

RESPONSABILIDAD CIVIL
EN EL TRANSPORTE BENÉVOLO

Apellido y Nombres de los alumnos: Blanco, Gonzalo Javier; Paoli, Carla Eliana; Ullán, Lilen Soledad.

Asignatura: Derecho Civil II

Encargado del Curso Prof.: Jesús Daniel Los Arcos Vidaurreta; Martinez, Norma Beatriz.

Año: 2011

Introducción.....	1
-------------------	---

Parte Primera
LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Capítulo I

A. La Evolución de la Responsabilidad Civil

& 1. Terminología.....	2
& 2. Origen y evolución.....	3
& 3. Fuerza expansiva de la responsabilidad. Sus inconvenientes.....	5

B. Finalidad del instituto

& 4. Funciones de la responsabilidad civil.....	7
& 5. Los funciones de la responsabilidad y el rol del juez.....	8

Capítulo II

A. Regímenes de responsabilidad civil

& 6. Clasificación.....	9
& 7. Intentos de unificación.....	10
& 8. La convergencia de ambos sistemas.....	13

Capítulo III

Responsabilidad extracontractual

& 9. Principio general.....	13
& 10. El cuasidelito.....	14

A. Sistemas de imputación de responsabilidad

1) Diversidad de teorías

& 11. Teoría subjetiva.....	16
& 12. Tesis objetiva.....	18

2) Repercusiones de las teorías.

& 13. Nuestro ordenamiento.....	24
& 14. La contractualización de la responsabilidad.....	29

Parte Segunda

TRANSPORTE BENÉVOLO DE PERSONAS

Capítulo I

La temática del automotor

A. El transporte y sus implicancias

& 15. El automotor como cosa riesgosa.....	33
& 16. Clases de transportes.....	33

B. Conceptualización

& 17. Concepto y características.....	39
---------------------------------------	----

C. Recepción legislativa

& 18. Legislación comparada.....	43
& 19. Derecho Argentino.....	44

Capítulo II

Abordaje del Instituto

A. Cualidades jurídicas

1) Naturaleza jurídica.

&	20. Teorías negativas.....	46
&	21. Teorías contractualitas.....	46
&	22. Teoría de la responsabilidad extracontractual.....	48

2) Encuadramiento Jurídico

&	23. El encuadre bifásico.....	51
&	24. El artículo 1113 y sus implicancias.....	52

3) Responsables

&	25. Responsabilidad del titular registral del vehículo.....	56
&	26. Responsabilidad conjunta o alternativa del dueño o guardián..	58
&	27. Daño ocasionado por el dependiente.....	59
&	28. Intervención dañosa de un tercero.....	61

Capítulo III

Repercusiones doctrinarias y jurisprudenciales

A. Cuestiones problemáticas

&	29. La obligación de seguridad y el deber de seguridad.....	62
&	30. La asunción de riesgos.....	65

B. Concepciones y soluciones doctrinarias

C. Desarrollo jurisprudencial

Capítulo IV

Nuestra Posición

& 31. Fundamento ético y axiológico.....	81
& 32. Legislación aplicable.....	82
Bibliografía.....	87

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad resulta de la concurrencia de una serie de elementos que tienen como resultado un daño inferido y, el consecuente deber de reparar.

Tanto el avance de la tecnología como la influencia mayúscula del maquinismo durante el presente siglo dieron lugar a nuevos fenómenos que traen como consecuencia una mutación en todo el sistema de responsabilidad civil. Pero quizá haya sido el automotor la maquinaria que mayores consecuencias dañosas ha originado.

El automóvil es una de las causas mayores de accidentes y daños consecuentes; y al mismo tiempo que es un factor extraordinario en la gravitación de la economía mundial, ha provocado una verdadera revolución en todo el campo de la responsabilidad civil.

El presente trabajo nos enfrenta con cuestiones más complejas que la simple ubicación de un instituto, como el transporte benévolo, en una teoría. Su discutida naturaleza y los cambios de pensamiento doctrinarios y jurisprudenciales hacen necesario adentrarnos en las teorías de responsabilidad civil y sus vertientes para poder determinar cuál será su mejor emplazamiento y cuál la asignación de responsabilidad más justa y equitativa al momento de generarse un siniestro.

El desafío se duplica aún más cuando es difícil determinar si en realidad hay víctima y victimario en un instituto en donde el desinterés, la gratuidad y la benevolencia son los rasgos característicos. He aquí nuestro emprendimiento a la búsqueda de una solución.

Parte Primera
LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Capítulo I

A. La Evolución de la Responsabilidad Civil

& 1. Terminología. - La palabra “responsabilidad” indica muchas cosas porque la noción depende de un contexto complejo.

En esta línea, sirve el ejemplo proporcionado por Hart¹, quien deriva cuatro significados distintos de la palabra responsabilidad:

a) *La responsabilidad como rol o sea, obligaciones o funciones derivadas de un cargo, relación, papel, status social: “como capitán de un barco X era responsable (o había asumido la obligación de) por la seguridad de sus pasajeros.*

b) *La responsabilidad como factor o relación causal: se embriagaba todas las noches y fue responsable... fueron las tormentas excepcionales las responsables de la pérdida, etc. La palabra se usa tanto para las acciones humanas como para las de animales o de la naturaleza y carece de toda carga valorativa.*

c) *La responsabilidad como capacidad o estado mental: el vocablo se usa para referirse a la plenitud de conciencia sobre los actos y sus consecuencias. En este caso, no se refiere siempre a un hecho censurable, sino que puede utilizarse como juicio sobre las capacidades generales del individuo. Esta acepción aparece en la frase “Se rumoreaba que estaba loco, pero los médicos lo encontraron responsable de sus acciones”.*

d) *La responsabilidad como sanción, como imputabilidad legal propiamente dicha, o respuesta del ordenamiento, o como punible o*

¹ Cita de Herbert Hart en “Funciones y fines de la responsabilidad civil” por Aída Kemelmajer de Carlucci en “Homenaje a los Congresos de Derecho Civi”, Tomo III, “Derecho de daños”, Editorial Advocatus, 2009, pag 5

moralmente reprochable. “En el proceso judicial que se le siguió, el capital del barco fue encontrado responsable por la pérdida de vidas y bienes”.

Algunos autores reducen estas cuatro acepciones a dos: una que mira al pasado; responsabilidad como *origen* del hecho; otra que mira al futuro, la responsabilidad como *atribución jurídica de consecuencias*.

En derecho, genéricamente, la responsabilidad implica la constatación de un hecho que exige una respuesta o reacción del ordenamiento jurídico con quien infringió la ley y creó una perturbación social. Esa reacción jurídica ha recibido distintas denominaciones a lo largo del tiempo: Delito, Ilícito, Responsabilidad civil, Derecho de daños o Derecho de los accidentes.

⌘ **2. Origen y evolución.** - Probablemente, la palabra responsabilidad sea una de las más usadas, sobre todo, porque es una manera de imputar conductas que consideramos negativas y junto con ello establecer un reproche.

Pero su origen es relativamente reciente; efectivamente, aunque sus raíces son antiguas y figuran en los textos romanos, en el diccionario de la lengua francesa la palabra *responsabilidad* se la incorporó en 1789. Con la acepción que hoy se le da, comenzó a difundirse a mediados del siglo XIX, cuando los libros abandonaron el método exegético (caracterizado por su culto a la letra de la ley positiva escrita como consecuencia de la codificación), y surgió la necesidad de forjar conceptos generales expresados con palabras simples alrededor de las cuales se puedan reagrupar diversas soluciones del derecho positivo.

Por otro lado, el sustantivo responsabilidad normalmente viene acompañado de un calificativo: civil, penal, administrativa, política, moral. Este acompañamiento plural parece ser parte de la propia evolución de la responsabilidad jurídica; en efecto las concepciones de responsabilidad han evolucionado a través del tiempo en un intento de

adaptarse a las circunstancias de hecho que, el derecho, aún no había contemplado.

La crisis empieza a hacerse sentir con posterioridad a la Revolución Industrial -alrededor de 1880- como producto de la proliferación de nuevas técnicas de trabajo con la utilización de novedosa tecnología. Las máquinas enfrentaron a las personas a nuevos riesgos y, al mismo tiempo que la concepción clásica de “culpa subjetiva” comienza a ser cuestionada, la noción de responsabilidad empieza a tomar protagonismo y a debatirse sobre sus alcances. Sin duda los avances técnicos cambiaron el estilo de vida y por ende era necesaria una readaptación del derecho.

Hasta el momento los daños eran adjudicados a una persona, a la conducta individual de aquél que, de forma intencional o negligente, había causado el perjuicio. Pero a partir de mediados del siglo XVIII la relación de causalidad deja de ser tan simple pues empiezan a intervenir las “cosas” como potenciales generadoras de perjuicios y, el automotor, como uno de los principales factores de peligro del cual las víctimas deben ser protegidos y resguardados a la luz de la legislación; estaremos entonces en presencia de la llamada “responsabilidad objetiva”.

En palabras de Aída Kemelmajer de Carlucci²: *“aparece, así, la llamada sociedad “assurancielle” que ha llevado no sólo a vaciar a la culpa subjetiva de su contenido sino a privarla de su rol tradicional en la determinación del responsable”*.

El retroceso de las concepciones subjetivas abrió paso a las concepciones objetivas tratando de contemplar estas nuevas situaciones y crear pautas de atribución de responsabilidad que atendieran y protegieran a las víctimas de los daños producidos por las “cosas”; nace así el “derecho de accidentes” que, tendrá como fin, brindar una favorable protección a la víctima a través de lo que los autores han llamado “socialización de los riesgos”.

² Cita del artículo “*Funciones y fines de la responsabilidad civil*”, Aída Kemelmajer de Carlucci, Derecho de Daños, *Homenaje a los Congresos de derecho civil*, TomoIII, Editorial Advocatus, 2009 pag. 7

De aquí en adelante será un desafío tratar de exponer las repercusiones del derecho de accidentes y los debates que alrededor de esta nueva concepción se han generado no sólo a nivel doctrinario sino también jurisprudencial. Un abordaje del sistema de responsabilidad nos permitirá analizar cómo han incidido éstos cambios en nuestra legislación y la postura más convincente a seguir acorde al objeto de este trabajo.

Acordamos con Diez Picazo en que: *“El derecho de la responsabilidad civil o derecho de daños se encuentra en un punto muy sensible de indefinición pues convergen las tendencias doctrinales y jurisprudenciales que han empujado en las últimas décadas de su evolución hacia una muy significativa ampliación y, al mismo tiempo, factores que aconsejan someterlo a una cierta dosis de restricción; el deseo de favorecer al máximo la viabilidad de las indemnizaciones han puesto en cierta crisis el sistema legislativo³”.*

& 3. Fuerza expansiva de la responsabilidad. Sus inconvenientes. - La noción de daño ha sufrido un cambio de escala en cuanto aborda aquellas circunstancias que afectan a un gran número de individuos y que están despersonalizadas pues se trata de perjuicios que se producen en contra de la voluntad de sus participantes y que, en ocasiones, son inevitables.

Como consecuencia de esta evolución de la responsabilidad civil se pone atención en la víctima y, el derecho tendrá como fin reparar, más no exclusivamente castigar. El fundamento de tal objetivo es por ende protectorio y por ello se buscarán fórmulas para determinar quién tendrá que soportar tal deber de reparación.

Para esquematizar el problema jurídico que esto plantea debemos imaginarnos una balanza: en un platillo tenemos la protección de la vida humana en su integridad y en otro el deber de justicia. El derecho

³ Cita de José Luis Diez Picazo, “HOMENAJE A LOS CONGRESOS DE DERECHO CIVIL”, Tomo III, *Derecho de Daños*, Editorial Advocatus, 2009; “*Funciones y fines de la responsabilidad civil*”, Aída Kemelmajer de Carlucci, pag. 8

de accidentes pone en crisis el equilibrio a la hora de determinar la atribución de responsabilidad y el rigor en su asignación: ¿en que medida responde el dueño de la obra que se derrumbó sobre mis bienes? ¿Quién responde por las lesiones físicas sufridas por un objeto caído de un edificio?, ¿y en el caso de un accidente de automóvil?

En el análisis de estos casos es que se ha demostrado la tendencia expansiva de la responsabilidad de la que tantos autores hablan, pero en ocasiones esa expansión ha sido excesiva generando “respuestas automáticas” empujadas por el sólo interés de reparar sin atender a las circunstancias de cada caso particular.

Consideramos adecuada la idea de que el daño es un “mal en condominio” de López Olaciregui: *“La idea de “mal en condominio” lleva a las siguientes consecuencias: Si el daño civil comporta un resultado infausto (o sea un mal) a cuya producción han concurrido dos sujetos, corresponde que para asignarlo a uno o a otro, o bien para repartirlo entre ambos, los ordenamientos tengan en cuenta principios de justicia y equidad que correspondan a las circunstancias que califican el aporte de cada uno⁴”.*

Esta concepción dará como consecuencia tres opciones posibles que rondarán entre: dejar a la víctima sin reparación, asignarle total responsabilidad al autor o bien, repartir responsabilidad entre ambos sujetos. Lo importante es que no se cometa un ejercicio abusivo de las reglas jurídicas y se opte por una interpretación armónica de las máximas de la ley.

Sortear estas dificultades es propio de lo que los grandes doctrinarios llaman “crisis de crecimiento del derecho de la responsabilidad” e inclusive algunos de ellos, como Denis Mazeaud, han propiciado la bipartición de los sistemas jurídicos en un derecho especial de

⁴ Cita de José M. López Olaciregui, “*Funciones y fines de la responsabilidad civil*” por Aída Kemelmajer de Carlucci en “*Homenajes a los Congresos de derecho civil*”, Tomo III, Derecho de Daños, editorial Advocatus, 2009, pag. 9

accidentes paralelo al derecho común que permita facilitar la tarea de los juristas.

En nuestro país tampoco se previó el cambio; nuestro codificador pudo contemplar el caso de la responsabilidad generada por el daño producido por animales o construcciones ruinosas, pues podían llegar a suceder con más frecuencia en la época; pero era imprevisible que también llegáramos a ser afectados por toda esta gama de accidentes ligados al progreso tecnológico. Devino entonces la reforma de 1968 que intentó contrarrestar esa realidad; pero también ha sido fuente de varias discusiones interpretativas que hasta el día de hoy tienen vigencia; por ello será esencial atender a las circunstancias de cada caso en particular a la hora de intentar resolver lo más razonablemente este tipo de problemas.

B. Finalidad del instituto

& 4. Funciones de la responsabilidad civil. - Quizá la concepción de responsabilidad haya ido de la mano con la constante evolución de las comunidades, tal es así que ya en el Código de Hammurabi⁵ podemos encontrar un ejemplo claro de ésta realidad; pero esa vetustez no ha sido obstáculo para que su semántica se vaya adaptando a las realidades contemporáneas y, si bien el término responsabilidad nos conduce automáticamente al plano jurídico y nos conecta con la idea de “reproche”, también es cierto que aún son discutidos sus alcances funcionales.

Sin duda de un análisis sistemático de la legislación podremos ver el amplio espectro de funciones, pero no son específicamente enumeradas por el legislador, vacío que ha sido criticado por los doctrinarios dado que esta delimitación resultaría imprescindible para acomodar el sentido de las reglas jurídicas a los propósitos de la institución.

⁵ Conjunto de leyes grabadas sobre piedras duras por el rey de Babilonia Hammurabi en el siglo XVIII a.c en la antigua Mesopotamia

De todas maneras algunos autores descreen en la pluralidad de funciones de la responsabilidad pues en realidad esta visión sólo ha sido producto de los excesos por asignar responsabilidad al más solvente en cualquier circunstancia y resolver en daños y perjuicios situaciones que en otros contextos históricos no hubiesen sido indemnizables.

La otra parte de la doctrina -que considera la multifuncionalidad de la responsabilidad civil- constatamos que coinciden en que una de esas funciones es la indemnización de la víctima; por allí la divergencia surge a la hora de determinar cuál es el objeto de esa indemnización pues puede ser considerada como una especie de venganza de la víctima y castigo del culpable con el fin de reestablecer el orden social; o bien una suerte de restauración de las cosas al estado anterior al hecho dañoso, cosa que bien sabemos que en múltiples casos resulta imposible.

Pero sin ahondar en complejos debates doctrinarios sobre el poder sancionador del Estado a través de la ley, es interesante atender a la esencia misma de la responsabilidad que lleva ínsita la determinación de una conducta dañosa y por ende antijurídica (Función Demarcatoria) que genera la necesidad de reestablecer el equilibrio destruido por el daño ocasionado a cargo del responsable como medida disciplinaria (Función Resarcitoria) y la consecuente concientización para disuadir de reincidir en la misma conducta (Función Preventiva).

Algunos autores anexan una nueva función a la responsabilidad: la Función Distributiva por la cual se sostiene la dispersión de riesgos que posee una cosa o actividad peligrosa por la adjudicación inmediata de un seguro, de forma tal que ex ante se prevé quién responderá en ocasión del siniestro independientemente de la necesidad de determinar la existencia de caso fortuito o la culpa de los sujetos intervinientes.

& 5. Las funciones de la responsabilidad y el rol del juez. - En ocasiones nos encontramos con normas indeterminadas, o bien con falta de regulación específica de determinados institutos que hacen necesaria la intervención activa de los jueces para saldar, en forma

razonable y equitativa, las particularidades que se presentan en cada caso, evitando así que la intervención legislativa corrompa la armonía del sistema jurídico con fórmulas abstractas y, a veces, inaplicables.

Es por ello que la función del juez no concluye en la aplicación de una norma concreta sin más, sino que se requiere de una interpretación global del ordenamiento, estableciendo un encuadramiento jurídico, sin aislar las normas tal cual si fueran compartimentos estancos.

En el derecho de daños, las complejidades interpretativas que se han generado en torno a la reforma de la ley 17711 reflejan la necesidad de acudir a la jurisprudencia para sortear aquellos interrogantes que, un conjunto de normas aisladas, no lograr aclarar; pues en fin el juez crea derecho desde el momento en que aplica preceptos legales y principios jurídicos a una situación particular, resolviendo conflictos sin perder de vista la realidad contemporánea, y por ende administrando justicia.

En algunos casos el mismo Código Civil habilita el comportamiento activo y discrecional del juez, como sucede en el artículo 1069 de nuestro CC que autoriza a atenuar los montos de indemnizaciones conforme a la situación patrimonial del deudor cuando no hubiere actuado con dolo en la producción del hecho dañoso. En otros casos esta facultad puede ser deducida a partir de una interpretación razonada del derecho; por ejemplo lo que sucede con la facultad de determinar la culpa concurrente en la prosecución de un ilícito culposo teniendo como referencia los artículos 1109 que asigna responsabilidad por el obrar culposo en la producción de un daño, y el artículo 1111 que exime de responsabilidad cuando la culpa es exclusivamente de la víctima.

Capítulo II

A. Regímenes de responsabilidad civil

& **6. Clasificación.** - Es clásica la clasificación de la responsabilidad en contractual y extracontractual y las diferencias básicas las encontramos en que mientras la primera tiene su origen en

el incumplimiento de un contrato, la segunda lo tiene en la violación no ya de una obligación proveniente de un acuerdo preexistente sino en la violación de un deber jurídico: el de no dañar a nadie o “alterum non laedere”. A diferencia de aquella, cuya fuente es un contrato o acuerdo de voluntades que constriñe a los sujetos vinculados a realizarse prestaciones, el deber de no dañar a nadie, tiene su fuente en la ley misma y se prolonga como precepto constitucional en todas las ramas del derecho pues es requisito indispensable para lograr una vida en sociedad. Tampoco podemos dejar de mencionar la responsabilidad objetiva, la cual si bien en la redacción originaria de nuestro código, parecía intrascendente, en el último siglo ha ido cobrando mayor relevancia doctrinaria y jurisprudencial en atención a los nuevos sucesos de la vida contemporánea. Funda el reproche en el hecho dañoso en si mismo, mas allá de que la conducta encierre intención de dañar o no; cumpliendo así una función de garantía ante los perjuicios por riesgos provenientes de personas o cosas.

