

✓
**LAS CAUSALES DE EXONERACION
EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

Parte Primera

EL HECHO DE LA VICTIMA

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.

PARTE PRIMERA

LAS CAUSALES DE EXONERACION

1. Bibliografía Sumaria

CAPITULO I

Principios Generales sobre la Causa Extraña

2. Introducción
3. La causa extraña no puede concurrir con la culpa del deudor
4. Cuando el demandado ejerce una actividad peligrosa, debe demostrar, además, que no ha cometido una culpa adicional.
5. Importancia de la "causa extraña" en materia de responsabilidad civil.
6. Definición de "causa extraña"
7. La causa extraña es incompatible con la culpa del demandado
8. La causa extraña debe impedir el incumplimiento del deudor y no el del acreedor.
9. La "causa extraña" sólo aplica una vez que aparezca demostrado que el demandado causó el daño.
10. La aceptación de la "causa extraña" es producto de la teoría de la "causalidad adecuada"
11. La "causa extraña" en los diferentes vínculos de causalidad
12. Clases de "causa extraña".

CAPITULO II

El hecho de la víctima

13. Introducción

SECCION PRIMERA

14. Influencia causal del hecho de la víctima (causa exclusiva y causa parcial)

Subsección Primera

15. El hecho de la víctima, causa exclusiva del daño

Subsección Segunda

16. Incidencia del hecho de la víctima como causa parcial del daño
17. Incidencia de la causalidad parcial de la víctima en la responsabilidad directa, con culpa probada, del art. 2341.
18. Incidencia del hecho parcial de la víctima en la responsabilidad civil por actividades peligrosas.

19. La culpa de la víctima y la capacidad aquiliana

20. El art. 2346 no sería aplicable a la víctima

SECCION SEGUNDA

A quién se le puede alegar la culpa de la víctima

21. Planteamiento del problema

Subsección Primera

22. Acción Personal de la víctima

Subsección Segunda

23. Acción hereditaria

Subsección Tercera

24. Acción Personal

25. I. Acción personal ejercitada por los causahabientes, a título universal

26. II. Acción personal de los padres

27. III. Acción personal de terceros

28. La jurisprudencia Colombiana

29. Crítica de esa Jurisprudencia

SECCION TERCERA

La culpa de la víctima y el problema de la aceptación de riesgos

30. Introducción

Subsección Primera

31. Distinción de términos

32. Intención de sufrir el daño

33. Conocimiento y aceptación de riesgos

Subsección Segunda

34. La aceptación de riesgos en materia contractual

35. La aceptación de riesgos en materia de responsabilidad médica

36. La aceptación de riesgos en materia deportiva

Subsección Tercera

37. La llamada aceptación de riesgos en la responsabilidad aquiliana

38. La aceptación de riesgos en la responsabilidad por actividades peligrosas.
39. La "aceptación de riesgos" en el transporte benévolo o gratuito
40. Responsabilidad Civil en el transporte benévolo o gratuito en el Derecho Francés
41. La situación en el Derecho Colombiano
42. La naturaleza contractual o extracontractual del transporte gratuito en los derechos colombiano y chileno
43. Continuación
44. La carga de la prueba cuando el transporte gratuito constituye una responsabilidad extracontractual
45. Acción contractual o extracontractual de los herederos
46. Conclusión

SECCION CUARTA

La carga de la prueba de las culpas cuando la víctima ha incurrido en una de ellas. (La mal llamada "Neutralización de presunciones por colisión de actividades peligrosas").

Subsección Primera

Principios Generales

47. Planteamiento del problema
48. Responsabilidad por actividades peligrosas y por el hecho de las cosas
49. En Francia, presunción de responsabilidad por el hecho de las cosas; en Colombia, culpabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas
50. La presunción de responsabilidad sólo opera a favor de la víctima
51. La situación en el Derecho Colombiano
52. Aclaración de términos

Subsección Segunda

Incidencia de la actividad culposa de la víctima, en la regulación probatoria y cuantificadora de la responsabilidad

53. Introducción
54. Actividad exclusiva del agente (demandado)
55. Actividad del demandado y actividad de la víctima
 1. Responsabilidad Directa
 - A. Perjuicio Unilateral

1. Reducción según la intensidad causal
2. Repartición por partes viriles
3. Reducción según la gravedad de la culpa de la víctima
4. La situación en el Derecho Colombiano

B. Perjuicio Recíproco

2. Responsabilidad por el hecho ajeno
3. La responsabilidad civil por el hecho de las cosas y de las actividades peligrosas.

56. Introducción

57. En Francia, el hecho aún no culposo de la víctima, es causal de reducción.

A. Cuando sólo una de las partes era guardián de una cosa o ejercía una actividad peligrosa

1. Actividad peligrosa desplegada por el demandado
2. Actividad peligrosa desplegada por la víctima

B. Actividad peligrosa desplegada por la víctima y por el demandado (Colisión de actividades peligrosas)

58. Aclaración de algunos conceptos

59. El juez siempre debe tratar de probar una culpa diferente a la misma actividad peligrosa

60. Las dos actividades deben jugar un papel "activo" en la producción del daño

61. La actividad más peligrosa no absorbe la menos peligrosa

1. Colisión de actividades peligrosas, con una sola víctima

- a. Teoría de la neutralización de presunciones
- b. Presunciones sólo a favor de la víctima
- c. Posición actual de la Corte Suprema de Justicia Colombiana
- d. Posición Propia

2. Colisión de actividades peligrosas, con dos víctimas

- a. Teoría de la neutralización de presunciones
- b. Teoría de MAZEAUD—TUNC—CHABAS
- c. Teoría de la relatividad de las actividades peligrosas (Teoría Mixta)
- d. Teoría de la repartición entre las dos partes
- e. Posición Propia

PARTE PRIMERA

LAS CAUSALES DE EXONERACION EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

I' Bibliografía Sumaria:

PLANIOL - RIPERT., Obra citada, Tomo VI, No. 567 y ss.; - MAZEAUD-TUNC-CHABAS, Tratado, Tomo II, No. 1429 y ss.; -LE TOURNEAU Philippe, Obra citada, No. 568 y ss.; -SAVATIER René, Traite, Tomo I, No. 384 y ss.; DALCQ Roger, Obra citada, Tomo II, No. 2741 y ss.; - PEREZ VIVES Alvaro, Obra citada, Tomo II, No. 221 y ss.; - CARBONNIER Jean, Tomo IV, No. 74 y ss.; -ALESSANDRI RODRIGUEZ Arturo, "DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN EL DERECHO CIVIL", No. 513 y ss.

CAPITULO I

"Principios Generales sobre la Causa Extraña"

2. Introducción:

Tradicionalmente se ha dicho que la "causa extraña" exonera de responsabilidad a quien aparece como presuntamente responsable, habida cuenta que, en un momento determinado, el daño producido debe considerarse como causado por un fenómeno exterior a la actividad del agente; la actividad del demandado no aparece entonces, sino como un simple instrumento de causas anteriores; la "causa extraña" pues, es independiente de la culpabilidad, y la misma sólo está referida a la causalidad que debe existir entre el hecho del agente y el daño producido; como lo manifiesta el señor DALCQ, "aportando la prueba de la causa extraña", el demandado demuestra que el daño tiene otra causa diferente a su actividad y que en consecuencia, él nunca ha sido el responsable. El demandado aporta la prueba de que es erróneamente que una presunción de responsabilidad ha sido invocada contra él" (1).

Conviene, pues, fijar las características genéricas de la causa extraña, para después entrar en el estudio de los casos particulares que se enmarcan dentro de este concepto, tales como la fuerza mayor o el caso fortuito, el hecho de un tercero o el hecho de la víctima.

3. La causa extraña no puede concurrir con la culpa del deudor:

Como principio general, la fuerza mayor o caso fortuito y el hecho de un tercero no puede concurrir con la culpa del demandado. Por el principio según el cual "una culpa es necesaria, pero una culpa es suficiente", el daño debe imputar-

1. DALCQ, Roger. Obra Citada, Tomo II, No. 2742

se en su totalidad al demandado si existe cualquiere culpa de su parte; en cambio, si existe causa extraña, la exoneración será total; por el contrario, la culpa de la víctima sí da lugar, de acuerdo con el art. 2357 del C.C., a una reducción parcial del monto indemnizable, cuando concurre con culpa del demandado.

De todas maneras, conviene llamar la atención sobre una tendencia actual de la jurisprudencia francesa, en el sentido de reducir el monto indemnizable, cuando concurren la fuerza mayor y la culpa del demandado. El primer fallo que preconiza esta solución se ha denominado como el asunto LAMORICIERE, y se fundamentó en los siguientes hechos: el navío LAMORICIERE naufragó a causa de un violento huracán; el juez que conoció la causa consideró que cuatro quintas partes del daño debían imputarse a la fuerza mayor (huracán) y que una quinta parte debía ser atribuible a la negligencia del capitán del barco (2). Esta jurisprudencia ha sido reiterada en varias oportunidades por los tribunales franceses (3).

Sin embargo, esta jurisprudencia ha sido violentamente atacada por la doctrina (4), ya que semejante aplicación tira por la borda todo el fenómeno de la solidaridad y de la responsabilidad misma, puesto que, en la mayoría de los casos, la culpa del responsable concurre con eventos de distinta índole. PHILIPPE LE TOURNEAU plantea así el problema: "Fuerza mayor y responsabilidad son términos antinómicos e inconciliables, o el daño ha tenido lugar como consecuencia de la falta de alguien y entonces no hay fuerza mayor, sea al contrario, el daño ha sido provocado por la fuerza mayor entonces no sabríamos hallar una falta. . . Si la fuerza mayor es definida por la imposibilidad absoluta de impedir el daño como consecuencia de circunstancias insuperables, imprevisibles y externas, ella entraña una irresponsabilidad total. Toda solución intermedia que produjera una repartición de responsabilidad, sería errónea y haría grave ofensa a la lógica" (5).

Nosotros nos plegamos a la teoría seguida por la mayoría de la doctrina en el sentido de seguir considerando que la fuerza mayor no puede concurrir con la culpabilidad del agente, bien sea que la falta radique en el fenómeno mismo o por fuera de él. Si existe fuerza mayor sin culpa, la exoneración es total; por el contrario, desde que exista una culpa del agente, así sea leve, este deberá responder por la totalidad del daño causado.

2. ASUNTO DEL LAMORICIERE, Comercio 19 de Junio de 1951, citado por LE TOURNEAU Ph., Obra citada, No. 569.

3. Citado por LE TOURNEAU Ph., Obra citada, No. 570.

4. Ver CHABAS, "Responsabilité Civile et Responsabilité Penale", No. 73; — CARBONIER Jean, Obra citada, No. 92; — STARCK Boris, Obra citada, No.

5. LE TOURNEAU Ph., Obra citada, No. 569.

4. Cuando el demandado ejerce una actividad peligrosa, debe demostrar, además, que no ha cometido una culpa adicional:

Cuando el agente es demandado por actividades peligrosas, pero logra demostrar que ha existido culpa exclusiva de la víctima, la exoneración total no se realiza mientras no pruebe la ausencia de culpa en el manejo de la actividad. Se debe probar culpa del demandante y ausencia de culpa del demandado; si no se prueba lo segundo, la exoneración sólo es parcial. En el derecho francés la situación es similar si bien, en aquel país se sigue hablando de presunción de responsabilidad. Los señores PLANIOL Y RIPERT se refieren así a este punto: "La jurisprudencia favorable a la seguridad pasiva, decide que, cuando una presunción legal existe a cargo del demandado, la prueba de una culpa de la víctima no lo exonera, sino que entraña únicamente una repartición de responsabilidad, a menos que pruebe la ausencia de falta, y, cuando la prueba de la ausencia de falta no basta para descartar la presunción, que pruebe además, que la falta de la víctima ha sido para él imprescindible e irresistible (6). "Cuando esta prueba es aportada, los fallos dicen que el daño es debido a la culpa exclusiva de la víctima, justificando en esta forma, la exoneración completa del demandado" (7).

