

## EXIMENTES VERDADERAS Y FALSAS EN LOS ACCIDENTES DE AUTOMOTORES

|                                                                                                                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Introducción .....                                                                                                                                          | 81  |
| 2. El automotor en circulación es cosa riesgosa o peligrosa ....                                                                                               | 82  |
| 3. Al no tratarse de un supuesto de daño causado "con la cosa",<br>la prueba de la "no culpa" es intrascendente .....                                          | 85  |
| 4. La prueba de que el accidente se originó en un hecho califi-<br>cable como "caso fortuito", con el requisito de la "extra-<br>neidad", es liberatoria ..... | 86  |
| 5. En la colisión entre automotores los "riesgos concurrentes"<br>deben estimarse y compensarse .....                                                          | 90  |
| 6. Cuando un automotor embiste a un peatón sólo la culpa ex-<br>clusiva de éste es liberatoria .....                                                           | 93  |
| 7. El hecho de un tercero extraño. Dependientes y asimilados.<br>La averiguación acerca de cómo se produjo el evento .. . . .                                  | 96  |
| 8. La responsabilidad del dueño del automotor. La pretendida<br>liberación del "titular registral del vehículo" .....                                          | 98  |
| 9. La responsabilidad del guardián del automotor .....                                                                                                         | 101 |
| 10. La pretendida eximición del dueño o del guardián con la<br>prueba de su no culpa .....                                                                     | 103 |
| 11. El uso contra la voluntad expresa. El uso contra la voluntad<br>presunta. Supuestos discutibles .....                                                      | 104 |

## LOS "NUEVOS VIENTOS" DE LA REFORMA EN EL DERECHO PRIVADO PATRIMONIAL

|       |     |
|-------|-----|
| ..... | 109 |
|-------|-----|

## **EXIMENTES VERDADERAS Y FALSAS EN LOS ACCIDENTES DE AUTOMOTORES**

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. El automotor en circulación es cosa riesgosa o peligrosa (art. 1113, 2º párrafo, 2ª parte). 3. Al no tratarse de un supuesto de daño causado “con la cosa”, la prueba de la “no culpa” es intrascendente. 4. La prueba de que el accidente se originó en un hecho calificable como “caso fortuito”, con el requisito de la “extraneidad”, es liberatoria. 5. En la colisión entre automotores los “riesgos concurrentes” deben estimarse y compensarse. 6. Cuando un automotor embiste a un peatón sólo la culpa exclusiva de éste es liberatoria. 7. El hecho de un tercero extraño. Dependientes y asimilados. La averiguación acerca de cómo se produjo el evento. 8. La responsabilidad del dueño del automotor. La pretendida liberación del “titular registral del vehículo”. 9. La responsabilidad del guardián del automotor. 10. La pretendida eximición del dueño o del guardián con la prueba de su no culpa. 11. El uso contra la voluntad expresa. El uso contra la voluntad presunta. Supuestos discutibles.

## 1. INTRODUCCION

El tema de este trabajo, que pretende ser claro y sintético en una cuestión que se ha vuelto compleja <sup>(1)</sup>, es el de las eximentes particulares o específicas de los accidentes de automotores <sup>(2)</sup>. Ellas no son otras que las causas que excluyen la responsabilidad, sea del conductor, sea del dueño o bien del guardián del vehículo —que son los personajes centrales del accidente—. Pero no debemos perder de vista que a la liberación del presunto responsable puede llegarse por la demostración

<sup>(1)</sup> Un sector de la doctrina más reciente, en particular TUNC, en un trabajo titulado: *La responsabilité civile* (edit. Economica, París, 1981), destaca que esta cuestión de los accidentes de automotores, por su simplicidad aparente y frecuencia diaria, debería merecer una solución jurídica que no se prestara a dudas o interpretaciones equívocas o diferentes; sin embargo, nada más alejado de la realidad. El suceso que tratamos sigue siendo un tembladeral de soluciones encontradas, donde hacen pie los criterios más dispares. La solución única, a nuestro juicio, es el dictado de una ley especial, que incorpore, a la vez, el seguro obligatorio de responsabilidad civil. Sobre este aspecto el estudio de ROITMAN, M., *El seguro de responsabilidad civil*, Bs. As.; *Conferencias sobre el seguro de responsabilidad civil*, DÍAZ PICAZO y otros, edic. U. de Deusto, Bilbao, 1979. El seguro no es una causa de eximición, suficiente para liberar de responsabilidad al asegurado; produce, en cambio, el desplazamiento o transferencia de la responsabilidad a la compañía aseguradora; pero esto es así entre las partes en el contrato de seguro; la víctima puede, no obstante, accionar contra el victimario y prescindir de la aseguradora. Recordemos, al pasar, que la acción directa de la víctima contra el asegurador no está acordada en nuestro Derecho, limitándose la legislación vigente a permitir la citación en garantía del obligado convencional por “contrato de seguro”.

<sup>(2)</sup> En una obra reciente: *Responsabilidad por daños*, t. III, *Eximentes*, edit. Ediar, Bs. As., 1980, nos ocupamos de las causas de liberación en general.

de la falta de alguno de los presupuestos: que no se es autor del daño; que media autoría pero falta la imputabilidad; que el hecho encuentra una causa de justificación; que falta el perjuicio cierto o bien que existe daño pero no un nexo causal adecuado entre el obrar imputable y el mismo.

De los hechos verdaderamente ajenos no se responde, como veremos más adelante. La autoría del perjuicio, aun sin imputabilidad, como acontece en las hipótesis del automotor arrojado o catapultado por un tercero contra la víctima, su persona o sus bienes, es un supuesto diferente, en la medida en que el dañado sabe de un dañador, pero puede ignorar la existencia del tercero imputable o no poder demostrarla o carecer de seguridad acerca de ello. Y si el daño se ha producido estamos frente a un hecho antijurídico en sí mismo, la causa que puede justificar la conducta del autor no borra el perjuicio —casos de detrimentos nacidos de embestidas de ambulancias que buscan o transportan heridos, vehículos policiales en persecución del ladrón, etc., etc.—. De allí que prediquemos la reparabilidad de estos daños de origen lícito. El accidente sin consecuencias perjudiciales, ni patrimoniales, ni morales —supuesto de muy escasa ocurrencia— no responsabiliza. Y tampoco, claro está, aquel al cual se vinculan daños casuales o remotos, que no son consecuencias directas o inmediatas ni mediatas previsibles (arts. 901 y ss. del Código Civil).

## 2. EL AUTOMOTOR COMO COSA RIESGOSA

Aunque parezca mentira aquí no más, al conceptualizar al elemento protagónico del suceso dañoso, el automotor en movimiento o circulación, se plantea la primera discrepancia fundamental: ¿es cosa peligrosa, cuyo uso configura un factor de atribución o imputa-

bilidad, el riesgo creado? ¿O, por el contrario, es una cosa inofensiva, dócil o maleable —manejable— “con” la cual el conductor causa el daño?

El debate no es puramente teórico, en la medida en que conlleva consecuencias bien prácticas y operativas. Si cosa peligrosa, basta para responsabilizar el factor objetivo; si cosa dócil, la presunción de responsabilidad puede destruirse con la prueba de la inexistencia del factor subjetivo, la culpabilidad, culpa o dolo <sup>(3)</sup>.

Los criterios en un sentido y en el otro, defendidos con argumentos plurales, encuentran apoyo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacionales.

Somos partidarios decididos y firmes de la índole peligrosa del automotor en movimiento, por las razones siguientes:

- 1) Porque del análisis especializado y técnico de la cosa automotor se desprende, cuando es incorporado a la circulación, que potencia o multiplica las posibilidades de dañar <sup>(4)</sup>.
- 2) Porque el dominio o contralor que puede ejercer el conductor sobre la máquina no es total o absoluto, estando condicionado a una serie de factores: velocidad, sentido de la circulación, estado de la ruta, visibilidad, tiempo de detención, etcétera, etcétera.

<sup>(3)</sup> El punto ha sido tratado en distintas reuniones jurídicas. Recordamos: las Segundas Jornadas de Derecho Civil, celebradas en Corrientes, en 1965; las Primeras Jornadas Patagónicas de Derecho Civil, efectuadas en Comodoro Rivadavia en 1980; en el Primer Seminario de Derecho Civil, realizado en Jujuy en 1979 y en las Jornadas de Derecho Civil de Morón de 1982. Fue tal vez en las Jornadas Australes donde se planteó el debate en tonos más polémicos, destacándose, en la defensa de la tesis de la no peligrosidad, que juzgamos minoritaria en ambos campos, doctrina y jurisprudencia, la intervención de Jorge H. Alterini.

<sup>(4)</sup> Sobre este aspecto, el libro de MALMOVCA, R. E., *Causa de muerte. El accidente de tránsito*, edit. Hammurabi, Bs. As., 1978. Se inscribe en

- 3) Porque tradicionalmente así se lo ha considerado, sin que los adelantos técnicos le hayan quitado esa peligrosidad.
- 4) Porque la legislación comparada admite, en general, este enfoque como cosa riesgosa.
- 5) Porque con ese sentido y alcance, apuntando básicamente a los automotores y, por tanto, a los accidentes de tránsito, se hizo la reforma <sup>(5)</sup>.
- 6) Se desprende, asimismo, del número y frecuencia de los accidentes, de su importancia como causa de lesiones y de muerte.

una literatura muy particular, calificada como "accidentología", puesto que analiza, interdisciplinariamente, desde distintos enfoques, las causas de los accidentes y entre ellos, del más frecuente, el de tránsito, protagonizado por los automotores.

