

En definitiva, los casos deberán decidirse de acuerdo a los hechos, pero respetando siempre la garantía de la defensa en juicio, que a todos —sin excepción— acuerda el artículo 18 de la Constitución Nacional.

El transporte benévolο y la responsabilidad civil emergente

Por el DR. W. GUSTAVO MITCHELL *

S U M A R I O **

- I) *La responsabilidad en el Código Civil Argentino.*
- II) *El transporte benévolο: concepto y naturaleza jurídica. Distintas teorías, tesis contractual; asimilación a otros contratos; figura jurídica autónoma. Crítica. Tesis extracontractual.*
- III) *Aplicación de los principios de responsabilidad civil al caso del transporte benévolο.*
- IV) *Importancia del transporte benévolο. Función económico-social. Relevancia jurídica.*
- V) *Determinación de los límites de responsabilidad por el transporte benévolο en las normas jurídicas vigentes.*

* Técnico de la Organización de las Naciones Unidas en Pesquisas Administrativas; Secretario de la Justicia Nacional en lo Criminal de Sentencia. Profesor del primer ciclo de Práctica Forense.

** (N. del A.) Al encargarme la dirección de Aequitas el presente trabajo, sobre materia tan diversa de la de mi ocupación diaria, por lo que insinué se me adjudicase otro tema, insistió en el del epígrafe, aclarándome deseaba la Revista fuera de utilidad para los alumnos

CAPÍTULO I

La responsabilidad civil en el Código Civil Argentino

Responsabilidad por culpa contractual y aquiliana. La responsabilidad legal es siempre consecuente de un hecho humano, aún en forma indirecta.

En principio, sólo se responde por el hecho propio, pero a veces, se extiende la responsabilidad, al hecho de terceros o al daño producido por las cosas.

La responsabilidad, en materia civil, puede derivar de dos grandes fuentes: del contrato —fuente por excelencia de las obligaciones— que es la llamada responsabilidad contractual o de los hechos ilícitos, denominándose entonces responsabilidad extracontractual o aquiliana.

Nuestro Código Civil contempla ambas especies, en un largo y detallado articulado, ampliado con notas ilustrativas. Con todo hay casos no previstos, como el del tema de nuestro estudio; no es defecto imputable a nuestra ley positiva, pues es problema común a las legislaciones más modernas. Y es que, doctrinaria y jurisprudencialmente, tampoco hay acuerdo si, en relaciones como la que nos va a ocupar, estamos frente a un nexo contractual o a una simple interferencia de conductas que sólo podría conducir a la responsabilidad cuando se cometiese un hecho ilícito.

Si bien desde un ángulo meramente especulativo, podríamos concluir, no sin dificultades, que en el servicio gratuito, en la relación de favor, nunca habría un contrato, ya que faltarían los elementos esenciales del acto jurídico, en el caso concreto, en la vida humana —que es contenido y objeto de la ciencia jurídica— se presentan multitud de variantes que no quedarían satisfactoriamente resueltas al menos si tal premisa se mantiene en todas sus consecuencias. Por el contrario, se arribaría a veces a soluciones decididamente opuestas al sentido ético que debe inspirar a toda jurisprudencia.

Artículos pertinentes del Código Civil Argentino. Breve análisis de sus disposiciones. Señalamiento de algunos problemas.

que cursan Derecho Civil, segunda parte (Obligaciones). He ahí la razón de ser del primer capítulo, donde, en forma suscinta y sin exponer ninguna idea que importe novedad, recapitula las disposiciones del Código Civil sobre los distintos tipos de responsabilidad y las eximentes que el mismo legisla.

El Código Civil dedica a la responsabilidad del deudor por violación de su deber de cumplimiento de la obligación los artículos 506 a 514.

La ley sólo habla de responsabilidad del deudor, pero el acreedor también puede incurrir en dolo o culpa, y no sólo en las obligaciones sinalagmáticas, donde son acreedores y deudores a la vez, sino también en las unilaterales. En tal caso debe responder, por aplicación de los mismos principios, de los perjuicios causados al deudor, que le sean imputables y puede excepcionarse igualmente, en virtud de lo dispuesto por el artículo 513, primera parte¹.

Puede haber dolo o culpa en ambas partes o dolo en una y culpa en la otra. En caso de culpa concurrente, el Dr. Salvat dice que "el deudor no incurre en responsabilidad alguna y que cada parte debe soportar las consecuencias de su propio hecho". Fundamenta esta opinión en los arts. 903 —"las consecuencias inmediatas de los hechos libres son imputables al autor de ellos" — y 1329, segunda parte, *in fine* —"si el comprador sabía que la cosa era ajena, no podrá pedir la restitución del precio"—. Advierte empero Salvat: "debe admitirse, sin embargo, que los jueces tienen en esta materia un cierto poder de apreciación y que les es permitido, según las circunstancias especiales de cada caso, aplicar ese principio o resolver en la forma que parezca más equitativa, teniendo en cuenta la mayor o menor responsabilidad de cada parte"².

Lafaille, de la misma opinión, distingue prolijamente los efectos del principio estudiado en las obligaciones unilaterales y en las bilaterales. En las primeras, si la falta es imputable a quien podría exigir la prestación, nada podrá reclamar. Se funda en que no puede hacerse cargar a otro con las consecuencias del propio incumplimiento. En las segundas —adviendo que no se trata de compensación, en la que juegan principios distintos— llega a la misma solución en base al art. 1201. Señala que "no se trata ya de encarar aisladamente la condición de cada uno, y sí establecer cómo juegan dentro de un mecanismo inseparable. Abordamos el problema de la interdependencia de tales prestaciones, apenas rozado por nuestro Código". Cita los arts. 510 y 895 además del 1201. Induce de ellos la extensión de la *exceptio non adimpleti contractus* al caso de mora. Y dice que "así como el vendedor no puede

¹ Salvat, *Op. cit.*, Obligaciones, Nº 115.

² Salvat, *Op. cit.*, Obligaciones, Nº 138.

reclamar el precio cuando no está en condiciones de transferir el dominio (arts. 1412-1413, 1425-1426, etc.), tampoco le es permitido hacer cargo por el retardo, siempre que se encuentre en tales condiciones. Este es el valor del precepto (se refiere al art. 510), que por dichos motivos contribuye a levantar una construcción jurídica, dentro de la cual cabe con exceso la categoría examinada”³.

Si hay dolo concurrente, en general es admitida la compensación judicial, por los mismos fundamentos que acabamos de ver respecto de la culpa. En cambio, “la simple culpa del perjudicado no influirá para nada en el deber de indemnización de quien obró con dolo”⁴.

La responsabilidad tiene lugar por imposibilidad imputable al deudor, o sea la inejecución, por el retraso en la prestación, o sea la mora y por las demás violaciones del crédito, llamadas violaciones positivas del contrato, tales por ejemplo, los actos de cumplimiento defectuoso en tanto causan un daño especial que no se da por el cumplimiento defectuoso en sí mismo. Pero en todos estos casos, sólo responde el deudor si la violación del crédito le es imputable⁵.

El Código Civil trata por fin, en este punto, la imposibilidad no imputable, que lejos de responsabilizar, libera al deudor; pero vuelve sobre ella, al tratar la extinción de las obligaciones⁶.

El dolo del art. 506 se conforma por la sola omisión (o acción) voluntaria y consciente, porque entonces, habría mala fe, sin que sea necesaria la intención de dañar⁷, entendiendo que ese deliberado propósito es elemento del dolo como vicio del consentimiento (art. 931), o como característica de los delitos (art. 1072)⁸.

Salvat, en cambio, supone siempre el perjuicio intencional, diferenciando al dolo, como vicio de la voluntad con el dolo como causa de inejecución de las obligaciones, en que el primero consiste en hechos anteriores para inducir a la celebración del acto, mientras que el segundo, en hechos posteriores al nacimiento de la obligación para eludir su cumplimiento. Concluye que en este caso sería más propio hablar de fraude⁹.

³ Lafaille, *Op. cit.*, Tratado de las obligaciones, N° 186 y 187.

⁴ Busso, *Op. cit.*, art. 506, arts. 511 y 512, N° 137.

⁵ Enneccerus, *Op. cit.*, Obligaciones I, ps. 222 y 278.

⁶ Código Civil Argentino, arts. 513, 1^a parte, 514, 888 y ss.

⁷ Lafaille, *Op. cit.*, *Obligaciones*, N° 174.

