



LA ASUNCIÓN DE RIESGOS POR EL ACREEDOR: EL CASO DE LAS ACTIVIDADES DEPORTIVAS DE ALTO RIESGO

DAVID ANTONIO BETANCOURT MAINIERI

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.52.2014.23>

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Revista de Derecho Privado N.º 52

Julio - Diciembre de 2014. ISSN 1909-7794

La asunción de riesgos por el acreedor: el caso de las actividades deportivas de alto riesgo

Resumen

En este escrito se explora el alcance de la asunción de riesgos por el acreedor, en las actividades deportivas de alto riesgo. Se comienza por diferenciar algunas nociones con las que se suele confundir y por destacar los principales supuestos en los que tiene aplicación. Luego se estudia su naturaleza jurídica, donde se aprecian las soluciones adoptadas por la doctrina en materia extracontractual, y se hace una propuesta para su concepción en el campo contractual. Al finalizar el texto se analizan las obligaciones de seguridad e información a cargo del deudor, explicando su contenido y las consecuencias que se derivan de su incumplimiento respecto a la asunción de riesgos y la indemnización del daño.

Palabras clave: responsabilidad civil, contratos, asunción de riesgos, deportes de alto riesgo.

Risk taking by the creditor: The case of high-risk sports

Abstract

This paper explores the extent of the assumption of risk by the creditor in extreme sports. First, we begin differentiating some concepts and notions related to the assumption of risk, as well as the cases where it may apply. Later, its legal nature is analyzed, where the solutions proposed by the doctrine in torts law are exposed and a proposal for a contractual solution is made. Finally, the debtor obligations of security and information are studied, explaining its content and the consequences that may come from its breach from the assumption of risk and the damages.

Keywords: torts, contracts, assumption of risk, extreme sports.

A assunção de riscos pelo credor: o caso das atividades esportivas de alto risco

Resumo

Neste escrito é explorado o alcance da assunção de riscos pelo credor, nas atividades esportivas de alto risco. Começa-se por diferenciar algumas noções com as quais geralmente são confundidas e por destacar os principais supostos nos que tem aplicação. Depois é estudada sua natureza jurídica, onde são apreciadas as soluções adotadas pela doutrina em matéria extracontratual, e é feita uma proposta para sua concepção no campo contratual. Ao finalizar o texto, analisam-se as obrigações de segurança e informação a cargo do devedor, explicando seu conteúdo e as consequências que se derivam de seu incumprimento respeito à assunção de riscos e a indenização do dano.

Palavras-chave: responsabilidade civil, contratos, assunção de riscos, esportes de alto risco.

La asunción de riesgos por el acreedor: el caso de las actividades deportivas de alto riesgo*

David Antonio Betancourt Mainieri**

SUMARIO

Introducción – I. PLANTEAMIENTO GENERAL – A. *Nociones fundamentales* – 1. Riesgo – 2. Conocimiento del riesgo – 3. Intención de sufrir daño y consentimiento del daño – 4. Asunción de riesgos – B. *Principales supuestos en los que la asunción de riesgos por el acreedor tiene aplicación* – C. *Asunción de riesgos y cláusulas restrictivas de responsabilidad contractual* – 1. La asunción de riesgos no es una cláusula que modifica el objeto contractual – 2. La asunción de riesgos no es una cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad – 2.1. Cláusulas que limitan la responsabilidad contractual del deudor – 2.2. Cláusulas que excluyen (totalmente) la responsabilidad del deudor – D. *Asunción de riesgos y régimen general de responsabilidad civil contractual* – II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ASUNCIÓN DE RIESGOS – A. *El tratamiento que se ha dado a la asunción de riesgos en materia extracontractual* – 1. La asunción de riesgos como una culpa de la víctima – 2. La asunción de riesgos como un hecho de la víctima con incidencia causal en el daño diferente a la culpa de la víctima – 3. La asunción de riesgos como una causal de justificación – B. *La pertinencia de adecuar las soluciones que se han dado en la responsabilidad extracontractual a un escenario contractual* – C. *La determinación de la naturaleza jurídica de la asunción de riesgos en materia contractual* – III. EL FUNCIONAMIENTO DE LA ASUNCIÓN DE RIESGOS EN UN ESCENARIO CONTRACTUAL – A. *Obligación de seguridad* – 1. Alcances concretos de la obligación de seguridad – 1.1. Instalaciones deportivas – 1.2. Medidas de organización – 1.3. Equipos – 1.4. Capacitación y entrenamiento – 2. Características de la obligación de seguridad – B. *Obligación de información* – C. *Análisis de la responsabilidad del deudor en el evento de que el acreedor sufra un daño en el desarrollo de la actividad* – 1. Acciones de responsabilidad civil en cabeza del acreedor – 2. La asunción de riesgos como defensa del deudor contractual – IV. CONCLUSIONES – Referencias.