<sup>(5)</sup> BORDA, G., *La reforma de 1968 al Código Civil*, edit. Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 213 y ss.; el inspirador de la Reforma alude, con reiteración, al accidente de automotor. También Llambías, crítico implacable del "riesgo creado", cita como antecedentes, admisibles a su juicio, la ley francesa de 1951, sobre el Fondo de Garantía de Automotores, y el Código Portugués de 1966, que en el artículo 503 regula los "daños provenientes de los riesgos propios del vehículo". TRIGO REPRESAS, F. A., *Extensión de la reparación por daños causados*, en *Examen y crítica de la Reforma del Código Civil*, edit. Platense, La Plata, 1971, p. 201; aunque allí, el distinguido jurista platense, se muestra partidario de la interpretación identificadora del "vicio" con el "riesgo"; el segundo sería, a su juicio, "mera consecuencia o derivación del primero", tesis que nos parece inaceptable. La cosa riesgosa o peligrosa lo es por sí misma, tenga o no vicios que la afecten o limiten; vale decir, que en nuestra opinión, hay cosas viciosas o defectuosas que causan daños en virtud de esa situación y de allí se desprende que el dueño o guardián no pueda liberarse con la prueba de su no culpa —puesto que la culpa se desprende *res ipsa loquitur*, del estado de la cosa. Estas cosas viciosas pueden o no ser riesgosas: un automóvil, sin frenos es, a la vez, puesto en la circulación, cosa riesgosa y viciosa; un paraguas con los rayos en mal estado, que posibilitan que se "dé vuelta", es cosa viciosa aunque no riesgosa. Por último, un automotor en buen estado de funcionamiento es cosa riesgosa pero no viciosa. También sobre estos aspectos, RAMELLA, A., *El daño causado con la cosa y el daño causado por el riesgo o vicio de la cosa*, en *Juris*, Nº 3967, 1-8-968, p. 2 y ss.

- 7) No es dable pensar en los conductores, como causa única, una relajación del cuidado y diligencia; menos aun que media intención de dañar <sup>(6)</sup>.

### 3. INTRASCENDENCIA DE LA PRUEBA DE LA "NO CULPA"

El tema de la culpa, como factor de imputabilidad, pierde toda importancia en la medida en que ese factor es reemplazado por otro, el riesgo creado. La prueba de la culpa a cargo de la víctima o la liberación con la prueba de la no culpa por el victimario, aparecen como cuestiones superadas.

No es así, en cambio, para quienes, negando que el automotor en movimiento sea cosa peligrosa, se aferran a la tesis del daño causado por el conductor "con" la cosa <sup>(7)</sup>. Esa configuración se limita a establecer una presunción de culpa, que pesa sobre el agente productor y que éste puede destruir con la prueba de la no culpa; que equivale a decir con la demostración de haber con-

<sup>(6)</sup> Por allí marchaban las argumentaciones de Alterini en las Jornadas Australes. Luego de recordar con fineza y sentido del humor que los únicos automóviles peligrosos eran los abandonados por sus niños sobre el piso de las habitaciones, con grave riesgo para el que caminaba por ella a la mañana siguiente, añadía que no había tal "daño de la cosa", sino un daño del hombre al frente del volante; transformado por ese solo hecho —conducir un automotor— en un ser peligroso y agresivo... Sin perjuicio de reconocer el margen de verdad de afirmación semejante, pensamos que esa "súbita perversidad" se ve potenciada o facilitada por el hecho de "conducir cosa peligrosa".

<sup>(7)</sup> En jurisprudencia, a favor de la calificación como cosa riesgosa, "daño de la cosa", CNCiv., sala A, 19-8-63; CNCiv., sala C, L.L. 1978-A, 610; CNCiv., sala D, E.D., 39-508; C1ªCC Mercedes, L.L. 1978-B, 185; SC. Bs. As., L.L. 1975-B, 11, entre otros muchos. Partidaria de su ubicación como cosa no peligrosa, "daño con la cosa": CNCiv., sala C (voto de Alterini) L.L. 1978-A, 630; 72-870; CNEsp. Civ. y Com., sala IV, DJ, 1980, Nº 2, p. 100. También, en uno y otro sentido, la jurisprudencia que recuerda GANNIO DE ROGNONI, Alicia, *Accidentes de automotores*, Edit. Cooperadora de Derecho, Bs. As., 1978, Nº 360 a 378, p. 67 y ss. Ver de MEILIJ, G. R., *Efectos jurídicos de los accidentes de tránsito*, edic. Ariel, Bs. As., 1979, Nº 140, p. 80 y ss.

ducido, teniendo la pericia exigida —que se demuestra con la posesión del carnet habilitante<sup>(8)</sup>—, con diligencia, cuidado y prudencia. Es lo dispuesto por el artículo 1113, segunda parte, primer párrafo, en relación con el artículo 512, definidor de la culpa en general.

#### 4. EL CASO FORTUITO COMO EXIMENTE

La primera y más tradicional eximente es el caso fortuito. Superado el distingo entre “caso fortuito” y “fuerza mayor”, con la identificación en el primero de la conceptualización —hecho productor del daño, imprevisible por su extraordinariedad y, por esa misma causa, irresistible— y de los efectos liberatorios (art. 514, Código Civil).

Empero, la doctrina moderna ha perfilado con más precisión ciertas ideas sobre el instituto:

- a) Los requisitos tradicionales —extraordinariedad e irresistibilidad— deben complementarse con el de la “extraneidad”, cuya relevancia es notoria en ciertas hipótesis como, precisamente, el daño originado en un automotor. Ello significa afirmar que sólo es calificable como *casus* el hecho extraño o ajeno a la cosa dañosa, no el proveniente de ella misma, de su interioridad. Y la explicación convincente se encuentra en que el dueño o guardián

(8) La importancia de la obtención del carnet o registro habilitante está en relación directa con las pruebas o exigencias a que es sometido el peticionante; y, asimismo, con el control para su renovación, que debe alcanzar tanto a la conservación de la habilidad en el manejo, como al estado físico - síquico del titular. De ahí que los tribunales se hayan inclinado por sostener que la posesión del carnet o registro importa una “mera presunción” de pericia, que pueda destruirse con la prueba idónea en contrario. Y, asimismo, la carencia de carnet es presunción de impericia, que admite también prueba en contrario. Ello, claro está, sin perjuicio de la calificación como conducta antijurídica o violatoria de las

del automotor —y también su conductor— tienen como “guardianes de su estructura” que estar atentos al estado y conservación de la cosa. De donde los “vicios”, defectos o desgastes, que ocasionan rupturas, fallas, desviaciones, detenciones bruscas, etcétera, no son ni imprevisibles ni irresistibles y, por tanto, no liberan (?);

- b) El caso fortuito debe limitarse a los “hechos de la naturaleza” que, en el ámbito obligacional o responsabilidad contractual vuelven imposible el cumplimiento de la prestación, por provocar su destrucción o perecimiento y, en el de los actos ilícitos, son la causa productora del daño. Por tanto, deben excluirse de la comprensión tanto los “hechos del príncipe” o hechos del Estado, que en la doctrina moderna responsabilizan al ente —artículos 43 y concordantes de la Reforma— como los “hechos ajenos”, de un particular también responsable;
- c) Tampoco constituyen caso fortuito los hechos cometidos por un autor involuntario; o sea aquellos cuyo autor es persona privada de voluntad sana

normas del tránsito, del hecho de conducir sin carnet. Y de los efectos que semejante obrar tiene en orden al seguro de responsabilidad civil: constituye un supuesto que excluye la garantía prometida por el asegurador —falta de licencia, licencia vencida, otorgada irregularmente, o licencia para vehículo diferente. Así lo dispone la póliza usual de seguro de automotores con la conformidad de los tribunales. Finalmente, no debemos dejar de lado la consideración del rol del automotor, conducido sin carnet, en la producción del evento dañoso —puede ser o no causa del mismo—. Y el porcentaje de imputabilidad atribuible a la víctima presunta, al conductor del otro vehículo o al peatón.

(?) La jurisprudencia negadora del *casus* en las hipótesis recordadas y otras asimilables: rotura de la dirección; del sistema de frenos; estallido de un neumático; abertura de una puerta, etc., es francamente mayoritaria: CNCiv., sala C, L.L. 141-669; Sala A, L.L. 131-1201; Sala F, 135-747; C2ª CC La Plata, sala II, L.L. 134-1058; CApel. CC Mercedes, E.D. 80-752. GANNIO DE ROGNONI, *ob. cit.*, N° 353 a 359, p. 66 y ss.

o relevante, por estar viciado su discernimiento, su intención o su libertad <sup>(10)</sup>. Tales hechos, aunque involuntarios, pueden ser, en sí mismos, anti-jurídicos <sup>(11)</sup>; y en ellos puede haber la creación de un riesgo anormal o excesivo, a cuyo título responde el agente <sup>(12)</sup>. Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 907 del Código Civil;

- d) El *casus* puede obrar como eximente total o parcial, según que el daño sea la consecuencia exclusiva del obrar fortuito o la resultancia de “causas concurrentes”, el hecho calificado como *casus* y otro, imputable al agente a título de culpa o riesgo creado. En tales hipótesis, de causas plurales, concurrentes y no excluyentes <sup>(13)</sup>, el juzgador deberá desentrañar la virtualidad de una y otra, la eficiencia en la producción del perjuicio;
- e) La omisión de la mención del caso fortuito como eximente, en el artículo 1113, en particular al alu-

<sup>(10)</sup> Ocurre que la creación del riesgo, a diferencia de la culpa, no presupone una voluntad sana; la doctrina tradicional se niega a admitir que un demente pueda obrar con culpa, a pesar de ser verificable en sus hechos la negligencia o imprudencia; empero, no acontece lo propio con el factor objetivo de atribución: puede haber riesgo sin voluntariedad. Más aún, a nuestro juicio el actuar de personas semejantes es, en sí mismo, un obrar riesgoso, potenciando las posibilidades de dañosidad del comportamiento humano. Se excluye, pensamos, aquel vicio que afecta la autoría, que obsta a calificar el hecho como “suyo”, por falta de *suitas* o “mismidad”. Es el caso de la *vis compulsiva*.

<sup>(11)</sup> La visión decimonónica entendía que los hechos involuntarios no son lícitos ni ilícitos, por confundir el juicio de reproche formulado contra el hecho con el juicio dirigido a su autor.

<sup>(12)</sup> En el mismo sentido BORDA, G., *ob. cit.*, Nº 138, p. 215.

