

LA CULPA Y EL DOLO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EN LA EXTRA CONTRACTUAL

The fault and fraud in contractual civil liability and extracontractual

ALBERTO JOAQUÍN MARTÍNEZ SIMÓN¹

RESUMEN

En este trabajo se propone analizar el concepto de la culpa y el dolo en los ámbitos de las responsabilidades civiles contractuales y extracontractuales, y en ese marco estudiar lo atinente a la carga de la prueba de la culpa, con sus múltiples variables, al mismo tiempo de establecer los contornos, lo más preciso posible, de cada uno de los institutos en cuestión.

Palabras clave: dolo, culpa, dolo eventual, prueba de la culpa, responsabilidad civil contractual, responsabilidad civil extracontractual.

ABSTRACT

In this paper, we propose to analyze the concept of guilt and fraud in the areas of contractual and extracontractual civil responsibilities, and in this context to study the relevance of the burden of proof of guilt, with its multiple variables, to the same time to establish the contours, as accurate as possible, of each of the institutes in question.

¹ Profesor Adjunto de la Cátedra de Derecho Civil – Obligaciones, turno tarde de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.A. Profesor del Postgrado de la misma facultad en las materias Responsabilidad Civil I y II. Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, 6^a Sala, de Asunción.



Keywords: *fraud, fault, eventual fraud, proof of guilt, contractual civil liability, extracontractual civil liability.*

1. Introducción

Durante mucho tiempo se ha discutido en doctrina si existen dos responsabilidades civiles distintas –una contractual y otra extracontractual– o si existe una sola responsabilidad civil que abarque a ambas.

En este trabajo nos proponemos analizar tanto la postura que señala que existen dos responsabilidades civiles –corriente que se conoció como **dualismo**– como la postura que sostiene que existe una sola –corriente que se llamó **monismo**–².

Antes de abocarnos al tema, debemos hacer alguna precisión terminológica, necesaria y previa: la denominación dada de **responsabilidad extracontractual** y, especialmente, la de **responsabilidad contractual**.

Al respecto, debemos decir que nuestro Código Civil se refiere a ambos de la siguiente forma: a) para referirse a la **responsabilidad contractual**, el Código la denomina “**De las obligaciones en general**”³, y b) en cuanto a la **responsabilidad extracontractual**, el Código Civil la llama “**De la responsabilidad civil**”⁴.

Surgiría entonces, como primera pregunta: si dado que el Código Civil menciona sólo al **ilícito extracontractual** como **responsabilidad civil**, el incumplimiento de un contrato –previsto en los Arts. 417 del C.C.– ¿no produciría también una obligación indemnizatoria? Obviamente, deberíamos responder **afirmativamente** a dicha

² Cabe decir que a finales del siglo XIX y hasta entrado el siglo XX existían dos corrientes doctrinarias antagónicas –especialmente en Francia– que discutían si existían dos responsabilidades civiles o había una sola. Por una parte, la corriente que sostenía que existía una sola responsabilidad civil, independientemente de su fuente contractual o extracontractual se denominaba monismo. Por la otra, la corriente contraria que sostenía que existían dos responsabilidades civiles diferentes, una contractual y otra extracontractual, cada una con sus propias características, se denominaba *dualismo*.

³ Véase al respecto el Capítulo I, del Título II, del Libro II, arts. 417 y sgtes. del C.C.

⁴ Véase el Título VIII, Libro III, Arts. 1833 y sgtes. del C.C.

pregunta, en razón que en el **Capítulo “De las obligaciones en general”** se contempla una serie de normas que también regulan la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de dichos contratos⁵, por lo tanto, de dicho incumplimiento –

⁵ **Art. 421 C.C.** El deudor responderá por los daños y perjuicios que su dolo o su culpa irrogare al acreedor en el cumplimiento de la obligación. Habrá culpa cuando se omitieren aquellas diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y que correspondan a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. La responsabilidad por dolo no podrá ser dispensada de antemano.

Art. 422 C.C. El deudor responderá por el dolo o culpa de sus representantes legales, o de las personas que hubiera utilizado en el cumplimiento de la obligación. Podrá convenirse la dispensa de esta responsabilidad.

Art. 423 C.C. El deudor será responsable por los daños y perjuicios que su morosidad ocasionare al acreedor en el cumplimiento de la obligación.

Art. 424 C.C. En las obligaciones a plazo la mora se produce por el solo vencimiento de aquél. Si el plazo no estuviere expresamente convenido, pero resultare de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el acreedor deberá interpelar al deudor para constituirlo en mora. Si no hubiere plazo, el juez, a pedido de parte, lo fijará en procedimiento sumario, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor quedará constituido en mora en la fecha indicada en la sentencia para el cumplimiento de la obligación. Para eximirse de las responsabilidades derivadas de la mora, el deudor deberá probar que no le es imputable. Si la obligación deriva de un hecho ilícito, la mora se producirá sin interpelación.

Art. 425 C.C. Si la inexecución de la obligación fuese maliciosa, los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas.

Art. 426 C.C. El deudor no será responsable de los daños e intereses que originan al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiere tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o éste hubiere ocurrido por su culpa, o ya hubiere incurrido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito o fuerza mayor.

Art. 450 C.C. Los daños comprenden el valor de la pérdida sufrida y el de la utilidad dejada de percibir por el acreedor como consecuencia de la mora o del incumplimiento de la obligación. Su monto será fijado en dinero, a menos que la ley dispusiere otra forma.

Art. 451 C.C. Cuando la obligación no cumplida proviniera de actos a título oneroso, y en todos los demás casos en que la ley lo autorice, habrá lugar a resarcimiento, aunque el perjuicio no fuera patrimonial, debiendo el juez estimar su importe con arreglo a las circunstancias.

Art. 452 C.C. Cuando se hubiese justificado la existencia del perjuicio, pero no fuese posible determinar su monto, la indemnización será fijada por el juez.



total, parcial o tardío- podría igualmente derivar **responsabilidad civil**; por ende, aun cuando el Código Civil llame “**De la responsabilidad civil**” solamente al Título VIII del Libro III que regula a los **ilícitos extracontractuales**, tenemos también –evidentemente– casos de responsabilidad civil también como derivación de incumplimientos contractuales.

Por otra parte, deberíamos formular algunas objeciones formales a la misma *denominación de responsabilidad contractual*, en razón que el Capítulo I del Título II, del Libro II del C.C. –Arts. 417 y sgtes.- regula algo más que la obligación indemnizatoria derivada de la falta de cumplimiento de un contrato, ya que dichas normas allí enlistadas se aplican a **todas las obligaciones** y a todo **resarcimiento** derivado del incumplimiento de aquellas y no solo a los **incumplimientos contractuales**; para una mejor comprensión del punto, citemos el caso de quien constituye un **legado** en un **testamento**, en virtud del cual, una vez fallecido el testador, nace el derecho del **legatario** de acceder al legado y, consecuentemente, la obligación de los herederos de cumplir con aquel. Por ende, si éstos herederos no cumplieren el legado, el **legatario** tendría acciones derivadas de dicho incumplimiento; en este caso, debemos decir que no existe vínculo contractual entre los **herederos** y el **legatario**, por lo cual parecería que la responsabilidad sería extracontractual, sin embargo ello no es así, pues las consecuencias de dicho incumplimiento serán reguladas por las normas del Capítulo I del Título II del Libro II del Código Civil –arts. 417 y sgtes.- ya que entre el acreedor –el legatario- y los deudores –los herederos del difundo– había una relación obligatoria puntual, en virtud de la cual los herederos debían dar algo a favor del legatario acreedor y, que ante el incumplimiento de los obligados, nace la posibilidad de reclamarles daños y perjuicios –además del cumplimiento del legado– y estos daños serán –propiamente denominados- **obligacionales** más que **contractuales** pues como vimos, entre acreedor y deudores hay una relación obligatoria pero no había contrato y dichos daños serán regulados por el Capítulo I del Título II del Libro II del Código Civil⁶; otro caso que podría dar pie a comprender el punto aquí sostenido, es el de las **obligaciones que derivan de la**

⁶ **Art.2739 C.C.** Los herederos, o personas encargadas de cumplimiento de los legados, responden al legatario de los deterioros o pérdida de la cosa legada y de sus accesorios, ocurridos posteriormente a la muerte del testador, sea por su culpa o por haberse constituido en mora de entregarla, a menos que en este último caso las pérdidas o los deterioros hubiesen igualmente sucedido, aunque la cosa legada hubiere sido entregada al legatario.

ley como las obligaciones **alimentarias**⁷ o las obligaciones derivadas de la **voluntad unilateral**, cuyos incumplimientos se reclaman igualmente por las normas establecidas en este Capítulo⁸.

