

MILAGROS KOTEICH KHATIB\*

*Los criterios de imputación de la responsabilidad contractual: una mirada a los códigos y sus fuentes romanas*

SUMARIO. Premisa. I. Imputación subjetiva. A. El dolo. 1. Sus diferentes acepciones. 2. Prohibición del pacto que exonera de responsabilidad por dolo. 3. Responsabilidad por el dolo de los dependientes y auxiliares. B. La culpa. 1. Noción. 2. Graduación. 3. Su relación con las obligaciones de medios y de resultado. II. Imputación objetiva: la custodia. A. Noción. B. De la custodia romana a la configuración actual de la ‘responsabilidad riesgo de empresa’.

#### PREMISA

La imputación es subjetiva cuando, para establecer la responsabilidad, es necesario indagar en la voluntariedad del deudor con el fin de conocer si este actuó con dolo o con culpa; cuando en cambio el juez procede con prescindencia de tal consideración, nos encontramos frente a un régimen de responsabilidad de tipo objetivo. En las líneas que siguen se estudiarán los criterios que permiten realizar tales tipos de imputación en el terreno contractual, esto es, el dolo, la culpa y la custodia.

### I. IMPUTACIÓN SUBJETIVA

#### A. EL DOLO

##### I. SUS DIFERENTES ACEPCIONES

Son tres las acepciones que tiene el dolo en derecho: la primera consiste en las maquinaciones fraudulentas de un sujeto que inducen a otro a contratar (se traduce, pues, en un vicio del consentimiento), y que, por su naturaleza, se presenta antes o en forma contemporánea con la celebración del contrato; la segunda lo tiene como elemento agravante del delito; y la tercera —que es la que nos concierne— lo considera como elemento agravante de la responsabilidad civil.

En el marco de la última de estas acepciones, la doctrina define el dolo contractual como los actos u omisiones intencionados del deudor que

---

\* Docente de la Universidad Externado de Colombia, doctora en Derecho por la Scuola Superiore Sant’Anna, de Pisa (Italia), y magíster en Sistema Jurídico Romanista con énfasis en Derecho de los Contratos por la Universidad de Roma “Tor Vergata”.

tienden a eludir el cumplimiento de la obligación<sup>1</sup>, y en cuya presencia el resarcimiento no encuentra límite en la previsibilidad de los daños<sup>2</sup>. Una definición legislativa nos la ofrece el Código Civil de BELLO, que lo tiene como la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro<sup>3</sup>. De donde se desprende que, para que se configure un incumplimiento doloso, es necesario que el mismo sea voluntario y que el deudor conozca que está violando el contrato y, con ello, produciendo un daño injusto al acreedor (*animus nocendi*).

Tal configuración del dolo se remonta en realidad al derecho romano<sup>4</sup>, donde fue entendido como la voluntaria y maliciosa falta de cumplimiento de la prestación. En otros términos, para hablar de dolo no basta –como asegurara LABEÓN– con la *scientia* (conocimiento, conciencia) de cometer un ilícito, sino que es necesaria además la *calliditas*<sup>5</sup> (astucia, artimaña); concepción que luego pasó al derecho moderno gracias al ‘redescubrimiento’ que

- 1 A. ALESSANDRI, *Teoría de las obligaciones*, t. I, Santiago de Chile, 1934, 76.
- 2 M. BIANCA, *Commentario del codice civile. Dell'inadempimento delle obbligazioni*, dirigido por F. GALGANO (arts. 1218- 1229), Bologna-Roma, 1979, 374; F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, 91.
- 3 Arts. 63, 44 y 29 C.C. de Colombia, Chile y Ecuador, respectivamente. El dolo definido en estas normas (“propósito de causar daño a otro”) obviamente se refiere al mismo como fundamento de la responsabilidad civil.
- 4 Este criterio de responsabilidad, que no admite subdivisión en grados (como sucede en cambio con la culpa), se aplicaba en el derecho romano especialmente a aquellas relaciones obligatorias basadas en la *fides bona* (procesadas según *iudicia bonae fidei*), cuyo contrario era justamente el dolo; mientras que en las relaciones de derecho estricto, en las que el dolo no se encontraba previsto, las partes podían incluirlo a través de una *stipulatio* o *clausula doli*. Cfr. PAUL. I. 8. I y PAUL. 2. 4. 2; D. 45. I. 83 pr. y D. 45. I. 121 pr. Se distinguió también desde el derecho romano una forma de dolo llamado *dolus bonus* por efecto de la poca gravedad del daño que provocaba, que no llegaba, pues, a violar la *aequitas pacti*. Cfr. A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 4ª ed., reimp., Torino, 1996, 602.
- 5 Cfr. M. BELLOMO, *Dolo*, en *Enciclopedia del diritto*, t. XIII, Milano, 1964, pp. 725-730 y 738-750, 726. No obstante lo cual se sostiene que en Roma el dolo fue entendido en forma tan amplia que fue suficiente para comprender también las hipótesis más graves de negligencia y las conductas omisivas que permitían el agravamiento del daño. Cfr. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., 602, y M. TALAMANCA, *Colpa civile (storia)*, en *Enciclopedia del diritto*, t. VII, Milano, 1960, 517, quien sostiene que “bajo la categoría de *dolus* los juristas clásicos no entendieron únicamente el comportamiento intencionalmente dirigido a no cumplir o a volver imposible el cumplimiento de la obligación, sino también la conocida falta de prestación de la diligencia requerida en el caso concreto”. Cfr. D. 16.3.1.47 y D. 16.3.32.

de él hizo la Escuela de los Glosadores<sup>6</sup>, y que coadyuvó luego en la labor de establecer su relación con la culpa y su límite con el fraude<sup>7</sup>.

Sin embargo, hoy por hoy para que pueda configurarse el dolo contractual no siempre se requiere de la intención de procurar, con el incumplimiento, un daño al acreedor; basta en cambio con no haber atendido a la previsión de la perjudicialidad del acto, es decir: haberse percatado de su potencialidad dañosa y, no obstante, haberlo llevado a cabo<sup>8</sup>.

## 2. PROHIBICIÓN DEL PACTO QUE EXONERA DE RESPONSABILIDAD POR DOLO

El aspecto quizá más relevante en materia de dolo es la imposibilidad de su exoneración anticipada, lo que quiere significar que, por no poderse renunciar *ex ante* por convenio entre las partes, la responsabilidad por dolo resulta nada menos que siempre exigible; ello, dado que aceptar lo contrario sería tanto como dar licencia para la comisión de hechos ilícitos.

Puede renunciarse, en cambio, al derecho que nace en cabeza del acreedor como consecuencia del incumplimiento doloso ya verificado de su deudor; es decir, puede renunciarse al derecho a incoar la acción respectiva (que sería tanto como decir, en definitiva, renunciar a la reparación). Se trata, pues, de algo distinto, ya que se estaría disponiendo de un derecho (de crédito) que ha entrado ya en forma efectiva en la esfera jurídico-patrimonial del acree-

6 En la Glosa de ACCURSIO encontramos dos concepciones del dolo, una como “*machinatio studiosa*”, y la otra como inactividad voluntaria. BARTOLO DE SASSOFERRATO, por su parte, entendió el dolo como “*scientier contrarius alterum laedere*”, mientras que BALDO DE UBALDIS sostenía que “*dolus est ars nocendi contra naturam, id est contra amicitiam naturalem*”. ACCURSIO, gl. J. 3. 14 (15). 3; D. 17. 1. 44; D. 2. 13. 8 pr.; D. 16. 3. 32, cit. en BELLOMO, *Dolo*, cit., 727.

7 No obstante, en la *Summa Trecensis*, C. 4. 24 (de autor desconocido), se define el dolo en absoluta relación con el fraude: “*Dolo est, cum fraudulenter aliquid in re pignolata admisit*”. Cfr. BELLOMO, *Dolo*, cit., 727.

8 Cfr. J. TAMAYO JARAMILLO, *De la responsabilidad civil*, t. 1, Temis, Bogotá, 1999, 198 ss.; en este sentido, PH. LE TOURNEAU, *La responsabilidad civil profesional*, trad. J. Tamayo J., de la 1ª ed. de 2005, Bogotá, 2006, 12 (pese a lo que sostiene C. LARROUMET, *Teoría general del contrato*, vol. I-II, trad. de Jorge Guerrero R., Bogotá, 1993, 48 ss., quien señala que posteriormente la intención de dañar se ha convertido en requisito del dolo contractual en el ordenamiento francés). Cfr. sentencia de la Cámara Civil de la Corte de Casación francesa de 4 de febrero de 1969: “El deudor comete una falta dolosa cuando, de propósito deliberado, se rehúsa a ejecutar sus obligaciones contractuales, aun si esta conducta no ha sido inspirada por la intención de dañar a su cocontratante”. Similar posición encontramos en el Código Civil peruano de 1984 (art. 1318), el cual señala que procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación.

dor, y no de un derecho apenas potencial como sería aquel aún no radicado en cabeza del mismo con precedencia a la verificación del incumplimiento.

Esta prohibición de renunciar a la responsabilidad por dolo es una regla consagrada ya desde el derecho romano<sup>9</sup>, y presente en la actualidad en la casi totalidad de los ordenamientos jurídicos<sup>10</sup> (salvo por el sistema inglés que sí permite un pacto tal, si bien bajo la condición de que haya sido expresado con toda claridad)<sup>11</sup>.

Ahora, en lo que hace específicamente al ordenamiento colombiano, debe hacerse una precisión, pues aunque el artículo 1522 C.C. reza efectivamente que “la condonación del dolo futuro no vale”, luego su artículo 1616<sup>12</sup>, al hablar de la responsabilidad ilimitada que deriva del dolo, señala que las estipulaciones de los contratantes pueden modificar estas reglas, lo que plantea el interrogante de si se podría, como parece desprenderse de la norma, si bien no condonarse el dolo futuro, sí regularse convencionalmente los términos de la reparación respectiva, en el sentido de ampliarla o restringirla (p. ej., limitando la cuantía de la indemnización, o estableciendo una caducidad convencional, es decir, el lapso dentro del cual se podría reclamar la responsabilidad), etc.

### 3. RESPONSABILIDAD POR EL DOLO DE LOS DEPENDIENTES Y AUXILIARES

La responsabilidad del deudor se extiende al dolo (y la culpa grave) de los dependientes y auxiliares de quienes se sirve para el cumplimiento de la prestación.