<sup>(13)</sup> La pluralidad de causas significa que en el *iter* que lleva al resultado se han adicionado o agregado diversos hechos orientados al mismo efecto; hay concurrencia cuando todos ellos pueden calificarse como productores del evento, en la medida en que, de manera igual o diferente, coadyuvan a generarlo; son excluyentes, en cambio, cuando desplazan a los otros hechos para actuar sola o exclusivamente en el proceso de engendramiento. La responsabilidad es, en el primer caso, de todos los que concurren con su actuar; en el segundo sólo es responsable el autor del hecho eficiente o decisivo.

dir a los daños causados por el vicio o riesgo de las cosas, no puede interpretarse, de manera alguna, salvo imprudencia o indiscreción manifiestas, como exclusión de la causal liberatoria. En tal sentido hay coincidencia relevante en la doctrina nacida al conjuro de la Reforma (<sup>14</sup>). Un sector destacará que los excluidos son los *casus* internos —si se los puede calificar como tales— (<sup>15</sup>); otro, que el silencio apunta a enfatizar que no libera cuando su participación o intervención es parcial o limitada en la ocurrencia del evento menoscabante (<sup>16</sup>). Resaltamos que el hecho nacido del caso fortuito es “ajeno” respecto del agente, de donde falla el requisito o presupuesto de la autoría y, en cuanto al obrar de dicho agente, el de la relación de causalidad (<sup>17</sup>).

(<sup>14</sup>) El tema fue debatido en las Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil, las Quintas, en octubre de 1978, junto con una rica problemática sobre distintos tópicos del *casus*. Allí se recomendó, por un sector: “Si el hecho dañoso causado por el riesgo o vicio de la cosa concurre con el *factum* del caso fortuito, debe imputarse la responsabilidad total al dueño o guardián, no siendo en este supuesto el *casus* causal exculpatoria”. En este mismo sentido la CNCiv., sala F, L.L., p. 752; Cám. C. y C., Sta. Fe, *Juris*, t. 47, p. 168 y ss. Suscribieron este Despacho: Trigo Represas, Goldemberg, Compagnucci de Caso, Kemelmajer de Carlucci y otros. Por nuestra parte suscribimos, con Brebbia, el Despacho que expresa: “Cuando concurrieren como concausas el riesgo y el caso fortuito, el juez atenuará la responsabilidad del agente teniendo en cuenta la incidencia del riesgo en la producción del daño”.

(<sup>15</sup>) BORDA, G., entre otros, *ob. cit.*, Nº 138, p. 215: “En cambio, parecería que si la fuerza mayor es extraña a la cosa (por ejemplo un terremoto que origina un derrumbe que a su vez causa un daño a un tercero) el dueño de la cosa no debe responder, porque estrictamente el daño no ha sido ocasionado por la cosa, sino por el hecho de fuerza mayor”. Un ejemplo de la vida real es el ocurrido en la localidad de San Justo (Prov. de Santa Fe), con un automotor arrojado por un tornado contra el frente de una casa, con graves daños al inmueble.

(<sup>16</sup>) LLAMBIÁS, *ob. cit.*, p. 287. Recuerda la opinión de SPOTA, en J.A., t. 24, p. 254.

(<sup>17</sup>) Un supuesto interesante es el que plantea la enfermedad fortuita, la imprevisible e irresistible; aquella que se exterioriza con ataques súbitos o descomposturas, que hacen perder al conductor del automotor el

## 5. COMPENSACION DE LOS RIESGOS CONCURRENTES

Una cuestión interesante, que ha llegado a nuestro Derecho luego de plantearse en otros, con suerte distinta o desapareja<sup>(18)</sup>, es la de saber si el factor objetivo, riesgo creado, de aplicación o vigencia cuando un automotor embiste a un peatón o daña una cosa mueble o inmueble cualquiera, es también factor de atribución cuando colisionan dos automotores.

Mientras un sector de la doctrina, judicial y de los autores o publicistas, que acepta que el automotor es cosa riesgosa, frente a la colisión de dos automotores juzga que “ambos han creado el riesgo” y, por tanto, este factor debe sufrir una especie de “anulación” o “compensación” y el hecho meritarse sobre la base de

dominio sobre la máquina, originando un accidente. La jurisprudencia ha resuelto algunos casos de accidente producido como consecuencia de un ataque al corazón, de un infarto fulminante. Es, en nuestra opinión, un caso fortuito eximente. No ocurre lo mismo cuando la enfermedad y sus efectos son conocidos, o bien cuando se conduce a pesar del padecimiento, en condiciones de inferioridad física. En tal sentido, SC, Bs. As., DJBA, 114-217. Son las denominadas enfermedades —genéricamente— culpables, por las cuales —producción o efectos— se responde.

(18) Para la doctrina francesa, puede consultarse la obra de VINEY, G., *Les obligations, La responsabilité: conditions*, en el *Traité de Droit, Civil* dirigido por Jacques Ghestin. En la doctrina nacional el muy interesante estudio de Aída Kemelmajer de Carlucci, en el *Libro de Homenaje a Augusto Morello*, edit. Platense, La Plata, 1981, *Temas de responsabilidad civil*, p. 219 y ss., titulado: *Responsabilidad en las colisiones entre dos o más vehículos*. La distinguida jurista mendocina destaca que la “consecuencia esencial de la posición ‘compensatoria’ es que si la causa del accidente permaneció ignorada, cada uno de los titulares de los vehículos, deberá soportar el perjuicio sufrido por su automotor. Si, como es usual en nuestro país, ambos conductores poseen seguros de responsabilidad civil por daños producidos a terceros, las compañías aseguradoras quedarán liberadas de toda indemnización (salvo la debida al asegurado si el seguro fuera total, lo cual ha devenido *rara avis* en el mundo negocial por sus altos costos)”. Propone que “cada dueño o guardián debe responder —salvo prueba de la causal eximitoria— de los daños causados al otro” - *ob. cit.*, p. 231.

la culpa de una y otra parte <sup>(19)</sup>; otro sector, que niega que el automotor sea cosa riesgosa, afirma que ante la colisión de dos automotores “no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1113, en cuanto se refiere a la inversión de la prueba, ya que en este supuesto la presunción legal desaparece o se neutraliza (la presunción de culpa), aunque sea uno solo de ellos quien reclama la reparación de los perjuicios” <sup>(20)</sup>.

En la vereda opuesta se ubica una línea de pensamiento partidaria de graduar o estimar la importancia de los factores de atribución; juzgar en qué medida uno y otro —el riesgo creado por ambos colisionantes o la culpa de ambos— han existido o sea la entidad o importancia de riesgos concurrentes y de culpas concurrentes. No proceder sin más a una anulación del factor objetivo o a una compensación total, sino, luego del análisis del riesgo creado por uno y otro <sup>(21)</sup>, compensarlos en la medida del menor.

Partidarios de esta tesis, no vemos la razón para proceder con el riesgo concurrente de manera distinta

<sup>(19)</sup> Una de las consecuencias de la “neutralización” se halla en la posibilidad de eximirse —el conductor de un automotor— con la prueba de la no culpa; en este sentido: CNCiv., sala A, L.L. 1978-A-632; CNCiv., sala D, L.L., 1978-C-677; C13CC San Isidro, L.L. 1978-C-137. Se parte, entonces, de considerar que el riesgo de las cosas peligrosas es siempre igual: un camión con acoplado crearía un riesgo semejante al de un automotor pequeño; los automóviles uno igual al de las motocicletas; éstas en la misma línea que las motonetas e, incluso, para quienes califican como cosa riesgosa a las bicicletas, asimiladas a éstas.

<sup>(20)</sup> Para esta corriente la “neutralización” es de las presunciones, sin distinguir la gravedad de las faltas o culpas, que están en la base de las mismas. CNEspecial, Civil y Comercial, sala I, *in re*: “Fortunato c/ Forchío”; Sala III, *in re*: “Meuli c/ Ferreyra”, ambos en *Accidentes de tránsito*, Jurisprudencia condensada, en El Derecho, 90-673 y ss.

<sup>(21)</sup> “La concurrencia de dos comportamientos riesgosos no neutraliza la imputabilidad a ese título, sino que en un accidente entre dos automotores puede mediar concurrencia de riesgos, en cuyo caso la averiguación tenderá a demostrar la entidad de uno y otro y su gravitación en el resultado”, CCC. Dolores, 6/5/76, en J.A., 1977-I-349, voto del doctor López Aranguren.

a cómo se actúa con la culpa concurrente. Y es sabido que, luego de algunas vacilaciones, las culpas no se anulan o compensan, sino que se gradúan de acuerdo a la gravedad de las faltas o errores en el comportamiento (eso es la culpa) y a la medida en que han concurrido a la producción del resultado dañoso <sup>(22)</sup>.

El criterio de la neutralización admite algunas variantes:

- a) Para algunos sólo se aplica cuando median daños mutuos, pero no cuando resulta un daño único o cuando habiendo perjuicios recíprocos una de las partes no reclama la reparación;
- b) para otros, no se aplica cuando puede determinarse la existencia de un vehículo embistente y de otro embestido <sup>(23)</sup>.

Reiteramos nuestro rechazo a esta idea, tanto en su expresión más drástica como en las variantes aludidas. Nos parece que, en el fondo, se quiere poner de resalto que la culpa sigue siendo la base del sistema de responsabilidad y, por ende, que ella no ha sido desplazada por el riesgo creado, ni siquiera en el artículo 1113, segundo párrafo, segunda parte. Que es preciso volver a recurrir a ella ante "la ineficacia de toda otra interpretación". Se antepone una postura teórica o principista a la solución legal y, así mismo, a la que parece más ajustada a la realidad de las cosas.

<sup>(22)</sup> Es la tesis que parte de considerar que culpa y riesgo son dos factores de atribución, cada uno con su ámbito o zona de actuación, lo cual no obsta a la complementación; que no hay uno superior al otro, uno que es base y otro que es excepción. Y, finalmente, que tanto la culpa como el riesgo admiten matices, grados, tanto en sí mismos como en su contribución al resultado.

<sup>(23)</sup> Puede consultarse la jurisprudencia que recuerda *MEILIJ, ob. cit.*, Nº 148 y ss., p. 84 y ss.; sobre apreciación y graduación de la culpa, la jurisprudencia que trae *GANNIO DE ROGNONI*, Nros. 416 y ss., p. 76 y ss.

Lo expuesto por nosotros no significa negar que en los accidentes de tránsito o de automotores, sean colisiones o embestidas a peatones, los factores de atribución subjetivos y objetivos pueden concurrir, complementarse. El riesgo creado por un vehículo sumarse a la negligencia de su conductor, por un lado, y por el otro, por vía de ejemplo, no verificarse sino el riesgo normal de la circulación <sup>(24)</sup>.