5. Importancia de la "causa extraña" en materia de Responsabilidad Civil:

La teoría de la "causa extraña" es aplicable en el campo contractual, como en el extracontractual; a su vez, las diferentes instituciones de la Responsabilidad Civil Aquiliana pueden recibir una mayor o menor influencia de este principio jurídico; todo depende de cómo funcione la carga de la prueba en los diferentes tipos de Responsabilidad Civil Extracontractual. En la responsabilidad directa con culpa probada, del art. 2341, el demandante tiene la obligación de establecer una culpa en cabeza del demandado, y que la culpa de ese demandado, ha sido la causa del perjuicio sufrido; teóricamente, el demandado podría permanecer pasivo frente a la acción del demandante, ya que es éste quien tiene la carga de la prueba; el demandado podrá atacar la culpabilidad que se le imputa; podrá igualmente, demostrar que, a pesar de haber cometido una culpa, la misma no ha sido la causa del daño, ya que éste se produjo por una "causa extraña"; como puede verse, la "causa extraña" también puede ser de gran utilidad en materia de responsabilidad directa, con culpa probada.

Las cosas son diferentes en materia de Responsabilidad Civil por actividades peligrosas, por la ruina de los edificios, o por el daño causado por los animales. En estos casos, el demandado sólo se libera mediante la prueba de una "causa extraña" ya que la ley considera que probada la peligrosidad de la actividad, el vicio de la construcción o la ausencia de reparaciones, el demandado no puede

6. PLANIOL –RIPERT–, Obra citada, Tomo VI, No. 571

7. PLANIOL –RIPERT–, Obra citada, No. citado.

demostrar que no ha cometido culpa; solamente atacando la causalidad podrá liberarse de su obligación de indemnizar; este ataque sólo será factible mediante la intervención de una causal de exoneración.

De otro lado, la vida práctica enseña que en la mayoría de los casos, un daño se produce bajo la intervención de múltiples fenómenos que pueden tener una gran incidencia jurídica para efectos de determinar la responsabilidad y los montos dentro de los cuales se debe indemnizar el daño. La "causa extraña", pues, tiene una doble importancia, ya que la misma cumple su misión básica en los casos de las responsabilidades presuntas, y en aquellos en los cuales existe pluralidad de causas, que determinan la existencia de un daño.

6. Definición de "causa extraña":

"Causa extraña" es aquel efecto imprevisible e irresistible cuya causa no es imputable a la esfera jurídica del deudor. En esta definición entendemos englobar el concepto según el cual, cuando el fenómeno se produce por cualquier ilicitud jurídica del responsable, éste no podrá invocar a su favor tal hecho; sobre si ese hecho es exterior o interior a la actividad física que generó el daño, nos referiremos más adelante, cuando analicemos el problema de la diferencia entre la fuerza mayor y el caso fortuito.

7. La causa extraña es incompatible con la culpa del demandado:

Para que se pueda hablar de causa extraña se requiere que la causa del evento o sus efectos dañinos no sean imputables a culpa del agente o del deudor; de otro lado, es necesario que, independientemente de ese fenómeno imprevisible e irresistible no haya otra culpa causal, del responsable, aunque esta falta no haya tenido nada que ver en la causa extraña que concurrió a producir el daño. Lo esencial es que, para que la causa extraña exista realmente, se exige ausencia total de culpabilidad del agente.

Este principio está fundamentado en la solidaridad que consagra el art. 2344 del C.C., de acuerdo con el cual, todos y cada uno de los coautores están obligados a reparar la totalidad del daño; fuera de ello, existe otro principio de acuerdo con el cual "una culpa es necesaria, pero una culpa es suficiente". En realidad, en todos los casos en que haya actividad culposa del demandado, habrá una serie infinita de causas que colaboraron en la producción del resultado; de allí, la necesidad de condenar por la totalidad al demandado, desde que haya culpa de su parte.

Sobre este punto no es unánime la jurisprudencia francesa. En efecto, la Sala Comercial de la Corte de Casación, en providencias de 1951 y 1973 ha considerado la posibilidad de una reducción parcial de la responsabilidad del demandado, cuando ha existido un fenómeno que podría considerarse como fuerza mayor y la culpa del demandado.

En la sentencia de 1951 (Asunto LAMORICIERE) se decidió que un naufragio era imputable en sus cuatro quintas partes a causa de un huracán y una quinta parte a culpa del capitán, habiendo sido condenado el transportador a una quinta parte del valor del daño (8).

Esta posición de la Sala Comercial de la Corte de Casación, ha sido fuertemente combatida por los demás tribunales y por la totalidad de la doctrina (9). Así, PHILIPPE LE TOURNEAU, al referirse a este punto se expresa en los siguientes términos cuando la fuerza mayor ha sido constatada, es excluida toda responsabilidad.

“Fuerza mayor y responsabilidad son términos antinómicos e inconciliables: si el daño ha tenido lugar como consecuencia de la falta de alguien, entonces no hay fuerza mayor, si al contrario, el daño ha sido provocado por la fuerza mayor y no sabríamos entonces hallar una falta. Si la fuerza mayor es definida como la imposibilidad absoluta de impedir el daño como consecuencia de circunstancias insuperables, imprevisibles y externas, ella acarrea a una irresistibilidad total. Toda solución intermedia que conllevara a una repartición de responsabilidad sería errónea y ofendería gravemente a la lógica” (10).

Esta posición de la doctrina nos parece la adecuada y ella no hace más que defender el principio general, de acuerdo con el cual todo el que causa un daño a otro es obligado a la reparación total.

8. La causa extraña debe impedir el incumplimiento del deudor y no el del acreedor:

En los contratos bilaterales existen obligaciones recíprocas de las partes. El transportador, por ejemplo, se obliga a transportar personas o cosas de un lugar a otro; a su vez, el pasajero o el remitente de la mercancía se obliga a pagar un precio por el servicio prestado.

Si cualquiera de las partes quiere invocar la fuerza mayor, como causal de exoneración, será necesario que el evento imprevisible e irresistible, que se argumenta, vuelva imposible el cumplimiento de su obligación, mas no la del acreedor. Si una empresa de transporte contrata con una industria el transporte de sus trabajadores,

8. SALA COMERCIAL, Corte de Casación, 19 de junio de 1951, citado por LE TOURNEAU Ph., Obra citada No. 570; —Igualmente, puede verse CHABAS Francois, “RESPONSABILITE CIVIL ET RESPONSABILITE PENALE”, Ed. MONTCHRESTIEN, Paris, 1975, No. 41, pág. 49.

9. Ver CHABAS Francois, Obra y número citado.

10. LE TOURNEAU Ph., Obra citada, No. 569.

la huelga declarada por los empleados transportados no podrá ser invocada como fuerza mayor por parte de sus patronos, ya que la obligación de éstos consiste simplemente en pagar el precio del servicio prestado por el transportador. En este caso, si no existe cláusula o norma legal que contemple la manera de dar por terminado el contrato cuando se presentan circunstancias semejantes, el transportador tendrá derecho a cobrar el valor del servicio contratado, siempre y cuando tenga a disposición del patrono los vehículos respectivos. Es ilógico que el deudor del transportador argumente la fuerza mayor bajo el pretexto de que los trabajadores están en huelga y que por sustracción de materia el contrato no se puede llevar a cabo.

En cambio, si los conductores de la empresa de transporte, declaran la huelga, esta sí podría tomarse como una fuerza mayor que tendría poder exoneratorio para el transportador, pues el hecho imprevisto del cese de labores le impide cumplir su obligación; a contrario sensu, la huelga de los pasajeros transportados, no podría ser invocada por el transportador ya que el cese de actividades no impide, para nada, estar a disposición de la empresa que contrató el servicio para sus trabajadores.

9. La "causa extraña" solo aplica una vez que aparezca demostrado que el demandado causó el daño:

Uno de los principios fundamentales de la responsabilidad jurídica consiste en que el demandante debe establecer probatoriamente que el daño ha sido causado por el demandado; sin esta prueba, la acción jamás prosperará (11). Si el demandado prueba que se encontraba en un sitio diferente a aquel en que ocurrieron los hechos, no podrá decirse que está demostrando una "causa extraña" por el hecho de establecer que él no tuvo la más mínima participación en el daño; la sentencia será negativa para el demandante ya que éste no aportó la prueba del vínculo de causalidad que permite la imputabilidad material del hecho.

Las consideraciones anteriores permiten, pues, decir, que para que la "causa extraña" aparezca con su importancia, para efectos de la exoneración del demandado, se requiere que éste haya causado en la práctica, el daño que se le imputa; sólo en la medida en que el agente haya producido el daño, podrá hablarse de la "causa extraña" como causal de exoneración. Aunque los señores MAZEAUD no hacen esta observación del texto antes citado, podemos afirmar que nuestra aseveración es confirmada por estos tratadistas. En efecto, manifiestan lo siguiente: "Si la cosa del demandado ha causado el daño, éste deberá demostrar que no tiene

11. En este último caso no basta probar el contacto material, puesto que se requiere probar la "causalidad activa" del demandado.

ningún vínculo de causalidad con el perjuicio, o que él no es la única causa. Por ejemplo, el árbol que cae sobre un automóvil ha causado el daño, pero, si cayó bajo un evento de fuerza mayor (ciclón), el guardián no ha causado el daño”(12). (Remarca fuera del texto).

Así las cosas, deberemos entender que la “causa extraña” muestra su gran utilidad cuando aparece claro que el demandado ha sido el causante del daño; el responsable deberá entonces, demostrar que a su vez, él ha sido determinado por una causa que no fue posible controlar y que en cierta forma lo determinó a la producción del daño. Jurídicamente habrá que considerar que el demandado no ha sido el causante del daño, aunque desde el punto de vista filosófico, el agente ha sido uno de los eslabones necesarios de la causalidad. La lucha se presenta pues, entre demandante y demandado, por demostrar cuál ha sido jurídicamente la causa del daño. Refiriéndose al problema, el señor CARBONNIER se expresa en los siguientes términos: “Esta condición (la de la causalidad), que parece ser una exigencia de la razón, es expresada por la palabra **causado** en cada uno de los arts. 1382 a 1386. Ella se manifiesta en el proceso en responsabilidad bajo dos formas diferentes. Positivamente: la víctima, para obtener condenación, deberá establecer la existencia de un vínculo de causalidad entre el daño que ella alega y el hecho al cual la ley ata una responsabilidad. Negativamente: El demandado podrá a veces descartar el vínculo de causalidad que iba a llegar hasta él haciendo la prueba de una “causa extraña” que no le es imputable (13). El ordenamiento jurídico permite decir que jurídicamente, el agente en un momento determinado puede demostrar que él no causó el daño. La razón por la cual el orden jurídico admite tal ruptura, será analizada a continuación.

► En conclusión, cuando el demandado demuestra que no ha participado en la realización del daño, estará estableciendo la no imputabilidad del hecho; en cambio, cuando prueba que el hecho es físicamente imputable al agente, este podrá demostrar que esta causalidad es sólo física, pues la verdadera “causa jurídica” del daño debe radicarse en una causa extraña (fuerza mayor, hecho de tercero, etc.).