✂ **7. Intentos de unificación.** - Teniendo como base los clásicos factores de distinción es destacable reseñar que en los últimos tiempos la doctrina ha manifestado tendencias hacia la unificación de los sistemas de responsabilidad superando aquellas diferencias que los distinguían.

Así por ejemplo Trigo Represas⁶ enumera algunos de éstos puntos de conexión:

- Naturaleza: el autor expone que ambos sistemas de responsabilidad tienen idéntica naturaleza. Para ello acude a esquematizar la forma de producción de los preceptos jurídicos de nuestro ordenamiento conforme la pirámide de Kelsen y concluye en que la ley –reflejo en este caso del deber jurídico de no dañar- al igual que el contrato tienen origen en actos del Estado en cuanto productor

⁶ Ver en extenso en su obra “*Responsabilidad por accidentes de automotores 2ª*”, Félix Trigo Represas- Rubén Campagnucci de Caso, editorial Hammurabi, 1986

de normas y regímenes jurídicos a pesar de tener éstos distintas graduaciones o, lo que es lo mismo decir, grados de importancia.

- **Mora:** manifiesta que, más allá de tener en cuenta la existencia de obligaciones de no hacer en donde sólo basta realizar la conducta prohibida para hacer surgir el deber resarcitorio, el emplazamiento del principio de mora automática en el ámbito contractual reduce más esa brecha ya que esto permite que tanto la responsabilidad extracontractual como aquélla, se originen con la mera violación del deber jurídico –en tanto deber legal- o el incumplimiento contractual, sin necesidad de interpelación judicial;

- **Competencia:** por lo mismo se desprende que la competencia judicial –más allá de las connotaciones particulares de los códigos procesales⁷- será la del juez del lugar en que se debía cumplir ya sea la obligación contractual o el deber legal.

- **Capacidad:** desmitifica las cuestiones referidas a la capacidad, pues si bien se considera que a partir de los 10 años somos capaces de discernir un hecho ilícito, esto es independiente de la existencia del deber jurídico; por ende no podemos encontrar una diferencia respecto de las edades exigidas para contratar –en general mayoría de edad- pues en el primer caso se trata de buscar un punto de inflexión para asignar responsabilidad más no crea el deber de no dañar que es perpetuo y preexistente. En cambio, para contraer responsabilidad contractual, primero debemos ser “capaces” de obligarnos contractualmente para que ese contrato sea eficaz y válido; son dos cosas distintas.

- **Factores atributivos:** en ambas el factor es subjetivo propiciando la determinación de la conducta dolosa o culposa del responsable, más allá de aquellas situaciones excepcionales en donde se aplican las responsabilidades objetivas, por ejemplo la responsabilidad por los dependientes o el factor objetivo del riesgo profesional o la

⁷ Por ejemplo en el CPCy C de La Pampa el artículo 5° inc 4 ofrece la posibilidad de que el actor opte por iniciar su acción en el lugar del hecho o del domicilio del demandado

responsabilidad objetiva extracontractual por el riesgo o vicio de una cosa.

- Otras “falsas diferencias” las analiza teniendo en cuenta cuestiones menos concretas y más doctrinarias, jurisprudenciales e interpretativas por ejemplo, respecto de la carga probatoria menciona que el hecho de que en un caso sea el acreedor quien deba probar la existencia del contrato y su incumplimiento y en el otro ,el demandante, quien deba probar el ilícito y además la culpa o dolo del deudor se debe a que en el primero estamos frente a obligaciones de “fines” mientras que en el segundo de “medios” ya que no es lo mismo que la responsabilidad se genere por la frustración de un resultado a partir de un acuerdo preestablecido a que se genere “per se” sin habernos comprometido o asegurado un desenlace; otro es el caso de la facultad judicial de imputar el deber de reparación moral –art. 522 CC- que, en el caso de incumplimientos contractuales es discrecional, pero Trigo Represas no encuentra puntos de separación en ello pues dice que hoy en día la doctrina mayoritaria considera que, probado el daño moral ya no habrá discrecionalidad judicial, pues un comportamiento caprichoso sería arbitrario; y en el caso de responsabilidad refleja por el hecho de otro también expresa que la mayoría de la doctrina considera óptima una aplicación analógica del art. 1113.

Sólo existen para el doctrinario tres verdaderas disimilitudes entre ambos regímenes de responsabilidad:

- a) *La mancomunación entre los corresponsables*: los coautores de un hecho ilícito siempre responden mancomunadamente mientras que en el ámbito contractual depende de lo que hubieren pactado las partes o bien de lo que exprese una disposición legal a la luz del caso concreto.
- b) *Extensión del resarcimiento*. En caso de incumplimiento contractual culposo se responderá por los daños que sean consecuencias inmediatas y en caso de incumplimiento doloso se extiende a las mediatas. En el caso de ilícitos se responderá por las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles y hasta por las casuales.

c) *Plazo de prescripción de la acción indemnizatoria*: es en general de diez años para la acción resarcitoria por incumplimiento contractual, que se rige por la prescripción decenal ordinaria del art. 4023 del C.C., y de sólo dos años para la responsabilidad civil extracontractual, que se encuentra expresamente contemplada en el art. 4037 del C.C.

⌘ **8. La convergencia de ambos sistemas.** - Más allá de los intentos de unificación de los regímenes que proponen los autores, lo cierto es que el sistema de responsabilidad civil ha evolucionado magnificando al límite su función garantista y protectoria de los derechos humanos a tal punto que en determinados casos resulta difusa la frontera que separa la responsabilidad contractual de la extracontractual proveniente de hechos ilícitos culposos o cuasidelitos. Esto se refleja con más claridad a partir de la incorporación del artículo 1113 a nuestro Código Civil el cual consagra la responsabilidad provocada por el riesgo o vicio de de las cosas y establece una presunción de responsabilidad que recae sobre su dueño (o guardián), de esta manera y recurriendo a un silogismo: si la responsabilidad extracontractual se origina a raíz del incumplimiento de un deber jurídico, pero en el caso de la responsabilidad por riesgo de las cosas no se puede adjudicar directa e inmediata autoría al dueño o guardián de éstas, se puede concluir que poco a poco se va “contractualizando” el derecho de daños pues aún sin que las personas lo pacten o acuerden es el propio sistema jurídico el que nos impone un deber de seguridad implícito y nos asigna cargas por los daños que no hemos provocado nosotros mismos sino aquellas cosas por las que debemos responder.

Capítulo III

Responsabilidad extracontractual

⌘ **9. Principio general.** - Si bien hay teorías que afirman la asignación de efectos contractuales a los casos de transporte benévolo,

es de mayor seguimiento doctrinario su emplazamiento dentro de la responsabilidad aquiliana de fuente cuasidelictual en virtud de la “culpa” de los afectados por un accidente en ocasión de transporte complaciente. Sin embargo, se nos presenta la dificultad de abordar los debates doctrinarios sobre la naturaleza de esa culpa. Esto será de gran significado al momento de determinar qué grado de responsabilidad asignaremos al transportador y en su caso al transportado.

⌘ **10. El cuasidelito.** - Una primera aproximación a la noción de cuasidelito nos la puede propiciar un diccionario jurídico: *“acto ilícito realizado sin intención de dañar. El art 512 del CC argentino contiene una definición una definición concreta al establecer que la culpa del deudor, en el cumplimiento de la obligación, consiste en la omisión de aquellas diligencias que exige la naturaleza de la obligación y que correspondieren a las circunstancias de tiempo y lugar. Y el art 1109, por su parte expresa 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...para resolver si en un caso dado se ha incurrido en culpa es menester examinar si se han omitido o no los cuidados exigidos por la naturaleza del hecho realizado, teniendo en cuenta las personas que intervinieron en él, el tiempo en que se llevó a cabo y el lugar donde ocurrió, por lo que puede decirse que existe culpa cuando las consecuencias dañosas de la conducta de una persona hubieren podido ser previstas por una persona de prudencia común, o cuando previstas, el agente las desechó como improbables, por lo que la culpa extracontractual se identifica a la contractual”*⁸.

Pero esta definición resulta ser insuficiente si consideramos que la armonía interpretativa de estas normas, se debate con la incorporación de nuevos artículos a nuestro código, creadores de grandes debates

⁸ “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía”, Victor de Santo, Ed. Universidad, 3° edición 2005, pag 319.

doctrinarios entronados alrededor de la noción de culpa, originando un paralelismo interpretativo.

Al respecto se ha generado una dualidad en el abordaje del tema desde la reforma introducida por la ley 17.711 en función de la teoría subjetiva y de la teoría objetiva. Desde 1968 es que coexisten dos sistemas de responsabilidad: la fundada en culpabilidad – art 1109- y la basada en el riesgo creado –art 1113-. Al agente se le imputa haber multiplicado o potenciado con su actuar el peligro de dañosidad, el cual cuando se concreta en un daño, configura una conducta antijurídica. Reconoce fundamentos plurales: la justicia y la equidad, desde un ángulo mediato y; el “interés activo” desde uno inmediato. Este último puede explicitarse así: quien desenvuelve en su propio interés una actividad peligrosa, debe sufrir las consecuencias previsibles provenientes de ella.

Según esta teoría, los daños atribuibles al riesgo creado deben ser resarcidos en el terreno extracontractual y con el mismo criterio que impera en los actos ilícitos, son indemnizables las consecuencias inmediatas y las mediatas, causales y los daños morales.

Llambías, quien adopto una postura adversa y extrema al analizar la reforma, critica la incorporación de la teoría del riesgo ya que vulnera, a su criterio, principios esenciales del ordenamiento jurídico: *“se propugna una organización social vaciada en sus cimientos de sustancia moral, pues no es posible resolver sobre la responsabilidad, haciendo abstracción del verdadero estado de conciencia del inculpado, inculpablemente... Se está en presencia, así, de una responsabilidad puramente objetiva en el pleno despliegue de la causalidad material: se responde, no porque haya mérito para sancionar una conducta reprochable, sino porque se ha originado el factor material del que, como condición sine qua non, provino el daño”*⁹.

⁹ Cita de las palabras esbozadas por el doctor Llambías en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil citado por Rodrigo Padilla en “HOMENAJES A LOS CONGRESOS DE DERECHO CIVIL”, *Algunas consideraciones sobre la llamada responsabilidad sin culpa*; Tomo III, Derecho de Daños, editorial Advocatus, 2009, pag 135

Cree que no es susceptible de coordinación lo dispuesto por el art. 1067, que propugna la inexistencia de acto ilícito punible sin que se pueda imputar a sus autores dolo culpa o negligencia y la doctrina del riesgo incorporada por el art. 1113, pues es contradictorio el funcionamiento simultáneo de dos principios genéricos de responsabilidad por culpa y por riesgo.

A. Sistemas de imputación de responsabilidad

1) Diversidad de teorías

& **11. Teoría subjetiva.** - La culpa es la categoría nuclear de responsabilidad civil concebida por los juristas de la Modernidad. La ideología liberal individualista hace de la responsabilidad y de la libertad nociones íntimamente vinculadas, sirviendo una de fundamento a la otra; de esta forma sólo amerita sanción todo uso culpable de la libertad.

“...Quien dice responsable, dice persona que ha obrado incorrectamente, que ha hecho algo que moralmente no está bien. Hablar de responsabilidad sin culpa, de culpa sin acto ilícito, es como hablar de un hombre sin cabeza...”¹⁰; expresa Paul Esmein.

Esta idea sintetiza el núcleo de la postura subjetiva. Según la mencionada doctrina si un hecho causa daño a otro no está obligada a repararlo más que el que por su culpa lo haya desencadenado u ocasionado ya que, pensar la solución de otra forma, sería contrario a la exigencia de justicia respecto del responsable.

Los elementos básicos para configurar la responsabilidad en general y sin adentrarnos en discusiones doctrinarias, pues no es el objeto de éste trabajo, son:

- La antijuridicidad: consiste en la violación de un deber jurídico preexistente impuesto por la ley.

¹⁰ Cita del artículo “*El enigma del artículo 1113*” por Benjamín Moisés en “HOMENAJE A LOS CONGRESOS DE DERECHO CIVIL”; Tomo III, Derecho de Daños, editorial Advocatus, 2009, pag 147

- El daño: es un elemento indispensable porque es lo que hace nacer el derecho de resarcimiento; sin perjuicio no hay responsabilidad civil.

- La relación causal: es aquel nexo vinculante directamente entre un hecho y el daño constatado. Este nexo permite determinar la autoría, a través del factor de imputación y la medida del resarcimiento acorde a los efectos nocivos provocados con el actuar antijurídico; es lo que nuestro código recepta como la “teoría de la causa adecuada” según la cual para poder imputar responsabilidad a un sujeto es necesario constatar que su conducta fue, por sí misma, apta para ocasionar el daño según el curso ordinario de las cosas.

Como sabemos a estos elementos hay que añadirle el “factor de atribución”. Así tendremos el factor de atribución objetiva y subjetiva pero éste último parece estar más claro o al menos ser más coherente con la idea de “imputación” de un hecho. Es que el factor de atribución subjetivo -o posturas subjetivas- se apoyan en la reprochabilidad de la conducta del dañador de forma tal, que para que haya responsabilidad, debe haber culpabilidad en virtud de una conducta dolosa -causada con intencionalidad-, o culposa. Tanto el dolo como la culpa suponen voluntariedad sólo que en la culpa “la intención” consiste en actuar de determinada manera y el resultado sobreviene por negligencia o descuido.

La voluntariedad no es suficiente por sí misma pues la tesis subjetiva requiere además que la persona posea capacidad para imputarle responsabilidad civil; son los clásicos principios de intención, discernimiento y libertad que, hacen a la libre determinación del autor de un hecho dañoso.

El juicio de reproche se dirige directamente contra el autor por ello es que éste sólo se liberara demostrando su falta de culpa o la existencia de una causa ajena. La culpa se desprende de un juicio ético sobre el proceder voluntario del autor del hecho dañoso teniendo en cuenta cuáles eran los deberes a su cargo y así poder establecer si quiso la

infracción (dolo) o ha omitido la adopción de cuidados necesarios (culpa).

Esto lleva a decir ,paralelamente, que para la tesis subjetiva, la antijuridicidad o el ilícito cometido se analiza en función del disvalor de la acción; es decir además de determinar la existencia de una conducta contraria al ordenamiento jurídico se requiere el factor psicológico.

Como veremos en el siguiente apartado la tesis objetiva centra su interés en el disvalor del resultado, es decir el hecho dañoso, e intenta propiciar una reparación prescindiendo del reproche ya que tiene en cuenta valoraciones de tipo moral, económico, social, etc.

Sin embargo varios autores advirtieron que la incorporación de normas que integraron a nuestro código la postura objetiva, traería aparejada dificultades terminológicas y manifestaron su preocupación

Roque F. Garrido, expresa: *“No es posible, en una interpretación literal, hablar de responsabilidad sin culpa, porque la responsabilidad supone un juicio de imputación; y los presupuestos de una relación puramente causal sin imputación a una conducta, parten de la base de no valorar si ha existido culpa por parte del agente, sino que buscan reparar el daño producido en base a determinados presupuestos legales”*¹¹.

Según Alfredo Orgaz: *“La responsabilidad es siempre y necesariamente subjetiva, al menos en el derecho moderno y desde hace siglos, es decir, exige el elemento de la culpabilidad. La llamada ‘responsabilidad objetiva’ o sin culpa alude a supuestos de obligaciones legales por garantía hacia terceros, por riesgos provenientes de personas o de cosas subordinadas”*¹².

& 12. Tesis objetiva. - Prescinde de la culpabilidad como elemento volitivo y determinante del comportamiento del agente responsable. Una

¹¹ Cita en *“El eigma del artículo 1113”* por Benjamín Moisés, en *“HOMENAJE A LOS CONGRESOS DE DERECHO CIVIL”*; Tomo III, Derecho de Daños, editorial Advocatus, 2009, pag 145

¹² Cita en *“El eigma del artículo 1113”* por Benjamín Moisés, en *“HOMENAJE A LOS CONGRESOS DE DERECHO CIVIL”*; Tomo III, Derecho de Daños, editorial Advocatus, 2009, pag 146

de sus principales ramificaciones fue “la teoría del riesgo”, también llamada de la responsabilidad por el resultado. Fueron grandes doctrinarios franceses como Josserand y Saleilles quienes sostuvieron con entusiasmo esta teoría en sus inicios.

La responsabilidad por riesgo creado no tiene como presupuesto único la relación de causalidad entre el hecho riesgoso y el daño; es un movimiento de respuesta a los nuevos peligros de la vida contemporánea, que logra plasmar en la letra de la ley, la obligación de responder por los daños provocados por aquellos que toman un riesgo a su cargo más allá de que sean o no culpables; por ello considera que están ínsitos todos los elementos de la responsabilidad tradicional en el propio hecho dañoso.

La tesis se sostiene sobre dos premisas: la creación del peligro y el aprovechamiento de determinada actividad por quien crea la posibilidad de perjuicio, que es quien debe afrontar el resarcimiento de los daños causados: responsable sólo es quien materialmente causó el perjuicio; es por ello que en ocasiones observamos que los doctrinarios hacen uso de ésta última premisa, es decir, “causalidad material” para referirse al régimen de responsabilidad objetiva en forma crítica, pues éste prescinde del “elemento intencional” a la hora de asignar culpas.

Como fundamento de esta postura encontramos razones vinculadas a la ética y la equidad, si hay daño aún realizado sin culpa, ¿porqué debe soportarlo la víctima y en nada el autor del hecho dañoso?

A su vez, proliferaron diversas tendencias de la teoría del riesgo:

- Riesgo Creado: consiste en reparar los daños producidos por una actividad que se ejerce en nuestro propio interés el cual no necesariamente debe ser económico. Esta actividad debe producir al mismo tiempo una dificultad en su contralor o dominación.
- Riesgo Provecho: el que en su actividad crea riesgos y obtiene beneficios, debe soportar en esta dimensión los daños que ocasione.
- Acto Anormal: el riesgo sólo debe imponerse a la actividad considerada como anormal, apreciado dicho carácter conforme a los usos y

costumbres, pues si se trata de un riesgo común, la víctima asumirá esa carga como si se tratara de un caso fortuito o de fuerza mayor.

La Garantía es otra de las corrientes objetivistas. Boris Strack –teórico francés- fue el principal expositor y parte de la consideración que debe tomarse el punto de vista de la víctima, su seguridad y propio derecho a la libertad. De esta manera se eleva el reconocimiento de un derecho individual a la seguridad y, toda violación ilegítima a un derecho, por ende, constituye una injusticia por sí, independientemente del estado psíquico de quien lo ocasione.

Otra de las vertientes fue la de la Culpa Objetiva o la Culpa Social. Intenta conciliar argumentalmente la culpa con la teoría del riesgo en base a que “la conducta interesa siempre en relación a los demás, a lo social”. La actividad del hombre sólo se aprecia en correspondencia al orden vigente; hay por ello una culpa social o general.

Trigo Represas expone al respecto que dicha postura tiene recepción legislativa en los supuestos en que la ley establece una presunción de culpabilidad (por ejemplo cuando presume la culpa del dueño o guardián de las cosas viciosas o riesgos respecto de los daños que ellas han generado en el art 1113 CC), tomando en consideración los hechos que en general ocurren y, pre-adjudicando responsabilidad conforme la normalidad y las circunstancias en que suceden.

Debido a ello es que se habla habitualmente de “la inversión del onus probando” ya que dado que la postura objetiva evita dejar a la víctima sin reparación, la ley se adelanta determinado un responsable –dueño o guardián de las cosas- el cual sólo podrá liberarse de esa presunción demostrando lo que la ley manda –culpa de la víctima, de un tercero extraño o caso fortuito-.

Jorge Mosset Iturraspe es un gran exponente de las teorías objetivas y crítico de la quietud y resistencia en abordar esta nueva concepción de responsabilidad: *“La seguridad jurídica, se confunde con el*

mantenimiento intocado de las leyes...Las reformas o los cambios en la apreciación de las figuras jurídicas inspiran desconcierto....El derecho, el ordenamiento jurídico, manda u ordena “no dañar”... Se trata, de una de las “columnas” que sostenía el templo de la juridicidad romana. Por ende, el perjuicio, al quitar a la víctima algo que era suyo, que le pertenecía, fuerza al dañador a indemnizar. El hecho dañoso, sea contractual o no, configura un ilícito y la sanción civil no es otra que la condigna reparación. La culpa objetiva se configura con ese obrar que se aparta al del hombre razonable, respetuoso, civilizado; sometido a reglas elementales de convivencia, que el derecho recoge, sin entrar a las intimidades del obrar, a lo guardado en la mente, al porqué de ese apartamiento injustificado.

