debida diligencia a la hora de resolver.

82.- Responsabilidad de los Secretarios judiciales por la custodia de los expedientes y de la documentación

Iº.- Introducción

Del transito de la responsabilidad objetiva a la responsabilidad subjetiva de los Secretarios judiciales por la custodia de los expedientes y de la documentación

En el presente tópico se demostrará como se ha subjetivizado la responsabilidad de los secretarios y funcionarios judiciales por la custodia de los expedientes y/o de las documentaciones que obran en las dependencias judiciales, dándose un proceso inverso a lo acontecido respecto al régimen de la responsabilidad civil -en donde- sin derogarse el concepto de culpa como factor sujetivo de responsabilidad, se amplió el campo jurídico de aplicación de la responsabilidad objetiva, produciéndose –en el tema que nos ocupa- un tránsito inverso, es decir: “de la responsabilidad objetiva hacia la responsabilidad subjetiva”.

Las razones que constituyen la base o el fundamento de ese tránsito de la responsabilidad objetiva hacia una responsabilidad subjetiva, que será objeto de estudio y análisis más abajo, estaría dado por la derogación o inaplicabilidad de una

ley por la costumbre (desuetudo), pues suele distinguirse el no uso de la ley (desuetudo), de la formación de una costumbre contraria a la ley (costumbre abrogatoria); pero en rigor ambos casos son idénticos ya que la inobservancia sostenida de una ley por los miembros de la Comunidad y por los órganos encargados de aplicarla, significa evidentemente, la formación de una costumbre contraria a dicha ley, puesto que los hechos de conducta que según la ley debieran tener. Enseñan –en tal sentido- Aftalión-García Olano-Vilanova que: "Toda disposición legal se encuentra sometida a la siguiente disyuntiva: o existe un acatamiento consuetudinario general (ya sea en la endonorma por la conducta de los obligados, o en la perinorma por la conducta de los órganos encargados de aplicar la sanción) y en este caso la ley tiene vigencia, o no existe tal acatamiento y en este caso la ley no tiene vigencia. La falta de vigencia de una ley puede darse desde un principio (se dice entonces que la ley es letra muerta) o puede darse después de algún tiempo en que la ley ha tenido efectiva vigencia pero la pierde en virtud del cambio de las circunstancias sociales y las convicciones imperantes (es, lo que con más exactitud se llama desuetudo)". Es la practica generalizada la que deroga la ley (Aftalión Enrique R., García Olano Fernando, Vilanova José, en Introducción al Derecho, Editorial La Ley, Bs. As., año 1964, págs. 300/2).

II.- Fundamento y desarrollo

El Secretario judicial es el más importante de los colaboradores del juez o tribunal, especialmente en el proceso escrito de doble instancia. Además de ser un auxiliar al que le está reservado lo relativo a la formación y ordenación material y custodia de los expedientes, tiene la tarea de asistir a un buen número de audiencias en

que se realizan bajo su personal dirección y también actúa como fedatario, al suscribirlas. El art. 163 de la ley orgánica de los tribunales capitalinos, dispone que son deberes de los secretarios de primera instancia: (...) 5º) Custodiar los expedientes y documentos que estuviesen a su cargo, siendo directamente responsable por su pérdida, o mutilación o alteraciones que en ellos se hicieren[569].

Los secretarios y los jefes de oficinas judiciales son responsables de la custodia de los expedientes y documentos de la oficina donde estuvieren desempeñando su función[570]. Es función de los secretarios, la organización de los expedientes a medida que se vayan formando y el cuidado de que se mantengan en buen estado; debiendo custodiar los documentos que estuvieren a su cargo, siendo responsables por su pérdida o por mutilaciones o alteraciones que en ellos si hicieren. Sin embargo, en la practica, esa obligación se ha desplazado hacia auxiliares, sin que

---

[569] Morello Augusto M., Passi Lanza Miguel A., Sosa Gualberto L., Berizonce Roberto, Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Pcia. de Bs. As., y de la Nación, Comentados y anotados, Tº II, Editora Platense, La Plata, año 1970, págs. 229/231.

[570] Sin perjuicio de la eventual responsabilidad de los secretarios a raíz de la pérdida o deterioro de los expedientes, la tarea material de organización y conservación de éstos incumbe en la práctica al personal auxiliar subalterno. El RJNC, 139 se hace cargo de esa circunstancia en tanto prescribe que los oficiales primeros deben procurar "que los expedientes, libros y demás efectos se conserven en buen estado, cabiendo aquí añadir que el reglamento impone a los oficiales primeros el deber de cooperar en la custodia de los expedientes y documentos" (Palacio Lino E., Alvarado Velloso A., Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, comentado, Tº 2, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 1992, pág. 282)". Al oficial primero se lo llama también jefe de despacho, hallándose actualmente escalafonados como prosecretarios administrativos.

se sepa, a ciencia cierta, quien la realiza, con lo cual se anonimiza la responsabilidad y se hace responsable al grupo, porque estaríamos frente a una responsabilidad colectiva, cuando resulta imposible individualizar al responsable. Tiene su apoyo en la norma particular del art. 95 del Cód. Penal y en la aplicación analógica de los arts. 1.119 y 1121 en conexión con el art. 1.109 del Cód. Civ., salvo o sin perjuicio de que alguien del grupo imputado como responsable demuestre que fue diligente en sus actos y así se exime de responsabilidad.

Al Secretario se le aplica el art. 1.112 del Cód. Civ., en estos supuestos tratados, al establecer que: "Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título". Ello significa que el factor de atribución de responsabilidad es subjetivo a título de culpa o dolo, encontrando su reglamentación jurídica en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires en las disposiciones normativas de la Ley 5177 (T. O. por Decreto 2.885/01), al disponer el art. 109 que los documentos e instrumentos judiciales desde el momento de su presentación quedarán bajo la custodia y responsabilidad del secretario de actuación, jefe de archivo o de la oficina respectiva. Se entenderá por tales, todo expediente, protocolo, escrito, exhorto, oficio, comunicación, nota, piezas procesales, instrumentos públicos o privados, etc., relacionados con la actividad de los Tribunales de Justicia, aun en los casos en que no esté agregada su ordenación o no sea susceptible de agregarse a ningún proceso. Respecto a la responsabilidad de los secretarios, jefes de archivo o de la oficina respectiva, determina el art. 112 del mismo Ordenamiento Legal Provincial que responderán por las mutilaciones, alteraciones o

pérdidas de los documentos que estuvieren a su cargo, salvo que se comprobare la acción directa y dolosa de terceros, en cuyo caso, la responsabilidad penal será de estos. Por el extravío de cada expediente cuyo paradero no justifiquen, incurrirán en multas de 50 a 500 pesos moneda nacional, *sin perjuicio de que instruida una información sumaria se sancione del mismo modo la inconducta del personal si hubiere contribuido a su pérdida, "siendo exclusiva la responsabilidad del empleado o funcionario si se demostrare que obró con negligencia".* (Ver Resolución Nº 854/73, fechada 9 de octubre de 1973, de la S.C.J.B.A., titulada: "Reglamento de consulta y extravío de expedientes", art. 1.4. que reproduce el art. 112 de la ley 5177 (T.O. por Decreto 2.885/01)[571]. No hay dudas, -en estos casos- que siendo el factor de atribución

[571]La Resolución Nº 854/73 de la C.S.J.B.A., en su art. 5.2, dispone que: Los jefes de mesa de entradas, cumplirán con el auxilio del o de las personas que se asignen sin perjuicio de la colaboración que le sea solicitada por el secretario en cada caso, las siguientes funciones: a) Cuidar el orden y conservación de expedientes, libros y toda otra documentación correspondiente a las mesas de entradas. (...). Cuando comprobaren o conocieren un acto irregular lo comunicarán inmediatamente por escrito al señor Secretario, para la adopción de las medidas del caso. El Acuerdo 2362 de la S.C.J.B.A. de fecha 14 de noviembre de 1989 reglamenta las funciones de la Jefatura de Mesa de Entradas en todos los organismos jurisdiccionales de Primera Instancia e Instancia Única del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires. Art. 2. (...). "Los jefes de mesa de entradas cumplirán, con el auxilio, en su caso, de los demás empleados que se asignen a esas oficinas las siguientes funciones: a) Cuidar el orden y conservación de expedientes, libro y toda documentación correspondiente a las mesas de entradas. (...). f) Prestar a los Señores Secretarios, en los términos que les fuera requerida, la colaboración necesaria para el adecuado cumplimiento de las tareas que a éstos encomienda el título III de la Ley 5177 ("De los expedientes) y las acordadas y resoluciones reglamentarias de esta Corte sobre la materia. Cuando comprobaren o conocieren un acto irregular (art. 130 según texto ordenado por decreto 180/87 de la ley 5177), lo

de responsabilidad de carácter subjetivo, es decir que se le imputa la culpa al funcionario o secretario por su obrar negligente, imprudente y/o sin pericia, si se demostrase que obró con negligencia[572].

Aunque sea penoso consignarlo –se dijo en un antiguo fallo- tal como se desenvuelven hoy las tareas tribunalicias diversos factores inciden para que el extravío y hasta la sustracción de piezas judiciales haya dejado de ser algo excepcional. Así lo indican las estadísticas y lo ha captado la ley procesal, que en los artículos 129 y 130 se refiere a la reconstrucción (Cám. Nac. Com., Sala C., La Ley, v. 133, f. 62.178, cit. por Morello-Passi Lanza-Sosa-Berizonce, en Cód. Proc. Civ. y Com. de la Pcia. de Bs. As., Comentado y anotado, Tº II, Ed. Platense, La Plata, año 1970, pág. 581).

Ha Sentenciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la responsabilidad directa del secretario del juzgado por la perdida de los expedientes y documentos suponía – en la época que se sancionó el art. 163 inc. 5º de la ley 1893- una relación fáctica posible del funcionario judicial con las limitadas causas en trámite, de modo que podía esperarse una prerrogativa de vigilancia real y efectiva sobre las actuaciones judiciales, pero dicha posibilidad de custodia aparece como inviable en las

---

comunicarán inmediatamente por rescrito al señor Secretario, para los efectos establecidos en el artículo 237 del mismo ordenamiento legal.

[572] Es decir, que en el caso que nos ocupa, la formación, custodia o cuidado del expediente corresponde en principio al actuario, sin perjuicio de la responsabilidad que pesa también sobre el "jefe de mesa de entradas", a quien dentro de las funciones específicas que le incumben figura la que nos ocupa (Véanse resoluciones de la SCBA 691 (Ac. y Sent., 1959, v. II, p. 1001) y 395 del 27-4-65, cit. por Morello-Passi-Lanza-Berizonce- en Cód. Proc. Civ. y Com., Tº II, Comentado y Anotado, Editora Platense, La Plata, año 1970, pág. 573).

actuales condiciones de la administración de justicia, de ahí que no pueda seguirse de la desaparición o extravío de un expediente una mecánica de imputación objetiva al funcionario responsable en tanto no se demuestre que éste no adoptó en el marco de los medios disponibles los recaudos exigibles para garantizar la seguridad de dichas piezas procesales (“Parga Carlos Enrique s/ solicita avocación”, Res. 953/2004, fecha 27/05/2004, T. 327, P. 1879).

“Constituye un presupuesto del derecho disciplinario la existencia de un factor subjetivo, en tanto condición para que un determinado hecho pueda ser atribuido a la esfera de responsabilidad del sujeto, de modo que se impone una valoración de la conducta del agente en la cual el juicio de reproche no puede desvincularse de las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar” (C.S.J.N., “Bisserier Pamela, 18/04/1996, Pub. en La Ley Online; cita Fallos Corte: 319:445. Cita online: AR/JUR/5758/1996).

En otro precedente el mismo Tribunal Federal resolvió que: “Si la sustracción de un expediente se produjo cuanto éste se encontraba guardado en una oficina del tribunal, es improcedente atribuir responsabilidad alguna a la prosecretaria administrativa, siendo que no se condujo en forma reprochable en el cumplimiento de sus tareas específicas, y no estaba en condiciones de evitar el acceso de personas extrañas fuera del horario de atención al público” (C.S.J.N., C., M. Del R., 11/02/1997, Pub. en: La Ley Online; cita Fallos Corte: 320:67; cita online; AR/JUR/6116/1997).

Es importante destacar –dentro del mismo orden de ideas-, los fundamentos del Proyecto de Ley 2016/01 de creación de la Oficina de Depósito Judicial, elaborado por el Legislador Nacional Gómez Diez, algunos párrafos

sobresalientes que seguidamente se transcriben: *"Ante la inquietud manifestada por magistrados y funcionarios de la Justicia Nacional, es que se presenta esta iniciativa que procura pulir algunos aspectos materiales y procedimentales que atañen a la actividad judicial. En efecto, la realidad nos muestra que los edificios del Poder judicial, están cada vez más deteriorados y resultan pequeños y poco funcionales para la cantidad de actuaciones judiciales que en los mismos se tramita. La situación se agrava si consideramos el número de efectos y documentos que en cumplimiento de las normas procesales, se deben adjuntar a cada causa. Estos objetos quedan bajo la guarda de los secretarios de los diferentes juzgados, respondiendo por su pérdida o sustracción. Tal responsabilidad se la ha pretendido sustentar en lo establecido en el art. 163 inc. 5º de la ley 1893 del año 1886 que reza: "Las obligaciones de los secretarios serán: custodiar los expedientes y documentos que estuvieren a su cargo, siendo directamente responsables de su pérdida o deterioro". El art. 68 dice: "Será responsable de la custodia de los expedientes y documentos el jefe de la oficina donde estuvieren". El citado art. 163 inc. 5º de la ley 1893 es de difícil cumplimiento en los tiempos actuales. Cabe reparar que se trata de una norma sancionada en 1886, habiendo transcurrido, desde entonces más de cien años siendo la situación de aquella época notoriamente diferente a la de nuestro tiempo. Hoy la infraestructura presupuestaria y edilicia del Poder Judicial, la cantidad de expedientes, las otras obligaciones procesales puestas en cabeza de los secretarios*[573]*, el ritmo de trabajo*

[573] En el VII Congreso de Secretarios, Auxiliares Letrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Pcia. de Bs. As., celebrado en Mar del Plata, los días 20 y 21 de junio de 2.008, se concluyó que: "Que dichas labores asignadas pueden encontrarse plasmadas en numerosas resoluciones legales y reglamentarias

que se ven obligados a asumir, impiden que los mencionados secretarios puedan cumplir, sin descuidar sus otros deberes, con el citado art. 163 inc., 5º de la ley 1893. Es decir las circunstancias descriptas dificultan en gran medida, que estos funcionarios respondan en el marco de una indiscutible responsabilidad objetiva, por la pérdida o sustracción de los objetos, tal como lo establece el referido artículo. (...) Más adelante continúa diciendo: "Se establece que el reglamento aludido contemple un régimen de sanciones que respete los principios de la responsabilidad subjetiva, tal como son aplicados por el derecho penal, disciplinario y sancionatorio en general, ante la perdida, sustracción o deterioro de los efectos y documentos. Esta disposición obedece a que no se puede responsabilizar en forma directa, como lo dispone la ley 1893, a los que tengan la guarda de los mismos, en el momento de ocurrir las situaciones indicadas. En consecuencia, ante cualquier irregularidad se deslindarán las responsabilidades que cupieren, según las funciones y la participación de cada uno según las circunstancias del caso. Con este mismo criterio la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto recientemente, la injusta situación generada por la

---

(...) contemplado actividades tales como relevamiento estadístico, control del personal, custodia de efectos, y otras tareas que no son plasmadas en ésta pero de hecho son atinente a la labor del Secretario, como ser control de despacho, proyección de resoluciones y sentencias, etc. . Estas resoluciones, leyes y acordadas referidas en más de una oportunidad devienen en contradictorias, y de imposible cumplimiento, imponiendo al Funcionario una infinidad de responsabilidades que por su profusión no logran ser controladas adecuadamente y colocan al funcionario en situación de falta".- A su vez por Acuerdo Nº 739 del 4 de septiembre de 1923 de la S.C.J.B.A., se resuelve: 1) Hacer saber a los señores Secretarios de los Juzgados de Primera Instancia que deben atender personalmente al público en los asuntos del despacho.

automática y rígida aplicación del art. 163 inc. 5º de la ley 1893, evidenciando así, desde su labor de superintendecia, el desajuste que existe entre ese texto legal y la realidad imperante. Se alude aquí a los casos registrados en "Fallos 323:827 y 323:2351[574]" del año 2.000, en los que se dejó sin efecto las sanciones que las respectivas Cámaras habían impuesto a dos secretarios de juzgados, descalificando de ese modo la atribución de responsabilidades objetivas.(...). En el Primer Encuentro Nacional de Funcionarios de la Justicia Nacional, que se celebrara en Mar del Plata del 15 al 17 de Noviembre de 2.001 como tema 3c: "Las Responsabilidades

---

[574] La Corte Suprema de Justicia de La Nación sentenció que: "El apercibimiento impuesto a un secretario a raíz de la desaparición de efectos correspondientes a una causa debe ser dejado sin efecto, pues se trató de un hecho ocurrido fuera del horario de funcionamiento del tribunal y la ausencia del funcionario estuvo justificada, y no le cabe reproche de no haber previsto una solución alternativa para evitar el suceso, ya que el deber de previsión exigible en abstracto no puede ir más allá de lo que razonablemente puede acaecer –según el curso regular de las cosas- en el devenir de la actividad judicial" (CSJN, in re: "Fox Eduardo María y otra", 29/08/2000, Pub. en: La Ley Online; Cita Fallos Corte: 323:2351. Cita online: AR/JUR/6072/2000). El mismo Tribunal Federal falló: "Que, con relación al deber de custodia que pesa sobre los secretarios, este Tribunal ha expresado recientemente que es presupuesto del derecho disciplinario un factor subjetivo, de modo que siempre se impone una valoración de la conducta del agente en el cual el juicio de reproche no puede desvincularse de las circunstancias de personas, del tiempo y del lugar, de ahí que no pueda seguirse de la desaparición o extravío de un expediente o documentación una mecánica de imputación objetiva al funcionario responsable, en tanto no se demuestre que éste no adoptó los recaudos exigibles –en el marco de los medios disponibles- para garantizar la seguridad de dichas piezas procesales (Conf. resolución Nº 19/00, Expte. S A. J. Nº 20-127/91, del 14 de marzo de 2000, cit. en el fallo: 323:2351, de la C.S.J.N., caratulado: "Fox Eduardo María y otra, del 29/08/2000, fallo citado en esta nota).

reglamentarias y legales de los funcionarios", se expuso en la Comisión séptima lo siguiente: "Proponer que la Corte Suprema haga suyos los argumentos del Proyecto Legislativo de los Diputados Nacionales Gómez Diez, Folloni y Biglieri (fecha 20-07-01) eximiendo a los secretarios judiciales de la responsabilidad objetiva por bienes secuestrados, efectos y expedientes judiciales, dictando el respectivo reglamento disciplinario y creando la oficina de Depósitos de elementos secuestrados pertinentes"[575].

III.- Conclusión

Finalmente concluyo sin hesitación, que el régimen de la responsabilidad objetiva de los funcionarios y secretarios judiciales, ya sea por la pérdida, deterioro o sustracción de expedientes y documentos depositados que tienen bajo su custodia y guarda, se encuentra en crisis y en desuso, siendo aplicable a los secretarios y funcionarios judiciales -en estos supuestos tratados- el régimen de la responsabilidad subjetiva, debiéndose acreditar o probar en tal sentido la culpa o el dolo del funcionario actuante, sobre la base del principio clásico de que: "no hay responsabilidad sin culpa".

83.- La culpa como elemento para imputar la responsabilidad de los medios masivos de comunicación

La Suprema Corte de Justicia de la Pcia. de Bs. As. ha tomado partido por el juzgamiento de la responsabilidad de los medios masivos de comunicación a la

[575] Fuente: www.gomezdiez.com.ar/files/Proy/Ley/2001/PL2016_.pdf.

luz del factor de atribución subjetivo. Destacó que no basta que la información sea errónea y aun lesiva para el honor de una persona para que ésta tenga derecho a que le sea reparado el perjuicio causado. Comprobado el exceso informativo, quien pretenda el resarcimiento deberá demostrar la culpa o negligencia en que incurrió el informador conforme el régimen general de responsabilidad por el hecho propio que contiene la formula del articulo 1109 del Cód. Civ. No existe en el ordenamiento legal de nuestro país un sistema excepcional de responsabilidad objetiva para aplicar a la actividad supuestamente riesgosa de la prensa. Por ello, en el sistema legal vigente es imprescindible probar aun el factor de imputabilidad subjetivo, sea la culpa o el dolo de la persona u órgano que dio la noticia o publicó la crónica (SCJBA, Ac. 73.058, 13-12-2.000, V. G. A. c/ Editorial La Capital S. A., y otros s/ daños y perjuicios", en reenvío a Ac. 60.813, 11/5/99, D.J.B.A. 156-305, L. L. B. A. 1999-658, J. A, del 10/5/2.000, p. 58, cits. por Galdós-Bionda, op. cit. pág. 204).

Destacan Galdós-Bionda que en el mismo decisorio se recalcó que: "...en orden a la responsabilidad civil por la difusión de noticias, el modelo civilistico argentino es para la prensa aún más tuitivo que el norteamericano, pues aquí solamente puede condenarse al medio, en la situación de dolo o de culpa del informante. Mientras en el ámbito de la "real malicia" la inversión de la carga probatoria solo opera para la funcionarios públicos o cuestiones de relevancia pública o de importancia institucional. En cambio nuestro sistema siempre impone la búsqueda

del factor imputativo no solamente para el hombre publico, sino también, para los particulares, con lo que se dilata notoriamente el campo de protección a la prensa[576].

La Suprema Corte ratificó luego tal postura en el caso anticipado en el que luego de descartar la aplicación del "test Campillay", concluyó "...que la accionada infringió las reglas de la responsabilidad civil y actuó culposamente al difundir una noticia incorrecta (art. 512, 1067, 1068, 1071, 1071 bis, 1109, 1083 y concs. .del C. C.), sin que el demandado acreditara la excusabilidad de su error..."[577].

84.- La culpa profesional. La imposibilidad de pago y las obligaciones "intuito personae"

Se entiende por culpa profesional a aquella por la cual una persona que ejerce una profesión liberal dentro de sus incumbencias profesionales, falta a los deberes especiales que ella le impone. De este modo se daría una infracción típica, que concierne a ciertos deberes que son propios de una determinada actividad, actuando con impericia y resultando antijurídica su conducta o comportamiento humano.

En el régimen general de la responsabilidad civil las directivas jurídicas sobre la cuestión de la gravedad de la culpa, son particularmente claras, pues mayor será la responsabilidad cuando mayor sea él deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (art. 902 del Cód. Civ.), y en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes el grado de responsabilidad se estima por la condición especial de los agentes (art. 909 del Cód. Civ.). Claro está que cuando se

---

[576] Galdós-Bionda, op. cit. pág. 204.

[577] SCJBA, Ac. 54.798 del 21/12-2.005, Burlando Fernando A. c/ Diario El Sol s/ daños y perjuicios", cit. por Galdós-Biondo, op. cit. págs. 204/5.

requiere la culpa grave para atribuir la responsabilidad profesional se descarta la virtualidad de inconductas de grado menor. Esto es, según la opinión doctrinaria de los juristas Alterini-Ameal-López Cabana[578]- que se autoriza un cierto relajamiento de la diligencia en el obrar, pues sólo compromete al autor la negligencia o la imprudencia de gran entidad.

Ahora cuando esos deberes de prudencia y previsión son trasladados a la responsabilidad profesional, se impone necesariamente la conclusión de que, para establecerla, no es preciso que exista culpa grave. En la especie, el adiestramiento específico que requiere la condición de profesional importa un especial deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (art. 902 del Cód. Civ.). Y en lo que se refiere a la aplicación del art. 909 del Cód. Civ., se advierte que la suposición de ese adiestramiento que aconseja la faz técnica del ejercicio profesional y de la consiguiente pericia que implica, genera por sí una actitud de confianza en el cliente –profano en la materia- que contrata con el profesional, la que se resalta con mayor nitidez en las actividades regladas, por la garantía o respaldo que induce el ejercicio del poder de policía estatal; más aún esa confianza específicamente deriva de las circunstancias personales del profesional, determinantes de la elección que de él hace el cliente[579].

El obligado a hacer, o a prestar algún servicio, debe ejecutar el hecho en un tiempo propio, y del modo en que fue la intención de las partes que el hecho se

---

[578] Alterini-Ameal-López Cabana, Derecho de las Obligaciones, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., año 2.006, pág. 784.

[579] Alterini-Ameal-López Cabana, op. cit. pág. 785.

ejecutara (art. 625 del Cód. Civ.). El hecho podrá ser ejecutado por otro que el obligado, a no ser que la persona del deudor hubiese sido elegida por su industria, arte o cualidades personales (art. 626 del Cód. Civ.). En este último supuesto legal, se trata de las prestaciones infungibles o no fungibles que comprenden la realización de hechos o la prestación de servicios o actividades peculiares del deudor, que no admiten sustitución personal ni la delegación del deudor hacia el tercero, pues la obligación ha sido constituida "intuito personae", locución jurídica –esta última- con la cual se expresa que la consideración de la persona con quien se contrata ha determinado el consentimiento del o de los contratantes. Sin embargo, si el hecho, resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida para ambas partes, y el deudor debe devolver al acreedor, lo que por razón de ella hubiere recibido (art. 627 del Cód. Civ.). Es decir, que cuando se produce un incumplimiento del hecho o de la obligación debida, sin culpa del deudor, por la incidencia de algún factor extraño, que ha vuelto imposible la realización de ese hecho, no sólo aquél no incurre en responsabilidad (por la falta del presupuesto de responsabilidad relativo a la imputabilidad subjetiva del hecho aparentemente comprometedor), sino que todo lo contrario, queda liberado de la obligación que se ha extinguido por imposibilidad de pago, por así autorizarlo el art. 888 del Cód. Civ., al disponer que la obligación se extingue cuando la prestación que forma la materia de ella, viene a ser física o legalmente imposible sin culpa del deudor. Y en los casos en que la obligación se extingue por imposibilidad de pago, se extingue no sólo para el deudor, sino también para el acreedor a quien el deudor debe volver todo lo que hubiese recibido por motivo de la obligación extinguida (art. 895 del Cód. Civ.).