⁸ Busso, *Op. cit.*, art. 506, N° 28, 29 y 30.

⁹ Salvat, *Op. cit.*, *Obligaciones*, N° 116 y 117.

El art. 507 prohíbe la dispensa del dolo. Lafaille encuentra doble fundamento a este principio: a) si se permitiese tal facultad al deudor, la prestación dejaría de ser forzosa y por el art. 542 se prohiben las cláusulas meramente potestativas; b) sería también inmoral, de objeto ilícito, proscripto por los arts. 21, 953 y 1167¹⁰. La prohibición rige sólo para lo futuro. Así se concluye de la partida 5^a, ley 29, tít. 11, citada en la nota del codificador, que dice: "Los engaños hechos en ante la promisión se pueden quitar por pleito; no los que pudiesen hacer después del día en que fue hecha la promisión".

El art. 508 aplica el principio del art. 506 al caso de mora. Pero mientras en este último la indemnización se da en lugar de la prestación, en aquél se deben ambas. La mora ha sido definida como "la denominación que se da al retraso del deudor cuando la ley lo toma en consideración a fin de atribuirle ciertas consecuencias jurídicas"¹¹. Presupone una pretensión plenamente eficaz y vencida¹². Es necesario además que el retardo sea imputable. Pese a que el artículo 508 no hable de dolo ni de culpa y a su ubicación intermedia entre las disposiciones referentes a uno y otra, aquella necesidad se infiere de: a) la generalización del art. 513, *in fine*; b) porque no podría responsabilizarse en ausencia de las dos únicas causas de imputabilidad; c) es la doctrina tradicional desde el derecho romano y que prevalece actualmente¹³.

El art. 509 consagra un principio general: la exigencia del requerimiento judicial o extrajudicial, para que el deudor incurra en mora. Debe hacerse al vencer la prestación o después de vencida. "*Mora fieri intellegitur no ex re sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit*"¹⁴. El citado precepto legal establece a continuación dos casos de excepción: por estipulación expresa y por la naturaleza de la obligación. Encontramos su fundamento en el art. 1197.

Otras excepciones al principio general de que "*Dies non interpellat pro homine*", surgen directamente de la ley, mora *ex re*, la que se encuentra en varios artículos del Código Civil y en otras leyes, debiendo agregarse los casos asimilados por la doctrina. Sólo citaremos lo que pueden tener interés a nuestro estudio. Así, en materia de contratos, los aportes sociales (ar-

¹⁰ Lafaille, *Op. cit.*, Obligaciones, N° 175.

¹¹ Planiol-Ripert, *Op. cit.*, tomo 7, N° 771.

¹² Enneccerus, *Op. cit.*, Obligaciones I, pág. 257.

¹³ Salvat, *Op. cit.*, Obligaciones, N° 87.

¹⁴ Enneccerus, *Op. cit.*, Obligaciones I, pág. 258.

tículo 1721); los intereses de las cantidades que el mandatario aplica a uso propio (art. 1913); en los derechos reales, en cuanto a la restitución del dinero dado en usufructo (art. 2944). Entre los casos asimilados: poseedor de mala fe y el autor de un delito civil, o el reconocimiento por el propio deudor¹⁵.

Como ya dijimos, el art. 510 extiende la exceptio non adimplenti contractus al caso de mora¹⁶.

El art. 511 aplica el principio de responsabilidad por daños e intereses al caso de culpa. En el art. 512, el codificador define la culpa en el cumplimiento de las obligaciones como “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”.

Abandona así los sistemas tradicionales de división de la culpa en grados, tanto el romano original que distinguía en culpa lata, definida en el Digesto como “est nimia negligentia, id est, non intelligere quod omnes intelligunt” y culpa leve, con sus dos modalidades modernamente designadas como in abstracto (bonus pater familias) e in concreto (diligencia quam leuis suis rebus adhibere solet); como de la clasificación tripartita de los glosadores en: lata, leve y levisima; como de la distinción según el interés de las partes.

La nota al art. 512, transcribe un párrafo de Bigot de Préame neu (el que Vélez Sársfield atribuye a Barbeyrach) donde expone: “La división de las culpas es más ingeniosa que útil en la práctica... Cuando la conciencia del juez se halle convenientemente ilustrada sobre estos puntos, no son necesarias reglas generales para fallar conforme a la equidad”. Sin embargo queda en el Código influencia de la clasificación aludida: así los arts. 2202 y 2291 referentes al mandato y a la gestión de negocios respectivamente, donde aplica la teoría de la culpa in concreto.

Derecho comparado: nos adelantamos al C. Civil Francés, que si bien en su art. 1137 suprime —para la mayor parte de la doctrina— la división de la culpa en grados, continúa adoptando un tipo abstracto de comparación. En cambio el C. Civil Alemán es más práctico y objetivo aún que el nuestro al establecer en el art. 276, segunda parte, que “la negligencia consiste en no prestar los cuidados requeridos en las relaciones ordinarias”¹⁷.

¹⁵ Busso, Op. cit., art. 509, N° 116 y ss.

¹⁶ Ver supra, pág. 59.

¹⁷ Salvat, Op. cit., Obligaciones, N° 120 a 133.

Culpa civil y culpa penal: hoy ya no se cuestiona que el concepto de culpa debe entenderse en sentido amplio, común al derecho civil y al penal. Sólo hay diferencias de jurisdicción¹⁸.

Culpa contractual y extracontractual: el Dr. Busso, luego de analizar las doctrinas en favor de la división, entre cuyos expositores se encuentran Baudry-Lacantinerie y Barde, y las monistas, que cuentan, entre otros, con la autoridad de Planiol-Ripert, concluye que la "pretendida diferencia fundamental entre ambas culpas no existe en realidad, sino que el concepto de la culpa es único. Ello vale especialmente en nuestro derecho, donde la culpa encuadra en un concepto genérico, contenido en el art. 512, con sólo derivaciones particulares en cada caso"¹⁹.

Culpa incontrahendo y culpa precontractual: son anteriores a la formación del contrato. La primera importa la existencia de una oferta. La segunda se refiere a un período anterior, o sea, la etapa previa de los trámites preparatorios, de las primeras tratativas. Ambas consisten en la omisión de las diligencias —cada una en los momentos referidos— para que el contrato llegue a perfeccionarse. El Código Civil no trae ninguna disposición especial con respecto a ellas y sólo en algunas artículos aislados se responsabiliza por culpa incontrahendo: así los arts. 1155, 1156, 1329, etc. Sin embargo, doctrina y jurisprudencia han extendido los principios de la culpa incontrahendo, de las citadas disposiciones del Código, a casos no previstos, a actos preparatorios, independientemente de su concreción en una oferta determinada²⁰. Es que, en nuestros tiempos, abundan los negociados complejos, con largos preliminares, discutiéndose la operación en términos desconocidos para el derecho antiguo²¹. Generalmente se determina el objeto y las condiciones principales, dejando las particulares para fijarlas más tarde. La uniformidad de opiniones no basta, y es necesario para la existencia del contrato un acto volitivo que exprese la adhesión individual. Entre un momento y otro suele mediar un lapso considerable. Ya Santo Tomás advertía: "Consensus voluntatis est actus qui presupponit actum intellectus."

La responsabilidad por culpa puede atenuarse y aun desaparecer. Una de las hipótesis más comunes es la de concurrencia de culpas o de culpa y dolo, a la que ya nos hemos refe-

¹⁸ Busso, *Op. cit.*, arts. 511 y 512, N° 6.

¹⁹ Busso, *Op. cit.*, arts. 511 y 512, N° 61.

²⁰ Busso, *Op. cit.*, arts. 511 y 512, N° 63 a 67.

²¹ Lafaille, *Op. cit.*, Contratos I, N° 58.

rido²². Otra hipótesis de irresponsabilidad es la de ausencia de culpa, ya sea por ignorancia excusable o por estar frente al ejercicio de un derecho o a un estado de necesidad, cuyo desarrollo excedería los límites de este trabajo²³. Otro supuesto de especial interés a nuestro estudio es la existencia de una cláusula limitativa o excluyente de responsabilidad, de gran aplicación en contratos de transporte.

La renuncia puede ser anterior o posterior. La renuncia posterior es perfectamente válida, siempre que no esté expresamente prohibida por la ley (Código Civil, art. 19). En cambio, no siempre se ha admitido la validez de la renuncia anterior.

