

INEJECIÓN DE LAS OBLIGACIONES POR DOLO O CULPA DEL DEUDOR: recepción de las fuentes romanas en la jurisprudencia

Carla Victoria AMANS¹

RESUMEN: Las categorías romanas del dolo y la culpa como causa del incumplimiento de las obligaciones contractuales han sido receptadas en el Código Civil Argentino en forma casi completa. De todos modos, ciertos elementos que parecen haber sido abandonados por Vélez Sársfield, como el ánimo de perjuicio en el dolo o las categorías en que se subdivide la culpa, pese a su expresa derogación legal, han sido retomadas y puestas en vigor por la jurisprudencia, dado que dicha categorización no responde solamente a un esquema de resolución de conflictos, sino antes bien, a un esquema lógico, a un sistema de razonamiento que, más allá de las soluciones concretas, es el mayor legado que hemos recibido de Roma.

PALABRAS-CLAVE: Dolo. Culpa. Ambigüedad. Lógica. Lenguaje. Proporcionalidad. Responsabilidad.

Introducción

“Pacta sunt servanda”, dice un viejo principio. Los pactos se hacen para ser cumplidos. Sin embargo, algunas veces, y a despecho de este principio, las obligaciones no se extinguen en forma “regular”, y entonces, principios como los de buena fe contractual y “alterum non laedere” se lesionan.

El derecho romano, en sus más de mil años de evolución jurídica, nos ha legado un cuerpo de normas que, con mayor o menor amplitud, continúa vigente en la mayoría de los países occidentales. Algunas de esas normas se refieren, específicamente, a los supuestos de inejecución, o de incumplimiento de la prestación pactada contractualmente. De los cuatro supuestos contemplados (la mora, el dolo, la culpa y el caso fortuito/fuerza mayor), analizaremos en este trabajo sólo dos, el dolo y la culpa, e intentaremos explicar cómo han sido receptados en el sistema legal argentino vigente, con qué alcances y cómo en su evolución ellos responden a la progresiva humanización del derecho en el ámbito negocial.

En lo particular, nos concentraremos en los supuestos de incumplimiento contractual, específicamente en los casos de obligaciones de medios, que son las expresamente receptadas en los artículos que citaremos a continuación, dado que los supuestos de obligaciones de resultado se asemejan más a los precedentes romanos de responsabilidad por custodia, siendo los casos en que el incumplimiento culposo se presume, incumbiendo al demandado la prueba de la existencia de caso fortuito, fuerza mayor o culpa de un tercero.

El dolo

Cuando repasamos el *Digesto*, encontramos varios pasajes que hacen alusión al dolo como causa del incumplimiento de una obligación. Así, Ulpiano (*Digesto*, v.1, libro 17, p.44) explica que

¹UBA - Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Buenos Aires –DF – Argentina. 1425CKB – docentes@derecho.uba.ar

"[...] [h]ay dolo si alguno no quisiere perseguir lo que puede perseguir, o si alguno no cobrarse lo que puede cobrar, o no pagare lo que puede pagar."

A partir de estos elementos, los autores clásicos de la materia suelen definir al dolo como el incumplimiento deliberado de la prestación, como actitud que resulta la antítesis de la fides bona (ARANGIO RUIZ, 1986), ya sea para sacar una ventaja patrimonial del daño producido a otro (BONFANTE, 1946), ya para dañar o perjudicar al acreedor (PETIT, 1926). Es decir, que el incumplimiento doloso supone un hecho del deudor, positivo o por omisión, voluntario (por lo que no pueden actuar con dolo el impúber o el loco², cuyo objeto sea el no cumplimiento, y con el especial ánimo, ya de obtener una ventaja patrimonial (BONFANTE, 1946), ya de perjudicar al acreedor (PETIT, 1926; CARAMÉS FERRO, 1976).

En sentido concordante, la jurisprudencia ha explicado que "*Constituye dolo obligacional la intención deliberada de incumplir el contrato.*"³

El dolo que nos ocupa presupone un pacto válido (o que sean válidas las circunstancias que generan la obligación de realizar la prestación), que se "aborta" en la etapa del cumplimiento porque el deudor, pudiendo "pagar" (en todo el sentido de la palabra), elige no hacerlo, sabiendo y queriendo perjudicar al acreedor.

