

MILAGROS KOTEICH

Responsabilidad contractual y aquiliana. Revisión de una distinción tradicional con base en la culpa y su graduación

Entre las muchas diferencias que se suelen citar como fundamentales para conservar una división entre responsabilidad contractual y responsabilidad extra contractual¹, la que se refiere a la culpa y a la posibilidad de tomar en cuenta su graduación adquiere una relevancia especial, no sólo por estar al origen del problema, sino también porque su superación allana el camino para la unificación de los dos regímenes.

Ya desde el derecho romano cada tipo de responsabilidad comportaba la protección de intereses diversos, y por ende el uso de acciones también distintas. No obstante, hay situaciones en las que inexorablemente se encuentran comprendidos intereses tanto de naturaleza contractual como extracontractual, esto es, cuando la misma conducta viola una obligación de tipo convencional y el deber de abstención que implica el principio *alterum non laedere* formulado por ULPIANO. Son ejemplos de este tipo de situaciones el contrato de prestación de servicios médicos y el contrato de transporte de personas², toda vez que al existir dos regímenes distintos de responsabilidad se plantea el interrogante de si, con respecto a las lesiones o a la muerte que se siguen a la culpa del médico o del transportista, se debe otorgar protección según las reglas de la responsabilidad contractual o más bien de la tutela aquiliana.

La doctrina y la jurisprudencia aceptan las dos soluciones. En el primer sentido, se habla de la *teoría de la absorción*, según la cual las partes, al regular convencionalmente su relación, someten su incumplimiento exclusivamente a la normativa contractual, excluyendo de esa manera la posibilidad de que la acción de daños pueda ser luego extracontractual. Y en el segundo se afirma, con base en la llamada *teoría del concurso o cúmulo de responsabilidades*, que es posible la protección por medio de la normativa extracontractual, en cuanto se entiende que el acreedor, además de estar amparado por la normativa contractual, lo está también por la extracontractual, pues podría ejercer una u otra acción según su elección, sin que en el transcurso del proceso se le permita

1 Como la extensión de la reparación, la carga de la prueba o el término de prescripción.

2 Mucho se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica del daño que sufre una persona en desarrollo de un contrato de transporte; un sector de la doctrina sostiene que el deber de preservar la integridad de las personas es anterior a cualquier contrato, autónomo respecto de éste y que, por tanto, deriva en responsabilidad extracontractual; mientras que otros defienden que la obligación del transportista es compleja, en el sentido de que involucra, además del transporte mismo de las personas, el que éstas lleguen sanas y salvas a su destino. En este último sentido, artículos 1006 del C. de Co. colombiano y 1681 del C. C.

modificar la *causa petendi* apelando a las normas de la responsabilidad desechada³, como tampoco podría el juez fallar según las reglas contractuales una responsabilidad que ha sido demandada como extracontractual, ni al contrario, pues la sentencia adolecería del vicio de incongruencia⁴.

Lo cierto es que, más que un cúmulo de responsabilidades, lo que hay en estos casos es la alternativa para el demandante de escoger la vía que le resulte

- 3 En D. 19.2.13.4 se concede al padre de un niño que ha sido reprendido excesivamente por su maestro la acción contractual (derivada de la *locatio conductio*) y la *actio ex lege Aquilia*, sin que pueda asegurarse de qué forma operaba dicho concurso; y, en D. 9. 2.7.8, PRÓCULO sostiene que contra el médico que curó al esclavo con impericia procede tanto la acción contractual, derivada del contrato de arrendamiento, como la acción extracontractual, derivada de la *lex Aquilia*. Véanse también D. 13.6.10 pr. y D. 13.6.18.1.
- 4 En este sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de febrero de 1999, rad. 5099-99: "... 'Determinada claramente en la demanda cuál es la sentencia judicial que persigue el actor, es decir cuál debe ser la materia sobre la que haya de recaer el fallo, no puede salirse el sentenciador de ese ámbito que le marca el propio actor, para fallar en sentido diverso a las súplicas de la demanda' (G. J., LXXXI, 700) lo que en otras palabras equivale a sostener, en la actualidad por lo demás con inequívoco fundamento en el texto del artículo 305 del CPC, modificado por el artículo 1.º, n.º 135, del Decreto Ley 2282 de 1989, que el acatamiento del deber de congruencia reclama que el juicio jurisdiccional emitido en la sentencia se ajuste, no sólo a los hechos litigados sino también a la pretensión entablada, de tal modo que no sean alterados los elementos que individualizan a esta última [...] Si bien es cierto que entre los dos órdenes de responsabilidad mencionados no existen en realidad diferencias radicales que justifiquen a cabalidad el tratamiento normativo separado que reciben en el Código Civil, ello no quiere decir que cada uno de dichos regímenes, vistos con la perspectiva que ofrece su operancia práctica, no tenga que ser compaginado con los postulados procesales enunciados en apartes anteriores de estas consideraciones, en particular con el que consagra el requisito de congruencia en las sentencias proferidas en el orden jurisdiccional civil, toda vez que, según se desprende de cuanto allí se explicó a espacio, para los órganos sentenciadores es en absoluto vinculante la clase de acción ejercitada por el demandante, y si no cuentan con autoridad para variarla desconociendo a su arbitrio los elementos subjetivos y objetivos que la identifican, preciso es inferir entonces que, ante un caso dado en el que se hagan valer pretensiones a las que el actor, mediante declaraciones categóricas de su libelo, les haya asignado una clara configuración extracontractual, aquellos órganos no pueden modificar esta faz originaria de la litis y resolver como si se tratara del incumplimiento de obligaciones emergentes de un contrato; la naturaleza de este último, regulada en todos sus particulares con amplitud por la ley, '... apareja una responsabilidad concreta a quienes infringen lo pactado y según lo tiene dicho la jurisprudencia no es susceptible de ser mezclada o confundida con la resultante de otras fuentes de las obligaciones como el hecho ilícito, por ejemplo. De allí surge la necesidad de gobernar el contrato y sus efectos por las normas que les son propias, siendo errado e injurídico que para algunos aspectos de su eficacia legal se regule por aquellas, y para otros por los preceptos que reglamentan fenómenos diferentes. No es posible, pues, como ya lo ha dicho la Corte, sustentar la posición de derecho de un contratante sobre mandamientos legales encaminados a crear, dirigir o desarrollar la responsabilidad extracontractual en el derecho positivo. El Código Civil destina el título 12 de su libro cuarto a recoger cuanto se refiere a los efectos de las obligaciones contractuales, y el título 34 del mismo libro a determinar cuáles son y cómo se configuran los originados en vínculos de derecho nacidos del delito y de las culpas [...] Estas diferentes esferas en que se mueven la responsabilidad contractual y la extracontractual no presentan un simple interés teórico o académico ya que en el ejercicio de las acciones correspondientes tan importante distinción repercute en la inaplicabilidad de los preceptos y en el mecanismo probatorio...' (G. J., LXI, 770)".