El art. 627 del Cód. Civ. trata el caso fortuito ajeno a la voluntad del sujeto obligado, estableciendo una solución que es concordante con la expuesta en el art. 888 del Cód. Civ. y constituye una clara aplicación de las virtualidades del caso fortuito como eximente de imputabilidad y causal exonerativa de responsabilidad (art. 513 del Cód. Civ.). El efecto fundamental de la imposibilidad absoluta inculpable de cumplimiento es la extinción de la obligación con la consiguiente liberación del deudor. La imposibilidad de pago ajena al deudor puede obedecer a causas físicas o legales, las causas de imposibilidad física actúan directamente sobre la persona del deudor, impidiéndole a éste ejecutar la actividad debida. Entre ellas –enumera Oscar José Ameal[580]-, la muerte, la incapacitación, la ausencia con presunción de fallecimiento, siempre y cuando las prestaciones debidas sean "intuito personae" y no pasen a los herederos, y las causas de imposibilidad legal inciden en la prohibición del hecho debido o supresión de una de las condiciones que supeditaba a la ejecución de la actividad, por ejemplo, la expropiación por causa de utilidad pública del inmueble donde debía realizarse la obra, el dictado de una ordenanza municipal que prohíbe construir edificios más allá de una determinada altura, impidiendo el cumplimiento de la obligación contraída por el constructor de edificar una construcción más elevada de la altura permitida, etc. En suma, no se le puede imputar subjetivamente responsabilidad a título de culpa a aquel profesional que contrae una obligación "intuito personae" y la imposibilidad de cumplimiento de la prestación es

[580] Ameal Oscar José, en la obra colectiva, Código Civil, comentado, anotado y concordado, Tº 3, bajo la Dirección de Augusto C. Belluscio y la coordinación de Eduardo A. Zannoni, Ed. Astrea, Bs. As., año 1988, págs. 153/154.

sobreviniente a la constitución de la obligación. La causal que torna imposible el pago debe reunir los requisitos del caso fortuito o la fuerza mayor. A título de ejemplo podemos citar: el caso del famoso cirujano o del eximio pianista que sufre un accidente inculpable y pierde ambas extremidades superiores, como el caso del profesional que enloquece y queda privado de razón, sin discernimiento, el cual por carecer de capacidad es inimputable y no podemos atribuirle la culpa.

85.- Responsabilidad por culpa del abogado

La responsabilidad profesional del abogado, es una responsabilidad por el hecho propio, razón por la cual el factor de atribución, en principio es subjetivo: es decir la imputabilidad por culpa o dolo al profesional agente del daño. El problema de la prueba de la culpa se suscita, con relación a las obligaciones de medios o de prudencia y diligencia, ya que en las de fines o determinada, la acreditación de la circunstancia objetiva de la no obtención del resultado perseguido, no es que desplaza a la culpa, la culpa existe y como tal se presume, y fue precisamente la causa o la que produjo el incumplimiento objetivo, en razón de que la prestación tenía una meta un objetivo concreto y determinado. Para otro sector de la doctrina la acreditación de la circunstancia objetiva de la no obtención del resultado perseguido desplaza a la culpa, no porque esta no exista, sino porque en este tipo de obligaciones carece de interés y queda fuera de la cuestión, en virtud de que la prestación tenía un fin determinado[581].

[581] Bueres Alberto J. Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos, Ed. Abaco, Bs. As., año 1981, pág. 158 y ss., Bustamante Alsina Jorge, La prueba de la culpa, La Ley 99-889 y ss., Trigo Represas Félix A., Responsabilidad Civil del abogado, Ed. Hammurabi, Bs. As., año 1.991, págs. 153/154.

Para esta última postura, en las obligaciones de medios el factor de atribución es subjetivo, fundado en la culpa, o con mayor razón en el dolo, si lo hubiese del autor del hecho; en las obligaciones de resultado, el factor de atribución es objetivo. En las obligaciones de medios le corresponde naturalmente al acreedor la demostración de la culpa del deudor obligado.

El letrado patrocinante, defensor o asesor legal, debe ejercitar el patrocinio o la defensa de los intereses de su cliente, ya sea conduciendo el pleito bajo su dirección o aconsejando las soluciones legales que considere pertinentes. Esta obligación del abogado no es de resultado, sino solamente de medio, él debe poner toda su diligencia, su ciencia y su prudencia para tratar que su cliente obtenga un resultado favorable a la cuestión o proceso de que se trate. No garantiza el resultado; más aún viola el Código de Ética Profesional el abogado que asegura al cliente el éxito del pleito. Debe limitarse a significarle si su derecho está o no amparado por la ley y cuales son, en su caso, las probabilidades de éxito judicial, pero no debe darle una certeza que él mismo no puede tener[582].

La prestación del abogado que se encarga de defender en juicio a su cliente, difícilmente puede considerarse de resultado, debido a la aleatoriedad del posible fallo del juez. La sentencia favorable para el cliente no depende solo de la pericia del abogado, sino también de factores que éste no puede controlar, en última instancia depende de la decisión del juez, que si bien de una manera eventual y accesoria puedan ser encomendadas a los abogados gestiones propias del contrato de

[582] Bustamante Alsina Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., año 1.989, pág. 447.

mandato o poderes de representación, en su esencia los servicios de los letrados, no constituyen más que una modalidad, siquiera sea muy elevada y destacada, de la que la tradición jurídica y el Código Civil Español vienen llamando contrato de arrendamiento de servicios profesionales[583]. Análogo criterio define la jurisprudencia italiana. Con rotundidad la sentencia del Tribunal de Casación del 10 de diciembre de 1977 afirma que el abogado asume una obligación de medios y no de resultado, y, por tanto, el incumplimiento no puede ser inferido de la falta de obtención del resultado útil que contempla el cliente, sino solamente de la violación por parte del profesional del deber de diligencia inherente y adecuado a la naturaleza de la actividad ejercida[584].

El Estatuto General de la Abogacía del Reino de España, del 24 de julio de 1.982, establece en su articulo 23 que los Abogados están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les ha sido confiada o los de un tercero. La reclamación de la responsabilidad civil se ajustará a las disposiciones de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo el caso de que se exija en unión de la penal por razón de delito o falta (art. 45). Por último, en este punto dispone el citado Estatuto que la responsabilidad consistirá en la indemnización, a cargo del Abogado, de los daños y perjuicios efectivamente sufridos (art. 46). Se hace

---

[583] Cabanillas Sánchez Antonio, Las obligaciones de actividad y de resultado, Ed. José María Bosch Editor S., A., España, Barcelona, año 1.993, págs. 109/112.

[584] Galgano, Diritto civile e commerciale, 1-1, Padova, 1.990, pág. 11, nota 17, cit. por Cabanillas Sánchez Antonio, op. cit. pág. 112.

la distinción entre si la responsabilidad es contractual o extracontractual, distinción de notable interés en cuanto al plazo de prescripción y relación causal[585].

En el caso del letrado apoderado, actúa como representante judicial de su cliente y está sujeto a las reglas del contrato de mandato (art. 1.869 y sigs. del Cód. Civ.), y en particular a las obligaciones legales impuestas por la ley 10.996 (texto según ley 22.892) que rige el ejercicio de la procuración ante los Tribunales Nacionales, si se trata de la intervención en procesos de Jurisdicción Nacional. Le alcanzan, sí, los deberes que la ley citada pone a cargo de los procuradores (art. 11) como, por ejemplo, interponer los recursos legales contra toda sentencia definitiva adversa a su parte y contra toda regulación de honorarios que ella deba abonar, salvo el caso de tener instrucciones por escrito en contrario de su respectivo comitente (art. cit. inc. 1º). También es deber del procurador asistir a la Secretaría del Tribunal los días de nota, los martes y viernes, o el siguiente hábil, si alguno de ellos fuere feriado (art. 133 del C. P. N.) para tomar conocimiento de las resoluciones que se dicten.

Como mandatario judicial el abogado está obligado a una prestación de resultado en cuanto a los actos procesales que debe cumplir específicamente. De donde la omisión de los deberes a cargo del profesional en estos casos compromete su responsabilidad, sin que sea necesario demostrar su culpa. El resultado que se frustra consiste en los actos procesales que caducan por el no ejercicio en termino de los mismos, debilitando la postura del cliente en el proceso y determinando eventualmente la pérdida del derecho que motiva su actuación judicial.

---

[585] Santos Briz Jaime, La responsabilidad civil, Editorial Montecorvo S. A., Reino de España, Madrid, año 1.986, págs. 751/753.

86.- Responsabilidad por culpa del médico

La obligación que asume el médico no es de resultado o determinada de curar al enfermo, sino solamente una obligación de medios, es decir que se compromete a atender al paciente con la debida prudencia y diligencia, actuando con cuidado y previsión. Por ello se ha declarado que: "cualquiera fuere la fuente de su obligación, contractual o aquiliana, el médico nunca puede prometer la conservación de la vida del paciente ni la extirpación de la dolencia; basta que actúe en la conducción de sus actos profesionales con la diligencia común a todo ser humano"[586]. Agregando Bustamante Alsina que debe poner en la ejecución de sus obligaciones todo el cuidado y la atención exigibles a su calidad profesional[587].

Los profesionales médicos, odontólogos, y sus colaboradores, están sujetos en jurisdicción nacional a las prescripciones de la 17.132, que rige sus actividades profesionales. Dicho ordenamiento considera ejercicio de la medicina "anunciar, prescribir, indicar o aplicar cualquier procedimiento directo o indirecto de uso en el diagnóstico, pronostico y/o tratamiento de las enfermedades de las personas o a la recuperación, conservación y preservación de la salud de las mismas y el asesoramiento público o privado y las pericias que practiquen los médicos, cirujanos o doctores en medicina. (art. 2º, ley cit.).

En la actualidad se entiende que la responsabilidad médica, está sujeta a las reglas generales y el factor de atribución de responsabilidad correspondiente es la

[586] Cám. Nac. Civ., Sala C, 12/VI/1964, El Derecho, Tº 8, p. 268, fallo 4428.

[587] Bustamante Alsina Jorge, op. cit. pág. 456.

culpa, a menos que se trate de un caso particular en el que rija la atribución de responsabilidad objetiva[588].

El contrato de servicios médicos no es normalmente un contrato de obra[589], sino de servicios. En este sentido se pronuncia la jurisprudencia española, como también la francesa y la italiana, que parte de que la prestación del médico, dirigida a la curación del enfermo, es de actividad o de medios y no de resultado[590].

---

[588] Respecto al empleo de cosas en la práctica médica, en Las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (San Juan, 1989), se declaró que: "Cuando el daño es ocasionado por el empleo de cosas la responsabilidad es objetiva: a) en el ámbito contractual, por la obligación tácita de seguridad; b) en el ámbito extracontractual, por el (art. 1.113, 2º párrafo, 2ª parte, del Cód. Civ.)".

[589] En los supuestos de cirugía estética la intervención del médico solo está justificada en esos casos por la finalidad perseguida de lograr un efecto favorable desde el punto de vista estético. Ello supone que el médico ha pronosticado al cliente ese resultado, pues no otro es el objeto del consentimiento que éste ha prestado. Lo expuesto es suficiente para que en el juzgamiento de la responsabilidad del médico en estos casos, se considere al fracaso de la intervención con un criterio riguroso, tanto si no se obtiene el mejoramiento buscado, como si de la intervención o tratamiento resulta una secuela desfavorable para la salud o integridad física del paciente. Según las circunstancias y cuando se trate de correcciones simples, como la línea de la nariz, que constituye una hipótesis más frecuente, pueda estimarse que la obligación del médico es de resultado y no meramente de prudencia y diligencia, de donde no sería necesario probar la culpa de éste, y sólo podría exonerarse de responsabilidad demostrando un caso fortuito o de fuerza mayor (Bustamante Alsina, Jorge, op. cit. págs. 472/473.

[590] Cabanillas Sánchez Antonio, op. cit. pág. 99, al citar la importante sentencia del Tribunal de Casación Francés del 20 de mayo de 1.936, que afirma el carácter de la relación entre el médico y el paciente como: contractual, el carácter de medios de la prestación médica y su carácter técnico, constituyendo el punto de arranque de toda la jurisprudencia posterior, resolviendo los tres problemas esenciales de la responsabilidad del médico. En análogo sentido al criterio adoptado por la

Philippe Le Tourneau opina que cada vez que la obligación sea de medios no basta al acreedor probar la ausencia de resultado para ser indemnizado, puesto que el deudor no había prometido ese resultado. El acreedor debe positivamente establecer que la inejecución de la obligación convenida obedece al hecho de que el deudor no se ha comportado con toda la diligencia necesaria, es decir, escrutar y apreciar su comportamiento. De ello resulta que el acreedor soportará los casos dudosos, en los cuales no llegue a establecer el incumplimiento del deudor[591].

En el Segundo Congreso Internacional de Derecho de Daños (año 1.991), en la comisión Nro., 2, sobre el tema: Responsabilidad de los profesionales, en el despacho A, se concluyó: "Cuando la responsabilidad de funda en la culpa, ésta en principio, debe ser probada por el actor, sin perjuicio de la incidencia de las presunciones judiciales, y el concepto de carga probatoria dinámica cuyo funcionamiento es de excepción, que hace recaer ésta en cabeza de quien se encuentre en mejor situación para probar (votan: Bueres, Zannoni, Vázquez Ferreyra, Banchio, Trigo Represas, Taraborrelli, Zago, etc.)".

En un precedente de fecha 22/8/95 la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en el acuerdo 55.133, caratulada: "Cayarga José Eduardo

---

jurisprudencia francesa se pronuncia la italiana, de la cual son un fiel reflejo las sentencias del Tribunal de Casación del 28 de abril de 1961, 31 de agosto de 1966 y 18 de junio de 1975.

[591] Le Tourneau Philippe, La responsabilidad civil profesional, traducción Javier Tamayo Jaramillo. République Française, Éditions Dalloz, año 2.005, Legis Editores, S. A., Bogota. Colombia, año 2.006, pág. 28.

c/ Clínica Privada Dres. Marcelo S. Tacchela y otros s/ daños y perjuicios", adoptó decididamente la posición que recepta la tesis de las cargas dinámicas probatorias y dijo: "En este orden de ideas debe tenerse en cuenta que el actor acreditó a través de la prueba pericial la culpa del facultativo, por lo que a este le incumbía demostrar que utilizó los medios apropiados para lograr la salvación del paciente. Juega aquí lo que se ha denominado carga interactiva de la prueba porque en el caso particular analizado eran los demandados quienes estaban en mejores condiciones de acreditar –a través de la historia clínica y demás elementos que tenían a su alcance- que la enferma hubiera fallecido (art. 375 del Cód. Proc.). Opera en esta situación el "deber de colaboración" del galeno, por lo que su actitud en el proceso no puede limitarse a una mera negativa, tiene que "colaborar" en el esclarecimiento de la verdad". "Además, no podemos dejar de señalar que el extravío de la historia clínica por parte de la codemandada, sólo puede ser valorada como una presunción en su contra, habida cuenta de la importancia probatoria que la misma reviste, dado que allí se vuelcan las distintas secuencias médicas del paciente, documentando cada una de la practicas a las que se le somete. Siendo el establecimiento no solo responsable de su confección de acuerdo a las normas, sino de su custodia y conservación así como de la denuncia de su pérdida; al no hacerse cargo de tales extremos, mostró nuevamente su actuar negligente (art. 163, inc. 5º del Cód. Proc.)[592].

En torno a la responsabilidad de las clínicas –dice Bueres- que es objetiva, pues revelada la culpa del médico, dicha responsabilidad se torna inexcusable

[592] Castellanos Juan Manuel, Buena y Mala Practica Médica, Editorial Alcotan S. A., Provincia de Buenos Aires, Ciudad de Morón, Año 1.996, págs. 108/109.

o irrefragable (queda de manifiesto la violación del crédito de seguridad, el establecimiento sanitario no puede probar su no culpa en la elección o en la vigilancia). Agrega, asimismo que está permitido a las clínicas probar la ausencia de culpa del facultativo, cuando estén en juego obligaciones de medios, puesto que aunque ese factor de imputación (la culpa) no hubiere de proyectarse reflejamente sobre la entidad, su prueba en sentido negativo impedirá el nacimiento de la obligación de seguridad por falta de una exigencia: la culpa del médico. Sin embargo, podrá la clínica tanto en los supuestos de obligaciones de medio como de resultado, hacer patente que el daño no es imputable a la culpa del galeno, sino que el daño proviene de un caso fortuito, con lo cual quedará destruida la relación de causa a efecto[593].

87.- Funciones jurídicas de la culpa

En el ordenamiento jurídico argentino la culpa tiene diversas funciones jurídicas, a saber: **1º)** Actúa como factor subjetivo de atribución de responsabilidad, ya sea dentro del régimen de la responsabilidad contractual, como la extracontractual (arts. 511, 512, 902, 909, 1.107 y 1.109 del Cód. Civ.). **2º)** Opera jurídicamente como eximente total o parcial de responsabilidad, interrumpiendo el nexo de causalidad, en los supuestos de responsabilidad objetiva, asumiendo este segundo rol diversas variantes: **a)** En la responsabilidad objetiva estatuida en el segundo párrafo, segunda parte del art. 1.113 del Cód. Civ., en donde el factor de atribución es el riesgo o vicio de la cosa, actúa –como ya se dijo- como eximente total o parcial de responsabilidad, tanto la culpa de la propia víctima (art. 1.111 del Cód. Civ.), como la culpa de un

[593] Bueres Alberto J., Responsabilidad civil de los médicos, Tº I, Ed. Hammurabi, Bs. As., año 1.994, págs. 385/390.

tercero por cu cual no se debe responder. La doctrina del riesgo creado, consagrada, por el art. 1.113 del Cód. Civ., determina por la aceptación de la responsabilidad objetiva, la inversión de la carga procesal que pasa a recaer en el autor del hecho; éste para eximirse de responsabilidad deberá demostrar la culpa de la víctima o la de un tercero por quien no deba responder[594]. **b)** En los diversos supuestos previstos por la ley 17.418 (arts. 70[595], 72[596], 105[597], 114[598] y 152[599]), la culpa grave del asegurado

[594] Trigo Represas F., López Mesa Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, Tº I, Ed. La Ley, Bs. As., año 2.004, pág. 681/2.

[595] Art. 70 de la ley 17.418: "El asegurador queda liberado si el tomador o el beneficiario provoca el siniestro dolosamente o por culpa grave. Quedan excluidos los actos realizados para precaver el siniestro o atenuar sus consecuencias, o por un deber, de humanidad generalmente aceptado".

[596] Art. 72 de la ley 17.418: "El asegurado está obligado a proveer lo necesario, en la medida de las posibilidades para, evitar o disminuir el daño y a observar las instrucciones del asegurador. Si existe más de un asegurador y median instrucciones contradictorias, el asegurado actuará según las instrucciones que parezcan más razonables en las circunstancias del caso". Si el asegurado viola esta obligación dolosamente o por culpa grave, el asegurador queda liberado de su obligación de indemnizar en la medida que el daño habría resultado menor sin esa violación".

[597] Art. 105 de la ley 17.418: "El asegurado pierde el derecho a ser indemnizado si maltrató o descuidó gravemente al animal, dolosamente o por culpa grave, especialmente si en caso de enfermedad o accidente no concurrió a la asistencia veterinaria (art. 104), excepto que su conducta no haya influido en la producción del siniestro ni sobre la medida de la prestación del asegurador".

[598] Art. 114 de la ley 17.418: "El asegurado no tiene derecho a ser indemnizado cuando provoque dolosamente o por culpa grave el hecho del que nace su responsabilidad".

[599] Art. 152 de la ley 17.418: "El asegurador se libera si el asegurado o el beneficiario provoca el accidente dolosamente o por culpa grave o lo sufre en empresa criminal".

exime al asegurador de la obligación de cubrir el siniestro; Agregan -Trigo Represas y López Mesa- citando un sumario de jurisprudencia: "que la culpa grave a que alude la ley 17.418 puede ser descripta como aquella imprudencia o negligencia extrema, desorbitada respecto del comportamiento medio habitual del grupo social en el cual tiene lugar y que culmina siendo la causa del siniestro como consecuencia de una intensificación desmesurada de la probabilidad siniestral[600]. Si esa fue la causa del siniestro, el asegurado y no el asegurador deben cargar con las consecuencias del siniestro. **c)** En el supuesto previsto por el art. 184 del Cód. de Comercio, referido a la responsabilidad del transportista por los daños sufridos por los pasajeros durante el transporte oneroso, la culpa de la víctima o de un tercero ajeno por el cual no se debe responder exime o exonera al transportista de responsabilidad. Empero es dable recordar que la responsabilidad contractual objetiva del transportista se presume legalmente, pues deriva del mero incumplimiento de la obligación. Si el presunto responsable del accidente pretende eximirse de responsabilidad, tendrá que probar que el hecho productor del daño provino de fuerza mayor o caso fortuito, o sucedió por culpa de la propia víctima, o bien por culpa de un tercero por quien la empresa no deba responder.

88.- La culpa y la aceptación de los riesgos

88. I.-Introducción

---

[600] CNCiv., Sala F., 6/5/96, "Ojeda Pedro C. c/ Telecom S.R.L.", LL, 1996-C-797 (38.808-S), voto de la Dra. Highton de Nolasco, cit. por Trigo Represas-López Mesa, Tratado de Responsabilidad civil, Tº I, Ed. La Ley, Bs. As., año 2.004, pág. 682.

El tópico de la acepción los de riesgos y su influencia sobre la responsabilidad civil, se presenta con poca claridad en los desarrollos teóricos sobre el tema. Unas veces se emplea la expresión, en sentido impropio y en otras se tratan siempre de cláusulas expresas o tácitas de eximición de responsabilidad[601], porque las

[601] La doctrina prevaleciente no admite la validez de las cláusulas de irresponsabilidad en materia extracontractual, por estar interesado el orden público. Tampoco se admiten las cláusulas de irresponsabilidad total insertas en los contratos, toda vez que son inválidas por atentar substancialmente al bien común y ser reveladoras de una disparidad de la situación de las partes que no resulta tolerable. Decía Llambías que se atenta al bien común porque se estimula la desidia del deudor que sabe que ninguna consecuencia resultará de su culpa. Por otra parte si el acreedor acepta un vínculo tan debilitado ello sólo está mostrando la imposición del contratante mas fuerte que ha decidido dictar al otro las condiciones de un verdadero contrato de adhesión. Tales cláusulas son contrarias a la moral y a las buenas costumbres (art. 953 del Cód. Civ.). Agrega dicho autor que serían admisibles las cláusulas de dispensa parcial de la culpa o cláusulas limitativas de responsabilidad y a este respecto no habría objeción para admitir su validez, que puede consistir también –esa limitación de responsabilidad- en que el deudor responda sólo hasta la concurrencia de cierta suma de dinero. Estas cláusulas son validas a condición de que no se excluya en forma total la responsabilidad del deudor que ha incurrido en culpa (Llambías Jorge J., Obligaciones, Ed. Perrot, Bs. As., año 1975, págs. 69/71). Estas cláusulas de irresponsabilidad constituyen una invitación al incumplimiento contractual y ello va contra el orden publico y las buenas costumbres. Por su parte Rezzónico nos ilustra con los siguientes precedentes jurisprudenciales y decía que: "Los Tribunales franceses han declarado la falta de valor de una cláusula así, a propósito de un accidente ocurrido en un tobogán de un parque de diversiones (Toulouse, oct. 23/934; citado por Esmein en su art. en J. A. sec. doc. p. 27, dic., de 1941). En nuestro país, puede citarse en igual sentido el fallo de la Supr. Corte de Bs. As., publicado en J. A., 1953-III-fallo nº 15.151, y t. 68-629, cits. por Rezzónico Juan María, Estudio de las obligaciones, Ed. Librería Ciencias Económicas, Bs. As., 1957, p. 637). Ahora tratándose de accidentes producidos por ascensores, la

soluciones dependen enteramente de las circunstancias que rodean al hecho, lo que dificulta la enunciación de reglas generales, sin embargo aceptamos el reto de desarrollar este ensayo y lecciones sobre esta temática que su título invita, dejando aclarado que debe ser abordado con prudencia y razonabilidad, y su aplicación es de carácter excepcional y casuístico: de acuerdo a cada caso "in-concreto", que reúna ciertos caracteres jurídicos al efecto. Adelanto desde ya que: "La Corte Suprema –en su actual integración- ha tenido oportunidad de señalar que la aceptación del riesgo no es por si misma una causa de exoneración si no se demuestra una falta de la victima, que no se ha acreditado en el caso según lo expuesto en el considerado precedente" (C. S. J. N., in re: "Cohen", sent. del 30-V-2.006, Fallos 3269:2088).

---

responsabilidad del dueño del edificio emerge y puede fundarse en el art. 1.113 del Cód. Civ., por más que se anuncie que el propietario no responde de los perjuicios que causa el uso del ascensor, porque está a su disposición la escalera, que también –soy de la opinión que podría dañar a la persona que hace uso de la misma. Sin perjuicio de los principios generales expuestos –aplicables a la materia o al tema objeto de estudio en el presente ensayo- existen situaciones particulares que la ley prohíbe que se exima o limite la responsabilidad del deudor y ello ocurre en los siguientes supuestos: 1º) pactos excluyentes de la garantía de evicción (art. 2.102 del C. Civ.), 2º) Responsabilidad de los hoteleros (art. 2232 del C. Cioviv.), 3º) Responsabilidad de los transportistas arts. 162, y 204 del Cód. de Com.), salvo que se trate de cosas sujetas por su naturaleza a merma de peso o medida, en cuyo caso puede limitarse la responsabilidad (art. 174 del Cód. de Com.); 4º) La responsabilidad impuesta al transportista en el transporte oneroso de personas (art. 184 del Cód. de Com.); 5º) Las responsabilidades impuestas por las leyes de orden público en los accidentes de trabajo (L. R. T.) y en las indemnizaciones por despido y antigüedad (L. C. T.).