## 6. AUTOMOTOR QUE EMBISTE A UN PEATON

En otra ocasión, al tratar el tema de los accidentes de automotores desde una óptica más amplia, nos detuvimos a examinar las “especies” de accidentes, según los intervinientes y los lugares donde ocurren. Señalábamos que la circulación, en los tiempos actuales, es, básicamente, peatonal y de automotores —sin perjuicio de las motos, motocicletas, bicicletas, carros, etc.—. Que puede producirse el accidente entre automotores —tema que vimos ya— o la embestida de un peatón por un automotor en circulación. En este último caso, que es el que consideramos ahora, interesa saber si el peatón invadió la zona reservada a los automotores, la calzada o la ruta, o si fue el automotor el que invadió la zona peatonal, la vereda o banquina. Y, en uno y otro caso de “invasión” o avance, por dónde se hizo, si por el área destinada al efecto —que es para los transeúntes la denominada “zona peatonal” y para los vehículos la demarcada para acceder a playas, garajes o cocheras— o por un lugar distinto.

<sup>(24)</sup> A riesgos iguales y culpas diferentes, frente a daños similares, debe agravarse la responsabilidad del que actuó con mayor negligencia, imprudencia o impericia —rostros de la culpa—. Sólo habrá compensación total ante riesgos, culpas y daños iguales.

Empero, sea de ello lo que fuere, nos interesa ahora examinar las eximentes que puede invocar el automovilista embistiente, para liberarse de la reparación del daño causado al peatón embestido.

Una primera consideración tiene que ver con el valor de la vida humana, de la integridad física y mental de las personas, cuya jerarquía es superior al valor de los negocios, a la premura que los mismos exigen, a la rapidez o velocidad en la circulación. No puede imperar en la circulación, hemos dicho alguna vez, la ley de la selva. En ella se trasunta el amor y el respeto por nuestros semejantes.

Otra consideración que juzgamos interesante es la relativa a la "situación" de una y otra parte en el evento dañoso: "El caminante —se lee en un fallo— es la parte débil en las calles o rutas frente al automóvil en marcha; el automovilista es la parte más fuerte, ya que fácilmente la cosa que conduce le produce al peatón graves consecuencias" (25).

Finalmente, que las perplejidades, titubeos, detenciones bruscas, retrocesos, apresuramientos, son comportamientos fácilmente previsibles en el peatón, así como también el bajar de la vereda en cualquier lugar, para intentar el cruce de la calzada; de donde el automovilista debe anticipar esas conductas. El "principio de confianza" no es eximente para el conductor, puesto que tales hechos escapan al mismo; no cabe depositar confianza en la marcha o circulación del peatón, menos aún en los de cierta edad, muy corta o muy avanzada.

De allí que la eximente que libera al automovilista o camionero es, exclusivamente, la culpa grave y decisiva del transeúnte en la producción del siniestro. "El

(25) CNCiv., sala C, L.L. 1976-D-276; E.D. 68-356.

peatón distraído y aun el imprudente, constituyen un riesgo inherente al tránsito..."<sup>(26)</sup>. "Al peatón no es dable exigirle la misma atención que al conductor..."<sup>(27)</sup>. "Al peatón embestido debe absolvérsele de su culpa leve..."<sup>(28)</sup>. "La culpa que descarta la responsabilidad del conductor es la grave..."<sup>(29)</sup>. "La culpa del peatón, para eximir, debe ser la causa eficiente y exclusiva del accidente..."<sup>(30)</sup>.

Si en la embestida hay, por el contrario, causas concurrentes y factores de atribución mutuos, del automovilista y del peatón, la liberación del automovilista o del camionero no es total sino parcial. Se plantea una hipótesis de "atribuciones concurrentes", similar a la clásica "culpas concurrentes", aunque puedan mediar riesgo versus culpa o bien riesgo y culpa versus culpa del peatón<sup>(31)</sup>.

Digamos, para concluir este punto, que no será fácil encontrar en la praxis supuestos de culpa exclusiva de la víctima<sup>(32)</sup>. Como ejemplo de escuela mencionamos el del peatón que saliendo de improviso de atrás de un árbol se arroja al paso de un vehículo por una ruta o autopista<sup>(33)</sup>.

<sup>(26)</sup> CNCiv., sala C, L.L. 138-373; Sala A, L.L. 149-568; Sala F, L.L. 23-12-77; etc.

<sup>(27)</sup> CNEsp. Civil y Com., III, L.L. 23-12-77

<sup>(28)</sup> CNEsp. Civil y Com., III, L.L. 23-12-77, Nº 66.

<sup>(29)</sup> CNCiv., sala E, E.D., 54-504.

<sup>(30)</sup> CNCiv., sala B, L.L., 135-940.

<sup>(31)</sup> Una muy completa nómina de fallos, sobre culpas concurrentes puede consultarse en la obra de GANNIO DE ROGNONI, Nº 456 a 472, p. 81 y ss.

<sup>(32)</sup> Y es así porque en la mayoría de las hipótesis podrá adjudicarse al automovilista o camionero algún margen de culpa, sin perjuicio, claro está, del riesgo inherente a la circulación con vehículos semejantes.

<sup>(33)</sup> En nuestra opinión, la eximente "culpa exclusiva de la víctima" debe extenderse al supuesto de las víctimas con voluntad viciada, cuya conducta es causa exclusiva del evento dañoso —el automotor es allí una condición y no una causa concurrente—. Si bien no hay culpa exclusiva, puesto que la voluntad viciada —menores, dementes, privados acciden-

## 7. EL HECHO DE UN TERCERO EXTRAÑO

Nos ocupamos ya, con motivo del caso fortuito, del hecho ajeno o extraño al agente presumido o estimado. Vimos que podían ser hechos de la naturaleza, del Estado o de los particulares. Bajo la denominación de “tercero” se comprenden tanto las personas físicas como las jurídicas, del derecho privado o del público.

Ahora bien, son dos los requisitos para que esta eximente actúe:

- 1) el hecho debe ser realmente ajeno; y,
- 2) ser causa exclusiva del daño.

El hecho no es ajeno cuando:

- a) es el hecho de un hijo sometido a la patria potestad <sup>(34)</sup>;
- b) es el obrar de un amigo o conocido a quien se ha autorizado para conducir el vehículo <sup>(35)</sup>;

talmente de la razón, ebrios casuales— la excluye, hay un hecho que es causa exclusiva. Si bien es verdad que el obrar doloso o intencional absorbe al culposo (si uno quiso la colisión la negligencia del otro es irrelevante); no lo es que el culposo absorba el riesgoso o viceversa, puesto que ambos tienen similar jerarquía; ni que el voluntario excluya el involuntario. Si el hecho es ajeno y no propio, no vemos por qué no ha de liberar; no caemos en la razón de la exigencia de una voluntad sana. ¿No liberan acaso los hechos de la naturaleza?

<sup>(34)</sup> En virtud de los deberes de guarda y vigilancia que al padre le competen. Es innegable que, siendo el hijo mayor de diez años, es, a los fines legales, otra persona con responsabilidad propia. Pero el ordenamiento permite a la víctima accionar indistintamente contra el menor, con discernimiento para los actos ilícitos, o contra el padre. Siendo menor de diez años su obrar se reputa como un hecho del padre y a ese título, de hecho directo, responde el progenitor. Ya veremos que tampoco podrá el padre, en nuestro parecer, invocar la eximente de la última parte del artículo 1113, o sea el obrar de su hijo contra su voluntad expresa o presunta.

<sup>(35)</sup> Porque está, a los fines que analizamos, asimilado a un “dependiente”. CNCiv., sala E, L.L. 144-434.

- c) es el hecho de un dependiente, cometido en el ejercicio de la función encomendada o en ocasión de la misma <sup>(36)</sup>;
- d) es el hecho de un pupilo o curado <sup>(37)</sup>.

Y el hecho no es causa exclusiva sino concurrente, y por ende sólo conduce a una liberación parcial, cuando coadyuva con otro u otros hechos a generar el perjuicio <sup>(38)</sup>.

No es preciso que el tercero actúe con discernimiento, intención y libertad. Puede ser el hecho de un tercero-demente o de un tercero-menor o de un tercero-coaccionado o violentado. Es siempre el hecho de otro, causa distinta <sup>(39)</sup>.

<sup>(36)</sup> Basta que el trabajo encomendado haya sido la ocasión para el uso del vehículo y el posterior menoscabo a un tercero (art. 43 del Código Civil y 1113, 1ª parte). No importa que el dependiente se haya apartado de las instrucciones o prohibiciones; que haya obrado con dolo o intención; ni que responda a sus propias pasiones o vicios. El principal responde siempre.

<sup>(37)</sup> Tutores y curadores responden de tales hechos, sin perjuicio de la propia responsabilidad del autor involuntario.

<sup>(38)</sup> Los tribunales han tenido oportunidad de ocuparse de esta eximente: "La exoneración de culpa basada en la culpa de un tercero exige la cabal demostración de tal culpabilidad", CNCiv., sala E, J.A. 1975-29-73. "La culpa de un tercero, para eximir de responsabilidad al agente directo del daño, debe ser exclusiva", CNCiv., sala A, L.L. 135-589. "Es necesario probar que medió una acción suya positiva sobre el involuntario autor directo, de modo que la voluntad de éste resulte extraña a la producción del hecho", CNCiv., sala F, L.L. 155-716. "Sólo si el vehículo del demandado fue empujado por otro hasta que atropelló a la víctima, puede admitirse la eximente de responsabilidad", CNCiv., sala E, J.A. 1975-29-73.

<sup>(39)</sup> Acerca de las colisiones múltiples o sea aquellas en las cuales intervienen varios automotores, la jurisprudencia tiene declarado con reiteración, mereciendo el beneplácito de la doctrina, que "el damnificado puede demandar a todos los que han intervenido en ellas, o solamente a uno, no teniendo por qué investigar la mecánica del accidente", CNCiv., sala F, L.L. 146-662; Sala C, L.L. 147-711; Sala D, L.L. 1975-B-263. Ello es sin perjuicio, claro está, de las acciones que a aquéllos les pudiera corresponder, entre sí, para determinar su respectiva culpa, CNCiv., Sala A, L.L. 145-42; Sala B, L.L. 156-895;

## 8. LA RESPONSABILIDAD DEL DUEÑO DEL AUTOMOTOR

La Reforma ha querido asegurar a la víctima el cobro del resarcimiento y para ello ha colocado como responsables, junto al autor-conductor del vehículo (responsable por ser el autor), al dueño del vehículo (responsable por los deberes de cuidado que el dominio conlleva) y, cuando el propietario se ha desprendido del uso o aprovechamiento del automotor, al guardián del mismo (responsable por la titularidad de hecho y los deberes que comporta).