Esta aparente “responsabilidad contractual por el hecho de otro”<sup>13</sup> encuentra su antecedente lejano en los *nautae*, *caupones* y *stabularii* (navie-

9 D. 16. 3. 1. 7.

10 Arts. 1522 del C.C. colombiano; 1465 del C.C. chileno y 1508 del C.C. ecuatoriano; 507 del C.C. argentino; 1229 del C.C. italiano; 1102 del C.C. español; § 276, número 3, del BGB; 2106 del C.C. mexicano; 1328 del C.C. peruano; Art. 350, numeral 1, del C.C. de Bolivia. En Venezuela, la prohibición, si bien no es expresa, se acepta en cuanto se entiende que contradice al artículo 1160 C.C., el cual impone cumplir los contratos según los postulados de la buena fe; de su parte, tampoco el ordenamiento francés tolera la exclusión, o la limitación siquiera, de la responsabilidad por dolo.

11 Cfr. J. MÉLICH-ORSINI, *Doctrina general del contrato*, 2ª ed., Caracas, 1993, 452.

12 Al tenor de los artículos 1558 C.C. chileno y 1601 C.C. ecuatoriano.

13 Se trata esta de una “imagen engañosa”, en el sentido de que el deudor en tales casos responde por su hecho propio, es decir, es responsable personalmente por el hecho de haber introducido a

ros, hoteleros y estableros) del derecho romano, quienes respondían por los perjuicios causados por los dependientes (empleados o esclavos) a los clientes que habían hecho depósito de sus mercancías. Principio este que no encontró consagración legal expresa en los diversos ordenamientos del derecho contemporáneo, pues ni el *Code civil* ni los códigos que en él se basaron (entre los que se cuenta el colombiano) contienen un precepto general que haga responsable al deudor en estos casos; sin embargo, a partir de algunos preceptos en particular (especialmente el art. 1245 del *Code civil*<sup>14</sup>, y también, luego, los arts. 1994 y 1998 *ibíd.*) la doctrina francesa ha elaborado una teoría sobre “responsabilidad contractual por el hecho de otro”<sup>15</sup>, mientras que la jurisprudencia, por su parte, se ha limitado a negar la posibilidad para el deudor de exonerarse de la responsabilidad derivada del dolo y la culpa grave de sus dependientes y auxiliares.

Tal como se indicó, tampoco en Colombia se encuentra consagrado un principio general que establezca la responsabilidad del deudor por el dolo y la culpa grave de sus auxiliares (como sucede en cambio en los códigos más recientes); sin embargo, el Código Civil contiene una norma<sup>16</sup>, similar a la del artículo 1245 del *Code civil* (pero que es aún más amplia, dado que no se refiere a una obligación en particular, como sucede con este último), que podría llevar a la construcción de una teoría general acerca de la responsabilidad contractual del deudor por el hecho de personas distintas de sus *representados* (la norma se refiere solo a aquellas personas sujetas a la autoridad o dependencia del deudor). Mientras que en la jurisprudencia dicho principio es aceptado, tal como se dice para el caso chileno, en consonancia con “las necesidades de la práctica y con las exigencias del Derecho”<sup>17</sup>.

Para el caso venezolano suele citarse el artículo 1293 C.C., aun cuando nos plantea los mismos problemas de los artículos 1245 del *Code civil* y 1738 C.C.

terceros en la ejecución de la obligación. Más en LE TOURNEAU, *La responsabilidad civil profesional*, cit., 37 ss.

14 Establece la responsabilidad del deudor por su hecho o culpa, o por el hecho o culpa de aquellas personas de las cuales es responsable; pero se refiere solo a los contratos que implican la obligación de entregar cosa determinada, es decir, no existe en el campo contractual una norma equivalente a la del artículo 1384, inciso 5° del *Code civil*, que establece como norma general la responsabilidad por el hecho de otro en materia extracontractual.

15 Cfr. más en LE TOURNEAU, *La responsabilidad civil profesional*, cit., 33 ss.

16 Art. 1738 C.C. col.: “En el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable” (al tenor de los arts. 1679 C.C. chil. y 1722 C.C. ecuat.).

17 Cfr. L. CLARO, *Explicaciones del derecho civil chileno y comparado*, vol. v, Santiago, 1979, 540 ss.

colombiano, en cuanto se refiere a las personas por las cuales el deudor es responsable, y no específicamente a los auxiliares de los cuales se sirve para el cumplimiento de su prestación. En esta materia la doctrina venezolana ha sido oscilante, en el sentido de que si bien reconoce razones para hacer de cargo del deudor, sin posibilidad de exoneración, la responsabilidad por dolo y culpa grave de las personas de las que se sirve en el cumplimiento de su obligación, por otro lado ha identificado algunos casos en los que no parece justo adosar al deudor el dolo de su auxiliar<sup>18</sup>.

Finalmente, entre los códigos que, en cambio, contemplan expresamente la institución de la responsabilidad del deudor por el dolo de sus dependientes y auxiliares están: el Código Civil italiano, el cual acepta, sin embargo, las cláusulas que permiten la exoneración de dicha responsabilidad<sup>19</sup>, siempre que la norma violada no sea de orden público; el Código Civil de Bolivia de 1976, que establece que las partes pueden convenir que el deudor no responda de los hechos dolosos o culposos de los terceros o auxiliares de quienes se vale para cumplir su obligación<sup>20</sup>, salvo que se trate de la violación de una norma de orden público, en cuyo caso el pacto es nulo<sup>21</sup>. El Código Civil peruano de 1984 prohíbe la exoneración del dolo y de la culpa inexcusable de los terceros de quienes se sirve el deudor en el cumplimiento de su obligación<sup>22</sup>, pero permite la exoneración por la culpa leve<sup>23</sup>, salvo, nuevamente, cuando se trate de la violación de normas de orden público<sup>24</sup>. Por último, también el *BGB* admite la posibilidad de que el deudor limite o se exonere por la responsabilidad derivada del dolo de sus representantes legales o auxiliares<sup>25</sup>.

---

18 Por ejemplo, en el transporte marítimo, en donde el armador puede liberarse de las conductas dolosas del capitán o de la tripulación. Cfr. MÉLICH-ORSINI, *Doctrina general del contrato*, cit., 455.

19 Arts. 1228 y 1229 C.C. italiano.

20 Art. 349 C.C. de Bolivia.

21 Art. 350, num. 2 C.C. de Bolivia.

22 Art. 1328 C.C. de Perú.

23 Art. 1325 C.C. de Perú.

24 Art. 1328, inc. 2º C.C. de Perú.

25 § 278 *BGB*.

## B. CULPA

## I. NOCIÓN

Para definir la culpa se han propuesto diversas fórmulas, unas objetivas, que asimilan la culpa al incumplimiento mismo<sup>26</sup>, y otras de tipo subjetivo. Dentro del marco de estas últimas se inscribe la definición que históricamente ha gozado de mayor acogida: formulada por GÉNY y perfeccionada luego por los hermanos MAZEAUD, la culpa se tiene como un error de conducta en el que no hubiese incurrido una persona prudente y diligente colocada en las mismas circunstancias externas en las que obró el autor del daño<sup>27</sup>.

Ahora bien, este concepto –como tantos otros del derecho civil– hunde sus raíces más profundas en el derecho romano, donde ya desde el siglo II a.C. había sido elaborada una primera noción<sup>28</sup>, que vino a completar el sistema construido para la responsabilidad sobre el esquema *dolus-casus-culpa*<sup>29</sup>. La culpa para entonces podía adquirir tres distintos significados: el del hecho ilícito como tal (incumplimiento del deudor)<sup>30</sup>, el de imputabilidad de la responsabilidad de dicho hecho a una persona<sup>31</sup>, o el concepto de negligencia en sentido amplio, que abraza la imprudencia según la estructura del

26 Es la concepción de AUBRY y RAU, que ha sido acogida por parte de la doctrina; sobre la cual cfr. A. VALENCIA ZEA y A. ORTIZ, *Derecho civil*, t. III, 9ª ed., Bogotá, 1998, 328 ss., quienes personalmente son también sus partidarios.

27 H. y L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, t. I, Paris, 1947, n.º 439. Esta definición fue elaborada para la responsabilidad extracontractual, pero dado que ontológicamente el concepto de culpa puede considerarse unitario, en el sentido de que es el mismo para sendas esferas de responsabilidad, puede decirse que ese error de conducta en materia contractual estaría en la falta de cumplimiento de las obligaciones contractuales.

28 La primera noticia que tenemos de la culpa contractual pertenece a un pronunciamiento de P. MUCIO (D. 24. 3. 66 pr.), del año 120 a.C. aprox.; no obstante, la información que respecto de la responsabilidad contractual en el derecho romano llegó hasta nosotros proviene casi en su totalidad de la compilación justiniana, lo que obliga a cuidar el sentido de los conceptos, debido a las interpolaciones realizadas a los textos clásicos. Sobre la introducción en materia contractual de este “canon intermedio”, cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1968, 385.

29 D. 45.1.96. En este sentido, A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, 1996, 178: “La nueva idea de la responsabilidad por culpa no estaba emparentada con la del dolo, porque no tomaba en consideración la voluntad del sujeto (...). La idea de la culpa representaba, más bien, un modo de imputar al sujeto eventos (dañosos) no queridos, pero no reconducibles a la idea del *casus*, porque éste continuaba funcionando como criterio negativo de responsabilidad”.

30 D. 23.4.20.2 (interpretada por otros como culpa-negligencia).

31 D. 50.17.23.



pensamiento romano<sup>32</sup>. Aunque existía también una especie autónoma de culpa, no relacionada ni con la negligencia ni con la impericia, que consistía en la transgresión de un límite determinado del contrato<sup>33</sup>, que podía no ser expreso y deducirse por interpretación *a contrario* de lo dispuesto por las partes como uso normal de la cosa dada en comodato o arrendamiento<sup>34</sup>; solo si se trataba de una prohibición el límite ciertamente debía ser expreso.

Ahora bien, únicamente si se trataba de la imposición de comportamientos se hablaba de culpa-negligencia<sup>35</sup>, pues, en realidad, no fue sino en el derecho postclásico romano<sup>36</sup> que se estableció la relación entre la culpa y la negligencia de la manera en que hoy la conocemos (“está en culpa quien falta a su deber de diligencia”), la cual llegó hasta nosotros gracias a la Escuela de los Glosadores<sup>37</sup>, que definió la culpa como “lo previsible no previsto”, o también, como “todo acto inconsulto, que perjudica injustamente a los demás”<sup>38</sup>.