10. La aceptación de la “causa extraña” es producto de la teoría de la “causalidad adecuada”:

Para explicar el vínculo de causalidad que debe existir entre el hecho y el daño, se han ideado varias teorías, siendo las más importantes la “teoría de la equivalencia de las condiciones” y “la teoría de la causalidad adecuada”; de acuerdo con la primera, todas las causas que contribuyeron a la producción del daño se consideran desde el punto de vista jurídico, como causantes del hecho y, quienes estén

12. MAZEAUD—TUNC—CHABAS, Tratado, Tomo II, No. 1211 – 10, nota 4.

13. CARBONNIER Jean, Obra citada, No. 91.

detrás de cualquiera de esas causas, deben responder. A esta teoría se le rechaza por la inaplicabilidad práctica, ya que deshumanizaría la responsabilidad civil y permitiría absurdamente buscar responsables hasta el infinito. Para suavizar este criterio se ha ideado la llamada "teoría de la causalidad adecuada", según la cual no todos los fenómenos que contribuyeron a la producción del daño, tienen relevancia para determinar la "causa jurídica" del perjuicio; se considera que sólomente causó el daño aquel o aquellos fenómenos que **normalmente** debieron haberlo producido; esta teoría permite romper el vínculo de causalidad de forma tal, que únicamente la causa relevante es la que ha podido producir el daño. Este criterio no es el más científico, pero es el más acogido por los autores y los tribunales, y el mismo está fundamentado más en un criterio de equidad, que de sana lógica.

Indudablemente la aceptación de la "causa extraña" como causal liberatoria de la presunción de responsabilidad, es, en el fondo, la consagración de la "teoría de la causalidad adecuada"; si se aplicara la "teoría de la equivalencia de las condiciones", necesariamente, habría que condenar al agente que causó el daño, ya que éste es una de las causas que generaron el daño, sin importar que, a su vez, él hubiera sido el efecto de una causa anterior; por el contrario, aplicando la "teoría de la causalidad adecuada" el juez considera que la "causa extraña" ha sido el evento que normalmente ha producido el daño y, en consecuencia, el vínculo de causalidad debe romperse de tal forma, que el demandado no se considere jurídicamente como causante del daño. En conclusión, desde el momento que se acepta la "causa extraña" como causal de exoneración, tendremos que concluir que ella obedece a la aceptación de la "teoría de la causalidad adecuada" y consecuentemente, constituye, también, el rechazo de la "teoría de la equivalencia de las condiciones".

11. La "causa extraña" en los diferentes vínculos de causalidad:

En las responsabilidades complejas, tales como la que surge del hecho ajeno, del hecho de las cosas o de las actividades peligrosas, se dan por lo menos, dos vínculos de causalidad. Por ejemplo, si un vehículo atropella un peatón deberán tenerse en cuenta el vínculo de causalidad que une la actividad del vehículo y el daño sufrido por el peatón; además, la actividad del vehículo debe haber sido generada por la actividad de un responsable o propietario. Generalmente, se dice que el primero de los vínculos citados debe probarse y que el segundo, se presume. Sin entrar a discutir la validez de esta premisa, queremos analizar simplemente si la causa extraña afecta sólomente el vínculo de causalidad entre el hecho y el daño o, si por el contrario, también se aplica al vínculo que existe entre la conducta del responsable y la cosa o actividad que, a su vez, causó el daño. El tema nunca ha sido precisado ni por la jurisprudencia ni por la doctrina, lo que ha conducido, en muchas oportunidades, a confusiones de gran monta. Tradicionalmente los ejemplos y los casos citados por los autores y la doctrina, sólo se refieren al vínculo de causalidad entre la cosa y el daño, por ejemplo imprudencia del peatón que se atraviesa o el inesperado apareamiento de un carro fantasma, etc.

En nuestro concepto, la "causa extraña" puede presentarse no sólomente en el vínculo de causalidad existente entre el hecho y el daño, sino también en el que

existe entre la cosa o actividad y la conducta del demandado. Los ejemplos anteriormente citados, muestran cómo la "causa extraña" permite aceptar que el vehículo del demandado no ha sido la causa generatriz del daño, ya que la misma es atribuible al hecho del peatón, al hecho de un tercero y, eventualmente, a una fuerza mayor o caso fortuito. Ejemplos de que la causa extraña puede existir en el vínculo de causalidad entre la conducta del responsable y la cosa, pueden ser los siguientes: Si el guardián de un vehículo, que causó un daño a un peatón no pudo llegar al control del automotor porque se lo impidió un derrumbe o porque ha sido secuestrado, creemos que podrá liberarse argumentando el hecho de un tercero o la fuerza mayor, ya que así estará demostrando que hubo una "causa extraña" que no le permitió ejercitar un control sobre la cosa de la cual era guardián y que causó el daño. Cuando los tribunales aceptan que el propietario no es responsable si el vehículo que causó el daño ha sido robado, no están más que aceptando que el propietario ha perdido la guardia del automotor, debido al hecho de un tercero y que en tal virtud, la causa extraña tiene ese poder liberatorio.

12. Clases de "causa extraña":

La "causa extraña" puede consistir en una fuerza mayor o caso fortuito, en el hecho de un tercero o en el hecho exclusivo de la víctima; al estudiar cada uno de estos eventos podremos observar las características que debe reunir cada uno de ellos; comencemos esta exposición analizando la influencia que, para efectos exoneratorios, pueda tener el hecho de la víctima.

CAPITULO II

"EL HECHO DE LA VICTIMA"

13. Introducción:

En principio, el demandado debería pagar la totalidad del daño causado al perjudicado, sin tener en cuenta para nada, el comportamiento de la víctima, en la producción del hecho dañino; en efecto, el principio según el cual "una culpa es necesaria, pero una culpa es suficiente" permitiría cobrar todo el daño a quien lo causó en compañía de la víctima; sin embargo, la equidad y el control social han hecho pensar en la posibilidad de que el hecho de la víctima tenga alguna influencia en la regulación del monto indemnizable; esto ha posibilitado que la doctrina y la jurisprudencia hayan levantado todo un sistema relativo a destacar la influencia procesal que tiene esa actividad de quien sufrió el daño; mientras que el Derecho Francés no dispone de norma expresa que regule la materia, el C.C. Colombiano consagra la base de estos principios en el art. 2357 del C.C.; este capítulo será dedicado al análisis de ese comportamiento de la víctima en la realización del perjuicio; habrá que distinguir entre hecho culposo y hecho no culposo, entre exoneración total y exoneración parcial, entre causa total y causa parcial, entre acción propuesta por la víctima y acción propuesta por terceros; tales son las sutilezas de la materia.

SECCION PRIMERA

14. Influencia causal del hecho de la víctima (causa exclusiva y causa parcial)

El hecho de la víctima tiene relevancia desde el punto de vista de la Responsabilidad Civil, para exonerar parcial o totalmente al demandado que ha causado un daño; su influencia definitiva será determinada en la medida en que ese hecho haya sido causa exclusiva o causa parcial del perjuicio; a veces, el daño se produce teniendo por única causa la conducta del perjudicado; en otras situaciones, el hecho se combina con la intervención activa de la víctima y del demandado; los párrafos que siguen se orientan a clasificar esas dos posibilidades.

De otro lado, cuando nos referimos al "hecho de la víctima" debemos estudiar por tal, el COMPORTAMIENTO ACTIVO del perjudicado en la realización del fenómeno; no basta la simple intervención; tanto en la conducta del demandante como en la del demandado, la "causación" exige que éstas hayan sido "INSTRUMENTO DEL DAÑO". Recuérdese la distinción escolástica entre causa y condición; en realidad, la víctima siempre interviene en la producción del daño, pero solamente, en algunas oportunidades esa intervención es ACTIVA; únicamente en este último evento podemos hablar de "HECHO DE LA VICTIMA".

Subsección Primera

15. El hecho de la víctima, causa exclusiva del daño:

Cuando la actividad de la víctima puede ser considerada como causa exclusiva del daño, habrá exoneración total para el demandado, poco importa que el hecho de la víctima sea culposo o no; en este caso el hecho de la víctima constituye una fuerza mayor que exonera totalmente al demandado. Este punto adquiere marcada importancia ya que, tradicionalmente, se ha pensado que el hecho de la víctima debe ser culposo, para que pueda hablarse de exoneración del responsable; veremos que esta distinción de hecho culposo y no culposo, tiene importancia cuando el daño ha sido causado, parcialmente, por el demandado y por la víctima; por el momento, bástenos reiterar que el hecho exclusivo de la víctima, culposo o no, constituye una "causa extraña" con poder liberatorio total; como lo manifiesta el señor ROGER DALCO, "Si el perjuicio tiene por única causa un hecho no culposo de la víctima, ya no será cuestión de falta causal de un tercero y ninguna acción en responsabilidad podría ser fundada" (14). Pero la doctrina y la Jurisprudencia discuten sobre la necesidad de que ese hecho exclusivo de la víctima deba ser im-

14. DALCO, Roger. Obra citada, Tomo II, No. 2669; En el mismo sentido, es unánime la Doctrina: SAVATIER, René. Obra citada, Tomo I, No. 394; LE TOURNEAU Ph., Obra citada No. 621; MAZEAUD-TUNC-CHABAS, Tratado, Tomo II, No. 1464.

previsible e irresistible. Los señores MAZEAUD sostienen que “La imprevisibilidad y la irresistibilidad no son necesarias al hecho exclusivo de la víctima, para que éste exonere de responsabilidad” (15); nosotros aceptamos la teoría propuesta por SAVATIER, en el sentido de que para que el hecho de la víctima pueda ser exoneratorio, requiere las características de imprevisibilidad e irresistibilidad. Según el autor, “el guardián está obligado a demostrar que la falta de la víctima era, para él, imprevisible e irresistible. Esta falta se confunde pues, con un caso fortuito o de fuerza mayor cualquiera, exterior al riesgo tomado en carga. . . la falta de la víctima si se le mira como “causa extraña” del daño, debe registrar, además, todos los caracteres del caso fortuito” (16).

Un ejemplo mostrará claramente la validez de todo lo anteriormente dicho en este número. Si en el momento de cruzar la calle, un peatón sufre una crisis cardíaca, motivo por el cual es atropellado por un automotor, sería absurdo condenar al conductor, argumentando que la crisis cardíaca no es imputable a culpa de la víctima; si un loco o menor se lanzan a las ruedas de un automotor, sería igualmente absurdo considerar que no hay “causa extraña” puesto que, de acuerdo con el art. 2346, “los menores de 10 años y los dementes no son susceptibles de cometer culpa”. Repitémoslo una vez más; cuando el hecho de la víctima es causa exclusiva del daño, no se requiere que este sea culposo.

Subsección Segunda

16. Incidencia del hecho de la víctima como causa parcial del daño:

Los párrafos anteriores se refieren a la incidencia que el hecho de la víctima, causa exclusiva del daño, tenía para efectos de la liberación del demandado; corresponde en este aparte, por el contrario, averiguar qué importancia tiene en relación con la exoneración del agente, la actividad del perjudicado, cuando su conducta concurre, parcialmente con la del responsable, a la producción del hecho.

La respuesta no es absoluta ya que tendríamos que ubicarnos en cada tipo de responsabilidad, para saber cuáles son las consecuencias que esa causalidad parcial de la víctima tiene en el proceso; veremos primero, la causalidad parcial de la víctima, en la responsabilidad directa del art. 2341 (culpa probada); posteriormente, analizaremos esa misma incidencia en la responsabilidad por actividades peligrosas del art. 2356.