Esta malicia, esta ausencia total de buena fe justifica el precepto de Ulpiano, citando a Celso, en D., L, tít. XVII, ley 23: "*No es válido si se hubiere convenido que no se responda del dolo; porque esto es contrario al juicio de buena fe, y así lo observamos.*" Y el efectuado en sentido concordante por Paulo, en D., II, XIV, 27-3, cuando sostiene que "*No puede hacerse por ningún pacto que no se preste el dolo, aunque, si alguno pactare no ejercitar la acción de depósito, se entienda pactado por la fuerza misma del pacto no ejercitar la de dolo, cuyo pacto aprovechará.*"

Estas citas se reconocen como fuente directa del art. 507 del Código Civil Argentino⁴, que establece que "el dolo del deudor no podrá ser dispensado al contraerse la obligación", resultando un lógico correlato del artículo 506 del mismo cuerpo, que establece que "El deudor es responsable al acreedor de los daños e intereses que a éste resulten por dolo suyo en el cumplimiento de la obligación" (pese a que no existe nota explicativa del codificador para este artículo).

Paralelamente, los artículos 520 y 521 del Código Civil establecen que, en caso de inejecución *maliciosa* (la bastardilla me pertenece), el resarcimiento de los daños e intereses abarcará no sólo las consecuencias inmediatas del incumplimiento, sino también las mediatas. Vale decir, que sólo en el artículo 507 se cita expresamente como fuente de nuestro derecho al derecho romano. Sin embargo, la doctrina en general es conteste en afirmar que el concepto de dolo vigente en nuestro sistema legal proviene del derecho romano, hasta tal punto que, aunque con la reforma de la ley 17.711, del año 1968, se modificó la redacción original del art. 520, sustituyendo la palabra "dolo" por "inejecución maliciosa", la jurisprudencia ha entendido que "Esta última expresión ha de entenderse como equivalente al dolo obligacional"⁵.

Aceptado entonces que el concepto romano del dolo ha llegado hasta el Código Civil Argentino, es necesario, a continuación, establecer con qué extensión ha sobrevivido dicho concepto. Y si bien la

²Lo que un poseedor infante o furioso perdió o deterioró queda impune" (POMPONIO, D., VI, I, 160).

³Suprema Corte de Justicia de la Pcia. de Buenos Aires, Acordada Nº 68335, en causa "Formaro, Epifanio G. c/ Odoguardi, Pascual s/ Resolución boleto de compraventa", del 2-8-00.

⁴Cf. ARGENTINA, 1909.

⁵Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Cap. Fed., Sala E, causa "Pérez Roldán, Raúl, c/ Cano, Horacio", del 29-7-85.

mayoría de los autores entienden, al igual que Ulpiano (*D.*, XVII, I, 44), que el dolo es "la voluntad de no cumplir, pudiéndolo hacer", la homogeneidad desaparece a la hora de establecer si el código requiere o no un ánimo especial en el deudor, a saber, el propósito de lucro y la intención de dañar al acreedor. Tratadistas importantes en materia civil, como Salvat (1923, p.51), entienden que sí, pues, en su opinión, "[...] el dolo consiste en la inejecución voluntaria de la obligación, con el propósito de dañar al acreedor", pero lo cierto es que, como nos lo recuerdan tratadistas de la talla de Borda (1989), Llambías (1973) y Salas (1972), la ley no contiene expresamente esa exigencia.

Así pareció entenderlo la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal cuando estableció que...

*El dolo obligacional [...] se configura por la inejecución deliberada de la prestación; de allí que la malicia a que alude el art. 521 del C.C. debe entenderse como un incumplimiento a designio, con mala voluntad; es el no querer cumplir, pudiéndolo hacer, sin que interese que la inejecución persiga el perjuicio del acreedor [...] basta, entonces, que haya incumplimiento deliberado [...]*⁶.