* Cómo citar este artículo: Batancourt Mainieri, D. A. (Diciembre, 2014). La asunción de riesgos por el acreedor: el caso de las actividades deportivas de alto riesgo. *Revista de Derecho Privado*, 52. Universidad de los Andes (Colombia).

** Estudiante de último año de la Escuela de Derecho de la Universidad Eafit. Correo: dbeatanco@eafit.edu.co

Agradezco la orientación, el apoyo y los valiosos comentarios brindados por la profesora Marcela Castro de Cifuentes. También los aportes de los profesores Maximiliano Aramburo, Guillermo Montoya, Ana María Gutiérrez y Juana Florez. Cualquier inconsistencia presente en el escrito solo puede ser atribuible a una falla mía.

Introducción

En el presente escrito se estudia la asunción de riesgos por el acreedor en el marco de la responsabilidad civil contractual. Para los supuestos que hemos escogido examinar, algunas actividades deportivas de alto riesgo, este es el campo obligado desde el cual debe analizarse la procedencia de la figura en el ordenamiento jurídico colombiano.

Encontramos que la asunción de riesgos es un concepto necesario en la indagación del daño sufrido por el deportista en el desarrollo de una actividad de alto riesgo, pues consideramos que, si se cumplen ciertas condiciones, es esta la que explica los daños que sufre el deportista (acreedor). Claramente, un daño que se ocasiona en la práctica de un deporte puede explicarse por otras razones: un incumplimiento de las obligaciones a cargo del deudor, una culpa exclusiva de la víctima (acreedor), un caso fortuito, etc. Pero a lo que queremos llegar es a que consideremos la asunción de riesgos por parte del acreedor, como una de las posibles respuestas al daño sufrido por este en desarrollo de estas actividades deportivas.

En la tarea de determinar el funcionamiento de esta figura desde una perspectiva contractual son muchas las dificultades que este estudio enfrenta: el trato dado por la doctrina nacional es precario, casi inexistente, con el agravante de que se analiza predominantemente dentro de la responsabilidad extracontractual, y que la mayoría de autores niegan su carácter autónomo, considerándola como un típico caso de

culpa de la víctima;¹ en la doctrina extranjera (básicamente España, Argentina y los sistemas anglosajones), donde se ha desarrollado un poco más,² se ha asumido como un problema de la responsabilidad civil extracontractual; a nivel jurisprudencial, no se aprecian desarrollos por parte de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia colombiana; igual situación ocurre con la legislación nacional.³

A pesar de los obstáculos que arroja este panorama, consideramos que existen los recursos para

1 Tamayo Jaramillo (2007) sí aborda el asunto de la aceptación de riesgos en materia contractual, pero considera que “solo funciona cuando esos riesgos son conocidos y aceptados culposamente por la víctima; mientras no haya culpa por parte del acreedor, el deudor no podrá invocar la aceptación de dichos riesgos” (p. 84). Más adelante afirma: “seguimos considerando que el principio general según el cual la aceptación de riesgos solo tiene aplicación cuando ella constituye una culpa de la víctima es válido en todos los campos” (p. 87), sin embargo, al analizar la cabida de esta teoría en diferentes espacios, como la actividad médica y los deportes, encuentra que lo que justifica la exoneración del deudor contractual viene dado por otras circunstancias (pp. 85-91). La posición que asume Pérez Vives (2009), aun cuando se deban hacer algunas matizaciones, parece ser un buen punto de apoyo en esta investigación. Este autor sostiene que “hay que concluir que la aceptación de los riesgos hace admisible la prueba de ausencia de culpa, en todos los casos, porque habiendo procedido el deudor o demandado con la prudencia y diligencia que en cada caso concreto se requiere y habiendo aceptado la víctima el riesgo del daño, es esta la que debe soportar las consecuencias de un daño no imputable a la culpa del demandado” (p. 361).

2 La figura de la asunción de riesgos comporta una gran complejidad. Actualmente, en el plano extracontractual, donde más se ha desarrollado, se discute su utilidad y se hace énfasis en el hecho de que es un concepto difuso. Al respecto véase Medina Alcoz (2004, pp. 38-40).