El Código Civil no contiene una regla análoga a la establecida para el dolo (art. 507) y, por consiguiente, en general, debe admitirse la validez de tales cláusulas. En el derecho francés y en el Código Federal Suizo de las Obligaciones se admiten para la culpa leve, mas no para la grave, que es equiparada al dolo. Tal distinción no existe, al menos en principio, en nuestro derecho. El derecho romano había admitido la validez de tales cláusulas, sin distinguir entre culpa grave y leve. El mismo sistema sigue el Código Civil Alemán²⁴. Pero si bien en nuestro derecho, repetimos, tales cláusulas valen sin distinguir grados de culpabilidad, hay excepciones en virtud de otros principios. Así, prohibiciones expresas de la ley, como la de los arts. 162 y 204 del Código de Comercio, y art. 13 de la ley 9688, y el orden público²⁵.

Adauto D'Alencar Fernández define la cláusula de no responsabilidad como: "el ajuste, verbal o escrito, entre dos o más personas, que limita o extingue, en el todo o en parte, el efecto del acto jurídico entre los contratantes."

Partiendo del principio establecido en el art. 115 del Código Civil Brasileño: "São lícitas, em geral, todas as condições que a lei não vedar expressamente", elabora su tesis de admisibilidad de las cláusulas de irresponsabilidad para la culpa contractual, sin distinciones de grados, en tanto no afecten el orden público. Rechaza, en cambio, la procedencia de las mismas en materia extracontractual.

Dice Fernández: "Nada más justo ni más honesto que permitir a los contratantes el uso de la cláusula de no responsabilidad. Por tal modo presumido puede el contratante cometer

²² Ver supra, pág. 59.

²³ Busso, Op. cit., arts. 511 y 512, N° 168 a 171 y bibliografía cit.

²⁴ Salvat, Op. cit., Obligaciones, N° 135 y 136.

²⁵ Busso, Op. cit., arts. 511 y 512, N° 151 y 152.

impunemente imprudencias o negligencias. En tales casos sólo por ante terceros es que alguien como agente podría responder extracontractualmente, sin la facultad de recurrir al expediente de exoneración, porque según la ley positiva brasileña "aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito ou causar perjuizo a outrem fica obrigado a reparar o dano". Mas, fuera de los casos de culpa aquiliana, la cláusula exonera o dirime entre contratantes, en la medida de los vicios del consentimiento, todas las causas que pueden exponer a los obligados a los azares de una indemnización judicial".

Señala reiteradas veces a lo largo de la tercera parte de su tesis: "Hácese necesario no olvidar ni confundir el concurso de responsabilidad delictuosa con la responsabilidad contractual, que destacamos en gran manera."

Concluye: "la situación de las partes contratantes, bajo el punto de vista de sus intereses económicos y morales, estrictamente privados, debe ser reglada por la convención libre, desde que no atente contra el orden público, hoy comprendido del bienestar colectivo y de la economía popular."

"*A fortiori* no admitimos —dice el autor citado— que la responsabilidad delictual sea puesta en juego por la culpa cometida en la ejecución de una convención contractual, cuando no fuere permitido a la ley penal intervenir. Es éste el punto doctrinario con el que está de acuerdo la mayoría de los juristas antiguos y modernos."²⁶

En torno a los arts. 513 y 514 se plantean, entre otros, dos problemas fundamentales para su interpretación:

a) Si al eximir de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor, en el art. 513, se refiere a dos conceptos diferentes o sinónimos. El codificador sólo define al caso fortuito en el art. 514; pero en la nota a ese artículo enseña que casos fortuitos serían los acontecimientos de la naturaleza y fuerza mayor los hechos del hombre. *Brevitatis causa*, obviando repeticiones de las teorías elaboradas al respecto, diremos que la doctrina y la jurisprudencia argentina, en principio, entienden que las expresiones que nos ocupan responden a una misma y única idea²⁷.

b) Si la fuerza mayor, o sea, la imposibilidad de cumpli-

²⁶ Fernández, *Op. cit.*, Terceira Parte espec., N° 67 y 70.

²⁷ Para mayor ilustración, ver Busso, *Op. cit.*, arts. 513 y 514.

mieto por causa ajena, implica algo más que la simple ausencia de culpa, o si ambos supuestos coinciden.

Al respecto, el doctor López Olaciregui empieza por observar que la fuerza mayor actúa distintamente en materia de contratos y de actos ilícitos. La fórmula responsabilidad por incumplimiento de obligaciones consta de tres términos: dos de imputación (se responde por dolo y culpa) y uno de excusa (no se responde por caso fortuito o fuerza mayor). Este término de excusa, aquí indispensable, pues la existencia de una obligación previa proclama la necesidad de un acto de cumplimiento, no lo es, en cambio, en materia extracontractual, donde sólo hay responsabilidad por dolo o por culpa, y no es menester, por tanto, invocar el efecto liberatorio de la fuerza mayor. En materia contractual la fuerza mayor es excusa que no borra la obligación, pero libera al deudor de su cumplimiento. En materia extracontractual es circunstancia que impide el nacimiento mismo de la obligación. Deber la prestación y deber la indemnización son distintas formas del deber jurídico.

Entrando ya al problema que nos ocupa, analiza las opiniones contradictorias de Savatier, para quien la fuerza mayor es concepto idéntico a la falta de culpa, y de Henri y León Mazeaud, quienes piensan que entre los dominios de la culpa y el de la fuerza mayor hay un terreno intermedio: la falta de culpa.

Aunque por otros fundamentos, el doctor López Olaciregui llega a la misma conclusión que Mazeaud. Entiende que la inevitabilidad y la imprevisibilidad configuran la fuerza mayor. Pero la previsibilidad y la evitabilidad sólo definen la imprudencia de los actos como entes autónomos, escindidos del autor. Para que haya culpa deberá probarse la imputabilidad del agente, que es calificación subjetiva. Luego expone una tercera opinión, sostenida por Radouant y Bonnecase, quienes admiten que en teoría la fuerza mayor debe implicar algo más que la falta de culpa, pero desde el punto de vista práctico concluyen que en los casos en que no ha mediado culpa están equiparados al *casus*²⁸.

Como demostración de su tesis, el doctor López Olaciregui trae el ejemplo de un médico que a velocidad excesiva tiene un accidente, cuando va a atender un caso de urgencia. Si el infiunio se produjese con otro vehículo que circula a igual velocidad, pero sin causa justificada, pese a no existir caso fortuito o fuerza mayor, pues habría previsibilidad y evitabilidad, res-

²⁸ López Olaciregui, Op. cit.

pondería por culpa sólo el segundo, pues el médico no sería imputable.

Nos preguntamos en qué principios legales se funda esa inimputabilidad. Y no encontramos otra respuesta que no sea el deber jurídico de atención que tiene todo facultativo en tales situaciones. Es el caso de la ambulancia o del camión de bomberos, eximidos de respetar, por ordenanza municipal, ciertas reglas del tránsito, cuando cumplen actos de servicio. Y ese deber jurídico de atención, esas ordenanzas municipales que excusan el cumplimiento de las disposiciones del tránsito, ¿no son acaso verdaderas órdenes del soberano, ejemplo por exce- lencia de la fuerza mayor?

De la sección segunda, titulada "De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones", el codificador dedica los dos últimos títulos (VIII y IX) a los delitos y quasi delitos. Define a los primeros como "el acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro" (art. 1072). En el quasi delito falta la intención de dañar, pero el perjuicio se debe a la culpa o imprudencia del agente (art. 1109). Prácticamente, tiene interés la distinción en nuestra ley con respecto a la indemnización del daño moral, la que puede proceder en los delitos si lo son a la vez del derecho criminal (art. 1078) y nunca en los quasi delitos. También es diferente en cuanto a la solidaridad de los codeudores de un delito (art. 1081); en el quasi delito cada uno responde sólo por su participación en el hecho culposo²⁹. El deber de reparar el perjuicio causado por un delito se establece en el art. 1077. Esa reparación del daño, sea material o moral, se resuelve en una indemnización pecuniaria, a fijar por el juez, salvo si hubiere lugar a la restitución del objeto materia del delito (art. 1083).