15. MAZEAUD—TUNC—CHABAS, Tratado, Tomo II, No. 1462.

16. SAVATIER, René. Obra citada, Tomo I, No. 392.

17. Incidencia de la causalidad parcial de la víctima en la responsabilidad directa, con culpa probada, art. 2341:

En la responsabilidad directa, con culpa probada, del art. 2341, el hecho de la víctima, considerado como causa parcial del daño, debe ser culposo para que pueda considerarse como causal de exoneración parcial de la responsabilidad. El art. 2357 del C.C. consagra expresamente que "la apreciación del daño estará sometida a reducción si el que lo sufrió se expuso a él **imprudentemente**". La disposición es justa en la medida en que, si la víctima debe probar la culpa del directamente responsable, lo lógico es que sólo la culpa del lesionado permita una exoneración parcial. Si el hecho de la víctima es causa exclusiva, poco importa que sea culposo o no, y poco importa que nos estemos refiriendo a la responsabilidad directa con culpa probada; pero, tratándose de la responsabilidad con culpa probada y del hecho parcial de la víctima, éste deberá ser culposo para que se presente la exoneración parcial.

La reducción de culpas de la cual habla el art. 2357 supone necesariamente, que haya existido culpa de parte y parte (17), si la culpa de la víctima es causa exclusiva del daño, no cabe hablar de reducción, ya que lo que se presenta es una exoneración total, pues el hecho es equiparable a la "causa extraña"; si, por el contrario, la víctima no ha cometido culpa, ni total ni parcial, el demandado deberá responder por la totalidad del daño; solamente, cuando han concurrido la culpa presunta o probada del demandado, con la culpa del demandante, podrá existir la reducción parcial.

18. Incidencia del hecho parcial de la víctima en la Responsabilidad Civil por actividades peligrosas:

Durante muchos años se consideró que cuando la actividad de la víctima era únicamente causa parcial del daño, la conducta del perjudicado debería ser culposa para que pudiese existir una reducción parcial de la indemnización, poco importaba que la responsabilidad lo fuera con culpa probada, por el hecho de las cosas o de las actividades peligrosas; sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia francesa han dado un viraje radical en este punto. En efecto, la segunda sala Civil ha adoptado desde hace algunos años una posición contraria en materia de responsabilidad por el hecho de las cosas o de los animales; "ella considera que el hecho **inclusive no culposo** de la víctima, exonera parcialmente al demandado (18) (remarca fuera del texto).

Esta solución, de consecuencias fundamentales, merece una aplicación dentro del contexto del Derecho Francés, en donde la responsabilidad Civil por el hecho

crebro Afcto Soci (E. Courcose), D. 1910

17. Habrá casos en los que la culpa del demandado, se presume.

18. LE TOURNEAU Ph., Obra citada, No. 650.

de las cosas está fundamentada en una responsabilidad presunta, presunción que sólo opera a favor de la víctima. Pareciera ser que la nueva concepción jurisprudencial admitiera que la presunción opera igualmente en este caso, en contra de la víctima y que como consecuencia de ello, surge la reducción parcial de la indemnización. Como el punto es, volvámoslo a repetir, de marcada importancia, nos permitimos reproducir inextenso el análisis que del mismo hacen los señores MAZEAUD—TUNC—CHABAS: "Durante largo tiempo la Corte de Casación ha exigido que el hecho de la víctima sea culposo para entrañar la exoneración parcial del demandado, no solamente en la hipótesis de una falta presunta, sino también de una falta probada de este último".

"Esta solución no parece haber sido modificada cuando la falta del demandado ha sido probada; sólo una falta de la víctima exonerará al demandado, y no lo exonera, sino parcialmente, puesto que las dos faltas han concurrido a causar el daño".

"Al contrario, cuando la falta del demandado es presumida, la segunda Sala Civil de la Corte de Casación admite que el hecho, inclusive no culposo de la víctima, exonera al guardián. Esta exoneración es total si ese hecho es la causa única del daño, y no puede serlo si no cuando se presente con los caracteres de la fuerza mayor. Ella es parcial cuando ese hecho no era imprevisible o irresistible".

"Sobre el primer punto no hay dificultad. Se ha dicho que en este caso el demandado debe ser absuelto porque él no ha participado para nada en la realización del perjuicio".

"Al contrario, es más difícil de admitir la segunda proposición. ¿Por qué es necesario que el demandado, que ha faltado a su obligación de guarda, sea parcialmente exonerado por el hecho no culposo de la víctima? Es necesario analizar esta jurisprudencia elaborada por la Segunda Sala de la Corte de Casación en 1961".

"Después de haber afirmado largo tiempo, de una parte, que el hecho del tercero o de la víctima, inclusive no culposo, exonera al guardián, enteramente de toda responsabilidad cuando ese hecho presentaba las características de la fuerza mayor, de otra parte, que sólo el hecho culposo de la víctima podría entrañar una exoneración parcial, la Segunda Sala Civil admite, en un fallo que inclusive no tenía que estatuir sino sobre el hecho de un tercero, que "el hecho inclusive no culposo de la víctima o de un tercero", era "de naturaleza a exonerar total o parcialmente" al guardián. Aquí se admite la influencia de la jurisprudencia de los fallos rendidos a propósito del naufragio del LAMORICIERE" fallos que habían admitido que el guardián era parcialmente exonerado en razón de la fuerza mayor, evento neutro por excelencia habiendo concurrido al daño con la falta presunta del demandado. La Segunda Sala Civil ha mantenido su jurisprudencia a pesar de la oposición bastante fuerte de las Cortes de Apelación".

"Yendo más lejos, la Segunda Sala Civil, en su sentencia del 17 de diciembre de 1963, que estatúa a propósito del hecho de la víctima, afirmó que para exonerar parcialmente al guardián, el hecho no culposo de la víctima no tenía que ser

imprevisible desde el momento en que el demandado no tenía la posibilidad de superarlo. El hecho no culposo de la víctima era pues retenido cuando presentaba una, pero sólo una de las características de fuerza mayor, la irresistibilidad".

"Luego, disociando enteramente esta vez, el hecho de la víctima de la fuerza mayor, la Segunda Sala Civil decidió que, "el guardián de la cosa inanimada que ha sido el instrumento de un daño puede ser parcialmente descargado de la responsabilidad de pleno derecho en la que ha incurrido si prueba que el hecho de la víctima, o de un tercero, aunque no sea imprevisible e irresistible, no ha sido extraño a la producción del daño".

↓ "Para la Segunda Sala Civil en consecuencia, el hecho de la víctima, aún, no culposo, inclusive no presentando ninguna de las características de la fuerza mayor debía entrañar exoneración parcial de la responsabilidad del guardián, a condición que haya concurrido a la producción del daño, que sea una de sus causas. Desde entonces, varias sentencias de la misma Sala han retomado una fórmula casi idéntica" (19).

Las anteriores notas permiten observar el contexto de la jurisprudencia. Los fallos están inspirados más en un sentido de equidad, que en una aplicación lógica del principio según el cual sólo la víctima tiene derecho a invocar a su favor la presunción de responsabilidad; en realidad, conforme con la aplicación de la responsabilidad Civil por el hecho de las cosas, en el Derecho Francés, sólo cuando la víctima ha cometido culpa, podrá operar la reducción parcial; en el caso comentado se viola el principio.

En conclusión, en el Derecho Francés, el hecho que parcialmente contribuyó a causar el daño, permite la reducción de la indemnización, sin importar que el hecho sea culposo o no, siempre y cuando nos encontremos ante una presunción de responsabilidad. Ese es el estado actual de la jurisprudencia francesa.

Esta posición teórica, puede llegar a tener una gran significación en el Derecho Colombiano, máxime si tenemos en cuenta que nuestros autores y tribunales han creado toda la teoría de la responsabilidad por actividades peligrosas, del art. 2356, sobre la base de los conceptos con que se ha elaborado la teoría de la responsabilidad por el hecho de las cosas, que se consagra en el art. 1384, inciso primero del Código Napoleón; sin embargo, creemos que nuestro estatuto civil posee matices propios que le permiten no recurrir a interpretaciones demasiado forzosas de sus textos; veamos como puede plantearse la incidencia del hecho no culposo de la víctima, en la responsabilidad civil por actividades peligrosas.

↓ Si se acepta nuestra teoría de que el art. 669 consagra una responsabilidad civil por el hecho de las cosas, deberemos aceptar que cuando la víctima concurre a producir el daño, culposamente o no, lo lógico es que exista una repartición del

19. MAZEAUD—TUNC—CHABAS, Tratado, No. 1466 y 1467.

monto del daño, entre el agente y la víctima; ahora, si nos referimos a la teoría actualmente aplicada, es decir, la de la responsabilidad civil por actividades peligrosas, las conclusiones son diferentes; veamos por que:

La responsabilidad por actividades peligrosas del art. 2356, no está estructurada sobre una presunción de culpa, sino más bien, sobre una culpa probada consistente precisamente en el ejercicio de una actividad peligrosa; de allí, que la aplicación de esta norma no requiere la ficción de que las presunciones de responsabilidad sólo operan a favor de la víctima; desde que haya ejercicio de la actividad peligrosa hay culpa del agente; si de esa actividad se deriva un daño, se debe indemnizar. La actividad peligrosa puede ser ejercitada bien sea por el agente que causó el daño, bien sea por la víctima que lo recibió.

Quando el demandado estaba ejercitando una actividad peligrosa y la víctima no se hallaba ejercitando ninguna actividad que pudiera entrañar peligrosidad, creemos que el hecho parcial de la víctima tiene que ser culposo, para que pueda producirse una reducción del monto indemnizatorio. Aquí nos separamos de la teoría francesa acabada de exponer. Creemos que si un peatón se desploma en medio de la vía y es arrollado por un automotor, ese hecho no requiere ser culposo para la exoneración total, puesto que el hecho de la víctima es causa exclusiva del daño. Ahora, si el peatón marcha normalmente por una acera o atraviesa una calle, su hecho debiera ser culposo para que haya una reducción en cuanto al monto indemnizatorio, ya que el único que a priori estaba cometiendo una falta era el conductor, pues ejercía en ese momento una actividad peligrosa. No ocurre lo mismo cuando la víctima a su vez, estaba ejercitando una actividad también peligrosa. La teoría llamada de la "NEUTRALIZACION" sostiene que en este caso, no opera la responsabilidad del art. 2356 y que en consecuencia nos debemos regir por la responsabilidad directa con culpa probada, del art. 2341; los señores MAZEAUD, sostienen que, en este caso la víctima tiene derecho a reclamar la totalidad del daño, ya que la presunción de responsabilidad solo opera a favor de la víctima (20).

Nosotros pensamos que cuando el daño se produce con participación causal de las actividades peligrosas de la víctima y del demandado, se aplica perfectamente la reducción referida en el art. 2357 del Código; en este caso, existe culpa probada de las partes, y no tendremos por qué remitirnos al juego de las presunciones. Si la culpa consiste en ejercitar una actividad peligrosa, y esa peligrosidad de demandante y demandado contribuyeron a generar el daño, tanto la víctima como el responsable deberán contribuir a la reparación; pero, debe entenderse que para que exista reducción, es preciso que la peligrosidad de la actividad de la víctima, haya contribuido a causar el daño; si colisionan una motocicleta y un tanque de gasolina que explota, no podremos decir que existe la reducción por el simple hecho de que hubo colisión de dos cosas que se consideran como peligrosas. Aunque los

20. MAZEAUD—TUNC—CHABAS, Tratado, No. 1529 y ss.

dos objetos colisionaron, sólo la actividad del carro tanque causó el daño; por el contrario, si la motocicleta golpea al carro tanque que se encuentra estacionado y este no explota, sino que sufre golpes en las latas, es claro que el daño fue causado únicamente por la peligrosidad de la motocicleta, y sólo el guardián de ésta deberá responder; ahora, si los dos vehículos están en marcha y chocan violentamente, los daños sufridos por uno y otro vehículo, deberán estar sometidos a la teoría que acabamos de exponer, ya que el daño ha sido generado por la peligrosidad de las dos actividades y, en consecuencia, los dos han cometido falta.