- 32 D. 27.7.4 y C. 5.54.1 (tutela); D. 17. 2. 23. 1 y J. 3. 25. 9 (sociedad); C. 4. 35. 21 (mandato); J. 3. 14. 3 (depósito); D. 50. 16. 226 (general). En un sentido más particular, S. SCHIPANI, *Responsabilità “ex lege Aquilia”. Criteri di imputazione e problema della “culpa”*, Torino, 1969, 173 ss., habla en los siguientes términos de la culpa: “La culpa no expresa ciertamente ni la causa, ni la imputabilidad, ni la culpabilidad, etc., del resultado de la conducta de otro; culpa constituye la característica de la situación en la cual se encuentra el sujeto en cuanto tiene una conducta reprochable, que, mientras puede de un lado hacerlo responsable por los daños que produce, de otro, puede justificar una reacción, es decir, hacer decaer el requisito de la *iniuria* en la conducta del otro sujeto dirigida en su contra: esta reacción tiene límites objetivos y subjetivos, que definen el ámbito dentro del cual es justificada”.
- 33 CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, cit., 62. Cfr. D. 19. 2. 30. 2, D. 19. 2. 12, D. 13. 6. 5. 7 y D. 19. 2. 11. 4.
- 34 D. 13. 6. 18 pr., y también D. 19. 2. 13. 3.
- 35 Existía una duda respecto del contenido del comportamiento diligente, si se toma en cuenta que anteriormente no se aceptaba la culpa omisiva en las obligaciones consistentes en un *dare*, pues no era claro si el deudor debía limitarse a no actuar para evitar producir daños, o si además debía desplegar alguna conducta para efectivamente evitarlos. Este problema se resolvió en las fuentes estableciendo que cuando se quisiera hacer referencia a un deber de diligencia activa (criterio de culpa omisiva) se haría a través de la inclusión expresa del *diligentiam praestare*. Cfr. D. 45. 1. 91.
- 36 ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 385. En época clásica *culpam praestare* implicaba asegurar al acreedor, en el cumplimiento de la prestación, la ejecución o la inejecución de determinadas conductas; la omisión o acción correspondiente constituía la conducta culpable.
- 37 M. TALAMANCA, *Colpa civile (storia)*, cit., 524. La esencia de la culpa en el sistema de la Glosa estaba en la falta de prestación de la *diligentia*, que era diversa según el grado de la culpa y que no debía corresponderse con un propósito fraudulento, pues en ese caso el deudor se encontraba en dolo.
- 38 Definición de DONELO citada por I. BIROCCHI y U. PETRONIO, *Responsabilità contrattuale*, en *Enciclopedia del diritto*, t. XXXIX, Milano, 1961, 1066.

En el marco del derecho codificado, tenemos que no todos los códigos civiles definen la culpa; entre los que lo hacen se encuentran<sup>39</sup>: el Código Civil argentino de 1869 (art. 512), donde VÉLEZ SARFIELD habla de “la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”; el Código Civil uruguayo de 1868 (art. 1344), que la tiene como la falta del debido cuidado o diligencia. El Código Civil de Guatemala (art. 1424), por su parte, concibe la culpa como una acción u omisión, no intencional, perjudicial a otro, en la que se incurre por ignorancia, impericia o negligencia. Y el Código Civil español de 1889 (art. 1104), que define la culpa en los mismos términos que lo hace el Código Civil argentino, es decir, como “la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

El Código Civil colombiano no define la culpa<sup>40</sup> —más allá de la caracterización de sus diferentes grados del art. 63 C.C.—, pero según la letra del artículo 1604 su sistema de responsabilidad está basado primordialmente en ese concepto. De su lado, el Código Civil venezolano de 1942, cuando habla de la responsabilidad por incumplimiento (art. 1264), ciertamente no menciona entre sus conceptos la culpa, pero en el artículo 1270 utiliza el criterio de la diligencia media, por lo que, si impone una diligencia para el cumplimiento, en su ausencia, vemos delineada la culpa. Tampoco define la culpa el *codice civile* italiano de 1942, no obstante que, al hablar del cumplimiento de las obligaciones, menciona la diligencia media del buen padre de familia (art. 1176), tal como lo hace también el Código Civil de Bolivia

---

39 Una presentación acerca de los códigos que contienen y definen el concepto de culpa dentro del sistema jurídico latinoamericano en E. CORTÉS, *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, Bogotá, 2001, 149 ss.

40 La doctrina colombiana, en cambio, nos brinda la siguiente definición: “La culpa en sentido psicológico está dada por la negligencia, la imprudencia o la impericia que hacen que el agente, independientemente del elemento psicológico, haya violado disposiciones normativas que le imponían deberes concretos. [P]odríamos definir la imprudencia como la temeridad o ligereza con que el sujeto realiza una conducta, bien sea porque no prevea, debiendo prever los efectos de la misma, o porque a pesar de haberlos previsto se confía en poderlos evitar. Es en cierta forma el desprecio por los bienes que corren riesgo de daño al realizarse la conducta. La negligencia, en cambio, es el descuido con que el agente realiza sus actividades. Finalmente, la impericia consiste en la ausencia de conocimientos con que el agente realiza una conducta que no debió haber realizado. [E]n la práctica, rara vez se presenta en forma aislada una sola de estas modalidades de culpa. Por el contrario, es normal que se encuentren las tres, o por lo menos dos de ellas”: TAMAYO JARAMILLO, *De la responsabilidad civil*, cit., 203.

de 1976 (art. 302). El Código Civil cubano de 1987 (art. 293) omite también toda mención a la culpa, pero dispone que el deudor es responsable del incumplimiento a menos que no le sea imputable. El Código Civil mexicano de 1928, tampoco habla de la culpa cuando trata de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones (art. 2104), y se limita a decir que el que incumple debe reparar el daño causado; no obstante, en el artículo 2025, refiriéndose a las obligaciones de dar, dice que habrá culpa o negligencia cuando el obligado ejecute actos contrarios a la conservación de la cosa o deje de ejecutar los que son necesarios para ello. El *Code civil* solo se refiere a la prestación de la culpa cuando trata la obligación de velar por la conservación de la cosa en las obligaciones consistentes en un dar (art. 1137). Tampoco el *BGB* contiene una definición de la culpa; no obstante, en el § 276, numeral 1, señala que quien no observe el cuidado normalmente exigido en el tráfico actúa negligentemente, lo que significa que se estará en culpa cuando no se observe el cuidado exigido.

El *common law*, de su parte, no habla de la culpa sino de una ‘persona razonable’ (concepto este que ha influenciado las recientes iniciativas de unificación en la materia)<sup>41</sup>, ello, considerando que este sistema dista mucho del *civil law*, pues su modelo de responsabilidad no está basado sobre la culpa, como sucede en este último: para determinar la responsabilidad, el juez del *common law* no va a dilucidar, una vez verificado un *breach of contract*, si este incumplimiento es imputable o no al deudor, sino que verificará si la superación del obstáculo que impidió el cumplimiento de la prestación podía considerarse o no como parte del objeto de la promesa contractual.

## 2. GRADUACIÓN

Suele decirse que la culpa es el aspecto más problemático de la responsabilidad civil. A diferencia del dolo y del caso fortuito, ella se divide en grados y no admite –en consecuencia– una regla única (ante el dolo siempre se responde; frente el caso fortuito, la regla es la de la exoneración de responsabilidad)<sup>42</sup>.

---

41 Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales; Proyecto Lando (*Principles of European Contract Law*); Proyecto Gandolfi (*Code Européen des Contrats*).

42 Salvo contadas excepciones: que el deudor haya asumido el riesgo al momento de contratar, o se encuentre en mora, o el caso fortuito haya “sobrevenido por su culpa”.

En efecto, en el campo contractual la culpa es tripartita: el deudor responde hasta por culpa grave en los contratos que solo benefician al acreedor (como en el depósito gratuito, p. ej.), de la leve en los contratos que son para beneficio recíproco de las partes (como en la compraventa, p. ej.) y de la levisima en los contratos que solo a él benefician (como en el comodato, p. ej.). En el marco de la responsabilidad extracontractual se tiene, en cambio, un concepto unitario de la culpa.

Contrario a lo que suele afirmarse, el origen de esta tripartición no se remontaría –según algunos estudiosos– al derecho romano, el cual solo habría conocido una división bipartita de la culpa, así: culpa (o culpa leve) y culpa grave<sup>43</sup>.

La primera, consistente en no entender lo que todos entienden (*non intelligere quod omnes intelligent*) o en violar aquel mínimo de diligencia que se presume en todo hombre<sup>44</sup>, y que, por tratarse de un irrespeto tan grosero frente a los derechos ajenos y por el hecho de que en materia contractual es muy difícil distinguir el dolo de la culpa grave (lo cual de algún modo se conseguiría a través de presunciones *hominis*), se equipara en sus efectos al dolo<sup>45</sup>; lo que significa que la culpa lata se tiene no como un grado de culpa, sino como un caso de dolo descrito en virtud del comportamiento y no de la voluntad<sup>46</sup>. Pero que lo anterior no lleve a confusión, pues el dolo y la culpa grave siguen conservando cada uno su identidad como dos conceptos jurídicos distintos, dado que la equivalencia se da en el ámbito de la responsabilidad que será idéntica para las dos: no podrá haber exoneración preventiva para el deudor, pero permanecen inalteradas, por ejemplo, las reglas sobre la carga

---

43 El derecho romano clásico distinguió una especie ‘elevada’ de culpa, pero fue obra de la Compilación Justiniana el haber clasificado sus diversos tipos; tema este sobre el cual nos permitimos remitir a M. KOTEICH, *Responsabilidad contractual y aquiliana. Revisión de una distinción tradicional con base en la culpa y su graduación*, en *Estudios de Derecho civil. Obligaciones y Contratos. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa*, vol. II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, 175-192. Cfr. también J. BONNECASE, *Tratado elemental de derecho civil*, trad. ENRIQUE FIGUEROA ALFONZO, México D. F., 1995, 871.

44 *Nimia o magna negligentia*: D. 50. 16. 213. 2; D. 17. 1. 29 pr.

45 Por obra de NERVA, y luego de CELSO. D. 16. 3. 32: *culpa lata dolo aequiparatur*.

46 Aunque, dentro de la misma Escuela Proculyana, PRÓCULO criticaba esta equiparación, por el grave efecto que producía, consistente en la tacha de infamia, que consideraba justa solo para aquel que hubiera actuado con fraude; mientras que para CELSO “era en realidad lo contrario, porque según él, en algunos casos, conductas no estrictamente dolosas, desatienden también la *fides* (...), y por ello son dignas de ser sancionadas igualmente con la infamia”: R. CARDILLI, *L'obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano, 1995, 439 ss.

de la prueba (en caso de culpa, el deudor debe probar su ausencia; en caso de dolo, debe probarlo quien lo alega, es decir, el acreedor)<sup>47</sup>.