88. II.- Concepto

88. II. a) Asunción de los riesgos por el uso de una cosa peligrosa.

Existen supuestos en los que la victima ha optado libremente por la utilización de una cosa manifiestamente riesgosa. En la especie, si como consecuencia del uso y goce de esa cosa, sufre un daño que resulta ser la derivación normal de riesgo de la cosa, no parece razonable que quede facultada para invocar "ese riesgo", para luego pretender la responsabilidad del dueño o guardián de la cosa peligrosa, de la que la misma victima quiso servirse y aprovechar voluntariamente. Es decir, que no siempre cuando interviene una cosa riesgosa o peligrosa causante del daño, deben aplicarse los principio o la doctrina legal de la responsabilidad objetiva prevista en el art. 1.113 del Cód. Civ., pues no se trata del caso en que la víctima es extraña o ajena a la utilización o uso de esa cosa, que difiere del caso, en él que la victima de ese daño acepta y quiere utilizar, usar o servirse de la cosa, con plena conciencia voluntaria -y con toda libertad- del riesgo que acarrea ese uso de la cosa en tales circunstancias. Por ejemplo. una persona concurre a un kartodrómo en busca del alquiler de un karting, ya al comando del mismo, entra en una curva de la pista muy cerrada, a una velocidad excesiva y por la fuerza centrífuga derrapa, colisionando contra una columna de iluminación instalada antirreglamentariamente. En primer término, cabe acotar que habría de parte del conductor del karting una suerte de aceptación de los riesgos propios del bólido, que con su conducta imprudente potenció el riesgo de la cosa – que tiene bajo su control y dirección-, sin dejar de reconocer –en segundo lugar- que por parte del explotador del kartodrómo –como dueño o guardián del mismo- pesa sobre él una presunción de responsabilidad objetiva por el riesgo y/o vicio de la cosa que

explota comercialmente, toda vez que ha contribuido concausalmente en la producción del daño juntamente con la víctima del mismo, operándose una suerte de causalidad concurrente.

El profesor Jorge A. Mazzinghi (h)[602] cita en su obra La Culpa, a la catedrática española María Medina Alcoz, quien considera que la asunción de riesgo constituye una circunstancia con la que se atenúa, de acuerdo con sus propias exigencias naturales, el imperio de la objetividad, pues si bien es cierto de que el derecho de la responsabilidad civil es un derecho reparatorio –instrumento con el que se brinda tutela a las víctimas por los daños que se le causan- ello no significa que siempre tengan o deban ser indemnizadas.

En efecto, resulta que el reconocimiento –en tales circunstancias- de la razón jurídica exoneratoria o atenuadora de la asunción del riesgo por parte de la victima del daño, se pone al servicio del funcionamiento flexible de la responsabilidad civil objetiva, con lo que se evita la injusticia derivada de la aplicación rigurosa, automática y mecánica de la atribución objetiva de responsabilidad civil por el riesgo de al cosa, tomando virtualidad y eficacia jurídica –por ende- la asunción del riesgo por parte de la propia victima, que no es ni nada más ni nada menos que la culpa de la propia victima, prevista en la norma del art. 1111 del Cód. Civ.[603]

---

[602] Mazzinghi (h) Jorge A., La Culpa, Fundamento de la responsabilidad civil, Ed. La Ley, Bs. As., 2011, págs. 56.

[603] Dice el art. 1.111 del Cód. Civ.: "El hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna". El Codificador pone el siguiente caso: Si alguno, arrojando alguna cosa sobre un terreno que le pertenece, y que no está sometido a una

De allí, que es imprudente –y/o con falta de pericia- el accionar de aquel que para mejorar el rendimiento económico de su actividad, soslaya las reglas más elementales de seguridad. Vale decir, que la propia víctima del daño, estaría consumiendo seguridad en su perjuicio, porque como contrapartida al consumir su seguridad personal produce como consecuencia mayor riesgo, el riesgo va en aumento y constituye, en todo caso, un riesgo asumido bajo su responsabilidad e imputable a sí mismo. La "anormalidad", el "peligro extraordinario", fueron generados exclusivamente por la falta de diligencia exigible a quien por su oficio, profesión y pericia, dados por sobreentendidos al ser contratado, -por ejemplo en el manejo o arreglo de una cosa- activó su morbosidad o dañosidad, toda vez que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos (art. 902 del Cód. Civ.).

88. II. b) Aceptación de los riesgos en un sentido impropio.

Por su parte Alfredo Orgaz[604] nos adoctrina que en un sentido impropio se suele hablar de acepción de riesgos, cuando una persona voluntariamente, asume un riesgo o peligro de que nadie es particularmente sindicado como responsable y que desafortunadamente sufre un daño. Por ejemplo cita: bajar de un vehículo en movimiento, asomarse a la calle desde una construcción elevada. Por nuestra parte agregamos los siguientes casos: bañarse en un lugar prohibido, transitar por una zona

---

servidumbre de paso, hiriese por casualidad a un extraño, que se encontraba allí sin permiso, no comete un cuasidelito (Nota al art. 1.111).

[604] Orgaz Alfredo, La Culpa, Ed. Marcos Lerner, Editora Córdoba, año 1.992, p. 242.

de la cornisa de la montaña donde se producen desprendimientos de piedras, pasar por un lugar prohibido en donde el personal de limpieza está trabajando, o el caso del electricista –con oficio- que no corta la llave general de suministro de electricidad. En estos supuestos del accidente se debe exclusivamente a la culpa, imprudencia o impericia de la propia victima del daño, sin que haya otro sujeto a quien se le pueda atribuir el daño[605].

88. II. c) Aceptación de los riesgos en un sentido propio

En un sentido propio –nos enseña Orgaz[606]- que la cuestión de aceptación de riesgos tiene interés cuando se está ante un demandado real y o presuntivamente culpable del daño, o que está declarado responsable por la ley en razón de un riesgo por el creado (responsabilidad por riesgo de la cosa). En estas situaciones el autor citado se pregunta: "la victima del daño ¿puede ver suprimido o

---

[605] Al respecto opinaba Rezzónico que el art. 1.111 del Cód. Civ., contempla el caso que la doctrina moderna (nos encontramos en el año 1.957) denomina "de culpa consigo mismo", es decir, el caso del daño "causado a sí mismo por culpa propia", y decide naturalmente que ese daño no impone responsabilidad. Hay culpa exclusiva de la victima y no responsabilidad de los terceros, si aquella sube o baja del vehículo en movimiento, o por lado prohibido, o antes de llegar a la esquina (J. A., 45-309, 37-702). Repárese que hoy en día (año 2.014) es doctrina legal de nuestros Tribunales Colegiados que el "peatón distraído" es una contingencia habitual en el transito. "La víctima que viaja sacando el brazo por la ventanilla (J. A., 54-196; 47-649); si viaja sobre el estribo (J. A., 942-I-313; 54-103); si transita en estado de ebriedad (J. A. 47-53), o enfermo (Gac. F., 143-103), miope, y sin lentes (J.A., 66-380); o semidormido o distraído (J. A., 66-192) (Rezzónico Luis María, en Estudio de las Obligaciones, Librería Editora Ciencias Económicas, Bs. As. 1.957, p. 363).

[606] Orgaz Alfredo, op. cit. p. 243.

disminuido su derecho de indemnización como consecuencia de haber aceptado el riesgo inherente a la cosa o a la actividad ajena que la produjo el daño?. En términos generales ha de responderse negativamente, pues es necesario que la aceptación voluntaria del riesgo debe ser considerada conforme a las circunstancias, como constitutivas de una culpa también por parte de la victima[607].

[607] Los juristas mendocinos Kemelmajer de Carlucci y Parellada al desarrollar este tema bajo el sub-título: "La culpa de la victima y la asunción de los riesgos", señalan que la primera dificultad consiste en establecer que significa "asumir riesgos". La mayor parte de los actos de la vida moderna entrañan un riesgo: viajar en avión, en automóvil, utilizar ascensores, subir escaleras, cruzar calles, ingerir remedios, someterse a una operación, etc. El problema jurídico reside en saber qué trascendencia tiene la decisión del damnificado de realizar tales actos sobre el régimen de la reponsabilidad civil. Bien dice Mosset Iturraspe que "no puede sostenerse razonablemente que sufre un daño quien quiere sufrirlo; no es normal, no puede suponerse ni presumirse. El daño es una desgracia, patrimonial o m oral y la naturaleza humana es refractaria a los sufrimientos" La asunción del riesgo no es una causal autónoma de eximición de la responsabilidad; a veces, excluye la antijuridicidad, como sucede por ej., cuando se practica el boxeo (Mosset Iturraspe Jorge, en Las causas de justificación, en la obra colectiva Responsabilidad civil, Ed. Hammurabi, Bs. As. 1.992, ps. 85/89); otras importa lisa y llanamente culpa de la victima, por constituir un riesgo extraordinario y anormal; por ej., ascender a un automóvil conducido por un ebrio, solicitar ser transportado en un avión en tiempo tormentoso, usar un ascensor pese al anuncio de que se encuentra descompuesto, o una escalera visiblemente deteriorada, o tomar remedios que contienen advertencias para quien padece una enfermedad que la víctima sabe que sufre (Kemelmajer de Carlucci Aída y Parellada Carlos, en el Capitulo VIII, Los factores subjetivos de atribución, en la obra colectiva dirigida por Jorge Mosset Iturraspe, y Aída Kemelmajer de Carlucci como coordinadora, Ed. Hammurabi, Bs. As. Año 1.992, p. 163).

Así tenemos, que la aceptación constituye culpa cuando el riesgo es anormal o extraordinario, conocido además por la victima o su posible conocimiento. Por ello subir a un automóvil conducido por un ebrio, participar de una carrera de automóviles como copiloto sabiendo que el piloto está ebrio, embarcarse en un bote de un amigo para pescar a pesar de un maremoto, subir a un avión en tiempo tormentoso, son hechos que importan una culpa del aceptante, como por ejemplo cruzar por un puente anegado y con corriente de agua, que eximen total o parcialmente de responsabilidad.

Para que la aceptación de los riesgos –decía Salvat- sea un motivo excluyente de la obligación resarcitoria, es preciso que el daño sufrido por la víctima se haya originado por causa exclusiva de los riegos consentidos. “La aceptación de riesgos no cubre sino los riesgos que fueran objeto de esta aceptación”. Y agregaba que el enfermo que da su conformidad para ser operado conociendo los peligros de la intervención a que se somete; el acompañante de un corredor de automóvil que consiente intervenir en la prueba a realizarse; el boxeador que acepta el reto de su adversario, o el jugador de fútbol que acuerda integrar el equipo en el partido a disputarse, prestan su aquiescencia para correr los riesgos de la operación, de la carrera, del match o del partido; pero, los riesgos propios a los mismos y nada más que ellos. Si el cirujano, el automovilista, el boxeador adversario, o el jugador rival de fútbol cometen, en el curso de la actividad riesgosa, un acto culpable, deben responder

de las consecuencias dañosas de su culpa, sin que el consentimiento de la victima en aceptar los riesgos baste para liberarlos de esa obligación[608].

El recordado y laureado jurista Llambías[609], bajo el emblemático sub-título: "Quid de la asunción de riesgos por el damnificado", lo vinculaba con el tópico de la culpa del damnificado, y se planteaba la cuestión de la asunción de riesgos por él; diciendo que: se trata de saber si la actuación del damnificado que ha podido exponerse a la contingencia del daño es computable para suprimir, en todo o en parte, su derecho a obtener indemnización. En principio se considerada que la asunción del riesgo que se traduce en el propio daño no es una causa de exoneración de la responsabilidad del demandado: si éste es culpable del hecho, o si es dueño o guardián de la cosa peligrosa que ocasionó el daño la obligación de reparar el daño ocurrido está

[608] Salvat Raymundo M., Tratado de Derecho Civil Argentino, Fuentes de las obligaciones, actualizada por Arturo Acuña Anzorena, Tº IV, Ed. TEA, Bs. As. 1.958, p. 142.

[609] Por su parte Guillermo Borda decía que supongamos que el accidente ocurra como consecuencia de un riesgo aceptado voluntariamente por la víctima. Por ejemplo, una persona acepta acompañar a un automovilista que corre una carrera, un boxeador que acepta un desafío para una pelea. La solución de este problema debe hacerse sobre la base del siguiente criterio: si el accidente se ha producido como consecuencia del riesgo normal propio a esa actividad, no hay responsabilidad del autor del daño. Así ocurriría, por ejemplo si el automovilista corría a la velocidad propia de la competencia y se produjo un vuelco como consecuencia de un hecho imprevisto (un bache en el camino, una pinchadura, etc.); pero si el automovilista ha tomado sobre sí más riesgos que los normales (por ejemplo, ha entrado en una curva a una velocidad excesiva, ha pretendido pasar a otro volante en circusntancias no propicias, etc.), entonces hay culpa de su parte y obligación de indemnizar. El consentimiento de la víctima no cubre esta conducta culpable (Borda, Guillermo, A., Manual de obligaciones, Ed. Perrot, Bs. As., año 1966, ps. 477/8.

sujeta a un régimen de orden publico que no se altera por el consentimiento de la victima. Pero agregaba que por excepción, la obligación de resarcir resulta modificada y hasta suprimida cuando la asunción de los riesgos evidencia una conducta culpable del damnificado. Así ocurre si éste se ha expuesto a un riesgo anormal o extraordinario, p. ej., si intenta subir a un vehículo en marcha, o se aviene a viajar en un automóvil conducido por un ebrio. Cuando la asunción de riesgos configura culpa del damnificado se aplican las reglas referentes a dicha culpa, sea ella la única causa del daño, p. ej., el uso de un ascensor que está fuera de servicio para ser reparado, con los anuncios pertinentes; sea una culpa concurrente con el hecho que compromete la responsabilidad del demandado[610].

Ahora cuando se trata de una cosa con vicio, es responsable su dueño o guardián, sin embargo la utilización de ella por la víctima, con conocimiento o posibilidad de conocimiento del vicio, constituye una culpa de ésta. Empero si la víctima, prevenida debidamente, usa la cosa a su propio riesgo, nos encontramos frente a la culpa de la propia victima, por ejemplo: usar un ascensor fuera de uso con la advertencia de sus defectos de funcionamiento anunciado por su dueño o guardián o ascensorista y sufre un accidente, o el uso de una escalera en desuso o deteriorada.

Finalmente acota Orgaz[611] que en los caos de accidentes derivados del riesgo propio de las cosas ordinariamente no existe más que responsabilidad del dueño o guardián de la cosa (art. 1.113 del Cód. Civ.). La aceptación previa del riesgo por la

---

[610] Llambías Jorge J., Tratado de derecho civil, Obligaciones, Tº III, actualizada por Patricio Raffo Benegas, Ed. Perrot, Bs. As., año 1987, p. 719.

[611] Orgaz Alfredo, op. cit. p. 244.

posible víctima, en virtud de un acuerdo con el dueño o guardián carece de aplicación cuando se trata de daños que afecten la vida, la salud o la integridad corporal (art. 21 del Cód. Civ.)[612].

88. III.- La Asunción de riesgo en el deporte

Entre nosotros, el Código Civil reconoce la licitud del deporte en los arts. 2.052[613], 2.055[614], 2.056[615] y diversas leyes posteriores establecen que el mismo Estado Nacional promociona y fomenta las más diversas actividades deportivas. El deportista que ha transgredido las reglas de juego y ocasiona un daño al otro deportista, compromete su responsabilidad civil, como en el caso que el boxeador propine al otro un golpe bajo. Que en la evaluación de la conducta del deportista no puede prescindirse de la circunstancia de haber asumido un riesgo. En materia de competiciones deportivas de riesgo, en general, los autores admiten la figura. En el deporte la asunción de riesgo es una causa de justificación. Ello se advierte

---

[612] Dispone el art. 21 del Cód. Civ. que: "Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres".

[613] El art. 2052 del Cód. Civ., dice: El contrato de juego tendrá lugar cuando dos o más personas entregándose al juego se obliguen a pagar a la que ganare una suma de dinero, u otro objeto determinado.

[614] Texto del art. 2055 del Cód. Civ. Prohíbese demandar en juicio deudas de juego, o de apuestas que no provengan de ejercicio de fuerza, destreza de armas, corridas, y de otros juegos o apuestas semejantes, con tal que no haya habido contravención a alguna ley o reglamento de policía.

[615] Los jueces podrán moderar las deudas que provengan de los juegos permitidos por el artículo anterior, cuando ellas sean extraordinarias respecto a la fortuna de los deudores (Texto del art. 2056 del Cód. Civ.).

especialmente en el boxeo –que es un deporte violento- en donde no puede considerarse que el golpe que recibe la víctima de su contrincante, sea una conducta ilícita o que las consecuencias de ese golpe constituyan un daño injusto, que no haya sido asumido por la victima, siempre –claro está- que no se hayan transgredido las reglas de juego, en que las acciones indemnizatorios no habrían de prosperar. El que se somete y practica este deporte, se somete y asume ciertos riesgos.

En el caso de las lesiones deportivas, producidas durante el juego y dentro del marco de la observancia de las reglas de juego, ej.: boxeo, rugby, fútbol, etc., esas lesiones físicas no generan responsabilidad de persona alguna, porque se trata de una actividad licita, y existe una suerte de aceptación de los riesgos normales por parte de los deportistas y que además cuenta con autorización del Estado, lo que implica que no se puede atribuir culpa. A contrario sensu, cuando el deportista en ocasión de violar las reglas de juego, causa un daño a la salud del contrincante incurre en responsabilidad culposa o dolosa.

88. IV.- ¿En el contrato de transporte benévolo es válida la aceptación de los riesgos por parte del viajero transportado?

En el supuesto del contrato de transporte benévolo señala Ubiría[616] que hablar de aceptación de riesgos resulta una arbitraria interpretación de la voluntad y equivaldría a transar sobre el derecho a la vida; si versa sobre bienes indisponibles carece en absoluto de eficacia, pues ante el gesto amistoso el pasajero se entrega, básicamente depositando su confianza en el otro, y esta confianza recae espontánea e

[616] Ubiría Fernando A., Reparación de los daños derivados del transporte benévolo0, Ed. Hammurabi, Bs. As. Año 2.004, ps. 271/2.

implícitamente sobre la base de tres extremos: 1º) que efectivamente será transportado, 2º) que lo será hasta el sitio establecido; 3º) en aceptables condiciones de seguridad, sin cuya base mínima se diluye esa confianza en la cual se asienta toda relación. Consideramos que el viajero no asume riesgo alguno por el solo hecho de ascender al automotor desde que no se convierte en dueño ni en guardián del vehículo por tal circunstancia, como tampoco tiene el control ni la dirección del vehículo. El mismo autor Ubiría, citando a Acuña Anzorena, -quien apoyándose en los Mazeaud y Tunc- sostiene que tener en cuenta esta circunstancia para exonerar a los autores del daño, importaría en el hecho suprimir la responsabilidad. La vulgarización de la aceptación de riesgos llevaría a esa consecuencia absurda, para bien de los dañadores. Sería la vuelta al estado salvaje, a la ley de la jungla. También allí impera esta dura ley. El animal débil o pequeño conoce y acepta su destino[617].

La conducta de la víctima alcanza entidad culposa y ella se advierte –destaca el parafraseado autor[618] cuando-: a) acepta viajar con el clima de tormenta y por un camino o ruta en mal estado o particularmente peligroso por la intensidad del tráfico, o por camino de tierra, b) también cuando sabe que al transportador lo vence el sueño y por ello sus reflejos no son los adecuados para conducir; c) cuando acepta viajar con un número de personas que excede la capacidad del rodado, ubicándose en

---

[617] Acuña Anzorena, Estudios sobre la responsabilidad civil, p. 358, Mazeaud, H., Mazeaud, L., Tunc A., Tratado teórico y practico de la responsabilidad delictual y contractual, 5ta. ed., trad. Alcalá-Zamora y Castillo, t. II, vol. II, nro. 1486, Mosset Iturraspe Jorge, La aceptación de los riesgos. Retroceso en la responsabilidad civil por actos ilícitos, LL, 1978-D-1069, cits. por Ubiría Fernando, op. cit. pág. 275.

[618] Ubiría Fernando A., op. cit. p. 280.

lugares inadecuados, no habilitados al efecto, como por ejemplo la parte de atrás de un camión, en el pescante, etc.

88. V.- Caracteres jurídicos constitutivos para la aplicación de la asunción del riesgo por el uso de una cosa peligrosa

Para que quede configurada la aplicación de la figura de la asunción de riesgos, por el uso o utilización de una cosa peligrosa o riesgosa por parte de la víctima del daño de la cual no se es dueño, deben reunirse los siguientes caracteres constitutivos del mismo, a saber: a) El damnificado fue libre, deliberada y voluntariamente al encuentro del riesgo de la cosa. b) Que al ir en busca del riesgo resulta inequitativo que pueda ampararse en ese mismo riesgo, que afronto voluntariamente. c) Hay por parte de la víctima auto exposición al riesgo de la cosa. d) Que el daño a la víctima sea la consecuencia normal del uso o utilización de la cosa riesgosa y por ende resulta responsable la propia victima que asumió correr con el riesgo que importaba su uso (por ej.: en Europa las fiestas taurinas, del tomate, el palio, etc.). e) La aceptación del riesgo normal de la cosa es asimilable a la culpa de la propia victima, que hace uso de la cosa en tales circunstancias. f) La asunción de riesgo por parte de la victima del daño, es invocada como defensa por parte del dueño o guardián de la cosa. g) No se acepta la aplicación de la asunción del riesgo en el caso de la cosa que causa daño, contiene un vicio, pues constituye un riesgo anormal u extraordinario en oposición al riesgo ordinario, siempre y cuando el vicio sea ignorado por la víctima y no fue advertida (ej.: cuando la cosa presenta un defecto como factor determinante del resultado dañoso no puede hablarse de asunción del riesgo y con razón cuando la víctima del daño lo ignora). h) Puede que exima total o parcialmente

de responsabilidad al dueño o guardián de la cosa riesgosa. i) El consentimiento de la víctima estima que previamente debe ser informado por el dueño o guardián de la cosa (Ej.: el caballo arisco, etc.). j) La víctima que asume el riesgo tiene la dirección, el control y manejo de la cosa que utiliza en esas circunstancias. k) Es de aplicación excepcional; l) La víctima del daño no es extraña ni se halla al margen del riesgo de la cosa causante del daño. Ello como interpretación a "contrario sensu" de la doctrina legal del art. 1.113 del Cód. Civ., que para su aplicación la víctima del daño debe ser extraña, ajena o debe hallarse al margen del riesgo de la cosa causante del daño.

88. VI.- Visión jurisprudencial: Hecho de la víctima. Asunción de riesgos. Gomero guardián

Se trata de un caso concerniente al accidente mortal de un gomero que al extraer las cubiertas de un acoplado para colocarlas en otro, cuando una de las ruedas fue expulsada golpeando su cabeza al estallar la llanta interna. En primera instancia encuadrado el caso en el ámbito del art. 1.1113 ap. 2 in fine del Cod. Civ. el juez entendió valorando el informe pericial que existió concurrencia causal entre el vicio de la llanta y el accionar culposo de la victima, factores que aprecia con una incidencia en partes iguales. Elevado el expediente a la Cámara Civil y Comercial del Departamento Judicial de Junín, el vocal preopinante Dr. Guardiola dijo: "Estamos ante un daño sufrido por un locador de obra mientras efectuaba la reparación contratada (...) teniendo a fin de realizar la tarea encomendada la guarda material (en su estructura y funcionamiento) de la cosa, con autonomía de decisión y sin subordinación técnica". Luego agrega que: "Cuando el propietario de un automotor o camión lleva su vehículo al taller para realizar cualquier reparación los daños que se

produzcan con motivo de su reparación entran dentro del riesgo propio de la actividad empresaria del tallerista. Los talleres mecánicos, los chapistas, electricistas, pintores, etc., tienen sus propios riesgos y sus propias culpas causantes de sus propias responsabilidades. En definitiva, la culpa o negligencia o el riesgo de las empresas no pueden extenderse a los propietarios de los automotores que los llevan a reparar".

Según la doctrina de la asunción o aceptación de riesgos, en la versión de Bustamante Alsina (Teoría general de la responsabilidad civil 8vta. edición, p. 165, ver Sagarna en Código Civil, de Bueres-Highton, Tº 3-A, cit. p. 440) quien distingue entre aquellos que son propios de la actividad que se practica de aquellos otros extraordinarios a la misma, es decir de los que no se producen normalmente (en el primer caso la victima aceptó los riesgos propios de la actividad, por lo que no cabe indemnización alguna; en el segundo de los supuestos, la culpa del autor podrá ser definitoria para obtener el derecho a un reconocimiento), con ello sólo (dado que la explosión del neumático y expulsión del aro de fijación no es sino una contingencia previsible para un gomero) bastaría para que la alegación de la responsabilidad objetiva fuera insuficiente (en el mismo sentido Mazzinghi (h) "La víctima del daño y la aceptación de los riesgos" ED 76-879).

Al considerar –el magistrado preopinante- la pericia técnica producida en autos, según dicha experticia: "las buenas practicas indican que para cualquier actividad sobre ruedas, previo al aflojamiento de las grapas de fijación, ("mientras no se accione sobre las grapas de ajuste, la fisura no se manifiesta. Consecuentemente no se produce la expulsión rápida del aro de sujeción"), deben despresurizarse los neumáticos. Ello no se hizo y por la liberación de la energía neumática, con una llanta

debilitada por el desencaje del aro producto de la fisura existente y sin contención por las grapas –cinco estaban aflojadas y una retirada, según se informó con apoyo en fotografía y actuación policial de la I. P. P. acollarada- el aro fue expulsado con mucha velocidad hacia la cabeza de la víctima (irrelevante en cuanto a la mecánica del suceso es si fue el aro o la propia la rueda externa como se recalca en el recurso pero no fue objeto de observación en la impugnación del dictamen). El mismo experto dice que para evitar los riesgos de cualquier daño oculto de difícil detención con la rueda colocada, debe vaciarse de aire el neumático. Ese tipo de llanta artillera ofrece un riesgo elevado de accidentes, debido a que la llanta posee tres componentes separables, entre sí. Precisamente por este diseño las buenas practicas indican que previo a cualquier tarea, se deben despresurizar ambos neumáticos. La observación y detección de fisuras o daños en las llantas solo es posible luego de despresurizar, desmontar las cubiertas y realizar el control. En síntesis, si se hubiera desinflado las cubiertas, el accidente no se hubiera producido y tal omisión es solamente imputable a la victima, sin que resulte óbice para ello la referida practica de los gomeros de no realizarla, pues tal practica no puede convalidar la asunción de graves riesgos para la vida. La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Junín –por unanimidad- revocó la sentencia apelada, rechazando la acción de daños y perjuicios entablada, con costas en primera instancia por su orden y las de la Alzada a la parte actora vencida. (Exp. Nro. 43862, “Durañy Herme Negilda Elsa y otros c/ Cassol Hugo Rafael y otros daños y perjuicios”, Nº de Orden: 78. Libro de sentencias Nº 51, sentencia de fecha 8 de abril de 2.010, de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Junín).