Por ende, podríamos decir que en Capítulo I del Título II del Libro II del Código Civil – Art. 417 y sges. regula las consecuencias del incumplimiento de **todas las obligaciones** que no sean **ilícitos extracontractuales**, y entre ellas las del **incumplimiento contractual**. Entonces, *¿por qué referirnos a este capítulo genéricamente como **responsabilidad contractual** cuando que en realidad se regulan también las consecuencias del incumplimiento de otras obligaciones?* Para contestar esta pregunta debemos reconocer que la **tradición** y la **costumbre** tienen mucho peso en la génesis de esa denominación. Por ende, haciendo justicia al alcance de este capítulo deberíamos referirnos al mismo como **responsabilidad obligacional**, es decir, comprensivo de todas las obligaciones que no sean **ilícitos extracontractuales** y no solo por **incumplimiento contractual**. Por tanto, en puridad, en el sistema instalado por el Código Civil paraguayo, la distinción no debería hacerse entre **ilícito extracontractual e incumplimiento contractual**, sino entre **ilícito extracontractual y obligación incumplida**.

Nótese que el primer artículo del Capítulo I del Título II del Libro II del Código Civil –el 417– menciona que *las obligaciones derivan de alguna de las fuentes estable-*

⁷ **Art. 256 C.C.** La obligación de prestar alimentos que nace del parentesco comprende lo necesario para la subsistencia, habitación y vestido, así como lo indispensable para la asistencia en las enfermedades. Tratándose de personas en edad de recibir educación, incluirá lo necesario para estos gastos.

Art. 257 C.C. El que solicite alimentos debe probar, salvo disposición contraria de la ley, que se halla en la imposibilidad de proporcionárselos.

⁸ **Art. 1801 C.C.** La promesa de pago o el reconocimiento de una deuda exime a aquel a favor de quien se la otorgue de probar la relación fundamental. La existencia de ésta se presume, salvo prueba en contrario. Para que la promesa se convierta en causa de la obligación, debe consignársela por escrito.

Art. 1802 C.C. Aquél que, dirigiéndose al público, promete una prestación a favor de quien se encuentre en una determinada situación, o lleve a cabo una determinada acción, queda vinculado por la promesa tan pronto como ésta se hace pública, aún a favor de quien procediere sin interés por la recompensa.



cidas en la ley, con lo que queda en claro que las cuestiones reguladas en ese capítulo son las obligaciones derivadas de **cualquier fuente** –salvo los daños extracontractuales⁹– y no solo del **incumplimiento contractual**.

Ahora bien, reconozcamos también que por el peso de aquella tradición, por la fuerza de la costumbre y dado que la doctrina en general y los abogados en particular manejan aquella denominación de **responsabilidad contractual** cuando se refieren al Capítulo I del Título II del Libro II del Código Civil –Arts. 417 y sgtes.–, mantendremos esta denominación a lo largo de este trabajo, sin dejar de recordar que las normas de este Capítulo I se refieren igualmente a las consecuencias, no solo de los contratos, sino de las demás fuentes de las obligaciones, salvo los ilícitos extracontractuales.

Este sistema tratado en nuestro Código Civil es similar al sistema que regía en el Código Civil argentino de Vélez Sarsfield –vigente hasta finales de julio de 2015 en la Argentina– y al respecto hay que recordar que una de las principales fuentes de nuestro Código constituyó el Código Civil de Vélez que rigió en nuestro país hasta finales de 1986. Cabe decir también que Vélez Sarsfield toma esta sistemática del *Esboço* de Augusto José Teixeira de Freitas. Por ende, todos estos cuerpos normativos tienen una fuente común, que trataban a la **responsabilidad extracontractual** y a la **responsabilidad obligacional** –la que seguiremos denominando **responsabilidad contractual**– dentro de ámbitos normativos separados y diferentes.

Hechas estas aclaraciones previas y necesarias –especialmente la atinente a la **denominación** de la **responsabilidad contractual**–, pasemos a analizar las **diferencias** y las **semejanzas** entre ambas responsabilidades en dos tópicos muy específicos e importantes: la **culpa** y el **dolo**, sin dejar de mencionar que existen otros varios puntos en los cuales se detectan semejanzas o diferencias, como la extensión del resarcimiento, la posibilidad de pagar por el daño moral, la prescripción liberatoria, la mora, el origen de los reclamos y las acciones que se pueden deducir, entre muchos otros.

⁹ Decimos esto a pesar que existen algunas normas de este Capítulo I del Título II del Libro II del Código Civil que se aplican igualmente a la **responsabilidad extracontractual**, como por ejemplo, el **Art. 424 último párrafo del C.C.**, que regula la constitución en **mora** en dichos casos: “...*Si la obligación deriva de un hecho ilícito, la mora se producirá sin interpelación*”.

2. La definición de la culpa

Una diferencia existente entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, señalada como tal por la doctrina *dualista* del siglo XIX, era la definición de la **culpa** que era entendida en forma distinta, según sea aplicable en una responsabilidad o en la otra.

Sin embargo, ese criterio fue abandonado y actualmente ya no se sostiene que existan dos culpas distintas, sino lo contrario, se afirma que existe **una sola** que es aplicable a ambas responsabilidades¹⁰.

En ese sentido, debemos recordar la definición de **culpa** de **Vélez Sarsfield** que, con toda precisión, dibujaba el concepto diciendo que era la *omisión de aquellas diligencias debidas* según la *naturaleza* de la obligación y que correspondían a las circunstancias de las *personas*, del *tiempo* y del *lugar*¹¹. Esta definición de Vélez, magnífica, por cierto, se trasladó de su Código al de nuestro país¹², se terminó aplicando expresamente a ambas responsabilidades de acuerdo a disposiciones específicas de nuestro ordenamiento¹³, y perdura hoy, incluso en el C.C. y C. argentino vigente desde 2015¹⁴.

¹⁰ “La culpa es una noción unívoca que el derecho trata diversamente a través de dos diferentes regímenes de responsabilidad, según que esa culpa sea considerada en la inexecución de los contratos o en la comisión de hechos ilícitos. Hay una sola culpa y un doble régimen de responsabilidad culposa”. *Llambias, Jorge J.*, Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Bs. As., Argentina. 1967, T. I, pág. 177.

¹¹ **Art. 512 C.C. argentino de Vélez.** 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.

¹² **Art. 421 C.C.** El deudor responderá por los daños y perjuicios que su dolo o su culpa irrogare al acreedor en el cumplimiento de la obligación. Habrá culpa cuando se omitieren aquellas diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y que correspondan a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. La responsabilidad por dolo no podrá ser dispensada de antemano.

¹³ **Art. 1855 C.C.** Para apreciar la culpa o el dolo del responsable del daño, así como para la liquidación de éste, se aplicarán, en cuanto sean pertinentes, las normas de este Código sobre incumplimiento de las obligaciones provenientes de los actos jurídicos.