Y la segunda, la categoría media o normal de la culpa, o *culpa levis*<sup>48</sup>, consistente en la violación de la diligencia mediana. Para constatar si el deudor ha desplegado una conducta acorde con este nivel de diligencia debe confrontarse el comportamiento efectivamente desarrollado por él con el de un modelo predeterminado<sup>49</sup>; que no fue uno solo en el derecho romano, pues no se cayó en el equívoco (como se haría en época posterior) de hacer del *prudens et diligens pater familias* un parámetro único aplicable a todos los casos<sup>50</sup>. En efecto, esta culpa podía ser considerada *in abstracto* o *in concreto*<sup>51</sup>, según que se apreciara en función de un modelo general o abstracto —buen padre de familia, o *artifex*— o en función de la propia persona del deudor.

Si bien es cierto que el modelo de base en cuanto al deber de diligencia para las prestaciones no técnicas estaba conformado por el hombre medio

47 Esta equiparación entre el dolo y la culpa grave, heredada del derecho romano, se conserva de hecho en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, dado que es muy difícil distinguir entre esos dos criterios. Así, el Código de Bello (arts. 63, inc. 2º C.C. col.; 44, inc. 2º C.C. chil., y 29, inc. 2º C.C. ecuat.), con su tripartición de la culpa, señala 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 C.C.). En Italia, la equiparación es clara, cuando se observa que se prohíbe por igual la exoneración o la limitación de la responsabilidad tanto del dolo como de la culpa grave (art. 1229, inc. 1º *codice civile*); y lo mismo se puede decir para el Código Civil de Bolivia de 1976 (art. 350, núm. 1) y para el peruano de 1984 (art. 1328, inc. 1º). En el caso de España se debe aclarar que la doctrina ha interpretado el artículo 1102 C.C. de 1889 en forma restrictiva, es decir, comprendiendo dentro de la prohibición que él contiene solo las cláusulas de exoneración de responsabilidad por dolo, sin extenderla a las que atañen a la culpa grave. En Francia, por su parte, 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. Cfr. más en KOTEICH, *Responsabilidad contractual y aquiliana*, cit., 175-192.

48 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. Siempre que en las fuentes encontremos la palabra ‘culpa’, sin más, debemos entender que se hace referencia a la *culpa levis*. Sobre su origen, cfr. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 386.

49 En D. 19. 1. 54 pr., LABEÓN utiliza un modelo concreto para la valoración del comportamiento culpable, en contraste con lo que hace PAULO en el mismo pasaje, que utiliza uno abstracto, el del *prudens et diligens pater familias*.

50 D. 19. 1. 54; 9. 2. 31; D. 13. 6. 5. 3.

51 En el estudio que de la culpa leve realizaron los dogmáticos de los textos antiguos, unos, en efecto, creyeron encontrar una división de esta en culpa *in abstracto* y culpa *in concreto*, pero otros en realidad (como C. MAYNZ) no reconocieron dicho binomio.

*frugi et diligens* o buen padre de familia (*culpa in abstractum*), también lo es que otras veces se partía de un modelo concreto, constituido por la persona misma del deudor (*culpa in concreto*), para exigir de este la diligencia que solía emplear en sus propias cosas (*diligentia quam in suis*)<sup>52</sup>, lo cual podía representar bien una agravación en la apreciación de la diligencia, si es que se trataba de un deudor especialmente diligente en la atención de sus propios asuntos, o bien, al contrario, una relajación de ese rigor, si es que el deudor no era particularmente diligente<sup>53</sup>. En época clásica, las fuentes sugieren que el modelo concreto se utilizaba cuando se trataba de la administración de bienes y negocios ajenos llevada a cabo por parte de un sujeto que administraba tales bienes en una gestión de “carácter familiar”<sup>54</sup>, por ejemplo: el marido respecto de los bienes dotales, el coheredero o colegatario respecto de las cosas comunes, los tutores respecto de los asuntos del pupilo<sup>55</sup>. Y así, por ejemplo, cuando se trataba de simple *negotiorum gestio*, ajena a ‘asuntos familiares’, el modelo aplicable era en cambio el del *diligens pater familias*<sup>56</sup>.

Para la apreciación de la culpa leve en el marco de las prestaciones técnicas nos alejamos del modelo del *bonus pater familias*, para tomar en su lugar el de un *artifex* (experto) de la categoría del deudor, poseedor de las cualidades que se presumen en todos los de su misma profesión<sup>57</sup>. El modelo adoptado para esta culpa-impericia es aquel que se corresponde con las reglas de cada arte o técnica, lo que quiere significar que, una vez identificada la *diligencia profesional media*, esta se constituye en el parámetro para todos, en la medida en que se erige un modelo abstracto que no permite luego consideraciones individuales. En el texto de ULPIANO D. 19.2.9.5 encontramos la individualización de la impericia como fuente de responsabilidad por culpa, en los casos en que, aun cumpliendo con la diligencia prevista en el contrato, el deudor causa un daño en su calidad de experto. En dicho pasaje, en efecto, CELSO hace depender esta modalidad de culpa (que extrajo de la casuística de la culpa-negligencia)<sup>58</sup> de la calidad de experto con la que se obliga el deudor

52 D. 10. 2. 25. 16 y D. 17. 2. 72.

53 Cfr. BONNECASE, *Tratado elemental de derecho civil*, cit., 872.

54 Aunque parte de la doctrina sostiene que esta clasificación pertenece al derecho justinianeo. Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 386.

55 D. 10. 2. 25. 16.

56 D. 3. 5. 5. 14; D. 18. 6. 12; D. 19. 1. 54; 9. 2. 31; D. 13. 6. 5. 3.

57 D. 45. 1. 137. 3; D. 19. 2. 58. 1.

58 La impericia derivó del concepto de negligencia, que es importante diferenciar, no a nivel de las

(*ut artifex conduxit*), empleando el siguiente razonamiento: se encuentra en culpa el *artifex* que se comporta en modo inexperto. Aunque, naturalmente, el *artifex* no responde exclusivamente por culpa-impericia cuando asume una obligación en calidad de experto, pues también puede responder por custodia o por culpa-negligencia<sup>59</sup>.

La entrada en escena del último de los grados de culpa, la culpa levísima, entendida como la violación de la diligencia más esmerada (o, *a contrario*, como una negligencia mínima), se habría producido en época de los glosadores (siglo XII d.C.), quienes erróneamente habrían creído ver su consagración en un determinado pasaje del Digesto (a saber, D. 9.2.31).

Muy a pesar de esta crítica —que hablaría de un origen desacertado del último de los grados de culpa— R. J. POTHIER —entre otros doctrinantes— creyó fervientemente en la tripartición de la culpa contractual (que creía aplicable, comoquiera que sea, solo a una obligación en particular, la de custodia de la cosa, y no —como entendería luego BELLO— a todas las posibles obligaciones contractuales), lo cual ejerció su influencia, si bien no sobre el codificador francés de 1804, sí sobre el codificador latinoamericano ANDRÉS BELLO al momento de proyectar su Código Civil para Chile. Ello explica por qué dicha tripartición aparece en la codificación civil de los distintos ordenamientos que siguieron el modelo del jurista venezolano<sup>60</sup>.

De hecho, los únicos códigos que aún prevén 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<sup>61</sup>, es decir, el Código Civil colombiano

consecuencias, que siempre serán las mismas, sino en virtud de la diversidad de los criterios de apreciación entre una y otra.

59 D. 19. 2. 13. 6.

60 KOTEICH, *Responsabilidad contractual y aquiliana*, cit., 175-192.

61 Por el contrario, VÉLEZ SARSFIELD, en el Código Civil argentino, rechazó abiertamente el modelo tripartito de la culpa, y no hizo división alguna (arts. 511 a 513). Se limitó a decir que el deudor es responsable, además de por el dolo, por la culpa propia (aun si en el art. 902 pareciera sugerir una especie de graduación). El artículo 512 C.C. argentino, en Nota, dice: “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*



(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. col., 1547 C.C. chil., 1418 C.C. salv., 1590 C.C. ecuat.), y utilizan la figura del buen padre de familia –es decir, un modelo abstracto– como modelo de diligencia media<sup>62</sup>. Y en cuanto a los contratos que representan los escenarios extremos (y contrapuestos) en que pueden encontrarse las partes contratantes, tenemos que en el caso del depósito (arts. 2247 C.C. col., 2222 C.C. chil., 1979 C.C. salv., 2154 C.C. ecuat.) lo normal es que el deudor solo responda de la culpa grave (a menos que el depositario se haya ofrecido voluntariamente, tenga algún interés en el contrato o haya habido pacto en contrario); y en el comodato (arts. 2203 C.C. col., 2178 C.C. chil., 1936 C.C. salv., 2108 C.C. ecuat.), el deudor responde hasta de la culpa levisima, pues, se señala, el comodatario deberá emplear “el mayor cuidado en la conservación de la cosa”<sup>63</sup>.

---

*las notas y bibliografía consultada por Vélez Sarsfield*), Buenos Aires, 2002, 117 ss. Cfr. KOTEICH, *Responsabilidad contractual y aquiliana*, cit., 175-192.