88. VII.- Conclusiones de la Comisión de Daños nro. 3, bajo la Presidencia de Juan José Casiello y Carlos A. Parellada. Consideró el tema de la "asunción de riesgos", en el marco de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y V Congreso Nacional de Derecho Civil.

Sobre la base de las ponencias presentadas –por unanimidad aprobó el siguiente Despacho:

De lege lata.

I. En general.

1. La asunción de riesgos genéricos de la vida moderna no implica relevar de responsabilidad al eventual dañador. La "Sociedad de Riesgos" no autoriza su invocación como eximente al daño producido.
2. En materia de riesgos, como principio general, asumir el riesgo no significa asumir el daño.
3. La teoría de la asunción de los riesgos sólo puede ser analizada en el ámbito de la responsabilidad objetiva, aunque sea para negarle sus pretendidos efectos liberatorios.
4. La asunción de riesgos está especialmente prohibida por el Derecho en materia de derechos fundamentales de la persona.

II. Conceptos para la responsabilidad extracontractual

1. La asunción de riesgos no se erige en una causal autónoma de eximición de responsabilidad.

2. La sola asunción del riesgo no permite la liberación del responsable. Debe analizarse si la conducta de la víctima configura desde el punto de vista causal el hecho de la víctima.
3. La sola circunstancia de compartir el beneficio de la utilización de una cosa o participación en una actividad riesgosa no importa la asunción de los daños que de ella se deriven ni convierten en guardián de ellas al participante si no comparte el control, dirección o gobierno de la actividad o cosa riesgosa.
4. No cabe la aplicación de la asunción de los riesgos en los actos de abnegación o altruistas.

III. Conceptos relativos a la responsabilidad contractual

1. En principio en los contratos negociados la asunción voluntaria del riesgo opera como una causa de justificación de los daños derivados de los riesgos propios de la actividad siempre que haya existido un consentimiento informado y se trate de derechos disponibles. La asunción de los riesgos no puede ser un argumento utilizado para liberar de las consecuencias del incumplimiento del deudor.
2. El alcance de los riesgos asumidos contractualmente debe interpretarse restrictivamente y conforme el principio de buena fe.
3. En el Derecho de Consumo, en virtud de la obligación de seguridad y el deber de información que consagran los arts. 4, 5, 6, y arg. art. 37 de la

L. D. C. no puede recibir aplicación la figura de la asunción de riesgos[619].

IV. Supuestos particulares.

1. En el ámbito de los espectáculos deportivos la posibilidad de invocar la asunción de los riesgos se limita a los sujetos que participan en él y no por los terceros. Sólo incluye los riesgos propios del deporte en cuestión y no los excesivos o extraordinarios.
2. La asunción de los riesgos no releva de los daños derivados de las deficiencias organizativas o culpas de quien controla la actividad.

DE LEGE FERENDA

No parece necesario incluir la figura de la asunción de los riesgos en una futura reforma legislativa.

---

[619] Asimismo, el autor de esta publicación acota que con respecto a los accidentes de trabajo tampoco tiene cabida y aplicación la "asunción de los riesgos" por parte del trabajador, por cuanto el contrato de trabajo, sus cláusulas en cuanto a la forma y condiciones de la prestación quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas de trabajo y a los usos y costumbres (arts. 7, 8, 9, 11, 12, 13, 21 y 63 de La Ley de Contrato de Trabajo) y a las normas de orden público de La Ley de Riesgos del Trabajo nº 24.557, por lo que no pueden ser dejadas de lado por las partes y los derechos subjetivos que protegen al trabajador son irrenunciables (y sus concordantes externos los arts. 21, 872 y 953 del Cód. Civ.). Además, repárese que se responde también por el caso fortuito o la fuerza mayor inherente al trabajo, es decir por el caso fortuito o la fuerza mayor endógena.

88. VIII.- La asunción de los riesgos en el Proyecto de Código Civil y Comercial de La Nación del año 2.012

En el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2.012 se regula el supuesto de la asunción de riesgos, siguiendo en ello a la doctrina mayoritaria: no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad, a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal. También se prevé el caso de quien se expone a una situación de peligro para salvar la persona o los bienes de otro, reconociendo su derecho a ser indemnizado por quien creó la situación de peligro, o por el beneficiado por el acto de abnegación. También se incorpora el consentimiento libre e informado del damnificado, que, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles. Esta norma, que se aplica solamente a bienes disponibles con todas las seguridades de la voluntad libre, resulta necesaria, porque de lo contrario muchos vínculos contractuales no serían posibles[620].

El artículo 1.719 del Proyecto de Cód. Civ. y Com. de La Nación referente a la "asunción de riesgos" dispone que la exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificársela como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal.

[620] Fuente: Fundamentos del Anteproyecto de Cód. Civ. y Com. de la Nación elaborado por la Comisión integrada por los Dres. Ricardo L. Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, Pub. por la Editorial La Ley, Bs. As. año 2.012, pág. 568.

Quien voluntariamente se expone a una situación de peligro para salvar a la persona o los bienes de otros tiene derecho, en caso de resultar dañado, a ser indemnizado por quine creó la situación de peligro, o por el beneficiario por el acto de abnegación. En este último caso, la reparación procede únicamente en la medida del enriquecimiento por él obtenido.

Finalmente, con respecto al consentimiento prestado por el damnificado, propone el art. 1.720 del mencionado proyecto, que sin perjuicio de disposiciones especiales, el consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles.

88. IX.- La aceptación de los riesgos en el Derecho Francés

El autor francés Fhilippe Le Tourneau –al tratar el tema de la aceptación de riesgos, dice que parte de la doctrina pretende que la aceptación de riesgos por parte de la victima sería un hecho justificativo, que exonera al autor del daño. La formula de aceptación de riesgos es impropia en el dominio extracontractual, en la cual estamos situados. Lo que se puede decir es que la victima, al exponerse a un peligro ha asumido riesgos, la víctima ha sido imprudente, es decir que ha cometido una culpa cuyas consecuencias debe asumir. Dicha culpa puede disminuir la responsabilidad del aparente responsable, e incluso hacerla desaparecer (si la culpa presenta para el agente las características de la fuerza mayor). Sin embargo, la participación en el deporte y en juegos tiene por efecto alejar el umbral de la responsabilidad: tal acto juzgado normalmente como una culpa, no lo es dentro de dichas actividades, si es un acto propio de la naturaleza misma del deporte y ha sido

cometido sin exceso. La aceptación de los riesgos normales del deporte descarta también la aplicación del art. 1384, inc. 1º, 2da. parte final del Cód. Civ. Francés[621].

Por su parte otro autor de la misma nacionalidad Alain Bénabent señala que como la presunción de responsabilidad del guardián reposa esencialmente en el riesgo, hace que se traslade a un tercero la conducta de esa cosa y la jurisprudencia reciente ha admitido que la aceptación de los riesgos inherentes a una actividad, recae en el juego de esta presunción: "los participantes a esta actividad aceptan los riesgos normales", y en caso de accidente, no puede engendrar responsabilidad mutua sobre el terreno de la culpa: así por la concurrencia de una competición hípica, de una partida de tenis, de golf, de footboll. Se sabe que en esta materia la culpa es entendida especialmente. Todavía no se asienta en los riesgos normales de la actividad. Los Tribunales Franceses son partidarios de la aplicación de la idea de la aceptación de los riesgos en el campo del deporte[622].

Continúa desarrollando el parafraseado autor que la culpa en los juegos se da solamente después de que la víctima de un daño que se produce dentro de un juego o de un deporte está sujeto a procurar la reparación en los Tribunales. La jurisprudencia ha admitido cuando toma en cuenta las particularidades de ciertas actividades y los participantes aceptan necesariamente ciertos riesgos. En consideración que la aceptación de los riesgos depende el ejercicio normal del deporte,

---

[621] Le Tourneau Philippe, La responsabilidad civil profesional, trad. por Javier Tamayo Jaramillo, Ed. Legis Editores S., A., République Française. Año 2.006, págs. 106 y 134

[622] Bénabent Alain, Droit Civil Les obligations, 12da. Edition, Ed. Montchrestien, lextenso éditions, Francia, año 2.010, pág. 436.

el rugby y el boxeo se exponen por naturaleza de los juegos a lesiones en el cuerpo. Estos riesgos normales incluyen las torpezas o culpas técnicas de los autores del juego normalmente previsibles; las "culpas del juego", no son las "culpas civiles previsibles". Según la jurisprudencia se reconoce la responsabilidad civil del que causa lesiones caracterizadas con brutalidad, culpa voluntaria contraria a las reglas de juego con actitud desleal, en contra de los actos contrarios a las reglas de juego, más no por un comportamiento involuntario "dentro de la pasión de la acción"[623].

Finalmente al abordar como tema: "La culpa de la victima", indica que la solución es muy simple, si la víctima ella misma a concurrido por su culpa a producir el daño, ella no puede pretender una reparación integral, excepto -que puede ser- si la culpa del responsable constituye una infracción intencional. La parte que en el resultado exonera al responsable dentro de una proporción decisiva por los juegos, ante la gravedad de las respectivas culpas, sin poder ir a la exoneración total del autor dañador. La culpa de la víctima se aprecia según las mismas reglas que aquellas del responsable. Puede constituir culpa de la víctima el hecho de tener que aceptar los riesgos anormales como subir a un vehículo conducido por una persona en estado de ebriedad u omitir llevar un chaleco de salvataje, o un casco, etc. La aceptación de los riesgos normales de una actividad en la que interviene indirectamente dentro de la responsabilidad por culpa, dentro de la misma definición de culpa, dentro de una competencia deportiva, por ejemplo: la aceptación de los riesgos normales en el deporte importa que la definición de culpa es más exigente. Se ve entonces, que en la

[623] Bénabent Alain, op. cit. págs. 392/3.

revancha de esa aceptación produce efectos más radicales a la luz de la responsabilidad por los hechos de las cosas[624].

88. X.- Responsabilidad por el ejercicio de la actividad peligrosa en el Código Civil Italiano

El Código Civil Italiano en el art. 2050, bajo el sub-título "Responsabilidad por el ejercicio de la actividad peligrosa", regula y prevé los supuestos en los cuales: "Quien ocasiona un daño a otro en el desenvolvimiento de una actividad peligrosa, que por su naturaleza, o por la naturaleza del modo de operar, es tenido al resarcimiento, si no prueba haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño"[625].

88. XI.- La aceptación de los riegos en el Derecho Español

Han abordado esta temática los autores Trigo Represas y López Mesa[626]- quienes señalan que en derecho español ha tenido gran desarrollo, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, esta causal principalmente como derivación de los graves daños sufridos por particulares que participan en deportes de alto riesgo o en fiestas populares como el encierro de San Fermín. Refieren que la participación activa de la víctima en espectáculos taurinos, desarrollados normalmente en fiestas populares, el Tribunal Supremo ha establecido que, salvo contados casos excepcionales donde se aprecia una particular negligencia del ente organizador, como regla la aceptación del

---

[624] Bénabent Alain, op. cit. págs. 404/5.

[625] Codice Civile, Ed. Elemond Scuola & Azienda, Italia, Milano, año 1.993.

[626] Trigo Represas Félix A. y López Mesa Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil, Tomo I, Ed. La Ley, Bs. As., año 2.004, págs. 970/1.

riesgo por la victima lleva a la declaración de su culpa exclusiva. Este criterio se alinea con la concepción del Supremo de que "en el desarrollo de la actividades sumamente peligrosas (...) es exigible una diligencia de grado más intenso que la concerniente a la de un buen padre de familia, y no basta con la advertencia de las normas reglamentarias, para considerar la inexistencia de responsabilidad (Trib. Supremo, Sala 12ra. 15/7/2.002, sent. 711/2.002, ponente Sr. Román García Varela, en Aranzadi, T. 2.002-IV, p. 10505/07, caso nro. 5911).

88. XI. a) La responsabilidad y el mundo del montañismo: La teoría de la asunción del riesgo

En una publicación de fecha 19/4/2.013 de Campo IV Consulting[627], por internet, se han extractado del libro "Responsabilidad y Montaña. Reflexiones jurídicas para deportistas y profesionales" de Alejandro López Sánchez, los siguientes parágrafos referentes a la aplicación de la "teoría de la asunción del riesgo en la práctica del montañismo", a saber.

En efecto, en el caso resuelto por el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de octubre de 2002, en la que se condena a la Administración General del Estado por su responsabilidad en la organización de una actividad de alpinismo consistente en la ascensión al Shisha Pangma (Tibet), al entender en la aplicación de la responsabilidad civil objetiva y la modulación del riesgo asumido por el deportista, en este caso, el médico (civil) de una expedición militar que falleció durante el descenso de la montaña. La resolución señala que "*El nexo causal entre la muerte del médico y las actividades de la administración militar es evidente, ya que el médico se incorporó voluntariamente a la expedición. El hecho de que fuera voluntario no implica asunción del riesgo, puesto que los organizadores aceptaron que civiles formaran parte de la expedición y además se valieron de los servicios del médico. Del mismo modo, la expedición no contaba con seguro de accidentes, de forma que la Administración organizadora no calibró adecuadamente los riesgos de la expedición."*

---

[627] Fuente: Publicado en fecha 19/4/2.013 por Campo IV Consulting, con la siguiente aclaración: "Partes de este Post se han extractado del libro "Responsabilidad y Montaña. Reflexiones jurídicas para deportistas y profesionales" de Alejandro López Sánchez, Editorial Campo IV. Disponible en info@campoiv.es

Si se aplica esta figura en otros deportes ¿por qué no aplicarla en el montañismo?. Está claro que si funciona para limitar la responsabilidad de quienes organizan una actividad o quienes la dirigen, en deportes como el fútbol, baloncesto, taekwondo, etc., lógicamente el mundo de la montaña no puede ignorarse la aceptación de los riesgos. El problema es que, como se trata de deportes de riesgo o riesgosos, hay que tener prudencia y razonabilidad en el empleo de esta herramienta jurídica.

El hecho de que la montaña y las actividades que en ella se desarrollan, tengan la consideración de lugares y deportes de riesgo, sin olvidar las situaciones de negligencia de deportista. La tendencia generalizada de imputar la culpa al deportista y que sea él mismo el que asuma el riesgo de su actividad, hay que matizarla y, como siempre, analizar la situación y el caso concreto, tal y como lo considera el Tribunal Supremo en su resolución.

Los requisitos legales para que concurra la aplicación esta teoría, de la asunción de los riesgos, son los siguientes:

1. **Participación real en la actividad causante o generadora de los daños**. Es decir, acreditar el nexo causal.

2. Es Necesario que exista un **riesgo claro y de suficiente entidad**.

3. **Voluntariedad libre, consciente en la realización de la actividad.** Es necesario que la víctima haya conocido los riesgos y los haya aceptado (el consentimiento informado). “Un mayor riesgo exige una mayor responsabilidad del organizador”.

   Hay expertos que relacionan este tipo de riesgos con los derivados de las intervenciones quirúrgicas, aplicando las exigencias del consentimiento informado de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, entendiendo que el deportista da un consentimiento tácito al participar en una actividad deportiva cuyas características generales conoce.

4. **Sometimiento a un riesgo normal, adecuado al deporte practicado**. En caso de que hayan aparecido riesgos mayores, más allá de los usuales de la práctica deportiva normal, no concurriría esta teoría. Como fácilmente podemos deducir, en el montañismo es muy complicado asumir y conocer detalladamente todos los riesgos inherentes al mismo, pero no por ello debemos desconocerlos.

Es lógica la premisa de aceptar voluntariamente sólo lo que conocemos, y por ello, en caso de una agravación de los riesgos asumidos, la aplicación de la teoría ya no tendría sentido.

La obligación de informar de estos riesgos, sobre todo en relación a personas novatas o primerizas, recae directamente en la empresa o entidad organizadora. Debemos tener en cuenta que la Jurisprudencia incluso exige, en determinados casos, que la propia empresa responsable informe sobre el estado de la nieve o las condiciones atmosféricas (especialmente pensado, como no, para las estaciones de esquí).

A este respecto señalamos la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1988 que condena a una estación de esquí por la falta de información sobre el estado de las pistas, recogiendo lo siguiente: "*Una alteración unilateral por tercero de dichos riesgos, agravándolos, determinaría el nacimiento de la responsabilidad, pues éstos no habrían sido conocidos y consentidos por la víctima, o ésta operaría con la convicción y confianza de que se habrían empleado los medios necesarios para evitarlos."*

Recordemos que la obligación de informar de los riesgos de la actividad es uno de los requisitos establecidos en la moderna normativa sobre Turismo Activo de las Comunidades Autónomas, y será uno de los casos en los que con mayor asiduidad podamos imputar falta de diligencia a la empresa organizadora.

5. **Que el riesgo no haya derivado de una conducta dolosa o negligente del organizador, responsable o de un tercero**. Aquí es donde se observa la clave de todo el entramado y donde habrá que determinar la responsabilidad de cada sujeto.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1992 señala en este sentido que: "*En materia de juegos o deportes de este tipo la idea del riesgo que cada uno de ellos pueda implicar (roturas de ligamentos, fracturas óseas, etc.) va insita en los mismos y consiguientemente quienes a su ejercicio se dedican lo asumen, siempre claro es que las conductas de los partícipes no se salgan de los límites normales ya que de ser así podría incluso entrar en el ámbito de las conductas delictivas dolosas o culposas."*

CAPITULO VIII

89.- La culpa en los Proyectos de Unificación de la Legislación Civil y Comercial.

89. a.- Proyecto de Código Único Civil y Comercial de 1987. 89. b.- Proyecto de Unificación de la legislación Civil y Comercial del año 1993.- 89. c.- Proyecto de

Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio del año 1998.- 89. d. Anteproyecto de Código Civil y Comercial de La Nación del año 2.012. Fundamentos.- 89. d. 1.- Los factores objetivos y subjetivos de responsabilidad. 89. d. 2.- La relación de causalidad. 89. d. 3.- De la previsibilidad contractual. 89. d. 4.- Hecho del damnificado que excluye o limita su responsabilidad. 89. d. 5.- Hecho de un tercero. 89. d. 6.- Imposibilidad de cumplimiento. 89. d. 7.- Responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento. 89. d. 8.- Prueba de los factores de atribución y de las eximentes. 89. d. 9.- Prueba de la relación de causalidad. 89. d. 10.- Del daño resarcible. 89. d. 11.- De la Indemnización. 89. d. 12.- Pluralidad de responsables. 89. d. 13.- Responsabilidad por el hecho de terceros. (art. 1753). Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente. Hecho de los hijos (art. 1754). 89. d. 14.- Cesación de la responsabilidad paterna (art. 1755). 89. d. 15.- Otras personas encargadas (art. 1756). 89. d. 16.- De las profesionales liberales (art. 1768). 89. d. 17.- Acusación calumniosa (art. 1771). 89. d. 18.- Responsabilidad del gestor por culpa. 89 d. 19.- Responsabilidad solidaria.

89.- La culpa en los Proyectos de Unificación de la Legislación Civil y Comercial

89. a.- Proyecto de Código Único Civil y Comercial de 1987

Este primer intento de unificación de la legislación civil y comercial, trajo una nota peculiar con referencia al cambio del régimen tradicional de la carga de la prueba de la culpa, cuando el responsable accionado resultaba ser un profesional universitario liberal. En efecto, el art. 1625 en su inciso 2do., disponía en su parte

pertinente que: “En caso de controversia queda a cargo del profesional la prueba de haber obrado “sin culpa” en los términos del art. 514[628]”. Pero si de lo convenido o de las circunstancias resultara que el profesional debió obtener un resultado determinado, sólo se liberará demostrando la incidencia de una causa ajena”. En la especie, el actor damnificado debía probar la existencia del contrato y su incumplimiento en sentido material, y al deudor (en su caso: el profesional médico, abogado, psiquiatra, psicólogo, etc.) le correspondía, para liberarse de responsabilidad, dar cuenta de su falta de culpa (que se tenía por presunta si la obligación era de medios), o de las restantes eximentes de responsabilidad. De modo pues, que esta norma invierte la carga de la prueba de la culpa y presume legalmente en todos los casos la “culpa” del profesional, poniendo a su cargo la prueba de la falta de culpa o que de su parte no

[628] El art. 514 del Proyecto de Código Único Civil y Comercial dice en su parte pertinente: “Hay incumplimiento “sin culpa” cuando el deudor acredita que, para cumplir, habría sido menester emplear una diligencia mayor que la exigible por la índole de la obligación”. Se alude al incumplimiento “sin culpa" de una obligación que al caracterizarlo, se distingue ese supuesto del caso fortuito típico. En tanto este rompe la relación causal, la ausencia de culpa se relaciona con otro elemento de la responsabilidad civil: esto es el denominado “factor de atribución”. De manera pues, que el deudor debe probar que actuó sin culpa (situación que se refiere el texto del art. 514). En otros supuestos el deudor debe acreditar el caso fortuito, y sus requisitos propios de imprevisibilidad, irresistibilidad, extraneidad, actualidad, sobreviniencia, insuperabilidad. Así considerado, el incumplimiento sin culpa, transita una vía intermedia entre las situaciones probatorias extremas, como un "tertius quid" entre la culpa probada y el casus, que el Código Civil implica con frecuencia y que permite superar las incertidumbres que plantean (inclusive respecto de su propia existencia) las categorías de las obligaciones de medio y las obligaciones de resultado.

hubo culpa. A mi juicio, la prueba de la "no culpa" –que le incumbe su carga al profesional- se acreditaría, mediante una contraprueba, demostrando que actuó con la debida diligencia, pericia y prudencia, es decir actuando con cuidado y previsión, porque estamos frente a una culpa legalmente presumida o cantada: "re ipsa loquitor".

89. b.- Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial del año 1.993

En este proyecto se mantiene la definición de culpa prevista en el art. 512 de nuestro Código Civil vigente[629]. Nos alecciona Juan Manuel Prevot[630] que se enuncian además, como formas de culpa: la imprudencia, la negligencia, la impericia en el arte o profesión y la inobservancia de los reglamentos o de los deberes a cargo del responsable. Respecto de la carga de la prueba de la culpa, se introduce legislativamente un principio que subyace en un gran número de fallos: la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Así, el artículo 1554 decía que: "Salvo disposición legal en contrario, la carga de acreditar los hechos constitutivos de la culpa y los demostrativos de la no culpa, pesa sobre ambas partes; en especial, sobre aquella que se encuentra en situación más favorable para probarlos". Adviértase que esta norma, a diferencia de lo que acontecía con el artículo 1625 del Código Único de 1987, no rige solo para las profesiones liberales, sino que es un régimen general de la prueba.

---

[629] Disponía el art. 1.603 del Proyecto en estudio que: "La culpa consiste en la omisión de la diligencia exigible en atención a la naturaleza del deber jurídico, o de la obligación, según sea el caso, y conforme a las circunstancias de personas, de tiempo y de lugar.

[630] Prevot Juan Manuel, La culpa en los Proyectos de Reforma al Código Civil, de 1987, 1993 y 1998, en la obra colectiva, bajo la dirección de Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti, La Culpa II, Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., año 2.009, págs. 458/9.

89. c.- Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio del año 1998

Este Proyecto de Código Unificado, si bien se encuentra prevista la atribución legal objetiva de responsabilidad civil con suficiente amplitud en los arts. 396, 1600 inc. 3º, 1606, 1657, 1658, 1662, 1663, 1664, 1665, 1666, 1684 y 1670 y concs.), Atilio Aníbal Alterini entiende que: "la culpa viene a ocupar el sitial de "norma de clausura" o "válvula de cierre" del sistema"[631]. En la Sección Cuarta, bajo el Título Factores de atribución, dispone el art. 1.602 que la responsabilidad es atribuida en los casos y conforme a las circunstancias en lo que dispone la ley o lo estipulan las partes. A falta de norma legal, o de estipulación de partes, el factor de atribución es la culpa. La culpa consiste en la omisión de la diligencia exigible en atención a la naturaleza del deber jurídico, o de la obligación, según sea el caso, y conforme a las circunstancias de personas, de tiempo y de lugar (art. 1.603). A posteriori, reza el art. 1.604 que para la apreciación de la diligencia se aplican las siguientes reglas: a) Cuanto mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible. b) En las relaciones jurídicas que supone una confianza especial, se toma en cuenta la condición propia del

[631] Alterini Atilio Aníbal, Informe sobre la responsabilidad civil en el Proyecto argentino de Código Civil de 1998, en Estudios de Derecho Civil, p. 456; Prevot Juan Manuel, La culpa en los Proyectos de Reforma al Código Civil, de 1987, 1993 y 1998, en la obra colectiva, bajo la dirección de Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti, La Culpa II, Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., año 2.009, págs. 458/9; Alterini-Ameal-López Cabana, Derecho de Obligaciones, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., año 2.006, pág. 705.

agente. La falta extrema de diligencia configura culpa grave, que es asimilada al dolo. Y finalmente cierra esta sección, el artículo 1.606 al disponer que la responsabilidad se denomina objetiva si, conforme a la ley o a la estipulación de partes, la conducta diligente del sindicado como responsable no es suficiente para excluirla.

89. d.- Anteproyecto de Código Civil y Comercial de La Nación del año 2.012. Fundamentos. La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual. Factores de atribución. Prueba de los factores de atribución y de las eximentes. Supuestos especiales de responsabilidad.