¹⁴ **Art. 1724 C.C. y C. argentino de 2015.** Factores subjetivos. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la



Así, ante el acaecimiento de un hecho dañoso, cuya producción se imputa a la conducta de una persona, a fin de determinar si la misma es o no *culpable*, debe analizarse *cuál hubiese sido* la conducta diligente esperada de una *persona razonable* y luego se compara dicha *conducta ideal* con la que observó el sujeto, según sus circunstancias de *persona, tiempo y lugar*, es decir, analizando las condiciones particulares que le tocó vivir a ese sujeto, en el momento específico de la producción del evento dañoso. Por ello se dice que la *culpabilidad* es un concepto que se estudia *en concreto*, dadas las circunstancias de *persona, tiempo y lugar* del sujeto cuya conducta estamos analizando.

Por otra parte, quienes sostenían la existencia de una diferencia entre ambas culpas, aducían que la **culpa contractual** admitía **grados**: el deudor respondía, según a lo que se haya obligado, por su **culpa grave, leve o levisima**¹⁵. Sin embargo, en la **culpa extracontractual** dicha graduación no aparecía.

naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. . .

¹⁵ “59. Sin embargo, la generalidad de los autores franceses inmediatamente anteriores a la Codificación napoleónica, al igual que en la época posclásica del derecho romano, distinguían tres casos de culpa: la culpa dolosa (dolo) y la culpa lata (grave) que se asimilan. por un lado. y por otro dos categorías más de la culpa: la culpa leve y la culpa levisima. *Pothier* refiriéndose a las obligaciones de dar dice que cuando el objeto de la obligación es un cuerpo cierto el deudor está obligado a prestar un cuidado conveniente para la conservación de la cosa hasta el momento del pago. El cuidado que debe aportar a la conservación es diferente según la diversa naturaleza de los contratos. Así dice *Pothier* que cuando el contrato concierne a la sola utilidad de aquél a quien la cosa debe ser dada o restituida, el deudor no está obligado sino a poner buena fe en la conservación de la cosa y no responde sino de la culpa grave equivalente al dolo: tal el caso del depósito. Si el contrato concierne a la utilidad común de los contratantes el deudor está obligado a prestar a la conservación de la cosa el cuidado ordinario que las personas prudentes ponen en sus negocios y es responsable por lo tanto de la culpa leve. Por ejemplo, en la compraventa la obligación del vendedor de entregar la cosa. Por último, si el contrato no es hecho más que para la sola utilidad del deudor, tal el préstamo de uso, éste se halla obligado a poner en la conservación de la cosa no solamente un cuidado ordinario, sino todo el cuidado posible y es por lo tanto responsable de la culpa levisima.” *Bustamante Alsina, Jorge*. Teoría General de la Responsabilidad Civil. 9ª Edic. Editorial AbeledoPerrot, Bs. As., Argentina. Ps. 49/50.

Esta **graduación de la culpa** aparece incluso en algunos **códigos civiles**, como el **chileno** redactado por Don **Andrés Bello**¹⁶, que preveía dicha clasificación en forma expresa, pero —reiteramos— sólo para los casos de **responsabilidad contractual**¹⁷. Nuestro Código Civil no contiene una clasificación expresa de estos *grados de culpa*, pero hace una referencia inequívoca a ellas en varios artículos¹⁸.

Por otra parte, tratándose de **responsabilidad extracontractual**, no existe esta graduación de culpas, y se mide de conformidad a lo que *habría hecho un buen padre de familia*, o la *persona razonable* como la llamó De Gásperi en su Anteproyecto, en una situación similar.

Cabe reiterar que esta distinción entre las **culpas contractual y extracontractual** estaba vigente en la doctrina del **siglo XIX**, específicamente en la **doctrina dualista**, ya que hoy día la cuestión está superada y se sostiene que la **culpa es una sola**, extremo que fuera demostrado por el **monismo**.

¹⁶ *Andrés de Jesús María y José Bello López*, nacido en Caracas, Venezuela, el 29 de noviembre de 1781 y fallecido en Santiago de Chile el 15 de octubre de 1865.

¹⁷ **Art. 1547 C.C. de Chile**. El deudor no es responsable sino de la **culpa lata** en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

¹⁸ Entre muchos otros, **Art. 1609C.C.** El asegurador queda liberado si el tomador o el beneficiario provoca el siniestro, dolosamente o por **culpa grave**. Quedan excluidos los actos realizados para precaver el siniestro o atenuar sus consecuencias, o por un deber de humanidad generalmente aceptado.



Así, el Código Civil paraguayo define expresamente la **culpa contractual**¹⁹, y dicha **culpa contractual** es la *misma culpa* que se aplica a los **ilícitos extracontractuales**, ya que el mismo Código contiene una norma expresa que hace aplicable la culpa contractual a la **responsabilidad extracontractual**²⁰.

3. La prueba de la culpa

A pesar que existe un solo concepto de **culpa** para ambas responsabilidades civiles, la **carga probatoria de dicha culpa es distinta**, según se trate el caso de una **responsabilidad extracontractual o contractual**.

Muy acertadamente sostiene el gran maestro Adolfo Alvarado Velloso que las cargas probatorias, más que imperativos para las partes, constituyen "*directivas para el juzgador, pues no tratan de fijar quién debe asumir la tarea de confirmar sino de quién asume el riesgo de que falte al momento de resolver el litigio*"²¹.

3.1. Prueba de la culpa en la responsabilidad extracontractual

Tratándose de un caso de **responsabilidad extracontractual**, habrá que distinguir si el mismo corresponde a responsabilidad civil subjetiva u objetiva.

Si el caso fuera de **responsabilidad civil subjetiva**, habría que distinguir, nuevamente, si el caso corresponde al **hecho propio** o si corresponde a **hecho ajeno**.

Veremos separadamente cada uno de estos casos.

¹⁹ **Art. 421 C.C.** El deudor responderá por los daños y perjuicios que su dolo o su culpa irrogare al acreedor en el cumplimiento de la obligación. Habrá culpa cuando se omitieren aquellas diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y que correspondan a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. La responsabilidad por dolo no podrá ser dispensada de antemano.

²⁰ **Art. 1855 C.C.** Para apreciar la **culpa** o el dolo del responsable del daño, así como para la liquidación de éste, se aplicarán, en cuanto sean pertinentes, las normas de este Código sobre incumplimiento de las obligaciones provenientes de los actos jurídicos.

²¹ *Alvarado Velloso, Adolfo.* El debido proceso de la garantía constitucional. Pág. 194.

3.1.1. Prueba de la culpa en la responsabilidad subjetiva extracontractual por hecho propio

Si el caso fuera de **responsabilidad civil subjetiva por hecho propio** la obligación probatoria correspondería, en principio, a la víctima que asuma en el proceso judicial el carácter de parte actora.

De esta forma, se aplica la **carga probatoria** impuesta por el Código Procesal Civil que indica que quien invoca un hecho controvertido está obligado a probarlo²². Así, quien plantea la demanda por indemnización de daños invocará los llamados **hechos constitutivos**. La prueba de estos **hechos constitutivos**, alegados por el actor como base de su pretensión y negados por el accionado, es a cargo del accionante. Vayamos a un **ejemplo**: El actor, al demandar, alega que fue víctima de un ilícito extracontractual por responsabilidad subjetiva por hecho propio, cuya producción –y culpa– endilga a la parte demandada, por ejemplo, en base a un accidente de tránsito en el que intervinieran dos vehículos automotores de igual porte. Si la parte demandada negase esos hechos constitutivos, y en consecuencia desconociese la culpa, la prueba de los **hechos constitutivos** será a cargo de la accionante.

Decíamos que corresponde *en principio* la carga de la prueba corresponde a la actora, pues existen ciertos casos puntuales en los cuales, a pesar de ser un caso de **responsabilidad civil subjetiva por hecho propio**, la carga probatoria ha sido tras-

²² **Art. 249 C.P.C.** Carga de la prueba. Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o un precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer. Los hechos notorios no necesitan ser probados; la calificación de los mismos corresponde al juez.

