

**LAS CAUSALES DE EXONERACION
EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL
Segunda Parte**

**"LA FUERZA MAYOR, EL CASO FORTUITO
Y EL HECHO DE UN TERCERO"**

**Dr. Francisco Javier Tamayo Jaramillo
Profesor de la Cátedra de Responsabilidad Civil
en la Facultad de Derecho U.P.B.
Director del Departamento de Investigaciones
Facultad de Derecho U.P.B.**

INTRODUCCION

A veces, se habla de la fuerza mayor y de la "causa extraña" como conceptos sinónimos; sin embargo, la primera no es más que una especie de la segunda; la "causa extraña" está constituida por la fuerza mayor o el caso fortuito, por el hecho de un tercero o por el hecho de la víctima; siendo estudiadas por apartes estas dos últimas nociones, pretendemos en este capítulo el análisis de la fuerza mayor y el caso fortuito.

De otro lado, conviene resaltar que la fuerza mayor, al igual que los otros casos de "causa extraña", es considerado como ruptura del vínculo causal entre la conducta del agente y el daño sufrido por la víctima; no obstante, es menester hacer una distinción entre la no imputabilidad del hecho al agente y la fuerza mayor.

Por una parte, cuando el hecho no se puede imputar materialmente al demandado (el sindicado no estaba en el sitio en que se produjo el homicidio), no tiene sentido hablar de causa extraña, ya que, simplemente, la víctima no ha demostrado que el daño ha sido causado por el demandado; además, debe recordarse que, por más que se diga lo contrario, este vínculo de causalidad nunca se presume.

Por el contrario, cuando en el proceso se establece que el demandado ha sido el instrumento del daño, es decir, lo ha producido, la noción de fuerza mayor, al igual que, en general, la de "causa extraña", recuperan todo su valor; hablamos, entonces, de que ese fenómeno que constituye la fuerza mayor rompió, por lo menos, jurídicamente, la cadena causal; como lo dijimos en otra sección la teoría de la "causalidad adecuada", no permite considerar que no hay un vínculo causal directo entre la conducta y el daño; cuando hay de por medio una "causa extraña", lo importante es, pues, tener en cuenta que nos hallamos frente al problema de la fuerza mayor únicamente cuando el agente ha causado el perjuicio. Como dicen los señores PLANIOL—RIPERT, "No se puede decir que en estos casos, el deudor no ha sido la causa del daño. Esto sólo se puede decir contemplando otro orden de causalidad, que podría llamarse la causalidad moral, la cual supone un juzgamiento hecho sobre la conducta, para aprobarla o condenarla, o, llegado el caso, excusarla" (1). Como puede verse, la ley permite romper en estos casos, la causalidad material, habida cuenta que la causalidad moral no puede existir.

Hecha esta consideración inicial debemos proceder al estudio de la relación que existe entre la fuerza mayor y el caso fortuito; luego, veremos la relación entre fuerza mayor y ausencia de culpa; posteriormente, analizaremos las características que deben reunir la fuerza mayor y el caso fortuito; finalmente, estudiaremos algunas características de la fuerza mayor y el caso fortuito, en relación con la responsabilidad contractual y de la responsabilidad por actividades peligrosas.

SECCION PRIMERA

La relación entre la fuerza mayor y el caso fortuito

Planteamiento del problema:

La doctrina ha encontrado un grave escollo en cuanto a la concepción que se tenga de la fuerza mayor y el caso fortuito. No sólo el Derecho Civil, sino también los Derechos Comercial y Penal, han tratado de hacer distinciones entre una y otra noción; nosotros trataremos de determinar los alcances de las dos figuras jurídicas y su incidencia en la Responsabilidad Civil por actividades peligrosas. Luego de una breve explicación de las teorías más destacadas fijaremos nuestro criterio al respecto.

Textos Legales:

El texto inicial de nuestro C.C., a diferencia del Código Napoleón, no define la fuerza mayor y el caso fortuito, a pesar de que lo consagra en múltiples normas; sólo, la ley 95 de 1890 en su artículo 34 hace tal definición; el texto de dicha disposición es el siguiente: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."

No obstante estar definidas en esta ley, las nociones de fuerza mayor y caso fortuito son ignorados por el artículo 2356 y han sido la jurisprudencia y la doctrina las que han contribuido a considerar que en la Responsabilidad Civil por actividades peligrosas, el demandado sólo se exonera mediante la prueba de una causa extraña, entre las cuales se encuentra la fuerza mayor.

Como puede verse en la definición del artículo 34 de la Ley 95 de 1890, el legislador identifica completamente los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito; para la época en que el Código fue redactado, la noción de fuerza mayor o caso fortuito, sólo se aplicaba en las de obligaciones contractuales de resultado y en algunos casos especiales de Responsabilidad Civil Aquiliana, especialmente, en la Responsabilidad por la ruina de los edificios (artículo 2350) y la responsabilidad por el hecho de los animales (artículo 2353); por el contrario, en las obligaciones contractuales de medio y en la obligación general de prudencia (responsabilidad directa del artículo 2341), estas nociones no tenían importancia (y continúan sin tenerla), ya que la víctima debía establecer una culpa del demandado y un vínculo de causalidad entre esa culpa y el daño. Sólo a partir del momento en que se establece la noción de Responsabilidad Civil por el hecho de las cosas y por actividades peligrosas, independientes de la Responsabilidad Directa, empieza a tener realce la distinción planteada.

Veamos, pues, cómo el esfuerzo doctrinal por independizar los diferentes tipos de responsabilidad, contribuye igualmente a tratar de diferenciar la fuerza mayor y el caso fortuito.

Teorías que diferencian la fuerza mayor del caso fortuito:

Los autores que creen encontrar una diferencia entre la fuerza mayor y el caso fortuito buscan, generalmente, evitar que en las presunciones de responsabilidad

el vicio interno de la cosa o de la actividad peligrosa, sirva como causa extraña que tenga poder liberatorio; la exposición de las teorías que al respecto se han elaborado, no tienen más finalidad que la de mostrar la evolución doctrinal, ya que el legislador colombiano identificó las dos nociones, quitándole en esta forma, toda importancia a la discusión; no obstante, trataremos de analizar la validez de las teorías que creen encontrar diferencias esenciales entre los dos conceptos.

Los señores MAZEAUD—TUNC-CHABAS, han realizado, con una gran capacidad de síntesis, una exposición sobre las principales doctrinas existentes al respecto; por ello, nos permitimos reproducir su pensamiento. Dicen los autores: "Si se quiere a toda fuerza otorgar un sentido diferente a las expresiones "caso fortuito" y "fuerza mayor", ¿en cuál criterio detenerse? Se ha propuesto ver en el caso fortuito "un evento natural que ocasiona un daño" (ejemplo: inundación, temblor de tierra), mientras que la fuerza mayor no sería un evento natural, sino proveniente de la voluntad de una persona diferente a aquella sobre la cual la víctima del daño entiende hacer pesar la responsabilidad del daño (ejemplo: orden de autoridad o defensa de la ley). Otros se aferran a la importancia del evento: los eventos más importantes serían casos de fuerza mayor; los menos importantes: caso fortuito. Otros, finalmente, más cuidadosos del sentido exacto de los términos, señalan que la expresión "fuerza mayor", revela el constreñimiento en el cual el demandado ha sido colocado: este último ha sido sometido a una fuerza la cual no ha podido resistir, mientras que la expresión "caso fortuito" señala el carácter imprevisible del evento .

Al lado de estas diferencias, de las cuales sus partidarios reconocen la falta de interés práctico, otros sistemas han sido preconizados, que conllevan los unos a aumentar, los otros a disminuir el número de los eventos susceptibles de exonerar al demandado".

"Remarcando que la expresión "fuerza mayor" implica la irresistibilidad del evento y la de "caso fortuito" su imprevisibilidad, ciertos autores han concluido que las dos expresiones en lugar de señalar cada uno de los elementos cuya reunión es necesario para que haya exoneración, designan dos categorías de eventos diferentes (eventos imprevisibles; eventos irresistibles), los unos y los otros serían exoneratorios. No sería pues necesario, que haya al mismo tiempo caso fortuito y fuerza mayor; una de esas condiciones bastaría".

"Como esta última teoría, la discriminación preconizada por AMBROISE COLIN, HENRI CAPITANT y L. JULLIOT de la MORANDIERE, tiene por resultado hacer admitir muy largamente la irresponsabilidad del demandado. Los eminentes autores afirman que el caso fortuito consiste en "la imposibilidad relativa de ejecución, es decir, la que ha podido entorpecer la acción del deudor contemplado, sea en sí mismo, sea como un buen paterfamilias ordinario, pero en la cual una voluntad mejor armada, mejor dotada habría podido triunfar", mientras que la fuerza mayor sería "la imposibilidad absoluta proveniente de un obstáculo irresistible para todos, inclusive para el hombre más fuerte y más inteligente. La imposibilidad relativa y absoluta liberaría pues al mismo título al demandado, salvo en los casos excepcionales en que la imposibilidad absoluta fuera necesaria".

“Al lado opuesto de esta tesis, se encuentra la distinción propuesta por los partidarios de la teoría del riesgo cuya meta es naturalmente, la de disminuir lo más posible el número de eventos susceptibles de exonerar al demandado. JOSE-RAND que ha tomado rectificándola, la teoría de EXNER, ve en la exterioridad el carácter distintivo de la fuerza mayor. La fuerza mayor, es “la fuerza que ha hecho irrupción desde fuera del círculo de los dos adversarios (tempestad, inundación, etc.); el caso fortuito es al contrario “el evento anónimo que se produce en el interior de la empresa” (incendio, explosión de una caldera, etc.) el individuo deberá responder por todos los riesgos que él ha creado, sólo los eventos de fuerza mayor pueden exonerarlo; permanece obligado si hay únicamente caso fortuito”.

“En fin, PAUL ESMEIN entiende por “caso fortuito” la ausencia de falta y por “fuerza mayor” el vicio mayor. Concluye que el deudor puede siempre liberarse por la prueba de la ausencia de falta” (2).

Como puede verse, los distintos doctrinantes tienen teorías encontradas al respecto; en cuanto hace referencia a los códigos colombiano y francés, es necesario volver a repetir que las nociones son idénticas y no cabe distinción alguna.

En conclusión, pues, podemos decir que el caso fortuito, y la fuerza mayor son idénticos a condición que conserven su no imputabilidad al deudor, es decir, que no le sean externos jurídicamente, aunque, hay que decirlo, la mayoría de las veces la exterioridad jurídica coincide con la exterioridad física.

El señor ALVARO PEREZ VIVES, quien diferencia los dos conceptos, incurre en algunas contradicciones. Dada la influencia que este autor tiene en el pensamiento jurídico colombiano, queremos referirnos a sus opiniones. Analizando los dos criterios, el autor expresa lo siguiente:

“La cuestión, por consiguiente, no debe plantearse sobre un mero juego de palabras; la pregunta debe formularse así: ¿Cuándo los acontecimientos revisten las características que el artículo 1o. de la Ley 95 de 1890 exige para que sean exoneratorios de responsabilidad?

“La respuesta a la anterior pregunta es clara: para que un hecho se presente como liberatorio de responsabilidad, debe reunir los siguientes requisitos: a) Que sea exterior al demandado; b) Que sea imprevisto e imprevisible; c) Que sea imposible de evitar.

“De conformidad con nuestra ley, constituyen ejemplos de fuerza mayor la inundación, el pillaje, el rayo, el terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos del príncipe, etc. Hechos todos que indican exterioridad, como índice de exterioridad es la frase empleada por el texto legal: imprevisto a que no es posible resistir. Por eso la Corte, al referirse a estas dos exigencias de que el hecho sea imprevisible e irresistible, ha dicho que ellas implican una causa exterior y descartan aquellas ocurrencias que son **propias de la actividad que produjo el daño.**

“Se comprenderá ahora por qué sobre la discusión en cuanto a las palabras. **El caso fortuito será liberatorio si responde a las anteriores especificaciones; no lo será, en la hipótesis contraria. Pero a nadie se le escapa que en el primer caso se estará en presencia de una verdadera fuerza mayor**”.