Debe aclararse que cuando haya una culpa distinta a la simple peligrosidad, esa falta absorbe toda la causalidad y responsabilidad; si colisionan dos vehículos y uno de los conductores violó las normas de tránsito, este último deberá correr con todas las consecuencias indemnizatorias del hecho; allí no podría hablarse de que la "actividad de la víctima" intervino culposamente en la producción del daño, salvo que se demuestre, igualmente, que ésta trasgredió las leyes de la circulación. En tal caso, nos hallaríamos frente a la responsabilidad directa con culpa probada, del art. 2341 del C.C. y abandonaríamos la responsabilidad por actividades peligrosas, del art. 2356.

En conclusión, si no hay culpa adicional de ninguna de las partes y ambas ejercían una actividad peligrosa, habrá reducción del daño si ambas causaron parcialmente el daño; En Colombia es imposible que en caso semejante se NEUTRALICE la responsabilidad por actividades peligrosas o que cada parte indemnice totalmente a la otra, pues el art. 2356 no consagra una presunción sino una culpa probada.

19. La culpa de la víctima y la capacidad aquiliana:

↓ Cuando la víctima ha sido la causa exclusiva del daño, poco importa el problema de la capacidad aquiliana, ya que en este caso no se requiere que el hecho de la víctima sea culposo para que exista la exoneración total; por el contrario, en aquellos casos en que la víctima es solamente causa parcial del daño, el problema de la capacidad aquiliana adquiere una importancia fundamental; si un niño menor de 10 años o un demente contribuyen, parcialmente, a la producción de su mismo daño, no podremos hablar de culpa de la víctima, en sentido estricto, puesto que de acuerdo con el art. 2346 del C.C., "los dementes y los menores de 10 años no son capaces de cometer delito o culpa", es decir, no tienen capacidad aquiliana; nos preguntamos si en un caso semejante ¿el demandado podrá tener derecho a una reducción parcial por la intervención de la víctima?. El punto ha sido ampliamente discutido en los derechos francés y belga. De acuerdo con los tribunales de aquellos países, cuando el agente que causó el daño no tiene capacidad aquiliana, éste no es sujeto capaz de comprometer su Responsabilidad Civil; sin embargo, se considera que cuando el incapaz aquiliano ha cometido un acto "objetivamente ilícito", esto es suficiente para comprometer la Responsabilidad Civil del padre, patrono, etc., o para que se produzca la reducción de la responsabilidad a que nos hemos venido refiriendo. El acto "objetivamente ilícito" supone que el Juez, a pesar de aceptar la incapacidad aquiliana del agente o de la víctima, se pregunte si

un hombre prudente y diligente colocado en las mismas circunstancias del menor, hubiera o no cometido el hecho. Si por ejemplo, la víctima, incapaz aquiliana, atraviesa una calle y como consecuencia de ello es lesionado por un conductor, el juez debe hacer abstracción de ese caso concreto y debe preguntarse simplemente, si un hombre prudente y normal, colocado en las mismas circunstancias exteriores del incapaz se hubiera atravesado. Si el juez observa que ese hombre prudente y normal también hubiera realizado esa conducta, entonces, ese hecho del menor no compromete la responsabilidad del padre o patrono, ni autoriza al juez a una reducción de la responsabilidad del demandado a quien se le probó la culpa, ya que en cierta forma, aunque la víctima hubiese tenido capacidad aquiliana, no hubiera cometido culpa; al contrario, si el juez acepta que ese hombre prudente y normal no se hubiera lanzado a la calle, entonces se debe aceptar que ese hecho del incapaz es susceptible de comprometer la responsabilidad del padre o patrono, o de hacer reducir el monto de la responsabilidad, ya que en caso de que la víctima hubiera sido capaz, hubiese allí, cometido una culpa.

Esta solución nos parece justa, ya que es ilógico que no haya la reducción si un menor de 9 años, intencionalmente, se le lanza a las ruedas de un automotor que viene a gran velocidad, bajo el argumento de que la víctima no tenía capacidad aquiliana, y que por el contrario, el demandado violó las normas de tránsito, al marchar a una velocidad excesiva; aunque la víctima no tuviese capacidad aquiliana, a nadie escapa que ese menor fue en realidad imprudente y, como consecuencia de ello, deberá sufrir las consecuencias de su conducta (21).

20. El art. 2346 no sería aplicable a la víctima:

Veamos si el art. 2346 impide la aplicación del "acto objetivamente ilícito". De una parte, mientras que en el Derecho Francés no existe norma alguna que fije la edad de la capacidad aquiliana, lo que obliga al juez a fijarla en cada caso concreto, en Colombia, el art. 2346 manifiesta expresamente que los dementes y los menores de 10 años no tienen capacidad aquiliana; sin embargo, nosotros pensamos que la teoría del acto "objetivamente ilícito" debiera ser aplicable en Colombia, ya que así lo reglamenta la equidad; de otra parte, acudiremos a la exégesis literal del art. 2346, con el fin de tratar de escapar a la interpretación que, con respecto a la culpa de la víctima, pueda dársele al texto legal.

El art. 2346 manifiesta que los menores de 10 años y los dementes no son capaces de cometer delitos o culpas, entendiendo por culpa, no el elemento subjetivo de la culpabilidad, sino el cuasidelito.

21. Sobre este punto ver DALCO Roger, Obra citada, Tomo II, No. 2673; MAZEAUD-TUNC-CHABAS, Tratado, Tomo II, No. 1468.

Todos sabemos que cuando el hecho dañino es doloso se llama delito, y que, cuando es culposo, se llama cuasidelito; de allí, pues, que la palabra "culpa" utilizada por el legislador no se refiere únicamente al aspecto subjetivo, sino al fenómeno jurídico total, que engloba un hecho, un daño y una conducta imprudente o negligente, es decir, un cuasidelito. Ahora, esto quiere decir, que el art. 2346 está fijando las condiciones subjetivas del agente que causa un daño, es decir, del que comete un delito o un cuasidelito; mas, ello no quiere decir que la norma esté fijando límites al elemento subjetivo de la víctima, ya que ésta no ha cometido ningún delito o cuasidelito; aún aceptando que la víctima se causa un daño a sí misma, ello no es indicativo de que haya cometido un delito o cuasidelito; para que éstos dos últimos se presenten, es necesario que los daños se causen a un tercero; por lo tanto, la norma tantas veces mencionada hace referencia al elemento subjetivo necesario para comprometer la Responsabilidad Civil frente a terceros, mas no para efectos de considerar la responsabilidad en relación consigo misma. Esta interpretación del texto nos permitiría deducir que sería el juez en cada caso particular, el encargado de determinar el elemento subjetivo de la culpabilidad de la víctima, por lo cual, la teoría del acto "objetivamente ilícito" tendría plena aplicación y el juez en cada caso concreto podría determinar si el hecho parcial de la víctima da lugar a una reducción del monto indemnizable. El juez tendría que someterse al art. 2346 para efectos de la capacidad del causante del daño, pero no, para efectos de la conducta culposa de la víctima.

SECCION SEGUNDA

A quién se le puede alegar la culpa de la víctima

21. Planteamiento del problema:

En varias oportunidades hemos tenido la ocasión de manifestar que no sólo la víctima directa del daño sino, también, sus herederos o cualquier persona que derive un perjuicio originado en el daño de la víctima directa, está legítima para actuar en responsabilidad civil. Conviene, entonces, saber si cuando cualquiera de estas personas demanda en Responsabilidad Civil se le podrá proponer la culpa de la víctima como causal de exoneración total o parcial.

Una primera precisión: Si el hecho de la víctima culposo o no, es causa exclusiva del daño, no cabe duda que el demandado es exonerado totalmente, cualquiera sea el demandante, ya que, para tales efectos, debe considerarse la actividad de la víctima como una "fuerza mayor" e inclusive, como el hecho exclusivo de un tercero. El estudio queda, entonces, circunscrito a los eventos en que concurren la culpa de la víctima directa y la culpa del demandado.

Tal y conforme ha sido explicado, cuando la víctima directa sobrevive al daño, sólo ella tiene derecho a reclamar los perjuicios materiales, mediante el ejercicio de una acción personal, contractual o extracontractual, según que haya o no, de por medio, un contrato; por el contrario, cuando la víctima directa perezca a causa del daño, los herederos ejercitan la misma acción contractual o extracontractual

que pertenecería al causante. Esa acción se denomina "acción exaherede". Ahora, cuando esos mismos herederos o cualquiera otro tercero persiguen el perjuicio personal que les ha producido la muerte de la víctima directa, nos encontramos frente al ejercicio de la acción personal extracontractual (Acción JURE PROPIO).

Los autores chilenos y colombianos han sido influenciados por los Derechos francés y belga, en la aplicación que de estos principios se haga en relación con la culpa de la víctima (22); sin embargo, veremos cómo esas nociones sólo son parcialmente aplicables en nuestro Derecho. Para ello será necesario contemplar por aparte cada una de las diferentes acciones a que nos hemos referido.

Subsección Primera

22. Acción Personal de la víctima:

Este caso es el más lógico y no admite ninguna discusión. El mismo texto del art. 2357 consagra la reducción del daño reparable, si ha existido culpa de la víctima. Ante semejante situación, el juez reduce el monto indemnizable de acuerdo con la gravedad de la culpa o de la peligrosidad de la actividad, si es que no puede graduarse la gravedad de una de las partes.

Subsección Segunda

23. Acción hereditaria:

Cuando los herederos de la víctima directa actúan en tal calidad, ellos recogen todos los derechos y obligaciones que estaban en cabeza del causante; de allí, que, también a ellos, se les pueda proponer la culpa de la víctima como causal de exoneración total o parcial. Como bien lo anota el señor ROGER DALCO, "Si los derechohabientes actúan únicamente para reclamar reparación del perjuicio exaherede, es decir, del perjuicio sufrido por la víctima antes de su deceso, no hay duda que la culpa de la víctima les puede ser oponible. Los derechohabientes ejercitan en efecto en ese caso la acción que pertenecía a la misma víctima y que ellos han reencontrado en su sucesión. Puesto que cuando estaba vivo, la víctima no poseía sino el derecho de obtener reparación de una parte del daño, la misma no ha podido al morir, ceder al respecto más derechos a sus herederos que los que poseía ella misma (23).

22. PEREZ VIVES, Alvaro. Obra citada, No. 222, a; – ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. Obra citada, No. 481.

23. DALCO Roger, Obra citada, Tomo II, No. 2679.

Subsección Tercera

24. Acción personal:

Ya vimos que tanto los familiares como cualquier otro tercero que haya sufrido un perjuicio personal, derivado del daño de la víctima directa, tienen derecho a reclamar la reparación del daño sufrido por ellos; también aquí es necesario distinguir la acción personal ejercida por un heredero, de la acción personal ejercida por quien no lo es.