Todos obligados *in solidum* frente a la víctima, en una responsabilidad solidaria imperfecta o indistinta, que permite reclamar el todo de la indemnización a cualquiera —efecto principal de la solidaridad—, pero no invocar la propagación de los comportamientos: incumplimiento, retardo, insolvencia, etc., son personales; efectos accesorios de la solidaridad son los de propagación.

La doctrina se ha preguntado: ¿cuál es el fundamento de la responsabilidad que alcanza, indirectamente, al dueño? ¿Se basa en su culpabilidad, por omisión de los deberes a su cargo que hemos recordado?; ¿o bien en el riesgo que crean las cosas de su dominio? ¿Es susceptible de prueba en contrario? ¿Se libera el dueño probando su no culpa o la culpa del guardián?

No faltan decisiones en ambos sentidos. Las decisiones en el primero, se fundan en la culpa *in vigilando*

Sala D, 23-9-74; Sala F, L.L. 139-815. Es esta, a nuestro juicio, la buena doctrina. Recién esclarecida la responsabilidad de alguno de los intervinientes y, por tanto, demostrada la irresponsabilidad de otro u otros, la acción dirigida contra el inocente debe rechazarse. Y ello es así porque a la víctima no le compete el rol de investigador o averiguador de cómo ocurrió el suceso. Sabe quién lo dañó y él es, a los fines de “darle lo suyo”, el obligado a resarcir.

y admiten de prueba en contrario: "La responsabilidad del dueño del vehículo, causante del daño, no es ajena a toda idea de culpa; él está obligado como guardián jurídico de la cosa peligrosa, aunque no detente su guardia material, a impedir que otros la usen con riesgo de terceros" (40). Para otros tribunales la eximición procede cuando el dueño demuestra que ha tomado, sin éxito, las precauciones corrientes. Y no faltan los que la fundan, a la liberación, en que el dueño se encuentra inhibido de ejercer sobre la cosa un poder efectivo e independiente de dirección (41).

Las que juzgamos acertadas, adheridas, claro está, al segundo sentido, fundan la responsabilidad del dueño del automotor, que ha transferido la guarda, no en la culpa *in vigilando* sino en el riesgo que surge del empleo por terceros de la cosa propia (para otros en una responsabilidad objetiva basada en la garantía) y de allí que sea inexcusable. Esta postura se funda:

- a) En que siendo atribuible a riesgo creado la responsabilidad del conductor, no es razonable fundar en la culpa la indirecta del dueño (42). Si riesgo en la directa, riesgo en la indirecta (43).
- b) Que la Reforma ha buscado asegurar el resarcimiento a la víctima, finalidad que se vería de-

(40) CApel. Dolores, L.L. 138-906, 23450-S.

(41) CNCiv., sala A, 3-5-79, en D.J., 980-2-102, Nº 267.

(42) El uso de la cosa peligrosa, con la atribución consiguiente a título de riesgo, alcanza a todos los personajes intervinientes: conductor, dueño y guardián, y crea una presunción que no puede destruirse con base en la no culpabilidad, sino en las eximentes ahora analizadas.

(43) Puede ocurrir, en cambio, que siendo la responsabilidad directa del dependiente fundada en culpa, la indirecta del patrón se base en el riesgo creado por el empleo en su propio provecho de otras personas, art. 1113, 1ª parte.

fraudada con la posibilidad de liberarse con la prueba de la no culpa (<sup>44</sup>).

- c) Y, por último, que la norma del artículo 1113, segundo párrafo, segunda parte, no menciona para nada, respecto del dueño, la eximición con la prueba de su no culpa y, por lo demás, el guardián —que tiene el uso del automotor— no es respecto de él un tercero extraño.

Otra es la situación que se plantea respecto de la “titularidad registral”. Siendo el Registro de Propiedad Automotor, creado por el decreto-ley 6582/58 un registro constitutivo, una parte de la doctrina entiende, con razón a nuestro parecer, que quien figure allí como dueño lo es a los fines de la responsabilidad del artículo 1113 del Código Civil, sin admitir prueba en contrario (<sup>45</sup>). Otra parte piensa que la presunción de responsabilidad admite prueba en contrario, por ser una mera presunción *juris tantum*. El quid del problema radica en la justicia o injusticia, seguridad o inseguridad de una y otra solución. La primera responde mejor, a nuestro juicio, a ambos valores, al menos desde la óptica de la víctima. La segunda parece, a juicio de sus propugnadores, estar más de acuerdo con esos mismos valores, pero desde el punto de vista del “dueño” registral, cuando no es, a la vez, dueño real (<sup>46</sup>).

(<sup>44</sup>) Las diligencias y cuidados del dueño son hechos absolutamente extraños e incontrolables para la víctima, cuya relación es con el conductor o el guardián, nos referimos, claro está, a los casos en que quien guarda o quien conduce no es el propietario.

(<sup>45</sup>) O sea que la presunción establecida en el art. 26 no admite prueba en contrario. CApel. Junín, 24-8-79, en D.J. 980-2-104, nº 278; CNEsp. CC, sala IV, en J.A. 1978-III-475. Puede consultarse con provecho el libro de Moisset de Espanés, L., *Dominio de automotores y publicidad registral*, edit. Hammurabi, Bs. As. 1981, cuyo Capítulo VIII, titulado: *Responsabilidad del titular registral*, está dedicado a un examen detenido de la cuestión y de la jurisprudencia.

(<sup>46</sup>) CNCiv., sala A, 22-6-78, Repertorio XXXVIII, L.L., p. 602, nº 530; CNCiv. sala A, 3-5-79, en D.J. 980-2-103, nº 266; CNCiv.,

## 9. LA RESPONSABILIDAD DEL GUARDIAN DEL AUTOMOTOR

Dejando de lado la espinosa cuestión acerca de la verdadera conceptualización del "guardián" <sup>(47)</sup>, señalemos que a partir de la Reforma de 1968 al artículo 1113 está claro que su responsabilidad existe y es conjunta y no disjunta respecto del dueño. Vimos ya que responde en forma indistinta, pudiendo la víctima accionar contra uno u otro. Interesante es el tema de si entre ellos, dueño y guardián, hay acción de regreso o recursoria o, al menos, una acción de contribución <sup>(48)</sup>. A diferencia de lo que ocurre frente a los factores subjetivos, donde se prevé la solidaridad y la acción de reintegro entre los varios autores de un hecho ilícito culposo, artículo 1109, última parte; a la vez que se niega la acción recursoria a los autores plurales y solidarios de un ilícito doloso, artículo 1082, nada se dice para los varios responsables de un hecho atribuible a riesgo creado. Aclaremos, así mismo, que estamos frente a una responsabilidad de varios pero por causas diferentes aunque conexas; no se trata de un hecho cometido por pluralidad de personas, causa única del deber de resarcir; sino de un hecho dañoso de autor singular, vinculado por conexidad con otras situacio-

sala D, 980-2-103, D.J. n° 272; CNCiv., sala F, 25-4-79, D.J. 980-2-103, n° 268. El dueño registral puede, claro está, invocar las mismas eximentes que el dueño del art. 1113: caso fortuito, hecho de un tercero y hecho de la víctima exclusivos, y uso contra la voluntad.

<sup>(47)</sup> COMPAGNUCCI DE CASO, R. R., *Tipificación de la figura del "guardián" en la responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas*, en *El Derecho* 67, 1976, p. 777 y ss.; Salas, A. E., *Relaciones entre el dueño y el guardián de la cosa inanimada dañosa*, en *Temas de responsabilidad civil. Libro de homenaje a Augusto M. Morello*, edit. Platenense, La Plata, 1981, p. 369 y ss.

<sup>(48)</sup> Para SALAS, "en las relaciones internas entre ellos —dueño y guardián— el dueño sería el responsable de los daños derivados de la estructura de la cosa peligrosa; y el guardián cuanto tienen su causa en el comportamiento de ella", *ob. cit.*, p. 375.

nes —dominio del automotor, guarda del mismo— que también responsabilizan frente a la víctima.

Para Borda: “Sí cabe acción recursoria del dueño contra el guardián, cuando se demuestra que el hecho ocurrió por culpa del guardián... porque la doble responsabilidad del dueño y del guardián sólo tiene sentido como garantía para el tercero, víctima del daño. Pero si el daño se ha producido por el vicio o riesgo propio de la cosa, pensamos que la acción recursoria se limita a la mitad; en otras palabras, en esta hipótesis dueño y guardián deben concurrir por partes iguales al pago de la indemnización; y cualquiera de ellos que haya pagado, tiene una acción de contribución contra el otro” (49).

De acuerdo en lo fundamental con esta opinión, que posibilita a quien está más lejos del daño, el dueño que se ha desprendido de la guarda, la acción recursoria con el más próximo al mismo, aquel cuya acción ha contribuido en mayor medida, adicionando culpa al riesgo propio del uso de cosa semejante. Recordemos que el “guardián” tiene el control de hecho sobre la cosa y sólo deja de ser tal cuando es privado de la misma. Mientras el dueño puede tener un “dominio vacuo” o vacío, puesto que ha entregado a otro la cosa, el “guardián” no puede ostentar una “guardia vacua”, puesto que hay en esta expresión una contradicción; el guardián mantiene siempre la cosa en su titularidad de hecho, con inmediatez. Sólo podría invocar el guardián, como veremos enseguida, el uso contra su voluntad expresa o presunta.

Empero, no estamos de acuerdo en que pueda el guardián que ha resarcido el daño a la víctima accio-

(49) BORDA, *ob. cit.*, nº 138, p. 217.

nar en reintegro de la totalidad contra el dueño, probando su culpa. No vemos cómo podría el dueño incurrir en negligencia o imprudencia privado como está del control sobre la cosa, real, directo, y del uso de la misma. De ahí que postuláramos que su responsabilidad es objetiva.

#### 10. LA PRETENDIDA EXIMICION DEL DUEÑO O DEL GUARDIAN CON LA PRUEBA DE SU NO CULPA

Insistimos en que la culpa del guardián —que en muchas hipótesis será “el adquirente conductor no registrado”<sup>(50)</sup>— no libera al dueño titular registral; no le es dable a éste pretender la eximición, sea por la vía de probar que de su parte no hubo culpa, sea demostrando que la culpa era de un tercero (puesto que el guardián no es tercero extraño respecto del dueño).

