

## **QUINTA SESION DE TRABAJO**

**TEMA:**

**PERDIDA DEL BENEFICIO DE LA LIMITACION  
DE RESPONSABILIDAD POR CULPA GRAVE**

**18 de noviembre de 1967**

**8,30 horas**



## QUINTA SESION DE TRABAJO

**DR. MALDONADO:** Esta quinta y última sesión de estudios será presidida por el Dr. Osvaldo Blas Simone de las Universidades de Buenos Aires, Olivos y Morón. Actúa como Vicepresidente el Dr. Emilio Miguel Villarreal de la Universidad del Salvador y como Secretario quien les habla, Jorge Maldonado. El tema de estudios a desarrollar es "La pérdida del beneficio de la limitación de responsabilidad por culpa grave", y su relator es el Dr. Federico Videla Escalada.

**SR. PRESIDENTE:** Quienes ocupamos hoy la Dirección del debate en esta última Jornada de estudio agradecemos la designación que personalmente halaga y también personalmente compromete. La agradecemos en la persona de todos quienes, Directores, profesores y alumnos han contribuido tan brillantemente al éxito de estas Jornadas, que evidentemente no pasarán sin ser recordadas permanentemente, por la eficiencia, por la proyección y la trascendencia de todo lo que aquí se ha dicho e incluso proclamado como sentimiento general en lo que hace a la trascendencia de nuestro código aeronáutico. Esta, evidentemente, es un poco la sesión meta de llegada y en las galanas palabras de Couture, meta en su acepción griega era llegada pero también era principio, el principio que obligaba a ser un poco más allá en la trascendencia, en el esfuerzo, y en el éxito que todo esfuerzo acompaña. El Relator de hoy será el brillante maestro Federico Videla Escalada. Su presentación exime de prolongar estas palabras, brillante maestro sobre todo los tiempos tan difíciles se hacen contrarios, no solamente la hondura de su saber sino realmente la trascendencia que logra en quienes están y se han formado bajo su dirección. El tema de hoy será a cargo del Dr. Videla Escalada "Pérdida del beneficio de la limitación de responsabilidad por culpa grave".

**DR. VEDELA ESCALADA:** Gracias, señor Presidente. Muchas gracias por su presentación; su único inconveniente reside en que contiene palabras tan cariñosas que le hacen a uno darse cuenta cómo pasa el tiempo y cómo se van formando alumnos que saben ya más que ese a quien llaman maestro, que son más importantes que él y que siguen siendo tan buenos como cuando eran alumnos y además son más amigos, con lo cual uno se encuentra así con una serie de ponderaciones exageradas que comprometen, preocupan y obligan a una profunda gratitud. Muchas Gracias. Voy a procurar ajustarme a los veinte minutos que fija el reglamento.

En relación con este tema, se han presentado tres trabajos, todos ellos de indudable mérito. Uno del Dr. Horacio Fernández Méndez, otro del Dr. Luis Muñoz y finalmente otro de mi querido amigo el Dr. Federico Ortiz de Guinea. Los dos primeros enfocan aspectos parciales, el del Dr. Ortiz de Guinea trata el enfoque general, es decir toma el tema de fondo.

Para analizarlos, voy a ir de lo particular a lo general en la consideración de los trabajos, porque eso me va a permitir, sobre la base de lo presentado por el Dr. Ortiz de Guinea, desarrollar mi propia manera de ver. Y he de presentar una conclusión muy sencilla, si Dios quiere.

El Dr. Fernández Méndez se refiere a la prohibición para el transportador de introducir cláusulas que reduzcan su responsabilidad por debajo de los límites del Código. Entiende el autor que no son nulas todas las cláusulas existentes de responsabilidad, aún en el caso de dolo del transportador. Es decir, no acepta la razonabilidad del texto del artículo 146 del Código que dice: "Toda cláusula que tienda a eximir al transportador de su responsabilidad o a fijar un límite inferior al establecido en este capítulo, es nula. Pero la nulidad de tales cláusulas no entraña la del contrato. En cambio podrá ser fijado un límite mayor mediante pacto expreso entre el transportador y el pasajero".

Estima el Dr. Fernández Méndez que el Protocolo de La Haya da una solución diferente y se refiere a la modificación al art. 10 de la Convención de La Haya donde dice que el cargador deberá indemnizar al transportista o a cualquier persona con respecto de la cual éste sea responsable por cualquier daño que sea consecuencia de sus indicaciones y declaraciones irregulares, inexactas e incompletas.

También se refiere al texto aprobado en Río de Janeiro que, como se sabe, fue después dejado de lado al sancionarse el Protocolo de La Haya.

Admite, sin embargo, que el art. 143 del Código provee de una defensa al transportador cuando expresa que la responsabilidad del transportador podrá ser atenuada o eximida si prueba que la persona que ha sufrido el daño lo ha causado o ha contribuido a causarlo. Pero, en definitiva, juzga que debe admitirse que se introduzcan cláusulas que limiten la responsabilidad y dice que esto evitaría que los Tribunales daban dar soluciones forzadas a los casos litigiosos.

Me parece que el problema no es exactamente así, es decir, coincido con el Dr. Fernández Méndez en que el art. 143 provee al transportador de una defensa muy valiosa, pero creo que, además, debe agregarse el 142 que dispone que el transportador no será responsable si prueba que él y sus dependientes han tomado todas las medidas necesarias para evitar el daño o que les fue imposible tomarlas.

Esta disposición y otras análogas de otras Legislaciones y Convenios han recibido poca acogida en general en los fallos jurisprudenciales de todas partes, pero no hay dudas que permitiría cubrir perfectamente aquellos conceptos a que se refiere el Dr. Fernández Méndez, cuando habla de las pérdidas o daños resultante de la naturaleza especial o vicio propio oculto o no de las mercancías transportadas.

Creo que aquí el problema es otro: La prohibición se refiere a la inclusión de cláusulas convencionales, es decir define la cuestión referida a si en el contrato de transporte puede eximirse al transportador o puede limitar su responsabilidad a menos de lo que le fija la ley. Y eso es lo que se prohíbe.

Es perfectamente razonable, es una consecuencia y una orientación definida del derecho contemporáneo que tiende a la protección del débil, o sea que, en la relación contractual aquél que tiene menos poder contractual recibe un respaldo del Estado, a través de la ley y a través de los órganos administrativos y a efectos de aumentar sus posibilidades y no entregarlo inerte en las manos del más poderoso. Hay una tendencia al equilibrio frente a la diferencia de poder contractual.

Y esto, para no extender la argumentación, lo vemos muy claramente en la regulación de los contratos por adhesión por ejemplo, en el Código Italiano o en el Código Etiope, es decir en aquellos que han dado cabida a esta figura.

¿Cuál es la clave del problema? Pues, precisamente, que se deben aplicar una serie de limitaciones y controles; caso típico es el de las pólizas de seguros, con la intervención de la Superintendencia de seguros, mientras que en el supuesto del transporte se concreta en lo que estamos viendo. Por lo tanto, es un problema referido a posibilidades contractuales, posibilidades de incluir cláusulas convencionales o no y esta solución es universal y está plenamente aceptada en la materia.

El trabajo de la jurisprudencia ha llegado, inclusive, a que se transforme una regla de interpretación aquella que hablaba de interpretar los contratos en favor del deudor por interpretarlos en favor del más débil y, así, en los casos de los contratos por adhesión, se sanciona así al que presenta la oferta.

El trabajo del Dr. Muñoz coincide con el Código en el problema de fondo. Vale decir, el Dr. Muñoz se pronuncia contra la gradación de culpas y, por consiguiente, al no haber gradación de culpas no puede equipararse a la culpa grave con el dolo, porque para ello tendríamos que empezar por distinguir. También acepta que el dolo haga perder al explotador o transportador el beneficio de la limitación.

Sus preocupaciones se refieren en parte a la terminología: cita concretamente dos casos: el art. 149 en la parte final donde dice que la falta de protesta en los plazos previstos hace inadmisibles toda acción contra el transportador salvo el caso de fraude de éste en que se refiere al sentido de la palabra fraude y, luego, los artículos 166 y 167 y 171 donde se habla de culpa, sin ningún calificativo, pero de culpa, y cuestiona si hay aquí realmente una verdadera culpa.

En primer término, con relación a la expresión fraude, ésta está tomada en el mismo sentido que le da el art. 2066 del Código Civil, aquél que se refiere a los contratos de juego y apuesta y resuelve el caso en que alguien, precisamente, hace fraude. El 2065 se refiere a la certeza del resultado y el 2066 dice: "Cuando ha habido dolo o fraude del que perdió, ninguna reclamación será atendida". Este es el sentido del vocablo fraude: el engaño hecho de una manera que perjudica a la otra parte. Y tiene, por consiguiente, una base en el código madre, llamémoslo así, que justifica el empleo de esa expresión que parece significativa.

En cuanto a la culpa de los artículos 166, 167 y 171, tiene un significado especial porque aquéllos se refieren a una hipótesis también muy particular, el caso de abordaje.

Cuando en un abordaje entre aeronaves una de ellas resulta víctima y podemos decir que es inocente de todo lo que ha ocurrido, a la otra le tenemos que dar algún calificativo y éste es justamente el de culpable, porque en la terminología ordinaria es el que mejor se ajusta y, precisamente, el culpable es el que tiene culpa.