25. Acción personal ejercida por los causahabientes, a título universal.

Si los demandantes por ejemplo, son los herederos del difunto, pero éstos reclaman el perjuicio personal que sufrieron, el demandado también podrá proponer a los mismos la culpa de la víctima.

Dada la claridad, nos permitimos reproducir la opinión que sobre este tópico da el señor ROGER DALCO: "La solución no es diferente cuando los derechohabientes actúan en reparación del perjuicio propio que les ha causado el deceso de su autor del cual ellos son los herederos. Sin duda, ellos no actúan esta vez en calidad de herederos; podría concebirse que ellos obtengan en este caso reparación íntegra a cargo del tercero demandado. Pero éste dispondría de un recurso contra el coautor del daño, el difunto, recurso que debe ejecutarse a cargo de su sucesión y en consecuencia de los herederos del difunto, quienes son los demandantes en la acción en responsabilidad. La compensación se opera entre estas dos acciones. Es así como el demandado puede oponer la culpa de la víctima a los herederos de ésta, actuantes en reparación de su perjuicio propio". (24)

En consecuencia de lo anterior, todo el que como heredero a título universal, ejercite su acción personal, tendrá que someterse a sufrir la influencia de la culpa de la víctima directa del daño. Lo mismo ocurriría con el cónyuge sobreviviente, ya que la reducción del art. 2357 afectaría la masa patrimonial de la sociedad conyugal.

26. Acción personal de los padres.

Cuando los padres de la víctima directa, ejercitan su propia acción personal, también a ellos les es oponible la culpa de la víctima, sean o no herederos de la misma, si ellos, a su vez, han cometido una culpa. Si la víctima es un menor por

24. DALCO Roger, Obra citada, Tomo II, No. 2680

el cual los padres deben responder, la culpa de la víctima hará presumir la culpa de los padres demandantes y, en consecuencia, volvemos al punto de partida. En ese caso, los padres podrían desvirtuar su culpa (art. 2347, inciso final).

En general, cada que el demandante que no ha sido víctima directa, ha cometido una culpa, se produce la reducción a que hace relación el art. 2357, independientemente de que haya existido o no culpa de la víctima directa del daño. Por ejemplo, si la víctima es una persona demente o con edad inferior a 10 años, la culpa de los padres en la vigilancia de esa víctima, incapaz aquiliana, hará posible que a ellos se les oponga su propia culpa, en caso que demanden, pues aunque la víctima directa no podía cometer culpa, ellos sí incurrieron en falta al no haber vigilado adecuadamente al menor o demente.

27. Acción personal de terceros.

Cuando un tercero que no tiene la calidad de heredero demanda reparación del perjuicio sufrido, se presenta la discusión de saber si también a ese demandante se le puede oponer la culpa de la víctima.

El señor ALESSANDRI RODRIGUEZ, basándose en la segunda edición de los señores MAZEAUD, ha sostenido que al tercero que ejercita su acción personal, así sea heredero, no se le puede oponer la culpa de la víctima, argumentando para ello que en este caso, los demandantes no son la continuación patrimonial, y que “el que sufre el daño de cuya indemnización se trata no se expuso a él imprudentemente” (25); sin embargo, los señores MAZEAUD TUNC CHABAS, en la segunda edición de su tratado, aunque siguen defendiendo su teoría inicial, comentan así el estado actual de la jurisprudencia: “reunida las Salas de La Corte, el 25 de noviembre de 1964, mediante varios fallos han puesto fin a la controversia, ellos han decidido que la falta de la víctima era oponible a los padres de ésta, inclusive cuando actuaban en su nombre personal” (26). Los mismos autores admiten que esta posición es un punto de vista aislado, ya que la doctrina y la jurisprudencia tan hoy en día que la culpa de la víctima le es oponible a todo el mundo; como bien lo dice el señor LE TOURNEAU, “la falta de la víctima es oponible a los herederos, inclusive cuando actúan a título personal. Esta solución, que era el objeto de las más vivas controversias antes de los fallos de principios de 1964, es una solución de buen sentido” (27). Lo cierto es que en la actualidad, los tribunales franceses no hacen distinción y permiten que la culpa de la víctima le sea oponible a todo el mundo.

25. ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, *Obra Citada*, No. 481.

26. MAZEAUD—TUNC—CHABAS, *Obra citada*, Tomo II, No. 1469.

27. LE TOURNEAU Ph., *Obra citada*, No. 179 y 180.

En efecto, dos sentencias de 19 de junio de 1981, proferida por la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación Francesa, han ratificado en forma radical la apreciación según la cual, la falta de la víctima le es oponible a cualquier demandante (28). Comentando tales fallos el señor G. DURRY explica en esta forma el pensamiento de la Corte: "La Asamblea Plenaria, mediante dos fallos de 19 de junio de 1981, ha decidido mantener la Jurisprudencia de 1964. En consecuencia, la falta de la víctima ha sido declarada oponible, de una parte, a un empleador que demandaba el reembolso integral de las sumas que él había debido pagar a un asalariado, durante la incapacidad de este último, en virtud de una convención colectiva (Fallo No. 210), de otra parte, ha sido oponible a la víctima y a los hijos de la víctima de un accidente de circulación (Fallo No. 211). Los dos fallos pronuncian la casación, lo que indica bien que la posición de las salas reunidas era contestada por las cortes de apelación.

"En relación al fallo precedente de 1964, estos dos presentan la inmensa superioridad de proponer una justificación de la solución retenida: 'Si la acción de este tercero es diferente por su objeto de la que la víctima ha podido ejercer, ella procede del mismo hecho originario considerado en todas sus circunstancias'. Y el fallo No. 211 precisa que ello es así inclusive si el tercero es igualmente el heredero de la víctima. Esta fórmula no es una novedad. La encontrábamos ya en un fallo de la Sala Civil del 11 de febrero de 1945. Este fallo había decidido que ello será igual para los herederos, que actuaban inclusive a título personal" (29).

28. La Jurisprudencia Colombiana:

Sin embargo, la jurisprudencia es dudosa al respecto. A continuación reproducimos extractos de una sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, con fecha abril 7 de 1981, aún no publicada; "En armonía con lo dicho respecto de la aplicación del art. 2347 del Código, si quien reclama indemnización de perjuicios lo hace invocando su **calidad de heredero** o concesionario directo de la víctima, procederá la aplicación de la norma que obliga al juez la reducción de la indemnización en caso de culpa de la víctima. Desde luego, ha de tenerse en cuenta, como lo ha dicho la Corte, que si la víctima fallece, el perjuicio heredado que podrían reclamar los sucesores sería solamente el transmitido por el causante como "el crédito derivado de los gastos de enfermedad, clínicas, médicos, drogas, que hizo la víctima antes de producirse su deceso" (Cas. abril 8 de 1980)".

28. Sentencia de 19 de junio de 1981, Cita y observaciones de DURRY Geroges, "REV. TRIM. de DROIT CIVILE", n. 4 - Octobre - Décembre 1981, 80e année, pag. 857, Ed. Sirey.

29. DURRY Georges, "REV. TRIM. de DROIT CIVILE", No. 4, - Octobre - Décembre 1981, 80e année, pag. 857, Ed. Sirey.

“Empero, cuando se trata de los **daños reflejos** o sea, aquellos que sufren quienes no recibieron lesión física, sino por consecuencia del accidente que otro sufre, por verse ellos privados de los beneficios económicos que esta última les proporcionaba, los que para ellos constituyen un derecho personal **jure propio**, en estos casos no tiene aplicación la norma del art. 2357 del C.C. que contempla la culpa de la víctima como causa de reducción porque “frente a los demandantes, esa culpa se presenta como culpa de un tercero”, como anota PEREZ VIVES: “Viene como conclusión de lo dicho que en el caso que ocupa la atención de la Sala no procede la exoneración de la parte demandada por cuanto no se demostró que el hecho causante del daño pueda atribuirse a culpa exclusiva de la víctima, ni tampoco que de la prueba acompañada al proceso pueda deducirse fuerza mayor o caso fortuito”.

“Mas aún, admitiendo que en el hecho causante de la lesión, a consecuencia de la cual falleció el peatón LUIS ALFONSO MARTINEZ, concurrió culpa de la víctima, tampoco procedería la reducción por cuanto quienes reclaman indemnización de perjuicios no lo hacen a título de herederos sino como damnificados directos. Eso es lo que resulta de los términos de la demanda, lo cual aparece apenas razonable, pues por haber fallecido el citado MARTINEZ en forma instantánea, no se ve claro cuáles hubieran sido los perjuicios transmisibles” (30).

En este fallo podremos ver la influencia que nuestros tribunales han tenido en relación con el Derecho Chileno y con el Derecho Francés; por lo tanto, debemos hacer un juicio crítico de la jurisprudencia nuestra, basándonos en nuestros textos legales y en LA POSICION actual de la jurisprudencia francesa.

29. Crítica de esa Jurisprudencia:

A la jurisprudencia y doctrina Nacional y Chilena, podemos hacerle las siguientes objeciones:

- a. El señor ARTURO ALESSANDRI R. (31) se inspiró en algunos autores franceses y belgas para estructurar su teoría según la cual, la culpa de la víctima no es oponible cuando los herederos o cualquier tercero ejercita la acción **JURE PROPIO**; sin embargo, los autores que aceptan semejante criterio, admiten que los herederos a título universal deben sufrir los efectos de la culpa de la víctima, aunque actúen a título personal; de otro lado, cuando el demandante es el civilmente responsable de la víctima, la culpa de éste, hace presumir la de aquél (32).

30. Tribunal Superior de Medellín, ordinario de TULIA ARANGO DE MARTINEZ contra TRANSPORTES QUIMICOS LTDA y LUIS A. MEDINA.

31. ALESSANDRI, Arturo.

32. DALCQ Roger, Obra citada, No. 2680; – MAZEAUD–TUNC–CHABAS

b. En la jurisprudencia que acabamos de citar se olvida la posibilidad de analizar si esa conducta culposa de la víctima directa es causa exclusiva del daño; en realidad, el problema no existe si esa conducta de la víctima, culposa o no, es causa única del hecho, ya que en tal circunstancia, la conducta del que sufre el daño debe considerarse como "causa extraña" y la exoneración será total, sin tener en cuenta la calidad del demandante. Sólo cuando la víctima es causa parcial del perjuicio, cabe iniciar la discusión.

c. El problema, pues, sólo queda circunscrito a los terceros, no herederos, que demandan cuando el hecho culposo de la víctima, es causa parcial del daño.

d. La actual evolución de la doctrina y jurisprudencia francesa es la de permitir al demandado, proponer la culpa de la víctima, sin distinguir la naturaleza de la acción propuesta. (33).

e. El C.C. Colombiano posee una norma (art. 2357) que no tiene el C.C. Francés; por eso, en aquel país cabe la discusión aquí planteada; en Colombia, el texto legal, por el contrario, permite que la culpa parcial de la víctima le sea oponible a cualquier demandante; el citado artículo expresa que "la apreciación del daño estará sometido a reducción si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente (Remarca fuera del texto). Esto quiere decir que la ley colombiana permite la reducción, no en consideración a la calidad del demandante, sino teniendo en cuenta la conducta imprudente del que sufrió la acción dañina del responsable. Cabe advertir que aunque la ley utiliza el término "daño" indistintamente, para referirse al daño y al perjuicio, lo cierto es que el legislador lo que quiere decir es que el perjuicio indemnizable estará sometido a reducción si el que sufrió el daño (bien sobre el cual recayó la acción del responsable) se expuso imprudentemente. Lo que acontece es que don ANDRES BELLO, al igual que muchos autores, confunde las nociones de daño y perjuicio, o lo que es lo mismo, confunde el perjuicio con la causa que lo genera. La muerte es la causa del perjuicio; la disminución moral y patrimonial derivada de esa muerte es la esencia del perjuicio mismo.

f. Por analogía, y ante la posible dificultad de interpretar el art. 2357 del C.C., el inciso segundo del art. 1831 del C. de Co., puede darnos el argumento definitivo que confirme nuestra tesis; en efecto, esta norma establece que en el caso de daños causados por aeronaves en la superficie, la culpa de la víctima puede ser oponible a cualquier demandante. Dice el texto legal que "si los daños resultantes de la muerte a lesiones de una persona sirven de fundamento a una acción de indemnización intentada por otra, la culpa de la víctima o de sus dependientes producirá también los efectos previstos en el inciso anterior".