más favorable⁵, ya por la carga de la prueba, por el término de prescripción, o por los resultados indemnizatorios distintos a los cuales se llega según la acción que se ejerza⁶.

Esta es sólo una de las situaciones problemáticas que se presentan por la existencia de dos regímenes diferentes de responsabilidad, cada uno con sus propias particularidades, razón por la cual desde finales del siglo XIX surgió un movimiento doctrinal que propugna por su unificación, en virtud de su cometido común, cual es la reparación del daño. Entre sus seguidores se encontraba PLANIOL⁷, quien afirmó que la naturaleza de la obligación violada no ejerce influencia alguna sobre la responsabilidad. En la actualidad se habla de una “moderada unificación”⁸, que tiende al acercamiento (y en algunos puntos, unificación) de los dos regímenes de responsabilidad, y que concibe las diferencias de régimen jurídico como algo de puro matiz, pero sin obviar su origen diverso.

Esta tendencia que se inclina por enervar la *summa divisio* de la responsabilidad civil⁹ no se ha quedado sólo en una inquietud doctrinal o jurisprudencial, sino que ha sido recibida también por la legislación, al consagrarse en algunos códigos un régimen común para sendas esferas de responsabilidad; así, el Código Civil cubano de 1987 (art. 294), el Código Civil de Polonia (1964), el Có-

5 De allí que dicho concurso haya sido calificado de impropio por G. VISINTINI. “Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale”, en *Enciclopedia giuridica.*, t. XXVI Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, p. 1.

6 En los ordenamientos en donde no es tolerada la indemnización del daño extrapatrimonial en materia contractual, seguramente será más beneficioso para el acreedor exigir la reparación del daño a título de responsabilidad extracontractual, antes que contractual, para que sin reservas se admita la reparación del daño extrapatrimonial, pues no se puede desconocer que aún hay ordenamientos dentro del sistema jurídico latinoamericano, y fuera de él, que niegan tajantemente la posibilidad de que por las normas contractuales pueda indemnizarse el daño extrapatrimonial, por considerarlo *imprevisible*, y por tanto fuera de los dominios de la responsabilidad contractual (si es que no ha mediado dolo). Aunque también hay otros ordenamientos que han hecho ingentes esfuerzos, por medio de la doctrina y la jurisprudencia local, para adecuar su legislación, normalmente carente de la previsión que autorice la indemnización del daño extrapatrimonial en materia contractual, a los dictámenes de esa conciencia social que manda indemnizar el daño en forma integral, aun cuando éste provenga del incumplimiento de un contrato. En Colombia, con la promulgación del Código de Comercio de 1971 (art. 1006), en lo relativo al contrato de transporte de pasajeros quedó zanjada la discusión sobre la admisibilidad del resarcimiento del daño extrapatrimonial en materia de incumplimiento contractual en general, pues, produciéndose un daño extrapatrimonial en el desarrollo de un contrato distinto del de transporte de pasajeros, por *analogía legis* debe serle aplicada la norma que permite su reparación en éste último.

7 M. PLANIOL, citado por J. BONNECASE. *Tratado elemental de derecho civil*, México, 1995, p. 878.

8 Entre cuyos defensores se encuentra M. YZQUIERDO. *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, 1, Madrid, Reus, 1993, p. 85.

9 En GAYO 3.88 encontramos la bipartición de las fuentes de las obligaciones en *ex contractu* y *ex delicto*, que encuentra correspondencia con la *summa divisio* de la responsabilidad civil.

digo Civil de la República Checa (1964), y el de Senegal (1963)¹⁰, como también el proyecto de Código Civil argentino de 1998 (arts. 1581 y ss.).