En los quasi delitos, el deber de reparar el daño ocasionado por culpa se impone en el art. 1109. Si bien en doctrina prevalece la teoría de la unidad de la culpa, en nuestro derecho y desde el punto de vista práctico, entre este artículo y el 512, median las siguientes diferencias: a) En la culpa contractual, la obligación es procedente y sólo determina si hay o no responsabilidad; la quasi delictual es elemento del hecho ilícito y, por lo tanto, causa originaria de la obligación de indemnizar. b) En los quasi delitos la mora se produce sin necesidad de requerimiento alguno. c) En cuanto a la prueba, en la culpa

²⁹ Salvat, Op. cit., Hechos ilícitos, N° 2710.

contractual, el acreedor sólo debe acreditar la existencia del contrato (art. 513); en la extracontractual, debe probar la culpa del autor del hecho. d) En materia contractual se responde únicamente por los daños que sean una consecuencia directa e inmediata del incumplimiento de la obligación (art. 580); en los quasi delitos la responsabilidad rige el principio de la reparación integral (arts. 904 y 905). e) El discernimiento de los menores de edad se considera desde los catorce años para contratar, y para la responsabilidad por culpa quasi delictual desde los diez años (arts. 921, 1076, 2^a parte, y 1108). f) Los términos de la prescripción para ejercer la acción por daños y perjuicios son de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, cuando derivan de incumplimiento de un contrato; en los quasi delitos, un año. g) En cuanto a la ley aplicable, en materia contractual hay una serie de distinciones referentes al lugar y tiempo de celebración del contrato y el de producirse sus efectos; en los quasi delitos se aplica la ley del lugar vigente al tiempo de producirse el hecho ilícito³⁰.

C A P I T U L O I I

El transporte benévolο

Concepto y naturaleza jurídica. Distintas teorías: El concepto y la naturaleza jurídica del transporte benévolο varían fundamentalmente según se adopte una u otra de las dos grandes tesis opuestas: la contractual y la extracontractual. Cada una de ellas admite, a su vez, una cantidad de sub-teorías con diferencias más o menos esenciales; en algunos casos, sutilezas de mero detalle. Entre las divisiones más características podríamos señalar, en los contractualistas, los que ven en el caso sub-examen una figura jurídica propia y los que lo asimilan a otros contratos, variando, en consecuencia, el grado de responsabilidad contractual aplicable. Entre los extracontractualistas, las diferencias se refieren al tipo de responsabilidad extracontractual conveniente y sus limitaciones o atenuantes.

Tesis contractual; asimilación a otros contratos; figura jurídica autónoma. La teoría contractual cuenta con el apoyo de la jurisprudencia y doctrina italianas —salvo excepciones—, y entre los autores franceses, Savatier, De Harven y Lalou son sus exponentes más representativos.

³⁰ Salvat, *Op. cit.*, Hechos ilícitos, N° 2787 y 3026 y ss.

Peretti-Griva define al transporte benévolo como "un contrato innominado por el cual alguien se obliga, sin contraprestación, y no importa por qué motivo, a realizar una prestación de transporte a favor de otro"³¹.

Jaquemet dice: "El principio que las relaciones que se establecen entre el transportador y el transportado son de naturaleza contractual es hoy generalmente admitido."³²

Pierre De Harven lo asimila al contrato de transporte. "El transporte benévolo es un transporte, y lo que es más, un transporte que deriva del acuerdo de voluntades."³³

Lalou entiende que entre el transporte gratuito y el oneroso existe la misma diferencia que entre la venta y la donación, pero que en ambos hay contrato. "La gratuitud del transporte no excluye necesariamente el contrato, como la ausencia de precio en una convención de dación no la excluye tampoco."³⁴

Savatier piensa que no difiere en lo fundamental del mandato. "El transportador gratuito y la persona transportada están unidos por lazos análogos a los que derivan del mandato, contrato del que el transporte gratuito no difiere sino por el carácter del servicio rendido."³⁵

Crítica. Tesis extracontractual. Desconoce el principio general en materia de convenciones, conforme al cual nadie se obliga jurídicamente fuera de su voluntad. En el automovilista que hace subir a su *voiture* a un amigo a un *quidam* cualquiera falta el *animus negotii contrahendi*. La posición del conductor surge de la cortesía y no de un contrato, tiene por base la amabilidad y no la obligación³⁶.

Contra la opinión de Pierre De Haven, se dice que la gratuitud del transporte es inconciliable con el contrato homónimo, que es esencialmente oneroso y entra en la familia de la locación de obra y de industria. Para el doctor Arturo Acuña Anzorena, por sobre todos los argumentos, no hay contrato por la

³¹ Peretti-Griva, *Responsabilità civili attinenti alla circolazione dei veicoli*, Turín, 1936, cit. por Semon en Op. cit.

³² Jaquemet: Nota en la *Revue Générale assurances responsabilité*, año 1928-v-264, cit. por Rutsaert en *Le fondement de la responsabilité civile extra-contractuelle*, Bruselas-París, 1930, pág. 249, nota 1, a su vez cit. por A. A. Anzorena en Op. cit.

³³ De Harven, *De la responsabilité du transporteur bénèvole*, en *Revue Générale Assurances Responsabilité*, cit. por Rutsaert, Op. cit., pág. 250, nota 2, cit. por A. A. Anzorena.

³⁴ Lalou, *La responsabilité civile*, N° 187, pág. 122.

³⁵ Savatier, Notas en *Dalloz Periodique*, 1925, 2, 44 y 1928, 1, 153.

³⁶ Josserand, *Le transport bénèvole et les accidents d'automobil*.

mera circunstancia que transportador y transportado no entendieron celebrar contrato algunos, y en estas condiciones mal podría hablarse de contrato de transporte o innominado³⁷.

De acuerdo con el artículo 1137 del Código Civil Argentino, en el transporte gratuito no hay contrato, pues si bien hay acuerdo de voluntades, no es eficaz para dar nacimiento a una obligación civil, como lo prueba la carencia de acción en transportador y transportado para exigirse el cumplimiento de lo que con respecto al transporte se hubiera prometido³⁸.

La tesis extracontractual cuenta hoy con la mayoría de los autores franceses, entre los que se destacan Josserand, Henri y León Mazeaud, Ricol, Ripert, Brun, Planiol, Esmein y Libman; Ludwig Enneccerus, entre los alemanes; y entre los italianos, Pezzella. En la doctrina nacional se anotan en esta teoría, Enoch Aguiar, Alfredo Orgaz, Enrique Galli, José Arias y Arturo Acuña Anzorena³⁹.

C A P I T U L O III

Aplicación de los principios de responsabilidad civil al caso del transporte benévolο

Contractualistas. Como anticipamos⁴⁰, la responsabilidad del transportador benévolο varía según se entienda que hay o no un contrato y, en caso afirmativo, según el tipo de contrato preferido.

De Harven sostiene la responsabilidad de todo deudor contractual, de la que sólo puede liberarse probando la intervención de un caso fortuito o de fuerza mayor.

Lalou expone la teoría del riesgo aceptado. La persona acepta, al ser transportada gratuitamente, los riesgos de ese transporte, y esta aceptación tiene por efecto, en caso de accidente, invertir el cargo de la prueba; si éste se produce, corresponde a la víctima justificar que el conductor ha cometido una falta grave. Sin embargo, señala el doctor Acuña Anzorena⁴¹, el mismo Lalou dice que la aceptación de los riesgos es contraria al

³⁷ Acuña Anzorena, *Op. cit.*

³⁸ De *lege lata* compartimos esta opinión. Ver supra cap. IV y V.

³⁹ Citas de A. A. Anzorena, en *O. cit.* y de J. M. Semon en *Op. cit.* Véase también Arias, *Op. cit.*, t. I, pág. 102.

⁴⁰ Ver supra, pág. 68.

⁴¹ Acuña Anzorena, *Op. cit.*

orden público, en cuanto permite atentar contra la integridad del cuerpo humano.

Para Peretti-Griva y Savatier la responsabilidad del transportador será determinada por el contenido preciso especial del contrato, en consonancia con la naturaleza gratuita del acto, lo que implica una moderación de la responsabilidad, porque se encontrará que ni el transportador ha querido asumir una responsabilidad como en los contratos de transporte remunerado, ni el transportado ha pensado exigir una vigilancia y responsabilidad que con todos sus riesgos sólo correspondería en los casos de contratos onerosos. Por analogía con el mandato y el depósito gratuito se podrá graduar la culpa a tenor de las diversas modalidades que la vida presenta. Esta graduación es sólo posible dentro de la tesis contractual, ya que las reglas de la culpa contractual no permiten tal elasticidad⁴².