“Lo asimilable, pues, es el caso fortuito a la fuerza mayor, no la fuerza mayor al caso fortuito, tesis ésta que pretende llevar a una identidad inadmisibles entre la prueba de la fuerza mayor y la de ausencia de culpa” (3). (Subrayas fuera del texto).

El señor PEREZ VIVES acepta que cuando el caso fortuito es imprevisible e irresistible, será causal de exoneración y podrá considerarse como exterior al demandado. Esto es cierto, pero es innecesario su planteamiento, ya que nunca habrá caso fortuito si no se llenan las dos características de imprevisibilidad e irresistibilidad. Para nosotros, la fuerza mayor y el caso fortuito siempre deberán ser imprevisibles, irresistibles, y no imputables al deudor; faltando uno de estos tres elementos, la fuerza mayor o el caso fortuito no existen. Así lo admite el señor PEREZ VIVES cuando manifiesta que el caso fortuito que reúna estas características es asimilable a la fuerza mayor; lo que acontece es que para él hay casos fortuitos a los cuales les falta esta característica, y los cuales no tendrían poder liberatorio. Admitido que cuando el caso fortuito reúne las tres características es igual a la fuerza mayor, podemos concluir que estas nociones son idénticas, que no tienen ninguna diferencia esencial y en consecuencia, podemos seguir tratándolas en forma indistinta, tal como lo hace el Código Civil, en su artículo 2350, en donde puede leerse que, “No habrá responsabilidad si la ruina (de un edificio) acaeciere por caso fortuito como avenida, rayo o terremoto”, es decir, donde se le da, al hecho de la naturaleza, el nombre de “CASO FORTUITO”.

Crítica adicional a la teoría que diferencia la fuerza mayor del caso fortuito:

Queremos esgrimir dos argumentos adicionales, en contra de las teorías que consideran que el caso fortuito hace relación a un evento interior al demandado.

De un lado, sería difícil, en muchos casos, establecer si el evento es interior o es exterior. Un evento natural, tal, por ejemplo, una fuerte contaminación química, podría influir súbitamente, -en las partes estructurales de un vehículo o de una máquina, haciéndole explotar, de donde podría concluirse en la dificultad de establecer si hubo fuerza mayor o caso fortuito.

Además, el deudor o demandado podrían sufrir daños imprevisibles e irresistibles en su salud, lo que les impediría cumplir su obligación. Si un transportador sufre un infarto fulminante, a pesar de haberse hecho los chequeos preventivos del caso, nadie dudaría de la interioridad del fenómeno y de la exterioridad a toda esfera jurídica que le pudiera pertenecer al deudor. Que se considere fuerza mayor, que se considere caso fortuito, ese infarto tiene poder liberatorio si el mismo se produce de una manera imprevisible e irresistible y no puede imputarse a culpa del deudor. Tal ha sido el criterio adoptado por la Corte de Apelación MONS, Bélgica, mediante sentencia de 21 de marzo de 1978. Se resolvía en este caso,

precisamente, el problema de un conductor que había sufrido un desfallecimiento físico a causa de un infarto. Dice la Corte: “Considerando que no está establecido que JOSEPH HOUYOUX debía, sea por su formación y sus conocimientos personales, sea porque su médico le hubiera avisado, saber que su estado de salud era tan deficiente que una pérdida de conocimiento podría presentarse súbitamente; que esta consideración es reforzada por la opinión del experto, según la cual él y sus colegas autorizan la conducción de un vehículo en caso de cardiopatía estabilizada y por la opinión del Consejo Técnico que representaba a JOSEPH HOUYOUX según el cual la fabricación auricular no se acompaña sino en algunos casos de vértigos con lipotimias; teniendo en cuenta que se deriva de estas consideraciones que JOSEPH HOUYOUX no ha cometido imprudencia tomando el volante el día en que el accidente se produjo; que ninguna otra falta le es reprochable” (4). Consecuente de estas consideraciones, la Corte absolvió bajo la consideración de que el demandado estaba exonerado, habida cuenta que la enfermedad no era imputable a la actividad del demandado”.

Crítica de estas teorías:

Primero que todo, conviene destacar que el problema de la distinción entre fuerza mayor y caso fortuito no tiene mayor trascendencia en la responsabilidad directa, del artículo 2341 del C.C. Por el contrario, la discusión tiene real importancia en la responsabilidad por actividades peligrosas del artículo 2356 del C.C.; hecha esta aclaración, veremos la portada de la discusión en el Derecho Colombiano.

La teoría que trata de explicar la diferencia entre fuerza mayor y caso fortuito, sobre la base de la interioridad o exterioridad de las nociones, está en lo cierto cuando manifiesta que sólo el hecho exterior al deudor puede liberarlo; pero esa exterioridad no hace referencia a exterioridad física, sino a exterioridad en relación con la esfera jurídica del deudor; como dicen los señores MAZEAUD—TUNC—CHABAS, “Es necesario recalcar solamente, y es de allí que viene la confusión cometida que, a menudo, los eventos “exteriores” no han sido provocados por el demandado, mientras que frecuentemente ocurre que los eventos inherentes a su empresa le son imputables” (5)

Precisemos aun más, los conceptos.

En el estatuto colombiano actual, de la Responsabilidad Civil, una persona no sólo responde de su propia conducta, sino de la de sus dependientes, de los daños causados por las cosas que tiene bajo su cuidado, o de las actividades peligrosas desplegadas con ellas. Si tomamos aisladamente, cada uno de estos tipos de responsabilidad podremos observar que lo que constituiría una culpa desde el punto de vista de la responsabilidad por actividades peligrosas o por el hecho ajeno, podría argumentarse como fuerza mayor en la responsabilidad directa, con culpa probada, del artículo 2341, pero únicamente en ese tipo de responsabilidad.

El hecho de un dependiente podría constituir fuerza mayor o caso fortuito en relación con la responsabilidad directa con culpa probada; el vicio oculto de un

automotor también podría constituir una fuerza mayor o un caso fortuito en relación igualmente, con la responsabilidad directa, poco importa que estos hechos sean externos o internos desde el punto de vista físico; esos eventos serían externos al deudor si su esfera jurídica comprendiera únicamente la responsabilidad surgida de su propia conducta; por el contrario, ese vicio oculto del vehículo, que puede constituir una causa extraña en relación con el delito penal, o con la responsabilidad directa con culpa probada, es lo que constituye precisamente, la culpabilidad por actividades peligrosas; no es porque sea un caso fortuito, que el vicio interno del vehículo no tiene poder liberatorio; simplemente, el defecto del automotor está en el interior de la esfera jurídica del deudor, pues, éste, debe responder por las actividades peligrosas que despliega con el vehículo. El vicio sería, en este caso, interior, tanto física como jurídicamente. Si bien, la conducta personal del deudor está libre de reproche, su responsabilidad por actividades peligrosas está comprometida. Igual cosa sucede en las obligaciones contractuales de resultado. Aunque del contrato mismo no puede deducirse culpabilidad al deudor, los instrumentos utilizados o las personas que ejecutan directamente la obligación, pueden comprometer otras parcelas de la esfera jurídica del deudor; el transportador no se libera por el vicio oculto del vehículo, ya que ese evento le es imputable a su esfera jurídica. Más adelante veremos como, la noción de "exterioridad" es idéntica a la noción de no imputabilidad; para que el hecho se considere externo al deudor, no puede comprometer ninguna de las posibilidades que de culpabilidad pueda tener éste. Recuérdese que la fuerza mayor o el caso fortuito deben ser, además de imprevisibles e irresistibles, no imputables al deudor.

SECCION SEGUNDA

Relación entre la fuerza mayor y la ausencia de falta:

En la teoría de las llamadas "presunciones" de Responsabilidad Civil se ha marcado una diferente forma de exonerar al demandado; de una parte, en la Responsabilidad Civil por el hecho ajeno, del artículo 2347 del C.C. se establece una presunción de culpabilidad, es decir, el presunto culpable puede demostrar que no ha cometido ningún acto culposo; por el contrario, en la Responsabilidad Civil por actividades peligrosas, del artículo 2356 del C.C. se le exige al responsable la prueba de una causa extraña que le permita romper el vínculo de causalidad entre su conducta y el daño.

Con base en esas dos posibilidades se ha distinguido entre la presunción de culpabilidad (ausencia de culpa) y presunción de responsabilidad (sólo libera la causa extraña), nos preguntamos si en realidad la ausencia de culpa y la causa extraña son diferentes, o si por el contrario, las mismas son idénticas.

Identidad de fuerza mayor y ausencia de culpa:

Para nosotros, independientemente del problema probatorio, la ausencia de culpa conduce a una causa extraña, de donde podemos identificar los dos conceptos. Aunque el demandado aparezca como causante del daño, su ausencia de culpa

llevará a considerar que su conducta ha sido determinada por factores que, aun siendo interiores físicamente a él, no se le pueden imputar desde el punto de vista jurídico. Por ejemplo, si un médico es demandado por una operación quirúrgica que causó daños a un paciente; la ausencia de culpa, por parte del médico, necesariamente llevaría a que el daño deba ser atribuido a una causa extraña, que, generalmente, es desconocida. Siguiendo el ejemplo, si el médico demuestra que fue diligente, a pesar de lo cual el deceso fue inevitable, el funcionamiento fisiológico del organismo del paciente deberá ser considerado como causa del daño; este comportamiento fisiológico del paciente contiene todos los elementos que constituyen una causa extraña; Igualmente, si, cuando se estaba realizando la operación, el médico a pesar de haber sido diligente, sufrió un movimiento involuntario, que lo llevó a lesionar a la víctima, tendremos que considerar que fue una causa extraña de su organismo, lo que causó el perjuicio; si el médico fue diligente y prudente, es porque la causa del daño, aún la producida por su organismo, fue imprevisible e irresistible. Podemos decir que todos los fenómenos que contribuyeron a producir el daño son imprevisibles e irresistibles si no son imputables al demandado. Si alguno de esos fenómenos proviene de culpa del deudor, no hay fuerza mayor o caso fortuito; por el contrario, si no existe falta que se le pueda imputar, deberá considerarse que el hecho es atribuible a causa extraña. No se requiere que ese fenómeno sea un hecho espectacular de los que habla la ley 95 de 1890; basta que haya una causa no imputable al deudor para que pueda hablarse de fuerza mayor o caso fortuito. Así las cosas, cuando en las obligaciones de medio, tales como la responsabilidad médica y las responsabilidades directas del artículo 2341, el demandante no establece la culpa del demandado, habrá que considerar que el hecho se debe a un caso fortuito. En realidad, es impensable un caso en el que pueda considerarse que, jurídicamente, el demandado causó el daño, sin haber cometido culpa y sin que haya causa extraña; sólo hay dos posibilidades: o lo causó culposamente, o, a pesar de haberlo causado materialmente, se vio determinado por una causa extraña. Lo que acontece es que sigue existiendo el problema probatorio de esa causa y de esa ausencia de culpa. Por ello, la prueba de la causa extraña permite identificar la verdadera causa del daño, y de paso, demostrar la no culpabilidad del demandado.

Cómo opera la lógica de la prueba judicial:

Por elemental lógica, los hechos negativos no pueden ser probados, ya que, siendo una proposición indefinida, siempre quedará abierta la posibilidad de demostrarse lo contrario; en cambio, la prueba de hechos positivos concretos no deja duda acerca de la certeza del hecho verificado. Si un resultado de laboratorio indica que en el examen no se halló determinada bacteria, ello sólo indica una probabilidad más o menos amplia de que tales microbios no existen, pero queda abierta la posibilidad de su existencia, ya que el examen pudo haber fallado por cualquier circunstancia o la bacteria se encontraba en lugares no examinados. Por el contrario, si el examen registra la presencia del microbio buscado, no cabe duda de que el análisis está ajustado a la realidad. Igual cosa sucede en materia de derecho. Si una grabación, un testigo o un documento demuestran que Pedro mató a Juan no cabe duda de que la prueba de ese hecho positivo significa la existencia de lo que se quiere verificar; en cambio, si del documento o prueba apor-

tada no se desprende la presencia de Pedro, no significa que éste no se haya encontrado en el lugar de los hechos, ya que pudo haber llegado más tarde, etc. De allí, pues, que la prueba negativa dé, solamente, un cierto margen de probabilidades, mientras que la prueba positiva da una aproximación mucho más amplia entre la prueba aportada y el hecho que se quiere probar. Esta consideración fue tenida en cuenta por el C. de P. C., en cuyo artículo 177 se establece que **“los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”**.