Es justamente esta opinión la que lleva a Llambías (1973) a sostener que resulta ilógico exigir la intención de daño en un supuesto de dolo obligacional, pues, de verificarse su existencia, no estaríamos ya en presencia de una mera inejecución, sino de un delito civil, definido y reprimido en forma más severa por el art. 1072 del C.C. ("el daño ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro se llama en este código 'delito'").

En suma, podemos decir que, en general, todos los elementos del concepto de dolo han sido receptados en el derecho civil argentino, subsistiendo en la costumbre, pese a su derogación legal, hasta la misma voz "dolo". Sólo parece haberse ese especial elemento del ánimo que es la intención de dañar.

Sin embargo, considero que hasta esa opinión es discutible y pasible de estudio, pues como vimos, la "subjetividad" requerida por el dolo podría consistir en el deseo de obtener una ventaja patrimonial, sin que ello implique necesariamente la intención de dañar al acreedor con la entidad necesaria para configurar un delito civil. Por otro lado, la misma expresión "inejecución maliciosa" (el subrayado es mío), no parece asimilable, como sinónimo, a la idea de inejecución "voluntaria" o "dolosa" a que parece aludir la doctrina y la jurisprudencia, y de hecho, nada impedía al legislador emplear esos vocablos en lugar de una palabra ("malicia") que parece tener ulteriores connotaciones subjetivas. En efecto, a mi entender, la selección específica de este vocablo no resulta casual, pues la "malicia" presupone un "plus", un "algo más" que el mero deseo de no cumplir con la prestación debida, de lo que podría concluirse que *el daño al acreedor, tal vez no como fin inmediato, pero sí como probabilidad conocida y aceptada, se halla ínsito en el concepto*, y si bien no coloca a esa intención de daño o de ventaja patrimonial en primer plano o como elemento esencial, tampoco la deroga totalmente.

Así parece haberlo entendido la jurisprudencia, al explicar que

El dolo -la mala fe en la ejecución de la obligación- supone un plus no previsto allí por el legislador. En caso de que el deudor, teniendo la posibilidad de cumplimentar sus obligaciones, no haya querido hacerlo, con total desaprensión de los perjuicios que su conducta infería a la acreedora, corresponder admitir el pago

⁶ Sala E, causa Pérez Roldán c/ Cano, del 29-7-85.

de los daños y perjuicios que exceden el "quantum" resarcitorio de la cláusula penal.⁷

Siendo que en algunos casos, la institución, en toda la amplitud romana del concepto, fue receptada expresamente:

La malicia [art. 521 del Cód.Civi] es un dolo calificado por la expresa intención de perjudicar, o la indiferencia del incumplidor ante las probables y previsibles consecuencias dañosas de su incumplimiento.⁸

La Culpa

En lo que concierne al incumplimiento culposo, el derecho romano elaboró un sistema más extenso, o si se prefiere, más pormenorizado que el que encontramos con respecto al dolo, más allá de las discusiones sobre el origen tardío de la figura (ARANGIO RUIZ, 1986). De este modo, el concepto-base es entendido como negligencia, como descuido o falta de atención y/o diligencia, como impericia, pues "La impericia es contada como culpa", tal como lo sostiene Gayo en *D., L, XVII, 132*, como "inmiscuirse uno en cosa que no le pertenece" (tal la humorística definición de Pomponio en *D., L, XVII, 36*), que lleva al incumplimiento de la prestación aunque no se haya tenido expresamente esa voluntad; este último elemento es de suma importancia, puesto que, si existió voluntad de no cumplir, ya no estaríamos ante un supuesto de culpa, sino de dolo.

Gracias a la variedad de situaciones posibles que ofrece la realidad, el concepto se fue enriqueciendo, por lo que, en definitiva, se concreta y se tecnifica, se especifica, en cada uno de los grados en que se subdivide la figura, esto es la culpa lata, leve (en abstracto y en concreto) y levísima (más allá de su carácter probablemente tardío).