Extracontractualistas. La mayoría de los autores entiende, empero, que no son aplicables las reglas establecidas para las convenciones, por no existir contrato. Ante la ausencia de obligaciones recíprocas descartan la responsabilidad contractual.

Pese al acuerdo en sostener la aplicación de las reglas de responsabilidad por culpa aquiliana, hay divergencias sobre si deben imponerse las generales referentes al hecho propio o las de excepción referentes a cosas inanimadas y en qué grado responde el transportador del daño producido⁴³.

Josserand propugna la aplicación de las reglas de excepción. La responsabilidad por el hecho de las cosas juega tanto en favor del pasajero transportado a título gratuito, como del transeúnte, porque: a) al no ser un contratante es necesariamente un tercero; b) no es dado suponer la aceptación de riesgos, puramente adivinatoria y contraria a la realidad; c) no depende de nosotros renunciar por adelantado a la indemnización ni a los medios legales para obtenerla; d) la idea de poder y dirección no varía con respecto al pasajero graciosamente transportado; y e) la aplicación pura y simple de la presunción de culpa no repugna a la idea de justicia⁴⁴.

Crítica. Al primer argumento: la fórmula Libman⁴⁵: "La noción de tercero es a la vez negativa y relativa: designa una persona que no se encuentra con relación a otra en una situa-

⁴² Semon, *Op. cit.*

⁴³ Acuña Anzorena, *Op. cit.*

⁴⁴ Acuña Anzorena, *Op. cit.*

⁴⁵ Libman, *La responsabilité des accidents causés par les choses inanimées notamment par les automobils*, pág. 158.

ción jurídica dada; en el caso es la que no está ligada al conductor por un contrato de transporte. Ni la razón, ni una tradición que en realidad no existe en materia de responsabilidad por el hecho de las cosas se opone a que se distinga en el interior de la categoría de terceros, máxime cuando esta discriminación se hallaría aconsejada por una manifiesta diferencia en la situación que ocupan según sean transeúntes u ocupantes.” Al segundo argumento, Bichot⁴⁶: “Cuando la jurisprudencia se ha referido a la aceptación del riesgo, no lo ha hecho porque entendiera que existe una convención tácita entre las personas vinculadas por el transporte, sino porque la responsabilidad en contra del guardián de una cosa inanimada no puede invocarse por quienes han aceptado solicitado participar a título gratuito en su uso, conociendo los peligros a que voluntariamente se exponían. El hecho sólo de participar en el uso de la cosa haría presumir la aceptación del riesgo, sin que se requiera por ello una investigación de la probable intención del transportado.” Al tercer argumento: Roger⁴⁷: “Si bien la vida humana no está en el comercio, sí lo están los daños e intereses y el *preium doloris*, por el hecho de traducirse en una indemnización pecuniaria.” Al cuarto argumento, H. y L. Mazeaud⁴⁸: “Es principio aceptado en esta materia que para que la presunción de responsabilidad que la ley consagra pueda hacerse valer contra el guardador, es necesario que quien la invoque no haya participado en el uso gratuito de la cosa que produjo el daño.” La misma opinión encontramos en Planiol-Ripert⁴⁹, al hacer el análisis del art. 1384 del Código Civil Francés. Con respecto al último argumento de Josserand, existe en los autores perfecto acuerdo en sostener que sería contrario a todo sentimiento de justicia tratar con igual severidad al que presta un servicio en miras de su retribución, que al que lo hace sin interés alguno, graciosamente y por pura complacencia. Para el doctor Acuña Anzorrena la inaplicabilidad de la responsabilidad por el hecho de las cosas se impone, sobre todo, porque no consulta los motivos determinantes de su establecimiento. La regla de la presunción

⁴⁶ Bichot, *L'autonomie de la responsabilité du fait de choses et du fait d'autrui*, pág. 100.

⁴⁷ Roger. Nota en *Dalloz Periodique* 1935, 1, 33.

⁴⁸ H. y L. Mazeaud: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle*, 2^a ed., París, 1934, tomo II, N° 1274 y ss.

⁴⁹ Planiol-Ripert, Op. cit., tomo 6, N° 622, págs. 853 y nota 4 con abundante jurisprudencia.

de culpa en los supuestos de daño por el hecho de las cosas, ha sido establecida para proteger a las personas que son víctimas de ellas en razón de los peligros que comportan. De aquí que, si las personas que sufren un daño se servían de las cosas al tiempo del accidente, la presunción de responsabilidad no juega, ya que la víctima, participando en su uso, se ha asociado en cierta manera al guardador, corriendo en común los peligros que le son propios⁵⁰.

Como vemos, pese a la autoridad de Josserand, hay acuerdo en los autores en rechazar la responsabilidad de excepción por el hecho de las cosas (arts. 1113 y 1133 del Código Civil Argentino), debiendo aplicarse, en consecuencia, la responsabilidad común del art. 1109.

Esta conclusión es ya un gran adelanto —siempre en el camino de encontrar una solución dentro de las normas jurídicas vigentes—⁵¹, en tanto hace desaparecer la presunción de culpa e invierte el *onus probandi*. Pero aun así, tampoco parece justo responsabilizar al transportador benévolamente ligado al transportado sólo por un acto de mera cortesía, en forma absoluta; distintas teorías buscan dosificar esa responsabilidad.

Aceptación de riesgos. Los intérpretes de esta doctrina, expresada en los fallos de la Corte de Casación Francesa, del 27 de marzo y 9 de junio de 1928, en los que sólo se buscaba desplazar el cargo de la prueba, haciéndolo pesar sobre el transportado, van aún más lejos, y llegan a afirmar, en virtud del mismo principio, que el transportador responde sólo por culpa grave. Se le objeta ser contraria al orden público: la aceptación de riesgos equivaldría a una cláusula tácita de irresponsabilidad, la que no tiene validez fuera de los contratos. Además, si la mera aceptación del riesgo bastara para excusar en todo o en parte la responsabilidad del autor de un acto ilícito, se llegaría hasta suprimir la responsabilidad civil⁵²⁻⁵³.

Gratuidad del servicio. Es la aplicación analógica de algunas disposiciones legales relativas a los contratos y sucesiones, en las que la responsabilidad del obligado se aprecia menos severamente en razón de la gratuidad del servicio que hace⁵⁴. Fundamentan esta analogía, entre otros, Esmein y Arturo Acu-

⁵⁰ Acuña Anzorena, Op. cit., Conf. Ripert, Ricol, Roger y Savatier.

⁵¹ de *lege ferenda* pensamos debía procederse con un planteamiento distinto. Ver infra, cap. IV, pág. 75 y cap. V, pág. 77.

⁵² Acuña Anzorena, Op. cit.

⁵³ Por eso sería obra del legislador tal limitación. Infra págs....

⁵⁴ Arts. 1904, 2202, 2291 y 3384, Cód. Civil Argentino.

ña Anzorena, en que responden dichas normas correlativas a las del Código de Napoleón, a un sentimiento profundo de justicia⁵⁵, siendo aplicables, en consecuencia, a las obligaciones delictuales.

Crítica. La fórmula Josserand: "No se puede transponer pura y simplemente de lo contractual a lo delictual; entre contratantes se aplica la ley del contrato, la que varía de acuerdo a la voluntad de las partes; entre terceros, en la voluntad del legislador, la que reina soberanamente."⁵⁶ El doctor A. Acuña Anzorena rebate esta crítica, expresando que los principios de la responsabilidad contractual y la delictual reconocen igual fundamento: la violación de un deber jurídico. "El derecho en su conjunto responde a concepciones éticas, y si a ellas responde el que quien hace un servicio gratuito, debe estar menos obligado de sus consecuencias que el que lo proporciona a título oneroso, su significado debe ser amplio y comprender tanto a los contratantes como a los obligados extracontractualmente, y verse en ello una regla legal de alcance general, antes que a una voluntad presumida de las partes"⁵⁷. Se anota en esta teoría Rütsaert, Esmein, Planiol y Ripert.

Pese a estos argumentos y al fin ético invocado, no nos parece una solución estrictamente jurídica y pensamos que queda en pie, irrefutada, la objeción de Josserand. No se trata de voluntad presumida de las partes, ni de una regla legal de alcance general, sino de reglas legales de carácter especial, aplicables al contrato para el que han sido instituidas y cuando más extensibles a otros contratos⁵⁸.