La visión subjetiva y, por ende psicológica, no sólo requiere el incumplimiento de un deber, el de no dañar a los semejantes; se requiere que esa violación encierre “intención”, una acción reprochable”¹³.

Según Mosset Iturraspe la concepción objetiva no prescinde de la “voluntariedad” pues este factor se encuentra implícito en la conducta humana ya que, para que estemos en presencia de un ilícito aquiliano, necesitamos de un hecho realizado con voluntad; comprensiva ésta de los tres pilares clásicos: discernimiento, intención y libertad. El autor considerará entonces sobreabundante o innecesario ahondar en la búsqueda de ése factor psicológico.

Si hay ilícito habrá voluntad y por ende el autor de la conducta dañosa deberá reparar los perjuicios que haya provocado en otra persona o en los bienes de otra persona.

De esta manera es como se justifica el por qué tendrá que ser el autor del hecho ilícito el que debe demostrar su ausencia de culpabilidad (inversión del onus probatorio) invocando alguna eximente como podrían ser: adjudicar el ilícito al comportamiento de un tercero o hecho ajeno o bien a la imposibilidad de controlar las circunstancias debido a un caso fortuito.

¹³ Cita de “*La Noción de Culpa*”, Jorge Mosset Iturraspe, en “HOMENAJE A LOS CONGRESOS DE DERECHO CIVIL”, Tomo III, Derecho de Daños, editorial Advocatus, 2009. pag 94/95

La concepción de culpa tendrá un nuevo campo de aplicación y por ende actuarán con culpa aquellos que de una u otra forma incumplan con el principio “*aterum non laedere*” o bien que con su comportamiento creen un riesgo que multiplique las posibilidades de dañosidad.

En palabras del autor: “... *quien causa un daño con su acción u omisión, a partir de un obrar “voluntario”, responde con base en una culpa objetiva. Esa es la regla. La liberación podrá venir a partir de la demostración de una eximente. Para la concepción objetivada la culpa se agota en la simple comparación entre la conducta obrada y la que habría desplegado una persona diligente puesta en las mismas circunstancias. De donde la sola constatación de un comportamiento incorrecto, distinto del que resultaba normativamente exigible en las circunstancias, es suficiente a efectos de comprometer la responsabilidad del agente*”¹⁴.

La postura objetivista además enaltece la protección de la víctima, aún cuando a la conducta causante del daño no se la pueda calificar de antijurídica. Incluso se propicia que también los incapaces deban responder en alguna medida.

Esto es lo que se ha dado en llamar “responsabilidad sin culpa”. Al derecho le preocupará entonces centrar su interés en esa persona que siendo ajena al hecho, ha resultado perjudicada. Como lo que importa es el resultado, no será por ende suficiente que el autor material intente eximirse de responsabilidad invocando su diligencia y comportamiento medido y razonable conforme lo exigido según las circunstancias de tiempo y lugar.

La “no culpa” equivale a decir que el daño se produjo a pesar de la actuación apropiada, ajustada o razonable, pero ella no libera de responsabilidad si no se logra demostrar que fue la incidencia de hechos ajenos inevitables, imprevisible e incontrolables; los que contribuyeron a su causación pues, de lo contrario, la mera creación del

¹⁴ Cita del artículo “La Noción de culpa” por Mosset Iturraspe en “Homenaje a los Congresos de Derecho Civil”, Tomo III, Derecho de Daños, editorial Advocatus, 2009. pag 94/95

riesgo o peligrosidad al actuar será factor suficiente para imputar dicha responsabilidad.

Así se establece en la jurisprudencia: *“el dueño o guardián de cada automotor que colisiona responde objetivamente por los daños que la cosa riesgosa (automotor) provocó...Es claro así que pesa sobre el demandado la presunción aludida: es responsable salvo que pruebe algunas de las eximentes aludidas”*.¹⁵ *“...por aplicación del artículo 1113 del C.C la responsabilidad del dueño de la obra que ha facilitado la materia prima más importante, cual es el terreno sobre el cual se levanta la obra, es responsable por los daños ocasionados a las propiedades vecinas en forma objetiva, se trata de un responsabilidad por el riesgo de la cosa, y dicha responsabilidad es conjunta con quienes tuvieron a cargo la ejecución de la obra...”*.¹⁶ *“Los esfuerzos realizados por una persona para trabajar arrastrando una zorra con un cestón muy pesado aparecen como susceptibles de producir lesiones. El elemento referido, “cargando con más de 200 Kgs.”, era una fuente de riesgos físicos para quien, como el trabajador, tenía que maniobrar con él, de modo que ha de aceptarse que el daño se produjo por el riesgo... de la cosa...”*.¹⁷

Estos ejemplos vislumbran que el ámbito de aplicación de ésta teoría es más amplio de lo imaginable pues directamente no se trata de una “responsabilidad sin culpa” sino que se deja de lado y se adjudica responsabilidad con base en “la creación del riesgo” y centrando el reproche en el resultado dañoso sin atender a la conducta antecedente. Ésta concepción, a menudo denominada “culpa sin culpa”, intenta readaptar las prácticas romanas –en donde toda víctima tenía derecho a una reparación integral- a una época de cambios. No se trata sólo de

¹⁵ Remisión a la sentencia de la Cámara de Apelaciones de Santa Rosa, Dres Galeano-Forastieri, 7/08/90; citado en *“Lecciones de Obligaciones”*, Jesús Daniel Los Arcos Vidaurreta, UNLPam, edición 2000, pág 301

¹⁶ Remisión a la sentencia de la Cámara de Apelaciones de Santa Rosa, Dres Vidal-Forastieri, 14/11/84; Ob.cit. pág 301

¹⁷ Remisión a la sentencia de la Cámara Civil de General Pico, Dres Constantino- Marrero-Rodriguez, 23/5/94;Ob.cit. pág 302

invocar la influencia de los avances tecnológicos en la vida social pues de hecho como veníamos enunciando con anterioridad éste es el factor más importante; pero en paralelo se van gestando cambios en el modo de pensar: la era individualista y liberalista originó grandes desigualdades por ende es hora de que el derecho, específicamente el “Derecho de Daños”, proteja a los más necesitados a las víctimas de la posmodernidad. Se trata de desplazar el centro de atención y, de preocuparse por la situación del dañador (determinando su grado de culpa según factores psicológicos), y pasar a concentrarse en la situación de la víctima enalteciendo el respeto por los derechos ajenos. Conforme a esa doctrina ya no debe probarse el daño por la víctima, sino que se presume sin aceptar la demostración de la “no culpa”. Esa fuerte tendencia objetivadora lleva a aceptar con alcances muy extendidos, la atribución a título de creación de riesgo, tanto en el terreno de los ilícitos como de los incumplimientos contractuales.

Esta misma tendencia objetivadora es la que rechazará, que en el intento de eximirse de culpa, se invoque la aceptación de riesgos:

“De ahí que “todo daño”, lesión, menoscabo o perjuicio, deba ser considerado como un “escándalo” jurídico, una ilicitud o antijuridicidad que compromete gravemente a su autor o agente, a quien con su obrar activo o pasivo ha posibilitado la producción del mismo; ya no es procedente escudarse en la “libertad de las acciones”, cuando el precio es el ataque a la persona, a cualquier persona.

Y es obvio que esa responsabilidad, con o sin culpa, amerita un resarcimiento integral de todos los menoscabos producidos, como ocurría en Roma, se trata con la indemnización, de colocar a la víctima inocente del daño injusto en la misma situación en que se encontraba antes del “ataque” a su persona”¹⁸.

¹⁸ Cita del artículo “La Noción de Culpa” por Jorge Mosset Iturraspe en “HOMENAJE A LOS CONGRESOS DE DERECHO CIVIL”, Tomo III, Derecho de Daños, editorial Advocatus, 2009, pag 101

2) Repercusiones de las teorías.

⌘ **13. Nuestro ordenamiento.** - En el contexto originario de relación de nuestro código civil era impensable que los avances tecnológicos repercutieran tanto en el sistema de responsabilidad civil, de hecho, en nuestro país el automóvil no constituyó una realidad tangible hasta la década de 1910, por ende no se puede criticar a Vélez por darle primacía dentro de los daños causados por las cosas, a la responsabilidad por los daños de animales. El código contenía también la responsabilidad del patrón por el hecho de las cosas y de sus dependientes pero sin desvincularse respecto del 1109.

Recién en 1968 se advirtió que era necesario establecer un sistema que no tuviera en cuenta sólo la actividad humana, sino también la intervención dañosa de las propias cosas. El resultado fue el art 1113, que consagra una responsabilidad objetiva por los daños resultantes del riesgo o vicio de la cosa y un sistema de presunciones aplicadas a cada caso.

En nuestra doctrina se ha criticado severamente la incorporación del art 1113, o al menos, el alcance interpretativo y práctico que se le ha dado pues ha llegado a vaciar de contenido al artículo 1109 y a explorar territorios que antes incumbían sólo a la clásica noción de culpa.

Esto ocasionó que lo que era objetivo, lo fuera más todavía, y que la objetividad conquistara territorios dispensados a la culpa.

Según los autores críticos de la reforma -o bien de la aplicación que se le ha dado- los excesos en la interpretación del 1113 produjo la conversión de un sistema comprensivo de hechos de riesgo creado en sistema objetivo de causalidad material incompatible de coexistir con el sistema originario del código.

Matilde Zavala de González enuncia: *“...olvidan que el riesgo creado no es cualquier peligro, sino uno especial, superior, cualificado, que no puede inventarse a gusto del jurista, sino descubrirse allí donde se*

encuentra. También le confieren una extensión desmesurada: ante un daño, si no hay culpa, se estaría fatalmente ante un riesgo”¹⁹.

Brebbia por otro lado señala al respecto: *“La verdadera diferencia entre la teoría de la culpa (real o presunta) y del riesgo creado reside en el fundamento o motivo que inspira al legislador cuando impone la obligación de resarcir el daño, y no en la fuerza o alcance de la presunción de responsabilidad establecida. Cuando la ley impone a una persona la obligación de indemnizar en razón de que su conducta no fue diligente (o cuando presume que no fue diligente), la disposición adquiere un contenido ético puesto en evidencia por la doble finalidad buscada: la de restaurar en lo posible el estado de cosas anterior al hecho dañoso, y la de sancionar al mismo tiempo a quien, desoyendo los consejos de la prudencia, actuó en forma peligrosa para los bienes personales y patrimoniales de los demás.*

Cuando la ley se inspira, en cambio, en la doctrina del riesgo creado, no entra a considerar la naturaleza de la conducta del agente ni busca sancionarlo, sino tiene en cuenta únicamente el carácter externo de la relación de causalidad que lo une con el daño, fincando la indemnización en razones de solidaridad social- motivo éste también de carácter ético-, pero que carece de la fuerza moralizadora sobre el agente”²⁰.

Benjamín Moisés – en un intento conciliador- entiende que dentro del genérico deber de reparar el daño injusto corresponde distinguir dos especies: a) la responsabilidad, es siempre y necesariamente subjetiva, con sustento en la culpabilidad del sujeto; y b) la reparabilidad, que

¹⁹ Cita de Matilde Zavala de Gonzalez en Félix Trigo Represas-Marcelo López Mesa: *“Tratado de Responsabilidad Civil”*, Tomos IV, editorial LA LEY, segunda edición actualizada, 2011. pag 21

²⁰ Cita de Roberto Brebbia en *“el enigma del artículo 1113”* por Benjamín Moisés, en *“HOMENAJE A LOS CONGRESOS DE DERECHO CIVIL”*, Tomo III, Derecho de Daños, editorial Advocatus, 2009, pag 146

reconoce su fundamento en razones objetivas de equidad, las cuales son apreciadas políticamente por el legislador al hacer la ley.

Para el autor no existen supuestos responsabilidad objetiva sino más bien de reparabilidad. Moisés reafirma la idea de que no se pueden escindir la idea de responsabilidad con imputabilidad por ende para hablar de responsabilidad se hará necesario relacionar, de alguna manera la conducta del agente y su actuación voluntaria con el hecho dañoso.

El sistema de imputabilidad objetivo y subjetivo tienen para él, el mismo fin: reparar un daño injusto; pero difieren en la causa pues mientras la responsabilidad sustenta el deber en la culpa; la reparabilidad encuentra fundamento en la equidad. El autor expresa que pensar de otra forma sería caer en contradicciones y aclara: *“Si en materia de responsabilidad civil, como bien se ha señalado, para el logro de una solución justa es menester “contemplar siempre los dos intereses en juego: el del damnificado y el del sindicado como responsable”; necesariamente, entonces, debemos concluir en que la responsabilidad civil presenta una naturaleza jurídica bifronte: desde el punto de vista del damnificado, es resarcitoria, mientras que, desde la perspectiva del responsable, es sancionatoria. Una interpretación distinta y a medias, como sería atribuirle una naturaleza exclusivamente resarcitoria, nos conduciría al absurdo de tener que reconocer como justo el derecho de dañar, siempre que después se reparen los perjuicios, pues no existiría ni el reproche, ni la sanción propios de todo orden coactivo. Esta circunstancia es la que permite que la responsabilidad civil pueda cumplir una función de reparación y, a la vez, de prevención del daño”*.²¹

Teniendo en cuenta estos parámetros, el autor nos guía a un abordaje interpretativo interesante pues centrará su análisis en los mecanismos procesales de prueba que se deben afianzar en un procedimiento judicial teniendo en cuenta aquello que el derecho de fondo regula.

²¹ Cita del artículo *“El enigma del artículo 1113”* por Benjamín Moisés en *“HOMENAJE A LOS CONGRESOS DE DERECHO CIVIL”*; Tomo III, editorial Advocatus, 2009, pag 148

Así, como principio general se deberá tener en cuenta el principio de: “quien alega un hecho debe probarlo”; por ende el demandante deberá demostrar la “responsabilidad” del demandado. Pero si el demandado quisiera desmitificar esa imputación deberá demostrar su ausencia de culpa o bien la culpa del demandante-víctima para desligarse de responsabilidad, total o parcialmente.

Es decir las partes deberán probar el presupuesto de hecho del derecho invocado como fundamento de su pretensión o excepción.

Por otro lado Moisés analiza el sistema de presunciones legales y explica que lo que diferencia a aquel principio general –técnico procesal-, es que las presunciones son reglas jurídicas sustanciales, esto es, son reglas que han sido creadas para su aplicación en casos determinados independientemente de lo que regularmente mandan a hacer las reglas comunes de naturaleza procesal, por ende funcionan como excepción al principio de prueba de la culpa de los artículos 1067 y 1109 que establecen que no habrá acto ilícito punible sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia; y que en caso de que eso suceda, él o los agentes estarán obligados a reparar el perjuicio.

El art 1113 es extenso y regula varios supuestos. El autor lo subdivide según el tipo de presunciones que consagra cada párrafo; así habrá

a) una presunción absoluta -iuris et de iure- de culpa: responsabilidad por el hecho ajeno (art. 1113, párr. 1°);

b) una presunción relativa –iuris tantum– de culpa: responsabilidad por el daño causado con las cosas (art. 1113, párr. 2°, parte 1ª), y

c) una presunción agravada -la prueba en contrario está limitada a la culpa de la víctima, a la culpa de un tercero por quien no se debe responder: responsabilidad por el daño causado por el riesgo o vicio de la cosa (art. 1113, párr. 2°, parte 2ª).

Es la llamada presunción agravada la que genera mayores discusiones; a las que Benjamín Moisés responde exponiendo que para superar esas dificultades teóricas y doctrinarias no se debe identificar en el artículo una presunción de causalidad pues, el legislador ha regulado allí una verdadera situación de hecho cotidiana pero no contemplada por Vélez;

tratando de legislar circunstancias que suceden en la realidad, que experimentamos o podemos llegar a experimentar por ende, la relación causa-efecto no admitirá cuestionamientos y la única manera de liberarnos de responsabilidad será probando las eximentes que la norma enumera. Estas eximentes, por ende, excluyen la culpa de quien era considerado presunto culpable más no excluyen esa relación de causalidad.

Moisá argumenta de esta manera, su resistencia a elevar a la categoría de responsabilidad civil a la reparación fundada en una mera relación de causa a efecto, pues, siendo el derecho una disciplina ética, es decir, reguladora de conductas humanas, de ningún modo se puede prescindir de la valoración de tales conductas para la imputación de responsabilidad. Podrá existir un deber de reparar impuesto por la ley, mas si no hay culpa, no habrá responsabilidad.

✂ **14. La contractualización de la responsabilidad.** - Lo esencial en la diferenciación de los institutos de la responsabilidad civil y, las divergencias doctrinarias y jurisprudenciales que han surgido, tienen relevancia, en cuanto a tomar una postura que nos permita justificar la asignación de responsabilidad civil y contar con elementos fehacientes en la resolución de cualquier caso.

Las tendencias a la unificación del sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual proponen – como veíamos anteriormente– un esquema superador de las diferencias que históricamente los distinguían. Sumado esto a las concepciones objetivas de reparación de daños sin culpa, configuran un nuevo panorama a la hora de analizar la multiplicidad de situaciones riesgosas que la vida nos presenta.

Juan Espinoza Espinoza nos plantea el siguiente interrogante:

¿Obligación o deber de seguridad? (... o sobre los intentos de contractualizar el deber genérico de no dañar)

El autor expone: “*el supuesto en el cual, a partir de una relación obligatoria, simultáneamente se haya lesionado el deber genérico de no dañar, ha ocasionado no pocos dolores de cabeza a los operadores del*

derecho. En efecto, aquellos que defendían la posición del non cumul, vale decir, la incompatibilidad de ambos sistemas; se aferraban a un tratamiento contractual, argumentando la existencia de obligaciones tácitas de seguridad. Veamos algunos ejemplos: la responsabilidad civil derivada de la muerte (o daños a la integridad) de los consumidores que se encontraban dentro de un local abierto al público (discoteca, supermercado, hotel, entre otros) que se incendia o derrumba (total o parcialmente). ¿Qué tipo de responsabilidad civil es? ¿Tenemos que distinguir aquellos que entraron pagando de aquellos que fueron invitados? ¿Aquellos que ya consumieron de aquellos que todavía no lo hicieron?”²²

Algunos pasajes de resoluciones judiciales que se han presentado en la experiencia jurisprudencial argentina y que el mismo autor nos acerca, muestran el abordaje que se ha dado a estas situaciones. Así, en materia de responsabilidad de espectáculos deportivos, la Sala Penal del TS Córdoba, con resolución del 30/5/03, precisó que:

“Es civilmente responsable la Asociación de Fútbol Argentino en los términos del art. 51 de la ley 24.192 (Adla, LIII-B. 1339) por el daño sufrido por un espectador durante un partido de fútbol perteneciente al campeonato oficial -en el caso, falleció por heridas por arma blanca-, ya que deviene aplicable la teoría de los actos propios porque la primera conducta válida y jurídicamente relevante que adoptó consistió en la contratación de una póliza de seguro que cubría los daños sufridos por espectadores en competencias organizadas por ella, teniendo en cuenta que nadie que no esté obligado a reparar eventuales daños, contrata un seguro”²³.

²² Cita de “Sobre la pretendida entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual o aquiliana” por Juan Espinoza Espinoza, en “HOMENAJE A LOS CONGRESOS DE DERECHO CIVIL”; Tomo III, editorial Advocatus, 2009, pag 346

²³ Cita de “Sobre la pretendida entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual o aquiliana” Ob.cit. pág. 347

Se hace responder a la Asociación de Fútbol Argentino en su calidad de organizadora del espectáculo deportivo y no a la sociedad locadora del estadio “porque el precio de la locación configura un provecho económico pero no la convierte en parte del aparato organizativo”. Por daños sufridos en un local fast food, la Sala D de la Cámara Nacional Civil, con sentencia del 11.03.03, afirmó que:

“La obligación de seguridad por parte de un local de comidas -en el caso, un cliente sufrió lesiones al derramarle otro agua hirviendo allí expedida-, debe garantizar que no sólo lo que el cliente consuma no le provoque ningún daño, sino además velar por su integridad física mientras dure su permanencia allí”²⁴.