- 62 En este sentido, TAMAYO JARAMILLO, *De la responsabilidad civil*, cit., 189 ss., sostiene que, aun si en Colombia la asunción del modelo abstracto se hace solo a nivel teórico y no en la efectiva resolución de los casos concretos, “el juez debe acudir a la comprobación indirecta mediante indicios, y para ello mentalmente elabora un tipo de hombre abstracto, teniendo en cuenta las condiciones exteriores del agente. [E]l juez no podrá tener en cuenta los estados internos que sin suprimir la capacidad racional e intelectual del agente, influyen, sin embargo, en la conducta causante del daño”.
- 63 La situación en los otros códigos latinoamericanos, partiendo de la premisa de que la culpa –aun si no tripartita– sigue apreciándose con base en los ‘modelos’ de comparación creados por el derecho romano, es la siguiente: el Código Civil uruguayo de 1868 (art. 1344) utiliza el modelo abstracto del buen padre de familia como criterio general (aunque luego permite ser extendido o reducido según la naturaleza del contrato o el conjunto de circunstancias presentes); y si se trata del depósito (art. 2251) se aplican, por remisión, las reglas generales, es decir, el modelo abstracto; y en el caso del comodato (art. 2220) expresamente se señala que la diligencia en el cuidado de la cosa debe ser la de un buen padre de familia. El ordenamiento peruano (art. 1314 C.C.) habla de la “diligencia ordinaria”, es decir, de una diligencia media que varía según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, y de la naturaleza de la obligación; la misma regla se aplica para el caso del depósito (art. 1819), mientras que para el comodato (art. 1738, num. 1) se exige la “mayor diligencia y cuidado” en la custodia y conservación de la cosa. El Código Civil de Bolivia, al hablar del cumplimiento de las obligaciones (art. 302), menciona la diligencia media del buen padre de familia; y en caso de depósito (art. 844), si este es gratuito, se exige del depositario la diligencia que suele emplear en sus propias cosas, salvo que el mismo se haya ofrecido voluntariamente al depósito, o que tenga algún interés personal en el mismo, o que haya habido pacto entre las partes, en cuyas hipótesis se exige la diligencia del buen padre de familia (art. 845); misma regla para el caso del comodato (art. 884). De su parte, el Código Civil venezolano, que no gradúa la culpa ni aplica el criterio de la *utilitas contrahentium* (siguiendo de esta manera al Código Civil italiano de



Ahora bien, al menos en lo que hace al derecho colombiano, puede decirse que las normas que regulan la tripartición de la culpa contractual constituyen derecho vigente pero no vivo, dado que las mismas no reciben aplicación en la práctica. La jurisprudencia colombiana ha señalado a este respecto que en materia contractual toda negligencia, cualquiera que sea su gravedad, entraña, en principio, la responsabilidad del autor (no sería dable, pues, que, en virtud de la utilidad que el contrato reporte para las partes, el deudor pueda quedar exonerado de algún grado de culpa), tal como sucede –dicho sea de paso– cuando se trata de responsabilidad aquiliana<sup>64</sup>.

Pese a que la jurisprudencia no señala cuáles son las razones que la llevan a desaplicar las normas en cuestión, es dable pensar que entre sus motivos más importantes estén la dificultad práctica que representa distinguir entre una culpa leve y una levísima –o, lo que es lo mismo, entre una persona diligente y otra algo más diligente–<sup>65</sup>; además del posible origen desacertado de la culpa levísima<sup>66</sup>, lo cual hemos tenido ya oportunidad de adelantar.

1865), en el artículo 1270 utiliza el criterio de la diligencia media, propia del modelo abstracto del buen padre de familia, siendo indiferente que el contrato sea en interés de una o de ambas partes (aunque se señala que la regla deberá aplicarse con mayor o menor rigor para ciertos casos); incluso para el comodato (art. 1726 C.C.) se aplica el modelo del buen padre de familia, mientras que para el depósito se exige del deudor la diligencia que suele emplear en sus propias cosas (art. 1756 C.C.). En el Código Civil argentino no se utiliza la figura del buen padre de familia, simplemente se valora la culpa (o se exige un tipo de diligencia) según la naturaleza de la obligación y las circunstancias personales, temporales y espaciales del deudor. La misma regla es aplicable al depósito (art. 2202), para el que se exige emplear las mismas diligencias que suele poner el deudor en sus propias cosas; mientras que para el comodato (art. 2266) se exige poner toda diligencia en la conservación de la cosa. El Código Civil de Guatemala, que acepta la graduación de la culpa (art. 1425), no impone el criterio para apreciar esta, por lo que deja en libertad al juez en la selección del mismo, quien deberá tener en cuenta, en cualquier caso, las circunstancias propias de cada caso. Para los casos de depósito (art. 1978) y comodato (art. 1967) se dice simplemente que el deudor es responsable de su dolo y de su culpa, sin más. El Código Civil brasileño de 1916 (art. 1057), producto quizás de la influencia del *Esboço* de Teixeira de Freitas, contenía una especie de criterio de utilidad del contrato para las partes como directriz en la determinación del grado de culpa por el que se respondía en cada contrato, entendida esta graduación en forma bipartita (culpa grave y culpa leve), y sin hacer referencia al modelo del buen padre de familia, cuya solución se trasladó luego al Código Civil de 2002 en su artículo 392. En el caso del depósito (art. 1266) y del comodato (art. 1251) se exigía del deudor, en la conservación de la cosa, el cuidado y diligencia que suele emplear en sus propias cosas. Cfr. E. CORTÉS, *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, cit., 147 ss.

64 Cas. Civ. de 31 mayo de 1938, G.J. XLVI, p. 572. Cfr. más en KOTEICH, *Responsabilidad contractual y aquiliana*, cit., 175-192.

65 VALENCIA ZEA y ORTIZ, *Derecho civil*, cit., 327 ss.

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

Por último, valga señalar que los códigos que no siguieron el modelo de Bello cuentan solo con dos grados de culpa, la grave y la leve. Así, el ordenamiento peruano gradúa la culpa en inexcusable<sup>67</sup> y leve<sup>68</sup> sin hacer referencia al criterio de la utilidad del contrato para las partes, y el Código Civil uruguayo de 1868<sup>[69]</sup>, que igualmente gradúa la culpa solo en grave y leve, utiliza el modelo del buen padre de familia como criterio general. Por su parte, el Código Civil de Bolivia, al hablar del cumplimiento de las obligaciones<sup>70</sup>, menciona solo la diligencia media del buen padre de familia, pero al referirse a la prohibición de determinadas cláusulas de exoneración de la responsabilidad menciona la culpa grave, en contraposición a la culpa leve. Por último, también el Código Civil brasileño entiende esta graduación en forma bipartita (culpa grave y culpa leve)<sup>71</sup>.

### 3. SU RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO

El régimen subjetivo de responsabilidad puede estar sustentado en un sistema de culpa probada o de culpa presunta. En el primer caso, el demandante tendrá que acreditar la culpa del deudor; en el segundo, en cambio, pesará sobre este la carga de desvirtuar esa presunción de culpa.

Tradicionalmente se sostiene que la culpa, como principio general, en materia contractual se presume<sup>72</sup>, por lo que le correspondería al deudor, para exonerarse de responsabilidad, probar que actuó con diligencia y cuidado. Frente a esta presunción general<sup>73</sup>, que en opinión de algunos impli-

67 Art. 1319 C.C. de Perú.

68 Art. 1320 C.C. de Perú.

69 Art. 1344 C.C. de Uruguay.

70 Art. 302 C.C. de Bolivia.

71 Art. 392 C.C. de Brasil.

72 El artículo 1604 C.C. colombiano, a más de contener el principio de la tripartición de la culpa contractual, se sostiene que consagra también otro principio, cual es el de la presunción de culpa del deudor. En el *Code civil*, por su parte, no existe un principio general en este sentido, solo es posible encontrar dicha presunción para algunos contratos en particular, como el de depósito o el de transporte aéreo de mercancías. En el ordenamiento venezolano, dicha presunción se encuentra prevista en el artículo 1271 C.C.; y en doctrina cfr., por todos, E. MADURO LUYANDO, *Curso de obligaciones*, 8ª ed., Caracas, 1993, 102 ss.

73 Con lo que no concuerda TAMAYO JARAMILLO, *De la responsabilidad civil*, t. 1, cit., 342 ss., quien sostiene que del artículo 1604 C.C. colombiano, inciso 3º, no se desprende ninguna presunción de culpa contractual del deudor en calidad de principio general, puesto que son tantas las excepcio-

caría que todo el sistema de responsabilidad contractual está basado sobre la culpa, se plantea la cuestión de si puede o no aplicarse la tradicional división francesa de las obligaciones que clasifica a estas en obligaciones de medios y de resultado<sup>74</sup>, con las diferencias que la misma introduce en cuanto al contenido de la prestación, las causales de exoneración y la correspondiente carga probatoria<sup>75</sup>. Es decir, el interrogante que se plantea es si la presencia

---

nes diseminadas por todo el Código que no puede hablarse de tal carácter (unas veces habrá que probar la culpa, y en otras ni se presume ni hay que probarla sino que se trata de responsabilidad simplemente objetiva); sin que por ello se desconozca que la presunción de culpa opera en no pocos casos, especialmente en lo que hace a la pérdida de la cosa debida, pues así lo consagra expresamente el artículo 1730 C.C. Algunas excepciones al principio de presunción de culpa contractual se encuentran previstas para las obligaciones consistentes en la prestación de un servicio que hace el deudor al acreedor o cuando se trata de la realización de un encargo (mandato), por ejemplo, en las obligaciones que derivan del contrato de servicios médicos, o del contrato de servicios profesionales de un abogado, o del contrato de confección de una obra material; en todos estos casos, si el acreedor alega el cumplimiento imperfecto de la obligación, está con ello aceptando tácitamente que la obligación “se cumplió” por lo menos material o físicamente, y si pretende que dicho cumplimiento no es conforme con lo pactado, pues tendrá que demostrar culpa del deudor en la ejecución de su prestación. Por otra parte, no siempre frente a la pérdida de la cosa debida se verifica una presunción de culpa en contra del deudor: cuando son varios los deudores solidarios de un cuerpo cierto, y este perece o se destruye por culpa de uno de ellos, solo a este podrá reclamársele la indemnización de aquellos perjuicios distintos del precio de la cosa que ha perecido; en estos casos, necesariamente corresponderá al acreedor probar la culpa de ese deudor específico en el perecimiento de la cosa, pues presumir la culpa de todos los deudores iría en contra de la economía procesal (sería aún más largo el proceso, lo que haría perder dinero al demandante y tiempo a los demandados), dado que cada uno de ellos tendría que desvirtuar dicha presunción. Otro caso de responsabilidad contractual con culpa probada es el de la evicción en la compraventa (art. 1912 C.C. col.); en estos casos el comprador puede sufrir perjuicios como consecuencia simplemente del proceso, de los cuales no tendrá que hacerse cargo el vendedor salvo que su culpa sea probada.