De ahí el empleo de la expresión en estos tres artículos en los cuales, por otra parte, tienen el mismo significado.

La otra objeción del Dr. Muñoz —hecha sí en cuanto al régimen en sí mismo— se refiere a la pérdida de la limitación para el explotador por causa del dolo de sus dependientes: coincide en que lo pierda cuando el dolo es del transportador, pero lo preocupa que el dolo de los dependientes también le haga perder el beneficio de la limitación.

Aquí la base de la solución es un viejo aforismo jurídico: “El dolo todo lo corrompe”. La presencia del dolo trae como consecuencia, precisamente, la sanción.

El problema más serio que debatimos aquí es, si aparte del dolo, hay que incluir o no a la culpa grave, pero con respecto al dolo, estamos todos de acuerdo. Al no existir una limitación posible en materia de dolo, o cuando el dolo fuera de los dependientes, hay otro principio, aquél de la responsabilidad por los dependientes que configuraría el resto del cuadro jurídico. Es decir, daría las bases sobre las cuales tiene fundamento la solución consagrada.

Para el transportador y todos los dependientes no hay limitación, de manera que recurrimos al Código Civil y aplicamos las disposiciones sobre cuasi-delitos. Evidentemente, el resultado, aunque parezca un poco excesivo, obliga a hacer perder el beneficio de la limitación bajo pena de tener que cambiar, aquí sí, principios fundamentales en materia de responsabilidad.

Señala, asimismo, que el seguro y la fianza de empresa debieron haber sido permitidos; cabe responder que el seguro no sólo está permitido sino que en todos estos casos es obligatorio en el régimen del Código y que, aparte de los casos en que es obligatorio, puede asegurarse cualquier interés, como ya decía el Código de 1954, sin que sea necesario volver a exponerlo. En cuanto a la fianza o garantía de empresa, personalmente tengo mis dudas. La ley de Vías de Comunicación de Méjico la admite con el título de hipoteca de empresa, recordándose aquella ley francesa sobre “Nantissement de fond de commerce” que también se refería a lo mismo.

Pero, frente a algo que debe tener carácter de derecho real de garantía, de verdadera hipoteca, parecería que la empresa no se ajusta a las condiciones, no da esa seguridad, por lo menos, la seguridad que se ha querido introducir en la obra de Vélez y que ya es patrimonio de todo el derecho argentino.

En un trabajo que publicó el Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y del Espacio, el Dr. Eduardo Cossentino, al analizar el tema de la hipoteca, se refiere precisamente a esta garantía, y la crítica, demuestra los riesgos que se introducen.

Vamos ahora, finalmente, al trabajo del Dr. Ortiz de Guinea, trabajo integral, de fondo hecho con la seriedad, con el conocimiento, con todas las virtudes y las cualidades que le conocemos al Dr. Ortiz de Guinea, no sólo quienes le profesamos afecto sino quienes objetivamente lo analizan.

En ese trabajo, el Dr. Ortiz de Guinea entiende que se debe equiparar a la culpa grave con el dolo y rechaza lo dicho en la nota al art. 147, donde se señala que, por el contrario, se ha considerado inconveniente adoptar el resto del texto del citado artículo de La Haya y se ha optado por mantener solamente la causal de dolo como la única que puede privar al transportador de las limitaciones, porque las demás causales son extrañas a nuestro régimen jurídico.

Dice el Dr. Ortiz de Guinea y creo que tiene razón, que si ese fuera el único argumento no tendría ninguna solidez. Expresa textualmente esto: "si ese es el único argumento tenemos que declarar la ausencia, en nuestro criterio, de responsabilidad".

Creo que no es el único, fue simplemente una mención o un resumen.

El Dr. Ortiz de Guinea hace un análisis, muy bien hecho, de la responsabilidad en el Derecho Civil y señala que allí el carácter fundamental está en la ilimitación mientras que, en cambio, la limitación es normal en el Derecho Aeronáutico y señala la diferencia que existe entre una u otra rama en un párrafo que voy a leer porque lo considero de extraordinaria elocuencia: "Esto no significa nada, la referencia es la que hablábamos, para resolver como corresponde el problema común de los arts. 147 y 162 del Código Aeronáutico, ya que una atadura total a la legislación civil no puede considerarse conveniente ni adecuada a la realidad y tampoco armoniza con la declarada autonomía del art. 2 del Código Aeronáutico, tanto más que ella haya sido puesta a prueba rompiendo ese liga-

men al establecer lo que el Derecho Civil no establece: la limitación”.

Alaba el texto de La Haya que, como ustedes recuerdan transformó la equiparación de dolo y culpa: grave refiriéndose al que causa un daño con intención de causarlo o con una temeridad tal que probablemente causaría daño. Se pronuncia en favor de esta solución, invoca, por otra parte, la incidencia de la culpa de la víctima, cree insuficiente, por consiguiente, distinguir entre dolo y culpa, compara con la solución dada en materia de accidentes del trabajo por la ley 9.688, inclusive con una cita de Podetti y se refiere a que, al haber ratificado el Protocolo de La Haya, tenemos soluciones diversas para el ámbito interno e internacional.

Me parece muy razonable toda la argumentación del Dr. Ortiz de Guinea como siempre, pero no comparto la posición, no comparto sus conclusiones y voy a tratar de justificar rápidamente mi respuesta.

En primer término, vamos a partir de un postulado que nos va a servir de algo así como una primera premisa y que sé que el Dr. Ortiz de Guinea está de acuerdo en ello, de manera que estoy eximido de cualquier clase de demostración; por eso lo llamo postulado. En la primera sesión de estudios, el doctor Ortiz de Guinea se refirió a que los grandes conceptos que dominan en el fondo a los códigos que enfocan aspectos parciales, nacen de los códigos que tienen un ámbito mayor, es decir, entiendo que las grandes notas en materia de responsabilidad, dolo, culpa, caso fortuito deben ser definidas o conceptualizadas en el Código Civil y que con esos conceptos tenemos que manejanos en las otras leyes.

Y ahora, vamos a ver cómo se llega a la solución legal. Debemos aclarar que la solución del nuevo Código Aeronáutico coincide con la que traía el anterior y que, por lo tanto, hay que remitirse a aquella ley para ver por qué se optó en 1954 por esta solución.

Esta posición tiene hoy una ventaja: hay alguna perspectiva —no se si podemos llamarla histórica—, quizás ya trece años en materia de Derecho Aeronáutico puedan permitir hablar de histórica.

En 1954, don Gonzalo García —y le vuelvo a rendir homenaje— y su equipo, se encuentran abocados a una situación compleja: tienen un régimen de responsabilidad, en el ámbito interno definido por el Código Civil, donde en la misma nota

del art. 502 Vélez analiza el tema en el Derecho Romano, de la gradación de las culpas y lo deja de lado, toma una redacción para el art. 502 que ha sido muy ponderada, lo que todos conocemos, de manera que no me extiende. Por otra parte, en los textos internacionales vigentes, Convención de Varsovia, que había sido ratificada dos años antes, hay un sistema distinto, donde se equipara al dolo con la culpa grave.

Entonces ellos tienen el problema nacido de la necesidad de integrar su código en el sistema legislativo nacional y en el referido a un aspecto internacional del transporte. El art. 25 del Convenio de Varsovia: "El portador no tendrá derecho a prevalerse de las disposiciones del presente Convenio que excluyen o limitan su responsabilidad si el daño proviene por su dolo o de faltas que con arreglo a la ley del tribunal que entiende en el asunto se consideren como equivalentes al dolo".

Y tienen que optar, ese terrible problema que a todos se nos presenta todos los días; cuando tomamos una decisión, hemos optado y hemos dejado algo. Los autores del código tienen que optar en qué sistema lo integran y eligen integrarlo en el del Código Civil.

La nota explicativa es muy simple, no hay prácticamente fundamentación, se dice que en el caso de dolo no podría admitirse la limitación, nada más, pero lo que hoy tenemos que ver nosotros es si esto que los codificadores entendieron era razonable, si fue acertada su decisión. Cabe primero analizar lo ocurrido en el ámbito del Derecho Aeronáutico; acabamos de señalar ya que el texto de Varsovia fue modificado, vale decir, la solución que se les ofrecía en ese momento para mantener un sistema integral ya hoy no tiene vigencia, ya no se habla en La Haya de dolo y culpa grave, sino que el Protocolo da satisfacción a eso que ocurre muchas veces en el ámbito internacional, a la necesidad de ajustar modos de pensar distintos de personas formadas en sistemas jurídicos también diferentes.

Ha desaparecido, inclusive, la mención del dolo, se habla de la acción u omisión del transportista o de sus dependientes con intención de causar el daño o con temeridad y sabiendo que probablemente causaría daño. No se habla de dolo y no se habla de culpa, se habla de la intención que nosotros podemos interpretar equivalente al dolo pero hasta el término ha cambiado y se menciona a la temeridad.

Por consiguiente, la solución que se les ofrecía en ese momento no ha logrado ni siquiera mantenerse un tiempo mínimo

ya que el Protocolo de La Haya es del 55 o sea un solo año después de promulgado el Código nuestro y se justifica que se haya dejado de lado a aquélla. Si se hubiera optado la posición de Varsovia, hoy tendríamos que haber hecho una modificación. El concepto de temeridad en nuestro derecho, a mí, por otra parte, no me parece tan claro.