La comisión integrada por los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, presentaron este Anteproyecto y sus fundamentos en los que se detallan tanto el método como los principios que inspiraron al mismo, cumpliendo con los objetivos y plazos señalados por el decreto presidencial 191/2.011.

Con referencia al derecho de daños y en especial en materia de reparación, siguiendo a los proyectos anteriores, se recepta la unificación de los ámbitos de responsabilidad contractual y extracontractual. Al respecto, existe uniforme opinión doctrinal que ha sido expresada en distintos encuentros científicos. El texto proyectado confiere unicidad al régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual. La tesis que se adopta es la unidad del fenómeno de la ilicitud, lo cual no implica la homogeneidad, ya que hay diferencias que subsisten. Con la solución que se propone se unifican claramente los supuestos que han generado dificultades serias,

como ocurre con los daños a la persona en el ámbito de la responsabilidad contractual (ej. responsabilidad médica).

Se establece una regla general para la unificación de los ámbitos de responsabilidad y una regulación especial para el cumplimiento de la prestación comprometida mediante el contrato. En la propuesta que se hace, se distingue, la problemática del incumplimiento y su ejecución, regulada en el campo de las obligaciones y contratos, de los demás aspectos, que se incluyen en la responsabilidad por daños.

Respecto a los factores de atribución se comienza señalando que pueden ser tanto objetivos como subjetivos, lo cual significa que no hay una jerarquía ordenada legalmente entre ellos. Sin embargo, no se puede ignorar la practica jurisprudencial, que revela que la mayoría de los casos tiene relación con factores objetivos y, por esa razón, se los regula en primer lugar, lo cual es un signo claro del cambio de los tiempos en relación a la codificación decimonónica. Con referencia a las discusiones que giraban alrededor del posible impacto que la norma de cierre del sistema de la responsabilidad civil, podría tener sobre la aplicación analógica de un factor objetivo de atribución, en el supuesto en que hay una cosa riesgosa o una actividad riesgosa, nada impide la aplicación de la analogía, porque implica definir un supuesto de hecho similar al contemplado en la norma. En cambio, cuando hay una laguna, es decir, no hay ninguna norma ni es posible una aplicación analógica, rige la culpa. En este sentido, fue conveniente proyectar una norma que consagre la culpa como factor de atribución residual. Las diferencias entre la imputación objetiva y subjetiva son claras: en la primera, el deudor se exime demostrando el caso fortuito, el

hecho de un tercero, o el hecho de la victima, o sea solo puede invocar la ruptura del nexo causal. En cambio, en la segunda, aun en los supuestos en los que la ley presuma la culpa, el deudor se exime mediante la demostración de su falta de culpa.

En la definición de la imputación objetiva se ha prescindido de la clasificación entre obligaciones de medio y de resultado, en razón de las controversias que ese distingo ha suscitado en la doctrina argentina. Sin perjuicio de que se la siga utilizando como construcción dogmática, en el plano normativo es claro que si el deudor promete un resultado determinado y éste no se obtiene, no puede eximirse demostrando su falta de culpa. En estos casos la impuntación es objetiva porque sólo se libera con la prueba de la ruptura del nexo causal. Estas denominaciones son consistentes con las utilizadas en las obligaciones de hacer y con las que se expresan los distingos entre contratos de obra y servicios, a fin de dar coherencia al sistema.

En cuanto a los factores subjetivos, se define a la culpa como la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia, y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos. Comprende el incumplimiento intencional. Se añade la locución “manifiesta indiferencia” porque de este modo se incluye al dolo eventual.

En cuanto a la valoración de la conducta se establece que, cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la diligencia exigible al agente y la valoración de las consecuencias. De esta manera, se asigna a esta regla un doble campo de aplicación: en la culpa y en la causalidad.

También se señala que cuando existe una confianza especial, se deberá tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos se estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente.

En cuanto a la prueba de los factores de atribución, se establecen ciertas directivas sustantivas dirigidas al Juez a fin del dictado de la sentencia en ausencia de pruebas concretas sobre el tema a decidir. En tales casos, se determina cómo debe distribuir ese riesgo probatorio y a quién adjudicarlo. En materia de factores de atribución de responsabilidad y las eximentes, la carga de probar le incumbe a quien los alega, conforme a lo expresado reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina, siendo la solución del Proyecto de 1998 (art. 1619). Esta regla puede resultar rígida en algunos casos en los que existan dificultades en el acceso a los medios de prueba o en la presentación de la misma, y es por eso que se habilita una corrección para mitigar estos efectos. En particular, con relación a la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, el Juez puede ponderar cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Existe entonces una regla general legal que adjudica la carga probatoria a quien invoca el factor de atribución o la eximente. Se señala que el Juez debe hacer una valoración de las posiciones probatorias, y si va a aplicar el régimen de las cargas probatorias dinámicas, debe comunicarlo a las partes para evitar la afectación de la defensa en juicio. Se incluyen normas relacionadas con la prueba del nexo causal. La regla es similar a la anterior, porque cada parte debe probar los

presupuestos que hacen a su pretensión, y por ello la carga de la prueba de la relación causal y de las eximentes, corresponde a quien las alega. Esta regla no se aplica cuando hay una ley que impute la causalidad o la presuma. Una solución similar es la prevista en el art. 1620 del Proyecto de 1998.

El funcionario o empleado público es responsable por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que impliquen el ejercicio irregular de su cargo.

Finalmente respecto de la actividad profesional liberal está regulada de la siguiente manera: a) Se aplican las reglas de las obligaciones de hacer. b) La imputación es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto. c) Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, no es objetiva, excepto que causen un daño derivado de su vicio. d) La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas. El profesional promete un hacer que consiste en una diligencia conforme a las reglas de la profesión, sin que pueda asegurar un resultado; de allí que la imputación sea subjetiva y pueda liberarse probando su falta de culpa. En cambio, si promete un resultado, la imputación es objetiva. El profesional actúa con cosas, pero su imputación sólo es objetiva cuando estas exhorbitan el obrar humano por un vicio. No puede considerarse que exista una actividad riesgosa en general, calificada ex-ante.

89. d. 1.- Los factores objetivos y subjetivos de responsabilidad.

Por el art. 1.719 del referido Anteproyecto de Código Unificado Civil y Comercial del año 2.012, se mantienen los dos factores clásicos de atribución de

responsabilidad, disponiendo que la responsabilidad civil puede basarse en factores objetivos o subjetivos y que en ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa.

El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario (art. 1720).

Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva (art. 1721).

En el art. 1.722 se anteproyecta que son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. Asimismo se define a la culpa como consistente en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

Se valorará la conducta del deudor estableciéndose que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos

casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente (art. 1723). Es el supuesto de las obligaciones "intuito personae".

89. d. 2.- La relación de causalidad. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles. Las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código "consecuencias inmediatas". Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman consecuencias "mediatas". Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman "consecuencias casuales" (art. 1724).

89. d. 3.- De la previsibilidad contractual. En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento (art. 1725).

89. d. 4.- Hecho del damnificado que excluye o limita su responsabilidad. La responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato

dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial (art. 1726).

89. d. 5.- Hecho de un tercero. Para eximir de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no se debe responder debe reunir los caracteres del caso fortuito (art. 1.728).

89. d. 6.- Imposibilidad de cumplimiento. El deudor de una obligación queda eximido del cumplimiento, y no es responsable, si la obligación se ha extinguido por imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta no imputable al obligado. La existencia de esa imposibilidad debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos (art. 1729).

89. d. 7.- Responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento (art. 1730) . Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos: a) si ha asumido el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad; b) si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento; c) si está en mora, a no ser que ésta sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento; d) si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por su culpa; e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia

propia del riesgo de la cosa o la actividad; f) si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito.

89. d. 8.- Prueba de los factores de atribución y de las eximentes. (art. 1731). Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso comunicará a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.

89. d. 9.- Prueba de la relación de causalidad (art. 1732). La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca.

89. d. 10.- Del daño resarcible (art. 1733). Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

89. d. 11.- De la Indemnización. (art. 1734). La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

89. d. 12.- Pluralidad de responsables. (art. 1751). Si varias personas participan en la producción del daño que tiene una causa única, se aplican las reglas de las obligaciones solidarias. Si la pluralidad deriva de causas distintas, se aplican las reglas de las obligaciones concurrentes. El incumplimiento de las obligaciones de sujeto múltiple se rige por lo dispuesto en la Sección 3ª, Capítulo 3, Título I de este Libro, y por las normas particulares a ellas.

89. d. 13.- Responsabilidad por el hecho de terceros. (art. 1753).

Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente. El principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas. La falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal. La responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente.

Hecho de los hijos (art. 1754). Los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental y que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda caber a los hijos.

89. d. 14.- Cesación de la responsabilidad paterna (art. 1755). La responsabilidad de los padres es objetiva, y cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente. Los padres no se liberan, aunque el hijo menor de edad no conviva con ellos, si esta circunstancia deriva de una causa que les es atribuible. Los padres no responden por los daños causados por sus hijos en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros. Tampoco responden por el incumplimiento de obligaciones contractuales válidamente contraídas por sus hijos.

89. d. 15.- Otras personas encargadas (art. 1756). Los tutores y los curadores son responsables como los padres por el daño causado por quienes están a su cargo. Sin embargo, se liberan si acreditan que les ha sido imposible evitar el daño; tal imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia. El establecimiento que tiene a su cargo personas internadas responde por la negligencia en el cuidado de quienes, transitoria o permanentemente, han sido puestas bajo su vigilancia y control.

89. d. 16.- De las profesionales liberales (art. 1768). La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 8ª, de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757.

89. d. 17.- Acusación calumniosa. (art. 1771). En los daños causados por una acusación calumniosa sólo se responde por dolo o culpa grave. El denunciante o querellante responde por los daños derivados de la falsedad de la denuncia o de la querella si se prueba que no tenía razones justificables para creer que el damnificado estaba implicado.

89. d. 18.- Responsabilidad del gestor por culpa. (art. 1786). El gestor es responsable ante el dueño del negocio por el daño que le haya causado por su culpa. Su diligencia se aprecia con referencia concreta a su actuación en los asuntos propios; son pautas a considerar, entre otras, si se trata de una gestión urgente, si procura librar al dueño del negocio de un perjuicio, y si actúa por motivos de amistad o de afección.

89. d. 19.- Responsabilidad solidaria (art. 1788). Son solidariamente responsables: a) los gestores que asumen conjuntamente el negocio ajeno; b) los varios dueños del negocio, frente al gestor.

CAPITULO IX

9O.- La Culpa en el Derecho Comparado. 9O. a.- La culpa en el Código Civil Francés. 9O. b.- La culpa en el Derecho Italiano. 9O. c.- La culpa en el derecho Español. 9O. d.- La culpa en el Código Civil Alemán (BGB). 9O. d. 1- La imposibilidad de la prestación y la reafirmación de la culpa como base de la responsabilidad del deudor.

9O.- La Culpa en el Derecho Comparado

9O. a.- La culpa en el Código Civil Francés

En el tema que nos ocupa, el Código Civil Francés tiene perfectamente delineado –dentro de sus líneas directrices- el principio general de la responsabilidad civil, con solo citar los artículos 1.382 a 1386, obligando a reparar todo hecho cualquiera del hombre que cause un daño a otro.

De conformidad a sus normas legales la responsabilidad civil se desdobla en responsabilidad delictual y responsabilidad contractual, traduciéndose en todos estos casos en una obligación de reparar o indemnizar el daño causado. El art. 1370 dispone que ciertas obligaciones se contraen sin que intervenga acuerdo alguno, ni de parte del que se obliga, ni de parte de aquel para el que éste se obliga. Y así también desde los arts. 1382 a 1386 se refieren a esas obligaciones de reparar el daño causado, como nacidas u originadas en el delito o en el cuasidelito. Sin embargo, el derecho de otro desconocido, puede encontrar su fuente en la ley, o en un contrato, y

es así, que la violación del contrato está sancionada en los artículos 1147[632] y 1149[633] del Cód. Civil Francés, bajo el título de los daños y perjuicios que resultan del incumplimiento de la obligación.

El célebre artículo 1382 del Cód. Civ. Francés sienta la idea y la base de toda la estructura de la responsabilidad civil, obligando a reparar cualquier hecho propio o del hombre que por su "culpa" cause un daño a otro.

Henri, Lèon y Jean Mazeaud abordan sobre la necesidad de la culpa en el derecho positivo para la responsabilidad por el hecho personal tanto en el campo delictual como cuasidelictual y señalan que los arts. 1382 y 1383 del Código Civil Francés hacen de la culpa (delito: culpa intencional, o cuasidelito: imprudencia o negligencia) un requisito de la responsabilidad delictual y cuasidelictual por el hecho

---

[632] Dispone el art. 1147 del Cód. Civ. Francés: "El deudor será condenado, si procede, al pago de daños y perjuicios, ya sea como consecuencia del incumplimiento de la obligación o del retraso en el cumplimiento, siempre que no justifique que el incumplimiento proviene de una causa extraña que no puede serle imputada, aunque no haya habido mala fe de su parte".

[633] El art. 1149 del Cód. Civ. Francés dice: "Los daños y perjuicios debidos al acreedor comprenden, en general, la perdida que haya sufrido y la ganancia de la que haya sido privado, salvo las siguientes excepciones y modificaciones. En tal sentido establece el art. 1150 que el deudor solo esta obligado a indemnizar los daños y perjuicios que se hayan previsto o podido prever en el momento del contrato, siempre que, en el incumplimiento, no haya habido dolo por su parte. Cerrando la cuestión el art. 1151 al disponer que: "En caso de que el incumplimiento del contrato proceda de dolo del deudor, los daños y perjuicios sólo deberán comprender, con relación a la pérdida sufrida por el acreedor y a la ganancia de lo que haya sido privado, los que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento contractual".

personal. La jurispruencia lo afirma unánimemente. No quiere renunciar al examen de la actividad humana que le permite el criterio de la culpa, para adoptar el criterio impreciso del beneficio. La culpa debe ser mantenida como requisito y fundamento de la responsabilidad civil. Tal es el principio: no hay una responsabilidad civil sin una culpa. Sin embargo cabe admitir, en ciertas situaciones, que sea urgente socorrer a las víctimas estableciendo una responsabilidad fuera de toda culpa. Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquel por culpa del cual ha sucedido (art. 1383). Y cada cual es responsable del daño que haya causado no sólo por su hecho, sino también por su negligencia o por una imprudencia (art. 1383). El art. 1382 se refiere a los delitos y el art. 1383 hace alusión a los cuasidelitos, y los unos y los otros constituyen culpas[634].

Parafraseando a los hermanos Mazeaud en relación a la necesidad de la culpa en derecho positivo para la responsabilidad contractual por el hecho personal, analizan que cuando los redactores del Código Civil Francés escribieron los textos generales relativos a la responsabilidad contractual, no emplearon la palabra culpa. El art. 1147 dispone: "El deudor es condenado, si ha lugar, al pago de daños y perjuicios, ya sea en razón del incumplimiento de la obligación, ya sea en razón del retraso en el cumplimiento, cuantas veces no justifique que el incumplimiento proviene de una causa ajena que no puede serle imputada, aunque no haya ninguna mala fe de su parte". El art. 1148 puntualiza uno de los casos en que hay una causa extraña: "No ha

[634] Mazeaud Henri, Lèon y Jean, Lecciones de Derecho Civil, parte segunda, Volumen II, La Responsabilidad civil. Los cuasicontratos, Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bs. As., año 1969, págs. 82/94.

lugar a daños y perjuicios cuando, a consecuencia de una fuerza mayor o de un caso fortuito, el deudor se haya impedido de dar o haber aquello a que estaba obligado, o si ha hecho lo que le estaba vedado". Los partidarios del riesgo se apoderan de esos textos para afirmar que no es necesaria ninguna culpa para exigir la responsabilidad contractual. El art. 1147 exige que haya incumplimiento de la obligación contractual, y presume que su incumplimiento se debe al hecho del deudor. En las obligaciones de resultado, la culpa está probada con el sólo incumplimiento, pero no por ello, la culpa deja de ser un requisito de la responsabilidad. Así todo incumplimiento de una obligación contractual, cuando se debe al hecho del deudor, constituye una culpa. Al exigirse que exista incumplimiento por el hecho de deudor, el art. 1147 exige, pues, una culpa. El único interés del texto consiste en presumir que el incumplimiento se debe al hecho del deudor; incumbe a este establecer una causa ajena. En las obligaciones de medio, denominadas también de prudencia y diligencia, la situación de la víctima es menos favorable que en las obligaciones de resultado; porque para saber si hay incumplimiento se requiere una apreciación de la conducta del deudor, hay que averiguar si el deudor ha cometido alguna imprudencia o negligencia. Por tanto, también aquí es la culpa un requisito de la responsabilidad contractual. Al exigir que exista incumplimiento por el hecho del deudor, el art. 1147 exige, pues, una culpa[635].

Según Jorge A. Mayo la noción de culpa contractual es esencialmente jurisprudencial, y atiende a rechazar el automatismo de la culpa dentro de la inejecución, es decir, a separar ambas nociones, criterio rechazado por los Mazeaud-

[635] Mazeaud Henri, Lèon y Jean, Lecciones de Derecho Civil, V. II, La responsabilidad civil, Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bs. As., año 1969, págs. 95/97.

Tunc. La controversia se presenta, de tal modo, entre los que ven al incumplimiento como uno de los elementos de la culpa contractual y los que estiman que culpa e inejecución se confunde, son lo mismo. Lo concreto es que, según se ha precisado, el acreedor debe, para establecer la responsabilidad del deudor, probar la inejecución de una obligación contractual. Para ello hay que apreciar la naturaleza, intensidad y marco de la obligación comprometida. Ello lleva a la distinción entre las obligaciones de resultado y las obligaciones de medio (en las primeras basta con acreditar el incumplimiento, en las segundas se requiere la demostración de la culpa del deudor). Todo ello ha llevado a una parte de la doctrina francesa a negar la existencia misma de la denominada responsabilidad contractual, lo que se asienta, por lógica, en el rechazo de la culpa (en el sentido de comportamiento del deudor) como elemento de dicha responsabilidad: basta la inejecución más que el error de conducta[636].

En la escala de los incumplimientos, el comportamiento del buen padre de familia y, a fortiori, del buen profesional es evaluado en función de una escala de gravedad de los incumplimientos. La primera el dolo, es un incumplimiento intencional, mientras que todos los otros no son intencionales. El Código de Correos y Telecomunicaciones no retiene la responsabilidad del correo, por la pérdida de una correspondencia determinada (C. PIT, art. 7) u ordinaria (C PIT, art. 37), sino en caso de culpa grave. Fuera de estos casos, la responsabilidad del correo se compromete por una culpa cualquiera. Esta disposición se aplica a la responsabilidad de France-

[636] Mayo Jorge A., La presencia de la culpa en la responsabilidad en los derechos italiano, francés y español, en la obra colectiva, bajo la dirección de Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti, intitulada: La Culpa II, Editorial Rubinzal-Culzoni, Bs. As., año 2.009, págs. 385/386.

Telecom; un fallo ha entendido de manera amplia la culpa grave a su asunto, al considerar que tal era el caso de la inscripción errónea en la lista roja del número de un abonado (CA Montpellier, 17 de julio 2002, Comm., com. Electr. 2003, nº6, obs. Crit. Stoffel-Munck)[637]. Finalmente, la culpa leve u ordinaria es la que no cometería, en la ejecución del contrato, el buen profesional típico, apreciado en abstracto. Se distingue de la levísima (un error), que no es tenida en cuenta, porque todo profesional (considerado in abstracto), incluso el más diligente dentro de su profesión, está expuesto a cometerla[638]. En el fondo, una culpa no es retenida (tanto en el campo

---

[637] Le Tourneau Philippe, La responsabilidad civil profesional, traducción de Javier Tamayo Jaramillo, Éditions Dalloz, Republica Francesa, año 2.005, impreso en Colombia, Legis Editores, año 2.006, pág. 12, 13 y 16.

[638] El Código Civil Colombiano en su artículo 63, dice: "La ley distingue tres especies de culpa o descuido: Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa. Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado. El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro". El art. 1.604 dice: "El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio".

general del incumplimiento contractual –en la concepción tradicional- como en la responsabilidad delictual) sino en la medida en que se caracteriza, según la expresión empleada (en un dominio bien particular) por la Ley 2002-303 del 4 de marzo de 2002, art. 1, inc. 3 (A propósito de los profesionales o de los establecimientos de salud cuya responsabilidad se ve comprometida hacia los parientes de un niño nacido con una incapacidad no descubierta durante el embarazo), y que encontramos en algunas decisiones (fuera del dominio de dicha ley, Ej. Cas. Civil Sala Segunda, 20 de noviembre 2003, Bull. Civ. II, nº 356)[639].

En definitiva, se distinguen diversas categorías de culpa: por acción y por omisión (requiriéndose para esta última una obligación legal de actuar), intencional (dolo) y no intencional (imprudencia, negligencia, etc.). El principio que rige su apreciación es el de la culpa ("faute") in abstracto, esto es, comparando la conducta del autor con la de un buen hombre prudente y avisado (el buen padre de familia). Las aplicaciones jurisprudenciales abarcan un amplio campo, excluidos obviamente, aquellos supuestos en los que el fundamento de la responsabilidad civil es otro (el riesgo, la garantía, etc.)[640].

9O. b.- La Culpa en el Derecho Italiano

Decía en el año 1897 el profesor ordinario de derecho civil de la Universidad de Torino, Dr. Chironi que la culpa es un instituto en si; que da nacimiento a las obligaciones de responder a las injurias cometidas, y esta se resuelve

---

[639] Cit. por Le Tourneau Philippe, op. cit. pág. 19.

[640] Mayo Jorge A., op. cit. pág. 385.

en la reparación del daño acaecido, o que deberá necesariamente acaecer como consecuencia del acto culposo. Señala que la injuria contenida en el acto culposo puede provenir del incumplimiento de una obligación existente entre el ofendido y el injuriante o bien por la comisión de un hecho ilícito. La culpa como acto ilícito tiene siempre su especial razón de ser en la negligencia (negligencia, imprudencia, pereza) imputable al agente que no lo consideró, según debía o podía hacer. El factor de la culpa es idéntico tanto para la responsabilidad contractual como de la extracontractual. Estima que el daño opera en la medida de la responsabilidad. En cuanto a la graduación de la culpa siguiendo la ley romana, le atribuye a la culpa tres grados, a saber: "*culpa lata, culpa leve y culpa levísima"*: contraponiendo la primera a aquellas diligencias que no obstante un hombre menos previsor jamás olvida aplicar o hacer, la segunda a la diligencia ordinaria de un buen padre de familia y la tercera a la diligencia de un muy buen padre de familia. Para imputarle subjetivamente la responsabilidad al agente el mismo deber tener capacidad jurídica[641].

Contemporáneamente el art. 2043 del Cód. Civil Italiano menciona el dolo y la culpa sin definirlos y, aparentemente, sin establecer normativas distintas en el terreno del resarcimiento del daño según la diferente estructura y gravedad de las dos figuras del ilícito. El elemento subjetivo del hecho ilícito, tal como se ha plasmado en la definición legislativa del art. 2043 y que se ha definido con el término –más usado entre los penalistas- de "culpabilidad", comprende "cualquier hecho doloso o culposo". Se suele afirmar que el dolo relevante, a los fines del art. 2043, implica la directa

[641] Chironi G. P., La colpa nel Diritto Civile Odierno, 2da. edizione interamente rifatta. Colpa Contrattuale, Editori Fratelli Bocca, Italia, Torino, año 1897, págs. 11, 12, 30, 31, 32, 61, 319 y 322.

intención de producir un daño, mientras que "la culpa"[642] se da cuando, sin intención de causar un daño a otro, se omite el uso de la diligencia que habría consistido en calcular y evitar las consecuencias dañosas de una acción o omisión propias[643].

Dice la autora italiana Giovanna Visintini, que la massima de la definición corriente de culpa es, por lo tanto, la siguiente: "La culpa, en un sentido técnico-jurídico, consiste en un comportamiento consciente del agente que, aunque sin intención de ocasionar un daño a los demás, es la causa de un evento lesivo por negligencia, imprudencia, impericia o bien por la inobservancia de reglas o normas de conducta"[644].

Es necesaria la culpa como requisito psicológico para calorar como ilícito un comportamiento humano causante de un daño injusto. En tal sentido Visintini, enseña que el concepto es expresado claramente en la massima siguiente: "La ilicitud de una conducta, para ser fuente generadora de un daño resarcible, exige

---

[642] En lo que respecta a la carga de la prueba de la culpa, la jurisprudencia italiana tiene bien claro que en materia de responsabilidad extracontractual le corresponde al damnificado actor probar, para el resarcimiento del daño, la culpa del agente dañador, sin embargo ello no comporta que el juez deba adquirir la demostración de dicha culpa exclusivamente del material probatorio ofrecido por el damnificado, bien pudiendo la prueba ser deducida de los hechos y de las circunstancias del caso, y aun ser presumida (culpa "in re ipsa") del mero hecho de haber acaecido el ilícito (Cass. Civ. Seg. III, 28/10/80, nº 5795, R. C. P. 1981-392, cit por Mayo Jorge A., op. cit. págs. 381/382).

[643] Visintini Giovanna, Tratado de la responsabilidad civil, La culpa como criterio de imputación de la responsabilidad, Ed. CEDAM, Italia, Padova, año 1996, Traducción de Aída Kemelmajer de Carlucci, Ed. Astrea, Bs. As., año 1999, págs. 47/48.

[644] Visintini Giovanna, op. cit. pág. 54.

no sólo una relación de causalidad material, sino también la imputabilidad psicológica de la conducta del sujeto. En los casos de responsabilidad de la Administración pública con referencia a este problema de la imputación del dolo y de la culpa de los funcionarios públicos, la jurisprudencia italiana ha afirmado que, a los fines de la configuración de la responsabilidad civil directa de la Administración pública, se ha de demostrar la imputabilidad psicológica de la conducta ilícita al sujeto, agente de esta. Este principio implica (en la óptica de la responsabilidad directa del art. 2043 del Cód. Civ.) la previa comprobación de la culpa del funcionario respecto a la determinación de la responsabilidad de la Administración pública. Agrega la citada jurista que la Suprema Corte ha formulado directivas específicas relativas a la "culpa por inobservancia de las leyes", es decir, a aquella especie de culpa que se concreta en la violación de una norma que impone la obligación de observar una conducta determinada. En síntesis, se refiere a la culpa "in re ipsa"[645].