Pero, ¿cómo y por qué nacieron las distinciones que dieron lugar a la creación de una *summa divisio* de la responsabilidad, y de contera, a dos acciones distintas para el resarcimiento del daño civil? ¿Obedece la graduación de la culpa contractual y la unidad de la misma en materia aquiliana a una diferencia que se justifique en la naturaleza de la obligación incumplida? Trataremos de vislumbrar las respuestas a estas inquietudes.

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE UNA DIVISIÓN

A. ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

La *lex Aquilia*¹¹, con base en la cual se desarrollaría luego el régimen de responsabilidad hoy llamado extracontractual, sancionaba el daño cometido *iniuria* (*damnum iniuria datum*) por parte del hombre libre en contra de un patrimonio ajeno; la *iniuria* hacía referencia a un modo de actuar que no encontraba justificación en el derecho. Por su parte, la responsabilidad contractual nació, como se ilustra en D. 45.1.23¹², por efecto de un *factum debitoris*: cuando el deudor había dado muerte al esclavo adeudado, haciendo imposible el cumplimiento de su obligación, no se podía recurrir a la acción *ex lege Aquilia* toda vez que el deudor había acometido en contra de una *cosa suya*, y no sobre un bien ajeno, como exigía la responsabilidad aquiliana; sin embargo, se apelaba a la culpa aquiliana para decidir la imputabilidad del deudor. A partir de esta hipótesis se sentaron las primeras bases de una nueva responsabilidad, la *ex contractu*, y así comienzan a distinguirse estas dos clases de responsabilidad¹³, que se desarrollarían luego por sendas separadas, aunque complementarias.

10 Cfr. YZQUIERDO. *Responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, vol. 1, Madrid, Reus, 1993, p. 123.

11 “Tres eran las cláusulas de la Ley Aquilia: Primera: si alguno mataba contra derecho a un siervo o animal ajeno, se le condenaba a tanto dinero a favor del dueño, cuanto fuese el mayor precio del animal o siervo en el año [...] La segunda cláusula cayó en desuetud y es desconocida. Tercera: si alguno matare otras especies o causare algún otro daño, se le condena a pagar tanto dinero al dueño, cuanto fuere el mayor aprecio de la cosa en los treinta días anteriores”: BELLO. *Derecho romano*, t. XVII, 2.ª ed., Caracas, Fundación La Casa de Bello, 1981, p. 175.

12 D. 45.1.23, POMPONIO. *Comentarios a Sabino, libro IX*: “Si por causa de legado, o de lo estipulado me debieras cierto esclavo, después de su muerte no me estarás obligado de otro modo, sino si en ti hubiere consistido no dármele viviendo él; lo cual sucederá así, si habiéndotelo pedido no lo diste, o lo mataste”.

13 Quien sienta las bases definitivamente en materia de responsabilidad extracontractual es GAYO en 3.211, con el esquema *dolus-culpa-casus*; y en materia contractual, ULPIANO hace lo propio en D. 50.17.23.

B. EL RESARCIMIENTO, PUNTO DE ENCUENTRO
ENTRE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL
Y LA RESPONSABILIDAD AQUILIANA

Es con la evolución del derecho que vuelven a acercarse el *torto* contractual y el *torto aquiliano*, por efecto de la pérdida del carácter penal de las obligaciones *ex delicto*, que pasaron a tener naturaleza resarcitoria¹⁴, tal como se explica a continuación.

Los *maleficia* o delitos privados romanos (*iniuria, furtum, rapina, damnum iniuria datum*) fueron sancionados por una acción privada que exponía a su autor a la sola reacción de la persona ofendida, en virtud de que se consideraba que dichos delitos no alteraban significativamente el orden social, sino sólo a los particulares o a una determinada *gens*. En las hipótesis más graves (como el *furtum manifestum* o la ruptura de un miembro), el ofendido podía recurrir a la venganza privada o *talio*, si es que no prefería en su lugar exigir el pago de la sanción que para el caso establecían las fuentes. Pero dicha sanción distaba de tener carácter *resarcitorio*, desde que no estaba dirigida a restituir la equivalencia en dinero del daño causado; el suyo era más bien un carácter punitivo, tendiente a la imposición de una *pena* pecuniaria, cuyo destinatario era el ofendido, y no el Estado (de allí que fuera una *pena privada*).

Avances importantes en la evolución del instituto de la responsabilidad por daños se producen a partir del siglo XII, de la mano de los glosadores, quienes, basados probablemente en principios cristianos (específicamente en la doctrina de TOMÁS DE AQUINO), consideraron inicuo que la víctima de una lesión obtuviera a título de sanción penal privada más del daño efectivamente sufrido. Comienza, pues, a delinearse la diferencia entre *sanción penal* y *resarcimiento*, ambas consecuencias posibles de un ilícito. Pero es en el siglo XIII que se reconoce sin ambages, con fundamento precisamente en la doctrina de los glosadores, la procedencia de una verdadera *acción civil de daños*. Vinieron luego los iusnaturalistas, responsables de la sistematización moderna en la materia, quienes erigieron su teoría sobre el principio que todo acto ilícito, *constituya o no un delito*, genera para su autor la obligación de *resarcir el daño*.