Veamos ahora qué ocurrió en el ámbito civil. Dejo de lado todo lo que se ha dicho en favor del art. 512 y su nota. Recojo la observación de que hay casos de culpas distintas. Todos los conocemos: por ejemplo, el código juzga distintas la responsabilidad del depositario y la del comodatario: en un caso, exige la simple diligencia que pone en sus cosas y en el otro exige más.

Pero ¿qué sucede?, el art. 512 dijo muy bien que 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 correspondiese a las circunstancias de las personas del tiempo y del lugar. Estas circunstancias son las que varían pero hay algo que no varía y es que en el dolo hay la intención de no cumplir, la intención de causar el daño, mientras que la culpa puede ser gravísima, puede demostrar una absoluta falta de preocupación y de diligencia pero no hay intención.

No voy a ampliar la argumentación, solamente voy a traer el recuerdo de alguien que es muy antiguo, como que fue inspirador de Vélez: recuerden ustedes aquella nota de Freitas, al pie del art. 445 si mal no recuerdo, donde analiza el problema de la influencia de la moral en el derecho y de cómo los conceptos morales no pueden ser dejados de lado en todo este problema. Lo hace con referencia a los actos jurídicos.

Por otra parte el principio de la unidad de la culpa, como se ha dicho, el dejar de lado las gradaciones en nuestro derecho, ha sido muy ponderado. En los últimos tiempos se ha recordado la opinión del Dr. Borda especialmente en el caso Guevara Lynch c/ TAFT para hacer mérito de la equiparación de la culpa grave al dolo, pero, frente a eso, a mí, por lo menos, me impresiona más, porque lo recuerdo, tenemos enseñanzas opuestas de nuestros grandes maestros.

De mi paso por la Facultad ya lejano, hay dos, con quienes, por cierto, tengo reacciones afectivas en el recuerdo, muy distintas, pero que los considero extraordinarios: el Dr. Raymundo Salvat y el Dr. Héctor Lafaille.

Nada me ligaba con el Dr. Salvat, no sentía ninguna afinidad con él, pero admiro sus conocimientos y el Dr. Salvat en sus clases de Obligaciones rebatía aquella construcción, según él, artificial con que los glosadores habían introducido la gradación de la culpa, con toda la complicación que se seguía de ello, para destacar la admirable solución de Vélez Sarsfield.

Con el placer de anotar, entre otras de sus obras, el Tratado de Obligaciones precisamente en la parte en que trató el art. 512, y donde su argumentación —lo digo especialmente para los alumnos que están acá— merece la pena que se lea y se relea porque es de una extraordinaria claridad. Su argumentación en favor de la unidad de la culpa es, para mí, definitiva.

Cita a algunos maestros, además, en el intento de reforma, en el Anteproyecto de Biliboni hay dos artículos, uno repite el 512, el otro no es tan claro pero cuando se concreta definitivamente en el Proyecto de 1936, la solución es estrictamente la misma del art. 512.

Todo ello demuestra que en el derecho argentino la legislación positiva a través del art. 512 del Código Civil, del que no podemos olvidarnos en ninguna de las otras ramas del derecho, y las opiniones de grandes maestros argentinos respaldan la solución que el Código Aeronáutico ha introducido.

Esto no es exclusivo del derecho argentino; me he permitido traer algunos libros, que han motivado alguna sonrisa cuando me ubiqué aquí, pero no puedo dejar de leer dos líneas, esta definición de Mazcaud de 1966, es decir la actualización máxima, comenta la circunstancia que la jurisprudencia hace uso del principio tradicional que admite la equiparación entre dolo y culpa grave y dice: “El principio es hoy objeto de ataques muy rudos, se hace notar que no es ni lógico ni equitativo tratar de la misma manera a la persona que quiso el daño y a la que no lo ha querido por estúpida que sea”, y sigue la argumentación.

Y la última palabra, y además una palabra que en unas Jornadas de Derecho Aeronáutico tiene un valor especial, la de Juglart en su edición de 1967, un libro que por primera vez se editó en 1964, que es de Derecho Civil, pero cuyo autor sabe mucho de Derecho Aeronáutico. Juglart, al analizar la falta grave la define como la injuria notoria y se refiere al problema del transporte aéreo donde dice que la cuestión se planteó muchas veces antes del 1º de agosto de 1963 en

Francia, es decir, antes de la aplicación del Protocolo de La Haya. Y expresa que si la falta grave pudo permitir dejar de lado una limitación de responsabilidad, “es porque se ha hecho jugar una regla que no está escrita en ninguna parte en los textos según la cual esta falta grave sería equivalente al dolo. Cuando se reflexiona bien, una distancia importante separa la falta grave del dolo” y se refiere a que todavía en el medio cabría la falta inexcusable que de cualquier manera entiende que no sería equivalente al dolo.

Creo, por consiguiente, que los antecedentes de nuestro Código, inclusive posiciones tomadas fuera del derecho argentino permiten calificar de razonable, no pido nada más, el régimen elegido por el código, la conclusión que oportunamente voy a someter —le pido disculpas al señor presidente porque me he extendido cinco minutos más de lo querido— va a ser simplemente esta: que el régimen del Código Aeronáutico, que sólo priva al transportador o al explotador de la aeronave de las limitaciones cuantitativas de su responsabilidad en el caso de dolo, es razonable y encuentra justificación en la legislación y en la doctrina nacional. Muchas gracias, señor Presidente.

**PRESIDENTE:** El relato del profesor Videla Escalada por lo profundo ha sido una clase magistral y así lo entendemos todos rubricándolo con un cordial y afectuoso aplauso, aplausos llenos de admiración. Como en sesiones anteriores, vamos a tomar nota anticipadamente, de las personas que deseen hacer uso de la palabra. El Dr. Ortíz de Guinea, el Dr. Casanova, Dr. Pandolfo, Dr. Muñoz. . . . .

**DR. ORTIZ DE GUINEA:** Señor Presidente, yo no sé si el Dr. Videla Escalada quizás haya limitado su exposición por la cuestión de los minutos y acaso puede no haber dicho todo lo que él quería decir. Realmente lo oído parece ya más que suficiente en materia de brillo y profundidad, pero yo diría que se dejara de lado cualquier norma y que el Dr. Videla Escalada como relator si lo considera necesario, extienda su brillante relación.

**PRESIDENTE:** La Presidencia acepta complacida y hace suyo el pedido del Dr. Ortiz de Guinea con el solo compromiso de que el Dr. Videla Escalada sea quien dirima la cuestión.

**DR. VIDELA ESCALADA:** Entiendo que he expuesto la esencia de los argumentos y agradezco de todas maneras la deferencia que esto significa. No deseo extenderme más en el uso de la palabra.

**PRESIDENTE:** ¿Alguien va a hacer uso de la palabra? Entonces, en principio, la Presidencia concede a los oradores ocho minutos para su exposición, sin perjuicio de que en la medida que veamos como se va desarrollando la sesión podamos ampliarlo. En principio, Dr. Ortiz de Guinea.

**DR. ORTIZ DE GUINEA:** Señor Presidente, yo entiendo que la conclusión a que ha llegado la relación es de una lógica absoluta teniendo en cuenta el criterio básico que inspira al autor de la misma en la interpretación del art. 512 y su mantenimiento integral dentro de cualquier disposición de leyes especiales o códigos, como el aeronáutico. La oposición que nosotros formulamos no hace a esa razonabilidad sino que tiende a adecuar la ley especial a un sistema que entendemos que debe ser propio sin dejar de considerar lo que correctamente ha señalado el Dr. Videla Escalada de que partimos siempre, de los conceptos generales que nos da esa gran rama del derecho que es el civil. Me voy a referir, desde que la posición que me corresponde ha sido muy bien descripta por el Dr. Videla Escalada, a algunos puntos de aclaración de lo que dije en mi trabajo. No creo en verdad, que se pueda hablar de disidencia con el Relator, por ejemplo cuando él dice que el Protocolo de La Haya no habría recogido la asimilación del dolo con la culpa grave, por haber incluido los términos de “intención” y “temeridad” yo creo que se trata nada más que el empleo de un lenguaje distinto, que el mismo Dr. Videla Escalada ha señalado, para ubicarnos dentro de un sistema jurídico que no es el clásico — el latino, el nuestro sino para tener en cuenta las modalidades especialmente del otro gran derecho que anda por el mundo — el aeronáutico. El Dr. Videla Escalada nos dijo unos minutos después en el dolo hay intención y entonces yo invierto la frase y digo la intención es no configurativo del dolo y la temeridad que es fórmula que se está extendiendo en casi todos los textos internacionales en el campo del derecho de la navegación en sentido de unidad como sostengo, importa no culpa sino culpa grave y me parece desde ya que respetando la altísima autoridad de los autores franceses que nos ha recordado el Dr. Videla Escalada, que si bien es cierto por