Cabe indicar que en la República Argentina rige una disposición muy parecida a la del Código Procesal Civil paraguayo, que permite trazar similitudes –sino identidades– en la interpretación dada al texto de ambas normas:

Art. 377. CPCCN. Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio.



ladada –por la jurisprudencia primero y por la doctrina después– a través de la **doctrina de la carga probatoria dinámica**²³ que indica que corresponde probar no a quien haya invocado un hecho controvertido, sino a quien está en mejor posición de producir la prueba al respecto.

Mediante la **doctrina de la carga probatoria dinámica** se ha propuesto una **alteración** –para ciertos casos puntuales y concretos– de la carga probatoria impuesta por el Código de forma, en virtud de la cual, en apretada síntesis, *quien alega, prueba*, y se propone que el juez de la causa **traslade dicha carga probatoria a la parte que está en mejor condición de demostrar el hecho controvertido**, aunque dicha parte no haya invocado el mencionado hecho controvertido²⁴.

²³ “Tesis de las cargas probatorias dinámicas. Pregonada por el maestro rosarino Jorge Peyrano, nació con el objetivo de flexibilizar las reglas clásicas de la carga de la prueba y su consecuente dificultad de aplicación. La fisonomía de esta doctrina discurre en que la carga de la prueba es variable, o bien dinámica, según las circunstancias del caso, imponiendo la carga probatoria a quien se encuentre en mejores condiciones de hacerlo, así la tesis no desconoce las reglas clásicas del instituto, pero la trata de complementar, de integrar, de perfeccionarla, aplicándose a todas aquellas respuestas en que por motivos ajenos a su voluntad, una de las partes estaba impedido de probar, como se dio en el ejemplo que originó su nacimiento, la mala praxis médica”. *Villalba Bernie, Pablo*. Proceso Civil. Actualidad y futuro. Bijupa Editora. Asunción, Paraguay. Págs. 448/449.

²⁴ Señalemos que el caso al que con mayor frecuencia se ha aplicado la **doctrina de las cargas probatorias dinámicas** es el de las demandas por daños derivados de la **mala praxis médica quirúrgica**. Al respecto, se ha sostenido que, en estos casos de *mala praxis médica quirúrgica*, el paciente entró al quirófano, e inmediatamente fue anestesiado, perdiendo la conciencia sobre todos los hechos que se desarrollaron posteriormente. Si en la operación quirúrgica sucediere un hecho dañoso, producido por negligencia, imprudencia o impericia del médico que actuara, nacería para la víctima el derecho a ser indemnizado. Por tanto, se consideró *justo* que dicha víctima no cargue con la prueba de hechos que no presenció y que le serían muy difícil –sino imposibles– de producirlos ya que la víctima estuvo inconsciente durante la operación y tampoco puede acceder a la *historia clínica* –o *registros clínicos*– que quedan en resguardo de los médicos y del centro médico que serán, precisamente, los demandados en dicha acción resarcitoria.

Si bien la **doctrina de las cargas probatorias dinámicas** se han aplicado a los casos de mala praxis médica, cabe decir que aquella no se ha limitado a la misma y, posteriormente, se ha ido aplicando también a otros casos judiciales –no sólo precisamente de indemnización de daños– como casos de fraude pauliano o alimentos donde se estableció que quién mejor

A través de esta **doctrina**, la carga de la prueba no se predetermina sobre el accionante o sobre el demandado, antes del proceso, sino que será el juez quien determinará —usualmente al dictar sentencia— quien estaba en mejores condiciones de demostrar la verdad sobre los hechos controvertidos, y establecerá que esa era la parte que debía probarlos.

3.1.2. Prueba de la culpa en la responsabilidad subjetiva extracontractual por hecho ajeno

Estos casos de **responsabilidad civil subjetiva por hecho ajeno** deben dividirse entre los **hechos del dependiente o autorizado**²⁵ y los **hechos dañosos** en los cuales los padres responden por los daños causados por sus hijos menores que habitan con ellos, o los casos en los cuales los tutores o curadores responden de los daños causados por los incapaces que habitan con ellos o, finalmente, aquellos en los cuales los directores de colegios y maestros artesanos responden de los daños causados por los alumnos o aprendices²⁶.

En el caso de los **daños causados por dependientes o autorizados** cabe decir que —en principio— la prueba debe darse sobre la **conducta** de dicho dependiente —o

posición de probar el propio caudal patrimonial es el mismo demandado, aplicándose también a casos de ciertos accidentes de tránsito, de simulación, o de derechos difusos entre los más destacados.

²⁵ **Art. 1842 C.C.** El que cometiere un acto ilícito actuando bajo la dependencia o con autorización de otro, compromete también la responsabilidad de éste. El principal quedará exento de responsabilidad si prueba que el daño se produjo por culpa de la víctima o por caso fortuito.

²⁶ **Art. 1843 C.C.** Los padres son responsables de los daños causados por los hijos menores cuando habitan con ellos. Los tutores y curadores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapaces que están a su cargo y habitan con ellos. Los directores de colegios y los artesanos son responsables de los daños causados por sus alumnos o aprendices, menores de edad, mientras permanezcan bajo su custodia.

La responsabilidad de que trata este artículo cesará si las personas mencionadas en él prueban que no pudieron prevenir el daño con la autoridad que su calidad les confería, y el cuidado que era de su deber emplear. Cesará también cuando los incapaces hubieren sido puestos bajo la vigilancia y autoridad de otra persona, caso en el que la responsabilidad será de cargo de ella.



autorizado- lo que implicaría que –también en principio– la prueba de la **culpabilidad del dependiente** o del **autorizado** cargue la víctima salvo traslación de la carga probatoria.

Tratándose de casos de responsabilidad civil subjetiva por **hecho ajeno** de los **hijos menores, incapaces, alumnos o aprendices** la cuestión cambia, pues en ellos, la culpa de quienes son llamados a responder –padres, tutores, curadores, directores y maestros– se presume y son estos últimos quienes deben probar que actuaron con la *debida diligencia*, caso contrario deberán pagar la indemnización correspondiente.

Nótese que, en estos casos, quienes son llamados a responder (padres, tutores, curadores, directores de colegio y maestros artesanos) asumen –desde el mismo momento de la producción del hecho dañoso– una obligación indemnizatoria. Al respecto, el texto de la norma es bastante claro: “*son responsables*”, ¿desde cuándo?, desde que el daño se produjo.

Y nótese también que la norma, sin embargo, les da la posibilidad de probar la *diligencia debida* para exonerarse de la obligación indemnizatoria: “*La responsabilidad de que trata este artículo cesará si las personas mencionadas en él prueban que no pudieron prevenir el daño con la autoridad que su calidad les confería, y el cuidado que era de su deber emplear. Cesará también cuando los incapaces hubieren sido puestos bajo la vigilancia y autoridad de otra persona, caso en el que la responsabilidad será de cargo de ella*”.

Se entiende entonces que existe una **culpa presumida** en cabeza de padres, tutores, curadores, directores de colegio y maestros artesanos que ellos deben destruir –por eso cargan con esa obligación probatoria- a través de las **eximentes** que les provee la misma ley, entre las que se cuenta la prueba de la *debida diligencia*, o la prueba de la *falta de culpa*.

Debe señalarse que el último párrafo del art. 1843 del C.C. se dedica a la **cesación de responsabilidad** cuando la custodia del menor de edad pasase a otras personas, con lo cual se produce la *traslación* de la obligación de cuidado y la consecuente responsabilidad civil derivada del incumplimiento de la misma, y esta eximente se aplica también a todos los supuestos de responsabilidad indirecta contemplados en la norma: padres, tutores, curadores y a los directores de colegio y a los artesanos,

Sin embargo, debe subrayarse que, cualquiera sea la eximente invocada por quienes son señalados por la ley a responder por los actos dañosos ajenos (padres, tutores, curadores, directores de colegio o maestros artesanos) son éstos quienes cargan con dicha obligación de probar la misma, y que, de no probar dicha eximente, estarán obligados a pagar por los daños producidos.