Finalmente, la despenalización del derecho privado encuentra su cristalización en el *Code Civil* francés de 1804 —claramente influenciado por el iusnaturalismo, y principalmente por POTHIER—, cuando en su artículo 1382¹⁵

14 Cfr. V. ARANGIO RUIZ. *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli, 1933, p. 363.

15 Artículo 1382 del *Code Civil*: “Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par le faute duquel il est arrivé à le réparer”.

postula el principio que *el daño* debe ser la medida del *resarcimiento*, con lo que se proscribe implícitamente la imposición de penas dentro del campo del derecho privado (modelo que Colombia adoptó con la consagración del artículo 2341 del Código Civil¹⁶, inspirado precisamente en el mencionado artículo 1382 francés).

C. LA DIVISIÓN DE LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES SEPARA LA CULPA CONTRACTUAL DE LA CULPA AQUILIANA

Si bien la despenalización del derecho privado constituyó un punto de encuentro entre estas dos esferas de responsabilidad, la contraposición nuevamente surge en el mismo *Code Civil* y en las codificaciones liberales que en él se inspiraron, con la clara distinción que se hiciera entre el contrato-conVENCIÓN (art. 1101) y el delito civil (art. 1382)¹⁷; así, la división de las fuentes de las obligaciones se configura como la primera de las razones que han separado la responsabilidad contractual y la aquiliana.

La voluntaria asunción de una obligación, es decir, el vínculo preexistente entre los contratantes, constituye, según la doctrina tradicional, la fuente de la responsabilidad contractual; en tanto que en materia extracontractual dicha fuente la encontramos en la ley. Toda responsabilidad entraña la idea de un deber u obligación incumplidos, elemento necesario y común de la responsabilidad aquiliana y la responsabilidad contractual; en la primera, el deber de cuya inobservancia deriva la responsabilidad es genérico: deber de abstención impuesto por el *neminem ledere*, que tiende a la conservación del estado *quo ante* de las personas y sus cosas, y cuyo sujeto pasivo es *universal*; en tanto que en materia contractual dicho deber es específico: el cumplimiento exacto de la obligación voluntariamente asumida, tendiente a la protección del interés de la prestación, y cuyo sujeto pasivo es *concreto*, en virtud del previo acuerdo entre las partes.

D. EL DAÑO, FUENTE DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Ahora bien, dicha acción u omisión antijurídica, constituida por el incumplimiento de un deber legal (*neminem ledere*) o convencional (obligación con-

16 Artículo 2341 del C. C. colombiano: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

17 Contrario a lo que sucedió con la codificación alemana de 1896, donde encontramos un acercamiento entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad aquiliana, en virtud de la consecuencia común que de ambas se deriva, como lo es la obligación resarcitoria (§§ 249 y ss. BGB).

tractual), no es la que en sí misma origina la obligación de indemnizar; en sendos casos, lo que activa el mecanismo resarcitorio es la efectiva producción de un daño, cualquiera sea su origen. Debe mirarse entonces al perjuicio causado a la víctima, antes que a la *fuerza* de la obligación, a los efectos de la reparación, pues exclusivamente el daño antijurídico que se encuentre en relación causal con el agente o deudor es o debe ser fuente y medida del resarcimiento tanto en la responsabilidad civil aquiliana como en la contractual.

La responsabilidad civil en los ordenamientos jurídicos que hacen parte del sistema romano-germánico es concebida como institución que tiende de manera principal al *resarcimiento del daño*, exclusivamente en la medida de éste¹⁸.

II. LA POSIBILIDAD DE GRADUAR LA CULPA, UNA DIFERENCIA TRADICIONAL ENTRE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y LA EXTRA CONTRACTUAL

A. NACIMIENTO DE LA TRIPARTICIÓN DE LA CULPA

En cuanto hace a los grados de culpa contractual, tenemos que los clásicos distinguían ya una especie elevada de culpa (culpa *lata*), pero fue obra de la compilación justiniana el haber clasificado sus diversos tipos. Es así como el derecho romano conoció sólo dos grados de culpa en materia contractual: la culpa grave o *lata*¹⁹ y la culpa leve²⁰ (que podía ser considerada *in abstracto* o *in concreto*, según que se apreciara la culpa en función de un modelo abstracto –buen padre de familia²¹, o *artifex*²²– o en función de la propia persona del deudor²³).

La tripartición de la culpa, con sus diferentes grados de diligencia, fue en realidad obra de los juristas del medioevo pues, si bien este proceso había comenzado tímidamente con la compilación justiniana, es con la labor de los glosadores (desde BÚLGARO y MARTINO hasta la Glosa Ordinaria de ACCURSIO) que se logra una verdadera sistematización en la materia. Los glosadores, da-

18 Cosa distinta a lo que sucede en el sistema anglosajón, donde se permite superar tal límite, indemnizando a la víctima más allá del efectivo daño que ha padecido, para que tal plusvalía se convierta en una sanción ejemplarizante, que raya en el campo penal (de allí su nombre: *punitive, exemplary, vindictive damages*), sin que pueda confundirse con los *compensatory damages*, que sí constituyen una indemnización de los perjuicios sufridos por el demandante, tal como sucede en nuestro sistema.