Este caso, si se analiza con atención, no es más que una infracción al deber de seguridad (que se encuentra dentro de aquel deber genérico de no dañar), exigible a cualquier gestor (o titular) de un local abierto al público, justificándose por ello la aplicación de la normatividad relativa a la responsabilidad extracontractual.

Espinoza Espinoza sostiene que el crear la obligación general de seguridad es producto de un procedimiento que es muy forzado pues se presume en las partes la voluntad de contraer una obligación, que la mayoría de las veces ni siquiera pasó por su imaginación: *“...en verdad, no se entiende por qué se debe tratar de manera diversa el hecho que un consumidor se caiga en un piso encerado si es que ya adquirió un producto o no, si siempre se ha infringido el deber de seguridad, que se encuentra dentro del deber genérico de no dañar: el hecho de haber realizado la compra no lo “contractualiza”. Por ello, autorizada doctrina italiana afirma que “no hay objetiva incompatibilidad entre la tutela específica de un interés dentro de una relación obligatoria y la tutela genérica de un deber de cuidado ajeno en la vida de relación”.*

²⁴ Cita de “Sobre la pretendida entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual o aquiliana” Ob.cit. pág. 348

El autor nos enfrenta a un panorama superador en donde se pueda recurrir a la vía extracontractual, independientemente que exista un contrato, ya que simultáneamente se ha infringido el acuerdo contractual y el deber genérico de no dañar.

Sin duda, estar atentos y tener en cuenta estas cuestiones nos permitirá no sobrevaluar el sistema de responsabilidad en la consideración de nuestro trabajo.

Parte Segunda
TRANSPORTE BENÉVOLO DE PERSONAS

Capítulo I
La temática del automotor

A. El transporte y sus implicancias

& **15. El automotor como cosa riesgosa.** - El paso del tiempo y los adelantos tecnológicos han incorporado a la vida social los automóviles como medio prácticamente indispensable para el desarrollo en la vida social, en estos tiempos el automóvil pasa a ser una herramienta no solo de trabajo sino también de comodidad para los usuarios que día a día son más quienes implementan su uso.

No puede negarse que el automotor una vez puesto en circulación se considera cosa riesgosa, pudiendo producir daños muchas veces irreparables y dramáticos, que se dan por el solo hecho de desplazarse por lo cual es lógico que quien ha padecido el mismo procure la indemnización correspondiente.

& **16. Clases de transportes.** – El primer paso para comprender el instituto que nos ocupa es diferenciarlo con otros tipos de transportes para poder ir depurando sus características excluyentes.

Podemos distinguir cuatro tipos de transporte: el comercial, el civil oneroso, el gratuito (interesado o desinteresado) y el clandestino.

El transporte comercial es aquel por el cual una parte - llamada transportador- se compromete frente a otra -denominada pasajero- a conducirlo sano y salvo a un lugar y en tiempo predeterminados, a

cambio de una contraprestación que consiste, en general, en un precio en dinero. En él, el transportista ejecuta un acto de comercio, lo hace con cierta habitualidad y tiene fin de lucro.

Entre las obligaciones del empresario transportista figura la de trasladar al pasajero sano y salvo al destino prefijado. Si incumple esa obligación deberá acreditar algunas de las eximentes idóneas para cortar total o parcialmente con el nexo causal presumido entre el hecho ilícito y los daños causados. Éstas máximas quedan consagradas en el art. 8 inc 5 del Código de Comercio, que declara acto de comercio al de transportes de personas por agua o por tierra; y al art. 184 del mismo código.

La jurisprudencia extendió por analogía lo dispuesto en el art. 184 del Código de Comercio -que menciona sólo a los ferrocarriles-, a cualquier otro medio de transporte de personas. En efecto, fue la Cámara Civil 2a. de Capital en 1938, la que lo hizo por primera vez al aplicar el art. 184 al transporte de pasajeros en ómnibus e, igual criterio, fueron adoptando uniformemente los demás tribunales del país. Por lo demás, el art. 184 se aplicó cualquiera fuese el medio de transporte utilizado, como ser las aeronaves, buques, automóviles de alquiler y todo transporte en automóvil, rigiendo siempre que existiese un contrato de transporte. Por lo que, ante la ausencia de una norma expresa sobre el punto se hizo uso de la interpretación analógica del art. 184 con el fin de otorgar la flexibilidad interpretativa que requería la norma para adaptarse a los nuevos tiempos.

La responsabilidad del art. 184 del Código de Comercio rige concretamente para los casos de transporte oneroso de personas, es decir con relación a los pasajeros que han abonado su pasaje o bien son trasladados en virtud de abonos mensuales o semanales.

Nace con éste tipo de transporte una obligación de "resultado": de trasladar al viajero de un lugar a otro sano y salvo (obligación de seguridad); de forma tal que cualquier menoscabo que pueda sufrir el mismo durante el viaje dará nacimiento a la responsabilidad del transportista.

En cambio no será aplicable el art. 184 en los casos de viaje clandestino, o con un billete falso, o perteneciente a otro, o los que lo hacen en viajes que no son los que corresponden al pasaje.

Las eximentes o causales de exención de la responsabilidad del transportista se encuentran taxativamente enunciadas en el art. 184: fuerza mayor (entendida ésta como acontecimiento fuera de la actividad o extraordinario, notorio, inevitable e imprevisible inevitable), culpa de la víctima y hecho de un tercero por quien no deba responder; y ellas consisten, en definitiva, en la demostración de la ruptura del nexo causal.

La prueba de tales eximentes corresponde a la parte demandada, que es quien ante el reclamo indemnizatorio pretende eximirse de su deber de responder ya que la responsabilidad del transportista está presumida, bastándole al damnificado demostrar el contrato de transporte y el nexo causal entre éste y el perjuicio sufrido.

La prescripción de la acción es de un año cuando el transporte se efectuó en el interior del país, y de dos años cuando fue internacional como reglas generales.

El transporte civil oneroso es aquel por el cual una persona, en forma esporádica, se compromete a conducir a otra hasta un lugar predeterminado, sin ajustarse a tiempo alguno. En éste caso no podremos hablar de que haya un fin exclusivamente comercial pero si hay un interés de por medio, es por ello que este tipo de transporte se regula de acuerdo con las normas de responsabilidad contractual.

En el, existe una obligación de resultado, y el transportista deberá llevar al pasajero sano y salvo a destino, caso contrario ante una demanda será el transportador civil el que deberá romper el nexo causal entre el hecho ilícito y los daños ocasionados. Como ejemplos de transporte civil oneroso de pasajeros podemos citar aquellos viajes en los cuales, los transportados, deben abonar dinero para el pago total o parcial de combustible, arreglos mecánicos del vehículo, pago del viaje aunque la suma sea ínfima, etc. La prescripción de la acción entre tanto

será de diez años conforme el principio general en materia de acciones personales.

El transporte gratuito resulta difícil de abordar sin que esto nos provoque algunas dudas pero, podríamos definirlo, como el que se realiza sin contraprestación efectiva de parte del viajero, aunque éste viaja con expresa autorización para hacerlo en virtud de acuerdos precedentes. Lo que en realidad ocurre es que entre el transporte puramente gratuito y el típicamente remunerativo existe toda una escala llena de matices así, puede ser que hablemos de transporte interesado sin que exista contraprestación por parte del transportado, y sin embargo el transportista tiene un interés -habitualmente patrimonial- en la realización de aquél. Es el caso de la empresa que manda a buscar con uno de sus vehículos, a un mecánico especializado para reparar sus máquinas; aquí existe un interés económico indirecto por ende -aunque gratuito-, el transporte no es benévolo. A veces, dicho transporte no constituye más que uno de los deberes resultantes de un contrato más general realizado entre el transportador y el viajero, tal como ocurre en algunos casos particulares como el traslado de posibles compradores a donde se efectúan los remates de lotes, o los que disponen los supermercados ubicados fuera del radio céntrico urbano para facilitar el traslado de los clientes, o los organizados por asociaciones para llevar a los interesados a bailes o reuniones pagas de otro tipo, etc. En otro caso del denominado transporte gratuito, tampoco media contraprestación por parte del viajero, pero existe, sin embargo, un sustento para la utilización no remunerada del servicio que confiere al viajero un verdadero derecho a ser transportado pese a no tener ninguna vinculación contractual con el transportista. En estos casos la empresa de transporte se encuentra obligada a ello o bien por el contrato de concesión, o por otra relación legal o contractual contraída con terceros. Tal lo que sucede con los carteros, o agentes de policía, que pueden viajar en ómnibus sin pasaje; o del niño menor que

lo hace con sus padres; o de los poseedores de pases de libre circulación.

Estos supuestos deben regirse, para el común de la doctrina, por las reglas del contrato oneroso de transporte de personas, pues el pasajero puede exigir que se lo lleve sano y salvo al lugar de destino y se le responda contractualmente por cualquier daño sufrido durante el transporte. No obstante dicho encuadre jurídico aparentemente sencillo se dificulta, cuando el interés que mueve al transportista es de carácter extrapatrimonial; al punto que prestigiosos tribunales han ido modificando su postura, desde la estricta fórmula de que el más mínimo interés hacía perder al transportador su condición de complaciente, hacia otras más liberales y amplias que establecen que si el interés no es patrimonial, es transporte benévolo.

Algunos casos son dudosos y es difícil determinar la línea divisoria. Así por ejemplo, en un ejemplo del maestro Borda; el caso del empleado que su patrón lleva a su lugar de trabajo. Aquí se deberá tener en cuenta si el transporte tenía cierta habitualidad, de modo que podría considerarse como una de las ventajas acordadas -por lo menos tácitamente- en el contrato de trabajo; o si el patrón -aún sin mediar esa habitualidad- tenía un interés personal en llevarlo al obrero en automóvil, entonces no hay transporte benévolo; pero sí lo hay, si se trata de un servicio ocasional y el patrón ofreciera llevar a destino a su empleado sólo como una atención circunstancial.

Tenemos por otro lado, el transporte benévolo, que es por esencia un transporte gratuito desinteresado a diferencia de los casos que analizamos anteriormente. La benevolencia es sinónimo de “buena voluntad”, y coincide en su significación con otras denominaciones también utilizadas por la doctrina: “de complacencia”, “de cortesía”, “amistoso”, “de favor”; entre otros.

El transporte benévolo no ha sido regulado en nuestra legislación de una manera expresa, es por ello que se han generado tantas discrepancias a la hora de conceptualizar esta clase de transporte y de determinar las normas aplicables. Borda por ejemplo expresa su

desacuerdo con considerar transporte benévolo al caso del automovilista que invita a una desconocida a subir a su vehículo para realizar un paseo, pues si bien no existe aquí interés económico, *“...quien insta a una desconocida a subir a su automóvil con fines de diversión y, por tanto, en interés propio, no puede ser juzgado con el mismo criterio de lenidad que quien realiza un acto de cortesía o de contenido altruista. Lo mismo ocurre si el automovilista lleva a un amigo o amiga con el fin de diversión.”*²⁵ En otro de sus ejemplos expone: *“no priva al transporte de su carácter benévolo el hecho de que el transportado tenga a su vez una atención con quien le presta el servicio; como ocurriría con el amigo a quien se lleva a Mar del Plata y se adelanta a pagar el almuerzo o la nafta”*²⁶.

Por último, el transporte clandestino es: *“todo aquel traslado que se efectúa antijurídicamente sin conocimiento del dueño, guardián o conductor del vehículo, y sin que el viajero tenga la intención de obtener el pasaje o boleto correspondiente”*²⁷.

Durante un transporte de tipo comercial, como lo es un viaje en ómnibus, la persona no se considera transportada clandestinamente si ha abonado su boleto y se beneficia del viaje en la medida que ese boleto alcanza a pagar. Con respecto al transporte benévolo, el transporte clandestino se diferencia en que en el último no media generosidad sino que directamente el viajero elude al transportista, por ende, éste desconoce que está transportando a alguien más.

En éste tipo de transporte media ilicitud o antijuridicidad pues la intención del viajero es ser transportado ilícitamente (por supuesto se excluyen los casos amparados por la ley tal como mencionamos anteriormente un policía, un menor, etc.) sin que el conductor conozca

²⁵ Guillermo Borda: Tratado de Derecho Civil, *“Derecho de las Obligaciones”*, Tomo II, Editorial LA LEY, 2008, pag 422

²⁶ Ob.cit. pag 422

²⁷ Fernando Sagarna, *“Una manera impropia de viajar en tren: el transporte clandestino”*
Publicado en: LA LEY1993-E, 518 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 01/01/2007, 403

su presencia y con completo desinterés en abonar una contraprestación por el viaje.

Fernando Sagarna expresa que en los casos de transporte clandestino no se puede tratar de invocar responsabilidad en función del incumplimiento contractual porque es evidente que no ha habido ningún acuerdo entre el viajero lesionado y el transportador; propicia que la vía será la de la responsabilidad aquiliana más no en virtud del 1113 segundo párrafo segunda parte – responsabilidad por el hecho de las cosas- sino en virtud del 1109. Funda su postura partiendo de considerar que aquél (el 1113), es un factor de atribución objetiva que sólo funciona cuando las personas son extrañas a la cosa generadora de los riesgos, en consecuencia es inaplicable cuando lo que se está considerando es el caso en que al dañado es el viajero que se desplaza en el mismo vehículo.

Sagarna deja entonces esta cuestión dentro del ámbito del 1109 pero a manera de última opción, ya que siendo el propio viajero el que potencia la peligrosidad del traslado con su ilicitud; considera la necesidad de tener en cuenta en estas excepcionalidades la asunción del riesgo que ha creado el viajero con su propia conducta antijurídica.

B. Conceptualización

¶ **17. Concepto y características** - Ha sido la doctrina y la jurisprudencia las encargadas de definir y caracterizar al transporte de complacencia realizado por automotores y otros rodados para suplir la omisión del legislador en la materia. No pretendiendo ser redundantes pues no hay mucha diferencia entre lo que los autores enseñan, daremos dos definiciones otorgadas por la doctrina.

Existe transporte benévolo, según Félix Trigo Represas y Rubén Campagnucci de Caso: "*cuando el conductor del vehículo consiente en llevar a otra persona por acto de mera cortesía, con la intención de hacer*

*un favor y sin que el viajero se encuentre obligado a efectuar contraprestación alguna por dicho transporte”.*²⁸

Según Brebbia ,se denomina transporte benévolo a: *“todo aquel que se da cuando el conductor o responsable del vehículo invita (propriadamente dicho) o asiente (complaciente) en conducir a una persona de un lugar a otro por simple acto de cortesía y sin que ésta otorgue o efectúe algo a manera de contraprestación por el traslado”.*²⁹

Resulta interesante al análisis de los elementos que los autores han realizado para determinar las particularidades de este transporte. Vemos aquí algunos ejemplos:

Para Trigo Represas los requisitos son:

1- Manifestación de voluntad del conductor del vehículo, en el sentido de admitir en el mismo a un tercero, sin que interese que la invitación haya partido del transportador o que éste haya accedido a un requerimiento formulado por el viajero u otra persona;

2- La razón de la realización del viaje no debe surgir como una necesidad impuesta por una relación jurídica que una a transportador y transportado, caso por ejemplo, de quien en cumplimiento de sus funciones o tareas, es llevado de un sitio a otro por su patrón o superior;

3- La aceptación de compartir el viaje por el conductor, debe ser hecha como una acto de cortesía o con el propósito de hacer un favor, o sea, que debe existir un interés preponderante por parte del tercero transportado; lo que no sucede si el transportista tuviese el propósito de obtener una ventaja para sí, como conseguir quién le maneje el coche o se alterne con él en la conducción.

4- El viajero no debe estar obligado a abonar un precio o a efectuar cualquier otra prestación, como retribución del transporte.

²⁸ Félix Trigo Represas- Rubén Campagnucci de Caso: *“Responsabilidad Civil por Accidentes de Automotores 2ª”*, editorial Hammurabi, 1986, pag 115

²⁹ Cita de “Responsabilidad civil del transporte ferroviario”,Sagarna, Fernando Alfredo Publicado en: LA LEY1995-A, 654 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 01/01/2007, 235 -Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo III, 01/01/2009, 151

Para Lorenzetti³⁰, resultan requisitos condicionantes del transporte benévolo:

- 1-** Un acto material de colaboración que es el traslado.
- 2-** Que no exista un “consentimiento expreso” porque en ese caso no habría dudas de que hay un contrato.
- 3-** Comportamientos lícitos, porque si fuera una introducción ilícita del pasajero estaríamos en presencia de un transporte clandestino.
- 4-** Un acto de cortesía, lo cual no significa un acto de beneficencia porque sería un transporte gratuito.
- 5-** Que no se de otra relación entre las partes que sea causa indirecta del transporte.

Fernando Ubiría considera que los requisitos condicionantes son solo tres, a saber:

- 1-** El acuerdo de voluntades de los sujetos intervinientes: según el autor es necesario el mutuo consenso en la voluntad exteriorizada de transportarse y ser transportado pero si considera de suma importancia establecer quien fue el que solicitó el traslado pues el juez deberá tener en cuenta para la apreciación del hecho dañoso pues, si la víctima pidió ser transportado en un vehículo en evidente estado de deterioro se configurará de su parte una cierta “culpa”.
- 2-** El *animus benefacendi* del transportador: es la intención de hacer un favor, sin que medie interés alguno en el transportista.
- 3-** La gratuidad o ausencia de contraprestación por parte del viajero: en caso contrario se estaría ante un transporte oneroso ya sea que el viajero abone un precio en dinero o algún otro tipo de contraprestación.

³⁰ Lorenzetti, *Tratado de los contratos*, t 3, p. 722. en Fernando A. Ubiría, “*Reparacion de daños derivados del transporte benevolo*”, 1° ed., bs as, editorial Hammurabi, 2004

Podemos descifrar, de acuerdo a la exposición de estos autores, que el transporte benévolo es por su misma naturaleza, gratuito; pero no basta que lo sea para considerárselo benévolo pues, es preciso además, que sea desinteresado.

Por ende, analizando la institución desde un aspecto negativo, debemos excluir del carácter benévolo a:

a. ciertos transportes que la empresa realiza gratuitamente por imponerle así la concesión, como ocurre con empleados de correos o de policía que suelen viajar en cumplimiento de sus funciones en trenes u otros medios de transporte colectivos.

b. El transporte gratuito o pase libre con que la empresa suele beneficiar a sus empleados, porque esta debe considerarse como una de las contraprestaciones que forman parte del contrato de trabajo.

c. El sistema gratuito de los hijos menores de cierta edad o el boleto sin cargo que beneficia a las familias que han adquirido determinado número de pasajes, porque se trata de incentivos que la empresa ofrece para inducir a los viajeros a ocupar sus servicios.

d. El mero traslado de pasajeros clandestinos pues el dueño o guardián de un vehículo, no debe cuidados a un pasajero que además de ignorado, se ha colocado en una situación ilícita.

El transporte no remunerado contribuye al total de accidentes en nuestro país con un porcentaje relativamente importante.

De Vértiz enumeró los supuestos más frecuentes que, en el caso de transporte de cortesía, tienen lugar; ellos son:

1. El de los niños, más o menos vecinos, que son recogidos por los padres para llevarlos hacia el colegio o desde el mismo hacia los hogares.

2. Los escolares que se encuentran a la vera de los caminos y son llevados por conductores de automóviles,

3. En general, los peatones en los caminos,

4. los amigos o conocidos en centros circunstanciales de veraneo,

5. el que se verifica a la salida de espectáculos,

6. a la salida del trabajo.

Esto nos hace tomar razón de la incidencia del transporte no remunerado. Según constata Marcelo López Mesa, del total de personas transportadas en nuestro país, como mínimo un 7% lo son benévolamente. Se trata de un comportamiento “de gauchada” en simple lunfardo, que encuentra fundamentos en un espíritu, de solidaridad, respecto de quienes necesitan trasladarse pero en ocasiones no disponen de vehículo para llegar a destino o bien en el simple hecho de compartir el viaje, cuando no se justifica que dos personas se trasladen en distintos vehículos a un mismo lugar.