Tampoco podrá el dueño sostener en la mayoría de los supuestos, que el uso por el guardián —caso del denominado “guardián-comprador”— es un uso contra su voluntad<sup>(51)</sup>.

Cuando la víctima es un tercero ajeno a la colisión, a la conducción de los vehículos que intervienen en ella, no puede el propietario de uno de los vehículos argüir, como causa liberatoria, la culpa exclusiva del propietario del otro vehículo, por las razones dadas en su momento: imposibilidad de saber, a ciencia cierta,

(50) Denominación del vocal Cifuentes, que campea en la causa “Bruno c/ Saravia”, comentada por nosotros en el t. I, p. 243 de estos *Estudios*... En la oportunidad recordada el vocal Cifuentes admitió la eximición del dueño con base en la culpa del guardián.

(51) Lo sostuvo el vocal Alterini, en el fallo mencionado en la nota precedente. Quien enajena o meramente vende sin transmitir aún el dominio, se entiende que está conforme con el uso por el comprador.

sobre márgenes de riesgos y culpas hasta la definición de la litis <sup>(52)</sup>. El guardián, por su parte, no podrá invocar para exonerarse, ni la culpa del dueño, según ya dijimos, ni la culpa del conductor, salvo que demuestre el uso contra su voluntad.

## II. EL USO CONTRA LA VOLUNTAD EXPRESA O PRESUNTA

La Reforma incorporó, en la última parte del artículo 1113, una última eximente, que tiene que ver, sin lugar a dudas, con la ya analizada: hecho de un tercero extraño. Se trata del uso de la cosa riesgosa “contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián”.

Es indudable que este agregado estaba orientado a liberar al dueño de los daños causados por los ladrones de automotores <sup>(53)</sup>. Y que a esta hipótesis cabe asimilar la de privación del vehículo por confiscación, traslado por la grúa municipal y otros similares <sup>(54)</sup>.

Empero, doctrina y jurisprudencia inclinadas a favorecer al dueño o al guardián, en detrimento de la víctima, hacen de la eximente una aplicación extensiva que nos parece —lo hemos dicho y repetido— francamente inconveniente y desvaliosa.

Se agregan a los casos mencionados: uso por el reparador del automotor —chapista, electricista, pintor,

<sup>(52)</sup> Fue la eximente invocada por el vocal Belluscio en el fallo que comentamos bajo el título: *La víctima versus dueño, guardián o conductor*, en esta obra, tomo I, p. 243.

<sup>(53)</sup> Por los hurtos o robos, que en derecho civil son sinónimos. Se desprende de la “recomendación” de las Segundas Jornadas de Derecho Civil, efectuadas en Corrientes en 1965.

<sup>(54)</sup> Fue lo acordado en las Jornadas precitadas y lo que la doctrina anterior a la Reforma aconsejaba.

mecánico, gomero, etc., etc. <sup>(55)</sup>—; uso por el garajista, playero, cochero, etc <sup>(56)</sup>; uso por el adquirente no registrado <sup>(57)</sup>; uso por el intermediario o agenciero o por el candidato a quien se le entrega para probarlo <sup>(58)</sup>; etcétera, etcétera.

Nos parece que tales interpretaciones, basadas en contrariar una voluntad que no se ha exteriorizado de manera alguna prohibiendo el uso, muy por el contrario, que se ha mostrado de acuerdo con lo que es normal y ordinario, al no tomar precauciones para evitarlo o dejar sentado su criterio, caen en un ficcionismo extremo y contradicen la télesis legal, llegando a soluciones injustas.

<sup>(55)</sup> CNCiv., sala D, 27-11-78, en D.J. 980-2-102, nº 265. Se trataba del uso del automotor por el pintor o chapista del taller. Sobre este particular se expide Borda, haciendo un distingo, según que el vehículo sea usado para dar un paseo o camino a una prueba necesaria o para devolverlo al domicilio de su dueño, *ob. cit.*, p. 216, Nº 138. Los matices, bien claros en el ejemplo, nos parecen suficientes para expresar nuestra opinión contraria. En ellos tiene cabida lo que podemos denominar “eximente-chicana o argucia”, inventada al efecto. Fuera de todo posible control por la víctima. Basta con hacer declarar tal cosa al chapista insolvente para excusar al propietario solvente.

<sup>(56)</sup> El dejar la llave en el vehículo exterioriza, a las claras, la voluntad de que sea usado. Es justo que el riesgo lo asuma el dueño, pero injusto que se le traslade a la víctima.

<sup>(57)</sup> Fue, quizás, un camino para llegar a la liberación del titular registral. Empero, reiteramos, tal titular, despreocupado, en el común de los casos, del destino y uso del que fuera su vehículo (en el sentido real), no merece semejante interpretación tuitiva.

<sup>(58)</sup> Es otra mentira recogida y aceptada por la judicatura. Quien lleva su automovil a una agencia, para venderlo, presta su conformidad con el uso que al mismo debe dársele con destino, precisamente, a lograr concretar el negocio. Se nos ha dicho que en los tiempos actuales el mantenimiento de la responsabilidad en cabeza del dueño pierde sentido, en la medida en que el dueño es, las más de las veces, un insolvente, que adenda hasta el precio del automotor. Puede ser, en algunos casos, y no ser, en otros. Pero lo definitivo es el sentido de la Reforma, es que el dueño sea conocido, por el Registro, y sea responsable.

De ninguna manera puede admitirse que la eximente alcance al “uso sin autorización”, que es algo diferente al uso “contra la voluntad” real <sup>(59)</sup>.

Y, por último, no se configura la eximente si ese uso —que se pretende contrario a la voluntad— fue facilitado o posibilitado por un comportamiento negligente, descuidado o imprudente del dueño o del guardián <sup>(60)</sup>.

<sup>(59)</sup> Sobre el tema TRIGO REPRESAS, *ob. cit.*, p. 222. Discrepando con el distinguido jurista platense y coincidiendo con lo “recomendado” en las Jornadas de Derecho de Mercedes, de 1968, entendemos que la eximente que examinamos no es de aplicación al propietario o guardián principal, cuando el uso, que se afirma violatorio de la voluntad de uno u otro, es efectuado por el dependiente. En tales supuestos la relación de dependencia ha sido la ocasión para el uso, lo ha hecho posible, y de allí que deba imputarse al patrón o principal, dueño o guardián del vehículo. Es otra hipótesis que se presta, como la que más, a un “amañamiento” de la situación.

<sup>(60)</sup> Para Borda si el uso ha sido posible “por manifesta negligencia del dueño o guardián”, “que ha dejado la cosa peligrosa al alcance de cualquiera”, por ejemplo, el revólver cargado sobre una mesa; el automotor sin llave; etc., “el dueño responde, no ya en base al art. 1113, sino de conformidad al art. 1109”, *ob. cit.*, p. 216, nº 138.

**LOS “NUEVOS VIENTOS” DE LA REFORMA  
EN EL DERECHO PRIVADO PATRIMONIAL  
EN HOMENAJE AL DR. GUILLERMO A. BORDA**

1. Cuando nuestro homenajeado, pocas veces con más justicia y oportunidad, elevó como Ministro del Interior el Proyecto de Reformas al Código Civil —que luego se concretaría en la ley 17.711—, aludió a los “nuevos vientos” que soplaban, a su juicio, en el campo jurídico y que eran inspiradores y, a la vez, justificadores de las modificaciones proyectadas.

En este trabajo nos proponemos, con modestia y brevedad, indagar acerca del cuadrante de donde provenían tales vientos, de su significación para el ordenamiento por ellos aireado, de su fuerza y duración; así como respecto de las razones que, a sabiendas o no, movieron a un sector a desconocer su existencia o minimizar sus efectos; a confundirlos, sea con una brisa intrascendente, o fuera con un huracán destructor.

2. Y si bien es verdad que los “vientos de reforma” no eran desconocidos para los argentinos, también es cierto, aunque la expresión pueda juzgarse como algo dura o despiadada, que los que se sintieron en tiempos pasados habían quedado cubiertos por un “manto de olvido”.
3. Las reformas no se justifican por un afán puro de cambio, de puesta al día, en seguimiento de tales o cuales legislaciones; no se explican tampoco por

la ancianidad de aquello que se dirigen a modificar. Mucho menos las reformas jurídicas, las alteraciones en el Derecho de un país dado. Su justificación, a nuestro juicio, exclusiva, se halla en la razón de ser del ordenamiento, de la normativa: el logro del bien común, de una mayor justicia, de una armonía y paz sociales más firmes y duraderas.

4. No se nos escapa que pueden estar inspiradas, a veces, en el afán de incorporar mejores técnicas jurídicas o de plasmar soluciones más armónicas, construcciones de una lógica formal más rigurosa, que a la postre redundarán en la belleza del sistema. Empero, juzgamos que tales reformas son menores, en su sentido y alcance, en su proyección y finalidad buscadas.
5. El país estaba ansioso de una reforma que tocara lo sustancial del derecho privado económico; que avanzara hacia el meollo de las relaciones de cambio; que apuntara a aspectos teórico - prácticos del tráfico. En otras palabras que brindara soluciones hijas de una filosofía jurídica y de una política diferentes. A eso apuntó la Reforma de 1968, al cambio de filosofía y política. De allí sus sostenedores y sus enemigos; su fuerza y, a la vez, la resistencia que encontró; su porvenir y perdurabilidad.
6. No importa que ello se haya buscado con una reforma parcial y no con una de la totalidad o integralidad del Código Civil. Es significativo que se haya hecho. Eso es lo bueno que nos ha dado y nos permite subestimar lo que parece mejor aún.
7. Y no es verdad que haya sido reforma "inconsulta"; menos aun caprichosa o intempestiva. Los aspectos que aquí consideramos —derecho privado

patrimonial— reconocen en lo sustancial un rancio abolengo: el de los Congresos y Jornadas de Derecho Civil; eventos que reúnen a los juristas más prestigiosos de la Nación.