19 D. 50.16.213.2; D. 17.1.29 pr.

20 D. 26.7.39.6; D. 30.47.4 y 5; D. 36.1.23.3; D. 2.18.10.1; D. 5.51.7; D. 13.6.5.3; D. 9.2.31.

21 D. 19.1.54; 9.2.31; D. 13.6.5.3.

22 D. 45.1.137.3; D. 19.2.58.1.

23 D. 10.2.25.16 y D. 17.2.72.

dos a abstraer y clasificar, hicieron de la culpa *levissima*²⁴, considerada como violación a la *diligentia diligentissimi*, un grado de culpa dentro de la responsabilidad contractual, ello quizás producto de una interpretación inexacta de las fuentes, pues el único caso en donde de ella se hablaba en el derecho romano era en la *lex Aquilia*. No obstante, en ella se respondía sólo por culpa leve²⁵, que no tenía consecuencias distintas de la levísima, pues en las fuentes justinianas la *exacta* y la *exactissima diligentia* tenían idénticos contenidos²⁶. Lo que se quiso significar con la inclusión de la culpa *levissima* en la *lex Aquilia* era que el ofensor debía responder de todo daño causado con culpa, por mínima que ésta fuera, sin pretensiones de trazar una frontera entre una culpa leve y una levísima, como lo haría luego la teoría contractual de la trinidad de la culpa. ¿Cómo distinguir entre una culpa leve y una levísima o, lo que es lo mismo, entre una persona diligente y otra diligente en mayor grado?

Se levantó así la más grande diferencia entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad aquiliana, cuando se dijo que en ésta última se responde de *toda culpa*, por mínima que sea, resultando inoficioso distinguir entre *sus grados*; mientras que en la contractual, la trinidad de la culpa permitiría determinar, con base en el criterio de la *utilitas contrahentium*, el grado de diligencia exigible al deudor en cada contrato, pues no siempre responde por todos sus grados en todos los tipos contractuales. Así, al menos en teoría, el deudor responde sólo por culpa grave en los contratos en los que no reporta beneficio, hasta por culpa leve en aquellos contratos en que la utilidad es recíproca, y hasta por culpa levísima en los contratos en que la utilidad es sólo suya.

B. SUS ADVERSARIOS Y SUS DEFENSORES

Esta tripartición fue criticada por el humanismo; así, ZASIO y ALESSANDRINO propusieron dividir la culpa sólo en lata y leve, comprendiendo dentro de ésta última la culpa levísima. Pero es con DONELO que se verifica la verdadera ruptura dogmática del sistema secular de la tripartición de la culpa hecha por la Glosa, al distinguir sólo una culpa lata y una leve; no aceptaba pues la *culpa levissima*. Mas, este autor no desconoció que dicho sistema dejaba sin solución algunas hipótesis, como era el caso del comodato, en donde reconocía una *culpa in omittendo*, cuando en la posibilidad de salvar las cosas ajenas o las propias

24 D. 9.2.44 pr.

25 D. 9.2.31.

26 Más información en TALAMANCA. “Colpa”, en *Enciclopedia del diritto*, t. VII, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 517 a 534.

se preferían éstas. Aceptó que podía hablarse en estos casos de culpa levísima, volviendo a incurrir de esta manera en la vieja disquisición. La bipartición de la culpa de DONELO no tuvo acogida, pues no logró que fuera abandonado el sistema de la tripartición de la culpa hecha por la Glosa.

Más tarde, en 1764, este sistema tripartito sería atacado nuevamente por LEBRÚN, en su *Ensayo sobre la prestación de la culpa*, en el que, como lo hacía DONELO, sólo se distinguió una *faute grossière* y una *faute légère*. A este ataque respondió POTHIER, quien defendió fervientemente el sistema tripartito en su *Tratado de las obligaciones*, aunque en cualquier caso sólo lo creía posible para la obligación de custodia de la cosa que debía entregarse.

C. SU RECEPCIÓN EN EL MOVIMIENTO CODIFICADOR DEL SIGLO XIX

En cuanto a los códigos europeos, el *Code Civil* de 1804, no obstante haberse basado en el pensamiento de POTHIER, rechazó abiertamente la tripartición de la culpa, al calificarla de inútil y hasta de superficial. Respecto de la obligación de velar por la conservación de la cosa en las obligaciones consistentes en un dar²⁷, se estableció un modelo de diligencia: la empleada por el buen padre de familia en sus propios asuntos; este criterio, aunque ideado para una obligación específica, por obra de la doctrina y la jurisprudencia se ha tenido como criterio general en el ordenamiento francés. En lo que hace a la legislación italiana, tenemos que la codificación napoleónica influyó de manera notable en los códigos de la Italia pre-unitaria y también en el Código Civil de 1865 (art. 1224); de allí que en esta materia, como en muchas otras, la solución haya sido la misma adoptada por el Código Civil francés, que luego fue trasladada al artículo 1176 del Código Civil italiano de 1942²⁸, donde tampoco se consagró graduación alguna de la culpa. No obstante, el *Codice Civile* habla de la culpa grave cuando se refiere a la imposibilidad de exonerarse

27 Artículo 1137 del C. C. de Francia: “L’obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n’ait pour objet que l’utilité de l’une des parties, soit qu’elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d’un bon père de famille. Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent”.

28 Artículo 1176 del C. C. italiano: “Diligenza nell’adempimento. Nell’adempiere l’obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia (703, 1001, 1228, 1587, 1710.2, 1768, 2148, 2167). Nell’adempimento delle obbligazioni inerenti all’esercizio di un’attività professionale la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell’attività esercitata (1838 e s., 2104.1, 2174.2, 2236)”. No obstante referirse el artículo al “buen padre de familia”, para decidir la responsabilidad, la jurisprudencia italiana atiende al principio de buena fe antes que al comportamiento de ese modelo abstracto.

preventivamente de la responsabilidad por dolo, asimilando así los efectos de sendos criterios de imputación. El Código Civil español tampoco dividió la culpa en grados; por su parte, el BGB habla del cuidado debido según la buena fe y los usos del tráfico²⁹. El *common law* no basa su modelo de responsabilidad sobre la culpa, de allí que no haga división alguna de ésta; en su lugar, dirige su estudio al objeto del contrato para determinar si la superación del obstáculo que impide el adecuado cumplimiento de la obligación puede considerarse como parte de aquél.