En la responsabilidad contractual nos ilustra Jorge A. Mayo que la Casación Italiana, sigue hablando de la culpa como elemento psicológico que caracteriza al incumplimiento, sobre la base de una presunción de dicho elemento en esta materia. Así se dice: "En el tema de incumplimiento de las obligaciones del contrato, a tenor de los arts. 1218 y 1256 del Cód. Civ., la culpa contractual del incumplidor se presume y, por tanto, a fin de vencer la presunción de culpa, este último debe aportar los elementos de prueba y de juicio idóneos a demostrar, más allá del dato objetivo de la sobrevenida imposibilidad de la prestación, la ausencia de

[645] Visintini Giovanna, op. cit. págs. 52, 53, 54, 55 y 56.

culpa, o sea, de haber hecho todo lo posible para cumplir la obligación (Cass., 26-8-2002, Nº 12.477, Giust. Civ. Mass. 2002-1547)[646]. En el tema de las obligaciones, el estado subjetivo de buena fe no es idóneo, por sí sólo, para excluir la imposibilidad del incumplimiento, siendo a tal fin necesaria, por el contrario, la prueba, por parte del deudor, de que el incumplimiento mismo (o aun el simple retardo) haya sido determinado por la imposibilidad de la prestación derivada de causa objetivamente no imputable al deudor, situación esta última no reconducible de la mera condición psicológica (de buena fe) del deudor, sino vinculada al compromiso de cooperación que, habida cuenta de la naturaleza de la relación y de las circunstancias del caso concreto (además de la causalidad subjetiva del deudor) el obligado mismo debe realizar (Cass., 3-9-99, Nº 9278, Giust. Civ., Mass. 1999-1890)[647]. También en las obligaciones negativas rige el principio de la presunción de culpa emergente del art. 1218 del Cód. Civ., superable solamente con la prueba de que el incumpliendo – que en el sentido del art. 1222 del Código Civil se verifica por el hecho de la violación del deber de no hacer- sea derivado de causa no imputable al deudor, entendiéndose por tal, si el hecho ha sido realizado por un tercero, aquella idónea para excluir la imputabilidad al deudor mismo de la situación que ha puesto al tercero en condiciones

---

[646] Mayo Jorge A., La presencia de la culpa en la responsabilidad en los derechos italiano, francés y español, en la obra colectiva, bajo la dirección de Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti, intitulada: La Culpa II, Editorial Rubinzal-Culzoni, Bs. As., año 2.009, pág. 379.

[647] Mayo Jorge A., La presencia de la culpa en la responsabilidad en los derechos italiano, francés y español, en la obra colectiva, bajo la dirección de Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti, intitulada: La Culpa II, Editorial Rubinzal-Culzoni, Bs. As., año 2.009, pág. 380.

de interferir en la inobservancia del deber (Cass., 9-4-93, nº 3724, Resp. Prev. 1992-790)[648]. Finalmente en el campo de las obligaciones de hacer, una jurisprudencia bastante consolidada admitía la distinción entre las obligaciones de medios y las de resultado. Las primeras requieren al deudor solamente la diligente observancia del compromiso pactado, independientemente de su fructuosidad respecto al objetivo perseguido por el acreedor; en las segundas, en cambio, la satisfacción efectiva del interés de una parte es asumida como elemento esencial e irreducible de la prestación, de donde el cumplimiento coincide con la plena realización del objetivo perseguido por el acreedor, independientemente de la actividad y de la diligencia desplegada por la otra parte para conseguirlo (Cass. 6416/79; 20-6-2007. La Casación ha negado toda relevancia a la distinción respecto a las prestaciones profesionales)[649].

Con referencia a las concomitancias y diferencias entre los sectores de la responsabilidad contractual y extracontractual en cuanto sean generadores de responsabilidad civil que ha de reflejarse en una obligación de resarcimiento, la doctrina italiana admite el concurso de ambas responsabilidades[650] siempre que el mismo hecho pueda considerarse incumplimiento de una obligación contractual y violación de derechos inherentes a la persona independientemente de todo contrato, y que estos derechos afectantes a la persona sean absolutos, como el

---

[648] Mayo Jorge A., op. cit. pág. 380.

[649] Cit. por Mayo Jorge A., op. cit. pág. 380.

[650] Visintini G: La responsabilidad civil en la jurisprudencia, 1976, págs. 15 y ss., y 606 y s., cit. por Santos Briz Jaime, La responsabilidad civil, Editorial Montecorvo, S. A., Reino de España, Madrid, año 1986, pág. 99.

derecho a la vida y a su integridad física, al honor o a la propiedad. Pero en la practica este principio se ha aplicado sobre todo en la hipótesis de violaciones del derecho a la vida e integridad corporal, inherentes a las relaciones obligatorias, como las derivadas del contrato de transporte de personas o de tratamientos médico. Sin embargo, alguna sentencia, como la de Casación de 17 de marzo de 1964, ha excluido el concurso de acciones cuando el derecho infringido se reguló en cuanto a sus consecuencias perjudiciales en el mismo contrato.

Con referencia a las graduaciones de la culpa, que si bien ha merecido el rechazo de algunas decisiones de la Casación, por el contrario han recibido su reconocimiento en los campos de las relaciones profesionales y de los negocios (sobre todo comerciales), de donde se tiende a afirmar una responsabilidad más rigurosa a cargo de quien tiene los conocimientos técnicos y el poder económico (la culpa grave del art. 2236 del Cód., Civ. Italiano)[651].

Frente a la adopción de un estándar objetivo de conducta al que cada sujeto debe adecuar su propia actividad, basado en la diligencia exigible al hombre medio, al que se supone dotado de conocimientos comunes, musculatura usual, reactividad ordinaria, habilidad y costumbres estandarizadas, inteligencia y memoria del todo normales, aparecen sujetos que representan variaciones subjetivas del estándar que merecen ser consideradas, esto es, los sujetos inferiores a la medida y los sujetos superiores a la medida. Y así encontramos ancianos y enfermos físicos, enfermos psíquicos, menores con y sin discernimiento, los sujetos con experiencia,

[651] Visintini Giovanna, op. cit. pág. 65.

informaciones o fuerza física superiores, lo que lleva a estimar la mayor o menor gravedad de la culpa o aun su falta[652].

En el terreno de los daños causados por la circulación de vehículos y con el fin de admitir el ejercicio de las acciones civiles cuando el juez penal a absuelto al conductor por insuficiencias de pruebas en los delitos de homicidio o lesiones culposas, la Corte Suprema frecuentemente afirma que: El art. 2054 del Cód. Civ. Italiano pone a cargo de los conductores de vehículos la carga de probar haber hecho todo lo posible para evitar el daño, e introduce una obligación de conducta particularmente cautelosa y prudente, hasta el límite extremo de la diligencia y, por tanto, introduce una diferencia de intensidad y nivel respecto de la culpa penal. Hay algunas sentencias de los jueces de mérito que reconocen explícitamente la relevancia de la culpa levísima: "Todo grado de culpa, incluso aquella levísima, parece idónea para hacer surgir la responsabilidad aquiliana"[653].

El instituto de la culpa, en sus diversas variantes y matices, no ha desaparecido del Derecho Italiano de la responsabilidad civil, cuyas aristas dejan ver un renovado interés por la conducta del agente dañador sea profesional o no. Esto se

---

[652] Bussani Mauro, La colpa soggettiva, Ed. Cedam, Italia, Padova, año 1991, cit. por Mayo Jorge A., op. cit. pág. 382.

[653] Cfr., por ejemplo, la "massima" de Pret. Asti, 22/11/67, "Arch. Resp. Civ., 1969, 963. En el caso concreto se considera culposo el hecho de suministrar vino a una niña, aun en dosis moderada, que luego acusó malestar general por intolerancia al alcohol. Cit. por Giovanna Visintini, op. cit. págs. 65/67.

aprecia en la jurisprudencia, como en la legislación especial, que otorga un rol protagónico a la conducta o al comportamiento humano.

9O. c.- La culpa en el Derecho Español

En el Capítulo II, bajo el Título: De la naturaleza y efectos de las obligaciones, del Titulo Primero, del Libro Cuarto, se encuentra ubicado metodológicamente el art. 1.104 del Código Civil Español[654] que define a la culpa de este modo: "La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia"[655]. Como se observa y sin hesitación este precepto legal del Código Civil Español es similar a nuestro artículo 512 del Código Civil, especialmente en su primer parágrafo. Concordantemente el artículo 1.098 del Cód. Civ., Español establece al contrato como fuente a las obligaciones en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia. La doctrina clásica estudia a la culpa, contraponiéndola al dolo, sobre todo en el ámbito contractual. Dice Santos Briz que el elemento

[654] Comparar con el Código Civil para el distrito Federal de México que en su art. 1.910 dispone: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima". Y el art. 1.914 del mismo ordenamiento legal establece que: "Cuando sin el empleo de mecanismos, instrumentos, etc., a que se refiere el articulo anterior, y sin culpa o negligencia de ninguna de las partes, se producen daños, cada una de ellas los soportará sin derecho a indemnización".

[655] El texto del art. 989 del Código Civil de la Republica de Panamá es idéntico al art. 1.104 del Código Civil Español que define a la culpa.

intencional del dolo (previsión efectiva) queda sustituido en la culpa por el de previsibilidad, o sea la posibilidad de prever, y el elemento volitivo queda reemplazado por una conducta negligente: no se ha querido efectivamente el efecto, pero se ha debido mostrar mayor diligencia para evitarlo. En definitiva, es la conducta voluntaria contraria al deber de prevenir las consecuencias previsibles del hecho propio. No prestar la diligencia que se debe prestar, ocasionando con ello el incumplimiento de una obligación. La previsibilidad se considera el antecedente lógico y psicológico de la evitabilidad de un resultado contrario a derecho y no querido. En cuanto a la medida de la diligencia exigible, es variable para cada caso; según el art. 1.104 del Cód. Civ. Español, dependerá de la naturaleza de la obligación, y ha de corresponder a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia. Es pues, una medida que atiende a un criterio objetivo y abstracto. Exigible según las circunstancias, es la diligencia que dentro de la vida social cualificados por la clase de actividad a enjuiciar. Según este criterio objetivo, ha de resolverse la cuestión de si el agente ha obrado con el cuidado, atención o perseverancia exigibles, con la reflexión necesaria y el sacrificio de tiempo precisos; es decir no es decisivo al respecto la individualidad del agente, sino que las circunstancias determinarán la medida necesaria de diligencia y cautela[656]. Así dispone el art. 1.103 del Cód. Civ. Español que la responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente

[656] Santos Briz Jaime, La responsabilidad civil, op. cit. págs. 42/46.

exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos.

La imputabilidad consiste en la acusación personal de que el agente no ha manifestado una voluntad conforme a las normas, aunque se halla en situación de ello, presupone en primer lugar la atribución de responsabilidad subjetiva, a través de esa imputación, es decir, que el agente dañador tiene que poseer la capacidad de comprender la injusticia de su acción y de su obrar en consecuencia.

Nos indica Jorge A. Mayo que el sistema ha evolucionado hacia una objetivización de la responsabilidad contractual[657], pero se sigue hablando de culpa, y así la doctrina y jurisprudencia dominante, basada en que el incumplimiento es imputable al deudor que incurre en culpa o negligencia, estima que al acreedor le basta la alegación del incumplimiento de la obligación, previa prueba de éste, presumiéndose la culpa del deudor, por aplicación analógica del art. 1183[658] y, en consecuencia, sobre él recae la carga, debe privar las causas por la que no le es imputable. Si la obligación no es de resultado, sino de medios, el acreedor ha de probar que el deudor no ha empleado la diligencia requerida[659]. De todos modos, aprecia Jorge A. Mayo que la actual doctrina dominante, que emana de la jurisprudencia del

---

[657] Sentencia del Tribunal Supremo del 19-2-87, cit. por Jorge A. Mayo, op. cit. pág. 387.

[658] Dispone el art. 1183 del Cód. Civ. Español: "Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la perdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto por el articulo 1.096".

[659] Díez-Picazo, Luis y Gullón Antonio, Sistema de Derecho Civil, 6ª Ed., Tecnos, Madrid, 1992, vol. II, p. 216, cit. por Mayo Jorge A., op. cit. pág. 387.

Tribunal Supremo, postula la unidad de culpa (contractual y extracontractual), aplicándose analógicamente la norma del artículo 1.104 al campo aquiliano.

Si bien es cierto que el mencionado art. 1.104 del Cód. Civ. Español fue diseñado jurídicamente para regular los supuestos de responsabilidad contractual, es prácticamente unánime en la actualidad la tesis de la aplicación analógica del modelo de conducta contenido en la disposición normativa del mentado artículo 1.104 de dicho Código Civil a todo el sistema jurídico del Derecho de Daños, como así se lo denomina contemporáneamente.

Respecto al tipo de conducta diligente, se han propuesto en la doctrina española tres nuevos modelos para caracterizar a aquella que de no seguirse integra la culpa extracontractual: la diligencia del buen padre de familia (hombre medio diligente); el de la culpa (diligentísimo padre de familia), y el que resulta del artículo 1104, que sería un nivel de diligencia objetiva, que se interpreta con un modelo y su adecuación a las circunstancias del caso, que en palabras de la jurisprudencia del Tribunal Supremo significa que para calificar de culposa una conducta no-solo ha de atenderse a las circunstancias de personas, tiempo y lugar, sino además al sector del tráfico o de la vida social en que la conducta se proyecta y determinar si el agente obró con el cuidado, atención o perseverancia exigibles y con la reflexión necesarias con vistas a evitar el perjuicio de bienes ajenos jurídicamente protegidos[660].

Finalmente, concluye Mayo, con cita de Pena López que sin perjuicio de otras opiniones en cuanto a la ubicación de los principios que rigen la

[660] Mayo Jorge A., op. cit. pág. 388.

responsabilidad extracontractual, si de equivalencia de los factores de atribución (p. ej., culpa y riesgo) o de polivalencia, asume relevancia en el Derecho español la postura de que sin establecer la supremacía de uno u otro factor o principio, asigna, sin embargo, a la culpa el rol operativo en un ámbito subjetivo, fáctico y de interés, indefinido o universal, por los términos que se asientan en el art. 1.902[661], que reconoce los límites que le marcan otros principios, ya sean generales del Derecho, ya de leyes especiales[662].

9O. d.- La culpa en el Código Civil Alemán (BGB)

La legislación occidental alemana se ha mantenido para las obligaciones en general fiel al principio de la culpa; pero preocupaba, la regulación adecuada de la responsabilidad por riesgo. La doctrina alemana se ha hecho eco, de la moderna evolución de la vida económica y social a consecuencia del maquinismo y la industrialización, que exige una nivelación de los daños conforme a las ideas modernas sobre la justicia social.

Se incorpora la teoría del riesgo creado en materia de tráfico de vehículos de motor, al regular la responsabilidad del poseedor de uno de dichos vehículos prescindiendo de su culpa, y también prescinden de la culpa en otras áreas

---

[661] Dispone el art. 1.902 del Cód. Civ. español: "El que por acción o omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

[662] Pena López, su prólogo ps. XXXIX/IL, a la obra de Peña López, Fernando, La culpabilidad a la responsabilidad civil extracontractual, Ed. Comares, Granada, 2.001, cit. por Mayo Jorge A., op. cit. págs. 388/389.

jurídicas especiales (tráfico aéreo y ferroviario, energía atómica, conservación de aguas, etc.).

Decía el Profesor Dr. Hein Kötz en el año 1.998, como comentarista del Código Civil Alemán (BGB) del año 1.900, en la Introducción: "El BGB en la evolución de los tiempos" que en cuanto a las acciones ilícitas, si bien es cierto que los arts. 823 y siguientes del Código mantienen casi intacta la redacción del año 1900, sería erróneo suponer que en la actualidad el Derecho delictual se sigue rigiendo unilateralmente por el principio de culpabilidad, tal como ocurría a principios de siglo, pues han ido apareciendo numerosas leyes independientes del Código que han introducido una responsabilidad llamada responsabilidad civil objetiva, distinta de la culpable, respecto de importantes tipos de siniestros. De esta manera se dan leyes especiales para accidentes laborales y de tráfico de todo tipo. Para accidentes relacionados con actividades en las instalaciones de electricidad, gas o energía nuclear y para otros muchos tipos de siniestros, que proporcionan una indemnización por daños al perjudicado, sin necesidad de demostración de la culpabilidad del causante. Las disposiciones del BGB relativas a la responsabilidad por culpa siguen por ello en vigor sin haber sufrido grandes modificaciones, pero tan sólo debido a la existencia de normas especiales independientes del Código que procuran satisfacer la creciente necesidad de protección jurídica del ciudadano ante los riesgos de siniestros acarreados por la tecnología moderna. El BGB contiene unas pocas disposiciones referentes al contrato de prestación de servicios. No obstante con dicho contrato el legislador se refiere a contratos celebrados con médicos, abogados, arquitectos y otras profesiones laborales. Otro supuesto conocido de Derecho de creación judicial son los casos

denominados *products liability* en el Derecho angloamericano. A grandes rasgos, según el régimen de responsabilidad alemán, el perjudicado debe probar que el daño sufrido por éste ha sido ocasionado por un comportamiento culpable del causante. Esta distribución de la carga de la prueba ha sido modificada por el Tribunal Federal de Justicia en los casos de causación de lesiones corporales al perjudicado debido al mal estado de un producto industrial. Según la legislación actualmente vigente, en estos casos al perjudicado tan sólo le resta probar que el producto en mal estado haya sido introducido en el trafico por su fabricante y que el error o mal estado haya tenido por efecto el daño producido. Consecuentemente, corresponde ahora al fabricante la prueba de que ha procedido con el cuidado necesario para evitar el error en cuestión, lo cual no es logrado prácticamente nunca por éste. Por ello su responsabilidad resulta tan estricta en la práctica que roza la responsabilidad por riesgo. En adición a estas reglas, basadas principalmente en la jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán, entró en vigor en 1989 la Ley sobre responsabilidad respecto de productos, por transposición de una Directiva comunitaria[663].

Dentro de otro orden de ideas, enseña Jaime Santos Briz[664] que la legislación alemana, aunque excluye excepcionalmente la opción cuando la ley limita la responsabilidad contractual al caso de culpa grave (por ejemplo, en el supuesto del párrafo 599 del B. G. B.), se interpreta por la doctrina y la jurisprudencia como

---

[663] Kötz Hein, comentarista del Código Civil Alemán (BGB), traducción Emilio Eiranova Encinas, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Reino de España, Madrid, Barcelona, año 1998, págs. 23, 24, y 26.

[664] Santos Briz Jaime, op. cit. págs. 99/100.

aceptando simultáneamente que la lesión corporal o el daño en las cosas puede integrar el supuesto de hecho de una infracción de contrato o de un acto ilícito. Y así se ha admitido que el médico responde tanto por contrato como por un acto ilícito fuera del contrato frente al paciente por defectos técnicos, el arrendador de servicios, el hotelero, el arrendador de cosas, el porteador, el vendedor, etc[665].

Sobre la cuestión central de la reforma del BGB que entró en vigencia el primero de enero de 2.002, mediante la ley de modernización del derecho de las obligaciones del Código Civil Alemán, de 26 de noviembre de 2.001, publicada el pasado 29 de noviembre en el Boletín Oficial Federal, en cuanto al tema del incumplimiento de las obligaciones, la ley diseña un sistema en que el deudor responde del daño que causa al acreedor por el incumplimiento de sus obligaciones siempre que éste último le sea imputable. En el nuevo sistema de responsabilidad por incumplimiento tiene un lugar central la noción de "violación de un deber", que sustituye hasta la ahora vigente de imposibilidad. Se mantiene la imposibilidad como

---

[665] Ya el antiguo T. S. del Reich declaró (Vol. 88, pág. 435) que el deber jurídico general de no dañar a otro existe siempre y frente a todos, lo mismo si irrumpe en la esfera de acción del infractor como dimanante de un contrato, que sin presuponer una relación contractual. Este deber jurídico general no puede ser eliminado aunque exista un contrato en el que se haya concedido la posibilidad de actuar en la esfera corporal de otro. Entones el perjudicado tiene siempre la protección del párrafo del atr. 823 del B. G. B. (equivalente al art. 1.902 del C. C. español) y puede ser protegido aún en mayor medida si el contrato obliga al infractor especialmente a dispensar dicha protección. Actualmente el criterio de conjunción de responsabilidades se admite, salvo que se trate de deberes de diligencia frente a la generalidad, en los que se aplica la responsabilidad extracontractual (cit. por Santos Briz Jaime, op. cit. pág. 99).

causa de extinción del deber de cumplimiento en forma específica (art. 275.1). La ley adopta como noción central de las reglas sobre incumplimiento la de "violación de un deber", como fundamento de la responsabilidad del deudor (art. 280). Se detallan los diferentes supuestos de incumplimientos: total, parcial y defectuoso, en el art. 281 BGB, con remedios adaptados a cada uno de ellos. El incumplimiento no se considera definitivo hasta que el acreedor fija, sin éxito, un plazo razonable al deudor para el correcto cumplimiento, a no ser que de las circunstancias del caso no sea necesario. El 241.2 al delimitar el contenido de los deberes que derivan de la relación obligatoria, incluye a los llamados "deberes de protección diferentes del deber de prestación". Deudor y acreedor, vinculados por el deber primario de prestación, están también obligados recíprocamente a respetar los derechos, bienes jurídicos o intereses de la otra parte. El art. 282 BGB prevé la indemnización por la violación de estos deberes de protección. Los criterios de imputación subjetiva son los tradicionales de la culpa y el dolo, a falta de otros que deriven de pacto entre las partes o del contenido de la relación obligatoria, especialmente por la prestación de garantía o asunción de un riesgo (art. 276.1 BGB). El art. 276. 2 BGB mantiene la tradicional definición normativa de la culpa o negligencia como aquella actuación en que no se ha tenido en cuenta la diligencia o cuidado exigible en el tráfico. Corresponde al deudor probar que el incumplimiento no le es imputable. Desaparece la incompatibilidad legal entre resolución e indemnización por incumplimiento. El BGB ya contiene a partir de ahora, en sus arts. 321 y ss., una regla parecida a la del art. 1.124 del Código Civil Español,

pero con desarrollo de todos los supuestos vinculados a la resolución por incumplimiento[666].

9O. d.1.- La imposibilidad de la prestación y la reafirmación de la culpa como base de la responsabilidad del deudor.

Según el Profesor Leysser L. León, de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú, a propósito de una monografía de su autoría sobre la modernización del derecho de las obligaciones en Alemania, ha destacado un principio generalmente admitido en el derecho de obligaciones, que es el de la imposibilidad de la prestación que puede tener como consecuencia la responsabilidad del deudor, o bien la liberación de éste de su deber de ejecutarla, sin que tenga que responder por nada. Todo depende, naturalmente, de las circunstancias en que dicho acontecimiento, la imposibilidad, tenga lugar. Y continúa señalando que la culpa también ha salido victoriosa en el Derecho Alemán (art. 276). El deudor es responsable por dolo y negligencia cuando no se hubiere determinado una responsabilidad, mayor o menor, ni ella se derive de otro contenido de la relación obligatoria, en particular, de la asunción de una garantía o de un riesgo de suministro. Las prescripciones de los arts. 827 y 828 son de aplicación en este caso. Existe negligencia cuando no se ha tenido el cuidado normalmente exigible en el tráfico. El deudor no puede ser liberado anticipadamente de la responsabilidad por dolo. En Alemania, la responsabilidad del deudor sigue ligada, a la culpa. En el antiguo art. 276, 1er. párrafo, del BGB –que es la única parte

---

[666] Lamarca Marquès Albert, Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones, Facultad de Derecho, Universitat Pompeu Fabra, España, Barcelona, www.Indret.com Enero 2.002, págs. 1/9.

modificada con la reforma–, se prescribía: "A menos que se haya dispuesto algo distinto, el deudor debe responder del dolo y negligencia". Se han añadido, entonces, los casos en los que la responsabilidad deriva, de "otro contenido" de la relación obligatoria. Lo importante, es señalar que el aval reconocido a la culpa no quiere decir que ahora se reste valor a la importante evolución que alterna, en la praxis jurisprudencial, los criterios de culpabilidad y los criterios que prescinden de este análisis. Conforme a esta perspectiva, y contrariamente a los proyectos originales, en la nueva formulación del BGB, en definitiva, se ha mantenido, y es más, se ha reforzado, el papel central de la imposibilidad como hipótesis de liberación del deber de ejecutar la prestación primaria. En el nuevo art. 275 del BGB se comprenden, ahora, todos los tipos de imposibilidad la original y la sobrevenida, la objetiva y la subjetiva, la imputable y la no imputable. ¿Qué ocurre si la imposibilidad es imputable? Antes, si la imposibilidad era debida a causa de un hecho "por el cual el deudor estaba obligado a responder" –parafraseando el texto del antiguo del art. 275–, existía responsabilidad, y se debía resarcir el daño según el art. 280. Si la prestación deviene imposible a causa de una circunstancia de la que debe responder el deudor, éste tiene que resarcir al acreedor el daño ocasionado por el incumplimiento. El nuevo art. 280 dice como sigue: Resarcimiento por infracción de un deber. Si el deudor lesiona un deber de la relación obligatoria, el acreedor puede demandar resarcimiento por el daño producido. Ello no rige cuando el deudor no sea responsable de la infracción del deber[667].