Este sistema de "tripartición" de las culpas es receptado por la ley española de *Las Siete Partidas*. Más precisamente, en la partida 7 ma., ley 11, leemos que: (lata culpa es) ..."*assi como si algun ome non entendiesse todo lo que los otros omes entendiessen*"..."*e tal culpa*"... "*es semejanca de engaño*" ... (es decir, de dolo, vedándose aquí también la posibilidad de su dispensa anticipada)... *Pero además hay otra culpa, "que es como pereza", o "negligencia", que llaman "levísima", y aún otra, que implica no actuar, no guardar la cosa "que otro ome de buen seso auria, si la tuviesse"*.

Todo este esquema se ha reducido, en el Código Civil Argentino, a la escueta norma del artículo 512, que reza: "[...] **la culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en 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 [...]**", culpa que, como dijimos, es presumida en los casos de obligaciones contractuales de resultado (debiendo probar el demandado la existencia de caso fortuito, fuerza mayor o culpa de un tercero para eximir su responsabilidad), y materia de prueba por parte del demandante en las obligaciones de medios.

Aclara Vélez Sársfield (1952) en la nota correspondiente a este artículo, y citando a Barbeyrac y a Zacharie, que se abandona expresamente el sistema romano pues "la división de las

⁷ Cámara Nacional en lo Comercial, Sala B, causa "Ply, S.A. c/ Conelmec, S.R.L. s/ Ordinario", del 11-3-96.

⁸ Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil, San Isidro, causa "Millán, Mario, c/ Domínguez, Raúl, s/ cobro", del 4-3-93, 58596 RSD-15-93.

culpas es más ingeniosa que útil en la práctica", dado que no existe culpa que pueda ser considerada *en abstracto*, a través de una medida invariable, menos aún, si la medida es la del buen padre de familia. Agrega el codificador que dicha división de las culpas no ayuda al juez a resolver el caso concreto, y que en todo caso la gravedad o levedad de la misma dependerá de las circunstancias en que ella se produce, pues no habría culpa que pudiera clasificarse por datos abstractos. A criterio del legislador, el único parámetro para evaluar la culpa sería el caso concreto y sus circunstancias, circunstancias que son "variables al infinito, que modifican su obligación para hacerla más o menos estricta".

Vale decir, que el Código Civil argentino trae una única definición de culpa, entendida como imprudencia, como el actuar sin el cuidado con el que "[...] razonablemente debía conducirse una persona conforme las circunstancias del caso" (SALAS, 1972, p.259). Es por ello que todos los autores sostienen que el parámetro del "buen paterfamiliae" resulta pueril.

Empero, entiendo que esa tesis es bastante discutible, tanto desde el punto de vista dogmático como desde el punto de vista práctico.

En primer lugar, porque reduce todas las categorías de la culpa solamente a la culpa leve, a la figura del pater familiae, dejando de lado a la conducta precedente del propio deudor, la que paradójicamente, por su carácter concreto, hace a las "circunstancias de las personas" a que alude la nota del codificador.

En segundo lugar, porque aún cuando consideráramos que nuestro legislador consagró expresamente el instituto de la *levis culpa* en concreto, desestimando las demás variantes, no podríamos perder de vista que en la citada nota al artículo 512, Vélez Sársfield (1952) alude a obligaciones "más o menos estrictas", según la variable de cada caso particular, y esa variedad en la estrictez de la obligación puede esconder, veladamente, una graduación de la gravedad de las culpas según se modifiquen las variables de referencia.

Pero además, debemos tener presente que ninguna magnitud cualitativa tiene sentido lógico, per se, si no se la valora junto a algún tipo de parámetro; nadie puede considerarse "alto" si no se tiene la referencia de lo que es "bajo"; "cien kilos de peso" no significan de por sí obesidad, si no sabemos cuál es el peso de una persona no obesa. Del mismo modo, nadie es "negligente" si no resulta de la comparación de lo que en concreto se entiende por "prudencia".

Es que voces como "imprudencia" y "negligencia" pertenecen a esta categoría de conceptos "vagos" o "imprecisos", pues hacen referencia a "[...] propiedades que se dan en la realidad en grados diferentes, sin que el significado del término incluya un límite cuantitativo para la aplicación de él [...]" (SANTIAGO NINO, 1984, p.264).