C. Recepción legislativa

✂ **18. Legislación comparada.** - Pocas son las legislaciones que han previsto las consecuencias de los daños derivados de un transporte benévolo.

El Código portugués consagra la irresponsabilidad del transportador benévolo. En los Estados Unidos, la legislación difiere en los distintos estados; algunos exigen la comisión de una falta grave para responsabilizar al transportador, en tanto que otros lo eximen completamente de responsabilidad. En Italia, el Código de Navegación sólo admite la responsabilidad del transportador amigable en caso de dolo o culpa grave, sin embargo se le permiten al dañado invocar todas las presunciones de responsabilidad –contractual o extracontractual.-, sea contra el conductor o propietario del vehículo. En Francia, rige desde 1985, la ley Badinter, que fijó un régimen protector de la víctima. En Alemania, donde no hay ley especial, la jurisprudencia ha decidido que la responsabilidad es extracontractual.

En el Código Civil Chileno, existe una previsión normativa que podría ser interpretada como acogedora de la figura. Se trata del art. 2330, que establece: "La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo

ha sufrido se expuso a él imprudentemente". El artículo regula y sanciona la exposición culposa al daño de parte de la víctima.

✂ **19. Derecho Argentino.** - El instituto no ha sido abordado en el Código Civil, debido a ello, las dificultades en su estudio.

Nuestro derecho positivo contempla la figura del transporte benévolo solamente a través del Código Aeronáutico (ley 17.285) y de la Ley de Navegación (20.094). El transporte por vía terrestre carece de una normativa específica que regule la materia, por lo que dicho vacío es suplido por vía pretoriana y es el principal desafío en éste trabajo.

Pero en primer medida hay que tener en cuenta que el transporte de complacencia que se realiza por tierra no difiere de aquel realizado o efectuado por aire o agua, es decir, que el transporte de personas o de cosas se haga por tierra, por agua o por aire no significa que se trate de distintas figuras sino que, al contrario es siempre la misma. Frente a tal situación, los autores consideran que dadas las características del transporte benévolo, éste debería ser tratado por la ley civil.

Supuestos expresamente contemplados:

1- Código Aeronáutico (ley 17.285)

El Código Aeronáutico argentino se ocupa de nuestro transporte bajo la denominación unitaria de "transporte gratuito", en dos artículos en particular: El art. 163 establece que "en caso de transporte aéreo gratuito de personas la responsabilidad del transportador será la prevista en el Capítulo I de este Título (la ordinaria del transportista aéreo). Si el transporte aéreo gratuito de personas no se realiza en un servicio de transporte aéreo, la responsabilidad civil del explotador está limitada por persona dañada, hasta trescientos argentinos oro, de acuerdo a la cotización que estos tengan en el momento de ocurrir el hecho generador de la responsabilidad. Dicha responsabilidad puede eximirse o atenuarse por convenio expreso entre las partes".

El art. 164, por otro lado, establece que “el transportador no es responsable si concurren las circunstancias previstas en el art. 142”; es decir, si han tomado las medidas necesarias para evitar el daño o que le fuese imposible tomarlas”.

2- Ley de Navegación (20.094)

De acuerdo a lo establecido por el artículo 317 de la Ley de Navegación 20.094, el transportador debe ejercer una “razonable diligencia” para poner el buque en estado de navegabilidad, armándolo y equipándolo convenientemente, y para mantenerlo en el mismo estado durante todo el curso del transporte, a efectos de que el viaje se realice en condiciones de seguridad para los pasajeros. Es responsable de todo daño originado por la muerte del pasajero o por lesiones corporales, siempre que el daño ocurra durante el transporte por culpa o negligencia del transportador, o por la de sus dependientes que obren en ejercicio de sus funciones.

También hay que tener en cuenta que la culpa o negligencia del transportador o de sus dependientes se presume, salvo prueba en contrario, si la muerte o lesiones corporales han sido causadas por un naufragio, abordaje, explosión, incendio, o por hecho relacionado con alguno de estos eventos (art. 330).

Capítulo II

Abordaje del Instituto

A. Cualidades jurídicas

1) Naturaleza jurídica.

A esta altura interesa si los daños que puedan ocasionarse a la persona transportada benévolamente, dan o no origen a responsabilidad civil y, en caso afirmativo, si ésta es contractual o extracontractual.

Surgen así distintas vertientes doctrinarias que intentan abordar el tema: teorías negativas, contractualitas y de responsabilidad extracontractual.

⌘ **20. Teorías negativas.** - Una primera tendencia ha considerado que éste tipo de transporte no da nacimiento a vínculo jurídico, o cuando las relaciones entre transportador y transportado son insusceptibles de coerción y no entran, por ello en el campo del derecho, sino en el de la sociología; por estas razones, no habrá acción resarcitoria mientras no medie un delito.

⌘ **21. Teorías contractualitas.** - Para algunos autores, el transporte benévolo configura un verdadero contrato, siendo pues contractual la responsabilidad civil originada por daños acaecidos durante el transporte, lo cual no sería más que una forma de incumplimiento.

Dentro de ésta tendencia sostienen los autores franceses Savatier, Perreti-Griva y Aguiar Díaz que, cuando el transporte es hecho con el consentimiento, o a pedido del interesado; hay nítidamente caracterizado un contrato: *“Quien recoge a una persona en su vehículo se compromete a transportarla o, por lo menos, se obliga a no hacerla descender intempestivamente en el camino, dejándola sin recursos para alcanzar su destino. Se trataría en suma, de un contrato innominado, con similitudes con el mandato; contrato gratuito y esencialmente revocable*

*aunque también está restringida la voluntad del mandatario que no puede desobligarse en forma inoportuna o inesperada*³¹.

La aceptación de estas teorías contractualistas se traduce en una moderación de la responsabilidad del transportista, investigando las intenciones de las partes para graduar la asignación de culpa conforme las expectativas que tuvo cada parte al solicitar o aceptar el traslado

Entre nuestros doctrinarios conocidos, Mosset Iturraspe es un gran defensor de ésta teoría, justamente haciendo reseña a la tesis contractualista francesa: *"La benevolencia, la complacencia o la gratuidad no son obstáculos para que se forme un contrato. También la donación, el mandato, el depósito son o pueden ser gratuitos. La prestación del transportista, en este contrato atípico, es susceptible de apreciación pecuniaria, art. 1069 del Cód. Civil. Y la conciencia de contratar o animus negotii contrahendi real no presumida, no es requisito inexcusable: piénsese en la limosna que se dá a un pobre, a su pedido, que es un contrato, aunque las partes no lo sepan..."*³²

Otra variante de fuente francesa dentro de la misma corriente contractualista, es la que pretende que el transporte gracioso no es más que un tipo de transporte reglamentado en la legislación comercial.

Esta postura ha sido fuertemente rebatida en la doctrina.

Trigo represas expresa que estas tesis no pueden superar un escollo inicial: *"la invitación o conformidad del conductor del vehículo, para transportar desinteresadamente a otra persona, no constituye una declaración de conformidad con significado jurídico, pues aquél solo entiende realizar un acto de mera cortesía; y si no hay intención de obligarse no puede pretenderse que exista un acuerdo de voluntades destinado a reglar los derechos de las partes, que dé nacimiento a vínculos obligacionales. Se trataría simplemente de una situación*

³¹ Cita de *"Responsabilidad Civil por Accidentes de Automotores 2ª"*, Félix Trigo Represas-Rubén Campagnucci de Caso", editorial Hammurabi, 1986, pag119

³² Cita a artículo publicado en "LA LEY", 1991-E, 440 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 01/01/2007, 399; "¿El transportado gratuitamente viaja a riesgo y ventura? (La asunción o aceptación del riesgo como falacia jurídica)" por Mosset Iturraspe, Jorge

*potestativa del transportista, que de obligación no tiene por tanto, nada. Su existencia como tal depende precisamente, de la exclusiva voluntad del propio obligado, quién en consecuencia, realizará o no el acto según su libre arbitrio....el transporte gratuito da siempre origen a una relación jurídica, como lo ponen de manifiesto, precisamente, las normas que reconducen la responsabilidad del porteador a la que es propia del transporte oneroso, mientras que el transporte amigable no da lugar a relación jurídica, o por lo menos a la relación contractual. De ello deriva, para éste último caso, que una promesa de transporte amigable no obliga ni es coercible, y es siempre revocable, sin que el promisorio tenga título para pedir el resarcimiento de la eventual responsabilidad contraída por la persona que transporta a otra por amistad o cortesía”.*³³

Borda, por otra parte, acude a las palabras de Josserand y expresa, que como aquél autor manifiesta: *“todo contrato implica la voluntad de ligarse, el animus negotii contrahendii, la voluntad de hacer un negocio y, atendiendo a lo que prescribe el art 944, en el transporte benévolo, no hay ni siquiera vestigios del propósito de producir efectos jurídicos, de contraer derechos u obligaciones. Todo lo que hay es un acto altruista, un servicio que responde a un sentimiento de amistad o de solidaridad humana”.*³⁴

& 22. Teoría de la responsabilidad extracontractual. -

Descartada la responsabilidad contractual, ello no significa que la víctima de un accidente acaecido durante un transporte benévolo quede sin derecho a reclamación alguna. Por el contrario, las normas comunes atinentes a la responsabilidad extracontractual resultan de aplicación y, muy especialmente el art. 1109 CC, en cuanto sanciona la obligación de

³³ Cita de “*Responsabilidad Civil por Accidentes de Automotores 2ª*”, Félix Trigo Represas-Rubén Campagnucci de Caso”, editorial Hammurabi, 1986, pag 121

³⁴ Guillermo Borda: Tratado de Derecho Civil, “*Derecho de las Obligaciones*”, Tomo II, Editorial LA LEY, 2008, pag 423

reparar el perjuicio, a cargo de “Todo el que ejecute un hecho, que por su culpa o negligencia ocasione un daño a otro...”

Pero aún dentro de ésta tendencia, surgen diferencias de opinión relativas a las normas que regulan la responsabilidad del culpable, y si a éste hay que considerarlo obligado en la misma forma que el autor de una falta común, dada la índole desinteresada del transporte benévolo respecto del transportista.

En una posición extrema, la teoría de la asunción del riesgo, invoca que la persona se somete voluntariamente a los peligros que implica un transporte de cortesía por ende, en caso de siniestro no puede invocar su propia culpa para pretender reparación; además sería contrario a todo sentimiento de justicia, tratar con igual severidad al que presta un servicio con miras en una retribución, que al que lo hace sin interés alguno, graciosamente y por pura complacencia. Una postura más atenuada distingue entre riesgos que son propios de la actividad de los impropios o extraordinarios. Los primeros son aquellos riesgos que resultan “normalmente” de la actividad desarrollada; de forma tal que la víctima sólo tendrá derecho a ser indemnizada en caso de que el daño sobrevenga por riesgos extraordinarios.

Pero no debemos olvidar conforme lo exponíamos en la primera parte de éste trabajo, que a partir de la ley 17711 se incorporó a nuestro código la teoría del riesgo creado, por ende puede resultar aplicable al artículo 1113, en especial en su segunda parte que remite a la responsabilidad por el hecho de las cosas. Esta postura de raigambre francesa tiende a proteger a las personas de los peligros que las cosas mismas conllevan. Es así que el transportado benévolamente podrá resguardarse en las presunciones que la ley establece en su favor.

Como consecuencia esta visión no admite la “aceptación de los riesgos” primero porque es contrario al orden público ya que nadie puede renunciar a un derecho por adelantado y, segundo, porque si la persona supiera las repercusiones negativas que se generarán debido a la gratuidad, directamente no hubiera accedido a ser transportado; es

decir, nadie piensa en que va a accidentarse. Así, dado que el transportado no tiene el control del transporte, en principio será el porteador el que debe controlar la situación diligentemente, sin perjuicio de que los jueces tengan en cuenta la existencia de hechos imprevisibles e inevitables o la colaboración culposa de la víctima en el siniestro.

Jorge Mosset Iturraspe dentro de nuestra doctrina, además de apostar por la naturaleza contractualista, es también un denostador de la teoría de asunción de riesgos: *“Tal vez el más odioso de todos ellos, el menos realista, y, por ende hijo de una visión ficcionista del Derecho, es aquel que libera al dañador, en el caso al que transporta a otro benévolamente, gratuitamente, con base en la argumentación de la aceptación de los riesgos. Esta tesis supuestamente humanitaria, reconoce variantes: desde una exposición generalizada o extensiva que apunta a liberar a todo transportista gratuito, por entender que el viajero que no abona la contraprestación dineraria asume los riesgos de la no profesionalidad del transporte, a una visión mucho más limitada, que contempla todo un espectro de posibilidades, en las cuales aparece siempre una cierta “culpa del transportado”, que da pie a la ubicación del tema en la aceptación del riesgo:*

- persona que solicita ser transportado por un desconocido;*
- transporte efectuado por una persona en estado de ebriedad, con conocimiento del pasajero;*
- transporte solicitado a quien tiene fama de conducir a exceso de velocidad; etc., etc.”³⁵*

No podemos sin embargo, dejar de mencionar que hoy la doctrina y jurisprudencia hacen uso de “la culpa concurrente”, un recurso que si bien no es propio del régimen relativo al transporte benévolo -ya que éste no ha sido regulado-, permite atender más a las circunstancias de

³⁵ Cita a artículo publicado en “LA LEY”, 1991-E, 440 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 01/01/2007, 399; “¿El transportado gratuitamente viaja a riesgo y ventura? (La asunción o aceptación del riesgo como falacia jurídica)” por Mosset Iturraspe, Jorge

cada caso sin atentar tan rudamente contra los principios de justicia y equidad.

2) Encuadramiento Jurídico

✂ **23. El encuadre bifásico.** - Partiendo de la base de considerar al transporte benévolo de naturaleza extracontractual en función de la clara desvirtuación que han sufrido el resto de las teorías; es necesario determinar su encuadramiento en una norma jurídica. El problema se plantea en virtud de la reforma de la ley 17711 que, como comentábamos con anterioridad, incorpora a nuestro código todo un sistema de presunciones ante situaciones de responsabilidad objetiva.

Si aplicamos entonces al art 1109 nos guiaremos por las tesis subjetivas y por ende habrá que demostrar que fue la actuación culposa del conductor la que ocasionó el accidente y que el daño reconoce su causa eficiente en el hecho del transporte.

Si consideramos que la norma aplicable es el art 1113 –opinión mayoritaria de la doctrina- haremos hincapié en que la obligación de responder por el daño causado halla su fundamento en el riesgo o vicio de la cosa, sin que sea un impedimento a su aplicación el que la víctima fue transportada benévolamente pues como en algunos fallos se ha resaltado, “en donde la ley no distingue, no debemos distinguir”. Según esta tendencia, el automotor en movimiento ha sido calificado como una cosa riesgosa y, dado que el art 1113 introduce la teoría del riesgo creado, debe desvincularse la conducta del sujeto porteador de una cosa riesgosa de la noción subjetiva y aplicarse la presunción allí establecida que, únicamente cede, cuando el daño reconozca su causa en la conducta culposa de la víctima o en la de un tercero por el que no se debe responder.

El art 1113 encuentra sustento en el artículo 19 de la Constitución Nacional derivando racionalmente el derecho a no ser dañado y ser reparado es por ello que encuentra sólido respaldo en la jurisprudencia.

Frente al valor integridad de la vida humana, cualquier fundamento se debilita tanto la teoría de asunción de riesgos como los fundamentos de equidad y moral y la posibilidad de encuadrar los hechos como contratos de transporte gratuito. Todo ello complica la situación del transportista quien, como decíamos con anterioridad, no solo deberá soportar la inversión de la carga probatoria sino que también no será suficiente para eximirse la prueba de un actuar diligente pues tendrá que probar además alguna de las eximentes que la propia ley establece.

Sin embargo, por sobre todas éstas razones, señala repetidamente la doctrina que la regla de la presunción de culpa, en el supuesto de daños por el “hecho de las cosas” en virtud del 1113, ha sido para proteger a las personas que son víctimas de ellas, en razón de los peligros que comportan, por ello, si las personas que sufren un daño se estaban sirviendo de las cosas al tiempo del accidente, la presunción de responsabilidad no debería jugar, porque la víctima al participar de su uso se ha asociado en cierta manera al guardador, corriendo en común con los peligros que le son propios.

✂ **24. El artículo 1113 y sus implicancias.** – La cuestión del encuadre jurídico no es, sin embargo, tan pacífica como parece ser. Es que al recorrer el análisis de la responsabilidad civil en el transporte benévolo nos encontramos con multiplicidad de dificultades debido a la inexistencia de regulación específica; a lo que cabe sumar el crisol interpretativo del artículo 1113 por causa de la infortunada redacción de la norma. No hay duda que el legislador ha querido pulir e integrar el sistema de responsabilidad objetiva para dar reflejo jurídico a aquellos daños causados con cosas o por cosas pero la semántica utilizada a dado lugar a muchos debates.

El artículo 1113 prescribe:

1^a párrafo: 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 que se sirve o tiene a su cuidado.

2ª párrafo: en los supuestos de los daños causados **con las cosas**, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa (1ª parte); pero si el daño hubiese sido causado **por el riesgo o vicio de la cosa**, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. (2ª parte).

3ª párrafo: si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable.

Dentro del artículo 1113 el daño causado con un vehículo encuadra en el segundo párrafo pero, ¿se trata de un daño causado con la cosa o por el riesgo o vicio de la cosa?

Una parte de la doctrina considera que quedaba regido por la primer parte del art. 1113 del Cód. Civil, es decir que debía ser tratado como daño "con" la cosa y no por el "riesgo" de la cosa.

Otra corriente, entiende que el automotor sólo crearía un riesgo en virtud de un "acto anormal", es decir por haber quedado la cosa fuera del control del guardián -por su riesgo o vicio-. Esta postura no considera al vehículo como cosa peligrosa en sí misma sino más bien, según las circunstancias que propician su peligrosidad.

Finalmente otra tendencia – con gran nivel de adhesión- entiende que el perjuicio provocado por un automotor constituye un supuesto típico de daños causado por vicio o riesgo. El argumento es que el automotor es, desde que se pone en funcionamiento, un creador de riesgo potencial. En adhesión, dice así Trigo Represas: *"El automovilista no es el dueño absoluto de su máquina, la máquina lleva en sus flancos una fuerza que el hombre crea, acciona y dirige, pero cuyos efectos no puede prever ni limitar; es lo que se llama, con bastante impropiedad por otra parte, el "dinamismo propio de la máquina"; de esa fuerza, de la velocidad que es efecto de la misma, el automovilista no es plenamente dueño....Cualquiera que conduce un automóvil está en condiciones de*

asegurar que ello no es exacto. Cuando se sobrepasa determinada velocidad, el vehículo no gira en la forma en que se lo quiere hacer doblar, o no se detiene en el espacio en que lo necesita la voluntad del conductor, accionando sobre los frenos en presencia de un peligro inmediato, o cambia de dirección y de postura si lo quiere mantener derecho, o produce el estallido de un neumático; en suma, hace todo aquello que el conductor no desea y no espera, porque necesita lo contrario”³⁶.

Por supuesto que será objeto de este trabajo tomar una postura sobre el tema, por eso consideramos adecuado adentrarnos un poco más en el análisis de este segundo párrafo pues esto es de gran relevancia al momento de determinar las posibilidades de eximirse de responsabilidad.

Así cuando hablamos de daño “con la cosa” se hace referencia a aquellos perjuicios sufridos mediante una conducta activa del dueño – o guardián-, hay un quehacer humano que controla la cosa; es por ello que el presunto responsable se libera demostrando que se comportó diligentemente o sin culpa.