siempre habrá una diferencia entre el dolo y la culpa en razón de la presencia del factor intencionalidad en uno, ausente en el otro en una graduación de conducta que comienza desde el hecho no culposo y termina con el hecho doloso no tengo ninguna duda de que la culpa grave, la temeridad con conciencia de que razonablemente un daño iba a producirse se aleja mucho más de la culpa lata y se acerca mucho más al concepto de dolo. Es decir hay una proximidad de efectos que razonablemente pudieron preverse que me parece puede vencer la valla que separa el dolo con la culpa grave. Por otra parte conviene aclarar que en ningún momento nosotros creemos que debe hacerse diferenciación en la graduación de la culpa cuando ésta nos interesa como causal determinante de la responsabilidad. En ese sentido participamos y no puede sostenerse lo contrario de lo que tan claramente está dicho en la nota al art. 512 del Código Civil. Pero en el campo del Derecho de la Navegación, frente al hecho que se produce con motivo de la circulación de los vehículos navegatorios, cuando ya está establecido el límite de la responsabilidad, es decir, cuando ya la responsabilidad no se discute porque vendrá por las causales que nos permiten decir a veces “subjetivas” u otras “objetivas” pero se es ya responsable y se es limitadamente responsable, el papel que nosotros queremos darle a la culpa grave, no es el mismo papel que le da la nota del art. 512 que la ubicaba como causal de la responsabilidad. Acá la ubicamos como causal del mantenimiento o de la pérdida de la limitación. ¿Y en ese sentido aceptando que con toda razón y lógica dentro de la estructura civilística que corresponde al pensamiento del Dr. Videla Escalada puede seguirse defendiendo el criterio de la unidad de culpa? Nosotros creemos que debe adaptarse el sistema de la asimilación de la culpa grave al dolo, al sólo efecto de no poder ya participar de la limitación de la responsabilidad. Y para concluir quiero decir que hasta me parece que está mal redactado el tema que estamos tratando, yo soy el culpable, porque no debe decirse por parte de quien ayer sostuvo que la limitación de la responsabilidad principio de la materia, “pérdida del beneficio de la limitación de la responsabilidad”. Sería beneficio si se lo juzga frente al problema de la indemnización integral consagrada por el Derecho Civil pero si uno toma la limitación de la responsabilidad en el análisis del “hecho autárquico”, “fenómeno navegatorio” que Scialoja describió maravillosamente bien en lo que tiene por propia na-

turalza ambiental y técnica e incidencia en lo jurídico, no puede decirse "Beneficio de la limitación" sino "régimen especial de responsabilidad", distinto al del Derecho Civil. Nada más señor Presidente.

**PRESIDENTE:** Dr. Casanova.

**DR. CASANOVA:** Resulta temeraria mi participación en esta discusión teniendo a la vista la altura de los profesores que participan. Sin embargo voy a arrimar mi opinión que en gran parte va a coincidir con la del Dr. Ortiz de Guinea. Disiento en cambio con la que tan brillantemente ha expuesto el Relator. Entiendo como el Dr. Ortiz de Guinea que estamos en un sector del Derecho distinto del derecho común en algunos aspectos. En el derecho común tenemos la culpa, tal como se establece en el Código Civil sin graduación y todo aquél que sea culpable por mínima que sea su culpa, por mínima que sea su falta deberá responder por el total del perjuicio que ha causado, es decir la víctima tal como lo entiende nuestra jurisprudencia tiene que ser ubicada o colocada tal como se encontraba antes de la producción del hecho que produjo el daño. Sin embargo en el Derecho Aeronáutico la limitación de la responsabilidad que no existe en el derecho común y teniendo un principio distinto también toda esa configuración de la responsabilidad debe variar. En nuestro Derecho Aeronáutico tenemos el principio de la limitación en materia de transporte entre otros con un artículo que establece la exclusión de la responsabilidad o con límites, inclusive, cuando haya culpa y la desaparición de este límite cuando exista el dolo. Quiero advertir en este momento que me voy a referir exclusivamente a la legislación nacional sin tocar, al menos en fondo, la legislación internacional, es decir el protocolo de La Haya. Entendemos entonces, que debe reinar una solución distinta a la del derecho común. La Convención de Varsovia de 1929 ya hablaba del dolo o falta equivalente que la jurisprudencia nacional por influencia comparada había tratado de adecuar ese concepto de falta equivalente a un concepto que para el derecho anglosajón sería la "wilful misconduct" que para el derecho latino resultaría un tanto difícil conceptuarlo ya que es una etapa intermedia entre la culpa y el dolo quizás más cercana del dolo que de la culpa simple o culpa leve. Me voy a permitir traer acá algo ya muy conocido por todos los asistentes pero que resulta interesante y son aquellas palabras del Juez Barry en aquella sentencia

del tribunal ingiés del año 1952 que no llegó a ser sentencia pero que conceptuó a mi modo de ver y como lo cita el doctor Perucchi con bastante precisión, el concepto de esa falta equivalente; y así decía que “era una negligencia en la cual la voluntad toma parte y es algo completamente diferente en su naturaleza de la mera negligencia, de la mera negligencia o descuido por grandes que estas meras negligencias o descuidos pudieran ser. Y entonces se deberá establecer no solamente que el piloto a sabiendas efectuó el acto erróneo sino que también cuando lo realizó sabía que se trataba de un acto erróneo, es decir que sabía que estaba actuando negligentemente, que la persona que realizó el acto sabía que estaba haciendo algo erróneo y lo sabía en esos momentos y aún así lo hizo igualmente o también que la persona que cometió el acto lo hizo descuidadamente sin preocuparse si estaba actuando bien o mal no teniendo para nada en cuenta las consecuencias de lo que estaba haciendo sobre la seguridad de la aeronave y pasajeros para los cuales él es responsable, o era responsable”. Evidentemente, que estas frases precisan un poco el concepto de esa falta equivalente que podría ser en algún momento calificado como la culpa grave que nos ocupa en este momento. El Dr. Videla Escalada en su relato ha citado el Derecho Comparado, la doctrina de maestros del tema y también por ser francesa yo voy a citar aquí a la nueva ley del transporte marítimo que nos interesa por la vinculación existente y sobre todo porque se trata de un país con tantas identificaciones en el derecho con respecto al nuestro. Esa ley francesa que no voy a poder citar con precisión, es del año pasado y en su artículo 40, luego de hablar de las limitaciones de responsabilidad se refiere a la falta o la desaparición de esa limitación en los casos de dolo o, y allí emplea la palabra falta equivalente, repitiendo con gran similitud muchos de estos conceptos del juez Barry que acabamos de leer. Quiere decir que aquí se da a la inversa de lo que ha venido sucediendo en estos últimos 50 años o sea que el Derecho Aeronáutico va a beber del Derecho Marítimo y aquí pareciera que es el Derecho Marítimo el que toma algo del Derecho Aeronáutico salvando la posición de que podría admitirse que esa disposición de la nueva ley francesa del año pasado, podría también ser tomada de Bruselas del 24, con respecto al transportador marítimo. Voy a disentir con el Dr. Ortiz de Guinea, por su trabajo en lo que hace a alguna fundamentación cuando dice que el art. 167 y 171 hablan de graduación de culpas. Para mí, no sé si me equivoco en la

interpretación del trabajo, en el actual Código Aeronáutico en ningún momento se gradúa culpa. Establece proporcionalidad o gradación de culpas que es algo distinto del problema que nos ocupa ahora. La graduación o proporcionalidad siempre la tenemos con respecto a dos personas que pueden ser consideradas culpables o responsables, es decir establecer el porcentaje quien tiene más culpa o menos culpa. Pero no es el problema que nos ocupa en este momento, es decir, con respecto a una sola persona culpable. ¿En qué medida es culpable; si es muy culpable o levemente culpable? Por eso entonces en ese aspecto disiento con el Dr. Ortiz de Guinea en que nuestro actual código aeronáutico en ningún momento se refiere a la graduación de culpa, en cuanto nos ocupa en este momento como culpa grave. Resumiendo, en nuestro derecho aeronáutico, repito, no se encuentra legislada la culpa grave y es una necesidad que se lo haga, es decir es una necesidad que se la legisle. Estamos repitiendo lo que ya se hizo en el 54, es decir que no bien sancionado el código, ya se estaba hablando de su reforma; no hablamos de reforma de código sino de incorporación en alguna medida de una norma que establezca un cierto principio de justicia a mi modo de ver. No es posible, que en casos donde si bien no hay dolo de acuerdo al concepto que tenemos nosotros en el derecho común, es decir la intencionalidad de causar un daño, pero se ha obrado con total negligencia a sabiendas de los peligros que estaba corriendo con esa actitud, se la trate en igual forma que una simple culpa, es decir con una limitación de su responsabilidad. Por eso, mi posición, es de que se legisle la culpa grave en el Derecho Aeronáutico con esta alternativa que dejo abierta al legislador: ya sea equiparándola al dolo o bien estableciendo un límite intermedio, es decir, con topes de limitación distintos a los topes de limitación con respecto a la culpa común. Nada más.

**PRESIDENTE:** Las palabras del Dr. Casanova avalan el alto concepto y el justo título de estudioso con que siempre se lo ha distinguido. Teniendo la dirección del debate, me voy a tomar el atrevimiento de hacer una sugerencia. La nueva Ley francesa cuyo inspirador es Rodiere a quien hemos escuchado en la Facultad de Derecho con la presencia del profesor Ortiz de Guinea no es afortunada y, lamentablemente, llegamos a la conclusión que no constituía un avance en la materia porque retrotraía conceptos y despejaba posiciones ya muy definidas y superadas.