Aplicación de estas nociones en la Responsabilidad Civil:

La culpabilidad que debe acompañar a la Responsabilidad Civil está sometida a estas mismas leyes de lógica probatoria. Si el demandado demuestra que un tercero fue el causante de la muerte de la víctima, no cabe duda que la prueba de ese hecho positivo permite inferir que ese demandado no cometió el hecho y que, en tal virtud, tampoco ha incurrido en la culpabilidad que, en principio, se le imputa; por el contrario, si un vehículo explota inesperadamente, la prueba de que al carro se le había dado un mantenimiento adecuado no es suficiente para descartar toda falta, ya que deja abierta la posibilidad de que el daño se hubiera producido por causas diferentes a aquellos elementos que fueron revisados; si el conductor demuestra que estaba sobrio, que sabía conducir, y que iba por su carril, ello no elimina la posibilidad de otra culpa diferente, es decir, no podemos decir, en forma absoluta, que el agente no cometió culpa; podríamos decir que condujo bien, que iba por su derecha, etc., pero, de allí, no podemos deducir la ausencia de falta.

Estos ejemplos demuestran que la causa extraña es un hecho susceptible de verificación empírica, puesto que se trata de un hecho positivo y concreto; en cambio, la ausencia de culpa es de imposible demostración puesto que, por más que se demuestren ciertas diligencias y cuidados, ello no elimina la posibilidad de otras conductas culposas. Esta distinción podrá ser observada en el régimen probatorio de la responsabilidad por el hecho ajeno (artículo 2347 C.C.) y por las actividades peligrosas (artículo 2356 del C.C.).

La ausencia de falta en la Responsabilidad Civil por el hecho ajeno (artículo 2347 del C.C.):

El artículo 2347 del C.C. establece que el civilmente responsable cesará en su presunción “si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieran podido impedir el hecho”. La doctrina y la jurisprudencia aceptan que en este caso el demandado puede liberarse demostrando que no ha cometido culpa; (6). Sin embargo, de aceptarse literalmente tal concepto, el demandado jamás podría aportar tal prueba. En efecto, nos encontraríamos frente al evento de una prueba indefinida, ya que sería imposible demostrar que no se ha cometido culpa; el padre podrá demostrar que le ha dado una educación y una buena vigilancia al hijo, pero quedarían hasta el infinito, posibilidades de que su culpa consista en faltas diferentes a la de una mera vigilancia o a la de una buena educación. Es por ello, por lo que doctrina y jurisprudencia han convertido esa prueba negativa en un hecho positivo, mediante la exigencia de que el demandado

aporte la prueba positiva de haber educado y vigilado bien al hijo; la prueba de la ausencia de culpa se cambia por la de una buena vigilancia y cuidado; el requisito de la prueba de un hecho negativo, se convierte en la de un hecho positivo.

Esto quiere decir, que la jurisprudencia ha suavizado la situación del demandado haciéndole posible la prueba del hecho positivo de la diligencia y cuidado; de no haber sido por esa concepción de los tribunales y autores el civilmente responsable tendría que probar en hecho concreto que excluyera, por inferencia, su participación en el daño, o simplemente, declararse incapaz de demostrar su inocencia.

La causa extraña en la responsabilidad por actividades peligrosas o por el hecho de los animales:

Mientras que en el artículo 2347 se permite la liberación del demandado, mediante la prueba de la ausencia de culpa, en la responsabilidad por actividades peligrosas o por el hecho de los animales, la situación es distinta.

En efecto, en estos dos últimos casos se exige la prueba de una causa extraña, para que el demandado pueda exonerarse. Si se mira en detalle podemos ver que en estos eventos el demandado se libera, también, mediante la prueba de que no ha cometido culpa o que, por lo menos, no es por su culpa que el daño se ha producido. Lo que ocurre es que nos encontramos no frente a un problema ontológico, sino frente a un problema epistemológico. Como lo habíamos dicho, la culpabilidad en estos casos está fundamentada en haber ejercitado una actividad peligrosa, de allí, que si el agente demuestra su capacidad de conducir, su respeto por las normas de tránsito o el buen mantenimiento del vehículo, queda abierta la posibilidad de que alguna pieza del automotor no hubiese sido lo suficientemente controlada; eso explica que la causa desconocida se impute a quien era el guardián de la actividad que generó el daño; esa ausencia de culpa que en teoría le es aplicable al guardián de una actividad peligrosa, se deshace en la práctica, ya que por tratarse de una negación indefinida, la prueba nunca podrá realizarse, a menos que pueda inferirse de un hecho positivo.

Así las cosas, la causa extraña entra a suplir esa deficiencia cognoscitiva que tanto perjudica al demandado. En realidad, cuando el demandado demuestra una causa extraña, está probando con certeza cuál fue la causa del daño y, por inferencia, y en aplicación del principio lógico de contradicción, se puede predicar que el demandado no ha cometido una culpa que le haga imputable el daño. El hecho no se produjo por el ejercicio de la actividad peligrosa, sino por un fenómeno jurídicamente externo, al deudor. La prueba positiva de ese hecho, conduce a que considere que el demandado no ha cometido culpa.

En esta responsabilidad la doctrina y la jurisprudencia no le otorgan al responsable, los mismos beneficios probatorios que se brindan en la responsabilidad por el hecho ajeno; mientras que en esta última se admite la prueba de una conducta diligente, prudente, en la otra, esas dos características sólo se pueden probar mediante la demostración de una causa extraña; en el artículo 2347 se le permite al

demandado demostrar un hecho positivo suyo, en tanto que el artículo 2356, le exige la prueba de un hecho positivo que no le sea imputable.

Verdadera diferencia entre la causa extraña y la ausencia de falta:

Admitido que, desde el punto de vista ontológico, la causa extraña y la ausencia de culpa son iguales, cabe fijar las diferencias procesales que se derivan de la práctica judicial.

La diferencia procesal que existe entre la causa extraña y la ausencia de culpa radica en que, en la ausencia de culpa no se está desvirtuando la imputabilidad del hecho al deudor. La mayoría de las veces la ausencia de culpa, demuestra que el deudor ha causado el hecho, pero no culposamente; en cambio, la causa extraña no sólo desvirtúa la posible culpabilidad, sino también el vínculo de causalidad, se está probando que el demandado no fue el causante del daño, puesto que éste ha sido generado por un factor que le es externo jurídicamente.

Conclusiones:

Como conclusión de estas observaciones podemos sintetizar lo siguiente:

1. Desde el punto de vista de la aplicación jurisprudencial, en la ausencia de culpa no se está desvirtuando el vínculo de causalidad, mientras que en la causa extraña se están desvirtuando la causa y la culpa.
2. La ausencia de culpa es imposible demostrarla, desde el punto de vista epistemológico.
3. La jurisprudencia y la doctrina han permitido al demandado, en la Responsabilidad Civil por el hecho ajeno, demostrar que no ha cometido culpa, mediante la prueba positiva de la buena vigilancia y la buena educación.
4. En la Responsabilidad Civil por actividades peligrosas la jurisprudencia y la doctrina han negado la posibilidad de demostrar la diligencia y cuidado, de donde se deduce que la dificultad epistemológica de verificar la ausencia de culpa, sólo puede superarse mediante la presencia de una causa extraña.
5. La "causa extraña" permite desvirtuar no sólo la culpabilidad, sino también el vínculo de causalidad; demostrando que no hubo causa, se demuestra que no hubo culpa causante del daño.
6. En la responsabilidad por actividades peligrosas toda causa inherente a la actividad significa culpabilidad; de allí, que la causa extraña al liberar de causa, libera de toda culpa.
7. Desde el punto de vista ontológico la ausencia de culpa conlleva la existencia de una causa extraña; lo que acontece es que en la responsabilidad por el hecho ajeno del art. 2347, se permite la prueba de diligencia y cuidado, mientras

que en la responsabilidad por actividades peligrosas esa presunción sólo puede desvirtuarse mediante la prueba de una causa extraña; esta diferencia pues, no es a priori, sino, más bien, una creación práctica que busca favorecer a las víctimas.

SECCION TERCERA

Características que debe reunir la fuerza mayor o caso fortuito:

La fuerza mayor o caso fortuito es considerada como un evento imprevisible, irresistible y no imputable a culpa del deudor o causante del daño.

Diffícilmente, otro instituto de la Responsabilidad Civil o Penal pueda generar más dificultades de interpretación que estos tres elementos, que aparecen como pilares constitutivos de la fuerza mayor o caso fortuito. Continúan los autores la discusión sobre si un temblor de tierra, un acto de piratería o una inundación constituyen fuerza mayor o caso fortuito; es más, el mismo Código Civil Colombiano, en el artículo 1o. de la ley 95 de 1890, trae como ejemplos el naufragio, el terremoto, el apresamiento de enemigos, etc. Habrá ocasiones en las que se alegue, por ejemplo, que la "piratería" terrestre constituye fuerza mayor; otros, al contrario, podrán opinar que el transportador con una buena vigilancia o habiendo ido por otra vía pudiera haber evitado el robo de las mercancías.

¿Cuáles son pues, los criterios que deben ser tenidos en cuenta para que podamos decir que un determinado hecho constituye fuerza mayor o caso fortuito? Las siguientes líneas tratarán de precisar esos conceptos.

La imprevisibilidad y la irresistibilidad pueden existir bien sea en la causa del fenómeno, bien sea en su efecto:

Este es el punto que, a nuestro entender, no ha sido comprendido por la jurisprudencia y la doctrina. Los señores MAZEAUD intuyen la solución, pero no alcanzan a desarrollar el contenido de la misma. Cuando estos autores manifiestan que "ningún evento, de sí mismo, constituye un caso fortuito" (7) se dan cuenta que la imprevisibilidad y la irresistibilidad, no puede predicarse a priori, de ningún fenómeno; sin embargo, citan, al igual que los demás comentaristas, innumerables ejemplos que pueden ser constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, volviendo así, al mismo círculo confuso que no permite encontrar la solución definitiva.

En realidad, la imprevisibilidad y la irresistibilidad pueden estar presentes no sólo en la causa, sino en el efecto del hecho que causó el daño. Lo que nos interesa es saber si esas dos características deben estar radicadas en la causa del fenómeno o en el efecto del mismo. Analicemos primero el problema de la causa del hecho productor del daño. A veces, la causa puede ser imprevisible e irresistible, tal por ejemplo el caso de un temblor de tierra: hasta el momento, por lo menos, el hombre no ha podido prever la época en la cual se producirá un terremoto; tampoco ha podido inventar la forma de que un terremoto no acaezca. Estas dos consideraciones nos permiten decir que el terremoto, en su causa, es imprevisible e

irresistible y pareciera llenar los requisitos exigidos por la ley para que haya fuerza mayor o caso fortuito. Pero el avance de las ciencias puede llegar, en un momento determinado, a prever con exactitud el día en que un terremoto se producirá y, porqué no, a cambiar la cadena causal de la tierra, de tal manera que el terremoto no ocurra. ¿Querrá ésto decir que cuando el hombre logre esos dos avances científicos, el terremoto dejará de ser considerado como una fuerza mayor o un caso fortuito? La respuesta la daremos después de plantear otros ejemplos.

Cuando se escribió el Código Civil los huracanes eran imprevisibles e irresistibles; hoy en día, se sabe la fecha y hora en que un huracán pasará por un determinado sitio y hasta nombres femeninos se les otorga con cierta anticipación. Esto quiere decir que el huracán en este momento es previsible y a veces, con descargas químicas pudiera ser evitada su realización. ¿Deberá considerarse entonces, que el huracán ha dejado de ser una fuerza mayor o caso fortuito, dado que la ciencia ha podido determinar no sólo su existencia, sino también evitar su producción?