Pero el análisis de la segunda parte es un poco más delicado. La primera dificultad es determinar si riesgo y vicio son o no conceptos equivalentes. El riesgo se funda en la naturaleza peligrosa de una cosa al ser puesta en movimiento; mientras que el vicio supone un defecto de fabricación o funcionamiento que la hace impropia para su destino normal, es por tanto ese defecto lo que la hace fuente potencial de daño. Coincidimos en este caso con Orgaz en que el “vicio” supone la culpa del dueño del vehículo pues el daño deriva de la falta de prudencia al utilizarlos sin estar en condiciones óptimas, agravando así el potencial riesgo que su uso normal supone. Por esto el daño ocasionado por vicio, quedaría mejor encuadrado en la primera parte del segundo párrafo y el conductor (dueño o guardián) sólo tendría que probar que de su parte no hubo culpa en la guarda o conservación de la cosa. Por supuesto que

³⁶ Cita del artículo “Dueño y guardián en la responsabilidad civil por daños causados por automotores”, Trigo Represas, Félix A., **publicado en:** LA LEY1981-A, 691 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 01/01/2007, 1139

esta interpretación no desliga completamente al conductor pues la víctima podrá escudarse en “el riesgo de la cosa” para lograr la reparación. Por ello Orgaz incluye los daños causados por automotores dentro de las cosas riesgosas, desapareciendo así, la distinción entre accidentes causados por defectos de conducción y los ocasionados por el riesgo mismo que la cosa entraña.

Dada estas contingencias es que la doctrina ha considerado la inconveniencia de la diferenciación entre riesgo y vicio.

Todas estas cuestiones interpretativas no pasan de ser meras discusiones doctrinarias al momento de aplicar el artículo a algunos casos particulares e incluso su rigidez puede ser aceptada en circunstancias donde se vislumbra claramente el fin protectorio de la ley, por ejemplo si una maceta ha sido colocada de tal forma en un balcón que cae a la vereda y lesiona a un transeúnte; pero cuando nos referimos a transporte benévolo tienen gran relevancia.

Suponiendo que el conductor ha sido diligente tanto en la conservación como el uso del automotor pero la condición de la ruta - por estar dañada o resbalosa- ; o bien la explosión repentina de un neumático, provocan que pierda el control ocasionando daños al transportado solidariamente... ¿Es justo imputar como responsable al transportador benévolo? Pero, ¿y si el transportador iba a una velocidad excesiva? o ¿Si su vehículo no cumplía con las normas básicas de seguridad?

Estos simple interrogantes nos hacen ver que en materia de transporte benévolo las circunstancias concretas resultan ser de suma importancia y que no siempre parece “justo” invocar “el riesgo” para proteger a la víctima cuando ha habido de por medio un gesto solidario; más aun cuando se observa que las eximentes a probar de la primera a la segunda parte del artículo 1113 se agrava considerablemente pues la norma sólo admite la prueba de la culpa de la víctima o de un tercero por el que no debe responder, aunque la mayor parte de la doctrina coincide que también debe ser causa de excusación el caso fortuito o de fuerza mayor exterior o extraño a la cosa pues éste rompe el “casus” o

nexo causal ente el daño y la responsabilidad generada ya que no proviene del vicio o riesgo de la propia cosa.

Es interesante también destacar la posición de Bustamante Alsina quien opina: *“En el supuesto del transporte benévolo, aunque sea la propia víctima la que accione contra el transportista, tendrá que basarse obligatoriamente la pretensión en la responsabilidad aquiliana, y, según nuestro criterio, no podrá hacerse uso del art. 1113, párr. 2º, parte 2ª del Cód. Civil, pues el mismo se mecaniza para los terceros, como los peatones, que son externos al riesgo creado por el vehículo transportador”*.³⁷ De esta manera excluye directamente el encuadre jurídico dentro del 1113.

Podremos enunciar un gran abanico de posturas que denotan las complicaciones prácticas que trae aparejada la aplicación del artículo 1113 en general y por sobre todo al transporte benévolo que es el objeto de nuestro trabajo pero lo importante es dar muestra del problema que genera la falta de regulación del instituto y las complicaciones al intentar encuadrarlo en el artículo 1113.

3) Responsables

& 25. Responsabilidad del titular registral del vehículo. Antes de la reforma de la ley 17.711 existían sobre este punto dos normas legales no del todo concordantes: el art. 1133 del Cód. Civil, que establecía una presunción de culpa contra el propietario de la cosa y el art. 1113 del mismo Código, que daba pie para pensar que tal responsabilidad sólo existía cuando el propietario conservaba la guarda de la cosa, ya que ponía el deber resarcitorio a cargo de quien "se sirve" de ella o "la tiene a su cuidado".

³⁷ *“El transporte civil oneroso de personas y los daños y perjuicios”*, Sagarna, Fernando Alfredo, LA LEY 1996-D, 289 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 01/01/2007, 251

La reforma de 1968 agregó a este último artículo que: “se atribuye la responsabilidad de los daños causados con o por las cosas al dueño o guardián”.

El régimen de la propiedad de los automotores establece que para ser propietario de vehículos se requiere estar inscripto como tal en el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor; siendo dicha inscripción constitutiva del dominio, puesto que la transmisión sólo produce efecto entre las partes, y también frente a terceros, desde la fecha de su inscripción ; de forma tal que, aunque medie entrega de la posesión, no obstante no se opera la transmisión si no se inscribe el título respectivo. Por ello es que se ha sostenido, que será responsable por los daños ocasionados a terceros, el propietario inscripto del automotor aun cuando hubiese entregado la posesión del mismo a otra persona.

Al mismo tiempo el decreto regulatorio de la adquisición y transmisión de automotores parece asignar, en art. 27, responsabilidad a la persona que figura como titular en los registros. Según la doctrina esto significa que, con el fin de proteger a la víctima, no será oponible a ella cualquier convención o negocio jurídico informal o en curso de ejecución por el cual el titular intente eximirse de responsabilidad.

Sin embargo, la jurisprudencia actualmente mayoritaria ve en la norma una presunción de propiedad "iuris tantum", susceptible de demostración en contrario; por lo que no puede hacerse cargar al primitivo dueño con las consecuencias civiles de los daños ocasionados por un vehículo, cuando hay prueba suficiente de que el mismo se desvinculó de su guarda, comprometiéndose a la venta del vehículo y transmitiendo la posesión al adquirente. Dicha postura es considerada contraria a la letra del texto legal pero sin embargo es vista como una solución más justa y equitativa desde el momento en que permite excusar al dueño cuando él no ha intervenido ni directa ni indirectamente en la causación del daño o bien invocar una responsabilidad solidaria de ambos.

& 26. Responsabilidad conjunta o alternativa del dueño o guardián. - La dificultad de aplicación lisa y llana de las disposiciones registrales, se encuentra justamente en relación a lo circunscrito por el art. 1113 y la posibilidad de determinar en qué casos son aplicables sus prescripciones. Y, en estrecha relación con lo anteriormente comentado se encuentra el tratar de configurar el fundamento de asignación de responsabilidad de aquél transportista no propietario del vehículo.

Por supuesto que lo primero que observamos en los artículos doctrinarios es un nuevo factor de discordia, esto es, determinar qué se entiende por guardián. Al respecto se han generado diversas teorías que conceptualizan el término siendo esto trascendental a la hora de determinar el responsable del hecho dañoso. Así tendremos las teorías de: A) Guarda material: es quien tiene materialmente la cosa en su poder y puede hacer uso de ella; B) Guarda provecho: sostiene que guardián es quien aprovecha, usa y obtiene de la cosa, un beneficio, económico, personal, de placer. C) Guarda jurídica: quien tiene sobre la cosa un derecho o poder jurídico de dirección; siendo indiferente que lo ejercitase por si mismo o por intermedio de sus dependientes, o no lo usare; pero el propietario puede transmitir su derecho de dirección y vigilancia sobre la cosa a otra persona, mediante un negocio jurídico idóneo a ese fin -locación, comodato, etc., convirtiendo así a este último en guardián de la cosa. D) Guarda poder de mando: para esta opinión "guardián" es el propietario o quien de hecho ejerza un poder de mando con relación a la cosa, sin que interese que tal poder derive o no de un derecho sobre la misma ni que sea necesario tener la cosa en propias manos, atento que basta con que se mantenga la posibilidad de establecer y dirigir su destino.

Trigo Represas nos da su opinión y entiende que el concepto de guardián resulta del propio art. 1113 -1º párr.- y que la guardia significa servirse de la cosa en el sentido de aprovechar o valerse de ella en interés de uno mismo lo que conlleva ínsitamente el poder de dirección o cuidado de la cosa.

La importancia de determinar quién es guardián es relevante puesto que en última instancia esto permite constatar quién es el legitimado pasivo en la reparación de los daños. Algunos autores como Trigo Represas, creen en la responsabilidad indistinta del dueño o el guardián frente a la víctima; lo cual posibilita a aquélla dirigir su acción por el todo contra cualquiera de éstos pues en última instancia ambos responderán solidariamente.

Para otros, como Orgaz, la responsabilidad es alternativa: o del titular registral o del poseedor actual. Así, el segundo párrafo regula los daños causados por el riesgo de la cosa -descartando el hecho del vicio teniendo en cuenta que en realidad el vicio por sí mismo entraña la culpa del dueño o guardián - y los daños provocados con la cosa; esto es, accidentes causados por defectos de conducción y los ocasionados por el riesgo mismo que la cosa entraña. Por lo que en ambos casos -según lo que el mismo artículo expone-, el titular registral podría desvincularse probando que ha perdido la guarda del automotor y su facultad de dirección o mando; e invocando como eximentes: a) que de su parte no hubo culpa o bien b) la culpa del tercero por quien no debe responder, según se trae de daño con la cosa o por el riesgo de la cosa respectivamente. Por ello el autor propicia que, la responsabilidad, nunca será acumulativa porque si el titular registral no prueba tales eximentes deberá responder íntegramente.

& 27. Daño ocasionado por el dependiente. - Hasta el momento teníamos en consideración situaciones simples en donde el guardián resulta ser un tercero extraño al propietario del vehículo ya sea porque lo ha vendido sin trasferir el dominio o se lo han robado o lo ha dado en comodato, etc.

Pero... ¿que sucede cuando el guardián es un dependiente?

A la conclusión que ha llegado la doctrina es que las eximentes de responsabilidad del dueño sólo operarían en caso del uso de la cosa por un tercero no dependiente. Esto es así porque, suponiendo que el propietario no resultase obligado al resarcimiento por aplicación del

régimen de la responsabilidad por daños causados por las cosas, sí podría serlo por el sistema de responsabilidad indirecta por el hecho de los dependientes.

Jorge Adolfo Mazzinghi expone su postura realizando un análisis de un fallo de la Suprema Corte de Mendoza y adhiriendo a la doctrina sentada en el fallo. El autor afirma así que la última parte del art. 1113 del Código Civil, debe interpretarse con un criterio restrictivo, esto significa que, no será suficiente que el dueño del transporte con el que se ha generado el siniestro en ocasión de transporte de benevolencia demuestre que impartió directivas contrarias a un uso determinado. Para eximirse de la responsabilidad objetiva que regula el art. 1113 el dueño tiene que acreditar que la cosa salió de su dominio, que escapó a su control sin culpa de su parte: *“Una interpretación amplia de la excepción establecida en la parte final de la norma recordada equivaldría a favorecer la alegación de la propia torpeza del dueño o del guardián.*

Es que sería absurdo que aquéllos a quienes la ley reputa responsables pudieran desligarse del deber de reparar a partir de un descuido en la guarda, o por el hecho de haber adoptado medidas de control ineficaces que facilitarían que la cosa fuera utilizada en contra de su voluntad.

*El agente de policía que deja su arma reglamentaria al alcance de terceros, o el automovilista que deja el automóvil en marcha, o con las llaves puestas, no pueden eximirse de responsabilidad alegando que el revólver fue disparado por un tercero o que el rodado, al provocar ciertos daños, era conducido por el ocasional ladrón”.*³⁸

Para Mazzinghi la excepción que consagra la parte final del art. 1113 del Código Civil sólo funciona en aquellos casos en los que la utilización de la cosa opuesta a la voluntad y a los designios de su dueño, aparece como inevitable para él. Si, a pesar de los cuidados más diligentes, el propietario o el guardián resultan apartados del dominio o de la custodia de la cosa riesgosa, entonces sí es lógico para el autor,

³⁸ Mazzinghi, Jorge Adolfo, “Responsabilidad objetiva: uso de la cosa contra la voluntad del dueño y la asunción del riesgo”, publicado en: LA LEY 1995-E, 205 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2007

eximirlos de la responsabilidad por los daños que ésta pudiera ocasionar mientras se hallaba en poder del usurpador.

En estrecha relación con esta postura Marcelo López Mesa expone: *“cuando la cosa ha servido para favorecer a una persona que luego ha resultado dañada por un infortunio, los presupuestos de hecho cambian de tal modo que la ley deja de ser aplicable”*³⁹. Propicia por ende adjudicar responsabilidad al dueño del vehículo conducido por otro aunque no en los términos de la responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa sino en la 1ª parte del 1113, es decir por la responsabilidad indirecta por el hecho de otro que, asume, quien permite que otro conduzca un vehículo de su propiedad. Las consecuencias de esta postura serían que, el damnificado, deberá probar la culpa del conductor y los presupuestos para el encuadramiento del supuesto en un caso de responsabilidad refleja.

Borda también piensa que el propietario de la cosa con la cual se hizo daño no debe responder si se utilizó para prestar un servicio gratuito. Considera que en tal situación, los presupuestos de hecho cambian de tal modo que la ley deja de ser aplicable.

& 28. Intervención dañosa de un tercero

En reiterada jurisprudencia se ha rechazado la asignación de responsabilidad al transportador benévolo si el evento dañoso no reconoce su causa eficiente en el hecho del transporte y el transportador no ha sido culpable, sino que el daño se debió a la actuación culposa de un tercero. Por supuesto que la jurisprudencia ha requerido también que la conducta del tercero constituya el único factor causal del daño para desvincular totalmente al transportista.

Ésta es una solución considerada ajustada por la doctrina pues, si en aquellos transportes en que existe la obligación de seguridad se eximen de responder cuando los hechos de terceros configuren supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, con más razón se liberará al transportador benévolo en las mismas circunstancias.

39

Capítulo III

Repercusiones doctrinarias y jurisprudenciales

A. Cuestiones problemáticas

§ **29. La obligación de seguridad y el deber de seguridad.** – La obligación de seguridad puede definirse como *“aquella en virtud de la cual una de las partes contractuales se compromete a mantener al otro contratante en su persona y bienes, sano y salvo con relación al cumplimiento de las obligaciones a su cargo”*⁴⁰.

Por ende está íntimamente relacionada con la preexistencia de un vínculo contractual de forma tal que se comporta como obligación accesoria. Los autores la definen como un deber de garantía implícito en la relación contractual y que está comprendida dentro del efectivo cumplimiento de la prestación pactada, por ende en materia de transporte podremos verificar, sin duda alguna, que estará presente y tendrá plena validez en el transporte oneroso e interesado pues hay aquí un pacto o acuerdo por el cual el transportador o porteador se obliga a satisfacer íntegramente el interés del pasajero, esto es llegar sano y salvo a destino.

Al circunscribir la obligación de seguridad al campo contractual seguramente nos preguntaremos que sucede en los casos extracontractuales y particularmente en el transporte benévolo.

Se ha sostenido que el transportador benévolo no puede cargar con una obligación tácita de seguridad si no existe una cláusula expresa que la imponga, pues ello resulta de la propia naturaleza del acto benéfico, pero lo usual es que el damnificado intentará obtener su reparación en virtud del principio *alterum non laedere* que rige justamente en el campo de la responsabilidad aquiliana.

⁴⁰ MAYO, Jorge A., "Sobre las denominadas obligaciones de seguridad", LA LEY, 1984-B, 949 y sigtes.

Pero...¿cuál es el límite de esta garantía?

Uno de los puntos en consideración para determinar la “extensión” del deber de seguridad es distinguir las obligaciones de resultado de las de medios. El distingo entre obligaciones de medios y de resultado permite en principio delimitar el factor de atribución aplicable, así la responsabilidad es subjetiva en los deberes de medios, y objetiva en los de fines.

En las obligaciones de medios, el deudor se obliga a prestar una conducta diligente tendiente a satisfacer el interés del acreedor, pero sin asegurar el logro del mismo, entonces puede afirmarse que en ellas el deudor cumple prestando una conducta diligente (no culpable), e incumple si, por el contrario, actúa negligentemente. Es decir que incumplimiento y culpa son sinónimos en las obligaciones de medios, y justamente por esto el factor de atribución de la responsabilidad es, subjetivo. En un ejemplo más que clásico: el médico no se compromete a curar al paciente, sino sólo a desarrollar una conducta diligente tendiente a lograr su curación.

En las obligaciones de resultado, el deudor, debe obtener el resultado esperado por el acreedor y dar satisfacción así a su interés final. El cumplimiento no se produce aquí con la mera prestación de conducta diligente: es menester alcanzar el resultado, y si esto no sucede, el deudor incumple, aun cuando haya actuado de forma no culpable. Por lo tanto, la culpa queda fuera de cuestión, y nos encontramos entonces ante un supuesto de responsabilidad objetiva lo que significa que aquella se presume y es el obligado quien debe acreditar que no fue culpable para eximirse de responder.

Bajando esta concepción a nuestro trabajo deducimos que en el transporte benévolo el transportador no se obliga en principio a un resultado final, simplemente se ofrece cortésmente a realizar un favor comprometiéndose –en el mejor de los casos- sólo a conservar una conducta diligente por el mero hecho de conducir una cosa riesgosa en sí misma. Por ende podríamos decir que estaríamos frente a una obligación de medios y en consecuencia bastaría con demostrar la

ausencia de culpa para que el transportador se exima de responsabilidad.

No es menos cierto, como bien expone Sebastián Picasso, que en la práctica no siempre se manejen estas concepciones, primero porque las cuestiones sobre la carga de la prueba dependen en gran parte de aspectos procesales y en general se cuestiona la efectividad de determinar el onus probatorio teniendo como referencia el carácter de la obligación; y segundo como el mencionado también expone existen casos de obligaciones de medios de las que pueden resultar la asignación de responsabilidad objetiva; en palabras del autor: *“Hemos dicho ya que puede postularse la existencia, en esta clase de deberes, de un doble juego de intereses del acreedor, uno primario que se satisface mediante el mero despliegue de conducta diligente por el “solvens”, y un interés final que, en los deberes de actividad, es aleatorio y azaroso, y por lo tanto no asegurado por el obligado. Cumplir este “resultado” exige no sólo prestar una conducta diligente (con lo que el cumplimiento inexacto se rige por el parámetro de la negligencia), sino también entrar a prestar efectivamente esa conducta, prestarla a tiempo, y prestarla en su integridad, y si alguno de estos requisitos no se observa, el resultado primario constituido por la efectiva realización de la prestación comprometida por el deudor no se alcanza, generándose responsabilidad objetiva”*.⁴¹

Esto nos lleva a decir también que, en el campo de la responsabilidad contractual, podremos hablar de obligaciones de medios que generan responsabilidad objetiva pero... ¿en la esfera aquiliana del transporte benévolo?. En el transporte complaciente no hay acuerdo previo, por ende, el transportador no sólo no ha asegurado un resultado sino que tampoco se somete a condiciones como lo es llegar a determinada hora. A su vez, la persona favorecida por el transporte benévolo no está en condiciones de exigir la realización del viaje, ni puede pretender el

⁴¹ *“La culpa y el incumplimiento en las obligaciones de medios”*, Picasso, Sebastián, LA LEY 2000-C, 991 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2007, 1169 - Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2009, 779

cumplimiento de un horario, ni la observancia de un itinerario determinado.

Parece ser -como conclusión anticipada- que para comprometer la responsabilidad extracontractual del transportador benévolo se requiere que el pasajero demuestre que aquél ha incurrido en una conducta antijurídica, que ha obrado con culpa o con dolo, que ha ocasionado un daño y que éste tiene relación adecuada de causalidad con el proceder negligente o intencional.

Para resolver esta cuestión aquí planteada se ha llegado a colocar en un papel protagónico a la teoría de la “asunción de riesgos” con el fin de atenuar la responsabilidad del transportador benévolo e incluso excluirla.

& **30. La asunción de riesgos.** - Con anterioridad expusimos lo que significa “la asunción de riesgos” pero es una postura que no puede ser analizada a la ligera y en especial debe atenderse a las particulares circunstancias de cada caso. Es evidente que no podemos intentar refugiarnos en ella cuando la víctima ha tenido un papel totalmente pasivo en el daño sufrido sin exponerse intencionalmente a un riesgo, pero cuando la víctima asume el riesgo que se sigue de la utilización de una cosa peligrosa, parece ser injusto que invoque tal peligro para comprometer la responsabilidad del dueño o del guardián.