8. La Reforma, es verdad, apunta a la evolución y no a la revolución; se inordina en un derecho capitalista y pretende su humanización, sobre la base de la protección a los más débiles o necesitados; no aspira a la reforma de la sociedad capitalista. Empero, nos parece innegable su contribución, sobre todo en lo que atañe al régimen de la propiedad y del contrato, a un acercamiento hacia el definitivo y consolidado "estado justo" —estado de justicia y no meramente de derecho formal—, "poblado de concretas igualaciones sobre todo económicas y de efectivas vivencias solidaristas".
9. La Reforma ha puesto de manifiesto la crisis de los conceptos tradicionales de ley, de contrato y del dogma de la voluntad, claves de bóveda de los códigos burgueses y de la ciencia jurídica del siglo XIX; aunque no hasta el punto de remover el orden constituido, consciente de que éste mediaba en un entramado social en el que prevalecían los intereses capitalistas.
10. Nos parece que son exactísimas las afirmaciones del homenajeado acerca de la filosofía del Código Civil: "su filosofía era la del siglo XIX: liberal, individualista, positivista". Y que esta verificación realista y descarnada no debe ofender a nadie. Menos aun juzgarse una postura iconoclasta, que desmerece la figura del Codificador. Es un elogio reconocer que era un hombre de su tiempo, que compartía las ideas de su época; sobre todo para un

codificador —no quizás para un reformador o un profeta—. Ni Borda ni ninguno de los defensores de la Reforma de 1968 han escatimado los elogios a Vélez; se cuestiona la perdurabilidad en el tiempo de sus aciertos. Se niega que una ley buena para la realidad económica y social de 1869 pueda seguir siendo buena para una realidad diferente en 1969.

11. Quienes en 1968 ó 1982 pretendían defender la cosmovisión del Codificador —que seguramente éste hubiera ya abandonado, realista y pragmático como era— no niegan sino que atenúan las supuestas imputaciones: “sí, era liberal e individualista, pero moderado o atemperado”; “la traducción de esas ideas en la ley no fue tan contundente”; “reconoció algunas limitaciones”; “se desprenden de tal o cual nota”; “no se debe confundir liberalismo con individualismo”; “participó de ambos, pero en esto y no en aquello”; “tanto el individualismo como el liberalismo tienen planos: político, jurídico, social, económico, militar, por tanto el calificativo, sin la debida precisión, es equívoco”; “no cayó en exageraciones”; “hay que analizar, primero, de quién parten esos calificativos”; “reiteradamente menciona Vélez lo religioso, lo divino, la moral, la equidad, etcétera”.
12. Honestamente no nos parecen defensas válidas y convincentes. Es innegable, a nuestro juicio, que la exaltación de la “libertad” privada del individualismo era propia de los códigos de inspiración francesa; éstos presentaban una disciplina de las relaciones atomísticas entre individuos y bajo un régimen de libre competencia según los principios de que el interés general se identifica con el libre ejercicio de los derechos individuales y de que la fina-

lidad de la ley es garantizar su ejercicio en concurrencia. La libertad individual abstracta —se ha dicho con razón— tenía para el propietario de bienes un significado muy concreto, pero para los restantes ciudadanos, que eran los más, sólo tenía el sentido de la posibilidad de escoger entre contratos demasiado onerosos y la emigración, entre el hambre o un salario de supervivencia. De ahí que se haya enfatizado en que es un amargo sarcasmo hablar de libertad de querer y de igualdad de derechos a quien se muere de hambre en los campos y en las calles, mientras otros, iguales en derecho, le dictan de hecho la ley y nadan en la abundancia. De hecho la libertad “había devenido el instrumento de formación de los centros de poder económico, sentando las bases de monopolios y oligopolios y, a la postre, de un equilibrio diferente entre la sociedad civil y la política”.

13. Acerca de la muy justa imputación de positivismo, los argumentos negadores no son más felices. Se argumenta con “el recuerdo de los principios”, así como “con las reiteradas muestras de invocación del derecho natural, la moral, las leyes divinas, la religión, las buenas costumbres, etcétera”. Se silencia, empero, que cuando Vélez quiso conceptualizar una relación privada de los efectos jurídicos esenciales, sin posibilidad de exigir un cumplimiento, las “obligaciones naturales”, las fundó en “el derecho natural y la equidad”, artículo 515. Que también los positivistas, caracterizados por confundir el Derecho con la ley, lo antijurídico con lo antilegal —tal como aparece en el artículo 1066 del Código— aluden a los “principios jurídicos”; empero, ellos no son otros que los que se desprenden del Código, de su articulado —una especie de pre-

citado legal; y no algo que está por encima de la legalidad, que la complementa y la justifica—. Finalmente, nociones tales como “moral” y “orden público”, son manejadas por el positivismo del modo más restrictivo posible; reducida la primera a la “moral sexual” —o poco más— y la segunda a la idea de Estado gendarme, guardián de las fronteras y de la paz interior.

14. La admisión de una fuente de Derecho, única y exclusiva: la ley, es otra profesión de fe positivista y, a la vez, propia del liberal - individualismo. Las restantes fuentes aparecen totalmente ignoradas: del “orden natural de las cosas”, en tiempos del primado del jusnaturalismo racionalista, ni que hablar; la doctrina, relegada a un quehacer exegético o dogmático, que multiplica inducciones y deducciones; la costumbre negada, salvo aquella que sigue las directivas de la ley; y, por último, la jurisprudencia, relegada a ser “la boca de la ley”, a una función de repetidora de la voluntad del legislador, puesto que ni siquiera se le permitía “interpretar”, en el sentido integrador del vocablo.
15. ¿Quién puede negar que “el liberalismo positivista se interesó más por la seguridad que por la justicia”, si hasta hoy en día lo siguen haciendo sus corifeos? No es ésta una afirmación caprichosa ni una burla al orden jerárquico de los valores jurídicos. Es, por el contrario, la síntesis de un amor al orden por encima de todo otro amor; la creencia de que en el orden, por sí mismo, residen todas las virtudes. Que lo importante es anticipar lo que vendrá, conocer lo que nos espera, en todos los campos, cualesquiera sean los signos de ese porvenir. Alguien ha escrito acerca de la devoción de la

burguesía, triunfante luego de la Revolución Francesa, por la seguridad jurídica, no obstante de haber clamado, antes de producida, por la justicia; y, a la inversa, como la monarquía desplazada requería justicia, después de haberse aferrado al orden del *ancien régime*.

16. Pero el Derecho, nos enseña el jusnaturalismo clásico, que no es del siglo III antes de Cristo, ni del XII luego de su advenimiento, es justicia, por encima de todo otro valor. No aspira a mantener a cada uno en lo que ya tiene, a impedir que otro le quite lo que ha conquistado, sino a que cada uno tenga lo suyo.
17. De donde el valor de la confesión de fe, en Cristo y en el Derecho, que encierra la Reforma: "...cambia esa filosofía (liberal, individualista, positivista) por la social y cristiana propia de nuestra época, la época de la *Populorum Progressio*". Y es claro que esto escandaliza a muchos y hace proferir agravios a otros y afirmaciones apresuradas a los más.
18. La obra de nuestro homenajeado tiene, en numerosos textos del derecho privado económico, de las obligaciones, contratos y derechos reales, un carácter tuitivo, de protección, o ampara a los más débiles o necesitados, a quienes exhiben "una apremiante apetencia de justicia". Y ello está de acuerdo con la "doctrina social de la Iglesia" y, claro está, con el magisterio de los Papas, a través de las distintas encíclicas sociales. Son esas enseñanzas las que han coincidido en las críticas tanto al liberalismo - individualista como al totalitarismo, cualquiera sea su signo. No hay coincidencias sino discrepancias entre lo que la Iglesia predica, en

orden a la justicia, la promoción de los desamparados, los “nuevos pobres”, el destino y reparto de las riquezas y temas similares, y las prédicas de los liberales y totalitaristas; de allí su condena.

19. Son los principios fundamentales y orientadores del Código de Vélez, en su limpieza y diafanidad, los que no coinciden con el “nuevo espíritu”; es ese el problema, más que la “técnica envejecida y defectuosa”, la “frondosidad expositiva” o la “casuística extrema”. Partiendo de otros principios, acerca de las fuentes, el rol de los jueces, el equilibrio en los negocios, el finalismo en el ejercicio de los derechos, etcétera, puede arribarse a conclusiones que renueven las técnicas y despejen la frondosidad abrumadora.
20. Borda cree en la existencia de una “doctrina social de la Iglesia”; sabe que ella, aunque explicitada en la última centuria, recoge las enseñanzas de siempre, de la creación y la revelación; reconoce su vigencia y operatividad. Sabe que compromete al jurista y al cristiano militante en la búsqueda de la justicia y la verdad, como empeño de todas las horas.
21. La Reforma en lo privado patrimonial, dado su carácter de tuitiva o proteccionista —del hombre común, del consumidor de bienes o servicios, que ha menester la satisfacción de sus necesidades— se expresa a través de normas imperativas, cuya vigencia no puede ser dejada de lado por las partes; en su vigencia está comprometido un interés superior de los individuos considerados aisladamente: el bien común, que es el de la comunidad y el de todos sus integrantes. De allí su irrenunciabilidad anticipada.

22. Se contraría su espíritu y, por ende, se desvirtúa, cuando se interpretan las normas del reformador con el alcance meramente dispositivo o supletorio del Codificador. El legislador del siglo xx no suele hablar como lo hacía el del siglo xix; el tono de éste era, por lo común, de consejo y de recuerdo, puesto que iba dirigido a hombres libres, iguales y fraternos, capaces de defender por sí mismos sus derechos, que no requerían protección alguna. El tono del legislador contemporáneo ha cambiado, en la medida en que ha caído en la cuenta de las desigualdades y limitaciones a la libertad, a la vez que en la vigencia de un espíritu de lucro y poder que ha dejado atrás la hermandad.
23. Las observaciones precedentes tienen cabida frente a numerosos textos de 1968, pero ponemos de resalto, muy en especial, lo relativo a la lesión y a la imprevisión (arts. 954 y 1198, 2ª parte), columnas vertebrales del equilibrio en las relaciones de cambio.
24. Se burla la Reforma, asimismo, cuando se pretende que sus textos sean interpretados por un juez con la venda puesta; que ignore las circunstancias particulares de los justiciables. La ley del 68 no es, de ordinario, la genérica y abstracta del Código Civil, o, mejor, lo es pero necesitada de particularización en su aplicación. Es ley que pretende ser justa y, a la vez, equitativa.
25. El rol o papel del Juez en la Reforma ha sido destacado con reiteración. Su inspirador, nuestro homenajeado, ha escrito: "Pero es necesario decir que el papel que se le confiere al juez en nuestro nuevo ordenamiento, hace a la filosofía misma de

la Reforma. De lo que se trata es de lograr una justicia menos formalista y menos ciega, más afinada, más adecuada a los litigantes y más rica en contenido humano; de brindar al Juez todos los elementos que le permitan discernir una justicia más auténtica a esos seres que han llegado ante sus estrados a reclamarla”.