Quizás conscientes de estas limitaciones del lenguaje, los civilistas argentinos han tratado de explicar las reglas de funcionamiento del ya citado artículo 512 y asimismo del artículo 902 del Código Civil, que establece que "[...] cuanto mayor sea el deber de actuar con prudencia, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos", porque, y en definitiva, cómo saber cuáles son las diligencias que exige la naturaleza de la obligación?; cómo saber o no que hay mayor deber de actuar con prudencia?.

Una vez determinadas las "circunstancias del caso" o aún las circunstancias personales del deudor, a partir de qué parámetro, o sobre qué parámetro se sostiene la inferencia de culpa?

Vista la ambigüedad intrínseca de los conceptos empleados, la única forma de responder a esos interrogantes es aceptando, y adoptando, una conducta de referencia que opere como modelo

comparativo dentro de ese universo limitado por las especiales y concretas circunstancias de un caso particular (el caso a juzgar).

Como decíamos, prueba de estas dificultades y de la necesidad de elaborar un modelo de referencia, es que la misma doctrina que califica de pueril al sistema romano se ha visto obligada a proporcionar el mentado referente.

Así por ejemplo, tratadistas como Llambías (1973) y Salvat (1923) sostienen que la comparación entre lo efectivamente realizado (o no) por el deudor, y lo que debería haber hecho debe elaborarse "en concreto" para cada deudor en particular (el subrayado es nuestro), teniendo en cuenta la índole de la conducta prometida, las circunstancias de la obligación y la prudencia que le era exigible de acuerdo a sus calidades personales, "tomando en cuenta sus aptitudes y flaquezas".

Si se me permite una observación, vemos que aquí el marco de referencia no sólo existe, sino que, además, resulta ser el propio deudor, y la única manera de establecer "cómo debería haberse comportado", de acuerdo a sus "aptitudes y flaquezas" es revisando su conducta habitual. En forma velada, o inconsciente, se está aplicando el modelo de la *levis culpa en concreto* heredada de nuestra tradición romanística.

Para el maestro Borda (1989), en cambio, el tema debe solucionarse preguntándose el juez qué habría hecho una persona diligente; en la misma línea, el maestro Salas (1972) introduce el tipo de la persona de "prudencia media", vocablos, ambos, que nos introducen de lleno en la segunda crítica, porque, ¿qué es la "prudencia media"? ¿Qué es una "persona diligente"?

Nuevamente nos encontramos con una magnitud de valor que debe ser referenciada. Y la explicación más lógica parecería ser que los términos "negligencia" y "diligencia" (por lo demás, estrictamente romanos) deberían entenderse como el cuidado que habría puesto en el negocio un hombre de capacidad media, vale decir, un hombre que no sea un superdotado, ni un incapaz. Y la idea del hombre medio, de capacidad media, nos lleva de lleno al concepto de la *levis culpa* in abstracto y a la figura del *paterfamiliae*.

Es que independientemente del significado que los vocablos *pater* y *familiae* hayan adquirido en el curso de los siglos posteriores a su nacimiento, debemos interpretarlos con el significado que tenían en el momento en que fueron creados y utilizados en las distintas instituciones jurídicas cuya recepción analizamos.

Y de ello cabría concluir que nuestro *paterfamiliae* no es el moderno "padre de familia" (como lo retraduce la casi totalidad de la doctrina civilista actual), sino la persona que tiene, básicamente, un patrimonio propio, sobre el que puede contraer derechos y obligaciones, tenga o no tenga hijos a su cargo. Nuestro "padre de familia" es tan sólo (y más allá de las parcializaciones efectuadas por el derecho romano) un sujeto de derecho, un administrador de su propio patrimonio, y nuestro *buen paterfamiliae* no es más que eso: un sujeto de derecho con plena capacidad que resulta un buen administrador, una persona media, de capacidad media, a la que se le exigirá una prudencia media en el manejo de sus negocios (BONFANTE, 1946).

La necesidad de un parámetro de referencia se vislumbra con claridad a poco que se observe que aún cuando se consideren las circunstancias del caso, y aún cuando sólo en función de ellas se pueda evaluar la gravedad de la culpa, lo cierto es que establecido el marco de situación, el conflicto concreto seguirá siendo imposible de resolver a menos que se "compare" la conducta del deudor con algún parámetro de referencia, a fin de derivar la existencia o inexistencia de culpa.