- 74 Las cuales pueden diferenciarse en función de la aleatoriedad del resultado esperado por el acreedor. La clasificación se aplica especialmente a las obligaciones de hacer, toda vez que las obligaciones de dar y de no hacer implican siempre “una concreción plena, concordante con el interés específico del acreedor”: HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, cit., 241 ss.
- 75 G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, 2ª ed., Padova, 1999, 178. Entre quienes rechazan dicha clasificación en Colombia se encuentran VALENCIA ZEA y ORTIZ, *Derecho civil*, cit., 353 ss., y G. OSPINA F., *Régimen general de las obligaciones*, 3ª ed., Bogotá, 1980, 120, basado este último, precisamente, en que en Colombia la culpa contractual siempre se presume. La aceptan, en cambio, A. PÉREZ V., *Teoría general de las obligaciones*, Bogotá, 1951, n.º 148 ss.; R. URIBE H., *Cincuenta breves ensayos sobre obligaciones y contratos*, Bogotá, 1970; y TAMAYO JARAMILLO, *De la responsabilidad civil*, t. 1, cit., 357 ss.; este último señala que en Colombia las únicas obligaciones contractuales no son aquellas que implican una presunción de culpa en contra del deudor, puesto que existen cuatro diferentes tipos de obligaciones. Así, en las llamadas obligaciones de medios unas veces el demandante tendrá que probar la culpa del deudor y en otros pocos casos será el deudor el que tendrá que acreditar diligencia y cuidado para exonerarse de responsabilidad;

de dicha presunción de culpa implica que toda obligación contractual es de medios, dado que las de resultado hacen normalmente prescindencia de la culpa. Y si, siendo de medios, es aceptable invertir la carga de la prueba, exigiendo esta vez del demandante la prueba de la culpa del deudor.

En las obligaciones de medios la carga de la prueba (de la culpa) siempre correspondería al acreedor; pero nuestra concepción sobre la división en cuestión involucra, incluso antes que la idea del comportamiento de la carga de la prueba, la del contenido mismo de la obligación (*rec.*: prestación), por lo que concebimos obligaciones que, no obstante ser de medios, colocan en cabeza del deudor una presunción de culpa de la cual puede liberarse probando que actuó con diligencia y cuidado<sup>76</sup>.

Pero, ¿de qué trata esta división de las obligaciones? La misma fue creada en 1928 por RENÉ DEMOGUE, cuando buscaba interpretar en forma coherente los artículos 1137 y 1147 del *Code civil*, dado que entre ellos existía una aparente contradicción (lo mismo que entre los arts. 1176 y 1218 C.C. ital. de 1942); el primero requería, para hacer responsable al deudor, que el acreedor probase su culpa, y cuando operaba una presunción de culpa, se le permitía exonerarse de responsabilidad con la prueba de la diligencia y cuidado; mientras que en el artículo 1147 no se planteaban ninguna de estas dos hipótesis: ni el acreedor debía probar la culpa del deudor, ni a este se le permitía exonerarse con la prueba de la diligencia y cuidado; se le exigía en cambio la prueba de una causa extraña (caso fortuito, culpa o hecho exclusivos de la víctima, hecho de un tercero)<sup>77</sup>.

Sobre dicha contradicción, doctrina y jurisprudencia francesas discutieron durante más de un siglo, en virtud de que no se sabía con certeza a quién correspondía la carga de la prueba, ni a quién, en últimas, correspondía el

---

mientras que en las obligaciones de resultado unas veces podrá el deudor exonerarse con la prueba del caso fortuito (o de la causa extraña en general) y otras veces no podrá exonerarse ni siquiera con dicha prueba, por lo que siempre responderá; de donde, si tenemos en cuenta que en Colombia existen esas cuatro posibilidades, tendría que aceptarse la discutida división francesa de las obligaciones: cfr. *ibíd.*, 362 ss.

76 En el ordenamiento colombiano se hace referencia a una ‘presunción de culpa’ que solo puede desvirtuarse con la prueba de una causa extraña, lo que, en palabras de TAMAYO JARAMILLO, *De la responsabilidad civil*, t. 1, cit., 285-365, constituye un contrasentido, dado que se habla de una presunción de culpa frente a la cual no es eficiente la prueba de la ausencia de culpa, sino únicamente la de la causa extraña, lo que parece, en cambio, una aceptación implícita de las obligaciones de resultado.

77 Cfr. A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, Milano, 1997, 55 ss.

riesgo en caso de falta de realización del resultado esperado por el acreedor, hasta que entró en escena la división de las obligaciones de la que hablamos.

En las obligaciones de medios, el deudor se obliga a poner todos los medios, precisamente, y toda su diligencia en la consecución del objetivo último que persigue el acreedor con el contrato<sup>78</sup>; ese es, pues, el contenido de su obligación, un comportamiento, no un hecho, y por eso se les llama también obligaciones de prudencia y diligencia. El deudor cumple aunque el acreedor no consiga su objetivo final, pero, se insiste, se exige un “mínimo de resultado”, consistente en llevar a cabo, precisamente, los actos *tendientes* a lograr la finalidad que persigue el acreedor con el contrato (p. ej., el abogado debe presentar la demanda, no “tratar de hacerlo”)<sup>79</sup>, lo cual sería en definitiva la propia aplicación de los medios exigidos. En este tipo de obligaciones lo corriente es que corresponda al acreedor probar la culpa del deudor (como sucede normalmente en el marco de la responsabilidad médica, o del abogado, o del mandatario, p. ej.); pero hay otros pocos casos en los que la culpa se presume, permitiéndosele al deudor exonerarse con la prueba de la diligencia y cuidado. También en estos últimos casos hablamos de una obligación de medios<sup>80</sup>.

En las obligaciones de resultado, en cambio, el deudor se obliga a un resultado preciso y determinado<sup>81</sup>, no basta pues con “emplear todos los medios necesarios”. Son ejemplos típicos de este tipo de obligaciones la del transportador y la relativa a la compraventa mercantil (en caso de pérdida o mala calidad de la cosa). La prueba exoneratoria en este tipo de obligaciones está constituida por la causa extraña, aunque en casos extremos ni siquiera ella exonera<sup>82</sup>, como sucede cuando se trata del transporte aéreo de pasajeros (en Colombia), donde la fuerza mayor no exonera de responsabilidad<sup>83</sup>.

78 Cfr. LE TOURNEAU, *La responsabilidad civil profesional*, cit., 27; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 7ª ed., Napoli, 1998, 606; VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., 178.

79 Cfr. TAMAYO JARAMILLO, *De la responsabilidad civil*, t. I, cit., 290 ss.

80 Cfr. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, cit., 236 y 243. Sin ignorar que un sector de la doctrina (LE TOURNEAU, *La responsabilidad civil profesional*, cit., 31) las denomina y trata, en cambio, como “obligaciones de resultado atenuadas”.

81 Cfr. LE TOURNEAU, *La responsabilidad civil profesional*, cit., 28 ss.; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 606; HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, cit., 243 ss.

82 En este sentido, B. STARCK distingue entre obligaciones de resultado “ordinarias” (cuya causa exoneratoria es la causa extraña) y obligaciones de resultado “reforzadas” (donde ni siquiera la causa extraña exonera). Cfr. TAMAYO JARAMILLO, *De la responsabilidad civil*, t. I, cit., 294.

83 O también, el caso de la obligación de saneamiento por evicción (art. 940 C.CO. col.), o de la obli-

Entonces, para las obligaciones de medios podemos hablar de un régimen de responsabilidad subjetivo, pues el mismo está basado sobre la culpa, mientras que para las obligaciones de resultado hablamos de un régimen de carácter objetivo, dado que no se puede, o no bastaría, con probar ausencia de culpa para que el deudor se eximiese de responsabilidad.

Importante es subrayar que con esta clasificación se determina, en definitiva, la distribución del riesgo en caso de falta de realización del resultado último esperado por el acreedor; que en las obligaciones de medios corre por cuenta del acreedor, y en las obligaciones de resultado, a cargo del deudor<sup>84</sup>. No obstante, aquí sería necesario distinguir entre una obligación de resultado, propiamente tal, y una obligación de medios con presunción de culpa, ya que es ello lo que determinará en cabeza de quién se encuentra el riesgo relacionado con causas desconocidas, pues si bien cuando se erige una presunción de culpa corresponde al deudor desvirtuar su responsabilidad en el hecho, ello se logra cumplidamente con la prueba de la diligencia, pericia y prudencia, no obstante no haber logrado el resultado esperado por el acreedor; mientras que en la obligación de resultado dicha prueba no es suficiente, ya que la misma debe versar sobre la existencia de una causa extraña no imputable que ha impedido el éxito de la prestación por parte del deudor.

Esta clasificación doctrinaria de las obligaciones fue luego acogida por la jurisprudencia francesa, que vio en el artículo 1137 C.C. la referencia a las obligaciones de medios, y en el artículo 1147 la alusión a las obligaciones de resultado. La misma ha sido aceptada también –no sin discusión– por parte de la doctrina y la jurisprudencia latinoamericanas, pero no ha contado con el beneplácito del legislador civil, en ninguno de los ordenamientos.

En Colombia, y lo mismo valdría decir por ejemplo para Italia<sup>85</sup>, la doctrina se encuentra dividida en lo que se refiere a la utilidad de esta división, pues algunos señalan que la misma es inoficiosa en tanto y en cuanto en las llamadas obligaciones de medios el resultado esperado por el acreedor no forma, en realidad, parte del objeto del contrato, por lo que mal podría

---

gación de saneamiento por pérdida de la cosa en virtud de un vicio redhibitorio, en lo atinente a la rebaja total o parcial del precio. Cfr. más en ID., *Culpa contractual*, Bogotá, 1990, 136; e ID., *De la responsabilidad civil*, t. 1, cit., 293.

84 Cfr. F. GALGANO, *Diritto privato*, 7ª ed., Padova, 1992, 183; LE TOURNEAU, *La responsabilidad civil profesional*, cit., 28.

85 GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 606.

imputarse al deudor la falta de logro del mismo (p. ej., la cura del paciente o el éxito en un proceso judicial). El objeto del contrato no podría estar constituido por el resultado último esperado por el acreedor, porque lograrlo no depende en realidad únicamente de la perfecta ejecución de la obligación por parte del deudor, sino adicionalmente de circunstancias diversas que no están bajo su poder de control<sup>86</sup>.

Ahora, si bien la doctrina colombiana se encuentra dividida, la jurisprudencia de casación, en cambio, desde 1935, así como los tribunales y los jueces, han aceptado en forma expresa la clasificación en cuestión. Tiene el mérito de haber expresado con claridad los criterios con base en los cuales se acepta dicha clasificación en el ordenamiento colombiano un pronunciamiento hito en este sentido, del año 1938<sup>[87]</sup>, el cual básicamente reconoció que dentro del ordenamiento nacional algunas veces el deudor solo se encuentra obligado a desplegar una conducta, mientras que en otras ocasiones se espera de él un resultado específico<sup>88</sup>.