Por ello, llama la atención que ANDRÉS BELLO³⁰ hubiera conservado en el Código Civil chileno, siguiendo la doctrina de POTHIER, el sistema tripartito de la culpa. Infortunadamente, en la transfusión que del mismo se hizo al Código Civil de Chile se erigió como principio de responsabilidad para todo tipo de obligación contractual³¹. Así, los únicos códigos latinoamericanos que conservan la tripartición de la culpa al estilo de la Glosa (culpa grave, leve, y levísima) son aquellos que acogieron el Código Civil de ANDRÉS BELLO, es decir, el Código Civil colombiano (art. 63), el chileno (art. 44), el salvadoreño (art. 42) y el ecuatoriano (art. 29), para cuya aplicación recurren al criterio de la utilidad del contrato para las partes (arts. 1604 C. C. colombiano, 1547 C. C. chileno, 1418 C. C. de El Salvador, 1590 C. C. ecuatoriano)³².

29 § 242 del BGB: “(Cumplimiento de acuerdo a la buena fe). El deudor está obligado a efectuar la prestación de acuerdo a los requisitos de la fidelidad y buena fe, teniendo en consideración los usos del tráfico”.

30 Respecto de los grados de culpa, BELLO. *Derecho romano*, cit., p. 135, anota: “la culpa se divide en lata, leve y levísima; y esta división tiene por fundamento la diversidad de diligencia que se observa entre los hombres. Para el resarcimiento de los daños causados por culpa, deben observarse las reglas siguientes: 1. En los contratos en que la ventaja es sólo para una de las partes y para la otra la molestia, aquélla paga la culpa levísima y ésta sólo la lata; 2. Cuando la utilidad de ambos contratantes es igual, se satisfacen recíprocamente la culpa leve; 3. El que voluntariamente se ofreció a un negocio en que se requiere suma diligencia, debe pagar la culpa levísima; 4. El que espontáneamente ofreció a otro una cosa, no puede exigir sino la culpa lata”.

31 Entre los defensores de la teoría de la graduación de la culpa se cuentan a R. URIBE HOLGUÍN en Colombia y a A. ALESSANDRI RODRÍGUEZ en Chile.

32 Artículo 1604 del C. C. colombiano: “El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes”. Los artículos 1547 del C. C. de Chile, 1590 del C. C. ecuatoriano y 1418 del C. C. de El Salvador son exactamente del mismo tenor del artículo 1604 colombiano, antes citado, por haber todos acogido el Código Civil de ANDRÉS BELLO.

No obstante su claridad y síntesis a nivel conceptual, pues en teoría parece muy justo que el deudor que ha incumplido responda sólo por el grado de diligencia al cual quedó obligado en virtud de la utilidad que reporta del contrato, la teoría de la trinidad de la culpa normalmente no ha sido aplicada por la jurisprudencia colombiana, la que ha dicho más bien que en materia contractual *toda negligencia, cualquiera que sea su gravedad, entraña, en principio, la responsabilidad del autor*, tal como sucede en la responsabilidad aquiliana³³.

En nuestra opinión, la diligencia que debe orientar la responsabilidad civil —cuando el factor de atribución es subjetivo— es aquélla que conforme a la buena fe sea exigible en cada caso, lo que quiere significar que corresponderá al juez valorar las circunstancias especiales y específicas del caso concreto, sopesando los intereses de las partes, y sin atender a estamentos abstractos de la culpa que se nos presentan como bloques monolíticos y diferenciados pero sin contenido.

Entonces, en ambas esferas de la responsabilidad civil se debe responder de *toda culpa* que haya sido *eficiente* en la producción *del daño*; aunque en materia contractual la autonomía de la voluntad permita a las partes entrar a modificar ese *statu quo* de la responsabilidad para adecuarlo a sus especiales intereses, y es verdad que la existencia de una “estratificación” de la culpa es la que permite que en este campo puedan las partes disponer “de qué grado de culpa” responderá el deudor incumplido, pudiendo exonerarse de la culpa leve (y de la levisima, si es que se acepta su existencia), pero nunca de la grave.

D. LA UTILIDAD DE UNA BIPARTICIÓN: CULPA Y CULPA GRAVE

Pero para nosotros no existe más que *la culpa* (o “culpa leve”) y un área fronteriza entre ésta y el dolo, que se ha dado por llamar *culpa grave*. Erigir en forma autónoma una *culpa grave* obedece precisamente a la dificultad de distinguir la naturaleza de una conducta que está tan cerca de la culpa como del dolo, debido a la gravedad en la inobservancia del deber de cuidado de los derechos ajenos³⁴. Pero si, como lo hacían ya los clásicos, es posible distinguir