[667] Leysser L. León, en La importancia del derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la formación de una verdadera Escuela de civilistas peruanos. A propósito de la modernización del derecho

Finalmente Mariano Yzquierdo Tolsada, en su obra La Responsabilidad civil del profesional liberal, al abordar el tema de la dificultad de la carga de la prueba de la culpa en cabeza del damnificado, admitiendo –dice- que el objeto de la obligación que asume el profesional, cuando se ve vinculado con su cliente por medio de un contrato de servicios, consistente en una actividad diligente (solución del problema sustantivo o de derecho civil), el acreedor cliente se encuentra ante la necesidad de probar (Aspecto adjetivo o de Derecho procesal) la negligencia del deudor. Corresponde al juez la apreciación de la negligencia sobre la base de las pruebas aportadas por las partes, y que por el sistema de prueba denominado: *"prima facie"*, se tiende a aliviar la pesada carga probatoria del cliente, no siendo ya necesaria una prueba acabada o completa de la culpa, sino deduciéndose ésta de determinados hechos que a *"primera vista"* permiten presumirla. Esta prueba *"por primera impresión o apariencia"* parece ser que tiene un origen alemán. Se la describe como la prueba: *"prima facie"* que significa: "que una cierta situación de hecho corresponde, conforme a la experiencia, a un curso causal típico y determinado". Entonces puede considerarse que la causa fijada ha producido cierto resultado y que la alegación puede tenerse por probada. Corresponde este concepto a la apreciación de la prueba, y no significa una inversión de la carga de probar sino una mera forma de facilitar la prueba. Se trata de permitirle al juez deducir a través de un dato probado (el resultado sobrevenido) otro que se investiga y que, no el caso concreto, sino la

---

de obligaciones en Alemania. Revista Ius Et Veritas, Lima, 2.003, nº 26, págs. 12-46, Portal de Información y Opinión Legal; Pontificia Universidad Católica del Perú, http://dike.pucp.edu.pe; http://www.pucp.edu.pe, págs. 1/68.

experiencia de la vida, se ha encargado ya de probar para la generalidad de los sucesos similares. Por lo mismo, podrá el profesional demandado desvirtuar la "prima facie" probando que en el caso concreto las cosas no ocurrieron como suele ser normal. Es una prueba distinta de las presunciones, pues esta existe de un hecho base o indicio absolutamente acreditado produciéndose el convencimiento judicial a través del caso concreto. En la prueba "prima facie", en cambio, este convencimiento se extrae de la máxima de experiencia común directamente. En materia de responsabilidad civil de los médicos se conocen en Alemania los siguientes casos de prueba "prima facie": cuando el cuadro clínico puede ser consecuencia de varias causas, pero sólo existen motivos para una sola de ellas, la "prima facie" se basará en dicha causa, aunque con relación a las demás tenga un carácter relativamente raro y el cuadro clínico en cuestión sea una forma posible, aunque no típica, de esa causa; si después de una operación fueron extraídas de la herida por otro médico restos del apósito y se prueba que en el intermedio no trató al lesionado ningún otro médico, debe admitirse que el operador dejo al intervenir dichos restos en la herida; si después de la operación se deja en el vientre del paciente una pinza, la prueba de "primera impresión" demuestra la culpa del cirujano. En suma, acota el parafraseado autor español, que si la experiencia enseña que, según las condiciones en que el daño se ha producido, nada habría ocurrido si el profesional se hubiera comportado con normalidad, la prueba "prima facie" degenera en una auténtica presunción de culpa[668].

[668] Yzquierdo Tolsada Mariano, La responsabilidad civil del profesional liberal, Editorial Hammurabi, Bs. As., año 1.998, págs. 400/407.

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO I

Proceso evolutivo de la culpa

1º) La culpa en cuanto elemento y fundamento de la responsabilidad civil es producto de una lenta evolución de conceptos jurídicos.

2º) El origen de la culpabilidad, como criterio moral de valoración de un comportamiento humano, parece estar íntimamente conectado con una nueva visión de la realidad que aparece por primera vez en la Grecia clásica. La responsabilidad por culpa constituye, en dicho sistema, el correlato necesario de la exaltación de la libertad personal ("principio de libre albedrío").

3º) Durante siglos, occidente se guió por una misma creencia subjetiva sobre la culpa basada en la religión, la filosofía y el derecho.

4º) Se considera que ni antes ni después de la sanción de la "Lex Aquilia", los romanos contaron con un principio general equivalente a nuestro art. 1.109 del Cód. Civ. Para los romanos no existió nunca "la culpa", sino "las culpas", esto es, no un principio general de raigambre teórico, sino una multitud de casos concretos y puntuales. El Derecho Romano no llegó a crear una teoría general sobre la culpa.

5º) En el Derecho Romano la culpa era objetiva, sin importar si el acto era voluntario o no.

6º) La idea moral de culpa, entendida en su subjetividad como un reproche de conciencia, es un aporte de la denominada escuela del "Derecho Natural", iniciada con Hugo Grocio, en la primera mitad del siglo XVII, al sostener por vez primera, que cada uno debe reparar "el daño cometido por su culpa".

7º) Esta escuela clásica de "Derecho Natural Racionalista", que rindió culto a la autonomía de la voluntad, no aceptaba la imposición de una condena indemnizatoria por un hecho distinto a la actuación voluntaria y deliberada del individuo. No aceptaban los racionalistas que pudiese existir responsabilidad civil cuando el perjuicio había sido ocasionado sin voluntad ni intención de dañar o por lo menos sin imprevisión. No se podía sancionar a alguien, si de su parte no había mediado culpa.

8º) De esta manera la idea de culpa, como factor de atribución de responsabilidad terminó de desarrollarse orgánicamente, con las elaboraciones de la escuela clásica del Derecho Natural Racionalista".

9º) El término o concepto jurídico de "privisibilidad" o "previsión en la conducta o comportamiento de la persona", quien debe actuar con "cuidado y previsión", tiene su origen en la legislación canónica cristiana, siendo enorme la importancia e influencia de esta legislación en el Derecho Romano.

10º) El Derecho Romano, Las Leyes de Partidas y el antiguo Derecho Francés, aceptaron la división de la culpa en tres grados o tripartita, es decir la culpa grave, la culpa leve y la culpa levísima.

11º) El Código Civil Francés o de Napoleón recogió o sentó un principio general –en materia de responsabilidad civil-, expuesto de Jean Domat: "No hay responsabilidad sin culpa".

12º) Se reconoce a Domat como el jurisconsulto del antiguo Derecho Francés que, fundado en el derecho romano, en las concepciones iusnaturalistas y en el derecho canónico y observando las costumbres francesas, logró formular reglas generales y

abstractas en relación con la reparación del daño y fue quien inspiró directamente a los arts. 1.382 y siguientes del Code.

13º) En el Código de Napoleón la culpa se constituye en el eje de todo el sistema de la responsabilidad civil.

14º) El Código Civil de Napoleón intentó apartarse del sistema romano de graduación de la culpa, pero no consiguió independizarse total y definitivamente de dicho sistema, como lo evidencian los resabios de la clasificación de culpa: "in abstracto" e "in concreto", típicamente romanas, que se encuentran en aquel Código.

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO II

La culpa en el Código Civil Argentino

1º) El Codificador Don Dalmacio Vélez Sarsfield diseña la estructura jurídica del sistema de la responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual en torno al eje de la culpa.

2º) Nuestro Codificador introdujo en nuestro Código Civil Argentino como principio general, -inspirado en el Código de Napoleón- de que: "No hay responsabilidad sin culpa", creando algunos supuestos especiales de culpa presumida legalmente (ej. en el derogado art. 1133 del Cód. Civ. por la reforma introducida por el Decreto Ley 17.711/68).

3º) Nuestro Código Civil, en cuanto al criterio de apreciación judicial de la culpa es amplio y flexible y se adapta a las múltiples situaciones concretas (art. 512 del Cód. Civ.) –pues aplica el sistema de la culpa "in-concreto"-, que no pueden ser sometidas a cartabones predeterminados de antemano, sin perjuicio de que existen en distintas

partes del Código, resabios del sistema romano –"de la división de la culpa en grados"- es decir: la culpa "grave", "leve" y "levísima", en los que se aplica el criterio de apreciación de la culpa: "in-abstracto".

4º) La culpa grave se la asimila al dolo, pero no es correcto afirmar que se trata de nociones idénticas, puesto que una cosa es que tengan efectos similares y otra que exista una confusión o indisolubilidad de ambos conceptos. El dolo supone siempre una intención, en cambio la "culpa", aunque se le agregue el calificativo: "grave", consiste en una negligencia o imprudencia. La equiparación se circunscribe a los efectos que produce.

5º) Nuestros Tribunales aplican indistintamente –según los casos resueltos- la culpa grave y la leve como quedó demostrado y excepcionalmente la culpa levísima.

6º) La culpa potencia el riesgo o vicio de la cosa.

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO III

Hacia la unificación de los regímenes de responsabilidad

1º) Tanto en el régimen de la responsabilidad contractual como extracontractual, la culpa es la causa o fuente de la obligación de indemnizar el daño causado.

2º) Hay una sola culpa y un doble régimen de responsabilidad culposa.

3º) La jurisprudencia se oriento en sus precedentes por la opción y el cúmulo, combinando así un tercer régimen por la acumulación unilateral de disposiciones de uno u otro, de ambos sistemas de responsabilidad.

4º) Los Proyectos de Unificación de la Legislación Civil y Comercial –en general- han receptado el clamor unánime de la doctrina nacional relativo a la unificación de los regímenes jurídicos de responsabilidad civil.

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO IV

Categorías de culpa

1º) La noción de culpa prevista y contenida en el art. 512 de nuestro Código Civil, comprende tanto a la llamada culpa inconsciente como a la culpa con previsión y a la culpa consciente.

2º) Nuestro Código Civil sigue el criterio de la culpa subjetiva.

3º) La culpa es, tanto civil como penalmente, la misma omisión de la diligencia debida, aunque tenga finalidades distintas, comprometa la responsabilidad según su diverso grado, se aprecie en forma más o menos severa y se presuma o no.

4º) El hecho ilícito cometido involuntariamente –por carecer de discernimiento- habilita la responsabilidad civil por la equidad del art. 907 del Cód. Civ.

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO V

Continúan las distintas categorizaciones de la culpa

1º) Constituido en mora el deudor, su culpa en el incumplimiento de la obligación se presume, salvo prueba en contrario.

2º) La conducta antijurídica que constituye el incumplimiento contractual culposo, es necesario que haya sido voluntaria.

3º) Cuando no mediare culpa –por parte del acreedor- en la recepción del pago, frente a un cumplimiento defectuoso por parte del deudor e ignorado por el acreedor, este podrá exigir el resarcimiento de los daños que el cumplimiento defectuoso le haya producido.

4º) La regla jurídica para que se proceda a la resolución del contrato, no es otra que: "aquel en contra de quien se haga valer el derecho o facultad resolutoria, haya incurrido en mora". Ello significa que constituido en mora el deudor por su incumplimiento contractual, la "culpa se presume".

5º) La culpa o el dolo es un elemento de la mora.

6º) La culpa actúa como presupuesto de resolución contractual y asimismo es un factor de imputación subjetivo de responsabilidad atribuible al deudor incumplidor, que por su conducta antijurídica ha causado un daño a otra persona o a sus derechos o patrimonio.

7º) Por regla general es necesario para que proceda la resolución contractual que autoriza el pacto comisorio, que el incumplidor haya obrado con culpa.

8º) La culpa del que ha dejado de cumplir no es en realidad un presupuesto autónomo del ejercicio de la facultad resolutoria, puesto que va implícito con el requisito de la mora, en razón de que para que ésta opere, es menester, como se ha dicho, la culpabilidad.

9º) El contrato solo podrá resolverse por la parte no culpable y no por la otra que dejó de cumplirlo cuando el incumplimiento le es imputable a título de culpa.

10º) La culpa de aquél a quien se le imputa o atribuye el incumplimiento, es un requisito necesario, tanto en la responsabilidad pre-contractual, como en la contractual y en la post-contractual.

11º) Existen casos o supuestos en que por culpa del acreedor se ha hecho imposible, total o parcialmente, el cumplimiento de la obligación (Ej. de la nota al art. 509 del Cód. Civ., último párrafo se extrae lo siguiente: "El acreedor se encuentra en mora toda vez que por un hecho o por una omisión culpable hace imposible o impide la ejecución de la obligación, rehusando aceptar la prestación debida en el lugar y tiempo oportuno, no encontrándose en el lugar convenido para la ejecución o rehusando concurrir a los actos indispensables para la ejecución, como la medida o el peso de los objetos que se deban entregar, o la liquidación de un crédito no líquido").

12º) La culpa del acreedor existe cuando este incurre en mora en recibir la prestación que se le debe, por omitir la diligencia que le impone esa situación, porque ha omitido prestar la colaboración necesaria para recibir la prestación o ha hecho que la prestación se torne imposible.

13º) Las consecuencias jurídicas que la culpa del acreedor trae consigo, son esencialmente las mismas, que las de la culpa del deudor.

14º) Con referencia a la resolución del contrato, solo podrá resolverse por la parte no culpable y no por la otra que dejó de cumplirlo. Esta regla general se aplica tanto respecto del deudor como del acreedor.

15º) La culpa potencia al riesgo o vicio de la cosa.

16º) El dolo del agente dañador absorbe a la culpa de la propia víctima.

17º) El principal responde por la culpa o el dolo de sus dependientes o subordinados, tanto en la órbita contractual como extracontractual.

18º) La actitud dolosa que concurre con la culpa de la victima no genera un supuesto de cocausación, el dolo absorbe a la culpa de la víctima y es el único responsable el autor de la intención dolosa.

19º) Se admite la concurrencia –como concausas cada una autónomas- del riesgo o la culpa, según los casos, y el caso fortuito, debiendo el Juez atenuar la responsabilidad del agente teniendo en cuenta la incidencia del riesgo o de la culpa en la producción del daño, cuando se produce la conjunción del riesgo o la culpa y el "casus".

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO VI

El rol de la culpa en las obligaciones de medio y de resultado

La presunción de responsabilidad en las obligaciones de resutlado

1º) Frente al incumplimiento contractual por parte del deudor, en las obligaciones de resultado –cuando el factor de atribución de responsabilidad es subjetivo- su culpa se presume, pues la culpa -ya sea por negligencia o impericia- fue la que provocó o causó el incumplimiento contractual. En cambio, en los casos de obligaciones de resultado, cuando el factor de atribución de responsabilidad es objetivo, se presume legalmente la responsabilidad del deudor (v. gr. citamos entre ellos: los supuestos contemplados en los arts. 184 del Cód. de Com.; art. 1.113 del Cód. Civ. -la garantía, el riesgo-, art. 1.117 texto según ley 24.830 del Cód. Civ.; art. 1.646 del Cód. Civ.; art. 2.618 del Cód. Civ. -las inmisiones-, Ley 24.557 (L.R.T.) arts. 1º, 2º, 4º, 6º y ss. y cc.; art. 40 de

la Ley 24.240, mod. por las leyes 24.999 y 26.361 (Ley de Defensa del Consumidor), y art. 51 de la Ley nro. 24.192 -el deber de seguridad-.

2º) Frente al incumplimiento contractual en las obligaciones de medio, le incumbe al acreedor la carga de la prueba de la culpa en cabeza del deudor.

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO VII

Otros campos jurídicos de aplicación de la culpa

1º) La culpa constituye un mínimo necesario para asentar la responsabilidad civil, cuando no hay un precepto que establezca la atribución objetiva. Por ello, la culpa sirve como clausura o cierre del sistema.

2º) En los supuestos de responsabilidad civil por las medidas cautelares trabadas incorrectamente hay que probar la culpa o el dolo del agente dañador.

3º) Es los accidentes deportivos es necesario para atribuir la responsabilidad civil al agente dañador probar la culpa de éste.

4º) Aunque el uso de la cosa riesgosa o viciosa, sea contrario a la voluntad del dueño o guardián, no cesa su responsabilidad, si ha sido posible por un acto imputable a su culpa en la guarda.

5º) El trabajador es responsable ante el empleador, de los daños que cause a los intereses de éste, por dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones.

6º) La negligencia configura una causa de despido y basta para justificarlo, cuando por su gravedad haya ocasionado injuria a los intereses del empleador.

7º) Se admite a la parte perjudicada por la negligencia (culpa) de su contraria, al no urgir su prueba, plantear el incidente de negligencia en la producción de la prueba, y así obtener, previa sustanciación, la resolución que declara perdido el derecho a

producir sus probanzas, y de esa manera llegar a la etapa conclusional, postergada ante los medios producción.

8º) En el ámbito o área de las relaciones internas entre los coautores o responsables legales de un hecho ilícito, se aplica el concepto de culpa como factor de atribución subjetivo de responsabilidad, ello a los efectos de la acción de reintegro.

9º) La culpa grave es un factor subjetivo de imputación en la responsabilidad civil de los Jueces.

10º) A los efectos de atribuir la responsabilidad a los Secretarios y/o Funcionarios Públicos por la pérdida, deterioro o sustracción de expedientes y/o documentos depositados que tienen bajo su custodia y guarda, se debe acreditar la culpa de ellos.

11º) En los casos de responsabilidad de los medios masivos de comunicación, en el sistema legal vigente es imprescindible, probar el factor de imputabilidad subjetivo, sea la culpa o el dolo de la persona u órgano que dio la noticia o publicó la crónica.

12º) No se le puede imputar subjetivamente responsabilidad a título de culpa, a aquél profesional que contrae una obligación “intuito personae”, cuando la imposibilidad absoluta de cumplimiento de la prestación puede obedecer a causas físicas o legales, -sin que haya incurrido en mora o culpa-, y deben ser sobrevinientes a la constitución de la obligación.

13º) En materia de responsabilidad civil de los abogados y de los médicos, cuando la obligación asumida por los mismos es de medios, le incumbe la carga de la prueba de la culpa profesional, al acreedor damnificado.

14º. La aceptación del riesgo no es por si misma una causa de exoneración, si no se demuestra la culpa o una falta de la víctima.

15º) **Funciones de la culpa:** a) Actúa como factor subjetivo de atribución de responsabilidad, ya sea dentro del régimen de la responsabilidad contractual como extracontractual. b) Opera jurídicamente como eximente total o parcial de responsabilidad, en los supuestos de responsabilidad objetiva por riesgo o vicio de la cosa, tanto la culpa de la propia víctima, como la culpa de un tercero por el cual no se debe responder. c) En los diversos supuestos previstos en la Ley de Seguros nro. 17.418, la culpa grave del asegurado exime al asegurador de la obligación de cubrir el siniestro. d) En materia de responsabilidad derivada del transporte oneroso de personas, la culpa de la víctima o de un tercero ajeno por el cual no se debe responder, exime al transportista de responsabilidad.

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO VIII

Proyectos de reforma

1º) En el Proyecto de Código Único Civil y Comercial del año 1987, se incorpora el art. 1625 inc.: 2º, que disponía un su parte pertinente: "En caso de controversia queda a cargo del profesional la prueba de haber obrado "sin culpa" en los términos del art. 514". Es decir, que al deudor (en su caso: el profesional médico, abogado, psiquiatra, psicólogo, etc.) le correspondía, para liberarse de responsabilidad, dar cuenta de su falta de culpa, que se tenía por presunta, si su obligación era de medios. Debía demostrar que actuó con la debida diligencia, pericia y prudencia, actuando con cuidado y previsión.

2º) En el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial del año 1993, se introduce la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

3º) En el Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio del año 1998, la culpa viene a ocupar el sitial de "norma de clausura" o "válvula de cierre" del sistema. Vale decir que a falta de norma legal, o de estipulación de partes, el factor de atribución es la culpa.

4º) En el Anteproyecto de Código Civil y Comercial del año 2012, se mantienen los dos factores clásicos de atribución de responsabilidad, disponiendo que la responsabilidad civil puede basarse en factores objetivos o subjetivos, y que en ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa.

5º) En el Anteproyecto de Código Civil y Comercial del año 2012, en materia de reparación, y siguiendo a los proyectos anteriores, se acepta la unificación de los ámbitos de responsabilidad contractual y extracontractual.

6º) Se extrae del citado Anteproyecto del año 2012, que cuando hay una laguna, es decir no hay ninguna norma que prevea la responsabilidad objetiva aplicable a ese caso concreto, ni es posible una aplicación analógica, rige la culpa. La culpa actúa como factor de atribución residual.

7º) En el Anteproyecto mencionado "ut supra" la actividad profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer y la responsabilidad del profesional es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto.

8º) Según el Anteproyecto del año 2012, en los daños causados por una acusación calumniosa sólo se responde por culpa grave o dolo.

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO IX

La culpa en el Derecho Comparado

1º) En el Derecho Civil Francés las aplicaciones jurisprudenciales de la culpa, abarcan un amplio campo, excluidos obviamente aquellos supuestos en los que el fundamento de la responsabilidad civil es otro (ej. el riesgo, la garantía, etc.).

2º) En dicho Derecho rige la apreciación de la culpa ("faute") "in-abstracto", esto es comparando la conducta del autor con la de un buen hombre prudente y avisado ("el buen padre de familia").

3º) En el Derecho Civil Italiano, "la culpabilidad" comprende cualquier hecho doloso o culposo.

4º) En el Derecho Italiano la "massima" de la definición corriente de la culpa, en un sentido técnico jurídico, consiste en un comportamiento consciente del agente que, aunque sin intención de ocasionar un daño a los demás, es la causa de un evento lesivo por negligencia, imprudencia, impericia o bien por la inobservancia de reglas o normas de conducta.

5º) La Casación Italiana sigue hablando de la culpa como elemento psicológico, que caracteriza el incumplimiento, sobre la base de una presunción de dicho elemento en esta materia y dice: "En el tema de incumplimiento de las obligaciones del contrato (a tenor de los arts. 1218 y 1256 del Cód. Civ. Italiano) la culpa contractual del incumplidor se presume, y este deberá aportar los elementos probatorios idóneos para demostrar la ausencia de culpa, o sea, de haber hecho todo lo posible para cumplir la obligación".

6º) En dicho Derecho, todo grado de culpa, incluso aquella levísima, parece idónea para hacer surgir la responsabilidad aquiliana.

7º) En el Derecho Italiano, se aprecia en la jurisprudencia, como en la legislación especial, al otorgar un rol protagónico a la conducta o al comportamiento humano.

8º) En el Derecho Civil Español cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia.

9º) En el Derecho Español la previsibilidad se considera el antecedente lógico y psicológico de la evitabilidad de un resultado contrario a derecho y no querido.

10º) El sistema ha evolucionado hacia una objetivización de la responsabilidad contractual, cuando la obligación es de resultado, basada en que el incumplimiento es imputable al deudor que incurre en culpa o negligencia, y así la doctrina y la jurisprudencia estiman que al acreedor le basta la alegación del incumplimiento de la obligación, previa prueba de este, presumiéndose la culpa del deudor, por aplicación analógica del art. 1183 del Cód. Civ. Español y en consecuencia, sobre él recae la carga, debe privar las causas por la que no le es imputable.

11º) En la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se postula la unidad de culpa (contractual y extracontractual) aplicándose analógicamente la norma del art. 1104 del Cód. Civ. Español al campo aquiliano.

12º) En el Derecho Español asume relevancia la postura que sin establecer la supremacía de uno u otro factor o principio (p. ej. culpa y riesgo en la responsabilidad extracontractual), asigna, sin embargo, a la culpa el rol operativo en un ámbito subjetivo fáctico y de interés indefinido o universal, por los términos que se asientan en el art. 1902, que reconoce los límites que le marcan otros principios, ya sean generales del Derecho, ya de leyes especiales.

13º) Lo importante es señalar que el aval reconocido a la culpa –en la reforma del BGB Alemán- no quiere decir que ahora se reste valor a la importante evolución que alterna, en la praxis jurisprudencial, los criterios de culpabilidad y los criterios que prescinden de este análisis.

14º) La legislación occidental alemana se ha mantenido para las obligaciones en general fiel al principio de la culpa. Sin embargo, se ha hecho eco, de la moderna evolución de la vida económica y social a consecuencia del maquinismo y la industrialización, que exige una nivelación de los daños conforme a las ideas modernas sobre la justicia social, incorporándose la teoría del riesgo creado en materia de tráfico vehicular de motor, al regular la responsabilidad del poseedor de uno de dichos vehículos prescindiendo de su culpa y también prescinden de la culpa en otras áreas jurídicas especiales (transporte aéreo y ferroviario, energía atómica, conservación de aguas, accidentes laborales, accidentes relacionados con actividades en las instalaciones de electricidad, gas o energía nuclear, etc.).

15º) La cuestión central de la reforma del BGB Alemán –que entró en vigencia el 1º de enero de 2.002- mediante la ley de modernización del derecho de las obligaciones del Código Civil Alemán, en cuanto al tema del incumplimiento de las obligaciones, la ley diseña un sistema en que el deudor responde del daño que causa al acreedor por el incumplimiento de sus obligaciones, siempre que este último le sea imputable.

16º) Los criterios de imputación subjetiva son los tradicionales de la culpa y el dolo, a falta de otros que deriven de pacto entre las partes o del contenido de la relación obligatoria, especialmente por la prestación de garantía o la asunción de un riesgo de suministro.

17º) La culpa ha salido victoriosa en el Derecho Alemán (art. 276 del BGB). En Alemania, la responsabilidad del deudor sigue ligada a la culpa.

18º) La "prima facie" o "primera impresión o apariencia" parece ser que tiene su origen en Alemania, y significa: "Que una cierta situación de hecho corresponde, conforme a la experiencia, a un curso causal típico y determinado. Se trata de permitirle al Juez deducir a través de un dato probado (el resultado sobrevenido) otro que se investiga y que no el caso concreto, sino la experiencia de la vida o las máximas de experiencia del Juez, se ha encargado ya de probar para la generalidad de los sucesos similares. Podrá el profesional demandado desvirtuar la "prima facie" probando que en el caso concreto las cosas no ocurrieron como suele ser normal. La "prueba prima facie" degenera en una auténtica presunción de culpa".

T E S I S

Como ha quedado demostrado a lo largo de esta obra, la culpa se encuentra presente en nuestra doctrina, legislación y jurisprudencia, porque tuvo un pasado y porque tiene futuro.

Y como conclusión final se ha verificado científicamente su supervivencia en la imputación de responsabilidad.

José Nicolás Taraborrelli

Bs. As., Primavera, de 2.012.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

Alferillo Pascual Eduardo, La Culpa, Jurisprudencia de la Pcia. de San Juan, Obra colectiva, Revista de Derecho de Daños, La Culpa I, bajo la Dirección de Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo L. Lorenzetti, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2.009.