Y ese parámetro sólo puede obtenerse o de la misma conducta del deudor, lo que nos lleva a la levis culpa in concreto, o de la conducta exigible a un hombre medio, lo que nos lleva a la levis culpa in abstracto y en ambos supuestos, las variables de cada caso concreto podrán determinar culpas más graves o más leves, más o menos "estrictas", en el lenguaje del código, aunque éste considere a la graduación romana "más ingeniosa que útil".

Por lo demás, y más allá de la opinión de la doctrina, lo cierto es que la jurisprudencia, introduce gradaciones en la culpa, mediante el uso de adjetivos netamente comparativos, como "normal", "adecuado", "grave", "grosero", "inexcusable", o bien adopta expresiones y marcos de referencia estrictamente romanos, aunque traspolados a la diversidad de actividades propias de los siglos XX y XXI. Citemos algunos ejemplos para ilustrar lo que estamos diciendo:

a) En la causa "Guerra de Ovejero c/ Municipalidad de la Cap. Fed", del 15-4-85, la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Cap. Fed. sostuvo que un profesional médico sólo incurriría en culpa si se probara que el tratamiento adoptado constituye un "grosero error, que resulta *inexcusable en un graduado*".

El precedente alude a una "graduado", sin aditamentos, o lo que es lo mismo, un "profesional medio", lo cual constituye una categoría **abstracta** (en contra de las pretensiones del legislador) y utiliza un calificativo, "grosero", propio del concepto de culpa grave.

b) En la causa "Alva de Rodríguez c/ Clínica Marini", del 22-5-85, la Sala 3º de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal declaró que existe responsabilidad médica cuando el daño causado deriva de una "grave negligencia", o de un "grueso error científico".

Nuevamente en este caso las voces utilizadas son muy similares a las empleadas para definir la culpa lata y fundar sobre ella el juicio de responsabilidad.

c) A su vez, en la causa "Arce, Hugo, c/ Los Lagartos Country Club", del 30-10-85, la Sala E de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal entendió que: "[...] se puede exonerar de culpa siempre que el deudor mantenga un cuidado normal y una adecuada diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, y no cuando observa una conducta por demás desaprensiva [...]" (los subrayados son nuestros, y destacan expresiones que sólo adquieren sentido si son referenciadas);

d) En la causa "D.R.J.H.c/P., H.A.", del 26-4-94, la Sala 2º de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Capital Federal explicó que nuestro código ha abandonado el sistema romano de la gradación de las culpas, para declarar, a continuación - y *tomando la correspondiente "licencia" por ello* - que los profesionales incurrir en culpa, aún cuando ella fuera "leve".

El presente ilustra cómo el sistema romano de la tripartición de las culpas continúa utilizándose, por lo menos para que los magistrados puedan explicar el alcance de sus interpretaciones.

e) En el fallo de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, (causa "Olivera, Juan D., y otro, c/ Empresa ferrocarriles Argentinos", del 28 de mayo de 1997), se estableció que los artículos 512 y 902 del Código Civil Argentino adoptan el régimen

[...] de la culpa en concreto (el subrayado es nuestro), en razón de lo cual la imputación de una conducta reprochable deberá ser el resultado de una comparación entre lo obrado por el autor del hecho y lo que habría debido obrar para actuar correctamente, teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación, las

circunstancias de tiempo y lugar y la prudencia y *conocimiento de las cosas que haían a su condición* [...].

Los magistrados opinantes han referenciado (mediante "comparación") el concepto de culpa a un parámetro definido - en concreto- típicamente romana.

f) En la apreciación del trabajo profesional de un abogado, la Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, en fallo pronunciado el 2-7-99 en la causa "C., c/ T., M., y otro", estimó que "A los efectos de la procedencia de la responsabilidad civil profesional, para apreciar si ha habido culpa, debe compararse su comportamiento con el de un profesional prudente, colocado en las mismas condiciones."