Como puede verse, la responsabilidad por actividades peligrosas derivadas de aeronaves, permite que la culpa de la víctima sea oponible a cualquier demandan-

te; ¿por qué negar tal posibilidad a los principios del C.C., en especial a los arts. 2356 y 2357?

En conclusión, el hecho de la víctima exonera totalmente al demandado, si esa acción, culposa o no, es causa única del daño, y sin importar quien sea el demandante; por otra parte, la culpa parcial de la víctima también le es oponible a cualquier demandante, ya que así lo exige la ley y la equidad.

SECCION TERCERA

La culpa de la víctima y el problema de la aceptación de riesgos

30. Introducción:

A menudo, el lenguaje de la Responsabilidad Civil contractual y extracontractual utiliza el término "aceptación de riesgo", para indicar que, en determinadas circunstancias, la víctima debe soportar el perjuicio por ella sufrido, habida cuenta que la misma conocía, quería, o aceptaba suficientemente las consecuencias surgidas de la actividad del responsable.

Ninguna noción de la Responsabilidad Civil ha generado tantos problemas como el que se presenta con la aplicación de estos conceptos. Primero que todo, haremos una distinción entre el conocimiento de los riesgos, la intención de sufrir el perjuicio y la aceptación de riesgos propiamente dicho; posteriormente, se analizará la aceptación de riesgos en materia contractual; en fin, se analizará el problema en materia de responsabilidad aquiliana.

Subsección Primera

31. Distinción de términos:

El problema a que ahora nos vemos abocados se agrava en la medida en que los términos utilizados son ambivalentes y equívocos; no es lo mismo querer sufrir un daño, que conocer, el peligro de una actividad, o que someterse imprudentemente a ella; precisando estas nociones, podemos comprender mejor la dimensión del asunto.

32. Intención de sufrir el daño:

Si una persona se arroja a las ruedas de un automóvil, la culpa es de tal envergadura que no cabe hablar de aceptación de riesgos, sino de una causa extraña, en la medida en que la intencionalidad de la víctima iba determinada por su deseo de causarse, a sí misma, un daño; no se debe allí, pues, hablar de "aceptación de riesgos", pues la causa del daño tiene una entidad aún más intensa que la simple "aceptación del resultado dañoso".

33. Conocimiento y aceptación de riesgos:

Decimos que hay conocimiento de riesgos cuando la víctima conoce los peligros en que puede incurrir al estar inmiscuída dentro de cierta actividad, más o menos peligrosa; por el contrario, cuando la víctima no sólo conoce los peligros de determinada actividad sino que acepta meterse dentro de ella, aún, a costa de su propia integridad, cabe hablar entonces, de que la víctima ha aceptado correr los riesgos que se pudieran derivar de dicha actividad. Una distinción entre las nociones de aceptación de riesgos y conocimiento de los mismos se hace difícil (34); por eso, el Juez, en cada caso concreto, deberá determinar si realmente ha existido o no, aceptación de riesgos; esta dificultad la expresa así el señor ROGER DALCO: "Al contrario, la distinción entre el caso en que la víctima ha consentido el daño o ha aceptado los riesgos y aquel en que ha tenido simplemente conocimiento de los riesgos a los cuales ella se exponía, es mucho más delicado. En la gran mayoría de los litigios en que entra en juego la Responsabilidad Civil podría sostenerse que la víctima conocía los riesgos a los cuales se exponía. En nuestras grandes ciudades modernas, donde cada año las muertes causadas por los accidentes de la circulación se cuentan por miles, los peatones saben que ellos corren un riesgo cada vez que atraviesan una calzada, así como el pasajero de un automóvil sabe que la presencia de otros vehículos le hace correr un riesgo, aun por fuerza de toda falta del que conduce el vehículo donde se encuentra. . . Aquí no puede hablarse de aceptación de riesgos. El conocimiento de un riesgo eventual no implica la aceptación de sufrir un daño determinado. La aceptación de un riesgo exige que se aporte la prueba del consentimiento del que ha sufrido el perjuicio y el simple conocimiento de la posibilidad de la realización de ese riesgo no puede ser asimilado a ese consentimiento" (35).

El autor, pues, sostiene que la aceptación de riesgos solo opera cuando ella constituye una negligencia por parte del acreedor, ya que el simple conocimiento del peligro no tiene fuerza exoneratoria suficiente.

De otra parte, esta llamada teoría de la aceptación de riesgos, tiene normas específicas tanto en la Responsabilidad contractual como en la responsabilidad extracontractual o aquiliana. A continuación veremos como funciona, en estos dos tipos de responsabilidad, el problema de que venimos hablando; pero, antes de entrar en detalle, digamos que la terminología "aceptación de riesgo" es equívoca y la mayoría de los autores empieza por rechazarla (36).

34. MAZEAUD-TUNC-CHABAS, Tratado, Tomo II, No. 1486 y ss.

35. DALCO Roger, Obra citada, No. 2692.

36. MAZEAUD-TUNC-CHABAS, Tratado, Tomo II, No. 1490; -DALC Roger, Obra citada, No. 2695; -SAVATIER René, Obra citada, Tomo I, No. 191.

Subsección Segunda

34. La aceptación de riesgos en materia contractual:

Como norma general, podemos decir que el deudor en materia contractual puede verse liberado de sus obligaciones bien sea por cláusulas de no responsabilidad, bien sea porque el acreedor ha cometido una culpa que ha llevado al deudor al incumplimiento (37).

Las cláusulas que eximen de responsabilidad tienen una portada muy limitada ya que son prohibidas, a veces, por normas especiales, como por ejemplo en el contrato de transporte, donde el art. 992 del C. de Co. les quita toda eficacia; ahora, cuando no hay norma específica que las prohíba, las mismas sólo tienen por finalidad invertir la carga de la prueba, de forma tal que las obligaciones contractuales de resultado, se conviertan en obligaciones de medio (38); a todas las limitaciones anteriores debe sumársele que ninguna cláusula de exoneración es válida en relación con los perjuicios que pueden ser causados por el deudor, a la vida y a la integridad personal del acreedor; tampoco libera la cláusula cuando ha existido dolo o culpa grave en el incumplimiento.

En los casos anteriormente citados se hace completa abstracción de la actividad que hubiese podido desplegar la víctima, en la producción del daño; se trata únicamente de resolver lo relativo a las obligaciones del deudor; en cambio, cuando el acreedor ha cometido, el mismo, la culpa, el problema consiste en saber hasta qué punto esa culpa de la víctima implica una reducción total o parcial de la responsabilidad. Si la culpa de la víctima es causa exclusiva del incumplimiento entonces habrá exoneración total del deudor; cuando la culpa ha sido cometida por las dos partes, la exoneración será parcial y cada una de las partes deberá soportar parte del daño.

Ahora, hay casos en los que la ejecución del contrato comporta grandes riesgos para un efectivo cumplimiento de la obligación. El simple conocimiento que el acreedor tenga de dichos peligros no implican, por sí mismos, una culpa de su parte. El acreedor precisamente, celebró el contrato en espera de que los riesgos pudieran ser evitados por la otra parte. Cuando no exista cláusula de exoneración o ésta esté prohibida por la ley, ese simple conocimiento de los riesgos, no implica una disminución de la responsabilidad del deudor y en consecuencia, éste deberá responder normalmente por sus obligaciones contractuales; distinto es aquel caso en que el acreedor, a pesar de la inminencia de la aparición del daño, insiste imprudentemente en la celebración del contrato, casi a sabiendas de que, muy seguramente, el daño iría a suceder; en este caso al igual que en muchos otros, nos

37. La fuerza mayor también libera de responsabilidad al deudor contractual.

38. En las obligaciones de resultado la culpa se presume; en las de medio, hay que probarla.

encontramos frente a una culpa de la víctima; cuando esta aceptación de riesgos configura una negligencia o una imprudencia en el acreedor, el deudor podría proponer la culpa de la víctima para que existiere una reducción parcial de la reparación. No creemos que exista una exoneración total, ya que existe por lo menos, una culpa del deudor quien a sabiendas del riesgo y con base en las obligaciones contraídas ha cometido también una falta; tal el caso por ejemplo, de un constructor que acepta edificar un inmueble en el que tanto él como el propietario, omitieron tomar las medidas necesarias para evitar los vicios del suelo; cosa igual sucedería en el caso en que el remitente de una mercancía insistiese en que la misma se transporte en vehículos que no ofrecen la seguridad suficiente. En todos estos casos se habla, tradicionalmente, de "aceptación de riesgos", pero, en el fondo, todas estas situaciones no son más que culpas cometidas por la víctima; es más, creemos que, aún, en aquellos casos en que no hay cláusulas de exoneración o las mismas no son permitidas, semejantes torpezas del acreedor son suficientes para exonerar, parcialmente, de responsabilidad al deudor.

En conclusión, podemos decir que la llamada teoría de la "aceptación de riesgos" sólo funciona cuando esos riesgos son conocidos y aceptados, CULPO-SAMENTE, por la víctima; mientras no haya culpa por parte del acreedor, el deudor no podrá invocar la aceptación de dichos riesgos.

La Responsabilidad Civil Médica es uno de los campos de la responsabilidad contractual, en los que más se discute el problema de la aceptación de riesgos; el número siguiente será consagrado a la clasificación de dicho asunto.

35. La aceptación de riesgos en materia de responsabilidad médica:

Tradicionalmente se ha dicho que el paciente que se somete a una operación médica acepta correr los riesgos que se derivan de la misma. Conviene fijar los criterios en el sentido de saber si en casos semejantes el médico se libera de su responsabilidad por el simple hecho del consentimiento que da el paciente, al momento de aceptar someterse a la operación.

En nuestro concepto no es la mal llamada "aceptación de riesgos" lo que libera al médico, en un momento determinado; la solución debe buscarse en otros criterios diferentes a los de la aceptación de riesgos.

Primero que todo, es necesario distinguir los daños a los cuales debe referirse la solución buscada. En efecto, de una operación quirúrgica pueden resultar dos daños con relevancias jurídicas distintas; cuando el médico aplica su bisturí en el cuerpo humano con el fin de practicar la operación, está causando por este solo hecho, una lesión personal que contiene todos los elementos estructurales del delito penal de lesiones personales (39); al contrario, puede suceder que después

39. Pese a existir los elementos exteriores del delito, la ley desacrimina la conducta, al producirse un estado de necesidad o la no exhibibilidad de otra conducta.

de practicar una operación, algún órgano o función del paciente haya sufrido menoscabo como consecuencia de la actividad del cirujano, independientemente de la herida que se causó a los tejidos superficiales de la víctima; por ejemplo, después de realizada la operación, la función renal del paciente pudo haber sufrido graves alteraciones, en cuyo caso no sólo existirá el orificio abierto en el abdomen del paciente, sino, también, el perjuicio causado a la función renal de su organismo. Es necesario precisar entonces, cómo funciona la Responsabilidad Civil frente a esos dos tipos de lesiones, teniendo en cuenta que la apertura del organismo fue querida por el médico, mientras que la segunda lesión no es más que una consecuencia secundaria de la intervención contratada.