C A P I T U L O I V

Importancia del transporte benévolos. Función económico-social. relevancia jurídica

Es de advertir que en este estudio sólo nos referimos al transporte como acto de pura benevolencia, de mera complacencia, totalmente gratuito. Por lo tanto, quedan descartados los casos "mixtos", en que la liberalidad no es absoluta. Estos constituyen situaciones de hecho particulares, figuras complejas, que el intér-

⁵⁵ Esmein, nota en Recueil Sirey, 1926, 1, 249.

⁵⁶ Josserand, nota en D. P., 1927, 1, 137.

⁵⁷ Acuña Anzorena, *Op. cit.*

⁵⁸ Ver infra, Cap. V in fine.

prete deberá resolver de acuerdo a las circunstancias del caso y, por lo tanto, son impropias para la generalización.

Juan M. Semon⁵⁹ trae un ejemplo de estos casos mixtos, que a la vez es índice de la importancia económico-social que reviste el transporte a título gratuito. En Londres, ocurrido el "blitz" alemán de 1940, muchos propietarios de automóviles supieron la falta de ómnibus y tranvías, aceptando pasajeros a su propio riesgo⁶⁰, pero eran compensados por el gobierno con una ración adicional de nafta.

El transporte benévolos neto es notorio que ya ha trascendido el terreno de la amistad, pasando a practicarse con personas extrañas.

Es el conocido *hitchhiking* de los U. S. A., hoy muy usual en casi todos los países occidentales, donde ha contribuido a solucionar el grave problema de la falta de medios de transporte colectivo, posterior a la última guerra mundial.

Es indudable que esta práctica traerá cada vez más aportes jurisprudenciales, demandas al transportador benévolos por la inejecución o mala ejecución del servicio prometido.

En miras al interés social, creemos que así como los códigos aeronáuticos más modernos han limitado la responsabilidad de la empresa, en caso de accidente, a una suma tope, para fomentar el desarrollo de la aviación, el legislador debiera empeñarse en atenuar la responsabilidad del que más que un acto de cortesía realiza un acto de solidaridad humana.

Tal como el derecho positivo se encuentra hoy, la tesis extracontractual tiene la ventaja que sólo responsabiliza en caso de accidente, y no por incumplimiento o cumplimiento parcial de una obligación que dentro de tal teoría no existe.

Aceptar la tesis contractual nos parece peligroso, además, porque generalizando el problema a otras hipótesis de relaciones benévolas, podría llegarse a establecer que quien realiza cualquier invitación, como en el *casus sin animo negotii contrahendi*, está celebrando una convención y obligarlo en consecuencia.

No pensamos que el guardador sea deudor de una obligación personal ni real.

No es personal, porque si prometo a alguien llevarlo en tal

⁵⁹ Semon, *Op. cit.*

⁶⁰ Llevaban carteles que rezaban: "I take guests at their own risk".

fecha a un lugar determinado, y luego no cumple, aquél no tiene acción alguna para demandarme⁶¹.

No es real, porque si cumplido el depósito, en el vehículo, de la persona invitada para realizar el viaje, resuelvo no proseguir o seguir sin ella, dejándola a una altura cualquiera del camino, no tendrá otra acción más que la que surja de la ley penal, si ese abandono significara peligro para su persona.

El huésped deberá irse de la casa cuando su dueño lo disponga, sin que le sea lícito invocar derechos que sólo amparan al locatario. El transportado benévolamente no es más, en nuestra ley positiva, que un huésped del guardador del vehículo.

C A P I T U L O V

Determinación de los límites de responsabilidad por el transporte benévolo en las normas jurídicas vigentes

Rechazada la tesis contractual, es menester encuadrar la responsabilidad del transportador en las normas de la culpa aquiliana⁶².

La regla que pareciera adaptarse exactamente al caso sería la de responsabilidad por el hecho de las cosas, arts. 1113 y/o 1133 del Código Civil. Sin embargo, la jurisprudencia nacional y extranjera es contente en afirmar que la responsabilidad en contra del guardián de una cosa inanimada no puede invocarse por quienes han aceptado o solicitado participar a título gratuito en su uso, conociendo los peligros a que voluntariamente se exponían⁶³.

Esta afirmación responde no a que se presuma la aceptación de riesgos o una cláusula de irresponsabilidad tácita, sino a que el transportado se ha asociado al transportador en el uso del objeto peligroso. La presunción legal de culpa, de los artículos citados, no es en razón del agente, de sus cualidades, facultades o diligencia empleada, sino del medio con el que se produce el daño. El transportado se sirve, usa de la cosa exactamente igual que el guardador. Por lo tanto, y sin considerarlo por esto contratante, no le cabe ampararse en un privilegio puesto en bene-

⁶¹ Y no la tiene porque la asimilación a este tipo de contratos ya ha sido contestada. Ver supra, cap. II.

⁶² Ver supra, cap. III.

⁶³ Ver supra, nota 46.

ficio exclusivo de terceros absolutamente ajenos, puesto que dicho privilegio es una norma de excepción y no debe extenderse a situaciones no previstas. Tal sería la del transportado benévolamente, que sin estar ligado por un vínculo contractual, tampoco es tercero absolutamente ajeno.

Admitimos entonces determinar la responsabilidad del transportador gratuito por la regla general del art. 1109 del Código Civil.

No creemos se pueda graduar, bajo ningún concepto, la responsabilidad de este artículo, dentro del sistema de nuestro Código Civil.

No nos parece admisible que pueda modificarse por convenciones tácitas o expresas de las partes, ni por vía de interpretación, mediante la analogía y las construcciones jurídicas, disposiciones de orden público.

Se dirá que no es equitativo responsabilizar en igual forma al que presta un servicio de favor que al que tiene en mira un interés económico. Desde que la ignorancia de las leyes no excusa, el que presta semejante servicio debe saber a la responsabilidad que se expone en caso de accidente: la del art. 1109, sin limitación alguna⁶⁴.

Quedaría en pie el argumento de Roger⁶⁵ de que "el altruismo elemental... llegará a ser con tal criterio un acto raro y meritorio de parte de aquellos que se arriesgan a cumplirlo". Ya dijimos⁶⁶ que es tarea del legislador, único con poder para modificar el alcance de la disposición estudiada, dosificar mediante una nueva norma la responsabilidad de quienes sin ser contratantes prestan un servicio de favor a título absolutamente gratuito.

B I B L I O G R A F í A

OBRAS GENERALES

- Arias, José, *Contratos civiles*. Edit. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939.
Busso, Eduardo B., *Código Civil Anotado*. Edit. Ediar, Bs. Aires, 1949.
Enneckerus, Ludwig, *Tratado de Derecho Civil*. Editor Bosch, Publicaciones Jurídicas, Buenos Aires, 1948.
Lafaille, Héctor, *Derecho Civil*. Edit. Ediar, Buenos Aires, 1950.

⁶⁴ Ver a este respecto la opinión de René Rodiere, quien excluye la aplicación del art. 1384, inc. 1º de Código Civil Francés (apéndice I).

⁶⁵ Roger, nota en *Dalloz Periodique*, 1935, 1, 33.

⁶⁶ Ver supra, cap. IV, pág. 75.

Planiol-Ripert: *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Edit. Cultural S. A., La Habana (Cuba), 1946.
Salvat, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Edit. La Ley, Buenos Aires, 1946.

OBRAS ESPECIALES

Acuña Anzorena, Arturo, *Nota en La Ley*, tomo XV.
Fernández, Adauto D'Alencar, *Cláusula de não responsabilidade*. Edit. Coelho Branco, Río de Janeiro, 1943.
López Olaciregui, José María, *Nota en Jurisprudencia Argentina*, tomo IV, 1944.
Semon, Juan M., *Nota en Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, julio-agosto de 1942.

APÉNDICE I

RENÉ RODIERE, Professeur à la Faculté de Droit d'Alger. *La responsabilité civile*. Rousseau y Cía., 1952. Corresponde a los art. 1543-4-5-6 y 7, y 1680 del libro del acápite.

1543. *El transporte de favor*. El daño causado por el "telescopage"¹ en caso de remolque gratuito de un vehículo con desperfectos mecánicos; el accidente causado por el manejo de una máquina-herramienta durante la visita a una fábrica, no otorgan a la víctima la facultad de invocar la presunción de responsabilidad contra el custodio del automóvil remolcante o contra el industrial complaciente, custodio de la máquina-herramienta.

La regla ha sido afirmada y pulida, sobre todo con motivo de los accidentes ocurridos durante transportes de favor. Es el ejemplo que tomaremos.