Vale decir, que el precedente funda el juicio de responsabilidad en la figura del profesional "medio", o promedio, lo que implica traspasar al ámbito estrictamente profesional la categoría de la levis culpa en abstracto.

g) En la causa "M., E., c/ Santa Ursula S.A.", resuelta el 29-10-98, la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal manifestó puntualmente que "A fin de imputar a alguien responsabilidad a título de culpa, se debe evaluar si su conducta se ajustó o no a la que **razonablemente se espera del hombre común o medio.**"

El precedente en cuestión no sólo adopta un parámetro abstracto, en contra de las pretensiones del legislador, sino que además supone una clara muestra de la ambigüedad del texto legal, dado que ante un mismo precepto normativo, dos Salas de un mismo organismo (Salas C y H de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, ver punto e) han efectuado dos interpretaciones totalmente opuestas del texto legal, pero ambas de base romanista: una pronunciándose a favor de la culpa leve en abstracto, y la otra a favor de la culpa leve en concreto.

Basten los ejemplos seleccionados a mero título ejemplificativo y a efectos de no fatigar al lector.

Vale decir, que tanto la doctrina como la jurisprudencia, y aún el mismo codificador, en su intento por mejorar nuestras fuentes romanas, han producido modificaciones que en realidad resultan meramente lexicales. En sustancia, los parámetros elaborados por la ley, que pretenden apartarse del derecho romano, no hacen más que reafirmarlo de una manera velada, pues su lógica de pensamiento subyace a la letra de la ley con tanta fuerza que, mediante un vocabulario diferente, o más moderno, la doctrina y la jurisprudencia continúan aplicando la misma lógica de razonamiento, y en esencia los mismos parámetros que fueron elaborados hace ya veinte siglos.

Conclusión

Con el presente trabajo, hemos visto cómo el derecho romano ha sido receptado en el código de Vélez Sársfield (1952), unas veces en forma directa, otras en forma indirecta, y otras, como en el caso de la culpa, en forma inconsciente o encubierta. El hecho es que, a casi dos mil años de distancia, el razonamiento lógico-jurídico de los romanos sigue siendo insustituible; una y otra vez volvemos a la fuente, ya en busca de un precepto todavía vigente, ya en busca de un modelo de pensamiento que permita interpretar incluso normas ajenas al derecho romano.

Sostiene Luigi Garofalo (2005) que la introducción del concepto de *humanitas* propendía, en el ámbito del derecho negocial, a la consolidación de directivas que imponían no especular sobre las palabras y las formas, y a dar prioridad a la verdadera intención de las partes y al contenido real del negocio, a fin de conciliar intereses opuestos.

Esos objetivos se inscriben en los principios generales del derecho relativos a que éste se constituye por causa de los hombres, que no se debe dañar a otro, y que debe darse a cada uno lo suyo (puesto que este último precepto también debe ser aplicado en el proceso de asignación de responsabilidad).

Estos principios subyacen a los institutos del dolo y la culpa, pues su objetivo es "ajustar" la intención de las partes, sus conductas y su eventual responsabilidad a los límites de lo necesario y lo posible, a fin de que se responda por aquello que se pudo hacer o se pudo evitar y traslucen en definitiva el esfuerzo por equilibrar los intereses en conflicto, resarciendo a la víctima pero a la vez estableciendo *patrones de proporcionalidad* a los fines de la responsabilidad.

En este sentido, nuestro legislador advirtió sabiamente que la realidad podía variar al infinito y con ella la intensidad con que se asignaba la responsabilidad, y por ello instituyó un sistema que, teniendo por base principios como los de buena fe, equidad, proporcionalidad y *cuique suum tribuere*, pretendía receptar esa variabilidad del modo más justo y más equitativo posible.

La vida moderna ha demostrado que pese a sus múltiples variaciones, esos principios pueden ser adecuadamente protegidos a partir del esquema romano y sus derivaciones a la mayor complejidad de la realidad actual.

Porque como dijimos con anterioridad, el derecho no es un valor absoluto, sino una herramienta al servicio de un fin – posibilitar la coexistencia pacífica y feliz entre los hombres- que es superior al mero imperio de la ley, y por ello, por muchos que cambien las condiciones o las variables de la realidad, ese convencimiento, el modo de "operar" dentro del campo del derecho y los principios que lo rigen desde su base son todavía hoy, responden a la herencia de Roma.