Para una parte de la doctrina, la asunción expresa de un riesgo extraordinario- sin conducta culpable o intencional del transportador-, excluye la aplicación de los mecanismos de la responsabilidad objetiva, por ser absurdo que quien quiso correr con tales peligros, sirviéndose de la cosa en su provecho, los invoque luego contra el propietario o el guardián.

Otra postura encuadra la asunción de riesgos como una eximente comprendida dentro del “hecho de la víctima”. Esta concepción pregona que dado que la teoría de la asunción de riesgos sólo opera en el ámbito

de la responsabilidad objetiva, para que se puedan contrarrestar las presunciones que se crean en contra del dueño del vehículo, éste deberá romper el nexo causal entre el daño y la cosa riesgosa por la cual debe responder. Una de estas eximentes es “el hecho de la víctima” comprensivo del hecho culposo (subirse a un automóvil sin luces) o no culposo causalmente relevante en la producción del daño; es decir, en materia de transporte benévolo el hecho de la víctima se configuraría solamente con la asunción del riesgo.

Lo que si, es generalizada -cuestión con la que en este trabajo coincidimos con los autores-, es la noción de que “conocer un riesgo no importa aceptarlo”, por ende si ha habido “culpa” –en el sentido de negligencia- de parte del transportador éste no podrá intentar resguardarse integralmente en el “hecho de la víctima” pues esto dejaría sin contenido al principio *alterum non laedere*. El viajero no puede renunciar a derechos de naturaleza indisponible como la vida, la salud o la integridad física, lo que es ratificado por la Corte Suprema de Justicia Nacional en reiterados fallos; pero también es cierto que las fuentes doctrinarias muestran una gran inquietud al momento de resolver con justicia estos casos paradigmáticos como el del transporte benévolo. Así, ya sea resolviendo la situación dentro de la esfera de los artículos 1109 y 1111 o bien, como en la segunda postura reseñada, mimetizando la teoría de asunción de riesgos dentro de la eximente “hecho de la víctima”; se intenta agudizar o enervar los efectos del rigorismo de la responsabilidad por riesgo en casos especiales: cuando el damnificado aceptó subir al vehículo no obstante la ebriedad manifiesta del conductor; o cuando acepta viajar en condiciones inconvenientes que se traducen en falta de seguridad en el traslado, por ejemplo.

B. Concepciones y soluciones doctrinarias

Los autores guiados por las interpretaciones jurisprudenciales y las nuevas concepciones de los textos legales entendieron la necesidad de no tomar posturas extremistas en el estudio de este problema jurídico. En efecto, sostener la “aceptación del riesgo” por parte de quien aprovecha el transporte equivaldría a una cláusula tácita de irresponsabilidad, pues si la responsabilidad del transportador es de carácter extracontractual no se concibe interpretar que el transportado ha asumido riesgos que pesaban originariamente sobre el transportador, ya que ello equivale a admitir la validez de cláusulas exonerativas de responsabilidad, las que serían contrarias al orden público en materia de responsabilidad derivada de hechos ilícitos, y a nadie le está permitido exonerarse por anticipado de las consecuencias de sus actos.

Por otra parte, la situación del transportista benévolo despierta simpatía, adhesión, en la medida que quien presta un servicio gratuito, hace algo por nada, actúa solidariamente. Algunos autores no son partidarios de la aplicación de un trato más benigno en función de estas falacias pero otros consideran que el trato fraternal y solidario merece contar con protección jurídica para preservar conductas valiosas de comportamiento social. Para esta postura una aplicación tan estricta o positivista del artículo 1113 genera un sistema indiscriminado de atribución de responsabilidad de forma tal que por razones de “utilidad social” se responsabiliza al dueño o guardián de la cosa independientemente de su conducta operando así el artículo 1113 como una garantía que da la ley a la víctima.

Como vemos la cuestión del transporte benévolo no sólo genera problemas jurídicos sino también pone en juego problemas axiológicos tal es así que se propugna que los fallos cuyas sentencias negativas proliferan porque el transportador benévolo no pudo probar alguna de las eximentes, van generando un mensaje: alentar conductas disvaliosas o lo que es lo mismo no ayudar, no ser solidario.

Felipe Brianti es un gran defensor del comportamiento solidario y expone que el 1113 con su consagración constitucional en el artículo 19 no son principios absolutos, por el contrario nuestro país ha adherido a la Convención Internacional de Derechos del Hombre que en su artículo primero consagra que todos los seres humanos deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Por esta misma razón para el autor expone que un valor de jerarquía constitucional debe ser tutelado absolviendo al transportista cuando no se compruebe un actual doloso o culposo de su parte.

Al entender de Borda, prestar un servicio desinteresado no autoriza a incurrir en las más graves imprudencias; así por ejemplo si el accidente ha acaecido como consecuencia de haber conducido a 150 Km por hora; se debe responder por la culpa. Pero si se trata de un ligero descuido, la situación cambia; la responsabilidad no parece justificarse.

El autor nos ofrece algunas soluciones de las que puede valerse el juez argentino para llegar a un resultado satisfactorio⁴²:

1. La responsabilidad del transportador benévolo debe juzgarse con menos severidad que la puesta en general para juzgar la conducta del autor de un hecho ilícito. Por ende, sólo debe hacerse responsable al transportador benévolo de culpa grave.

2. Se cuestiona esta posición porque en nuestro sistema, a diferencia del brasileño, no se aplican niveles de graduación de la culpa entonces caeríamos en debates doctrinarios para determinar en que circunstancias habría culpa grave.

3. Otro recurso que se propugna para atenuar la responsabilidad del transportador benévolo, es hacer jugar la culpa concurrente de la víctima. Así, por ejemplo la persona que “hace dedo” o que acepta la invitación de ser llevada en un automóvil, sin conocer la destreza del conductor, incurre sin duda en culpa. Con mayor razón habrá culpa

42

concurrente, si acepta ser transportada por quien se encuentra en estado de ebriedad o si conoce la imprudencia habitual del conductor.

4. Algunos tribunales han llegado a expresar que atento al espíritu de equidad y el carácter gratuito del servicio prestado, procede una moderación razonable del resarcimiento;

5. La atenuación de responsabilidad por aplicación analógica de algunas disposiciones legales, relativas a contratos, en las cuales la responsabilidad del obligado se aprecia severamente en razón de la gratuidad del servicio; casos del mandatario no retribuido, del gestor de negocios, etc. Se rebate con el argumento de la imposibilidad de trasponer simplemente de lo contractual a lo delictual, disposiciones que han sido escritas en vista de contratos.

Llambías toma una postura concreta y explica que el lesionado tendrá derecho a la indemnización correspondiente siempre que pruebe A) que el daño reconoce su causa en el hecho del transporte efectuado; B) que el transportador ha sido el culpable del hecho: *“Si el daño fue causado por el vicio de la cosa empleada en el transporte, por Ej. el estallido en un neumático, la responsabilidad del transportador subsiste sin que sea necesario producir prueba de su culpa.*

*Diversamente, si el daño es causado por el riesgo de la cosa no hay responsabilidad del transportador porque la segunda parte del art. 1113, que alude a ése riesgo, no es aplicable al transporte benévolo. La reparación del daño en ese supuesto, no tiene como base la culpa del conductor, sino el hecho de la creación del riesgo, en el cual ha participado conjuntamente con el transportador el transportado. Luego éste no puede pretender la reparación de un daño que ha contribuido a causar. Es que la llamada responsabilidad por el hecho de la cosa, compromete al conductor frente a **extraños** a ese riesgo pero, en el transporte benévolo el beneficiario no puede ser calificado como extraño con respecto al riesgo que él contribuyó a originar”.*⁴³

43

Los argumentos del autor tienen como base diferenciar las dos fuentes de donde puede emerger la responsabilidad sin culpa: del vicio de la cosa o del riesgo creado.

Sin embargo, el tratadista aclara que, asignar responsabilidad en caso de riesgo creado de la cosa no significa acatar la teoría de aceptación del riesgo, pues en estos casos no hay aceptación de un riesgo que otro ha creado, lo que hay es participación con otro en la creación del riesgo y ello hace que el participe no sea extraño al riesgo que él ha contribuido a crear. También aclara que la disminución de responsabilidad que se daría en tales casos, no tiene como fundamento la hipótesis de culpa concurrente, pues en ésta, hay dos culpas y el transportado es siempre extraño a la culpa ajena; en cambio cuando el daño es causado por el riesgo de la cosa empleada en el transporte, hay un riesgo único con respecto al cual el damnificado no es un extraño puesto que él ha participado en su creación.

Brebbia expone que considerando al transporte benévolo bajo la lupa de la responsabilidad extracontractual, cabe distinguir según que el hecho dañoso sea un “hecho del hombre” o un “hecho de la cosa” (accidente producido por el mal estado de mantenimiento o funcionamiento del vehículo): sólo en el primer caso tiene el transportado que probar la culpa del transportador y, aún después de la reforma de la ley 17711, estaría dispensado de la prueba, cuando el daño le hubiese sido causado con la cosa empleada para el transporte, por ejemplo si para sortear a un peatón el conductor hace un viraje y el vehículo vuelca, supuesto en el cual la ley presume la culpa del dueño o guardián hasta prueba en contrario.

Marcelo López Mesa encuadra la asignación de responsabilidad en el campo de dos normas primordiales: 1109 y 1111. En una síntesis de su postura considera que, la responsabilidad que contrae el transportador benévolo, por el daño que sufren sus pasajeros durante el transporte, tiene su razón de ser en la violación del deber jurídico establecido por

la propia ley, cuyo incumplimiento genera una responsabilidad de naturaleza extracontractual, a tenor de lo dispuesto en el art 1109.

Según su concepción, el transporte benévolo no exime de responsabilidad, sino que enmarca el caso en el art 1109, en cuyo caso, la prueba de la culpa del conductor ha de quedar a cargo de la víctima, la que tendrá derecho a la indemnización correspondiente, siempre que pruebe que el daño reconoce su causa en el hecho del transporte y que el transportador haya sido culpable del hecho dañoso.

Para Bustamante Alsina numerosa jurisprudencia se provee en torno a los accidentes de automóviles, y como se dijo al ser una cosa generadora de riesgo y peligro se aplica la teoría del riesgo creado incorporada en el artículo 1113, tal es así que la responsabilidad del dueño o guardián del automóvil no se basa en la culpa que se presume sino en la responsabilidad objetiva por el riesgo de esos vehículos.

C. Desarrollo jurisprudencial

La jurisprudencia ha considerado presupuestos de transporte benévolo:

1. La voluntad de trasladar y de ser trasladado
2. Que el traslado sea independiente de toda relación jurídica
3. El animus beneficendi del transportado
4. Ausencia de contraprestación

La Doctrina ha complementado esos requisitos con:

5. Expectativas que pueden ser frustradas, considerando que son las partes las que deciden entrar o salir del acuerdo.

6. Una finalidad económica, en sentido amplio que se cumple por una de las partes, esto es, el traslado efectivo.

En nuestra doctrina y jurisprudencia cuando había una postura generalizada a considerar que el transportador benévolo merecía un atenuación de responsabilidad, la Corte Suprema de la Nación, en el

fallo “Tomassetti de Bonicelli, María y otra C/ Emp. Ferrocarriles argentinos” dictado en 1992, decidió que el transporte benévolo debía ser tratado con el mismo rigor que el oneroso. La trascendencia de ese fallo es que la Corte abrió el recurso extraordinario y anuló la sentencia que había resuelto lo contrario. En el mismo también tomó posición en cuanto a la “teoría de la aceptación de los riesgos”: *el riesgo que asume el transportado benévolamente no alcanza al de perder la integridad física por la vida, a menos que, debido a las particulares circunstancias de hecho del caso, esa consecuencia hubiera podido, habitual y razonablemente sobrevenir, lo que permitiría entonces una asimilación de la culpa*”.

Por lo que responde a la naturaleza se sostuvo que no existía relación contractual y, en consecuencia debían aplicarse las normas comunes de responsabilidad extracontractual; por ello dado que el Art. 1109 establece que todo aquel que ocasione un daño a otro por su culpa o negligencia debe repararlo, la víctima debería probar la culpa del conductor conforme con las reglas del onus probando. Sin embargo, algunos autores y fallos judiciales aclaran que ello sólo tiene lugar en las hipótesis en que el accidente configure un “hecho del hombre”, pues en el supuesto de “un hecho de la cosa”- accidente producido por el mal estado de conservación-, entraría a funcionar la presunción de responsabilidad en contra del dueño o guardián (Art. 1113). En algunos fallos se ha puesto en práctica la postura de Llambías y su extensión de responsabilidad en el caso del riesgo creado.

Por lo tanto, nuestra jurisprudencia se halla dividida en dos vertientes paralelas. Algunos pronunciamientos judiciales han descartado la atenuación de responsabilidad, es el caso de fallos del 2010 emitidos por la Cámara 6^a Civil y Comercial de Córdoba y por la Sala G de la Cámara Nacional Civil donde en pocas palabras se expone que: *“la admisión de los riesgos normales del viaje no es causal de supresión ni disminución de responsabilidad*”. Otro segmento de la jurisprudencia ha optado por aminorar la responsabilidad del transportador teniendo como base el sentimiento de gratuidad o favor.

Por lo demás la autenticidad de la responsabilidad del transportador pudo lograrse por aplicación de las reglas que rigen en materia de culpa concurrente, entonces, si por ejemplo el viajero pudo constatar el mal estado del vehículo en el caso de que no tenía faros; la indemnización que el transportador deberá abandonar al viajero víctima, será reducida en proporción a la culpa concurrente de éste último. Así. La CFed de Rosario en el fallo Carballo c/ Santilli de 1934 resolvió: *“actúa con culpa quien acepta ser transportado en un vehículo en mal estado, si el viajero puede constatarlo fehacientemente”*. En 1988 la CCC de San Isidro resolvió concretamente: *“en el caso de transporte benévolo, por las particulares circunstancias en que se suele originar éste tipo de transporte, incurre en culpa aquel que sube al vehículo conociendo el estado de embriaguez del conductor, o la imprudencia habitual de éste o de carencia de permiso para el manejo, antecedentes éstos que podrían eximir en todo o en parte de responsabilidad al autor del hecho dañoso”*. Más reciente en el tiempo, la CNCiv, Sala J; resolvió que: *“si la víctima viajaba con dos personas más en el asiento delantero del automotor, cuando ello no era posible en razón de la capacidad del mismo, lo que además imposibilita el uso del cinturón de seguridad, ello constituye una imprudencia de su parte que la hace pasible de cierto grado de culpa por los daños sufridos”*.

A nivel local la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería marcó jurisprudencia. Así en el caso “Talledo Juan c/ Hijos de Antonio Mongiello y otro de 1990 negó la aplicación del 1113 segunda parte: *“la pretensión a éste título resulta improcedente, el damnificado por transporte benévolo no puede fundar su pretensión resarcitoria del daño causado en el riesgo de la cosa. El transporte, en supuestos como el presente, tiene lugar solamente mediante el propio requerimiento y conformidad de quien resultó víctima, quien por ello se ha asociado a la posibilidad de generar riesgo, no pudiendo en consecuencia considerárselo extraño a ello. La responsabilidad establecida en el art 1113 ampara tan sólo a quienes sean extraños al riesgo de la*

cosa...dado el supuesto de transporte benévolo, el transportado ha participado junto con el transportador en la creación del riesgo razón por la cual no puede ser atendible la pretensión de que se lo resarza a éste título”.

El tribunal entonces encuadró el caso en el art. 1109 y comprobó que no había existido culpa del conductor al ser diligente en el viaje y por no haber contribuido en la causación del daño.

La misma Cámara, con distinta integración, cambio su enfoque sobre transporte benévolo, como puede verse en el caso Olmedo María c/Pérez Gastón Ernesto y Otros de 2008, en donde aplicó el 1113 tomando como fundamento: *“el caso queda subsumido en la responsabilidad aquiliana objetiva que la ley adjudica al dueño guardián de la cosa riesgosa en el art 1113 del CC toda vez que el precepto legal no ha hecho distinción alguna que contemple al comportamiento solidario como atenuante de responsabilidad”.*

Debido a estas divergencias jurisprudenciales y doctrinarias recurriremos a las manifestaciones vertidas por el máximo tribunal de la Nación intentando establecer cual ha sido su posicionamiento en forma evolutiva y según las circunstancias de los casos que se han presentado.

Tomasetti de Bonicelli María y otra C/ empresas de Ferrocarriles fue en el año 1992 el fallo revelador. Se trataba de un choque entre un automotor –camioneta- de la Empresa de Ferrocarriles Argentinos y un camión que venía en dirección opuesta. La camioneta era conducida por un dependiente de la misma empresa, que llevaba consigo a un personal calificado como "supervisor" y también a otro empleado y a su hijo. El accidente provocó la muerte de los cuatro pasajeros y María Bonicelli entabló demanda de indemnización por daños morales y materiales provocados por el fallecimiento de su hijo el cual era ajeno a la empresa ferroviaria.

La Cámara de Apelaciones de Mendoza, donde se sustanció el caso, aminoró el deber de reparación de la empresa demandada argumentando la coparticipación de la víctima en la creación del riesgo y su transporte benévolo es por ello que estableció una concurrencia de culpas. La actora recurrió a la Corte Suprema la cual manifestó: *“...el mero aprovechamiento por parte del menor del transporte benévolo... no pudo asimilarse en modo alguno a una “culpa” a los efectos de constituir causa o concausa adecuada a la producción del daño...en el encuadramiento jurídico dado por el a quo. Responsabilidad aquiliana contemplada en el art 1109- la aceptación de los riesgos normales del viaje por el menor...no es causa de supresión ni de disminución de responsabilidad por aplicación de los principios que emanan del 1109 y del 1111 del CC”*

Seguidamente expone: “El riesgo que asume el transportado benévolamente –o el padre que lo permite- no alcanza al de perder la integridad física o la vida a menos que, debido las particulares circunstancias del caso concreto esas circunstancias podrían habitual y razonablemente sobrevenir lo cual permitiría entonces una asimilación a la culpa...”

Por estos motivos es que la Corte descalifica el pronunciamiento de la Cámara basándose en la doctrina de la arbitrariedad pero sentando un holding que será la base en muchos de los procedimientos judiciales subsiguientes.

En 1996, en la causa “Carbone, Jorge Roque c/ La Pampa y otros, la CSJN abordó un caso pampeano. Según las constancias de hechos se trataba de una demanda por daños y perjuicios contra el dueño y conductor del vehículo -en que viajaba el actor transportado benévolamente- y el conductor del camión con el cual se accidentaron junto a la provincia de la Pampa por ser la propietaria del camión y por su conducta omisiva en la señalización de la zona de riesgo en la que se produjo el siniestro.

La corte dijo: *“Que a los fines de decidir sobre la responsabilidad que ocupó a los protagonistas del accidente que da motivo a esta litis resulta necesario acudir a las constancias del expediente penal tramitado ante el Juzgado en lo Correccional N° 1 de Santa Rosa, Provincia de La Pampa, y que se ha agregado por separado. Que en esa causa el tribunal encontró penalmente responsable de los delitos de homicidio y lesiones culposas a Joaquín Ramos, conductor del camión Fiat Iveco. Tal remisión demuestra de manera inexcusable su culpa (art. 1102 Código Civil). De tal suerte su imprudencia (evidenciada los antecedentes allí apuntados, se constituye en la causa eficiente del accidente, motivo por el cual debe responder por los daños y perjuicios art. 1109 del código citado). Igualmente es responsable la provincia de La Pampa en virtud de los claros términos del art.1113 de ese texto legal, independientemente de la responsabilidad que deriva de su condición de propietario”.*

Vemos entonces que la Corte realizó un doblaje y asignó responsabilidad al conductor en virtud del 1109 y a nuestra provincia según el 1113.