3.1.3. Prueba en la responsabilidad civil objetiva

Si el caso fuere de **responsabilidad civil objetiva**, la obligación de indemnizar está impuesta en la ley y ésta señala específicamente a una persona quien debe pagar la indemnización por dichos daños, que también están descriptos en la norma como, **por ejemplo**, quien realice una actividad peligrosa, o el dueño o guardián de una cosa inanimada riesgosa o el dueño o guardián de un animal no feroz o de uno feroz.

Por ende, la norma impondrá la obligación indemnizatoria en cabeza de quien es señalado por la misma ley para responder del daño, debiendo éste último probar la eximente que también la norma jurídica le provea, es decir, que es el sujeto citado en la norma quien debe demostrar que se dieron algunas de las causales de eximición previstas en la misma ley, como el *caso fortuito*, *la fuerza mayor*, *el hecho de la víctima* o *de un tercero por quien no debe responder*²⁷; de no hacerlo, el señalado por la ley para responder deberá pagar la indemnización, siendo carga de éste último dicha prueba de la eximente²⁸.

²⁷ Al respecto, cabe señalar que los factores de atribución objetivos de responsabilidad son el riesgo creado, la garantía, la equidad, el exceso a la normal tolerancia entre vecinos y el abuso del derecho. Como ejemplo, traigamos el caso del accidente causado por una cosa o una actividad riesgosa (art. 1846 C.C.) en cuyo caso, producido el evento dañoso, se asumirá la responsabilidad del sindicado en la norma como sujeto obligado al pago, salvo que éste demuestre que se produjo alguna de las causales de eximición prevista en la norma, como el caso fortuito, la fuerza mayor, la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

²⁸ “En ese mismo ámbito extracontractual, si se trata de responsabilidad objetiva, la víctima nada tiene que demostrar, salvo la existencia del daño, por lo que produce una inversión de la carga de la prueba, en el sentido de que el demandado, considerado responsable por ser dueño o servirse de la cosa riesgosa, es quien tiene la opción de exonerarse demostrando que el evento dañoso se produjo por caso fortuito o fuerza mayor, por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien a él no le corresponda responder, según la doctrina que



3.2. Prueba de la culpa en la responsabilidad contractual

Para establecer el punto atinente a la prueba en la responsabilidad contractual, antes debemos recordar que el tema de lo debido por el deudor de un contrato está referido en dos artículos del **Código Civil: el 301 y el 715²⁹**.

De acuerdo a estos artículos del Código Civil debemos señalar que quien se obliga con otro en un contrato, está constreñido a aquello que fuera expresamente pactado, es decir, a lo que surge del texto del contrato, por lo cual el deudor se obligó a dar, a hacer o a no hacer algo a favor de la otra parte. Seguidamente, el deudor se encuentra compelido a cumplir aquellas consecuencias *virtualmente comprendidas* entendidas tales como las que no son expresamente pactadas por las partes, pero que surgen como consecuencias necesarias del contrato. Finalmente, la norma jurídica dispone también que el deudor se encuentra también obligado a cumplir aquello que, sin ser pactado por las partes ni surgir virtualmente del contrato, están establecidas por la misma ley.

Entonces, en los casos de daños derivados de un *incumplimiento contractual* se analiza **a qué se había obligado dicho deudor** y se estudia cuál era la obligación que debía cumplir el sujeto pasivo.

Para establecer **a qué se había obligado el deudor** y determinar la carga de la prueba en los casos de **responsabilidad contractual**, es sumamente útil la distinción entre los contratos que contienen **obligaciones de medio** y los contratos que contienen **obligaciones de resultado**.

inspira los arts. 1846 y las demás disposiciones del Código Civil referentes a las situaciones de responsabilidad sin culpa (arts. 1847, dueño o guardián de la cosa inanimada, 1853 y 1854, propietario de animales, etc.)". *Gauto Bejarano, Marcelino*. Tratado de las Obligaciones I. Intercontinental Editora. Asunción, Paraguay. 2011, pág. 211.

²⁹ **Art. 301 C.C.** Los actos jurídicos producen el efecto declarado por las partes, el virtualmente comprendido en ellos y el que les asigne la ley.

Art. 715 C.C. Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas.

3.2.1. Prueba en los contratos que contienen obligaciones de resultado

Si estuviésemos ante un caso de *incumplimiento contractual* cuyo contenido es una **obligación de resultado**³⁰, al acreedor que reclama le bastaría con presentar el *contrato* y la prueba de que él mismo ha cumplido su parte de la obligación –si este contrato fuese bilateral– al formular su requerimiento pertinente, invocando que la otra parte no ha cumplido con su respectiva obligación contractual.

Entonces, en estas **obligaciones de resultado**, el deudor es quien debe demostrar que ha cumplido también con su obligación contractual, presentando las pruebas que acrediten este extremo o que no le fue posible pagar por un motivo que lo exonera del cumplimiento, como el *caso fortuito*, *la fuerza mayor*, *el hecho del mismo perjudicado* o *de un tercero* por quien no debe responder. Pero, le estará vedado al deudor de una *obligación de resultado* intentar probar su *diligencia debida* para exonerarse de las consecuencias del incumplimiento contractual. Si no probase estos extremos –caso fortuito, fuerza mayor o culpa ajena– se tendrá por incumplido el contrato por parte del reclamado, y su culpa se presumirá.

Se sostiene que, en principio, las **obligaciones de dar y de no hacer** son **obligaciones de resultado**, pues en ellas el acreedor se satisface sólo con el cumplimiento de la obligación, siendo irrelevante si el deudor ha puesto o no la *debida diligencia* en su cumplimiento, pudiendo liberarse sólo si alega y prueba el caso fortuito, la fuerza mayor o la culpa de un tercero por quien no debe responder. Sin embargo, las **obligaciones de hacer** pueden ser tanto de **medios** como de **resultado**, según los términos en que fue acordado el contrato o el *alea* del mismo, es decir, cuanto dependía de la voluntad del deudor el cumplimiento del contrato o cuanto dependía de factores externos a dicha voluntad.

Por eso es que en estos contratos que contienen *obligaciones de resultado* se dice que la culpa del deudor se presume. Sostenemos que esta última afirmación –la culpa del deudor se presume– sólo es correcta en las *obligaciones de resultado*, pero no en las *obligaciones de medio* como se verá seguidamente.

³⁰ Podríamos *definir* a las *obligaciones de resultado* diciendo que son aquellas en las que el deudor está constreñido a obtener cierto efecto material específico, sin tomar en cuenta – como prestación– la actividad diligente desplegada por el deudor para aquello.



3.2.2. Prueba en las obligaciones de medio

La llamada **obligación de medios**³¹ impone al deudor un **deber de diligencia** sin que le sea exigible al mismo la obtención del **resultado**; por ende, el deudor, probando dicha *diligencia*, será exonerado de las consecuencias dañosas producidas; también será exonerado el deudor si prueba el caso fortuito, la fuerza mayor o la culpa ajena, aunque será suficiente la prueba de la propia *diligencia debida* para exonerarse de la obligación indemnizatoria, ya que la prueba de un hecho extraño —como la fuerza mayor, el caso fortuito o la culpa ajena— siempre es más compleja y difícil de lograr que la prueba del hecho propio, como la de la *debida diligencia* observada por el deudor.

Al respecto de la carga probatoria en el tema de las obligaciones contractuales, debe decirse que no es correcto que toda culpa contractual se presuma³², ya que en las

³¹ Podría **definirse** a las **obligaciones de medios** como aquellas en las que el deudor está constreñido a cumplir una acción o actividad, dentro de determinados parámetros de diligencia, prescindiendo de la obtención de un resultado; por ende, el objeto de estas obligaciones es *la conducta misma* del deudor, quedando fuera de la prestación la obtención del efecto concreto.