Dr. PANDOLFO: Muchas gracias, señor Presidente. Hace 12 años como delegado argentino concurrí a la conferencia de La Haya. Recuerdo que el problema de la culpa fue ardiente, existió una oposición de los Estados sudamericanos y del resto de Europa. Pero como había que llegar a una fórmula transaccional se adoptó el art. 13 del Protocolo de La Haya. El art. 25 del Convenio de Varsovia, decía así: "El transportador no tendrá derecho a ampararse en los preceptos de la presente Convención que excluye o limita su responsabilidad. Cuando el daño provenga del daño suyo o de una falta que según la ley del tribunal competente era considerado como equivalente al dolo". En el nuevo texto del Protocolo de La Haya se eliminó la frase que dice: "según a ley del tribunal competente". Es decir, que en todos los casos, el dolo o la culpa grave en el transporte aéreo internacional debe ser considerada en el mismo rango; para determinar la aplicación o no de los límites de responsabilidad. Concretando, en la conferencia de La Haya se formularon tres ponencias acerca del concepto de culpa grave. La primera de ellas decía: "si hubiese actuado con temeridad o sabía o debería haber sabido que probablemente causaría daño", también fue desestimada porque solamente obtuvo once votos. Pero, finalmente, la tercera moción propuesta por Francia decía: "y si hubiera actuado con temeridad sabiendo que probablemente causaría daño". Esta obtuvo trece votos y se consagró en el artículo 13 del Protocolo de La Haya. En esa ocasión, recuerdo que la representación argentina sostuvo que la aplicación de la norma no nos causaría daño porque, dentro de nuestra legislación no admitía la culpa única, pero, posteriormente, cuando se redactó, en definitiva, el texto del art. 13 hemos observado que en el orden internacional debíamos considerar la culpa grave porque se había eliminado la frase: "según la ley del tribunal competente. Es decir que el principio de la culpa única del Código Civil en el transporte aéreo internacional no rige. Ahora bien, frente a esta situación tenemos dos planteos completamente distintos, por un lado el juez que debe resolver un problema de responsabilidad en el transporte aéreo internacional, tendrá que considerar el dolo o la culpa grave. Cuando se trate de un problema de transporte aéreo interno, solamente podrá considerar el dolo. De ello no me cabe duda. Ahora, en cuanto al concepto de temeridad, leyendo la discusión llega a un entendimiento claro de lo que quisieron decir los delegados ingleses y los delegados de Fran-

cia. Sobre todo en la discusión hubo una concepción brillante del profesor Garnault de Francia y pienso que la discusión del texto del Protocolo de La Haya va a arrojar luz para el caso de que deba resolverse un problema de carácter internacional. Muchísimas gracias, señor Presidente.

**PRESIDENTE:** Le agradecemos al Dr. Pandolfo la brillante y esclarecedora exposición. El Dr. Muñoz tiene la palabra.

**DR. MUÑOZ:** Señores: Me parece que en las conferencias internacionales ya lo sean protocolarmente, esto es, reuniones de ilustres diplomáticos que, aunque abogados, por lo general, han olvidado la Ciencia Jurídica, o bien de carácter internacional aunque universitario, lo primero que tenemos que hacer es olvidarnos de la exegética, porque ésta justamente es la que da al traste con las conferencias internacionales y con las codificaciones. Digo esto, porque Sebastián Soler, hace ya muchos años dijo con su autoridad indiscutible, que el problema de la culpabilidad es común a todo el Derecho, esto es para el penal, civil, administrativo, etc.

De suerte que a los especialistas del derecho aeronáutico no les es lícito plantear una dogmática sobre la culpabilidad especialísima, pues ese es el grave error de las resoluciones internacionales y nuestro Código Aeronáutico. En el y legislar sobre culpabilidad se emplean muy diversos vocablos: fraude, culpa, dolo y en las convenciones internacionales la voz temeridad, cuando lo temerario consiste en emplear excesivo número de vocablos que luego no se pueden explicar, y es lo acontecido en esta reunión.

Estoy de acuerdo con el ilustre maestro Videla Escalada en que es mejor emplear una sola palabra, la palabra culpa, y no añadir objetivos como grave, leve, levisima, porque si además de eso se elabora toda la teoría de la culpabilidad a base de ingredientes subjetivos pretendiendo que se desglie de una responsabilidad objetiva que no existe más que en el papel, o se establecen fórmulas evidentemente retardatarias y hasta totalmente injustas como en la graduación económica de la culpa a base del franco, oro, etc. Cometemos un grave error. La posición de Sebastián Soler es clarísima, cuando atribuye a los hombres que nos dedicamos al derecho privado abuso del lenguaje al confundir el dolo con el fraude, por entender que no es lo mismo maquinación fraudulenta que dolo, y en nuestro Código Aeronáutico se habla en algún artículo de fraude

y en otros de dolo y por lo tanto esto induce a soluciones equívocas. En las leyes la terminología debe ser inequívoca. Que la doctrina de la culpabilidad es común para todo el derecho lo sostiene también Luis Jiménez de Asúa, el maestro de la Universidad de Madrid, y entre nosotros Werner Goldschmidt. Los ingredientes subjetivos no pueden estar en el Código Aeronáutico si se pretende establecer una limitación de la responsabilidad desde el punto de vista objetivo; pero es que la teoría de la responsabilidad subjetiva, desde que aparecen los mecanismos, la maquinaria está totalmente superada y hay que hablar mejor de responsabilidad por el riesgo creado. Esto es, la existencia del mecanismo peligroso, etc., es lo que va a determinar la responsabilidad independientemente del autor porque ¿quién puede medir la temeridad o la no temeridad? Creo que no puede hablarse de culpa grave y los penalistas tienen razón, porque la palabra grave es demasiado grave para ser interpretada, por eso me permití recordando los trabajos de aquellos que en este caso nos deben ayudar, pues el Derecho es uno.

PRESIDENTE: Como se han inscripto otros dos oradores y ya está. . . . . le voy a agradecer que en la brevedad posible poder concretarlo.

DR. MUÑOZ: Un segundo, señor Presidente, creo que no puede hablarse de culpa grave y que a lo sumo habría que hallar una fórmula que comprendiera la culpa simple, o inconsciente, y la consciente o con representación, de tal manera que la culpa consistirá en la producción de un resultado ilícito con la omisión de una conducta esperada, por falta del deber de atención y previsión, no solo cuando haya faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá o de la consecuencia del no hacer, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ese resultado, ha sido fundamento decisivo del comportamiento o de la conducta del autor que se producen sin querer el resultado injusto, y sin ratificarlo. Muchas gracias, señores.

PRESIDENTE: El Dr. Ferrer tiene la palabra.

DR. FERRER: Agradezco esta posibilidad que se me brinda de intervenir a pesar de no haber estado originariamente anotado. Naturalmente, que una felicitación muy sincera por la brillantísima exposición del maestro Videla Escalada a la que por otra parte nos tiene acostumbrado y siempre nos sorprende cada vez, es lo más importante que yo puedo decir.

Y naturalmente que a lo dicho por él nada puedo agregar pero las intervenciones posteriores me han hecho nuevamente y a pesar de la opinión contraria de mis amigos refirmarme en el inconveniente, y hoy lo vemos, que trae este bendito instituto de la limitación de la responsabilidad, sin el cual, naturalmente, no estaríamos frente al problema. Pero a mi me parece que la técnica del código es clarísima, que el código que aceptó ya el principio de la limitación de la responsabilidad no tiene otro camino para proceder con una técnica legislativa clara y de evitar situaciones y no crear complicaciones, que establecer exclusivamente el problema del dolo. Ya sabemos nosotros y así lo hemos dicho que el sistema de la responsabilidad absoluta u objetiva está fundada en derecho, porque sino no tiene legitimación en el riesgo, sea este riesgo creado, sea riesgo provecho, sea la combinación del riesgo creado y del riesgo provecho, como lo entiende en un magnífico trabajo recientemente publicado el civilista cordobés profesor Dr. Iván Díaz Molina, pero siempre del riesgo. Quiere decir, que repitiendo lo que dijo el profesor Videla Escalada en ese riesgo que estoy creando con la actividad y por eso es que la responsabilidad objetiva tengo que buscar un pivote que me va a decidir por un camino o el otro. ¿Hay intención o no hay intención de causar el daño? Si hay intención, estamos frente al caso del dolo y estamos frente al caso del art. 147 del código. Muchas gracias señor presidente.

PRESIDENTE: El Dr. Folchi tiene la palabra.