Desde 1928 está admitido en jurisprudencia que el pasajero no puede invocar en ese caso la presunción de responsabilidad que pesa comúnmente sobre el custodio del vehículo que lo transportaba. La mayoría de la doctrina aprueba esta exclusión.

1544. *Motivos de la exclusión de la presunción de responsabilidad*. En virtud del decreto de 1928, las decisiones judiciales dieron o indicaron al respecto, por incidencia, tres órdenes. La regla de exclusión se justificaba:

- 1) Por la participación del pasajero en el uso de la cosa;
- 2) Por su conocimiento y aceptación de los riesgos, que implica dicha participación;
- 3) Por la naturaleza gratuita del servicio prestado.

Estos motivos eran de valor desigual. El análisis, la comparación con otras situaciones, los detalles aportados por la jurisprudencia ulterior, permitirían pronto una justificación menos aproximativa.

La participación en el uso de la cosa en sí, no era un motivo suficiente. Además, sólo había una afirmación pura en la declaración —según la cual— dicha participación prohibía invocar el art. 1384, ade-

N. del T.: Se llama así al choque violento entre dos vehículos, cuando uno se introduce en el otro, como los tubos de un telescopio.

más de la molestia que se sentía al comprobar que esa misma participación no impedía que el pasajero invocara la obligación de seguridad reconocida desde 1911 a cargo del conductor, pronto se comprobaría que en materia de delitos, dicha participación, cuando no estaba calificada de otra manera, no excluía siempre el beneficio de la presunción de responsabilidad.

El conocimiento y la aceptación de los riesgos que, por otra parte, se encuentran igualmente en el transporte oneroso, proporcionaban un argumento peligroso. No se podría descubrir, en efecto, en todo accidente iguales razones para rechazar la aplicación del art. 1384; de un peatón caminando por la calle, no se hubiera dicho que aceptaba, con conocimiento de causa, los riesgos de la circulación caminera.

La gratuidad del servicio prestado proporcionaba el mejor motivo. En materia contractual, la atenuación de la condición de los deudores es corriente cuando su obligación responde a una complacencia de su parte (arts. 1927, 1992 del Cód. Civil). La equidad aconsejaba mejorar por analogía la condición del custodio complaciente. Esta gratuidad se mantenía tanto mejor por cuanto su beneficiario participaba en el uso de la cosa. En verdad, no se servía de ella teniendo sobre ésta un efectivo poder de dirección, pues entonces hubiera sido reconocido como su encargado. Más, en lo que a él se refería, quitaba a la conducción una parte de los motivos que sostenían la presunción de responsabilidad (Supra, N° 1538).

1545. *La extensión de la exclusión.* Si el conductor es eximido de la presunción de responsabilidad porque asocia a la víctima en la participación de la cosa, mediante un acto de favor, no debería ser así sino cuando dichas razones se encontraran.

Esto era lo que la jurisprudencia iba a precisar en materia de transporte, dado que el pasajero ya no está excluido del beneficio de la presunción cuando el acto del custodio ya no revela cortesía y la presencia del pasajero en el automóvil se explica por el interés del custodio. Así, el art. 1384 puede ser invocado por una enfermera, transportada urgentemente por un automovilista a la cabecera de su hijo enfermo.

Más generalmente, aunque haya participación en el uso de la cosa, si dicha participación no responde a un acto desinteresado del custodio, el art. 1384 puede ser invocado por la víctima. Esto es lo que ha sido admitido especialmente en beneficio de los custodios heridos o matados por la cosa inanimada, que debían manejar por cuenta de su patrón en las colonias donde la ley de 1898 sobre accidentes de trabajo no había sido todavía aplicada o en los casos donde no se aplicaba dicha legislación especial.

Hemos visto, supra n° 1415, que la aceptación de los riesgos no pesaba sobre la apreciación de las faltas, y demostrado que en materia de accidentes deportivos, la responsabilidad de los jugadores estaba sujeta al derecho común, según el art. 1382, cuando se alegaba una falta contra uno de ellos (supra n° 1417).

¿Qué podemos decidir sobre el mismo punto, con respecto al artículo 1384, inc. 1º?

¿Puede el jugador herido por el instrumento del juego invocar la presunción de responsabilidad, por el hecho de las cosas inanimadas, contra el custodio de dicho instrumento; o bien por el contrario, se le negará el beneficio de la presunción, en consideración de los riesgos que ha conocido y aceptado?

Las sentencias, en su conjunto, tienden a rechazarlo, motivo que resulta del hecho de que el jugador herido o muerto había aceptado los riesgos y los peligros inherentes al juego.

El argumento, sólo sería verdaderamente tópico, si nos encontráramos en materia contractual (suponiendo, además, que los accidentes corporales puedan ser regidos por la voluntad común de los interesados) o si la disposición del artículo 1384, inciso 1º, estuviera fundada en su conjunto sobre la idea del riesgo.

Por eso, es mejor excluir la aplicación del artículo 1384, inciso 1º, en nombre de la participación de la víctima en el uso interesado de la cosa. En efecto, al lado de las decisiones precitadas, hay otras que admiten el beneficio de la presunción de los jugadores, cuyo conocimiento de los riesgos y la aceptación de los peligros que implican no son menores, en los casos en que no participaban en el partido mismo donde ocurrió el accidente.

1546. *Alcance de la exclusión*. Estando eximido el custodio cuando y porque presta un servicio gratuito, su situación se encuentra objetivamente modificada. La regla de exclusión no depende del comportamiento mental de la víctima, sino de la naturaleza del acto del custodio.

En consecuencia, en los casos en que la víctima ha fallecido, el hecho objetivo resultante de la naturaleza del acto del custodio va a producir efecto no solamente sobre la acción que tenía la víctima (hecha acción de los herederos como tales), sino igualmente sobre la acción que los parientes intentarán a nombre propio; la presunción de responsabilidad del artículo 1384, inciso 1º, no puede, pues, ser invocada por los causa-habientes de la víctima que, actuando por su propia voluntad, pretenden la reparación del perjuicio personal sufrido por ellos; "si su acción es en efecto distinta por su objeto de la que su autor hubiera podido ejercer en vida, no procede menos del mismo hecho originario, considerado en todas sus circunstancias" y una de dichas circunstancias, la que es decisiva, es la gratuidad del servicio prestado por el custodio.

En caso de colisión entre el vehículo que transporta al pasajero a título de favor y otro coche, el pasajero puede invocar la presunción de responsabilidad que pesa sobre el custodio del otro coche. ¿No podría hacer lo mismo, en efecto, el custodio del primer vehículo (supra nº 1527)? Pero hay que evitar que, por un circuito abusivo, el recurso del custodio del segundo coche no resucite nuevamente la presunción de responsabilidad en beneficio del pasajero.

1547. *Efecto de la exclusión*. Como el artículo 1384, inc. 1º, queda descartado, sólo el derecho común del artículo 1382 se ofrece a la víctima. Ésta debe producir la prueba de la culpa. Hasta se ha exigido, cosa que ha sido juzgada a veces, que sólo una culpa grave del conductor complaciente puede comprometerlo. Hay aquí una exageración del sentimentalismo que nada justifica y que la jurisprudencia en su conjunto condena.

1680. *Las "relaciones"*. Esta palabra está de moda. Cuando no se encuentran las verdaderas características jurídicas del contrato, ciertos autores hablan de "relación de trabajo", de "relación de transporte", de "relación de ocupación".

Estas relaciones no revisten carácter contractual, y los daños que puedan causarse las partes no dependen del régimen de la responsa-

bilidad contractual. Así, la víctima en el transporte de favor es tratada sobre la base del artículo 1382 del Código Civil (supra nº 1547).

APÉNDICE II

Jurisprudencia francesa sobre transporte benévolos. (Extraída de la edición 1927, tomo III, *Responsabilidad civil*, pág. 62-63 y edición 1938 *Responsabilidad civil*, del Repertorio Práctico de Legislación y Jurisprudencia Dalloz).

1) En el caso en que el transportador sea una automovilista particular que ha recibido en su coche, a título puramente benévolos, a una persona que en el transcurso del transporte resulta víctima de un accidente, la jurisprudencia no se ha fijado sin algunas hesitaciones y divergencias. Hay un punto sobre el cual, sin embargo, todo el mundo parece estar de acuerdo hoy en día, y es que no se ha formado entre transportador y transportado ningún contrato y que, por consiguiente, las relaciones que los unen no están regidas por los principios relativos a las obligaciones contractuales. (Grenoble, 15-11-1921; Lyon, 23-5-1925; Lyon, 10-6-1925; Douai, 30-11-1925; Nimes, 14-12-1925; todos en D. P. 1926-2-121).