Así, y en definitiva, cada vez que en el ordenamiento colombiano se sostenga que existen obligaciones en las que opera una “presunción de culpa” de la cual no pueda librarse el deudor más que con la prueba de la causa extraña (o que no pueda exonerarse de manera alguna), estaremos frente a las llamadas obligaciones de resultado (régimen objetivo); y cuando se diga que sobre el deudor recae una presunción de culpa de la cual puede exonerarse probando diligencia y cuidado, o que corresponde al acreedor probar la culpa del deudor, estaremos en presencia de obligaciones de medios (régimen subjetivo)<sup>89</sup>.

No obstante lo apenas dicho, existe una corriente que afirma que en aquellas obligaciones de resultado que admiten como causal de exoneración

86 En aquellos casos en los que estas circunstancias externas sean irrelevantes la obligación del deudor deja de ser una obligación de medios, para mutar, bien en una obligación de resultado, o bien en una obligación de medios con presunción de culpa.

87 Sentencia de la Casación Civil de 31 de mayo de 1938. En el caso en cuestión se trataba de un acreedor anticrético que no había entregado al actor, ni había empleado por cuenta de este, los dineros producto de los frutos del cafetal no consumidos normalmente en la administración del negocio. Se discutía sobre el tipo de obligación que recaía sobre el acreedor anticrético: se dijo que su obligación de conservar y mantener en buen estado el inmueble constituía una obligación de medios, mientras que la obligación de aplicar al crédito todo lo obtenido en virtud de la administración constituía una obligación de resultado.

88 Cfr. más en TAMAYO JARAMILLO, *De la responsabilidad civil*, t. I, cit., 363 ss.

89 Cfr., sobre el tema, *ibíd.*, 365.

ción la causa extraña también se está en presencia de una responsabilidad basada sobre la culpa<sup>90</sup>, dado que si se aporta la prueba de un caso fortuito o de una fuerza mayor, de contera, se dice, el deudor estaría demostrando ausencia de culpa (sin caer en disquisiciones sobre su graduación); de allí que se sostenga que cuando al deudor se le permite exonerarse de responsabilidad con la prueba de cualquier causa extraña, ese régimen está basado en la culpa, es decir, sería subjetivo y no objetivo. Mientras que cuando al deudor se le limita la posibilidad de exoneración haciéndolo responsable por alguna de las diversas causas extrañas (esto es, aun cuando demuestre, p. ej., caso fortuito o fuerza mayor –dado que solo lo exonera el hecho de la víctima y el hecho de tercero–) estaríamos frente a un régimen objetivo de responsabilidad. Naturalmente, no compartimos esta posición.

## II. IMPUTACIÓN OBJETIVA: LA CUSTODIA

### A. NOCIÓN

En Roma encontramos un tercer criterio de imputación de la responsabilidad al lado del dolo y la culpa, aplicable solo a las obligaciones que tienen por objeto la restitución de una cosa cierta. Se trata de la custodia, que implica un *tenere sine culpa* por efecto del recepto, por el cual se impone una prestación determinada al deudor (comodatario, lavandero, sastre), consistente precisamente en cuidar la cosa evitando que sufra daños o se pierda, con miras a su restitución<sup>91</sup>.

Cuando el deudor es responsable por la custodia de la cosa, responde si esta sufre daños o perece en virtud del *casus minor*, es decir, de aquellos eventos que, sin que dependan de él, están dentro de su esfera de control; razón por la cual en las fuentes<sup>92</sup> encontramos que la pérdida por *furtum* de los objetos dados en arrendamiento o en comodato<sup>93</sup> constituye el único factor de apreciación para la atribución de la responsabilidad<sup>94</sup>. No respon-

90 Sentencias de la Casación Civil de noviembre de 1935 y mayo de 1938.

91 Cfr. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., 603 ss.

92 GAYO 3. 205-206. También en D. 13. 7. 13. 1. CELSO, más ampliamente, nos refiere que el comodatario responde por dolo, culpa, diligencia y custodia (D. 13.6.5.15).

93 El depositario, aunque responde solo por dolo, se considera también como custodio de la cosa. GAYO 3.207; D. 16.3.1 pr.

94 Cfr. más en J. MIQUEL, *Derecho privado romano*, Madrid, 1992, 288 ss.



de el *custos*, en cambio, de aquellos hechos que están fuera de su poder de control, constitutivos del *casus maior* (p. ej., la rapiña, el daño inferido a la cosa con uso de violencia por parte de terceros) o de la *vis maior* (p. ej., el daño producido por fuerzas naturales)<sup>95</sup>.

Ahora bien, este criterio de imputación ha sido interpretado en las fuentes en dos sentidos distintos. En primer término, se le tiene como responsabilidad sin culpa<sup>96</sup>, según lo cual se responde de todo aquello que pudo evitarse con la custodia (teniendo como límite la fuerza mayor), con prescindencia de consideraciones acerca de la conducta del deudor; en segundo lugar, se le toma como una responsabilidad por culpa, bien porque se le vea como una diligencia especial “particularmente rigurosa”, o porque se le trate como una presunción de culpa<sup>97</sup>.

Cuando se trata de la custodia entendida como responsabilidad sin culpa debe precisarse que, si el daño proviene de un tercero, el deudor responde por custodia, pero si el daño en cambio proviene de su propia esfera, responde por culpa, por lo que cabría la prueba liberatoria consistente en el haber empleado la diligencia debida<sup>98</sup>. Cuando se trata, en cambio, de la custodia entendida como responsabilidad por culpa, el criterio es solo uno: se responde en todos los casos por culpa, bien que el daño provenga de la propia esfera del deudor o bien que provenga de terceros.

La primera, es decir, la construcción de la custodia como responsabilidad sin culpa –o como criterio objetivo de imputación– es obra de la jurispru-

95 Una duda latente en la interpretación clásica ha sido el límite de esta responsabilidad por custodia: ¿se respondía solo por el *furtum* y por la fuga de los esclavos *custodiendi*, o también se respondía por el daño producido por un tercero (*damnum iniuria datum*)? Este es uno de los casos, señala CANNATA, que sugieren una “construcción de la responsabilidad por custodia como responsabilidad por culpa *in custodiendo* en el período sucesivo”: *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, cit., 30. Antes de la construcción hecha en época de ÚLPIANO de la custodia como responsabilidad por culpa *in custodiendo*, JULIANO sostenía la insuficiencia del concepto de custodia para hacer responsable al deudor por los daños inferidos por un tercero a las cosas dadas en depósito (oneroso) o comodato (D. 13.6.19; D. 19.2.41). De su parte, MARCELO defendía la tesis contraria, al decir que sí puede haber responsabilidad del *custos* si este pudo evitar el daño provocado en la cosa depositada por parte de terceros, teniendo siempre como límite el *casus maior*.

96 GAYO 3. 205-207 y D. 13. 6. 18.

97 Para M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, 1990, 667, esta “*diligentia in custodiendo* no representa un grado particularmente elevado de diligencia, sino una presunción de culpa, con la consiguiente inversión de la carga de la prueba”.

98 D. 13. 6. 3. 1.

dencia clásica<sup>99</sup>, en tanto que su interpretación como violación de un deber de ‘exactísima diligencia’ –o responsabilidad por culpa<sup>100</sup>– se produce en la edad postclásica<sup>101</sup>, como fruto, precisamente, de una errónea hermenéutica por parte de los compiladores justinianos frente a la construcción clásica de la materia<sup>102</sup>. Estos últimos, de hecho, tenían al criterio de la culpa como pilar fundamental de su sistema de responsabilidad; razón por la cual se ha considerado que la custodia entendida como criterio subjetivo de imputación de responsabilidad constituyó una transformación forzada de la figura clásica para lograr, de esa manera, que pudiera subsistir dentro del sistema ‘culpabilista’ de la era justiniana.

En lo que hace a la interpretación de este criterio de imputación por parte de la Pandectística tenemos, por una parte, la opinión de BARON<sup>103</sup>, quien entendió la custodia como una responsabilidad objetiva, limitada solo por la fuerza mayor, que debía ser prestada por todos aquellos a quienes se les confiara una cosa, si es que obtenían un beneficio de ella o se habían ofrecido voluntariamente al negocio; negaba, pues, que la custodia constituyese un grado de diligencia. Mientras que, por el contrario, HASSE<sup>104</sup> interpretaba la custodia según los lineamientos impuestos por el Digesto, y por ende, como una especie de diligencia, si bien especial, entendida como ‘vigilancia’. Asimismo, JHERING y PERNICE<sup>105</sup> vieron en la custodia una responsabilidad

---

99 E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II, 1, Padova, 1962, citado por CARDILLI, *L'obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, cit., 40 ss. (86), se muestra contrario a la tesis que “considera esta ‘responsabilidad’ como una ‘responsabilidad objetiva’, en el sentido de responsabilidad sin culpa (...) y, en su lugar, utiliza el concepto de ‘autorresponsabilidad’ que, aunque no fue enunciado por los juristas romanos, estaría sobrentendido en sus soluciones (...), como necesidad en la cual el deudor incumplido se encuentra, de sufrir él mismo las consecuencias de un comportamiento suyo voluntario, positivo, con el cual ha determinado, con daño al acreedor, la imposibilidad de la prestación debida”.

100 *Diligentia exacta –exactor o exactissima–, custodiendae rei o in custodiendo.*

101 La *Res cottidianae* nos evidencia que en época postclásica ya se había pasado a la consideración de la custodia como responsabilidad por culpa omisiva.

102 Sobre esta nueva visión sobre la custodia, cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1968, 385.

103 BARON, *Archiv für die civilistische praxis*, 1869, 52, citado por V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli, 1958, 76.

104 HASSE, *Die culpa des römischen Rechts*, 2ª ed., 1838, 281 ss., citado por ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, cit., 77.

105 JHERING, *Das schuldmoment im römischen privatrecht*, Leipzig, 1879; PERNICE, *Labeo. Römisches privatrecht im ersten jahrhundert der kaiserzeit*, Neudruck Aalen, 1963, ambos citados por CARDILLI, *L'obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, cit., 25 ss.

por culpa, calificándola como una *diligentia in custodiendo*, acorde con los postulados de un sistema de responsabilidad basado sobre la culpa.