Y como hemos visto, nuestra herencia no se limita sólo a los principios generales; pese a las críticas, la realidad ha demostrado que también heredamos y aplicamos los esquemas y modelos de referencia de nuestro derecho madre.

AMANS, C. V. Failure of bonds by intent or negligence of the debtor: receipt of the roman sources in jurisprudente. **Temas em Administração Pública**, Araraquara, v.2, n.2, 2008.

ABSTRACT: *The Roman categories of fraud and guilt as a result of breach of contractual obligations have been receptive in the Argentine Civil Code in almost complete. Anyway, certain elements that seem to have been abandoned by Velez Sarsfield, as the spirit of malice or prejudice in the categories which subdivide the blame, despite their explicit statutory repeal, have been taken up and put into effect by the jurisprudence, Because such categorization solametne not responding to a pattern of conflict resolution, but rather a logical scheme, a system of reasoning, beyond the concrete solutions, is the greatest legacy we have received from Rome.*

KEYWORDS: *Fraud. Guilt. Ambiguity. Logic. Language. Proportionality. Responsibility.*

RÉSUMÉ: *Les catégories Romains du dol et la faute comme cause de l'inaccomplissement des obligations contractuelles ont été accueillies dans le Code Civil Argentin en manière presque complète. De toute façon, certains éléments qu'ils paraissent avoir été abandonnés par Vélez*

Sársfield, comme l'esprit de préjudice dans le dol ou les catégories en lesquelles on subdivise la faute, malgré sa dérogation légale expresse, ont été reprises et mises en vigueur par la jurisprudence, puisque cette catégorisation ne répond pas solametne à un schéma de résolution de conflits, mais, à un schéma logique, à un système de raisonnement qui, au-delà des solutions concrètes, est le plus grand légué que nous avons reçu avant bien de Rome.

MOTS-CLÉS: Dol. Faute. Ambiguïté. Logique. Langage. Proportionnalité. Responsabilité.

REFERÊNCIAS

- ARGENTINA. **Código civil de la República Argentina**. Buenos Aires: A. Garcia Santos, 1909.
- ARANGIO RUIZ, V. **Instituciones de derecho romano**. Traducción de José M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1986.
- BONFANTE, P. **Instituciones de Derecho Romano**. 10. ed. Turín: Reus, 1946.
- BORDA, G. A. **Tratado de derecho civil argentino**. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1989. Tomo I.
- CARAMÉS FERRO, J. M. **Curso de Derecho Romano**. 10. ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1976.
- DIGESTO. **El digesto de Justiniano**. Versión castellana por A. D'ors et al. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1968-1972. 3.v
- GAROFALO, L. L. Humanitas nel pensiero della giurisprudenza classica. **Diritto @Storia**: Revista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana, Roma, n.4, 2005. Disponível em: <<http://www.dirittoestoria.it/4/Tradizione-Romana/Garofalo-Humanitas.htm>>. Acesso em: 22 jul. 2007.
- LLAMBÍAS, J. J. **Tratado de derecho civil argentino**. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1973. Tomo I.
- SANTIAGO NINO, C. **Introducción al análisis del derecho**. Buenos Aires: Astrea, 1984.
- PETIT, E. **Tratado elemental de derecho romano**. Madrid: Editorial Saturnino Calleja, 1926.
- SALAS, A. E. **Código civil argentino anotado**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1972.
- SALVAT, R. **Tratado de derecho civil argentino**. Buenos Aires: Casa Editora de Jesús Menéndez, 1923. Tomo I.
- SÁRSFIELD, V. **Codigo Civil**. Buenos Aires: Depalma, 1952.
- LAS SIETE partidas Las siete partidas del sabio rey Don Alonso el Nono, nueuamente glosadas, por el licenciado Gregorio Lopez, del Consejo real de Indias de su Magestad. Con su Repertorio muy copioso, assi del Testo como de la Glossa. Valladolid: En casa de Diego Fernandez de Cordoua, 1587. 7v.