³² Por ende, disentimos con lo afirmado la línea doctrinaria —como la abajo copiada— que sostiene que, en todos los casos de incumplimiento contractual, la culpa del deudor se presume, ya que hay casos en los que sí se presume —como en las **obligaciones contractuales de resultado**— pero existen otros —como las **obligaciones de medio**— en los que debe acreditarse la culpa del obligado, y en principio, esa prueba es carga de la misma víctima.

“En materia de contratos la culpa sería presumida; el acreedor no tiene que probar nada fuera del contrato del cual ha nacido su crédito; una vez presentada esa prueba se presume la culpa del deudor por el solo hecho de que la obligación no ha sido cumplida o lo ha sido de una manera insuficiente... En materia de culpa por incumplimiento contractual el acreedor sólo debe probar la existencia del contrato tanto como su incumplimiento; probado éste, se presume la culpa del deudor. O sea, en la responsabilidad contractual el acreedor sólo debe demostrar el incumplimiento, prueba a partir de la cual es presumida la culpa del deudor. Se afirma que la culpa se presume en el incumplimiento contractual y, por lo tanto, el acreedor no debe probar la del deudor. Demostrado el título de su crédito por parte del acreedor, incumbe al deudor la prueba del cumplimiento o la circunstancia impediende o extintiva de la obligación. En materia de culpa aquiliana le corresponde a la víctima probar la culpa del autor del daño. O sea que en materia del incumplimiento de la obligación es regla fundamental la inversión de la carga de la prueba en orden a la culpa. La ley presume, *iuris tantum*, que el incumplimiento sea determinado por el hecho mismo del deudor o, en

obligaciones de medios corresponde —en principio— probar que el deudor incurrió en culpa en el incumplimiento de la prestación debida³³. Cabe agregar también que los jueces, en algunos casos —especialmente vinculados a daños producidos por los médicos— han aplicado la **doctrina de la carga probatoria dinámica**, en virtud de la cual han transferido la obligación probatoria *a quien estaba en mejor condición de probar las circunstancias del hecho dañoso*, es decir, al demandado, quien tenía en su poder la historia clínica y las demás pruebas sobre el acto médico en cuestión, con lo cual la jurisprudencia ha variado la solución legal, buscando soluciones más justas a los casos planteados. Cabe decir también que esta solución mereció la crítica de una parte de la doctrina procesal —la corriente conocida como el *garantismo*— pero el aplauso de otro sector de la doctrina procesal —el *activismo*—.

otras palabras, que el incumplimiento sea debido a la culpa (negligencia) de él (no se establece, en cambio, la presunción de dolo). En otras palabras, frente al hecho del incumplimiento, la responsabilidad del deudor se perfila, independientemente de la prueba del comportamiento culposo de él, a proporcionarse por el acreedor una presunción (iuris tantum) de culpa, a cargo del deudor, nace del hecho mismo del incumplimiento. En cambio, corresponde al deudor proporcionar la prueba de la propia inculpabilidad si quiere verse exonerado de las consecuencias del incumplimiento, esto es, de la obligación del resarcimiento del daño”. *Gauto Bejarano, Marcelino*. Tratado de las Obligaciones I. Intercontinental Editora. Asunción, Paraguay. Tomo I, 2011, págs. 211/212.

³³ Como **ejemplo** de lo afirmado, recuérdense los casos de los daños producidos como consecuencia de la **mala praxis médica** o de los profesionales **abogados**, en los cuales es preciso acreditar la falta de diligencia (o culpa) de los profesionales demandados, no siendo suficiente que por el solo hecho de la falta de curación del paciente o por haber perdido el juicio en tribunales, el médico y el abogado, respectivamente, deban pagar una indemnización. Se reitera entonces, que dicha culpa, en esos casos, no se presume y debe ser acreditada.



Por tanto, dado el incumplimiento en estas **obligaciones de medio**, la culpa del deudor ya no se presume y ésta debe ser probada —en principio y salvo traslación de la carga probatoria³⁴— por el accionante³⁵.

4. La definición del dolo en la responsabilidad contractual y en la extracontractual

En primer lugar, debemos señalar que anteriormente —durante la vigencia en nuestro país del Código Civil argentino de Vélez— se sostenía que el concepto de **dolo**

³⁴ La **carga probatoria**, en principio, pesa sobre la parte actora de conformidad al **art. 249 del C.P.C.**, que establece: **Carga de la prueba**. Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o un precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer. Los hechos notorios no necesitan ser probados; la calificación de los mismos corresponde al juez.

Sin embargo, existen casos en los que la ley traslada la carga probatoria hacia la persona del demandado, casos que se conocen como **inversión de la carga probatoria**. Como **ejemplo** de esta traslación de la carga probatoria encontramos en el art. 671 del C.C. que regula la **lesión enorme**.

En el **C.C.C.A. del año 2015** se ha regulado la cuestión en el **art. 1723**, que dice: “Cuando de las circunstancias de la obligación o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un **resultado determinado, su responsabilidad es objetiva**”, con lo cual, si el deudor se obligó a conseguir un **efecto** determinado (**obligación de resultado**) éste responderá en forma objetiva, es decir, **sin culpa**.

El mismo **C.C.C.A. del año 2015** para el caso de los profesionales liberales señala en su **art. 1768**: “La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva excepto que se haya comprometido un resultado concreto”, con lo cual el Código Civil y Comercial argentino hace una distinción puntual en relación a la responsabilidad civil de los profesionales liberales y afirma que el principio es el de la **responsabilidad subjetiva**, es decir **acreditando culpa o dolo**, salvo que el profesional se haya comprometido a obtener un **resultado específico, un efecto determinado**, con lo cual la responsabilidad será de **resultado** y el profesional responderá **objetivamente**.

³⁵ Decimos que la carga de la culpa le corresponde al actor, *en principio*, pues existen casos en los cuales la jurisprudencia y la doctrina ha trasladado la carga probatoria a *quien se encontraba en mejor condición de producir la prueba*, en aplicación de la llamada **doctrina de la carga probatoria dinámica**. Al respecto, recuérdese el caso de las demandas de daño por *mala praxis médica* en los cuales la prueba de la diligencia se ha trasladado al accionado.

contractual era distinto al concepto de **dolo extracontractual**. Esta diferencia hoy día ya ha sido superada.

En cuanto a la *responsabilidad extracontractual*, el **dolo** era definido en el Código Civil de Vélez –que rigió en nuestro país hasta 1986– en el **art. 1072** que regulaba el *delito*³⁶, en el cual se exigía que el hecho ilícito fuera ejecutado “*a sabiendas con intención de dañar la persona o a los derechos de otro*”. Por ende, la **intención de dañar** era determinante para que existiera el **dolo** en los actos ilícitos extracontractuales –también llamado **dolo delictual**– y al tener que existir esa *directa intención de dañar*, el único **dolo** que podía existir era el **dolo directo** con lo cual el llamado **dolo indirecto o eventual**, que trataremos más adelante, quedaba excluido.

Debemos decir también que el vocablo **dolo** es polisémico. Así, cuando mencionamos al **dolo** podría entenderse al vocablo en tres sentidos o significados: a) como uno de los vicios del acto jurídico, b) como intención de causar un daño –y si se incluye al eventual– o con la desaprensión propia de causarlo, o c) como la decisión de incumplir un contrato adrede.

En el ámbito del derecho de daños, cabe señalar que el Código Civil Paraguayo solo define el concepto de **culpa**, pero omite toda definición del concepto del **dolo** vinculado a la intención de causar daño o a la desaprensión de hacerlo, sea en el ilícito extracontractual o en el incumplimiento contractual, de igual manera que el Código de Vélez que tampoco definía en forma expresa al **dolo obligacional**, aunque obviamente, sí lo regulaba³⁷.