La causa puede ser previsible o imprevisible, resistible o irresistible:

Como puede verse pues, la causa del fenómeno a veces es previsible o imprevisible, resistible o irresistible; de allí, que la imprevisibilidad y la irresistibilidad que deben acompañar al caso fortuito no tienen por qué buscarse en la causa del fenómeno; si se abre la discusión sobre la base de la causa del fenómeno, llegamos a la apreciación de los señores MAZEAUD—TUNC—CHABAS, en el sentido de que ningún evento es, a priori, una fuerza mayor o caso fortuito; pero esto no significa que esas características no pertenezcan a la causa extraña; lo que se requiere es que no se les siga buscando en donde no debe ser; podríamos por ejemplo, analizar si ellos se deben encontrar en los efectos causados por el fenómeno mismo.

La previsibilidad y la resistibilidad deben buscarse en los efectos del fenómeno:

Que el fenómeno sea previsible o imprevisible, resistible o irresistible, los efectos pueden contener esas mismas dos características, o las contrarias. Veamos: Siguiendo con nuestro primer ejemplo del temblor de tierra, podemos observar que la técnica de la construcción ha logrado descubrir y construir ciertos dispositivos que permiten evitar que un temblor de tierra produzca la ruina de un edificio, es decir, en un momento dado, el constructor del edificio puede evitar los efectos dañinos del terremoto mediante la utilización de esos equipos. Si dos constructores levantan sendos edificios, de las mismas características, con las mismas condiciones del suelo y el uno enseguida del otro, podemos llegar a lo siguiente: El constructor A, ha podido observar que un terremoto de siete en la escala, no le causa daño a un edificio de 10 pisos, si se utilizan en las bases los rodillos marca X; valiéndose de la existencia en el mercado de estos dispositivos, los incorpora dentro de la construcción, previendo los efectos del terremoto y tratando de resistirlo, aunque no sabe si el terremoto se producirá o no, es decir, los efectos son previsibles, aunque su causa no lo sea. De otro lado, el constructor B a sabiendas de las mismas circunstancias, omite tomar las precauciones realizadas por el constructor A. Si el terremoto se produce sin causar daño en la construcción de A pero los produce en la construcción de B, éste no podrá argumentar que

el terremoto constituye para él una fuerza mayor, basándose en que así lo define el artículo 1o. de la ley 95 de 1890. En realidad, los efectos de ese terremoto eran previsibles y resistibles y él, con su omisión, no evitó el daño. Por el contrario, si el terremoto fue superior a siete en la escala y para ello no habían inventado dispositivos especiales o a pesar de haber sido inferior a siete, el daño se produjo, A y B pueden invocar la fuerza mayor y el caso fortuito. A podrá hacerlo ya que tomó las medidas posibles para prever y resistir los efectos del temblor y no habiendo podido evitar el daño, los efectos son para él imprevisibles e irresistibles. B podrá invocar también la fuerza mayor o el caso fortuito ya que si hubiese tomado las medidas necesarias, el daño también se hubiera producido.

Como conclusión pues, podemos decir que la imprevisibilidad y la irresistibilidad siguen siendo elementos esenciales de la fuerza mayor o caso fortuito, pero que tales características no deben ser buscadas en la causa del fenómeno, sino en el efecto del mismo.

Fuera de la imprevisibilidad y la irresistibilidad, la fuerza mayor no puede ser imputable al deudor o causante del daño. A continuación estudiaremos cada una de estas tres características, recordando de paso, que las nociones de fuerza mayor y caso fortuito se aplican no sólo en materia contractual, sino también en materia aquiliana.

La irresistibilidad como característica de la fuerza mayor:

Admitido pues que el fenómeno en sí puede ser resistible e irresistible, digamos que siempre y en todo caso, los efectos de un determinado acontecer deben ser irresistibles, para que ellos puedan liberar al deudor. Cuando el deudor o el causante del daño aleguen por ejemplo la guerra como una fuerza mayor, no hay que detenernos a buscar si la guerra como tal, era resistible, ya que en la mayoría de los casos una guerra es inatajable; en cambio, lo que le cabe al juez preguntarse es si una vez producida la guerra, el deudor pudo haber cumplido la obligación a pesar de la existencia del flagelo social. Es allí donde debe buscarse la irresistibilidad.

Esta característica que debe reunir la fuerza mayor, consiste en que el deudor o responsable dispuso de todos los medios que estaban a su alcance con el fin de cumplir su obligación, sin que haya podido lograr su objetivo, por factores externos a su esfera jurídica. No obstante, no se debe confundir la imposibilidad con la dificultad (8). Si el deudor contractual teme su ruina al cumplir su obligación, no podrá invocar la fuerza mayor o el caso fortuito, ya que en este caso se trata de una simple dificultad que hace más oneroso el cumplimiento de la obligación. Sin embargo, es necesario manifestar que es el juez en cada caso concreto, quien debe apreciar si ha existido imposibilidad o simple dificultad, ya que la diferencia sólo es de grado.

La irresistibilidad, de otra parte, puede ser bien sea material, bien sea moral. No sólo los efectos de un terremoto pueden constituir una fuerza mayor; los señores MAZEAUD (9), citan el ejemplo de empresarios artísticos que en la época de la guerra incumplieron a los artistas sus compromisos contractuales, debido al im-

pacto psicológico que sobre la posible clientela causaría el riesgo de la guerra. La jurisprudencia consideró que en tales casos existía una fuerza mayor debido a una irresistibilidad de tipo moral.

El deudor no podrá invocar la causa extraña cuando sus obligaciones consistan precisamente, en suministrar los medios que hagan evitables determinados efectos dañinos. Así, si a un transportador se le encomienda el transporte de carne en canal, no podrá argumentar una fuerte ola de calor como causal de fuerza mayor que deterioró los productos, ya que dentro de sus obligaciones contractuales era lógico suponer la utilización de camiones provistos de congeladores. Lo importante, pues en estos casos, es detectar cuáles eran las obligaciones del deudor.

Finalmente, es necesario definir si la irresistibilidad debe ser absoluta o relativa. Ya vimos cómo la simple dificultad no puede entenderse como irresistibilidad; al contrario, tenemos que decir que tampoco se le puede exigir al deudor o al causante del daño, actos heroicos e infrahumanos, para que puedan exonerarlo argumentando la fuerza mayor. La fijación de ese punto medio de imposibilidad nos remite de nuevo al problema del TIPO EN ABSTRACTO que se predica generalmente del buen padre de familia. Los señores PLANIOL y RIPERT se expresan en los siguientes términos: "la imprevisibilidad y la irresistibilidad son apreciadas en función de las circunstancias de tiempo y de lugar, pero en relación con un buen padre de familia, puesto que se trata de reglas de conducta" (10).

Este punto puede conducir a grandes confusiones si no se aclaran ciertos conceptos. En principio, nosotros estamos de acuerdo en que el juez debe tomar el tipo abstracto para deducir si ha existido o no, la fuerza mayor. Sin embargo, como ese hombre ideal debe prescindir de calidades internas del agente, su aplicación rigurosa nos llevaría a conclusiones absurdas e injustas. Tomemos un ejemplo: Un boxeador va manejando su vehículo y, repentinamente, se ve atrapado por un alud de tierra que le inmoviliza el vehículo en el cual transporta una mercancía ajena; demandado en justicia, el boxeador argumenta la existencia de una fuerza mayor que le impidió cumplir su obligación; sin embargo, en esa situación concreta, dada la gran fuerza física del conductor, éste, con un buen esfuerzo de su parte, hubiese podido resistir el alud de tierra y en esta forma, haber resistido el evento; es decir, tratando de ser gráficos, con el 70% de su capacidad hubiera podido resistir la "fuerza mayor". Este ejemplo sería resuelto por la teoría estricta de la "falta de abstracto", considerando que lo que se debería investigar, era si un hombre prudente y normal hubiese resistido el evento, sin considerar las calidades físicas de un boxeador. Obviamente, el hombre prudente y normal debe tener mucha menor fuerza que un boxeador, de donde habría que deducir que, aunque en el caso concreto, el boxeador hubiese podido resistir, habría que absolverlo ya que el hombre ideal no hubiese resistido; recuérdese que en la teoría del TIPO ABSTRACTO, no se pueden tener en cuenta las calidades de inteligencia, edad, peso, etc. No obstante, este sería un planteamiento equivocado. En efecto, lo que se va a establecer no es la culpa del agente, sino la fuerza del evento exterior, la que, necesariamente está en relación con la capacidad de resistencia que tiene el obligado. El tipo abstracto no puede ser considerado de tal manera que nos pre-

guntamos si un hombre prudente y normal hubiese sido capaz de resistir el alud de tierra, sin consideración a la capacidad que se presentó en el caso concreto; por el contrario, ese tipo abstracto debemos elaborarlo mediante la consideración de saber si un hombre prudente y normal hubiese utilizado el 70% de sus energías para resistir el fenómeno. Un hombre normal, no boxeador, podría ser total y absolutamente incapaz de repeler el alud de tierra, en cuyo caso habría que absolver al conductor; por el contrario, un hombre prudente y normal que tuviese que hacer el mismo porcentaje de esfuerzo que debió haber realizado el conductor, debería ser condenado si no resistió el fenómeno; pensar lo contrario nos conduciría a que el boxeador, intencionalmente, dejara perder las mercancías, ya que a pesar de que él sería capaz de resistir el fenómeno, su conducta sería lícita, pues tendría como disculpa el hecho de que un hombre prudente y normal tampoco hubiese podido resistir el evento; a contrario sensu, un hombre pequeño y débil no tendría nunca la posibilidad de argumentar una fuerza mayor, ya que la mayoría de las veces el evento imprevisible e irresistible para él, no lo será para el tipo normal y abstracto, del cual no se tiene en consideración las circunstancias físicas.

En conclusión, el evento exterior no se puede tomar aisladamente del agente; la fuerza desplegada por el fenómeno está en relación con la fuerza que, para repelerla, tiene el agente en el caso concreto. No se puede preguntar si un hombre prudente y normal hubiese resistido el fenómeno; lo que se debe averiguar es si un hombre prudente y normal hubiese utilizado un cierto porcentaje de su fuerza para repeler el evento; en esta forma, la situación será igual para el hombre débil y para el boxeador.

Finalmente, es necesario resaltar que esa irresistibilidad no quiere decir que el agente tenga que comportarse como un verdadero héroe. Lo que el juez debe preguntarse es si un hombre prudente y normal hubiera realizado determinados actos para resistir el evento. Como dicen los señores PLANIOL y RIPERT, "el deudor no está obligado a exponer su vida para intentar por ejemplo, de salvar, en presencia del pueblo, de la inundación o de un ataque por ladrones armados, los bienes de los que tiene la guarda" (11). Si uno mira con detenimiento esas ideas, podrá observar la identidad que existe entre la fuerza mayor y la ausencia de culpa; no obstante, la práctica jurídica sigue enseñando que aunque en el fondo fuerza mayor y ausencia de culpa son la misma cosa, de todas maneras la ausencia de culpa es demostrada con diligencia y cuidado, mientras que la fuerza mayor sólo se demuestra mediante la prueba de un hecho externo y concreto (causa extraña).

La imprevisibilidad como característica de la fuerza mayor:

Para que pueda hablarse de fuerza mayor o caso fortuito, se requiere que, además de irresistible, el efecto del fenómeno sea imprevisible; sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia son muy inciertas en cuanto a la precisión de este concepto.

Creemos que el problema sigue radicado en no distinguir entre la causa y el efecto. Ya hemos dicho que lo que debe ser imprevisible e irresistible, no es el fenómeno como tal, sino sus consecuencias. Los autores, sin embargo, elucubran

largamente sin caer en cuenta de esta distinción. Los señores PLANIOL - RIPERT, por ejemplo, expresan que "ciertos obstáculos tienen un carácter irresistible como la inundación, la tempestad, el temblor de tierra. Pero otros tienen ese carácter únicamente si uno se expone a ellos. Estos no excluyen la responsabilidad si uno ha podido y debido preverlos y evitarlos. **Ahora, los eventos irresistibles cuando se producen, son, en ciertas circunstancias, susceptibles de ser previstos, lo que permite a veces evitar sus efectos**" (12) (remarca fuera del texto). Por su parte, el señor RENE SAVATIER manifiesta que "en general, los fenómenos de la naturaleza aun imprevisibles, restan inevitables. . . el fenómeno en sí mismo siendo inevitable, sus consecuencias dañinas pudiesen haber sido evitadas por el agente" 13).