Que la intervención médica sea necesaria o no, creemos que aquellas lesiones que son inherentes a la operación no dan lugar a ninguna responsabilidad del médico; por ejemplo, la fisura que se hace para practicarle cirugía plástica a una nariz está tan desacrificada como la que se realiza para curar el mismo órgano, de un cáncer. En cambio, si se producen daños "secundarios" o accesorios a la operación misma, hay que distinguir: En la operación necesaria, salvo una culpa probada del médico, el paciente deberá soportar las lesiones accesorias o "secundarias"; por ejemplo, si el galeno destruye gran cantidad de tejidos u órganos tratando de salvar al paciente, no podrá hablarse de responsabilidad suya, pues la ley "desacrimina" su conducta; por el contrario, si la operación no es necesaria, las lesiones orgánicas accesorias deberán imputarse al médico, aunque no haya culpa adicional de su parte. Podría pensarse, inclusive, que las lesiones inherentes a la intervención fueran imputables al médico y por ellas debiera responder, aunque la finalidad buscada en la intervención hubiere dado resultados positivos, pues la ley no desacrifica el daño innecesario a los tejidos del organismo humano; sin embargo, pensamos que esto sería inequitativo y que, además, la medicina nunca podría progresar pues las cárceles estarían llenas de médicos de cirugía estética y especialidades afines.

El problema de la "aceptación de riesgos", pues, hay que circunscribirlo, no a las lesiones que surgirían de la simple intersección que del organismo haga el médico (salvo que en esto exista también culpa del cirujano), sino de las lesiones secundarias que se deriven de la operación.

Cuando ésta era inútil el médico debe responder por ese daño secundario, aunque no haya culpa de su parte, pues la ley considera que no habiendo estado de necesidad, el médico debió haberse abstenido de operar, pues el hecho no se justificaba; no cabe hablar, aquí, de sí la aceptación de riesgos interviene o no como causal de exoneración parcial o total del médico; mientras no haya culpa del paciente el cirujano deberá responder ya que no habiendo estado de necesidad la lesión es criminosa y en consecuencia, se trata de una Responsabilidad Civil del médico; en cambio, si la lesión es derivada de una operación necesaria el médico no responde por los daños secundarios que se desprenden de la misma, a menos que se pruebe su negligencia, ya que en este caso, la ausencia de culpa permite que el hecho se justifique, dado el estado de necesidad con que actuó el cirujano; es inútil sostener que en este caso el médico no es responsable porque el paciente que dio su consentimiento, aceptó correr los riesgos; mientras el riesgo no sea culposo la víctima no tiene por qué sufrir las consecuencias de la actividad del

agente que causó el daño; sólo la desacriminación que el ordenamiento jurídico hace de la conducta del médico que actúa en estado de necesidad, puede explicar por qué si éste no ha cometido culpa en una operación necesaria, no debe responder, ni de la intersección de los tejidos, ni de los daños accesorios; en ningún momento, pues, es la aceptación de riesgos lo que justifica la no responsabilidad del médico. Sin embargo, algunos autores que admiten como principio general, que la aceptación de riesgos no tiene aplicación mientras no haya culpa de la víctima, consideran que, en ciertas circunstancias, el médico se libera de su responsabilidad pues el consentimiento del paciente hace que éste acepte los riesgos de la intervención. En efecto, el señor DALCQ, al analizar en forma general, la aceptación culposa de riesgos, manifiesta que "El demandado de la acción en responsabilidad no puede pretender ser exonerado en todo o en parte de la obligación de reparar el daño que ha causado, bajo el pretexto de la aceptación de riesgos por parte de la víctima o de su consentimiento, sino en la medida en que esa actitud de la persona lesionada constituya una falta" (40).

Hasta aquí el autor sigue fiel a su teoría; sin embargo, al comentar el consentimiento que el médico debe obtener del paciente, antes de la intervención, se expresa así: "No es sobre el terreno de la falta, sino sobre el de los riesgos que hay que buscar la portada real del consentimiento del paciente. . . Consintiendo a la operación, el paciente acepta soportar esos riesgos; mientras que el médico actúa sin el consentimiento del enfermo, toma los riesgos a su cargo" (41). Como puede verse, el connotado autor entra en contradicción en este punto. El señor DALCQ, pues, cree que si la víctima consiente la operación, al aceptar los riesgos está exonerando al médico. Nosotros seguimos considerando que el principio general, según el cual, la aceptación de riesgos sólo tiene aplicación cuando ella constituye una culpa de la víctima, es válido en todos los campos incluyendo el de la responsabilidad médica.

Sobre esta última, y a manera de conclusión, podemos sintetizar diciendo que en aquellos casos en que la intervención sea necesaria y el paciente haya dado su consentimiento o éste no haya sido posible, la irresponsabilidad del médico surge del estado de necesidad o de la inexigibilidad de otra conducta, y no, de la aceptación de riesgos, de la víctima.

Ahora, cuando el médico no pide consentimiento al paciente, pudiéndolo obtener, o lo obtiene en forma engañosa, el problema de quien sea responsable, no puede resolverse, como lo piensa el señor DALCQ, sobre la base de que el médico asume, por ese hecho, los riesgos.

En realidad, el contrato de servicios médicos es una convención que, como en todas las otras, se requiere que no haya ausencia o vicio del consentimiento de

40. DALCQ Roger, Obra citada, Tomo II, No. 2697.

41. DALCQ Roger, Obra citada, Tomo II, No. 1074.

alguna de las partes; por ello, cuando hay error en el consentimiento el contrato médico no es válido, lo que nos hace desembocar en el campo de la responsabilidad extracontractual. Ahora, ubicados en el campo de la responsabilidad aquiliana, digamos que, el médico sólo puede operar sin consentimiento de la víctima cuando ésta se halle inconsciente, y el médico crea que un hombre prudente y normal, colocado en las mismas circunstancias del paciente, hubiera consentido en una operación, que como la que se va a efectuar, era necesaria (42). Es lógico que el cirujano no podrá intervenir en ausencia de la aceptación por parte del paciente, ya que estaría violando derechos inalienables de la víctima, como son su integridad física y moral; no hay que buscar en el hecho de que el médico acepta correr los riesgos; lo que hay que saber es si el médico, obrando sin consentimiento, violó el derecho que cada quien tiene a disponer de su organismo; inclusive, pensamos que cuando el médico opera sin el consentimiento del paciente, que la operación sea útil o inútil, deberá responder no sólo de los perjuicios secundarios, sino también de la simple intervención quirúrgica; por ejemplo, en el caso de la operación necesaria en la que además, de abrir el abdomen del paciente se causa una lesión renal, el médico que operó sin consentimiento debe responder no sólo de la lesión renal, sino, también, de la herida que causó al interesar los tejidos del enfermo; con mayor razón, si el médico hace una operación de cirugía plástica, no necesaria, aunque la operación quede bien realizada, deberá responder por lesiones personales, y en consecuencia en Responsabilidad Civil, por el simple hecho de haber lesionado con sus instrumentos la piel del paciente.

Como conclusión, podemos decir que la aceptación de riesgos en materia de responsabilidad médica, sigue el principio general según el cual, esa aceptación sólo puede exonerar parcialmente al responsable, si los riesgos aceptados constituyen una culpa por parte de la víctima; cuando la operación es necesaria y no hay culpa del médico, es el estado de necesidad y no la aceptación de riesgos lo que exonera al médico de su responsabilidad; en ausencia del consentimiento, pudiéndolo haber obtenido, el médico compromete su responsabilidad no porque tome los riesgos a su cargo, sino porque sin el asentimiento del paciente lesionó a este último en sus derechos personalísimos de disponer de su integridad personal y moral. Hechas estas aclaraciones, conviene recordar que en la responsabilidad médica no se puede aplicar la Responsabilidad Civil por actividades peligrosas, no sólo porque en la mayoría de los casos existe de por medio un contrato, sino porque aún siendo una responsabilidad extracontractual, el fin noble perseguido por el médico exige que a éste se le pruebe una falta para poder comprometer su responsabilidad.

36. La aceptación de riesgos en materia deportiva:

En los espectáculos deportivos se pueden presentar relaciones jurídicas entre los practicantes y el dueño de los lugares o de los instrumentos con los cuales se

42. Cuando no hay forma de obtenerlo, el médico puede realizar la intervención, ya que el estado de necesidad es de tal índole, que no se requiere esperar el consentimiento, por ejemplo en el caso del peatón inconsciente que debe ser intervenido de urgencia.

practican las actividades deportivas; se dan, igualmente, entre el organizador del espectáculo y los espectadores que concurren al mismo; finalmente, se da una relación jurídica entre los varios deportistas que, en forma colectiva y de interrelación, practican un deporte, tal, por ejemplo, el football, el basketball, etc., En los dos primeros casos la responsabilidad es contractual y las obligaciones, de seguridad serán de medio o de resultado, según la pasividad, lo aleatorio o lo remuneratorio de las prestaciones; acá no nos referimos a las dos primeras, pues sólo nos interesa saber si la relación jurídica que existe entre los deportistas mismos está justificada por la aceptación mutua de riesgos. El perjuicio sufrido por uno de los competidores deberá llevarnos a la consideración de saber si esa participación voluntaria de la víctima es o no una aceptación de riesgos que exonera al jugador que participó, con su actividad, en la producción del perjuicio; primero que todo, será necesario fijar la naturaleza jurídica de esa relación.

Cuando un deportista acepta jugar en forma colectiva, está realizando un contrato no sólo con sus compañeros de equipo, sino también con los del equipo contrario. "Contrato complejo en el que el jugador se compromete de manera diferente, hacia diferentes interesados: miembros de su equipo, jugadores contrarios, organizador del espectáculo. Pero en su conjunto, todas las obligaciones contractuales del participante se resumen en una: observar la regla del juego codificada, e inclusive no codificada" (43).

Esa responsabilidad contractual excluye toda posibilidad de demandar sobre la base de responsabilidad por actividades peligrosas y cualquier demanda que se instaure por parte de uno de los jugadores lesionados, deberá hacerse sobre la base contractual, si el perjuicio se deriva de la ejecución misma del contrato, es decir, dentro de la actividad puramente competitiva en la que se comprometieron los participantes; esta responsabilidad contractual lleva consigo una obligación de seguridad, obligación que es de medio y no de resultado, de donde se colige que la víctima deberá probar la culpa de su adversario, en la comisión del daño.

Ahora, si dentro del ejercicio del juego se produce un daño, este se debe, unas veces, a la culpa del adversario, otras, a la culpa exclusiva o parcial de la víctima, o finalmente, a un caso fortuito. Cuando se debe a una culpa probada del rival que causó el daño, éste deberá reparar, sino solo violó las normas deportivas, sino que violó el principio general de prudencia que debe acompañar toda actividad; en el evento de que exista una culpa de la víctima, se presenta la reducción de responsabilidades a que hace referencia el art. 2357, tal, por ejemplo, el daño del deportista que no se protege, adecuadamente, su cabeza con un casco que se utilice normalmente para dicha actividad. En estas dos situaciones no cabe, ni remotamente, hablar de aceptación de riesgos, ya que todo se resuelve con base en los principios generales que orientan la Responsabilidad Civil.

43. SAVATIER, René. Obra citada, No.