Como **culpa** entendíamos la omisión por una persona de las diligencias necesarias y pertinentes, según la naturaleza de la obligación y que correspondan a las circunstancias del tiempo, lugar y las personas³⁸.

³⁶ **Art.1072 C.C. argentino de Vélez.** El acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro, se llama en este Código “delito”.

³⁷ En realidad, a similitud de nuestro Código, el **Código Civil argentino de Vélez Sarsfield** regulaba sobre las **tres clases de dolo diferentes**, antes citadas. En primer lugar, el dolo como uno de los vicios de la voluntad que podría afectar el acto jurídico (arts. 931 y sgtes., concepto que en este trabajo no nos interesa), el dolo obligacional (art. 519, 520 521, sgtes. y concordantes) y el dolo aplicable a los ilícitos extracontractuales (art. 1072).

³⁸ **Art. 421 C.C.** El deudor responderá por los daños y perjuicios que su dolo o su culpa irrogare al acreedor en el cumplimiento de la obligación. **Habrà culpa cuando se omitieren**



Si bien el Código Civil trata la **culpa** y el **dolo** en el mismo artículo 421, como ya se dijo, definió solo a la primera y omitió definir al segundo, por lo que, en el ordenamiento nacional, no se encuentra una definición de **dolo**, en su aplicación al incumplimiento contractual o al daño extracontractual.

Sí ha definido el Código Civil el **dolo como uno de los vicios de la voluntad** en los actos jurídicos, y lo ha vinculado al *engaño* y a los *artifícios* utilizados por una persona para turbar la decisión de otra persona en el marco de una declaración de voluntad, de modo tal a hacerle declarar algo que, conociendo la realidad, no hubiera declarado³⁹. Esta acepción de la palabra **dolo**, en el marco de este trabajo, no nos interesa.

Por tanto, ante la falta de definición legal del **dolo** que sea aplicable al incumplimiento contractual y al ilícito extracontractual se impone realizar el esfuerzo para tratar de definirlo y aplicarlo tanto a un ámbito como al otro, pues recordemos que la definición del **dolo** –al igual de lo que sucede con la definición de la **culpa**– habrá de ser la misma para ambos ámbitos, dada la disposición de nuestra ley al respecto⁴⁰.

Embarcados en esa labor de definir el **dolo** tanto en el incumplimiento de una obligación nacida de la voluntad –responsabilidad contractual– como en un ilícito extracontractual y, con ello, tratar de llenar el vacío legal generado por la falta de pronunciamiento del Código Civil sobre dicha definición, se hace necesario que recurramos a los estudios de la doctrina y de la jurisprudencia sobre el mismo punto, así como es conveniente ver el tratamiento que los modernos Códigos Civiles le dan al punto.

Como primera escala, remitámonos a lo dispuesto en el Código Civil y Comercial argentino que entrara en vigencia en el año 2015, que vuelve a definir a la **culpa** en

aquellas diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y que correspondan a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. La responsabilidad por dolo no podrá ser dispensada de antemano.

³⁹ **Art. 290 C.C.** Acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, es toda aserción falsa o disimulación de lo verdadero, cualquier astucia, artificio o maquinación que se emplee con ese fin. Las reglas se aplicarán igualmente a las omisiones dolosas.

⁴⁰ **Art. 1855 C.C.** Para apreciar la culpa o el **dolo** del responsable del daño, así como para la liquidación de éste, se aplicarán, en cuanto sean pertinentes, **las normas de este Código sobre incumplimiento de las obligaciones provenientes de los actos jurídicos.**

términos absolutamente similares —de idéntico contenido normativo— que nuestro Código Civil, y agrega la definición de **dolo** en el mismo artículo⁴¹.

Debemos empezar diciendo que debemos dividir el análisis del **dolo** según sea el **dolo directo** o el llamado **dolo indirecto o eventual**, concepto que entendemos debe incorporarse y pasar a formar parte del **dolo** genérico.

Así, el **dolo directo** se entenderá como la actuación de una persona que se realiza con la manifiesta intención de causar un daño deliberado a otro sujeto —**dolo directo delictual**— o la actuación del sujeto deudor que deliberadamente incumplió su obligación contractual —**dolo directo obligacional**—. En ambos casos, es decir tanto para el ilícito extracontractual como para el incumplimiento contractual, la **intención** del sujeto es determinante para la producción del **dolo**.

⁴¹ **Art. 1724. C.C. y C. Argentino.** Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. **El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.**

El C.C. y C. Argentino, como se ve, trae una descripción del **dolo** que es aplicable tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual. El **art. 1724** dice, en su último párrafo: “*El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos*”, con lo cual, a partir de la entrada en vigencia de dicho Código, el **dolo** en la Argentina no es sólo el **dolo directo**, causado de manera intencional, sino que también se incluye a aquella conducta que se desarrolle con manifiesta indiferencia hacia el resultado de la misma, es decir, incluyó el **dolo indirecto o eventual**. En ambos casos habrá **dolo** y éste se aplica a ambas responsabilidades, por tanto, si el agente tuvo la intención directa de dañar con el incumplimiento o si simplemente se representó esa posibilidad y se desinteresó del efecto.

Como queda evidenciado con la transcripción del art. 1724, el concepto de **dolo eventual** se ha incorporado actualmente al del **dolo genérico**; sin embargo, ello no fue así en el pasado en la República Argentina, pues en el Código Civil de Vélez, el único dolo que se consideraba era el **directo**. Así lo tenía asentado la doctrina al respecto: “788. *La doctrina distingue el dolo directo del dolo eventual. En el primer caso la acción se dirige a causar el daño; en el segundo, la acción no se ejecuta para causar el daño, pero el autor del hecho desdeña el daño que puede causar. La noción del Código Civil (art. 1072) está referida sin duda al dolo directo, por lo que el dolo eventual puede configurar una situación de culpa por imprudencia*”. Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Editorial Abeledo Perrot. 9ª Ed. Buenos Aires, Argentina. P. 337.



Por otra parte, el **dolo indirecto o eventual** se entenderá como aquella actuación realizada con **manifiesta indiferencia por los intereses ajenos**, que –según entendemos– es aplicable también tanto al incumplimiento del contrato como al ilícito extracontractual⁴². Por tanto es factible interpretar que cuando se produce un daño, sin que el sujeto que lo ocasiona tenga la intención directa de causarlo⁴³ pero, consciente que su forma de actuar en el caso concreto, aumentará en forma exponencial la probabilidad que dicho daño ocurra, la efectiva ocurrencia del mismo hace que se considere que el perjuicio se causó con **dolo indirecto o eventual**, concepto que

⁴² El **dolo indirecto o eventual** no implica la intención del autor de causar a otro un daño de manera maliciosa y deliberada, pero el autor del daño desdeña que pudiese ocasionar, teniéndolo como probable; por tanto, puede decirse que en el **dolo indirecto o eventual** el autor del daño decide –elemento volitivo– menospreciar la eventual producción del perjuicio.

En un caso judicial de **accidente de tránsito** protagonizado por un **ómnibus** en perjuicio de un **peatón** –evidentemente un caso de *responsabilidad extracontractual* tanto para el chofer como para la empresa de transporte en relación al peatón, con quien no tiene ningún contrato, pues no es su pasajero– se analizó la manera temeraria de conducir de parte del chofer del ómnibus. En ese caso judicial, el tribunal argentino que dictó el fallo entendió que el hecho de conducir el ómnibus con exceso de velocidad, no puede hacer presumir la existencia de un **dolo directo**, pues no es dable entender que el chofer tuviera intención de causar el daño; sin embargo, esa manera temeraria de conducir evidentemente aumenta las probabilidades de atropellar a cualquier persona que camine por la calle. Si ante esos hechos, a sabiendas y sin importarle tal circunstancia el chofer del ómnibus continúa conduciendo en forma imprudente y produce finalmente el arrollamiento de un peatón, esa conducta puede ser conceptualizada como **dolo indirecto o eventual**. Al respecto, la jurisprudencia extranjera, sobre el punto, señaló: “*Es el caso del conductor de ómnibus que se despreocupa de la circunstancia de que algún peatón se cruce en su camino y, si se imagina tal cruce, continúa igualmente conduciendo con exceso de velocidad.*” Jurisprudencia Argentina: T.S. Santa Cruz, L.L., 138-959, 23.743-S.