De otro lado, los señores MAZEAUD, al analizar la dificultad que produce el concepto de imprevisibilidad, expresan que "es necesario guardarse aquí de una exageración. Uno está, en efecto, tentado de afirmar que todos los efectos son previsibles salvo los que se producen por la primera vez; como si no supiéramos que no hay nada nuevo bajo el sol. . . la jurisprudencia se muestra por otra parte muy remisa a admitir la imprevisibilidad. En todo caso, como en materia delicada ella se contenta de una imprevisibilidad normal" (14).

Como puede verse, la causa y el efecto siguen siendo puntos de confusión para los tratadistas; no obstante, el punto puede ser resuelto si se tiene en cuenta la diferencia entre la causa y el efecto. La investigación, todos los días permite ir detectando bien sea la previsibilidad del fenómeno, bien sea la previsibilidad de sus efectos. Así, la ciencia ha descubierto con exactitud el día en el cual se producirá un huracán, su potencia y las fechas de su recorrido; sin embargo, habrá ciertas situaciones en las que sus efectos dañinos no puedan preverse. De otro lado, ya empieza a contemplarse la posibilidad de prever la ocurrencia de temblores de tierra, aunque en este caso, es aún más difícil prever sus consecuencias. En realidad, la ciencia progresa más rápidamente en la previsión del fenómeno que en la de sus efectos. Aceptar que a previsibilidad está referida a la causa, conllevaría a tener que rechazar la mayoría de los eventos, como causales de fuerza mayor, o, a utilizar los criterios de "previsibilidad normal" que utilizan los autores. En cambio, si aceptamos que lo que debe ser imprevisible es el efecto, no tendríamos que embarcarnos sobre discusiones que a nada conducen; en conclusión pues, para que pueda argumentarse la fuerza mayor, el efecto del fenómeno no sólo debe ser irresistible, sino también imprevisible, sin importar la previsibilidad o imprevisibilidad de su causa.

El evento debe ser además, exterior al deudor (extraño, no imputable):

La noción misma de causa extraña conlleva a precisar que la fuerza mayor debe ser exterior o extraña al agente.

Ya tuvimos oportunidad de analizar cómo la exterioridad no hace relación a un consenso físico (15), sino a la esfera jurídica del deudor; lo que acontece es que, la mayoría de las veces, el evento que tiene interioridad física, la tiene también desde el punto de vista jurídico y al contrario, en aquellos casos en que el evento es exterior físicamente, también lo es jurídicamente.

Aclarado este punto, podemos precisar que la fuerza mayor además de imprevisible e irresistible, debe ser exterior al deudor, es decir, no debe serle imputable desde ningún ángulo. Desde que cualquier parcela de la esfera jurídica del agente se encuentre en relación con el daño, el demandado debe responder y no puede argumentar la fuerza mayor. Sin embargo, acá es necesario hacer una distinción en cuanto a saber si esa imputabilidad de culpa se puede producir en la causa del fenómeno, en sus efectos o en una situación ajena al fenómeno mismo.

Culpabilidad en la causa del fenómeno:

Es ésta la más normal. Para que el demandado pueda argumentar la fuerza mayor se requiere que ese efecto imprevisible e irresistible, no le sea imputable en su causa, es decir, se necesita que el agente no haya creado, por su culpa, el fenómeno imprevisible e irresistible. He aquí un ejemplo: El conductor de un coche tirado por caballos, imprudentemente golpea el animal haciéndolo desbocar, motivo por el cual el coche toma una velocidad que hace imprevisible e irresistible los efectos de la alta velocidad, por lo que los pasajeros se lesionan. El conductor no podrá invocar la fuerza mayor ya que la causa del efecto imprevisible e irresistible se debe a su culpa.

Existencia de la culpa en relación con los efectos del evento:

Desde que los efectos sean imprevisibles e irresistibles, se excluye a priori, la existencia de una culpa por parte del causante del daño. Independientemente de la culpabilidad que puede existir en la causa, el efecto puede ser imprevisible e irresistible, pero en este caso, esas dos nociones excluyen la de culpa; en efecto, puede suceder que el agente no previó lo previsible o no resistió lo resistible. De allí nuestra insistencia en que la fuerza mayor o caso fortuito se identifiquen en el fondo, con la ausencia de falta, pues ésta indica que el efecto era previsible o resistible, o ambos a la vez. Es pues, imposible que exista un efecto imprevisible e irresistible acompañado de culpa. La falta, en estos casos, podría existir en su causa, mas no en sus efectos. Siguiendo con el ejemplo anterior, puede suceder que el conductor no haya tenido ninguna culpabilidad en el desboque de los caballos (la causa no le es imputable, pero, a pesar de haber previsto la posibilidad de que sus pasajeros se lesionaran en caso de un desboque, no tomó las medidas necesarias que hubiesen hecho resistible por parte de los pasajeros, el desboque de los animales (no utilizó cinturones de seguridad). En este caso, los efectos eran previsible y resistible, pero por su culpa no se pudieron evitar y resistir; por el contrario, si a pesar de haber tomado las medidas para soportar la veloz carrera de los animales, los pasajeros se hubieron lesionado, el demandado podrá argumentar la fuerza mayor ya que no hay culpabilidad ni en el desboque de los caballos ni en los daños que de allí se derivan.

En conclusión, la imprevisibilidad y la irresistibilidad significan la ausencia de culpa del demandado.

Culpa adicional pero independiente del fenómeno:

Normalmente, se dice que para que la fuerza mayor tenga poder liberatorio, debe no ser imputable a culpa del deudor; sin embargo, no se hace una distinción

que es importante, ya que, a veces, el fenómeno que constituye la fuerza mayor puede ser imprevisible e irresistible y no ser imputable a culpa del deudor, ya que ni en su causa ni en sus efectos hubo negligencia por parte del demandado; no obstante, a la producción del daño puede concurrir otra culpa del deudor, independiente del fenómeno mismo. En tales casos el deudor tampoco podrá liberarse de su responsabilidad. Siguiendo con nuestro mismo ejemplo, podrá ocurrir que el cochero no tuvo culpabilidad ni en el desboque de los caballos, ni en los efectos dañinos, pero, omitió culposamente llevar al lesionado donde un médico. En caso semejante, el cochero será responsable aunque la fuerza mayor no le sea imputable ni en su causa ni en sus efectos; esto es lógico, ya que el daño imputable a la esfera jurídica del deudor.

Conclusión (Definición de fuerza mayor):

Hechas las distinciones anteriores, podemos decir que la fuerza mayor o caso fortuito es el efecto imprevisible e irresistible cuya causa no le es imputable al demandado y en cuyo daño no ha existido culpa adicional de parte de este último.

SECCION CUARTA

Eventos que constituyen fuerza mayor

INTRODUCCION

Tal y conforme se ha planteado, es imposible determinar a priori, cuáles eventos constituyen fuerza mayor o caso fortuito; la dificultad surge de las variantes infinitas que presenta cada caso concreto, pues aunque el fenómeno pareciera ser el mismo siempre, las posibilidades que tenía el agente de impedir los resultados dañinos, varían en cada circunstancia. El vendaval puede tener la misma intensidad en dos casos que se comparen, pero las condiciones para soportarlo pueden ser radicalmente diferentes, en uno y otro hecho; no obstante, la experiencia demuestra que hay ciertos acontecimientos que generalmente son invocados como fuerza mayor o caso fortuito; acá determinaremos si sólo esos eventos constituyen la causa extraña o si el simple acontecer de la naturaleza puede contener los mismos rasgos de la fuerza mayor y en consecuencia, alegarse como tal; posteriormente, analizaremos algunos de los hechos que tradicionalmente se invoca como causal de exoneración.

La fuerza mayor no requiere la existencia de un evento extraordinario o descomunal

El artículo 1o. de la Ley 95 de 1890 aporta varios ejemplos de fuerza mayor o caso fortuito. Se habla allí del naufragio, el terremoto, el apresamiento de enemigos, etc.; de otro lado, el común de las gentes e inclusive los que manejan el instrumento de la interpretación jurídica siguen los mismos derroteros de la ley, al considerar que sólo esos hechos que revisten las características de espectacularidad y rareza, pueden constituir fuerza mayor o caso fortuito; sin embargo, bien vistas las cosas, el devenir permanente del universo puede constituir fuerza mayor, aun-

que el fenómeno que lo engendra sea el más intrascendente y el más repetitivo. En realidad, para que un acontecimiento pueda argumentarse como causal de fuerza mayor basta que sus efectos sean imprevisibles, irresistibles y que la causa no sea imputable al agente; poco importa la forma y características exteriores que revista. Así, si un paciente se muere en medio de la operación sin que haya de por medio culpa del médico, habrá que decir que el paro del corazón que causó la muerte, es una fuerza mayor, pues es una causa mortal, no imputable al médico y cuyos efectos fueron imprevisibles e irresistibles. Todo el complejo mundo fenoménico es susceptible de generar fuerza mayor; ya habíamos dicho que todos los fenómenos que contribuyen a la causación de un resultado dañoso, constituyen fuerza mayor si ninguno de ellos le es imputable al agente. La tendencia tradicional de “sublimar” el fenómeno al que se le atribuyen las características de causa extraña obedece a varios factores, entre los cuales, los siguientes:

a. La filosofía y la teoría general del Derecho jamás han determinado su elemento básico, cual es la noción ontológica de “hechos”; la lógica jurídica ha especulado sobre el concepto de hecho jurídico, olvidando un dato anterior, consistente en explicar lo que se deba entender por “hecho físico”; ¿Acaso alguien ha dicho dónde empieza y dónde termina un hecho que puede tener trascendencia jurídica? He allí la dificultad, por ejemplo, para delimitar la época en la cual empieza a correr el plazo de la prescripción extintiva de la acción en responsabilidad.

Tenemos que decir que el único “hecho” existente ahora y siempre, es el universo; lo demás son parcelaciones mentales que el hombre hace con base en ciertos efectos que ese devenir permanente le produce. El interés de cada quien le permite decir que “su hecho” comienza y termina en cierto momento. El terremoto es “el hecho” del geólogo; los mil muertos del terremoto, son los “mil hechos” que dan lugar a consignar jurídicamente las muertes de los desaparecidos (1000 hechos jurídicos); los infinitos cambios biológicos de los mil muertos del terremoto único, constituyen los “millones de hechos” que sirven de fundamento científico al microbiologista; a todas éstas, hay que decir que el evento del terremoto “comenzó” y se “terminó”, como hecho, en cierto momento; la verdad es que la tierra venía sufriendo cambios permanentes que se “exteriorizaron” en el momento en que alguien percibió una porción de ese devenir y la llamó terremoto. En conclusión, hay que decir que el universo es un hecho permanente y total.