33 Cas. Civ. 31 de mayo de 1938, XLVI, 572.

34 Es muy difícil distinguir el dolo de la culpa grave, de allí que los ordenamientos jurídicos vigentes, en su mayoría, conserven la equiparación de la culpa grave al dolo hecha por NERVA (D. 16.3.32: *culpa lata dolo aequiparatur*). El Código de BELLO (inc. 2.º art. 63 C. C. colombiano; inc. 2.º art. 44 C. C. chileno, e inc. 2.º art. 29 C. C. ecuatoriano), parte de esta equiparación, al decir que en materias civiles la culpa grave equivale al dolo. En Venezuela, aunque la equiparación no es expresa, la exoneración de la responsabilidad por culpa grave ha sido considerada como contraria al orden público (art. 6.º). En Italia (inc. 1.º art.

entre *la culpa* y una negligencia tan grosera que en ocasiones apenas permite ser distinguida del dolo, no es dable luego en el mismo sentido elaborar una clasificación que diferencie una culpa leve de una levisima, pues se estaría fabricando inútilmente la misma dificultad que pretendió salvarse con la creación de la culpa grave.

Adicionalmente, ¿qué utilidad práctica representaría tal división de la culpa si partimos del principio que en la responsabilidad civil aquello que determina la reparación u obligación indemnizatoria debe ser siempre la medida del daño, y no el grado de la culpa con el que ha actuado el deudor?

La bipartición de la culpa (en grave y leve), que no hace alusión al criterio de la utilidad del contrato para las partes, se justifica y es consecuencia de lo anterior, en cuanto permite erigir autónomamente la culpa grave como una categoría distinta de *la culpa* o culpa leve; y en esa medida admite equiparar sus efectos a los del dolo.

De la tendencia de la “bipartición” es el Código Civil uruguayo de 1868 (art. 1344)³⁵, que gradúa la culpa sólo en grave y leve. El ordenamiento peruano gradúa la culpa en inexcusable³⁶ y leve³⁷, sin hacer referencia al criterio de la utilidad del contrato para las partes. El Código Civil venezolano no gradúa la culpa ni aplica el criterio de la *utilitas contrahentium* (siguiendo de esta manera al Código Civil italiano de 1865); en el artículo 1270³⁸ utiliza el criterio de la

1229) se hace una clara equiparación de la culpa grave al dolo, al decir que se prohíbe por igual la exoneración o la limitación de la responsabilidad tanto del uno como de la otra; lo mismo se puede decir para el Código Civil de Bolivia de 1976 (n.º 1 art. 350), y para el peruano de 1984 (inc. 1.º art. 1328). En el caso de España se debe aclarar que la doctrina ha interpretado el artículo 1102 del C. C. de 1889 en forma restrictiva, es decir, comprendiendo dentro de la prohibición sólo las cláusulas de exoneración de responsabilidad por dolo, sin extenderla a las que atañen a la culpa grave. En Francia, si bien la regla es la de la equiparación de la culpa grave al dolo, jurisprudencialmente se ha aceptado que en ciertos casos la responsabilidad por culpa grave puede limitarse, cuando hay de por medio una contrapartida contractual (como, por ejemplo, una reducción en el precio del servicio). El dolo y la culpa grave conservan cada uno su identidad, como dos conceptos jurídicos distintos, la equivalencia se da en el ámbito de la responsabilidad, que será la misma para las dos (de ninguno puede exonerarse preventivamente el deudor), sin alterar las reglas sobre la carga de la prueba que concierne a cada una (en caso de culpa, debe el deudor probar su ausencia; en caso de dolo, debe probarlo quien lo alega).

35 Artículo 1344 del C. C. uruguayo: “Se entiende por culpa la falta del debido cuidado o diligencia. Puede ser grave o leve. Sea que el negocio interese a una sola de las partes, ya tenga por objeto la utilidad común de ellas, sujeta al obligado a toda la diligencia de un buen padre de familia, esto es, a prestar la culpa leve. Esa obligación, aunque regulándose por un solo principio, es más o menos extensa según la naturaleza del contrato o el contrato o el conjunto de circunstancia, en los casos especialmente previstos por este Código”.

36 Artículo 1319 del Código Civil peruano: “Incorre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación”.

37 Artículo 1320 del C. C. de Perú: “Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

38 Artículo 1270 del C. C. venezolano: “La diligencia que debe ponerse en el cumplimiento de la obliga-

diligencia media, propia del modelo abstracto del buen padre de familia, sin importar que el contrato sea en interés de una o de ambas partes, salvo para el caso del depósito, en el cual se exige del deudor la diligencia que suele emplear en sus propias cosas³⁹. En el Código Civil argentino, VÉLEZ SANSFIELD no siguió el modelo tripartito de la culpa (arts. 511 a 513)⁴⁰, por el contrario, lo rechazó abiertamente (art. 512, nota)⁴¹, y no hizo división alguna; se limitó a decir que el deudor es responsable, además del dolo, por la culpa propia.

CONCLUSIÓN

Para concluir, la culpa como construcción jurídica no es sino una en lo que respecta a la responsabilidad civil, sea que estemos frente al incumplimiento de un contrato o a la violación del deber genérico impuesto por el *neminem ledere*. No encontramos acertado que en determinados contratos (según la regla de la *utilitas contrahentium*) se dispense *a priori* al deudor de la reparación de un daño contractual provocado con culpa levísima o leve. Es decir, desde que reconocemos que la culpa o la falta al deber de cuidado del deudor —se trata del mismo *neminem ledere* con un acreedor predeterminado en virtud de la existencia de una relación obligatoria precedente que ha sido incumplida— ha sido *la causa* del daño, y vistas las circunstancias del caso concreto, la responsabilidad civil tendría que ser su consecuencia. El objetivo de ésta última es la reparación de todo *el daño* que se encuentre en relación causal con el agente ofensor,

ción, sea que ésta tenga por objeto la utilidad de una de las partes o la de ambas, será siempre la de un buen padre de familia, salvo el caso de depósito. Por lo demás, esta regla debe aplicarse con mayor o menor rigor, según las disposiciones contenidas, para ciertos casos, en el presente Código”.