En otro pasaje, el tribunal hace hincapié en la relación de causalidad necesaria para asignar responsabilidades: *“Cuando se encontraba a unos cuarenta o cincuenta metros del camión éste giró bruscamente hacia la izquierda sin advertir mediante la señalización necesaria de tal decisión, provocando la colisión que Bullentini no pudo impedir. Parece propio, entonces, sostener que la imprevista maniobra realizada por el conductor del rodado provincial fue la causa determinante del accidente. Cabe agregar que al momento del hecho no existían señalizaciones en una zona que la Dirección Nacional de Vialidad calificó como rural y que las condiciones de la ruta indicaban un piso seco, sin elevaciones del terreno, curvas u otros elementos que entorpecieran la visión y que reinaba muy buena visibilidad. Ello torna razonable el sobrepaso intentado y descarta la responsabilidad de Bullentini y de Alicia Canale de Amigo, propietaria del Peugeot 504, toda vez que el hecho reconoce como responsable al citado Ramos”.*

En el caso Pardo del año 2000 la CSJN adhiriendo a los argumentos del Procurador General de La Nación sentó jurisprudencia en cuanto a los alcances del art 1113 en la asignación de responsabilidad al dueño y al guardián de las cosas. En el caso, la actora demandó, (en representación de su hijo por los daños sufridos en ocasión de transporte benévolo) al propietario del vehículo en que se conducía, desistiendo de la acción contra el conductor pues era hijo -menor de edad- del titular registral. Debido a fallas técnicas, la cámara de apelaciones consideró que también se desistía de reclamo contra el titular registral y la Corte estableció: *“cuanto si bien los antecedentes expuestos pudieron haber conducido a error a todas las partes, el a quo, centralmente, rechazó la demanda respecto del titular del dominio del automóvil con apoyo en el desistimiento de la acción que efectuaron los actores en relación al conductor del vehículo, solución que importa un apartamiento del sistema de responsabilidad objetiva que consagra el art. 1113 del Código Civil. Valga recordar que, en supuestos como el de autos, la responsabilidad del dueño de la cosa y del autor del hecho dañoso con la cosa ajena es concurrente, o in solidum, pues mediando diversidad de título contra cada deudor, ha de estar en libertad el acreedor para dirigirse contra uno u otro obligado, o contra ambos, con el único límite de no poder cobrar doblemente, ya que el primer pago que se hiciera dejaría al otro sin causa. Cabe a su vez recordar que se estaría desvirtuando el concepto del art. 1113 del Código Civil si se varia tal criterio, desde que al damnificado sólo le basta con establecer la relación de causalidad entre la cosa riesgosa y el daño, aspectos todos estos cuya adecuada consideración ha omitido la alzada. V.E. expuso, al respecto, que la responsabilidad del dueño y la del guardián de la cosa (art. 1113 del Código Civil) son dos obligaciones independientes....si la sola transferencia de la guarda fuera suficiente para liberar de su responsabilidad al propietario, la referencia que hace el art. 1113 del Código Civil al dueño quedaría vacía de contenido, pues habría bastado con mencionar solamente al guardián”.*

En 2001 en el caso Melnik de Quintana c/ Carafi Juan Manuel y otros estableció que la asunción de los riesgos no es causal ni de supresión ni de disminución de la responsabilidad por los principios que emanan de los arts 1109 y 1111 y que: *“por tratarse de un detrimento generado por la participación de una cosa riesgosa, basta que el afectado demuestre el daño sufrido y su relación de causalidad con aquélla, quedando a cargo del dueño acreditar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder. La supuesta participación en el riesgo del transportado no implica – salvo circunstancias excepcionales no demostradas en el caso – la culpa de la víctima, ni constituye una causa o concausa adecuada en la producción del daño que permita excluir la atribución objetiva de responsabilidad que el ordenamiento impone del dueño o guardián”*.

En el fallo Cohen de 2006 vemos una interesante solución de la Corte en cuanto a la asignación de responsabilidad estatal.

El fallo plantea una diversidad de situaciones a raíz de los perjuicios ocasionados a ésta persona – una incapacidad del 90%-, en ocasión de un vuelo de recreación en parapente.

El damnificado demandó por un lado al instructor, a la empresa Parapente S.R.L, al Municipio y al Estado Provincial de Río Negro.

La Corte sólo signó responsabilidad a los dos primeros, he aquí sus fundamentos en cada caso:

En cuanto a la empresa Parapente Bariloche S.R.L., cuyos servicios Cohen contrató en su condición de escuela de vuelo, su responsabilidad como organizadora es instada en virtud de la corroboración de la vinculación -aunque no formal- entre el instructor y la empresa.

Pero el primero intentó escudarse en que no se trataba de una actividad comercial sino de deporte, por ende, el cliente debía asumir los riesgos. También destacó que se trataba de un transporte benévolo porque él se había ofrecido a otorgar el servicio, con su propio equipo, a pedido de Cohen. La Corte -fundando su decisión en un caso equivalente de la Corte francesa- asimiló la situación del usuario a la de un pasajero

transportado y sostuvo que: *“el organizador y el instructor (moniteur) tienen una obligación de resultado en lo relativo a la seguridad de sus clientes durante el vuelo en el caso de que éstos no hayan asumido, con su participación, un rol activo en la producción del perjuicio. Que, por haberse tratado en el caso de un contrato oneroso, la relación contractual se encuentra regida analógicamente por el art. 184 del Código de Comercio que regula el contrato de transporte ferroviario del que deriva la responsabilidad objetiva del porteador. Esta responsabilidad tiene su razón de ser en el deber de seguridad que el contrato impone al transportador, en virtud del cual debe trasladar o conducir a la persona transportada sana y salva al lugar convenido.*

Bajo este encuadre normativo, el prestador del servicio está obligado a preservar la integridad del pasajero y al "pleno resarcimiento de los daños y perjuicios"

El tribunal también hizo hincapié en la falta de intervención culposa de Cohen para eximir de responsabilidad al instructor; en el grado elevado de prudencia debido al fuerte viento que había y en la asunción de un rol para el cual no estaba habilitado, pues aparecía inscripto como piloto monoplaza y no biplaza (realizar un vuelo acompañado por un instructor). Es decir, pone el acento en el deber de diligencia para la asignación de responsabilidad.

La Corte rechazó también la invocación de la aceptación del riesgo: *“la aceptación del riesgo no es por sí misma una causa de exoneración si no se demuestra una falta de la víctima, que no se ha acreditado en el caso según lo expuesto en el considerando precedente.*

Por otra parte tampoco se configuró un supuesto caso fortuito, desde que no se demostró que la "fuerte térmica" invocada por el piloto revistiera la condición de imprevisible e inevitable que requiere esa causal exoneratoria, ni se invocó finalmente la concurrencia causal de un tercero en la producción del accidente”.

En cuanto al estado municipal y provincial resalto el límite de las funciones estatales: *“la provincia demandada cabe señalar que, en ejercicio de su poder de policía, reglamentó la práctica del deporte... Sin*

embargo la mera existencia de ese reglamento es insuficiente para responsabilizar al Estado provincial por el accidente.

En efecto, la circunstancia de que las actividades privadas se hallen sujetas a regulación estatal por razones de interés general o que inclusive dependan del previo otorgamiento de un permiso, licencia o habilitación, significa que están sometidas a condiciones y estándares mínimos para que los particulares puedan desarrollarlas lícitamente, pero no releva de responsabilidad personal a quien las desarrolla ni -torna al Estado en co-responsable de los daños que pudieran resultar del incumplimiento de los reglamentos dictados a tal efecto.

En la especie el demandante sostiene que la provincia omitió supervisar la actividad del instructor y de la empresa demandada, así como proveerle auxilio mediante un helicóptero sanitario inmediatamente después de ocurrido el accidente....El deber genérico de proveer al bienestar y a la seguridad general no se traduce automáticamente en la existencia de una obligación positiva de obrar de un modo tal que evite cualquier resultado dañoso, ni la circunstancia de que éste haya tenido lugar autoriza per se a presumir que ha mediado una omisión culposa en materializar el deber indicado. Sostener lo contrario significaría tanto como instituir al Estado en un asegurador anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio ocasionado por la conducta ilícita de terceros, por quienes no está obligado a responder.

No es imaginable cómo la provincia podría materialmente controlar a todos los conductores o pilotos que exceden los términos de sus respectivas licencias ni, concretamente, qué medidas de seguridad hubiera podido adoptar en la especie para conducir al pasajero sano y salvo a destino; resultado al que la provincia demandada no se había comprometido. En tales condiciones, falta el necesario nexo causal entre la conducta estatal y el daño acaecido”.

Por último en el más reciente fallo de 2010 caratulado Guillermón, Marcela Claudia c/ Entre Ríos provincia y otros la Corte resolvió un caso de transporte benévolo aéreo. Por supuesto que aquí cabía la

aplicación de las normas del Código Aeronáutico pero nuestro tribunal hizo algunas aclaraciones: *“no es admisible la pretensión de la demandada de limitar su responsabilidad a trescientos argentinos oro, según la prescripción del art. 163 del Código. En efecto, de acuerdo con el régimen especial para el transporte gratuito que establece la norma, cuando aquél es realizado en un transporte de servicio aéreo, es decir, el cumplido por una empresa auto transportista, se rige por las normas de transporte oneroso”*.

En cuanto a la pretendida asignación de responsabilidad que, en esta causa, se pretendía hacer al Estado se invocó nuevamente lo dicho anteriormente en el fallo Cohen.

Capítulo IV

Nuestra posición

✂ **31. Fundamento ético y axiológico.** - Entendemos que como consecuencia del derecho a la indemnidad reconocido a las personas todo daño causado debe ser reparado.

Si por el sólo hecho de que una persona acepte ser transportada se infiriese que al propio tiempo está aceptando menoscabar su integridad física y aun perder su vida, esa interpretación traería aparejada disvaliosas consecuencias desnaturalizando el derecho a la indemnidad. Ni la aceptación del pasajero a viajar, ni la gratuidad del traslado nos conducen "per se" a sostener que el conductor benévolo carezca de responsabilidad. Pero por las mismas razones que rechazamos la aplicación de la teoría de la aceptación del riesgo, también rechazamos las teorías objetivas extremistas poniendo énfasis en la máxima de “quien desenvuelve en su propio interés una actividad peligrosa, debe sufrir las consecuencias previsibles provenientes de ella”. Apoyar ésta última postura no sólo significa avalar una administración de justicia “desequilibrada” o desmedida, sino también desconocer una realidad: el transporte benévolo no sólo es una práctica utilizada en viajes extensos

sino también en la rutina habitual de nuestras vidas. La realidad de los últimos tiempos nos enfrenta con un estado de inseguridad social aguda, creciente, de violencia generalizada que atenta contra la convivencia social y genera un claro perjuicio para una sociedad como la nuestra, que por razones económicas y de costumbre, utiliza habitualmente esta forma de movilidad. Es así como, quien recorre largas distancias, puede que no encuentre otro medio para llegar a destino y, si no fuera por la benevolencia de algún sujeto favorecedor que se apiade, deberá desistir o bien resignarse a efectuar el trayecto pretendido a pie, por más largo que este sea.

También y en especial, en el campo, en donde las distancias son grandes y los medios de transporte escasos o inexistentes, el transporte benévolo es una practica habitual, una costumbre casi obligada. La realidad social, económica y geográfica no debe ser olvidada o desatendida por el legislador en ningún momento sino que, por el contrario, tiene que servir de sustento para la elaboración de reglas jurídicas valederas y útiles.

✂ **32. Legislación aplicable.** - Por otro lado, coincidimos en que en circunstancias tan intrincadas como ésta es necesario conservar la división de los sistemas contractual y extracontractual. Pretender colocar el deber de seguridad -comprendido dentro del principio “non laedere”- como elemento dominante en todas las situaciones de hecho que protagonicemos, sería como pretender contractualizar todas las relaciones carentes de significado jurídico. La invitación o conformidad del conductor de un vehículo para transportar desinteresadamente a otra persona, no puede pensarse como una declaración de voluntad con significado jurídico, pues no puede considerarse que exista un acuerdo de voluntades que genere vínculos obligacionales, dado que no hay intención de obligarse. El transporte benévolo es sólo un hecho jurídico y no un acto jurídico ya que, este último, es realizado con el fin inmediato de producir efectos jurídicos y la verdad es que nadie, mientras intenta ser cortés, imagina que se está comprometiendo a

proceder más allá de la garantía que él, como conductor, ofrece a su propia seguridad.

Partiendo de estas premisas, se debe analizar si la norma que corresponde aplicar es el artículo 1109 o bien el artículo 1113, ambos del Código Civil. El criterio que se adopte es fundamental pues a partir de ello el factor de atribución será objetivo o subjetivo y en consecuencia el damnificado se verá en la necesidad de probar o no la culpa del accionado.

Creemos que el artículo 1113 sólo sería aplicable si al encuadrar el caso en la norma no nos fundáramos en una mera relación de causa-efecto, pues, siendo el derecho una disciplina reguladora de conductas humanas, de ningún modo se puede prescindir de la valoración de tales conductas para la imputación de responsabilidad y menos aún mediando actitudes de complacencia. Podrá existir un deber de reparar impuesto por la ley, mas si no hay culpa, no habrá responsabilidad.

Pero las dificultades interpretativas que surgen en la aplicación del artículo 1113 sumado a la ausencia normativa de estos casos particulares, propician divergentes posturas, por lo que sólo una reforma legislativa lograría superar obstáculos; así la simple incorporación de un párrafo o artículo que formule una solución:

“Cuando el daño fuese causado en la ejecución de una actividad practicada benévolamente a favor del damnificado, sin dolo del responsable, la indemnización será reducida equitativamente”

Éste al menos sería un comienzo en el análisis de situaciones similares, constatando además la necesidad de contemplar una prudente moderación del monto resarcitorio atendiendo al sentido moral y a las circunstancias del caso.

Pero en un accidente en ocasión de transporte benévolo, puede influir multiplicidad de cuestiones y, ante el vacío legal sólo nos cabe recurrir a una adecuada contemplación de la situación del conductor en concordancia con la del transportado, para no lesionar las bases éticas y equitativas, no sólo del instituto sino también de nuestro ordenamiento.

Consideramos que, si analizada la conducta de la víctima, se constata una imprudencia de cierta entidad en aspectos atinentes a su propia seguridad, su actuación deviene culposa, significando como tal un factor de excusación total o parcial de responsabilidad del transportista. Obviamente que, como normalmente no conduce el vehículo, no se le puede cuestionar la actuación a ese respecto, las que serán imputadas al conductor.

Pero como reseñábamos en este trabajo, son numerosas las conductas del transportado, que pueden implicar una actuación culposa, que torne aplicable el 1111, tanto para quienes fundan en el art 1109 la responsabilidad de transportador o en el art 1113.

No puede olvidarse que la Ley Nacional de Tránsito dispone una serie de requisitos de automotores: cinturones de seguridad, que posea los sistemas de seguridad en buen funcionamiento, no exceder la capacidad de transporte, etc. Consideramos que quien incumple normas legales imperativas que atañen a su propia seguridad, no puede luego reclamar –por el todo- por los daños que sufriera como consecuencia de su imprudencia, porque su torpeza impide tal reclamación futura. Su conducta implica una asunción de riesgos y se halla en relación causal adecuada con el accidente posterior. Está contraviniendo la normativa vigente y por ende actuando culposamente. Es obvio que para que la falta imputable a la víctima, conforme la expresión del 1111 libere de obligación al sujeto productor del perjuicio, debe guardar una relación de causalidad con los daños a partir de la conducta antijurídica de la víctima.

Del mismo modo, si la causa se encontrare en la “culpa en la guarda” debido al estado vicioso desencadenante del hecho dañoso, es dable la asignación de responsabilidad al dueño (o guardián) pues ha incurrido en un desacierto realizando un acto generoso. Pero no creemos ajustado a derecho asignar responsabilidad al transportador y menos aún una presunción automática en su contra, cuando en nada ha contribuido al hecho dañoso habiendo obrado diligentemente tanto en la conservación como en la utilización del automóvil.

En todo caso creemos que, dado que el vicio puede no ser evidente y notorio, se hace necesario que primero el damnificado (que ha intentado ser beneficiado) “invoque” no haber actuado con torpeza o imprudentemente al aceptar la benevolencia; y en segundo lugar, que demuestre ese nexo causal entre el hecho del hombre (conductor) o entre el vicio de la cosa y el daño ocasionado, para así sí poderle exigir reparación al dueño o guardián, los que sólo podrían excusarse demostrando culpa de un tercero o culpa del damnificado.

En fin, manifestamos la necesidad de enrolar los hechos dentro del 1109 pues la flexibilidad del artículo nos permitiría evaluar más a fondo y equitativamente todas las contingencias del caso sin necesidad de tener que contrarrestar divergencias doctrinarias -que hoy se siguen manteniendo- en cuanto a la aplicación del 1113 y la influencia de la teoría objetiva en nuestro ordenamiento jurídico.

No podemos desconocer que el transporte benévolo lleva ínsito un problema axiológico por ende debe ser juzgado con menor severidad. Tampoco debemos ignorar que el sistema de responsabilidad civil ha evolucionado intentando adaptarse a los avances de la vida moderna pero, en ocasiones, la proliferación de reglas jurídicas alimenta la conflictualidad de las relaciones personales, y ejercitan una presión enorme y poco controlable en el sistema. Así caemos en la irresistible tentación de resolver en daños y perjuicios problemas que en otros contextos históricos sociales no habrían sido traídos como problemas jurídicos y recurrimos a la responsabilidad como si fuese una oficina de “primeros auxilios”, con la intención de que resuelva todos nuestros problemas.

Quizá sea hora de resaltar la función demarcatoria y la función preventiva de la responsabilidad y no olvidarnos que las relaciones humanas son complejas y no podemos pretender obtener más de lo que pedimos o arriesgamos. Quizá sea necesario entender que el deber de diligencia personal para con nosotros mismos tendrá repercusiones a la

hora de “dar a cada uno lo suyo” según las circunstancias del caso, pues éste es el espíritu del derecho.

Bibliografía General

- Jorge Joaquín Lambías: Tratado de Derecho Civil; Obligaciones, Tomo III y IV-A, editorial Abeledo Perrot, 1982
- Félix Trigo Represas-Marcelo López Mesa: “*Tratado de Responsabilidad Civil*”, Tomos IV y V, editorial LA LEY, segunda edición actualizada, 2011
- Félix Trigo Represas-Marcelo López Mesa: “*Tratado de Responsabilidad Civil*”, Tomo I, editorial LA LEY, edición 2008
- Jorge Mosset Iturraspe: “*Responsabilidad por Daños*”, Tomo I, editorial Ediar, 1977
- Félix Trigo Represas- Rubén Campagnucci de Caso: “*Responsabilidad Civil por Accidentes de Automotores 2ª*”, editorial Hammurabi, 1986
- Homenaje a los Congresos de Derecho Civil, Tomo III, “*Derecho de Daños*”, Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, edición literaria Luis Moset Iturraspe, editorial Advocatus, 2009:
 1. Félix Trigo Represas: Regimenes de Responsabilidad Contractual y Extracontractual en nuestro derecho positivo.
 2. Aída Kemelmajer de Carlucci: Funciones de la Responsabilidad Civil.
 3. Alejandro Borda: Unificación del resarcimiento en materia de responsabilidad contractual y extracontractual.
 4. Juan Espinoza: Sobre la pretendida distinción de la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana.
 5. Jorge Mosset Iturraspe: La noción de culpa.
 6. Rodrigo Padilla: Algunas consideraciones sobre la llamada responsabilidad sin culpa.
 7. Benjamín Moisés: El enigma del artículo 1113.
- Guillermo Borda: Tratado de Derecho Civil, “*Derecho de las Obligaciones*”, Tomo II, Editorial LA LEY, 2008

- Alberto José Bueres- Aída Kemelmajer de Carlucci: Responsabilidad por los daños en el tercer milenio.
- R. J. De Vértiz: “*Accidentes de Transito*”, editorial Ediar, 1969
- Fernando A. Ubiría, “*Reparacion de daños derivados del transporte benevolo*”, 1° ed., bs as, editorial Hammurabi, 2004
- Jesús Daniel Los Arcos Vidaurreta, “*Lecciones de Obligaciones*”, Sta Rosa (La Pampa), editorial UNLPam, 2000
- Fuente Internet: www.planetaius.com
www.csjn.gov.ar
www.aaba.org.ar
www.juslapampa.gov.ar
www.laley.com.ar