2) No existe en el caso antedicho un contrato innominado asimilable al mandato o al depósito gratuito; no hay ningún contrato de beneficencia; los únicos principios aplicables en semejante caso, son aquellos que rigen las obligaciones resultantes de un delito o de un quasi-delito (Montpellier, 8-10-1924 en D. H. 1924-729; Lyon, 23-5-1925, y Nimes, 14-12-1925, citados). El automovilista no puede —por tanto— ser declarado responsable, sino en el caso de que la persona transportada pruebe en su contra que la causa del accidente fue una falta grave de su parte. (Los mismos fallos citados).

3) Pero se trata de saber de cuál falta ha de responder el automovilista que transporte gratuitamente a una persona. Algunos fallos han estimado que, visto el favor hecho, se debía juzgar que en razón del carácter de la operación, en semejante caso el conductor no responde más que de su falta grave. (Douai, 10-11-1925, citado; Trib. Civil de Avignon 22-10-1924 en D. H. 1927-710). Pero esta opinión no es admitida generalmente, ya que como la gratuitad del transporte no puede tener por efecto limitar la responsabilidad del conductor, éste, de acuerdo a los principios admitidos en materia de responsabilidad delictual, debe responder de toda falta, aun de la más leve (Lyon, 30-12-1926 en D. H. 1927, 177; Bensancon, 11-4-1927 en D. H. 1927, 438; Req., 29-3-1927 en D. P. 1927, 1.137; Pau, 31-1-1929 en D. H. 1929, 195; Dijon, 30-7-1929 en D. H. 1929, 438).

4) Sin embargo, la reparación puede reducirse en consideración a que el pasajero transportado gratuitamente, habría aceptado de antemano, dentro de un cierto límite, los riesgos normales del viaje, salvo los provenientes de falta grave o impericia del conductor (París, 9-5-1925; Lyon, 25-5-1925; Douai, 30-11-1925 en D. P. 1926-2-121). Pero esta aceptación no puede presumirse cuando la víctima del accidente es un menor. (Rennes, 13-6-1929 en D. H. 1929-518).

5) Otra controversia que ha surgido respecto al caso en estudio es la siguiente: si se admite, conforme a la opinión que ha prevalecido,

que cuando se produce un accidente en el curso de un transporte, hay contra el conductor una presunción de falta, siguiendo el principio del art. 1384 del C. Civ., y salvo que éste pruebe que el accidente fue debido a caso fortuito o fuerza mayor. ¿Debe aplicarse esta regla al caso del transporte benévolos y hacerse pesar, en consecuencia, la presunción de que se trata, sobre aquel que benévolamente acordó un lugar en su coche, gratuitamente a un viajero?

Ciertos fallos de la Corte de Apelación han admitido la aplicación del art. 1384 del Cód. Civil (Caen, 26-11-1924; París, 9-5-1925; Lyon, 10-6-1925; Douai, 30-11-1925; todos en D. P. 1926.2.121; Chambery, 20-10-1926 en D. H. 1927.26; Orléans, 23-2-1927 en D. H. 1927, 295; Aix, 11-3-1927 en D. H. 1927, 294). Otras Cortes de Apelación rehusan —en cambio— aplicar en estos casos el art. 1384, fundándose en que este artículo no se refiere más que a los daños que son producidos por la cosa misma y sin la participación del hombre, lo cual no sucede cuando el daño proviene del hombre accionando y dirigiendo un automóvil. (Montpellier, 8-10-1924, en D. H. 1924-729; Grenoble, 15-11-1921; Lyon, 23-5-1925; Dijon, 26-1-1928 en D. H. 1928.246).

6) La Corte de Casación ha descartado, al menos en el caso del transporte benévolos, la aplicación del art. 1384 del Cód. Civil. Entiende que la presunción de falta instituida por este artículo contra el guardián de la cosa mueble inanimada, sometida a la necesidad de una guarda en razón del peligro que puede hacer correr a otra persona, ha sido establecida para proteger a las víctimas posibles, asegurándoles su indemnización por el daño causado por una cosa en cuyo uso ellas no han participado, y por lo tanto, esta presunción no podría ser invocada contra el guardián de un automóvil por aquellos que han tomado asiento en ese vehículo, sea en virtud de un contrato, sea debido a un acto de mera cortesía, puramente benévolos; que en cuanto a los primeros, encuentran su protección en las obligaciones impuestas al transportador por las estipulaciones, expresas o implícitas del contrato, y que, en cuanto a los que han solicitado participar a título gracioso en el uso del coche, con pleno conocimiento de los peligros a que se exponían, no pueden obtener indemnización de daños y perjuicios del cuidador del automóvil, si no establecen y prueban a cargo de aquél o de su encargado una falta que les sea imputable en los términos de los artículos 1382 y 1383 del Cód. Civil. (Cas. Civ. 27-3-1928 en D. P. 1928.1.145 y nota de Ripert; Req. 9-6-1928 en D. P. 1928.1.153 y nota Savatier; Civ. 7-1-1929 en D. H. 1929.115; Sireu 1929.1.249 y nota de Esmein; Civ. 24-7-1930 en D. H. 1930.523; 6-12-1932 en D. H. 1933.35; Req. 19.3.1933 en D. H. 1933.430. En igual sentido: Burdeos 3-1-1936 en D. H. 1936.303; Trib. Civ. de Clermont-Ferrand 29-7-1936 en D. H. 1936.582).

7) Se ha dicho también, que el automovilista que transporta gratuitamente a un viajero, no debe responder más que de aquellas faltas o hechos que, no habiendo podido ser normalmente previstos por la persona transportada, no han podido ser tácitamente aceptados de antemano por la misma, y se ha juzgado así, que si el transportado no puede conocer los vicios ocultos de la cosa, que nadie podría revelar al propietario del automóvil, quedaba por tanto imposibilitado para prever los peligros. Pero un tal riesgo no puede incumbir al automovilista que transporta gratuitamente a una persona, y así, especialmente, no podría ser considerado como responsable respecto del viajero transportado gratuitamente, por las consecuencias de un acci-

dente provocado por la ruptura de la dirección. (Dijon, 14-6-1927 en D. H. 1927.440). Pero en cambio el transportador benévolos es responsable de la ruptura de la dirección, si sabía que su coche estaba muy gastado y se dirigió por una ruta en muy mal estado, sobre la cual no pudo conservar la dirección del volante (Req. 8-3-1937 en D. H. 1937.314).

8) Finalmente, se ha dicho que la declaración por la cual los pasajeros que se han ubicado en un automóvil, descargan de toda responsabilidad, aun delictual, a aquel que los transportaba a título gratuito, es nula y no puede ser invocada por el automovilista que ha cometido una falta grave, conduciendo sin permiso. (Alger, 23-6-1926 en D. H. 1926.457); y que la víctima no puede renunciar de antemano a demandar la reparación del daño y los jueces no podrían interpretar su aceptación de transporte, como significando una tal renuncia. (Civ. 4-1 y 21-3-1933 en D. H. 1933.113 y 301; 18-7-1934 en D. P. 1935.1.38).

9) Por último, el conductor de un coche no contrae, en caso de accidente, ninguna responsabilidad respecto de una persona que se había introducido en el coche clandestinamente e ignorándolo aquél. (Civ. 18-7-1939 en D. H. 1939.493).

Evolución de la Teoría del Delito

Por el Dr. CARLOS FONTÁN BALESTRA *

1. El núcleo de la moderna dogmática está constituido por la teoría del delito. En ella aparecen los problemas, ya desde que se quiere señalar la relación o independencia que guardan entre sí los elementos del delito, los que continúan con la elección del método y cuando se trata de situar en su lugar apropiado y sistemático distintos aspectos del hecho punible. Ciento es que no todos los pasos dados en este terreno han significado conquistas definitivas; pero el panorama ha cambiado, en no muchos años, en aspectos que parecían incombustibles, aunque nadie pueda asegurar que los más nuevos enfoques sean tampoco definitivos.

No sería posible, ni propio, poner de manifiesto aquí todas

* Profesor titular de Derecho Penal, Parte General.