DR. FOLCHI: Señor Presidente: Comienzo por adherirme doblemente a las palabras del Dr. Ferrer. En primer lugar, en la calurosa felicitación al Relator, Dr. Videla Escalada, por su trabajo brillante, a lo que, por otra parte ya nos tiene acostumbrados desde hace muchos años. En segundo término, en el agradecimiento a la Presidencia por habernos permitido hablar no más de dos minutos en mi caso —mucho menos tiempo utilizó el Dr. Ferrer en su intervención— a pesar de no habernos inscripto al comienzo del debate. En verdad, el Dr. Ferrer me ahorró tiempo en lo que dijo con relación al dolo y por ello no insistiré al respecto. Pero además quería mencionar yo un antecedente bastante importante que, como consecuencia de las intervenciones posteriores, me vino a la memoria. Se trata de uno de los “leading cases” más célebres que debió juzgar la Suprema Corte de Justicia de los

Estados Unidos, y me parece que el recuerdo es importante, porque precisamente dicho país pertenece al mundo jurídico del "common law", donde el problema de la culpa grave, del dolo, difieren evidentemente del seguido en nuestro país, de raíz latina. El fallo es el de "U. S. v. Causby, 3.8 U.S. 256 (1946)", y a su respecto Billyou no titubea en considerarlo el más significativo caso de Derecho Aeronáutico planteado en los Estados Unidos ("Air Law", 1964, pág. 32). Tiene razón el autor norteamericano, porque el fallo de la Suprema Corte hace mención a conceptos trascendentales de distintas instituciones de Derecho Aeronáutico. El caso, que data de 1946, en síntesis es el siguiente: el accionante poseía una granja destinada a la cría de pollos cerca de un aeródromo en el que operaban aeronaves militares, y el ruido producido por éstas hizo que las aves, asustadas, destruyeran las instalaciones de la granja, impidiendo la obtención del fin comercial que guiaba a aquél. En consecuencia, se alegó por el demandante un perjuicio que debía ser indemnizado de acuerdo con lo dispuesto por la Quinta Enmienda de la Constitución norteamericana, según la cual la propiedad privada no puede ser sometida al uso público sin justa compensación. Además, consideraba el accionante que en el caso existía un "taking of property", expresión sin traducción literal en castellano, pero que significa algo así como invasión o toma de la propiedad privada, a cargo de las aeronaves gubernamentales.

La doctrina que surge de este fallo tiene alta significación, pues se refiere a que la máxima "cujus est solum ejus est usque ad coelum" no puede ser aplicada estrictamente y debe adaptarse a las necesidades de la "air age"; se afirma que la propiedad del espacio aéreo se extiende, para el superficiario, hasta donde realmente pueda ocuparlo y usarlo; también se dice que no puede determinarse límite al espacio aéreo "navegable", y se adopta por ende una posición flexible a fin de tener preferentemente en cuenta cada situación concreta. También se agrega en el fallo el concepto de que deben indemnizarse los daños producidos por el ruido de las aeronaves operando en aeropuertos cercanos, que en este caso produjo una desvalorización económica, y, ya desde el punto de vista interno del Derecho norteamericano, permite un nuevo tipo de acción bajo la tesis del "taking of property", que luego ha sido utilizado con frecuencia por diversas cortes estatales en casos similares. (ver "Liability for aircraft noise — The

aftermath of 'Causby' and 'Griggs'” por James D. Hill, en “University of Miami Law Review”, vol. 19, Fall, 1964, N° 1) En lo que tiene relación con el tema que aquí estamos debatiendo, destaca la Suprema Corte de Estados Unidos la diferencia que existe entre los daños que se causan sin intención y los que llevan una intención de dañar. Y precisamente para lograr una justificación jurídica al problema de la indemnización debida a los demandados en el caso citado, acude el más alto tribunal estadounidense a la mencionada 5ª enmienda de la Constitución americana, o sea al citado “taking of property”, y lo hace para dejar sentada la importancia que tiene distinguir cuando el daño se efectúa con o sin intención. Creo, pues, que este antecedente resulta muy útil para el debate que aquí estamos realizando. Muchas gracias.

**PRESIDENTE:** El Dr. Ortiz de Guinea tiene la palabra.

**DR. ORTIZ DE GUINEA:** Si la presidencia me permite, creo que tenemos aún algunos minutos, yo haría valer la situación contemplada en el art. 8º y hablar por segunda vez, pero no necesitaré sino dos minutos. No usaré los cinco del reglamento. Busco conciliar lo que aparentemente pueden parecer posiciones extremas, distintas. Después de lo que acaba de decir el Dr. Ferrer, yo pienso que la afirmación de que la responsabilidad por el riesgo creado permite el distinguir entre si la conducta fue intencional, en cuyo caso no habría limitación o si no fue intencional, sin graduación del tipo de culpa, si la habría, esto me parece aceptable si se trata de la responsabilidad por el riesgo creado, denominada objetiva, es decir podría ser en el caso de daños a los bienes en la superficie y en ese sentido recordemos que la Convención de Roma de 1952 no trae una disposición análoga a la que trae el Protocolo de La Haya. Pero en el caso de la responsabilidad del transportador en nuestro país no está sometido al principio de la “objetividad y del riesgo creado” porque permite, como lo recordó el Relator y lo sabemos todos, que acreditaba la debida diligencia no se es responsable, me parece que para tal supuesto ya no podría invocarse ese argumento. Y con relación a la calificación de la culpa dentro de los supuestos en que podría jugarse según los tres grados distintos que resultan de la relación de la interpretación que yo le doy al pensamiento del Dr. Ferrer y del que personalmente he tenido, observo que en el trabajo del Dr. Muñoz

hay una adhesión a la calificación de la culpa, aunque inicialmente haya dicho que las dos culpas sin adjetivos parecen vocablos más inequívocos que la expresión culpa grave, pues luego indica justamente nuestro pensamiento al decir que a lo sumo cabría acoger una fórmula que distinguiera la “culpa simple o inconsciente” y la “culpa consciente” pues esa culpa que se denomina “consciente” es aquélla que en los textos internacionales se marca ahora con las palabras “temeridad” y conciencia de que probablemente un daño iba a tener que producirse como resultado de ello. Nada Más.

**PRESIDENTE:** Ha solicitado la palabra el Dr. Ferrer y la presidencia entiende, dada la calidad del debate, concederle la palabra.

**Dr. FERRER:** Muchas gracias señor Presidente. Es solamente un segundo porque he tenido el honor de ser aludido por el miembro recién interviniente. El maestro Ortíz de Guinea ha dicho con mucha precisión y con mucha habilidad un argumento que sería excluyente de responsabilidad; no entiendo que sea así, mi estimado Dr. Ortíz de Guinea, porque en el régimen de nuestro código civil está netamente separada la responsabilidad objetiva de la responsabilidad subjetiva, no es menos cierto que la responsabilidad subjetiva del Código Aeronáutico no es la responsabilidad subjetiva del derecho común, porque el sistema de responsabilidad agravado nos está dando a nosotros la pauta de eso. Estamos frente a lo que me decía ayer con muchísima razón el profesor Videla Escalada de que estamos siempre frente a casos de culpa agravada y cual es la razón para agravar esta culpa. Yo entiendo que si no pensamos que el fundamento está en el riesgo creado o en el riesgo provecho, sería injusta la agravación de esta culpa. Nada más, señor Presidente.

**PRESIDENTE:** Dr. Fernández Méndez, le concedemos la palabra. Como se han adherido otros expositores no inscriptos originariamente, le agradeceríamos de su bondad hacerlo en la brevedad posible.

**DR. FERNÁNDEZ MÉNDEZ:** Le agradezco mucho señor presidente la posibilidad que me brinda. Yo quisiera referirme brevísimamente a una preocupación que he tenido al leer el Código Aeronáutico cuando en su art. 146 dice que toda cláusula que tienda a eximir al transportador de la responsabilidad o a fijar un límite inferior a

lo establecido en este capítulo, es nula, se refiere expresamente y sin lugar a dudas a toda cláusula eximente de responsabilidad. Este artículo es repetición del art. 140 del Código Aeronáutico derogado. El artículo siguiente 147, establece que el transportador no tendrá derecho a ampararse en las prescripciones de este capítulo que limitan su responsabilidad, cuando el daño provenga de su dolo. De manera que tenemos un juego de normas: por la primera, toda cláusula eximente de responsabilidad es nula y luego una sanción en caso de dolo, la pérdida del beneficio de limitación de responsabilidad. Pero entiendo y quiero dejar sentado esta inquietud, que debe modificarse el concepto de esa norma que establece que toda cláusula eximente de responsabilidad es nula, en virtud de lo que se ha resuelto luego de la Convención de Varsovia de 1929, que es la que dió origen a esta norma, en los Protocolos de Río de Janeiro, en la reunión del Comité Jurídico de la OACI, de 1953, y en el Protocolo de La Haya de 1955 cuando se dejó establecido que toda cláusula eximente de responsabilidad es nula porque en el contrato de transporte, el transportador puede dejar a salvo su responsabilidad, en el caso de vicio propio, oculto o no de la mercancía o en el caso de que los datos y declaraciones que el cargador inserte en la carta de porte, o en el contrato de transporte, sean deficientes, inexactas o irregulares. Por eso y sin entrar a la brillante polémica a que he asistido sobre la graduación de la culpa, entiendo que la técnica legislativa del Código Aeronáutico debe ser modificada para subsanar estas omisiones. Gracias, señor Presidente.

**PRESIDENTE:** No encontrándose más oradores, corresponde nuevamente al señor Relator culminar su brillante exposición.

**DR. VIDELA ESCALADA:** Muchas gracias, señor Presidente. Hicieron uso de la palabra en este debate, con indudable jerarquía, el Dr. Ortiz de Guinea, el Dr. Casanova, el Dr. Pandolfo, el Dr. Muñoz, el Dr. Ferrer, el Dr. Folchi, nuevamente el Dr. Ortiz de Guinea, nuevamente el Dr. Ferrer y el Dr. Fernández Méndez. El Dr. Ortiz de Guinea, con simpática actitud, acepta como lógica la conclusión del Relator dentro de la interpretación que el que habla dá al art. 512. Pero, a su vez, desea destacar que aspira a lograr la integración de un sistema especial dentro de los principios

propios de la responsabilidad en el Derecho de la Navegación. Creo que el Protocolo de La Haya acoge la distinción del dolo y la culpa grave. Creo haber dicho en mi relato que, efectivamente, los términos que ha usado el Protocolo, si los interpretamos con criterio estrictamente civilista, llamémoslo así, responde a lo que nosotros llamamos básicamente dolo y culpa. Por lo menos, cierto grado de culpa. Pero debo reconocer que en el Derecho anglo-sajón, no existen exactamente esas instituciones de manera que hay una transacción como muy bien se ha dicho. La referencia a lo que dice Juglart en su nueva edición, cuando refiere que los tribunales han cambiado su interpretación a partir de la ratificación por Francia, del Protocolo de La Haya, nos demuestra que, efectivamente, aquella equiparación que se podría hacer en Varsovia entre dolo y culpa grave, por lo menos en la interpretación de algunos tribunales muy serios, ya no se mantiene después en el Protocolo de La Haya.