⁴³ Debemos señalar que la prueba del hecho *doloso* ha sido objeto de estudio y atención por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, ello en razón de que es sumamente dificultoso conocer la **real intención** del sujeto en cuestión, pues ello implica penetrar en el fuero interno del agente; por tanto, bien vale considerar ciertas conductas externas que permitan presumir una actuación dolosa.

“785. La parte que alega el dolo puede emplear toda clase de medios probatorios y salvo la confesión del deudor no se podrá lograr una prueba directa de la existencia del dolo que no es sino un fenómeno de la conciencia.” *Bustamante Alsina, Jorge*. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Editorial Abeledo Perrot. 9ª Ed. Buenos Aires, Argentina. P. 337.

debe incorporarse al de **dolo**⁴⁴, el que debe comprender, por ende, tanto al **dolo directo** como al **indirecto o eventual**.

Este punto del **dolo eventual o indirecto** cobra particular interés en ciertos **contratos**, en los cuales el *incumplimiento* del sujeto obligado puede darse por este tipo de **dolo**, y no precisamente por el **dolo directo**. Pensemos en el **contrato de transporte**, en el cual el chofer del ómnibus de pasajero —representante a su vez de la empresa de transporte— que conoce de los riesgos elevados de causar daño dada su forma temeraria de conducir —por ejemplo, ese chofer no para la marcha para la subida o bajada de pasajeros, conduce a alta velocidad, realiza maniobras imprudentes o a gran velocidad, etc.— lo que eleva considerablemente la probabilidad de producir un daño a sus pasajeros, actuando con temeridad y desprecio por los daños que podría acarrear su accionar, es decir, actuando con **dolo indirecto o eventual**⁴⁵. En estos casos, la responsabilidad de la empresa de transporte —representada por el chofer— con sus pasajeros es claramente contractual, y la responsabilidad de aquella

⁴⁴ “457. Hay dolo indirecto o eventual cuando el sujeto no tiene la voluntad concreta de dañar, pero no descarta que se pueda producir daño y, a pesar de ello, continúa adelante. En este caso, si se hubiera representado la efectividad del daño, igualmente habría continuado su obrar, desentendido de aquél”. *Alterini, Atilio A. - Ameal, Oscar José - López Cabana, Roberto M.* “Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales”. Editorial Abeledo-Perrot. 1ª Ed. Buenos Aires, Argentina. 1996. P. 195.

⁴⁵ Este criterio fue recogido en el Ac. y Sent. N° 54 del 01 de agosto de 2017 dictado por la 6ª Sala Civil y Comercial de Asunción, en el caso judicial caratulado: “Nathalia Elizabeth Ozorio Ruíz Díaz c/ Empresa Automotores Guaraní SAECEI (AGSA) y Fidencio Benegas Centurión s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por responsabilidad extracontractual”, en el cual, luego que el Tribunal calificara la responsabilidad de la empresa demandada como contractual, estableció que el obrar temerario del chofer configuraba **dolo indirecto o eventual**, y por ende la responsabilidad de la empresa demandada iba hasta las consecuencias mediatas — art. 425 C.C.— habiendo mediado dolo en la conducta de su dependiente —art. 422 C.C.—. En el caso, el chofer del ómnibus, que estaba parado alzando pasajeros, reanudó la marcha y realizó una maniobra brusca de adelantamiento a otro vehículo, mientras la actora estaba subiendo la escalera de ingreso al bus, detrás de otros pasajeros que estaban haciendo lo mismo, producto de lo cual, la accionante cayó al pavimento siendo pisada por el mismo ómnibus de la empresa demandada, lo que derivó en la amputación de la pierna izquierda de la actora.



podrá llegar hasta las consecuencias llamadas **mediatas**⁴⁶ –concepto que incluye en principio el lucro cesante y la pérdida de chance-, sólo si existe **dolo o malicia**⁴⁷ en el actuar de su representado, por cuyos actos dolosos también responde⁴⁸, pues si no mediase el mentado **dolo**, los daños indemnizables podrían llegar sólo hasta las consecuencias inmediatas.

⁴⁶ “En tal sentido se establecen los daños por los cuales responderá el deudor de un incumplimiento contractual y abarca hasta las consecuencias **inmediatas**. Es decir, los perjuicios que surjan directamente del incumplimiento y sin que medie otro hecho distinto y se podría hablar de daños patrimoniales emergentes como los daños meramente físicos a raíz del accidente y los intereses. No obstante, ello, no se debe pasar por alto que cuando la inexecución de un contrato se debe a un incumplimiento malicioso –la doctrina lo entiende como doloso–, el resarcimiento del deudor también comprometerá las consecuencias mediatas. Es decir, los daños que resultan de la conexidad del incumplimiento, pero no directamente, estaríamos hablando así de los daños por pérdida de chance y del lucro cesante. En tal sentido se debe hacer la precisión que el chofer demandado –quien actuó con dolo eventual– compromete la responsabilidad de resarcir los daños de la empresa transportista demandada pues el primero actúa en representación y como brazo ejecutor de la empresa porteadora. En tal sentido, debemos reconocer la vigencia del principio de favor victimae o pro damnato que propone entender a las eximentes y limitantes de la responsabilidad civil en un sentido restrictivo pues el sujeto jurídicamente más desprotegido resulta ser la víctima o el acreedor del hecho dañoso, quien debe ser tutelado por el derecho. Así también, en virtud al principio jurídico alterum non laedere (deber de no dañar a nadie) se reconoce el derecho de la accionante de ser resarcida de manera integral y por consiguiente no se debe dejar indemnes daños injustos. Es por esta razón que puede inferirse que el chofer demandado responde por el actuar con dolo eventual comprometiendo su responsabilidad subjetiva, y atendiendo a que se encuentra conduciendo un ómnibus por mandato de la empresa transportista, compromete la responsabilidad contractual de este último por inexecución dolosa del contrato de transporte de personas. Debiendo en consecuencia ambos demandados responder por los daños inmediatos y mediatos ocasionados a la accionante”. Ac. y Sent. N° 54 del 01 de agosto de 2017 dictado por la 6ª Sala Civil y Comercial de Asunción, en el caso judicial caratulado: “Nathalia Elizabeth Ozorio Ruíz Díaz c/ Empresa Automotores Guaraní SAECEI (AGSA) y Fidencio Benegas Centurión s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por responsabilidad extracontractual”.

⁴⁷ **Art. 425 C.C.** Si la inexecución de la obligación fuese maliciosa, los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas.

⁴⁸ **Art. 422 C.C.** El deudor responderá por el dolo o culpa de sus representantes legales, o de las personas que hubiera utilizado en el cumplimiento de la obligación. Podrá convenirse la dispensa de esta responsabilidad.

Referencias

Alterini, Atilio A., Ameal, Oscar José, López Cabana, Roberto M. “Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales”. Editorial Abeledo-Perrot. 1ª Ed. Buenos Aires, Argentina, 1996.

Alvarado Velloso, Adolfo. *El debido proceso de la garantía constitucional.* Ed. Zeus S.R.L. Rosario, Argentina. 2003.

Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil.* 9ª Edic. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires., Argentina.

Gauto Bejarano, Marcelino. *Tratado de las Obligaciones I.* Intercontinental Editora. Asunción, Paraguay. 2011.

Llambias, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones,* Bs. As., Argentina. 1967, T. I.

Villalba Bernie, Pablo. *Proceso Civil. Actualidad y futuro.* Bijupa Editora. Asunción, Paraguay.