Hoy en día encontramos la misma discusión acerca de la naturaleza de la responsabilidad que deriva del deber de custodia. Cuando se trata de obligaciones de entregar cuerpo cierto, unos sostienen que la responsabilidad correspondiente es subjetiva, la cual impone cuidar la cosa que debe entregarse como es debido, esto es, como corresponde en las obligaciones de medios<sup>106</sup>; mientras que otros se inclinan por pensar que en estos casos estamos en presencia, más bien, de una obligación de resultado<sup>107</sup>. Aquí, en realidad, es necesario distinguir entre el deber de custodia y la obligación de entrega, pues solo esta última es claro que sea de resultado<sup>108</sup>.

#### B. DE LA CUSTODIA ROMANA A LA CONFIGURACIÓN ACTUAL DE LA ‘RESPONSABILIDAD RIESGO DE EMPRESA’<sup>109</sup>

Actualmente también existe, como tema de indiscutible vigencia, una forma más rigurosa (en relación con el régimen común) de apreciar la responsabilidad. En efecto, de la custodia romana heredamos un tipo de responsabilidad agravada (en cuanto el criterio no es el de la culpa) aplicable a aquellas personas que se comprometen a realizar una actividad en cuyo desarrollo se sirven de un conjunto de hombres y de medios, y de cuyos peligros responden no obstante no haber estado en culpa<sup>110</sup>: así, el transportador, el constructor de inmuebles, el almacenador, el hotelero<sup>111</sup>.

106 HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, cit., 130 ss. Cfr. arts. 1543 C.C. col. y 1032 C.Co. col.

107 GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 1118. Cfr. art. 1768 del *codice civile*.

108 HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, cit., 131, con la bibliografía allí citada.

109 Sobre el llamado “riesgo de empresa”, M. ANGARANO sostiene: “En la economía empresarial, ‘el riesgo se identifica con el alea que la empresa se ve obligada a soportar a raíz de la posible aparición de acontecimientos que entran en su órbita’. En definitiva, un riesgo de empresa se define ‘como el conjunto de los posibles efectos positivos (oportunidades) y negativos (amenazas) de un evento riesgoso sobre la situación económica, financiera y patrimonial de la empresa’”: [[http://www.centrostudifinanza.it/index.php?option=com\\_content&view=article&id=90:il-riischio-dimpresa-unintroduzione&catid=42:varie&Itemid=93](http://www.centrostudifinanza.it/index.php?option=com_content&view=article&id=90:il-riischio-dimpresa-unintroduzione&catid=42:varie&Itemid=93), consultada el 25 de junio de 2013.

110 Que tiene su antecedente en el derecho romano en los *nautae*, *caupones* y *stabularii*, quienes respondían por los perjuicios causados por parte de los dependientes (empleados o esclavos) a los clientes que habían hecho depósito de sus mercancías.

111 Cfr. por todos, R. CARDILLI, “Il ruolo della ‘dottrina’ nella elaborazione del ‘sistema’: l’esempio

Se trata del régimen objetivo<sup>112</sup> de la llamada responsabilidad ‘riesgo de empresa’<sup>113</sup>, que puede en realidad surgir tanto en el marco de una relación contractual como al margen de esta (y he aquí uno de sus rasgos característicos, en el sentido de que tal dato resulta en cierta medida indiferente, en virtud del hecho de que, aquí, responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual se funden en una identidad de presupuestos, reglas y disciplinas; lo que constituye, según cierta tendencia, la solución ideal para la relación entre empresas, sobre todo respecto de un sector que tiene gran importancia para la responsabilidad civil como son las relaciones entre productor y consumidor)<sup>114</sup>.

Ahora bien, la responsabilidad riesgo de empresa, que, según hemos dicho, hunde sus raíces en la custodia del derecho romano, responde modernamente a un movimiento que comenzó a generarse desde finales del siglo XIX, con SALEILLES y JOSSERAND a la cabeza, pioneros en la búsqueda de un fundamento de la responsabilidad civil distinto de la culpa<sup>115</sup>. Ellos

---

della ‘responsabilità contrattuale’”, en *Roma e America. Diritto romano comune* 1, Padova, 1996, 79-113; DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, cit., 75.

112 Se sostiene que la responsabilidad es objetiva cuando la prueba de la ausencia de culpa no es suficiente para exonerar de responsabilidad al deudor; opinión esta que no es compartida por Tamayo Jaramillo, en cuyo concepto aun en esos casos estaríamos frente a una responsabilidad subjetiva, porque se le da al deudor la oportunidad de exonerarse de responsabilidad aunque aquello que deba probar sea la causa extraña y no la ausencia de culpa. Es decir que para este autor responsabilidad objetiva es solo aquella que no admite ninguna prueba en contrario, ni siquiera la de un caso fortuito o fuerza mayor: cfr. *Culpa contractual*, cit., 18.

113 No obstante lo cual hay autores que encuentran un fundamento subjetivo para esta clase de responsabilidad, al decir que el juicio de reproche se dirige en contra del deudor en razón del control que este debe tener sobre la organización de la cual se sirve para desarrollar su actividad. Cfr. CARDILLI, *Il ruolo della ‘dottrina’ nella elaborazione del ‘sistema’*, cit., 105 ss. También, P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 514, quien señala que “la responsabilidad contractual debe regularse teniendo presente la conveniencia de conducir a acreedor y deudor a adoptar una combinación de medidas de diligencia que sea óptima desde el punto de vista de la economía general. En tal modo, las reglas sobre responsabilidad contractual pueden contribuir a determinar una distribución óptima de los recursos productivos, en el sentido que se da a esta expresión en los estudios sobre ‘economía del bienestar’”. Cfr. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, cit., 75.

114 F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, Milano, 1993, 56. Una justificación a este tipo de responsabilidad ‘agravada’ la expone VISINTINI, cuando dice que quien ejerce profesionalmente una determinada actividad económica puede valorar con un cálculo estadístico anticipado los riesgos de su empresa y proveer a la cobertura de estos riesgos con un porcentaje de los beneficios: cfr. *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., 145, y también 91 ss.

115 SALEILLES y JOSSERAND “propugnaban por introducir en el derecho civil la teoría del riesgo, que

propugnaban por aliviar esa carga probatoria tan pesada que existía en cabeza del agraviado, quien debía probar no solo el daño y la relación material de causalidad, sino también la culpa del ofensor, en virtud de aquel axioma que predicaba “no hay responsabilidad sin culpa”. Dicha carga se hacía realmente gravosa cuando se materializaban aquellos riesgos introducidos en la sociedad gracias a los avances tecnológicos e industriales que fueron propios de esa época, razón por la cual se crearon primero las presunciones de culpa, para que fuese el ofensor o deudor (se piensa, p. ej., en el ámbito de un contrato de trabajo) quien tuviera que probar que actuó con diligencia y cuidado, y luego, las “presunciones de responsabilidad” (?), para destruir las cuales no era suficiente (o más bien, eficiente) la prueba de la diligencia y cuidado, sino únicamente la de la causa extraña.

En definitiva, podría decirse que se hizo necesaria una actualización de la teoría de la responsabilidad civil, tendiente a la ampliación del que era su fundamento, puesto que aquel que históricamente había sido el suyo —la culpa— se mostraba insuficiente para ofrecer al conglomerado social la seguridad jurídica necesaria ante el padecimiento de un daño infligido por personas que, en virtud de los medios e instrumentos utilizados en el desarrollo de las actividades que desempeñaban, generaban riesgos para la sociedad. Ello, teniendo en cuenta además que dichas personas se encontraban normalmente en condiciones jurídicas más ventajosas que el agraviado; razones todas por las que se sostuvo que debía hacerseles responsables del riesgo que generaban, sin hacer consideraciones sobre si hubo o no culpa de su parte, porque el juicio de reproche se trasladaría en estos casos de la culpa al riesgo creado, propio de un sistema objetivo de responsabilidad.

Este último, no obstante, no desplaza al régimen tradicional basado sobre la culpa, sino que viene a complementarlo, por lo que se habla de un “sistema mixto” de responsabilidad<sup>116</sup>.

---

viene a ser en esta rama el equivalente de la doctrina positiva del derecho penal. Para decirlo en brevemente, a la responsabilidad subjetiva se sustituía la responsabilidad objetiva”: A. PÉREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*, Bogotá, 1951, 288. PLANIOL, por el contrario, sostenía que, lejos de ser un progreso, la instauración de la responsabilidad objetiva en estos tiempos modernos constituye un retroceso que nos conduce a los tiempos bárbaros, anteriores a la ley Aquilia, en la que se atendía a la materialidad de los hechos. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, citado en J. SANTOS BALLESTEROS, *Instituciones de responsabilidad civil*, t. 1, Bogotá, 1996, 20.

<sup>116</sup> En este sentido, TAMAYO JARAMILLO, *De la responsabilidad civil*, t. 1, cit., *passim*. Cfr., por todos, CORTÉS, *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, cit., *passim*.

En Colombia, como sucede en todos los demás ordenamientos de tradición romano germánica, por ser la culpa el fundamento tradicional de la responsabilidad civil, la noción de riesgo aparece, a lo sumo, en legislaciones especiales<sup>117</sup>.

---

117 Se prevé en materia de accidentes de trabajo en los artículos 199 y ss. CST; en los artículos 732 y 1391 C.CO. para la responsabilidad en la actividad bancaria por el pago de cheques falsificados o adulterados; en el artículo 1880 C.CO. en lo que hace a la responsabilidad del transportador aéreo por daños causados a los pasajeros (1886, equipaje; 1887, mercancía), y en el artículo 1827 c.co. por daños causados en la superficie derivados de la actividad aeronáutica. En jurisprudencia, cfr. sentencia de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, de 9 de septiembre de 1999, M.P.: JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES: “En el pago de cheque falso, la responsabilidad bancaria (...) no es absoluta, habida cuenta que ésta cesa, cuando la culpa de los hechos recaiga en el cuentacorrentista o en sus dependientes, factores o representantes. Si las cosas son de ese modo, esto es, que por causa de la anotada imposición a las entidades bancarias del riesgo de pagar cheques falsificados, deviene inútil e insubstancial la tarea de emprender la acreditación de alguna culpa atribuible a ellas, habida cuenta que la ley las considera responsables por el pago de los cheques adulterados, obligación que se extingue cuando por culpa imputable al titular de la cuenta corriente se hubiese producido la defraudación. F.F. [fuente formal]: art. 191 de la Ley 46 de 1923; art. 1391 del C. de Co. Igual sentido: G.J., No. 1943, p. 73 citado en casación del 29 de noviembre de 1976; sent. 30 de septiembre de 1986 y 24 de octubre de 1994”.