La ciencia del Derecho, sin embargo, ha querido estructurar sus instituciones, no sobre la idea de ese “hecho permanente y total”, sino sobre la de “hechos parciales”; de allí, que para poder hablar de fuerza mayor o caso fortuito, la doctrina, la jurisprudencia y la ley acudan a esos acontecimientos espectaculares, olvidando que todo lo que nos rodea siempre y en toda parte, es susceptible de producir una fuerza mayor. En la circulación de la sangre convergen infinitos eslabones de la cadena causal; temperatura, densidad de la coagulación, alimentación, oxigenación, etc. Si cualquiera de esas causas no imputable, en su acontecer, a culpa del médico, produce efectos imprevisibles e irresistibles, tendremos que hablar de que la muerte del paciente se debió a fuerza mayor o caso fortuito. Para nuestro estudio bastaría precisar que esa “parcelación” de la realidad habría que comenzarla allí donde las causas comienzan a ser irresistibles e imprevisibles en sus fenó-

menos, sin esperar el fenómeno espectacular que transforme radical y abruptamente el mundo circundante a la víctima.

b. La segunda circunstancia que ha llevado a la creencia de que la fuerza mayor debe ser ese evento sensacional de que hemos venido hablando, radica en la ya mencionada confusión entre la causa y el efecto del fenómeno que se considera como caso fortuito. Si se piensa que la causa es lo que debe ser imprevisible e irresistible, entonces el artículo 1o. de la ley 95 de 1890, tendría razón, parcialmente, al considerar que el huracán, el terremoto, etc. constituyen fuerza mayor pues son sucesos que la mayoría de las veces, su acontecer es imprevisible e irresistible; en cambio, si se acepta, como lo hacemos nosotros, que esas características sólo deben ser exigidas de los efectos del fenómeno, entonces comprenderemos fácilmente que cualquiera transformación de la realidad, por insignificante que sea, puede servir de argumentación para alegar una fuerza mayor. De allí, la dificultad de los autores en la explicación sobre los hechos que constituyen caso fortuito. No ver que una simple ausencia de hemoglobina en la sangre puede causar una anemia mortal, lo que encaja perfectamente dentro de los elementos de la fuerza mayor.

c. El tercer motivo de la confusión podemos encontrarlo en la obstinación de los autores y tribunales en diferenciar, ontológicamente, la fuerza mayor y la ausencia de falta. En efecto, pareciera ser que la doctrina y la jurisprudencia admitieran que en aquellas ocasiones en las que no haya el evento único y espectacular de que hemos venido hablando, sólo habrá ausencia de culpa. Nada más equívoco. Tan determinante para producir la anemia del paciente es la falta de una vitamina orgánica como el "apagón" que, inesperadamente, impide al médico terminar la operación. Insistimos: desde que no haya culpa del médico el resultado es, para él, imprevisible e irresistible; en consecuencia, fuerza mayor y ausencia de culpa son idénticos esencialmente.

Ahora, la jurisprudencia ha querido diferenciar la manera probatoria de estos conceptos. La ausencia de culpa es, lógicamente, imposible de demostrar; de allí, que, a veces (artículo 2347 del C.C.) se le permita al agente demostrar diligencia y cuidado; en otros por el contrario, se exige la prueba de una causa extraña (artículo 2356)

En conclusión, podemos decir que cualquiera efecto del devenir de la naturaleza o de la sociedad pueden dar lugar a la fuerza mayor o caso fortuito, a condición que sus efectos sean imprevisibles e irresistibles al agente y no haya, de por medio, culpa de éste.

Algunos casos típicos de fuerza mayor:

A pesar de lo dicho en los párrafos anteriores, queremos precisar algunas ideas en relación con ciertos hechos que, tradicionalmente, se han considerado como "fuerza mayor o caso fortuito". La citación de estos eventos no contradice nuestro punto de vista, pues ellos se acomodan a lo explicado, desde que llenen las

características del principio general (imprevisibilidad, irresistibilidad, no imputabilidad) queremos, simplemente, discutir si en esas situaciones permanentemente citadas por la doctrina, se dan los elementos mencionados.

a. Fuerzas de la naturaleza:

Este es el típico ejemplo traído por los autores (16) y por nuestro Código Civil mismo, en el artículo 1o. de la ley 95 de 1890, como evento constitutivo de fuerza mayor. Sin embargo, la doctrina se esfuerza inútilmente en fijar criterios generales; así, el señor PHILIPPE LE TOURNEAU manifiesta que “la caída de un árbol sano después de una tempestad es debido a un caso de fuerza mayor” (17) pero, a renglón seguido, el autor manifiesta: “pero la caída de un árbol después de una tempestad no es debido a un caso de fuerza mayor, sea si el tronco estaba viejo y si la altura normal del árbol, su estado de aislamiento relativo, la presencia de ramas secas, imponían al propietario medidas de precaución (18). El mismo autor incurre en la confusión entre la causa y el efecto, cuando dice que “el viento será un caso de fuerza mayor a condición que no haya sido posible de evitar las consecuencias (19).

Por nuestra parte, diremos que cada que se invoque un evento como fuerza mayor, el Juez deberá partir de dos presupuestos: 1) Lo que debe ser imprevisible o irresistible es el efecto y no la causa; 2) Ningún evento puede constituir fuerza mayor o caso fortuito si hubo culpa del deudor, bien sea en la causa del fenómeno, bien sea en el efecto mismo. Veamos un ejemplo: Si por una carretera se están produciendo derrumbes permanentes y el conductor, a sabiendas de este riesgo y sin necesidad apremiante de atravesar esta vía decide recorrerla, siendo atrapado por un alud de tierra, no podrá argumentar la fuerza mayor ya que él es culpable de la relación de causa a efecto que existe entre el deslizamiento de tierra y la atrapada del camión.

Por el contrario, puede suceder que un fuerte invierno haga que el conductor del vehículo tenga que estar sometido al riesgo de verse atrapado por un alud de tierra; en este caso, el alud será previsible pero irresistible en su causa; pero, si la técnica existente en el lugar permite al conductor utilizar cierto tipo de llantas o ciertos dispositivos para evitar y resistir los efectos dañinos del derrumbe, no habrá fuerza mayor si el daño se produce y el conductor no ha previsto y resistido el daño; si, en este caso, el conductor no pudo evitar la causa ni pudo prever ni resistir los efectos, habrá fuerza mayor, no porque el alud fuese irresistible en su causa, sino porque lo imprevisible e irresistible eran los efectos dañinos del alud.

Finalmente, si el derrumbe era imprevisible e irresistible, aún en sus efectos, el conductor no podrá liberarse si, después de ocurrido el hecho, por ejemplo, no protegió debidamente la mercancía para que no se deteriorara o, si no tenía el vehículo provisto de buenos dispositivos mecánicos para controlar una emergencia semejante.

b. Desfallecimiento por enfermedad súbita:

Puede presentarse el hecho de que el daño se produzca porque el demandado o la persona por la cual debe responder, sufrió una enfermedad que le ha impedido cumplir su obligación contractual, o ha contribuido a la producción del daño aquiliano. La evolución normal de la jurisprudencia y la doctrina francesas, era la de que en tales casos el demandado podía invocar esa enfermedad como fuerza mayor (20); sin embargo, el Código Napoleón ha sido adicionado mediante el artículo 2892, y, así, se ha establecido que "el que ha causado un daño a otro mientras esté bajo el imperio de una perturbación mental, no está menos obligado a reparación". Fuera de ello, hay que manifestar que en el asunto de TRICHARD, de 18 de diciembre de 1964 se decidió "que la enfermedad mental no era un caso de fuerza mayor que pudiera exonerar al guardián de una cosa" (21). Esta teoría se ha generalizado a todo tipo de enfermedad, y hay autores que sostienen que la enfermedad del causante del daño nunca puede ser una fuerza mayor (22).

Nosotros pensamos que desde que no haya culpabilidad del agente en la producción de la enfermedad o en sus efectos dañinos habrá que aceptar que, en un caso semejante, existe fuerza mayor o caso fortuito. Ya hemos visto cómo la noción de exterioridad hace relación es a la esfera jurídica del demandado y no al aspecto físico. Esta opinión es la misma que ha sido aceptada en Bélgica, y la cual, se ha ratificado mediante las siguientes sentencias: (23). Sentencia, Corte de Apêlacion MONS, 21 de marzo de 1978, R.G.A.R. No. 10031, mayo, 1979; CORTE DE APELACION DE AMBERES, 5 de mayo de 1975, R.G.A.R., 1976, No. 5583

En la más reciente decisión (21 de marzo de 1978), la Corte de Apelación de MONS (Belgica), establece que un conductor que se ha hecho todos los exámenes médicos de rigor, no es responsable, si, de una manera repentina, sufre un infarto cardíaco que le produce inconciencia inmediata, por lo cual, se produce un choque con su automóvil. "Considerando, dice la Corte, que no ha sido establecido que X debía, sea por su formación y sus conocimientos personales, sea porque su médico le hubiera advertido, saber que su estado de salud era del tal manera deficiente que una pérdida de conocimiento podría presentarse súbitamente. . . Considerando que de estas consideraciones se sigue que X no ha cometido imprudencia tomando el vehículo el día en que el accidente se produjo; que ninguna otra falta le es reprochable; por esos motivos, la Corte. . . (24). Se acepta pues, que la enfermedad súbita es fuerza mayor.

En consecuencia, estamos de acuerdo en que la enfermedad súbita constituye una fuerza mayor desde que reúna los requisitos de imprevisibilidad e irresistibilidad así como los de no imputabilidad (exterioridad). Si un conductor sabe que está en posibilidades de sufrir un infarto y a pesar de ello se arriesga a tomar el volante de un vehículo, no podrá invocar la fuerza mayor en caso de que el infarto se produzca cuando está conduciendo, ya que sería culpable de la causa del choque; de otro lado, si un conductor sabe que con determinados medicamentos, puede soportar un infarto o cualquiera otra enfermedad y, a pesar de ello no utili-

zó la droga adecuada, no podrá invocar la fuerza mayor, no sólo porque contribuyó a causar el evento (tomó el volante) sino también porque no previó ni trató de resistir los efectos (no adquirió la droga requerida).

Finalmente, puede ocurrir que, aunque el infarto sea irresistible e imprevisible haya, sin embargo, un descuido en el mantenimiento de los frenos, lo que contribuyó, mediante esa culpa adicional, a la producción del daño.

En conclusión, pues, si la enfermedad del agente era imprevisible e irresistible y no existía culpa alguna de su parte, tendrá que aceptarse que dicho evento constituya una fuerza mayor.

c. Los efectos de la guerra (25):

La guerra ha sido uno de los eventos que se ha argumentado, siempre, como fuerza mayor, no sólo en el campo contractual, sino también, en el campo de la responsabilidad aquiliana. Acá, al igual que en todos los ejemplos propuestos, habrá que determinar si ha existido alguna culpa imputable al deudor. Desde que el deudor, no haya podido sustraerse a la guerra misma y los efectos de ésta hayan sido imprevisibles o irresistibles, la guerra, o la guerrilla serán una fuerza mayor con poder liberatorio para el causante del daño.

Lo que se dice de la guerra es aplicable a la asonada, la huelga general, la guerrilla, el mitin, etc.

d. Huelga dentro de la misma empresa del deudor:

Puede acontecer que los trabajadores de una empresa declaren una huelga no imputable al patrono, motivo por el cual, éste no puede cumplir su obligación contractual. En principio, siendo una falta de sus propios dependientes, el patrono deudor no podría liberarse de la obligación, ya que de todas maneras, la ilicitud de sus empleados, compromete la suya. Sin embargo, la Corte de Casación Francesa ha considerado que en tal caso el deudor puede liberarse invocando esa huelga, como causal de fuerza mayor (26).

Pensamos que esta solución es la adecuada, pero siempre y cuando, esa huelga no sea una simple dificultad de cumplimiento de la obligación; se requiere que a raíz del paro, el cumplimiento haya sido realmente imposible, insuperable.

La fuerza mayor debe impedir el cumplimiento del deudor:

Para que la fuerza mayor tenga poder exoneratorio es necesario que el fenómeno impida el cumplimiento de la obligación del deudor y no del acreedor. Si el acreedor dispone todos los medios requeridos para cumplir su obligación, el deudor no podrá alegar la fuerza mayor que le ha impedido utilizar la prestación del

acreedor. En el evento en que una fábrica contrate con un particular el transporte de sus empleados, la huelga de estos últimos, no podría ser argumentada como fuerza mayor para no pagar el valor del transporte. En efecto, la obligación del transportador es poner a disposición de los transportados los vehículos, mientras que la obligación de la fábrica es pagar un precio por el transporte. Si el transportador incumple su obligación podría discutirse si la huelga de sus trabajadores es causal de exoneración; en cambio, la huelga de los transportados no le impide a la fábrica pagarle al transportador el precio del transporte. Desde que este último ponga los vehículos a disposición de los transportados, surge para el patrono la obligación de pagar el precio del transporte. Lo que se debe entender es que la fuerza mayor debe impedir el cumplimiento de la obligación que se demanda; el no poder disfrutar de la prestación de la contraparte podrá tener otras consecuencias jurídicas, mas no las características de una fuerza mayor.