26. Ocurre que en el escenario jurídico contemporáneo el legislador, menos soberbio y presuntuoso que el del siglo pasado, deja al Juez el principal papel protagónico, consciente de que es él quien hace la justicia del caso. Esto ocurre por distintas vías: unas veces, incorporando disposiciones que se aplican con base en una interpretación integradora, que permiten resolver el litigio según las circunstancias del caso; y, otras, limitándose a establecer preceptos que incorporan “válvulas” o standards, “dentro de los cuales los jueces pueden moverse con notable aptitud”.
27. Buen ejemplo de las primeras son los artículos 522, 907, 954, 1069, 1198, 1306 y otros; no se dice en ellos que el Juez “deberá” hacer tal o cual cosa, sino que el Juez “podrá” hacerlo o no, según sean las circunstancias de personas, tiempo, lugar, patrimonios, etc. Y ejemplo elocuente de standard es el artículo 1071, relativo al ejercicio de los derechos, limitado por los “fines” de la institución, el actuar “regular”, la moral y buenas costumbres.
28. La buena fe en la Reforma merece un párrafo aparte. Es una de las constantes o *leit motiv*, que da pie a la aplicación particularizadora o equitativa y sirve también como standard apropiado. Y ello es así en cualquiera de sus dos rostros: el objetivo —lealtad, probidad— específico de las relaciones

de cambio, y el subjetivo —creencia, respeto de la apariencia— más propio de las situaciones reales.

29. Recordemos, para remarcar el contraste entre Código y Reforma, que ni la equidad ni la buena fe tuvieron cabida en aquél. A la equidad se la ubicaba fuera de lo jurídico, más cerca de la caridad. y como una bella palabra destinada a encubrir caprichos y arbitrariedades. A la buena fe, por su parte, se la consideraba "concepto peligroso", debilitador de la fuerza vinculatoria de los contratos, recurso de pícaros e incumplidores.
30. Tampoco el rol dado al Juez en la Reforma ha logrado consenso, como no era lógico esperar. La insatisfacción muestra dos vertientes: inseguridad y autoritarismo, por un lado; y quiebra de la división de los Poderes, con avance del Judicial sobre el Legislativo, por el otro. Como se observa, la preocupación no se relaciona con el "empeño por la Justicia", finalidad primordial del Derecho a cuyo logro se orientan las leyes y la magistratura. Se exhiben, por el contrario, viejos prejuicios y preconceptos desgastados. No está en tela de juicio una innovación que coloca el "gobierno en manos de los jueces", ante la crisis parlamentaria; ni otra que sustituye la ley por el precedente judicial o por la creación libre; nada de eso.
31. La desconfianza en los jueces es la motivación capital, aunque disimulada. Mientras se confía plenamente en el legislador, como depositario de la soberanía popular, y se cree, a pie juntillas en el acierto y justicia de su obra —las leyes— al punto de considerarlas fuentes exclusivas del Derecho, según vimos, se descrece en los jueces. Pensamos que estas sospechas alcanzan, aunque no se diga,

al Derecho, como regulador de la vida en sociedad; y al Estado, como administrador del bien común y la justicia social.

32. La abertura del standard de buena fe o ejercicio regular no es mayor que la del de culpa, como se desprende de una lectura atenta del artículo 512 y su nota. Y no olvidemos la importancia de ese concepto en la responsabilidad civil construida por Vélez: verdadera clave de bóveda.
33. La incorporación de un nuevo factor de imputabilidad, de índole objetiva, el riesgo creado, es otro de los aciertos mayúsculos de la Reforma. La reparación de los daños, condicionada a la prueba de un reproche de conciencia, de una falta o achaque en el dañador, es una idea que se resiente de un moralismo excesivo e infundado. Y la responsabilidad no es concepto moral sino jurídico. Su base es la justicia y no el pecado. Su razón de ser está en la existencia de un perjuicio —de alguien privado de lo suyo, físico, espiritual o patrimonial— y no en la prueba de un obrar reprochable. Con reproche o sin él hay una víctima y un victimario.
34. Es que la Reforma a la par que acentúa el predominio de la regla moral como fundamental norma de conducta —en la medida en que el Derecho es una ciencia de la conducta humana— lo cual aparece muy claro en el artículo 1071, al mencionar a la moral y buenas costumbres como parámetros del ejercicio regular —de donde el Derecho deja de ser un “mínimo de ética— subraya una y otra vez el predominio del valor justicia.

35. La Reforma deja bien en claro que si bien no puede ser Derecho una norma inmoral, puede ocurrir, en la medida en que la juridicidad se mueve específicamente en un ámbito distinto, en relaciones de alteridad, que tal o cual solución de justicia no vaya necesariamente acompañada de un juicio de moralidad o inmoralidad. Esto aparece muy claro en el ámbito de la responsabilidad civil.
36. El respeto por la persona humana hace que deban repararse todos los daños que ella sufre, sean materiales o morales; y que en la reparación del agravio moral, de las afecciones legítimas, del dolor, no se tengan en cuenta ciertos criterios morales: el perdón del ofensor, la estimación en dinero de los sentimientos, el precio del dolor, etcétera, son las reformas a los artículos 522 y 1078.
37. El voluntarismo y su consecuencia, el pactismo, enfatizaron el valor de la voluntad sana como centro de imputación, a la vez que identificaron el obrar involuntario con el actuar de los animales. La Reforma, firme en su convicción acerca de la inconveniencia de mezclar los criterios de justicia y de moral en tema de responsabilidad, consagró la responsabilidad en equidad —graduable por el Juez— de los autores involuntarios de un daño, en el artículo 907.
38. En la misma línea de pensamiento, pero en el ámbito de la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones o responsabilidad contractual, la Reforma objetiva la responsabilidad con motivo del "retardo" en el cumplimiento y consagra la mora automática o sin interpelación, cuando media un plazo expreso y cierto (art. 509); cualquiera sea el lugar donde la obligación deba pagarse,

en el domicilio del deudor o del acreedor. Para que el retardo sea intrascendente el deudor deberá demostrar el caso fortuito (art. 509, últ. parte).

39. Es que conductas semejantes, las dañosas por apartamiento del comportamiento debido —no dañarás, pagarás tus deudas— son responsabilizables por sí mismas, se invoque como fundamento el riesgo que con ellas se crea o un reproche o culpa presumida. Así lo consagra el artículo 1113 (segunda parte, primer párrafo), para el daño causado “con las cosas”; y lo admiten la doctrina y jurisprudencia nacionales para el daño causado con el incumplimiento obligacional. Aunque en el primer caso se admita para liberarse la demostración de la mera ausencia de culpa en el victimario y en cambio, en el segundo, sea preciso identificar el hecho, caso fortuito, que impidió cumplir la deuda sin culpa del deudor.
40. La facultad revisora y moderadora que Vélez no quiso otorgar a los jueces —por ser el contrato ley de las partes y misión del Juez hacer cumplir la ley (*dura lex sed lex*) se concede y con generosidad en la Reforma —1071, 954, 1198—; y se extiende a la indemnización, que los jueces, como regla, también podrán ajustar a la equidad (art. 1069). Recordemos que en el Código sólo estaba prevista la revisión del contrato de juego de azar, para moderar la deuda emergente del mismo.
41. Es que el respeto a la palabra empeñada —*pacta sunt servanda*— tiene, por encima del fundamento moral, sobre el cual tanto ha insistido el jusnaturalismo racionalista, y la concepción protestante y también judía del Derecho, un fundamento de justicia. El contrato respetable no es cualquiera, por

- el solo hecho de haberse celebrado entre hombres formalmente capaces, sino el intrínsecamente justo; el cambio equitativo, equilibrado, razonable de bienes y servicios, sin usura ni aprovechamientos.
42. La Reforma es realista, atenta a las necesidades del tráfico, de la vida negocial. Los "contratos se hacen para ser cumplidos", decía la concepción clásica; la actual destaca que el incumplimiento, aun el no definitivo, meramente temporario, es una frustración; de ahí la conveniencia de posibilitar la resolución; y ello con las mejores técnicas conocidas. De donde la reforma al artículo 1204.
  43. La Reforma no ignora que una es la preceptiva legal y otra la teoría; que el Código ordena conductas, mandando o prohibiendo comportamientos. No obstante es oportuno a veces incorporar hallazgos de la teoría jurídica a la propia ley, para evitar equivocidades y contradicciones. Es lo que acontece con el artículo 906, que toma partido por la teoría del "nexo adecuado de causalidad", poniendo fin a un debate entre tres o cuatro criterios que se disputaban la preeminencia sin lograrlo. Además, la tesis escogida tiene la ventaja y coherencia de no atar en demasía el arbitrio judicial, dándole un margen amplio para juzgar acerca de la previsibilidad del daño y, por tanto, de su reparación.
  44. Podríamos continuar por largo tiempo y muchas páginas, destacando aciertos y justificando pequeños errores: entre los primeros, extender la responsabilidad del principal o comitente, sea persona jurídica (art. 43) o persona física (art. 1113, primera parte), a los daños cometidos "con ocasión de sus funciones"; sean causados por quienes di-

rijan o administren el ente o por los dependientes o subordinados. Como una resultancia de la preocupación por "asegurar el resarcimiento a quien injustamente lo ha sufrido". También entre los aciertos la incorporación de un medio compulsivo tan idóneo y equitativo como es la condenación conminatoria o "astreinte", apto para forzar al cumplimiento de prestaciones de dar y de hacer que no admiten la específica "ejecución forzada".

45. No queremos concluir sin pedir a Dios que nos dé la lucidez e imparcialidad necesarias para bregar por la reforma de la reforma cuando ella no sirva a la felicidad del pueblo, su fin último. Y que el homenaje de hoy no se interprete entonces, si el día llega, como postura iconoclasta.