Y un autor a quien citó el Dr. Pandolfo, el Dr. Garnault, Asesor de Air France y maestro francés del Derecho Aeronáutico, en un artículo publicado en la *Revue Française de Droit Aérien* de 1955, al comienzo, creo que en la página 1, que tengo en Santa Fe, pero que desgraciadamente no podía traer acá, porque era excesivo, señala que el Protocolo de La Haya ha intentado poner término, precisamente, a las dudas sobre el problema, eliminando la mención de la falta equivalente al dolo y yendo a un concepto sobre el cual mucho se discutió como muy bien lo destacó el Dr. Pandolfo, un concepto que pudiera satisfacer a todos.

De cualquier manera entiende el Dr. Ortiz de Guinea, y me parece muy razonable su manera de considerarlo, que la temeridad tal como la considera el Protocolo de La Haya, puede juzgarse como algo muy parecido a la culpa grave y que evidentemente cuando llega a ese grado se aproxima al dolo.

Sostiene que en el campo del Derecho de la Navegación, establecida la limitación, el papel de la culpa grave no es el mismo que en el Código Civil, no es un problema de atribución de la responsabilidad, sino, por el contrario, de apartamiento del principio de la limitación. Y que a este sólo efecto él cree que corresponde asimilar las dos nociones. Inclusive, formula una crítica al empleo de las expresiones "pérdida del beneficio de la limitación de responsabilidad por

culpa grave" porque entiende que no hay pérdida del beneficio.

Sabe el Dr. Ortiz de Guinea que no me gusta rehuir demasiado las responsabilidades, pero en este caso la declino totalmente, las he utilizado porque figuran en los papeles que me han dado, por lo tanto coincido con él en que es un problema, digamos, de sanción y apartamiento del régimen. O sea, el Dr. Ortiz de Guinea no está convencido con mi argumentación y yo no estoy convencido con la suya, lo que nos ocurre muy a menudo y que señala una discrepancia de tipo intelectual, que creo muy fructífera porque a los dos nos obliga a seguir profundizando para tratar de encontrar un justificativo para nuestras respectivas posiciones y no ceder.

El Dr. Casanova coincide con el Dr. Ortiz de Guinea, entiende y lo acompaño en esto, que estamos en un sector del Derecho distinto del Civil, también lo entiende así el Dr. Ortiz de Guinea, y que la presencia de la limitación es lo suficientemente decisivo como para configurar un verdadero sistema diferente. Aclara que sus observaciones se refieren exclusivamente a la legislación nacional, y con suma agudeza toma el texto de Varsovia y expresiones de Derecho Comparado para interpretar nuestro Derecho Nacional, lo que me parece muy legítimo porque son normas que juegan en una rama del derecho cuya internacionalidad aconseja hacer esto.

En esas condiciones se refiere a Varsovia, con su noción de la falta equivalente al dolo y cita la opinión del juez que define al concepto anglosajón de la "willfull misconduct". También hace una referencia a que la nueva ley de transporte marítimo de Francia, del año pasado, retoma los conceptos anglosajones e interpreta que esto implica, en alguna medida, una devolución de atenciones del Derecho Aeronáutico que provee ahora al Derecho Marítimo de algunos elementos como pago de parte de la gran deuda que tiene por todo aquello que éste le ha proveído en su historia.

Disiente con el Dr. Ortiz de Guinea y yo lo acompaño en esto al Dr. Casanova, en cuanto a la interpretación de la existencia de gradación de culpas en el Código, porque el Dr. Casanova cree que no es el mismo problema cuando se está analizando la situación de una sola persona que cuando estamos tomando la relación entre dos personas para graduar sus respectivas culpas. Entiendo que es así.

Su conclusión es que en nuestro Derecho Aeronáutico no está legislada la culpa grave, entiende que esto es una falla, que se la debería legislar, que se debe incorporar por lo menos una norma, hace mérito de no pretender ya una reforma integral del Código; tal vez si la propusiera, lo acompañaría porque creo que todo siempre se puede mejorar, y que se debe incorporar cualquier norma que introduzca una noción de justicia, según la expresión que él utiliza. Ahí no lo acompaña, ya que estima que se podría equiparar la culpa grave al dolo o bien señalar topes distintos, es decir hacer una diferenciación entre estos dos casos que son diversos y, por mi parte, como dije, juzgo que la distinción es esencial.

El señor Presidente hace una referencia a la ley francesa sobre transporte marítimo, que no le merece un juicio elogioso, a pesar de que asistió a la exposición que sobre ella hizo Rodière, gran autor francés, no hace mucho en la Facultad de Buenos Aires.

El Dr. Pandolfo aporta, una vez más, los frutos de una experiencia que ha sabido asimilar con una sistematización y una habilidad para las observaciones realmente plausible. Nos recuerda que fue delegado argentino en la reunión de La Haya y, por consiguiente, puede hablar con una autoridad con la que ninguno de los que estamos aquí podemos hacerlo.

Señala que la culpa grave ocupó ocho sesiones, que fue un estudio muy interesante, que se dieron los conceptos sobre todo por los delegados británicos y franceses, que la oposición de Sudamérica fue definida y que en última instancia se llegó a una fórmula transaccional. Esa es su calificación exacta, que la fórmula de La Haya no es, por consiguiente, algo que ninguna de las partes entendió perfecto, sino la manera de satisfacer la búsqueda de lo que podía encontrarse como un punto medio.

Se refiere al art. 25 del Convenio de Varsovia, con una mención muy importante de la aplicación, donde dice que ha de hacerse con arreglo a la ley del tribunal que entiende en el asunto y se considera a la falta grave como equivalente al dolo y hace notar que en La Haya se presentaron tres ponencias que significaban un concepto distinto de la temeridad, una de las cuales obtuvo tres votos, la que hablaba simplemente de temeridad; la otra llegó más cerca, obtuvo once, hablaba de "si sabía o debía saber" y, por fin, la que fue introducida en el Protocolo, que logró trece votos, y eliminó

esta importante mención. Ello motivó, inclusive, una interpretación de la delegación argentina que después no se pudo confirmar integralmente, vale decir, pensó la delegación argentina, con bastante razón, que no causaría daño en nuestro país la disposición aprobada porque aquí existe la unidad de culpa única. Pero, al haberse eliminado la referencia a la ley del tribunal competente, esto no es así y hoy estamos frente a dos situaciones distintas: en el ámbito del transporte internacional funciona hoy la solución de La Haya, así como antes era la de la equiparación del dolo y la culpa grave, y en el interno solamente caen las limitaciones en el caso del dolo.

Creo que se puede entender exactamente lo que significa la temeridad después de la gran exposición que hicieron los delegados franceses y británicos y se remite, también él, a las opiniones de Garnault que lamento no haber podido traer aquí por razones obvias.

El Dr. Muñoz, a quien deseo aclararle que había considerado su trabajo igual que el Dr. Fernández Méndez al comienzo de mi relato, y allí no había prescindido de él, hace una observación de índole general muy importante, en cuanto a que las reuniones internacionales deben olvidar los problemas de exégesis, es decir, que la línea exegética debe ser dejada de lado para tratar problemas generales. Creo que eso es exacto como línea general.

Señala que en esto hay un error que, por otra parte, se refleja en las Convenciones y también en el mismo texto del Código Aeronáutico en cuanto a que hacemos pequeñas secciones, sectores o capillitas, como él dijo, en las cuales nos manejamos con ciertos conceptos que no tienen validez general.

Reitero que acepto todo esto como punto de vista general, pero el problema es que aquí teníamos como tema de estudio concretamente una solución legislativa y no nos ha quedado más remedio que enfrentarla, tratando, de todas maneras, de hacer un acopio doctrinario que diluyera al problema de la ley o del texto mismo para ir a los principios al ocuparnos de los artículos del Código.

En la referencia a la terminología del Código Aeronáutico respecto al problema del equívoco entre dolo y fraude, expliqué que la expresión fraude estaba tomada con el mismo sentido que tiene en el Código Civil en el art. 2066, aquél

que se refiere al caso del juego cuando existe dolo o fraude recíproco. Con esa comprensión se la ha utilizado y también aclaré que lo de la culpa en el abordaje contemplaba precisamente una situación particular derivada de ese caso.

Creo, como él, que la responsabilidad objetiva quedaría comprometida por la solución que ha introducido el Código y que el Dr. Muñoz, como señalé, critica. Pero acompaño en esto al Dr. Ortiz de Guinea: creo que la responsabilidad objetiva no está en todo el Código sino solamente frente a los terceros en la superficie, y que, en el caso del transporte, la solución cabe dentro de un marco general.