39 Artículo 1756 del C. C. de Venezuela: “El depositario debe poner en la guarda de la cosa depositada la misma diligencia que en la de las cosas que le pertenecen”.

40 Artículo 511 del C. C. argentino: “El deudor de la obligación es también responsable de los daños e intereses, cuando por culpa propia ha dejado de cumplirla”; y artículo 513 del mismo Código: “El deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiera tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o éste hubiere ocurrido por su culpa, o hubiese ya sido aquél constituido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito”.

41 Nota al artículo 512 del C. C. argentino: “Las leyes de Partidas reconocen tres especies de culpa: grave, leve y levísima. El Derecho Romano no reconocía en verdad sino las dos primeras [...] Pero toda esta ciencia de nada servía al juez, cuando en los juicios era preciso aplicarla. BARBEYRAC lo había juzgado así y decía: ‘La división de las culpas es más ingeniosa que útil en la práctica, pues a pesar de ella, será necesario, a cada culpa que ocurra, poner en claro si la obligación del deudor es más o menos estricta, cuál es el interés de las partes, cuál ha sido su intención al obligarse, cuáles son las circunstancias del caso. Cuando la conciencia del juez se halle convenientemente ilustrada sobre estos puntos, no son necesarias reglas generales para fallar conforme a la equidad...’”: *Código Civil de la República Argentina* (con las notas y bibliografía consultada por VÉLEZ SANSFIELD), Buenos Aires, 2002, pp. 117 y ss.

y no hay fundamento lógico para que en principio la extensión de dicha reparación sea restrictiva en un campo y laxa en otro, ello en virtud de una artificial graduación de la culpa; aunque, es cierto, en el campo contractual las partes pueden acordar, en desarrollo de su autonomía, un régimen distinto de responsabilidad en tanto no pugne con el orden público⁴².

42 F. GIARDINA. *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, Milano, Giuffrè, 1993, 11 (15), cita un caso donde proceden las cláusulas de exoneración de responsabilidad en el campo extracontractual, constituido por la hipótesis del “riesgo deportivo” por el que los concursantes de una competencia aceptan a su cargo los riesgos de la misma, excluyendo de esa forma la “recíproca responsabilidad por actividad peligrosa”; y de otro lado, en materia contractual tales cláusulas no son aceptadas irrestrictamente, puesto que sólo son válidas cuando no son contrarias al orden público o no están dirigidas a exonerar anticipadamente de la responsabilidad por dolo o culpa grave del deudor.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. *De los contratos*, Santiago, Temis y Editorial Jurídica de Chile.
- ÁLVAREZ, J. M. *Instituciones de derecho real de Castilla y de Indias*, t. II, reimp. 1826, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.
- ARANGIO RUIZ, V. *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli, 1933.
- BELLO, A. *Derecho romano*, t. XVII, 2.^a ed., Caracas, Fundación La Casa de Bello, 1981.
- BIANCA, M. *Diritto civile. La responsabilità*, t. 5, reimp., Milano, Giuffrè, 1998.
- BONNECASE, J. *Tratado elemental de derecho civil*, vol. 2, parte B, ENRIQUE FIGUEROA ALFONZO (trad.), México, Harla, 1998.
- BUSNELLI, F. y S. PATTI. *Danno e responsabilità civile*, Torino, G. Giappichelli, 1997.
- CANNATA, C. A. *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, 1996.
- CORTÉS, E. *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- DI MAJO, A. *La responsabilità contrattuale*, Torino, G. Giappichelli, 1997.
- GAZZONI, F. *Manuale di diritto privato*, 7.^a ed., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1998.
- GIARDINA, F. *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, Milano, Giuffrè, 1993.
- MELICH-ORSINI, J. *Doctrina general del contrato*, 2.^a ed., Caracas, Jurídica Venezolana, 1993.
- MESSINA DE ESTRELLA, G. *La responsabilidad civil en la era tecnológica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- MONATERI, G. *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*, t. I, Torino, UTET, 1998.
- PLANIOL, M. y G. RIPERT. *Derecho civil*, vol. 4, parte B, LEONEL PEREZNIETO CASTRO (trad.), México, Harla, 1998.
- TALAMANCA, M. “Colpa”, en *Enciclopedia del diritto*, t. VII, Milano, Giuffrè, 1960.
- TAMAYO JARAMILLO, J. *De la responsabilidad civil*, t. I, Bogotá, Temis, 1999.
- VINEY, G. *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, 2.^a ed., Paris, LGDJ, 1995.

VISINTINI, G. “Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale”, en *Enciclopedia Giuridica*, t. XXVI, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988.

VISINTINI, G. *Trattato breve della responsabilità civile*, 2.^a ed., Padova, CEDAM, 1999.

YZQUIERDO TOLSADA, M. *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, vol. 1, Madrid, Reus, 1993.