Daño proveniente de la actividad peligrosa misma:

Cuando existía únicamente la responsabilidad directa con culpa probada, y no se pensaba en la responsabilidad por actividades peligrosas, del artículo 2356, el vicio o culpa del animal, del vehículo o de la máquina con la cual se había causado el daño constituían una fuerza mayor, a menos que se probara que el demandado había tolerado, de manera negligente, tal desperfecto; sin embargo, al ser establecida por la jurisprudencia, la responsabilidad por actividades peligrosas, la culpabilidad se radicó en el simple hecho de poner en peligro a las demás personas, mediante la utilización de objetos que aumentaban la posibilidad de dañar. Si se admite que el guardián de la actividad peligrosa es responsable aunque ésta no tenga ningún vicio oculto, con mucha mayor razón su culpabilidad se va a ver comprometida al poner en actividad una cosa que, además de ser peligrosa, tiene un vicio interno. Desde que la falta consista en ejercitar una actividad peligrosa, no hay porque buscar los defectos ocultos que ésta tenga.

En conclusión, podemos decir que el vicio interno de la actividad peligrosa o de los instrumentos con los que se cumple una obligación contractual de resultado no pueden ser invocados como fuerza mayor; en cambio, si la demanda se estructura sobre la responsabilidad directa con culpa probada, del artículo 2341, o sobre las obligaciones contractuales de medio, ese vicio interno de la cosa sí tiene poder liberatorio; de allí, que la absolución penal por caso fortuito o fuerza mayor proveniente del vehículo, constituyen cosa juzgada en relación con la responsabilidad directa del artículo 2341, pero no lo es en lo que concierne la responsabilidad por actividades peligrosas, del artículo 2356 del C.C.

La fuerza mayor no opera en los daños contractuales y extracontractuales provenientes de las aeronaves:

De acuerdo con el artículo 1880 del C. de Co., en concordancia con el artículo 1003 del mismo estatuto mercantil, el transportador aéreo no se libera de su obligación derivada del contrato, cuando el daño ocurra por una fuerza mayor. En efecto, el artículo 1880 remite a los ordinales 1 y 3, del artículo 1003 y guarda silencio con el ordinal 2, en el cual se considera que la fuerza mayor sí libera al transportador terrestre.

Si el artículo 1003 permite que el transportador terrestre de personas, se libere por la fuerza mayor, no ha sido por un olvido del legislador que tales eventos no liberen al transportador aéreo. En efecto, el protocolo de Guatemala de 1973, en su artículo 17, y basándose en la convención de VARSOVIA, establece que "el transportador es responsable del perjuicio sobrevenido en caso de muerte o de toda lesión corporal sufrida por un pasajero, por el solo hecho de que el daño se haya producido a bordo de la aeronave, o en el curso de todas las operaciones de embarque o desembarque" (27). La misma norma establece en sus incisos primero y segundo que, solamente cuando la lesión resulta del estado de salud del pasajero o de una culpa del mismo, el transportador podrá liberarse de su obligación.

El C. de Co. Colombiano, ha acogido estos principios, elaborados desde la convención de Varsovia, en 1929 y los ha suavizado en el sentido de que se le permite al transportador aéreo exonerarse demostrando que el daño se ha producido por el hecho exclusivo de tercero

De otro lado, los artículos 1827 y ss., del C. de Co., al regular la responsabilidad del explotador de las aeronaves que causan daños en la superficie, ignora la fuerza mayor como causal de exoneración, siguiendo así, los mismos lineamientos del daño contractual aéreo. Es ésta una de las pocas instituciones jurídicas que reposan, realmente, sobre la base de la "teoría del riesgo creado".

C A P I T U L O I I I

"EL 'HECHO DE UN TERCERO' "

Planteamiento del problema:

Tradicionalmente se ha considerado que cuando el hecho por el cual se demanda es imputable exclusivamente a un tercero, el demandado debe ser absuelto, ya que desde el punto de vista jurídico, no es él quien ha causado daño. Así considerado, el "hecho de un tercero" es una de las especies de la "causa extraña" e inclusive, puede tenerse como una de las especies de fuerza mayor. En este capítulo veremos la incidencia que tiene el hecho de ese tercero en relación con la exoneración del demandado inicial; posteriormente veremos cómo funciona la solidaridad entre coautores.

S E C C I O N P R I M E R A

Incidencia causal del 'hecho de un tercero', en la producción del daño

Subsección Primera

Principios Generales

Cuando en el proceso aparece que el hecho no le puede ser imputado al demandado, no cabe hablar propiamente del "hecho de tercero" como causal de exoneración; realmente, aquí falta el presupuesto esencial de toda acción en responsabilidad, cual es el de la imputabilidad del hecho, al demandado. Si la víctima o sus herederos no pueden demostrar que fue el demandado el que materialmente

les produjo el daño, no tiene sentido hablar de la posibilidad del "hecho de tercero", ya que lo que hay que decir, es que el demandado no cometió el hecho. En cambio, cuando se acepta que el demandado ha causado materialmente el daño, es cuando puede hablarse de la incidencia que el "hecho de un tercero" haya podido tener en la conducta del demandado; concurren, pues, desde el punto de vista causal, la actividad del demandado y el "hecho de ese tercero". Se plantea entonces la discusión de saber si ese "hecho de tercero", permite que, moral y jurídicamente, se considere que el demandado inicial no ha sido el causante del daño; es decir, debe saberse hasta qué punto ese "hecho de tercero" rompe el vínculo causal entre el demandado y el daño. Para conocer hasta donde el "hecho de tercero" tiene incidencia liberatoria para el demandado, será necesario distinguir entre el "hecho de tercero" constitutivo de una fuerza mayor y el "hecho de tercero" que no es constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, tema que analizaremos más adelante

Noción de "tercero", en este caso:

Por "tercero" debe entenderse cualquier persona diferente al deudor o causante del daño y que no tenga ninguna dependencia jurídica en relación con el demandado (27). Es necesario advertir que esa dependencia jurídica hace no solamente relación a la actividad peligrosa en sí misma considerada, sino, también, a cualquiera otra persona que dependa jurídicamente del demandado. No cabe duda de que el patrono no podrá argumentar la conducta de su trabajador basándose en el "hecho de tercero"; sin embargo, si un hijo del patrono o una dama del servicio doméstico van a la empresa donde está la actividad peligrosa y allí causan un daño a un tercero, no podrá decirse que esas personas hacen parte de la empresa o de la actividad peligrosa; sin embargo, ellas están dentro de la esfera jurídica del demandado y, en tal caso, se comprometería la responsabilidad del artículo 2347 del C.C. y en consecuencia no podrá hablarse de "hecho de tercero". En conclusión, pues, para que el "hecho de tercero" pueda proponerse como causa exoneratoria, deberá ser completamente externo a la esfera jurídica del demandado.

Hecha esta aclaración conviene que precisemos si el "hecho de terceros" debe ser culposo, para que el demandado pueda invocarlo. En realidad, para que el "hecho de tercero" pueda ser alegado no se requiere que sea culposo; lo que hay que determinar simplemente, es, si ese "hecho de tercero" tiene incidencia causal, total o parcial, en relación con el daño. La culpa del tercero tendrá importancia para efectos de una posterior demanda bien sea por parte del demandante inicial, bien sea por parte del demandado que, al pagar a la víctima, se subroga contra ese tercero.

El tercero debe ser identificado:

Existe la tendencia jurisprudencial y doctrinaria a considerar que cuando se invoca el "hecho de tercero", como causal exoneratoria, se requiere que el demandado identifique a ese tercero que ha sido el real causante del daño; algunos autores consideran que el demandado no tiene por qué probar tal identificación (28). Esta solución es la más justa ya que, muchas veces, el causante del daño huyó,

quedando plena prueba de la comisión del hecho, y dejando al demandado sumido en la ignorancia de saber quién fue el causante del daño; además, se admite en la actualidad, que, en el caso del daño causado con un vehículo robado, el propietario puede alegar que no tenía la guarda del automotor; en consecuencia, demostrando que su vehículo le fue robado, estará probando el "hecho de un tercero", aunque no lo identifique; la mayoría de las veces, el tercero que robó el vehículo lo deja abandonado después de causar un daño; en estos casos no se identifica al tercero, pero no cabe duda que es una persona diferente al demandado la que ha causado el daño; por ello, debemos considerar que el agente sólo tiene que demostrar, con exactitud, que el hecho proviene de terceros, aunque no logre identificarlos. Conviene sin embargo, hacer una aclaración en el sentido de que el demandado por una obligación contractual de resultado, que no logre identificar al tercero causante del daño, debe por lo menos, demostrar que ese tercero no es alguien que esté bajo su dependencia; de no hacerlo, ese anonimato del tercero impedirá que el demandado pueda exonerarse (29).

Los fabricantes de la actividad peligrosa no pueden considerarse como terceros:

A primera vista, puede pensarse que el guardián de una actividad peligrosa podría invocar el "hecho de un tercero" argumentando que el constructor, el arrendador o el distribuidor de los objetos por medio de los cuales se ejercita la actividad que generó el daño, ha sido el culpable del vicio interno de éstos; sin embargo, bajo diferentes argumentos jurídicos los autores manifiestan que en tal evento, el guardián de la actividad no puede invocar la causal de exoneración, alegando "hecho de un tercero". RENE SAVATIER, basándose en la teoría del riesgo, manifiesta que "En todos estos casos, los riesgos de los cuales el guardián asuma la responsabilidad hacia los terceros comprenden precisamente los vicios de la cosa guardada, aunque hayan tenido por origen, la culpa del otro" (30); para los señores MAZEAUD, esta solución "se explica por la obligación del guardián de garantizar los vicios de la cosa" (31). En nuestro concepto, la solución es acertada, pero en el Derecho Colombiano tendríamos que decir que si el daño surge de la peligrosidad de la actividad, poco importa que esa peligrosidad esté determinada o no, por un vicio interno. En este caso, pues, el guardián de la actividad deberá responder ante la víctima y posteriormente, podrá devolverse contra el fabricante quien debe garantizarle los vicios ocultos de la cosa vendida.

El comodatario puede ser un "tercero":

Por otra parte, se presenta una dificultad cuando el guardián de una actividad peligrosa, la ha facilitado a una persona que no está bajo su dependencia y ésta ha causado un daño. Tal por ejemplo, el caso del préstamo que el dueño de un vehículo hace a un amigo o a un pariente; los señores MAZEAUD admiten que en estos eventos, aunque el dueño del vehículo conserva la guarda del mismo, el pariente o el amigo continúan siendo un tercero en relación con él y que, en tal virtud, y siempre y cuando se llenen ciertos requisitos, el guardián inicial puede argumentar ese "hecho de tercero" como causal de exoneración.

En realidad, habría que averiguar si en esta situación el dueño del vehículo sigue conservando el poder intelectual de dirección y control del automotor, ya

que, de no tenerlo, faltará uno de los elementos esenciales de la responsabilidad por actividades peligrosas, cual es el de que el demandado debe ser guardián de la actividad; en este caso, pues, la situación conduce a una causal de exoneración por el "hecho de un tercero", o, lo que es lo mismo, a la demostración de que no se es guardián o responsable de la actividad que generó el daño. Habrá que examinar cada caso concreto, ya que si, por ejemplo, Pedro entrega su carro a Juan para que éste disponga de él libremente, no cabe duda que Pedro no es responsable, pues no es guardián de la actividad. En cambio, si Pedro conserva una cierta influencia sobre Juan en relación con la conducción del automotor (por ejemplo, le enseña a conducir, o decide por qué vía desplazarse), no se podrá invocar el "hecho de tercero" como causal de exoneración, pues, en cierta forma, Pedro sigue siendo guardián de la actividad.

De otro lado, pero todavía sobre este mismo punto, conviene recordar la distinción hecha entre la guarda en la estructura y la guarda en el comportamiento. En efecto, el demandado inicial podrá demostrar que el daño no se debe al comportamiento de la actividad peligrosa, sino a la estructura de la misma, y en este caso, se liberará de su responsabilidad. Por ejemplo, si Pedro presta su vehículo a Juan y cuando era utilizado por éste, el automotor explota causando daños a un tercero, el demandado podrá invocar el hecho de la explosión como atribuible a un tercero, en este caso el dueño quien era el responsable en la estructura del automotor.