Coincido con el Dr. Muñoz en que la culpabilidad es un tema general al cual no debemos solucionarlo con principios exclusivos de nuestra materia sino generales y recojo, porque me ayuda, en este momento la observación del Dr. Muñoz en cuanto a quien puede definir la temeridad. Dije, al principio, que era un término que a mí no terminaba de convencerme. El Dr. Pandolfo que estuvo y asistió y supo las dificultades que motivó la definición, llega en última instancia a que, después de haber vivido todo eso, entiende que el concepto se ha hecho claro pero, en general, para quienes no hemos tenido ese privilegio, y junto conmigo ligó a casi todos los integrantes de los Tribunales de Justicia, sé que el término origina algunos problemas y dudas. Los que han tenido oportunidad de manejar ese término, por ejemplo, en el Derecho Marítimo, tienen evidentemente una gran ventaja sobre nosotros.

Creo también que es cierto que los penalistas nos pueden ayudar y, en cuanto al problema de la distinción de la culpa simple de la culpa con representación, en rigor, ahí el Dr. Muñoz se acerca mucho a aquel concepto de los Mazeaud que, negando la posibilidad de asimilar la culpa grave al dolo, admiten y Juglart lo deja caer a través de aquello de la culpa inexcusable, admiten lo de una culpa que tendría ya intención, pero entonces no estaríamos en el ámbito de la culpa, sino que habríamos pasado directamente al dolo.

Vale decir, no creo que el Dr. Muñoz admita la graduación de la culpa, sino que está llevando a un solo tema, el de la culpa, las dos figuras que denominamos culpa y dolo para poderlas ubicar precisamente en un cuadro único.

Después habló el Dr. Ferrer y retomó, con clara seguridad, su tema de la conveniencia de la ilimitación, señalando

que las opiniones vertidas lo ratificaban en su posición. También aceptó que, tomada por el Código Aeronáutico la posición de la responsabilidad limitada, no le quedaba a la ley otro camino que consagrar la solución a que llegó, es decir, distinguir según la intención del protagonista.

Citó al jurista cordobés Iván Díaz Molina y dio dos conceptos muy importantes relacionados con el riesgo, aquéllos del riesgo creado y del riesgo provecho. Y señaló que una vez que el riesgo está creado no hay otro criterio seguro para la distinción que recurrir a la intención de los protagonistas.

El Dr. Folchi aportó un antecedente importante al debate: trajo a colación un *leading case* de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el caso *Causby* donde es cierto que se resolvieron muchos problemas, desde la apropiación del espacio hasta los derechos de los propietarios, el daño por el ruido, y es importante lo que dice el Dr. Folchi en cuanto al valor que puede tener la distinción que se hace sobre la intención por tratarse de un tribunal de un país anglosajón, es decir con integrantes de conformación jurídica anglosajona. Creo que tal vez la referencia a la quinta enmienda a la Constitución podría aproximarse a nuestra turbación de la propiedad en el sentido que en materia de evicción le da el Código Civil.

Luego, volvió a hacer uso de la palabra el Dr. Ortiz de Guinea, se refirió a lo expresado por el Dr. Ferrer y buscó conciliar, diríamos, lo que parecían posiciones extremas, es decir, entiende que en la teoría del riesgo creado podría efectivamente utilizarse la distinción sobre la base de la intención, siempre que se trate de responsabilidad objetiva, o sea, hizo la diferenciación entre los dos regímenes que hay en el Código, que simplemente significan una responsabilidad agravada subjetiva en materia de transporte y la responsabilidad puramente objetiva en la hipótesis que tratamos. Observó que en el trabajo del Dr. Muñoz había una adhesión a la distinción de las culpas, que ya expliqué como la interpreto yo.

Retomó entonces la palabra el Dr. Ferrer aludido por el Dr. Ortiz de Guinea y consideró que no era exacta la observación, porque el sistema objetivo y el subjetivo no parecen aquí totalmente separados como para que podamos admitir la solución para uno y no para el otro, en razón de que cree que, al haber una responsabilidad agravada, el único funda-

mento de esa agravación está precisamente en el riesgo creado, digamos así, para tomar una posición.

El Dr. Fernández Méndez retoma los argumentos de su interesante trabajo, que tuve el placer de elogiar al comienzo, y señala que para él, como lo leí, no son nulas todas las cláusulas eximentes. Toma las expresiones del Protocolo de La Haya en cuanto modificó el art. 10 de Varsovia, se refiere al texto que se aprobó en Río de Janeiro y admite que el art. 143 pueda servir de defensa al transportador.

Coincido con él, entiendo que lo defiende muy bien y creo que la defensa es aún más grande si se vincula esto con el art. 142, es decir, el inmediato anterior.

Creo que el problema en sí, del caso en que el cargador pueda tener una responsabilidad que puede ser muy seria, está cubierto dentro de estos dos artículos y que la prohibición se refiere estrictamente a las cláusulas convencionales, o sea, a la posibilidad de introducir contractualmente limitaciones de la responsabilidad, menores de las que fija la ley.

Entiendo que es así, que son totalmente nulas y me remito en su momento —y no voy a repetirlo— a la tendencia del derecho moderno a buscar restablecer el equilibrio entre dos partes con diferente poder contractual, inclusive con una mención al régimen que, al respecto, se ha establecido en materia de contratos por adhesión.

Recogidas todas estas opiniones, todas importantes y que todas han significado un aporte valioso, como final de mi actuación y tras el agradecimiento por todo lo agradable que hoy se ha dicho de mí, que llega honestamente hasta emocionarme, someto a las Jornadas la conclusión que anuncié originalmente y cuya redacción sería aproximadamente esta: El régimen del Código Aeronáutico, que sólo priva al transportador o explotador de la aeronave de las limitaciones cuantitativas de su responsabilidad en la hipótesis de dolo, es razonable y encuentra justificación en la legislación y en la doctrina nacional.

Muchas gracias señor presidente.

**PRESIDENTE:** Atento a la forma y modo del desarrollo de esta sesión, someto a la Jornada la conclusión expuesta por el profesor Videla Escalada que dice así: El régimen del Código Aeronáutico que sólo priva al transportador explotador de la aeronave de las limitaciones cuantitati-

vas de su responsabilidad en la hipótesis de dolo es razonable y encuentra justificación en la legislación y en la doctrina nacionales. Está en consideración esta conclusión. Como en Jornadas anteriores entiende la presidencia que quien manifiesta su oposición así lo haga saber, por contrario sensu, aquéllos que no lo hicieran se entenderá su conformidad manifiesta. Tiene la palabra el Dr. Ortíz de Guinea.

Dr. ORTIZ DE GUINEA: Yo pido la aprobación con las reservas naturales que resultan de algunas disidencias sobre el mejor criterio de razonabilidad que pudiera haberse llevado a la ley, pero que es razonable no hay ninguna duda, y que está fundamentado como lo ha propuesto el Dr. Videla Escalada es un antecedente en la legislación nacional y de la jurisprudencia. Ello no importa que sea lo más conveniente pero sí que es razonable.

PRESIDENTE: Entendiendo la Presidencia que la aprobación o no de las conclusiones como fueron presentadas, no significan otra vez el análisis de los conceptos porque, en definitiva, esas pequeñas reservas no hacen nada más que convalidarla. Queda entonces, nuevamente la conclusión a consideración de los señores Jornalistas. Aquel que manifestara su oposición le rogaríamos así lo hiciera saber. No habiendo oposición manifiesta, se entiende que por unanimidad la conclusión del Dr. Videla Escalada queda aprobada. Siendo ésta la última sesión de estudio de las Jornadas Nacionales y no compitiendo a la presidencia de esta misma última Jornada realizar ningún balance se le ocurre, a título personal, como en todas las obras que uno generalmente hace, actúa o participa, realizar un pequeño balance de lo que pasó, cómo se hizo, qué se quiso decir y qué trascendencia tiene. Y en esto recordaba una frase que si no será cierta será "ben trovata". Decía que en la antigua Flandes, un señor con mucho dinero quería perpetuar su figura y llamó a un pintorzuolo para que le hiciera un cuadro. Ese mismo cuadro hoy está en el Louvre, en una sala destinada exclusivamente a ese pintorzuolo, que no era otro que Rembrandt. Pero ese mismo cuadro tiene un rótulo: "Retrato de un desconocido".

Lo que importa es el trabajo, lo que importa es la acción, y de todo ello estas Jornadas van a ser, en definitiva, el gran rótulo de honor y el galardón para quienes integran el Insti-

tuto y esta Casa de estudios por la proyección que han tenido y que tendrán, sin ninguna duda, en la valoración futura que se haga del nuevo código aeronáutico. En tal sentido doy mi opinión. Sin otra consideración damos por terminada la sesión, rogándole a los presentes que permanezcan en sus puestos, en sus sitials, porque en este mismo lugar se hará el acto de clausura y para ello solicito del señor Decano ocupe la presidencia para comenzar el acto de clausura.

Inmediatamente el señor Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Dr. Héctor Gaggiomo, ocupó la presidencia y procedió a dar por finalizadas las Jornadas.

Tras breves palabras de circunstancias, el doctor Gaggiomo, hizo entrega de los diplomas respectivos a los asistentes a estas Primeras Jornadas Nacionales de Derecho aeronáutico.