Altamira Gigena R. E. (Coordinador)**,** y otros, Ley de contrato de trabajo, comentada, anotada y concordada, Tomos I y II, editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Bs. As., año 1.981.

Alterini Atilio Aníbal, El incumplimiento considerado en sí propio (Enfoque objetivo del ilícito civil), Publicado por la Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Bs. As., año 1.963, y en Responsabilidad Civil y Seguros, Homenaje al Prof. Atilio A. Alterini, número especial, 10° Aniversario 1.999-2.009, Editorial La Ley, Bs. As. 2.009, págs. 9/49.

- Responsabilidad Civil, Editorial Abeledo-Perrot, Tercera Edición, Bs. As., año 1992.

-Temas de responsabilidad civil, Ed. Ciudad Argentina, Bs. As., año 1995.

Alterini Aníbal Atilio, Ameal Oscar José y López Cabana Roberto M., Curso de Obligaciones, Tomos I y II, Ed. Abeledo-Perrot, (Bs. As. 1991).

Alterini Atilio Aníbal, Aspectos de la teoría de la culpa en el Derecho Argentino (Con referencia al Código Civil Español y en ocasión de su centenario), Pub. en La Ley, 1989-E, 1.098; Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Trigo Represas Félix A., (Director) T° II, Ed. La Ley, Bs. As., año 2.007.

Agoglia María M., Boragina Juan C. y Meza Jorge A., Responsabilidad por el hecho ajeno, Ediciones Depalma, Bs. As., año 1.995.

Belluscio Augusto César, Manual de Derecho de Familia, Tomos I y II, 6ta. Edición, Editorial Depalma, Bs. As., año 1.996.

Belluscio Augusto C., Zannoni Eduardo A., Código Civil, comentado, anotado y concordado, T° 2, Ed. Astrea, (Bs. As. 1993).

Bénabent, Alain; Droit Civil, Les obligations, 12ª édition, Montchrestien – Lextenso éditions, Francia, París, año 2.010.

Bidart Campos German J., Derecho Constitucional, Tomos I y II, Editorial Ediar S. A. E. C. I. y F., Bs. As. año 1.966.

Biondi Biondo, Il Diritto Romano Cristiano, Tomos I, II y III, Editore Dott. A. Giuffré, Milano, Italia, años 1952 y 1954 respectivamente.

Boffi Boggero Luis María, Tratado de las Obligaciones, T° II, Editorial Astrea, de Rodolfo Depalma y Hnos., Bs. As., año1973.

Bonfante Pedro, Instituciones de derecho romano, tr. L. Bacci y A. Larrosa, 3°, ed., Madrid, Reus, 1965.

Borda Guillermo A., Manual de obligaciones, Editorial Perrot, Bs. As., año 1966.

- Tratado de derecho civil, obligaciones, 3° ed. Editorial Perrot, Bs. As., año 1.971.

- Manual de Sucesiones, con la colaboración de Federico J. M. Peltzer, 4ta, edición, Editorial Perrot, Bs. As., año 1.970.

Brebbia Roberto H., Vigencia y jerarquía de la responsabilidad civil por culpa en el Derecho Positivo Argentino, Pub. en La Ley, 1990-B, 1.074; Responsabilidad Civil, Doctrinas Esenciales -Parte General- Félix A. Trigo Represas (Director), T° II, Ed. La Ley, Bs. As., año 2.007.

- Culpa “In contrahendo” por Roberto H. Brebbia, en Enciclopedia Jurídica Emeba, T° V, Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., Bs. As., año 1.956.

- Culpa Precontractual, por Roberto H. Brebbia, en Enciclopedia Jurídica Emeba, T° V, Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., Bs. As., año 1.956.

Bueres Alberto J., (Director y autor comentarista del art. 512), en su obra, Código Civil T° 2A, Parte general, Obligacioanes, Análisis doctrinario y jurisprudencial, con la coordinación de Elena I. Highton, Ed. Hammurabi, Bs. As., año 1998.

Bueres Alberto J. (Director)**, y Highton Elena I.,** (Coordinadora), Código Civil, Análisis doctrinario y jurisprudencial, T° I, Parte general, Familia, Ed. Hammurabi, Bs. As., año 1.995.

- Código Civil, Análisis doctrinario y jurisprudencial, T° 2-A, Parte general, Obligaciones, Editorial Hammurabi, Bs. As., año 1.998.

Bueres Alberto J., La culpa como norma de clausura ¿Es un postulado verdadero?, Publicado en el Diario La Ley del 12/10/2010, y en RCyS 2010-XI,3.

Busso Eduardo B., Código Civil Argentino, con la colabortación de López Olaciregui José María, Krotoschin Ernesto, Arauz Castex Manuel y Neppi Víctor, T° III (Obligaciones), Ed. Ediar Soc. Anóm. Editores. Sucesores de Compañía Argentina de Editores S. R. L., Bs. As., año 1.949.

Bruguera, Diccionario Enciclopédico, T° III, Editorial Bruguera, España, año 1979.

Bustamante Alsina Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, 5° Ed. Abeledo–Perrot , Bs. As. 1989.

Cabanillas Sánchez Antonio, Las obligaciones de actividad y de resultado, Editorial José María Bosch Editor, S. A., Barcelona, España, año 1.993.

Carames Ferro José M., Curso de Derecho Romano, (Instituciones de Derecho Privado: Obligaciones y Sucesiones) 8va. ed., Editorial Perrot, (Bs. As. 1971).

Casiello Juan J., Concurrencia de culpa y riesgo en el accidente de automotor, Editorial La Ley 1.990-C, 509.

Cazeaux Pedro N. – Trigo Represas Félix A., Derecho de las obligaciones, 2° ed., Tomos I y II, La Plata, Ed. Platense, año1986.

Colombo Leonardo A., Culpa Aquiliana (Cuasidelitos), 2° Ed. TEA, Bs. As., año 1947.

- Culpa Aquiliana –Cuasidelitos- Tomo Primero, Tercera Edición Actualizada, Ed. La Ley, Bs. As., año 1965.

- Culpa Aquiliana –Cuasidelitos- Tomo Segundo, Tercera edición actualizada, Ed. La Ley, Bs. As., año 1.965.

- Culpa, Culpa concurrente, por Leonardo A. Colombo, en Enciclopedia Jurídica Omeba, T° V, Cost-Defe, Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., Bs. As., año 1956, págs. 166 a 278.

Colombo Carlos J. y Kiper Claudio M., Código Procesal Civil y Comercial de La Nación, anotado y concordado, T° IV, Editorial La Ley, Bs. As., año 2.006.

Compagnucci de Caso, Rubén H., Responsabilidad civil y relación de causalidad, Ed. Astrea, Bs. As.1984.

Compagnucci de Caso Rubén H., Fundamentos de la responbilidad civil, Culpa y Riesgo, en Derecho de Daños, obra colectiva, Ed. La Rocca, Bs. As., año 1989, págs. 59/63.

Conde Héctor Normando y Suares Cesar Roberto, Tratado sobre responsabilidad por accidentes de tránsito, T° I, Editorial Hammurabi, Bs. As., año 1.995.

Couture Eduardo J., Vocabulario Jurídico, Ediciones Depalma, Bs. As. año 1.976.

Cueli Hugo Oscar, Constitución de la Provincia de Buenos Aires, Anotada y Comentada, Ed. La Ley, Bs. As., año 1997.

Chironi G. P., La colpa nel Diritto Civile Odierno, Culpa Contrattuale, Ed. Fratelli Bocca Editori, Italia, Torino, año 1897.

Di Pietro, Alfredo, Derecho Privado Romano, 2da. edición, Depalma (Bs. As. 1999).

Fognini Ariel I., Culpa e imputabilidad, Diario La Ley, del viernes 20 y lunes 23 de enero de 2012.

Fenochietto Carlos Eduardo y Arazi Roland, Código Procesesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado, Tomo 2, Editorial Astrea, Bs. As., año 1987.

Fontan Balestra Carlos, Derecho Penal, Introducción y parte general, Ediciones Arayú, Bs. As., año 1953.

Galdos Jorge Mario, La culpa en la Suprema Corte Buenos Aires, Ed. La Ley, 1.994-D, 744.

-¿El Riesgo creado suprimió el régimen de la culpa del Código Civil de Vélez Sársfield?. Separata de Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield, T° II, Pub. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba –República Argentina-, año 2.000.

Galdos Jorge Mario y Bionda Rodrigo Ezequiel, La Fisonomía de la culpa en los albores del tercer milenio y desde la óptica de la Suprema Corte Bonaerense, en la obra

colectiva La Culpa I, bajo al Dirección de Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2.009.

García Barberena Tomas, Comentarios al Código de Derecho Canónico IV (último), Biblioteca de autores cristianos, Ed. Católica S. A., Apartado 466, (España, Madrid MCMLXIV).

Garrido Roque Fortunato y Zago Jorge Alberto, Contratos Civiles y Comerciales, T° I, Parte general, Editorial Universidad, Bs. As., año 1.998.

Garrone José Alberto, Diccionario Jurídico, T° I, II y III, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., año 1.993.

Gastaldi María José, Contratos, T° II, Segunda edición actualizada, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., año 1.998.

Gastaldi José María, Centarano Esteban, La seña, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., año 1.997.

Gayo, Institutas, texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro, Abeledo Perrot, 3° ed., (Bs. As. 1987).

Ghersi Carlos A., Responsabilidad por prestación médico asistencial, Ed. Hammurabi, Bs. As., año 1.987.

Ghersi Carlos A., (Director), El Código Civil en cuadros sinópticos, Obra colectiva, Editorial Nova Tesis, Rosario, Santa Fe, Argentina, año 2.008.

Ghersi Carlos A. y Weingarten Celia (Directores), Código Civil, Análisis Jurisprudencial, T° II y III, Editorial Nova Tesis, Rosario, Santa Fe, Argentina, año 2.003.

Gianfelici Mario Cesar, Caso fortuito y caso de fuerza mayor, Editorial Abeledo-Perrot, Bs. As., año 1.995.

González Joaquín V., Manual de la Constitución Argentina (1.853-1.860), actualizado por Humberto Quiroga Lavié, Editorial La Ley, Bs. As., año 2.001.

González-Lebrero Rodolfo A., Manual de Derecho de la Navegación, 4ta. Edición, ampliada y actualizada, Ediciones Depalma, Bs. As., año 2.000.

Gregorini Clusellas Eduardo L., El consumidor inmobiliario. Su tutela en la ley 24.240 reformada por la ley 26.361. Régimen de defensa del consumidor, pub. en J. A., 2.008-II, número especial, Bs.As., 28/5/08, págs. 49/57.

Henri Ey – P. Bernard – C. H. Brisset, Tratado de Psiquiatría, 8vta. Edición de la 5ta. Ed. Francesa**,** Revisada y puesta al día por Masson S. A., (año 2.000).

Hernandez Gil Antonio, Derecho de obligaciones, Editorial Ceura –Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces-, Madrid, España, año 1.983.

Ibáñez Carlos Miguel, Resolución por incumplimiento, Ed. Astrea, Bs. As. Año 2.003.

Kemelmajer de Carlucci Aída, Comentarista de los arts. 1.066/1.136 del Código Civil Comentado y Anotado, obra colectiva bajo la Dirección de Augusto César Belluscio y Eduardo A. Zannoni, coordinador, T° 5, Editorial Astrea, Bs. As., año 1.990.

Kemelmajer de Carlucci y Parellada Carlos, Los factores subjetivos de atribución, (Capítulo VIII), obra colectiva: Responsabilidad Civil, Jorge Mosset Iturraspe (Director) y otros, Editorial Hammurabi, Bs. As., año 1.992.

- El dolo (Capítulo IX) obra colectiva: Responsabilidad Civil, Jorge Mosset Iturraspe (Director) y otros, Editorial Hammurabi, Bs. As., año 1.992.

Krotoschin Ernesto y Ratti Jorge A. F., con el concurso de Gustavo Raúl Meilij y Sara Silva, 7ma. Edición, actualizada, Segunda reimpresión, Ediciones Depalma, Bs. As., año 1.986.

Lafaille Héctor, Tratado de las obligaciones, Vol. I y II, Editorial Ediar Soc. Anóm. Editores, año 1947-1950.

Lapieza Elli Ángel Enrique, Introducción al Derecho Romano; Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales (Bs. As. 1972).

Leiva Fernández Luis F. P., La responsabilidad post-contractual, Editorial La Ley, Bs.As., 2.002-D, 1.336, Responsabilidad civil, Doctrinas esenciales, Parte general, Félix A. Trigo Represas (Director), T° I, Editorial La Ley, Bs. As., año 2.007, págs. 1020/1031.

- Código Civil comentado y anotado, Director del Tomo VI, Director de la obra en general Santos Cifuentes, Editorial La Ley, Bs. As., año 2.006.

Lena Paz Juan A., Compendio de Derecho Aeronáutico, Editorial Universitaria de Buenos Aires (EUDEBA), Tercera edición actualizada, Bs. As., año 1.970.

Le Tourneau Phillippe, La responsabilidad civil profesional, Ed.Èditions Dalloz, año 2005, Libertè. Égalitè. Fraternitè, Rèpublique Française, traducida por Javier Tamayo Jaramillo, Editorial Legis editores S.A., impreso en Bogotá, Colombia, año 2006.

López Cabana Roberto M., La Responsabilidad Civil Cubana, en la obra colectiva de Homenaje al Dr. Ángel B. Chávarri, intitulada Estudios de Derecho Privado Moderno, Director Roberto H. Brebbia, Editorial Ad-Hoc S. R. L., Bs. As., año 1.998.

López de Zavalía Fernando J., Teoría de los contratos, Editor Víctor de Zavalía, Bs. As., año 1.975.

Lorenzetti Ricardo Luis, Responsabilidad civil de los médicos, Tomos I y II, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, año 1.997.

Loustaunau Roberto, Particularidades de la culpa a fin de siglo, Publicado en La Ley, 1998-B, 1.253; Responsabilidad Civil, Doctrinas Esenciales, Félix A. Trigo Rerpesas, T° II, Ed. La Ley Bs. As., año 2.007.

Llambías Jorge J., Código Civil anotado, T° II-A, Editorial, Abeledo-Perrot, Bs. As., año 1979.

- Código Civil anotado, Doctrina-Jurisprudencia, T° II-A, Obligaciones en general, Extinción de las obligaciones, Editorial Abeledo-Perrot, año 1.983.

- Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, 2° ed., T° I, Bs. As., Perrot, año1973.

- Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, T° I, cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas, Ed. Perrot, Bs. As., año 1.983.

- Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, T° III, Tercera edición actualizada por Patricio Raffo Benegas, Ed. Perrot, Bs. As., año 1987.

Llambías Jorge Joaquín, Alterini Atilio Aniblal, Código Civil, anotado, Contratos. Doctrina-Jurisprudencia, T° III-B, Ed. Abeledo-Perrot, año 1985.

Llámbias Jorge Joaquín, Alterini Jorge Horacio, Código Civil, anotado, Doctrina-Jurisprudencia, T° IV-A, Derecho Reales, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., año 1988.

Llambías Jorge Joaquín, Raffo Benegas Patricio y Sassot Rafael A., Compendio de Derecho civil, Obligaciones, 4ta. edición, Editorial Perrot, Bs. As., año 1.975.

Machado José Olegario, Exposición y Comentario del Código Civil Argentino, T° II, Ed. Talleres Gráficos Argentinos de L. J. Rosso, Bs. As., año 1.928.

Mackeldey F. Manual de Derecho Romano, que comprende la Teoría de la Instituta. Traducida al castellano por don Eduardo Gómez, Imprenta de don José María Alonso, Editor. (Madrid, España, año 1.847).

Maffía Jorge O., Manual de Derecho Sucesorio, T° I, Ediciones Depalma, Bs. As., año 1.980.

Manzuc P. Daniel, La culpa: entorno y reparación, Editorial Claretiana, Bs. As., año 2.007.

Mayo Jorge A., Código Civil, Comentado, anotado y concordado, obra colectiva, bajo la Dirección de Augusto C. Balluscio y Zannoni Eduardo A. (Coordinador), T° II, Editorial Astrea, Bs. As., año 1.993.

Mazeaud Henri y Léon, Mazeaud Jean, Lecciones de Derecho Civil, Parte segunda, Volumen II, La Responsabilidad civil. Los cuasicontratos, Traducción Luis Alcalá-Zamora y Castillo (Abogado), Ediciones Jurídicas Europa-América, Bs. As. Año 1.969.

Mazzinghi Jorge Adolfo (h), La Vigencia de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil, Tesis Doctoral Aprobada en la Universidad Católica Argentina, año 2010.

Mosset Iturraspe Jorge, Contratos, Editorial Ediar, Bs. As., año 1.987.

- Responsabilidad por daños, T° I, Parte general, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 1998.

Mosset Iturraspe, Jorge, (Director) y **Kemelmajer de Carlucci Aída** (Coordinadora) y otros, Obra colectiva, Responsabilidad Civil, Ed. Hammurabi (Bs. As., año 1992).

Mosset Iturraspe Jorge y Lorenzetti Ricardo Luis, Defensa del consumidor, Ley 24.240, Editorial Rubinzal-Culzoni, Editores, Santa Fe, año 1.994.

Mosset Iturraspe Jorge y Lorenzetti Ricardo Luis (Dirección), Revista de Derecho de Daños, La Culpa–I, 2.009-1, Doctrina y Jurisprudencia, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, año 2.009.

- Revista de Derecho de Daños, La Culpa–II, 2.009-2, Doctrina y Jurisprudencia, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, año 2.009.

Morello Augusto M., El boleto de compraventa inmobiliario, 2da. edición, Editorial Librería Editora Platense-Abeledo Perrot, La Plata, año 1.975.

Mouchet Carlos, Zorraquín Becu Ricardo, Introducción al Derecho, Ed. Perrot (Bs. As. 1987).

Muract Gola María Alicia, Derecho Administrativo, Legislación y Jurisprudencia, Editorial Policial, Bs. As., año 1.995.

Orgaz Alfredo, El daño resarcible, 2° ed., Bs. As., Omeba, 1960.

- La culpa, ed. Lerner, (Córdoba 1992).

Ortolan M., Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano. Generalización del Derecho. Traducida por D. Francisco Pérez. Editor, Librería de D. Leocadio López. España. Madrid, año 1879.

Peña Guzmán Luis Alberto, Argüello Luis Rodolfo, Derecho Romano, Ed., TEA (Bs. As. 1962).

Petit Eugéne, Tratado Elemental de Derecho Romano, con una traducción sobre la importancia del Derecho Romano por Rudolf von Ihering, traducido de la novena edición francesa y aumentado con copiosas notas por José Ferrández González, Ed. Universidad (Bs. As. 1994).

Pizarro Ramón D., Causalidad adecuada y factores extraños (Capítulo XI) en la obra colectiva Derecho de Daños, editorial La Rocca, Bs. As., año 1.989.

Pizarro Ramón D., Código Civil, Análisis doctrinario y jurisprudencial, obra colectiva, Alberto J. Bueres (Director) y Elena I. Highton (Coordinadora) T° III-A, Editorial Hammurabi, Bs. As., año 1.999.

Pizarro Ramón D., y Vallespinos Carlos G., Instituciones de Derecho Privado, Obligaciones, T° 2, Editorial Hammurabi, Bs. As., año 1.999.

Pothier Robert Joseph, Tratado de las obligaciones, según la edición francesa de 1824, publicada bajo la dirección de M. Dupin, corregida y revisada por M. C. de las Cuevas, libro de edición argentina, Editorial Heliasta S.R.L., año 1993, impreso en Sao Pablo, Brasil.

Ramella Anteo E., La resolución por incumplimiento, Editorial Astrea, Bs. As., año 1975.

- La resolución del contrato. Incumplimiento. Imposibilidad (Capítulo XIII), en la obra colectiva: "Contratos", Directores Félix A. Trigo Represas y Rubén S. Stiglitz (Directores), Ediciones La Rocca, Bs. As., año 1.989.

Rezzónico, Luis M., Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil, 9° ed., Bs. As., Depalma, 1961.

Rivera Julio César, Código Civil Comentado y Concordado, obra colectiva, bajo la Dirección de Augusto C. Belluscio y la Coordinación de Eduardo A. Zannoni, T° I, Editorial Astrea, Bs. As., año 1.988.

Rouillon Adolfo A. (Director) **y Alonso Daniel E.** (Coordinador)**,** Código de Comercio, Comentado y anotado, T° II y III, Ed. La Ley, Bs. As., año 2.006.

Sagarna Fernando Alfredo, Accidentes de transito. El peatón que aparece imprevistamente. Jurisprudencia de la Cámara Nacional Civil y de la Corte Suprema, Ed. La Ley 2.000-C, 508, Responsabilidad Civil, Doctrinas esenciales, de Trigo Represas F. (Director), Ed. La Ley, Bs. As., año 2.007.

Salas Acdeel Ernesto y Trigo Represas Félix A., Código Civil anotado, T° I, Editorial Depalma, Bs. As., año 1.979.

- Código Civil y Leyes complementarias, anotado, T° III, Ediciones Depalma, Bs. As., año 1.980.

Salerno Marcelo M., Culpa y Sanción, sub-título: "La culpa no está en crisis", en la obra colectiva, Derecho de Daños, Segunda parte, Ed. La Rocca, Bs. As., año 1.993.

Salvat Raymundo M., Tratado de Derecho Civil, Argentino (Parte general) 4ta. edición aumentada y corregida, Editorial Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Bs. As., año 1.928.

-Tratado de Derecho Civil, Obligaciones en general, Sexta edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli, T° I, Ed. TEA, Bs. As., año 1952.

- Tratado de Derecho Civil Argentino, Fuentes de las obligaciones, actualizada por Arturo Acuña Anzorena, T° I, Editorial TEA, año 1.954.

- Tratado de Derecho Civil Argentino, Fuentes de las obligaciones, actualizada por Arturo Acuña Anzorena, T° IV, Editorial TEA, año 1.958.

Santo Tomás de Aquino, Suma Teológica, Tomo XVI (último), ed. La Editorial Católica S. A., Apartado 466 (España, Madrid MCMLX).

Santos Briz, Jaime, La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y procesal, 4ta. edición, actualizada y revisada, Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, España, año1986.

Sardegna Miguel A., Ley de Contrato de Trabajo, comentada, anotada y concordada, Editorial Universidad, Bs. As., año 1.996.

Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino, T° I, Editorial TEA, Bs. As., año 1.963.

Stiglitz Gabriel A., Echevesti Carlos A., Las relaciones entre la acción civil y criminal (Capítulo XXII), en la obra colectiva titulada Responsabilidad civil, bajo la Dirección de Jorge Mosset Iturraspe y Aída Kemelmajer de Carlucci (Coordinadora), Ed. Hammurabi, Bs. As., año 1.992.

Tobías José W., Comentarista de los artículos140/158 del Código Civil, Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, bajo la Dirección de Alberto J. Bueres y Elena I. Highton, Coordinadora, obra colectiva, T° 1, Editorial Hammurabi, Bs. As., año 1.995.

Trigo Represas Félix A., La Noción clásica de culpa. Domat. Código Civil Francés, Código Civil Argentino, en la obra colectiva, Revista de Derecho de daños, bajo la Dirección de Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti, titulada La Culpa I, Editorial Rubinzal–Culzoni, Santa Fe, año 2.009.

Trigo Represas Félix A., López Mesa Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, Tomos I y II, Ed. La Ley, Bs. As., año 2.004.

Trigo Represas Félix A., Unificación de la responsabilidad por daños (Capítulo III), en la obra colectiva Derecho de Daños, bajo la Dirección de Félix Trigo Represas y Rubén S. Stiglitz, Ed. La Rocca, Bs. As., año 1.989.

-La responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades en el Proyecto de reforma del Código Civil, publicada en Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999, por la Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, serie IV, Instituto de Derecho Civil, nro. 6, Bs. As., año 2.000.

Ubiría, Fernando A., Reparación de daños derivados del transporte benévolo, Editorial Hammurabi, Bs. As., año 2.004.

Vanasco, Manual de Derecho Aeronáutico, Tercera edición, Editorial Zavalía Editor, Bs. As., año 1.978.

Vázquez Ferreyra Roberto A., Prueba de la culpa médica, Editorial Hammurabi, Bs. As., año 1.993.

Vázquez Ferreyra Roberto A., Los presupuestos del deber de reparar, Diario La Ley, del viernes 4 de mayo de 2012.

Yungano Arturo Ricardo, López Bolado Jorge D., Poggi Víctor Luis y Bruno Antonio Horacio, Responsabilidad profesional de los médicos, Editorial Universidad, Bs. As., año 1.982.

Yzquierdo Tolsada Mariano, La responsabilidad civil del profesional liberal, Editorial Hammurabi, Bs. As., año 1.998.

Zannoni Eduardo A., Derecho Civil, Derecho de Familia, Tomos I y II, Editorial Astrea, Bs. As., año 1.989.

CÓDIGOS CIVILES EXTRANJEROS

Código Civil Alemán, comentado –BGB- Emilio Eiranova Encinas**,** Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, Barcelona, año 1.998.

Código Civil Colombiano, 1ra. edición, Editorial Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, Colombia, año 1.992.

Código Civil Cubano, Ley Nro. 59, modificado por el Decreto-Ley nro. 140, de 13 de agosto de 1.993, Instituto Cubano del Libro, Editorial de Ciencias Sociales, Playa, Ciudad de La Habana, Cuba, año 1.999.

Código Civil Español, Editorial Civitas, S.A., Madrid, España, año 1.992.

Código Civil Francés / Code Civil, edición bilingüe, Traducción Álvaro Núñez Iglesias, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., España, Madrid, año 2.005.

Códice Civile Italiano, Editorial Elemond Scuola & Azienda, Milano, Italia, año 1.993.

Código Civil para el Distrito Federal de México, 61ª. Edición, Editorial Porrua, S. A., México, año 1.992.

Código Civil y Código de la Familia de la República de Panamá, Editorial Miazrachi & Pujol, S. A., Impreso por Editorial Presencia Ltda., Santa Fé de Bogotá, Colombia, año 1.996.