Con base en las consideraciones anteriores, debemos ahora definir el poder liberatorio que para el demandado tiene "el hecho de tercero" cuando es causa exclusiva del daño o cuando tanto el tercero como el demandado, son causantes parciales del mismo.

Subsección Segunda

Incidencia del "hecho de tercero" para efectos exoneratorios:

Como ya vimos, puede ocurrir que el demandado que, en principio, es considerado responsable por haber causado un daño, invoque el "hecho de un tercero" como causal de exoneración. En el debate probatorio puede aparecer que el hecho de ese tercero sea realmente, la causa exclusiva del daño, pero puede suceder igualmente, que en la producción del resultado concurren el hecho de ese tercero, con el hecho culposo del demandado inicial.

a. El "hecho de tercero" como causa exclusiva del daño:

La doctrina es unánime en considerar que el hecho de un tercero exonera totalmente al demandado, cuando puede considerarse como causa exclusiva del daño (32), poco importa que sea culposo o no. Lo que sí es necesario advertir es que debe ser imprevisible e irresistible (33), es decir, debe reunir todas las características de la "causa extraña". En realidad, el "hecho de tercero" y la culpa exclusiva de la víctima son considerados como especies de la causa extraña o de la fuerza mayor.

El "hecho de tercero" como causa extraña no aparece expresamente contemplado en el Código Civil; sin embargo, nada obsta para que su fundamentación se encuentre, por vía interpretativa, en la definición que de caso fortuito y fuerza mayor, da el artículo 1o. de la Ley 95 de 1890. Desde que ese "hecho de tercero" sea imprevisible e irresistible, constituye una causa extraña que exonera al demandado.

Si el Código Civil guarda silencio sobre una consagración expresa del "hecho de terceros" como especie de fuerza mayor, es bueno resaltar que el C. de Co., en su artículo 1003 y en relación con el contrato de transporte, contempla el "hecho de terceros" como causal de exoneración.

b. El "hecho de tercero" concurre a la producción del daño, con el hecho del demandado:

Por virtud de la solidaridad consagrada en el artículo 2344 del C.C., la víctima puede demandar por la totalidad del perjuicio a todos o a cualquiera de los coautores que le han producido el daño, sin necesidad de integrar litis consorcios, ya que, precisamente, una de las ventajas de la solidaridad es la posibilidad de cobrar el todo, a una sola persona. De allí, que el demandado inicial no pueda exonerarse parcialmente, a pesar de que exista otro coautor del perjuicio. De acuerdo con el principio de que "una culpa es necesaria, pero una culpa es suficiente", todos y cada uno de los coautores están obligados por la totalidad; ya lo dijimos: poco importa, que una culpa sea más grave que la otra; lo necesario es que el demandado haya sido una de las causas del daño.

En Francia, donde no existe la solidaridad en materia extracontractual, ha reinado la incertidumbre jurisprudencial en cuanto a saber si el "hecho de terceros", causa parcial del daño, da lugar a una reducción del monto indemnizable que debe cubrir el demandado. En un juicioso resumen de la evolución jurisprudencial, los señores MAZEAUD—TUNC—CHABAS (34) demuestran cómo los tribunales franceses han ido aceptando a veces, la reducción parcial, y otras como en la época actual sólo se acepte la exoneración cuando el "hecho de tercero" reúna los requisitos de fuerza mayor. En realidad, aunque en aquel país no existe la solidaridad, hay por lo menos, "la obligación al todo", denominada también, "obligación in solidum", de donde se puede extraer el mismo argumento de la solidaridad, para que el demandado pueda cobrar la totalidad, cuando el "hecho de terceros" es únicamente causa parcial del daño. Conviene llamar la atención en el sentido de que la legislación argentina, en el artículo 1113 del C.C., estipula que el demandado en responsabilidad civil, por el hecho de las cosas se exonera parcialmente cuando, con la actividad de la cosa, concurre la culpa parcial de un tercero (35); se aplica pues, el mismo concepto de reducción que existe cuando a la producción del daño, concurre la culpa de la víctima.

En Colombia se sigue el mismo derrotero del Derecho Francés; en consecuencia, los elementos de la solidaridad, del artículo 2344 del C.C. indican que si el hecho de tercero, es causa solo parcial, que concurre con el hecho del demandado, a la producción del daño, la exoneración no se produce, ni total, ni parcialmente.

Ahora, concurrir no significa que físicamente participen los dos, pues ésto siempre ocurrirá cuando el demandado alegue el hecho de terceros. Lo que se exige es que, desde el punto de vista causal, tanto el tercero como el demandado, sean instrumentos activos del daño. Si dos carros colisionan cuando van en marcha, lo más seguro es que haya intervención recíproca y mutua; en cambio, si A se encuentra estacionado y B lo golpea lanzándolo contra la víctima, debemos decir que B es un tercero, causa exclusiva del daño.

SECCION SEGUNDA

Recursos de la víctima y del demandado cuando ha intervenido el "hecho de terceros":

Dentro del proceso inicial puede aparecer demostrado el "hecho de un tercero". Esa prueba podrá conllevar a una absolución total del demandado, a condición que se pruebe que esa actividad del tercero ha sido causa exclusiva del daño; por el contrario, el Juez podrá considerar que, a pesar de existir un "hecho de tercero", existe, sin embargo, la culpa del demandado inicial, que lo compromete por la totalidad. Veamos enseguida qué recursos tiene no sólo la víctima que ha perdido el primer proceso, sino también, el recurso que le cabe al demandado inicial, que ha pagado toda la deuda, a pesar de no ser el único causante del daño.

a. Recursos de la víctima que ha perdido el proceso inicial:

Si la víctima ha perdido el proceso inicial, nada impide que pueda iniciar un segundo proceso contra ese tercero que fue considerado como causa extraña para efectos del proceso inicial. Así planteadas las cosas, el demandante no podrá argumentar como cosa juzgada ninguna de las decisiones tomadas en el primer proceso, en relación con su nuevo demandado, ya que éste no fue parte en la acción inicial y, por el principio de la relatividad de la cosa juzgada civil, la sentencia inicial no lo afecta. Iniciado el nuevo proceso, la víctima podrá utilizar las presunciones que le concede la ley en el caso de actividades peligrosas o tendrá que demostrar otra culpa si quiere comprometer a ese tercero; aunque en el primer proceso se haya probado la culpa de ese tercero (nuevo demandado), la carga de la prueba deberá funcionar en el nuevo proceso como si no hubiera existido el anterior; en tal caso, nos remitimos a los principios generales que ordenan la carga de la prueba en los diferentes tipos de responsabilidad.

b. Recursos del tercero que ha pagado la totalidad:

El demandado que ha pagado la totalidad del daño se subroga, por virtud de la solidaridad, en todos los derechos que la víctima directa tendría contra los demás coautores. En tal virtud, el demandado podrá repetir contra el tercero o terceros, que han contribuido a producir el daño; sin embargo, acá, es necesario hacer la misma observación efectuada en relación con el caso anterior, en el sentido de que el primer fallo no puede tener incidencia para efectos del segundo proceso. Ahora, ese "hecho de tercero", causa parcial del daño, está sujeto igualmente, a las mismas reglas a que estaría sometida la relación entre la víctima y ese ter-

cero, es decir, el demandado que pagó no podrá recobrar nada de lo que él ha pagado, mientras no se le pruebe al demandado, los elementos de su responsabilidad.

Establecido, pues, en el nuevo proceso, que ese tercero, por su culpa, contribuyó a causar el daño, precisamos saber cuáles son los criterios para determinar el porcentaje con el cual debe concurrir.

De un lado, digamos que el demandado inicial, por el simple hecho de pagar a la víctima, no se subroga por la totalidad de lo pagado. En el nuevo proceso entre el demandado inicial y el tercero, el Juez fijará la cuota con la cual debe contribuir el tercero, a la reparación del daño. Así, puede ocurrir que el Juez logre establecer la culpabilidad de las partes, fijando la cuota en este caso, de acuerdo con la gravedad de las culpas. Aunque en la práctica sería imposible, nada impide que en el nuevo proceso se diga que el tercero (demandado en la nueva acción), es la sola causa del daño, y que, en consecuencia, debe reembolsar la totalidad de lo pagado; recuérdese que el fallo del proceso inicial no constituye cosa juzgada frente al tercero y, la culpabilidad del demandado inicial establecida en el primer proceso, puede perfectamente ser negada en la nueva demanda. En este ejemplo el demandado inicial podrá recobrar la totalidad, no por el simple hecho de haberse subrogado, sino porque, al momento de ejercer los derechos derivados de la subrogación, logró establecer que la responsabilidad estaba, toda, en cabeza del tercero. A contrario sensu, en el segundo proceso podría decirse que el tercer demandado no contribuyó, para nada, en la producción del daño, a pesar de que en la demanda inicial se haya probado esa participación, pues como es de presumir el tercero no fue parte en el primer proceso.

Cómo opera el recurso contra el tercero, cuando hay de por medio actividades peligrosas:

Cuando estudiamos la culpa de la víctima tuvimos oportunidad de analizar el problema que se presentaba cuando existía colisión de actividades peligrosas, ya que, en principio, las presunciones existentes podían presentar no sólo contradicciones lógicas, sino también marcadas injusticias. El problema subsiste y, todavía, con más fuerza, cuando esa colisión de actividades peligrosas se presenta, no con la víctima, sino con el tercero que ha concurrido parcialmente a producir el daño.

Los señores MAZEAUD, máximos expositores en este punto concreto, se extienden una vez más en las sutilezas que se derivan de considerar que en la responsabilidad por el hecho de las cosas (en Colombia, actividades peligrosas) existe una presunción de responsabilidad, que sólo puede operar a favor de la víctima (36). Partiendo de dicha presunción, la subrogación produce resultados diferentes según que la víctima escoja demandar primero a un coactor que a otro; en este caso, el demandado inicial podrá utilizar parcialmente las presunciones creando las situaciones que contratarían, como ya lo dijimos, no sólo la lógica, sino también la equidad.

Acorde con nuestra teoría según la cual, la responsabilidad por actividades peligrosas constituye una culpa probada, cualquiera sea la persona que la está ejer-

citando (demandado, víctima, tercero), podemos decir que la contribución a la deuda que debe ser asumida por el tercero se determinará, igualmente, de acuerdo con la gravedad de las culpas, y, en caso de no poderse determinar tal gravedad, deberá hacerse por partes viriles. Será el Juez, en cada caso concreto quien se encargará de determinar los montos con que se debe contribuir al reembolso. Si tanto el tercero como el demandado inicial estaban ejercitando una actividad peligrosa, el Juez fijará la cuota con que cada una de las partes debe contribuir a la indemnización, teniendo en cuenta que a mayor peligro, se debe otorgar mayor participación en la deuda; en este punto remitimos a lo que ya se dijo en las relaciones entre la víctima y el demandado. Ahora, si una de las partes cometió una culpa adicional a la de la peligrosidad de la actividad, creemos que deberá soportar todo el daño, pues su falta absorbe la de la contraparte.

Contribución a la deuda cuando ha existido colisión entre el transportador contractual y un tercero:

Como se sabe, la solidaridad debe ser establecida por la Ley, por el testamento o por la convención (artículo 1568 del C.C.).

Cuando el demandado y el tercero son coautores de un mismo delito o culpa, existe solidaridad ya que así lo establece el artículo 2344 del C.C. Los dos responsables son coautores extracontractuales de la víctima. No ocurre lo mismo cuando el daño producido a la víctima es resultado de una colisión entre su transportador (responsabilidad contractual) y un tercero, ajeno al contrato de transporte. Si los familiares ejercitan su acción personal seguirá funcionando la solidaridad ya que los dos coautores son responsables aquilianos; en cambio, cuando demanda la víctima directa, o sus herederos ejercitan la acción hereditaria contractual, no existiendo solidaridad legal, ni convencional, habría que pensar, en principio, que la obligación es divisible y que la víctima no podría recobrar la totalidad del daño frente a uno solo; sin embargo, la práctica jurisprudencial enseña otra cosa y no cabe duda que en tales casos la víctima puede reclamar la totalidad del daño, a cualquiera de los coautores; en este caso, el que pague, se subrogará contra el otro coautor.