3 Al tiempo que se escribe este artículo se tiene noticia del trámite del Proyecto de ley 030 de 2013 en el Senado de la República, con el que se busca el fomento de deportes de aventura y nuevas tendencias deportivas. Este proyecto no regula la asunción de riesgos por parte del acreedor, sin embargo sí concibe un punto muy importante, las condiciones de seguridad exigidas para la práctica de estos deportes. El parágrafo del artículo 6° contempla que serán requisitos mínimos en materia de seguridad la obligatoriedad del consentimiento informado, charlas sobre prevención de riesgos y medidas de protección aplicables durante la práctica del deporte y la constitución de pólizas contra accidentes. Recuperado el 5 de diciembre de 2013 de: <http://190.26.211.102/proyectos/index.php/2013-07-25-15-26-44/2013-2014/article/41-por-medio-de-la-cual-se-fomenta-la-practica-de-los-deportes-de-aventura-y-nuevas-tendencias-deportivas-en-colombia-y-se-autoriza-al-gobierno-nacional-a-reglamentar-su-organizacion-dentro-del-sistema-nacional-del-deporte>

llevar a cabo un análisis desde la perspectiva propuesta: los aportes de la doctrina y jurisprudencia extranjera, aunque se resuelvan como un asunto de responsabilidad extracontractual, son esclarecedores en cuanto al entendimiento de la asunción de riesgos como una figura diferente; lo contemplado en algunos instrumentos internacionales (PETL y DCFR),⁴ aun cuando partan de la responsabilidad extracontractual, nos dan luces sobre cómo tratar el fenómeno; por último, los recursos con los que cuenta la dogmática civil colombiana permiten definir los contornos dentro de los cuales la asunción de riesgos ha de desenvolverse en un plano contractual.

Ahora, con más detalle, señalamos la tesis que acoge este artículo: es viable que una persona asuma el riesgo del daño de las actividades deportivas de alto riesgo que practica, cuando estas son procuradas por un tercero (empresario) que explota este ramo. Si se produce un daño que queda comprendido en el riesgo asumido, el acreedor (deportista) no podrá reclamarle al deudor (empresario), pues el daño es manifestación de una exposición voluntaria y consciente del acreedor a un peligro concreto,⁵ que de

ningún modo es posible eliminar. Si el riesgo es una amenaza que se sabe es constante, un elemento inherente a la actividad deportiva que se practica, aunque el deudor sea el que propicie que esta situación de riesgo se desarrolle, es el acreedor en principio el que debe asumir las consecuencias de que esa amenaza se materialice. Sería reprochable que quien sufre una lesión, producto de la realización del riesgo asumido en la práctica del rafting, demandara al deudor solicitando la indemnización del daño.⁶ En suma, siempre que el daño se derive del riesgo inherente a la actividad deportiva que se realiza el acreedor no tendrá qué reclamarle al deudor, pues el daño es expresión del riesgo al que consciente y voluntariamente se ha expuesto.

El estudio de la asunción de riesgos por parte del acreedor se ha estructurado en cuatro capítulos: en el primero se hace un planteamiento general; en el segundo se analiza su naturaleza jurídica; en el tercero su funcionamiento en el escenario contractual; y finalmente, en el cuarto, se arriba a las conclusiones.

4 Los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil y el borrador del Marco Común de Referencia (PETL y DCFR respectivamente por sus siglas en inglés) son proyectos de modernización y unificación del derecho privado europeo, liderados, correspondientemente, por el European Group of Tort Law y el Acquis Group.

5 Muchas veces lo que motiva la práctica de estas actividades deportivas es, precisamente, que ofrecen contacto con el peligro. Desde un punto de vista fisiológico, se explica que este contacto provoca la producción de adrenalina y que esta hormona, a su vez, estimula la producción de dopamina, hormona que genera sensación de placer y bienestar.

Desde la psicología se encuentran otras causas que motivan la práctica de estos deportes. Una de ellas es la búsqueda de libertad. En esta línea Brymer y Schweitzer (2013) sostienen que estudios en psicología han planteado que los deportistas de alto riesgo ven en la práctica de

estos deportes un camino para liberarse de las limitaciones socioculturales que ofrece la cotidianidad. En su estudio, concluyen que la búsqueda de la libertad en estas actividades tiene más dimensiones: la libertad como espacio donde se relaja la necesidad de control, como liberación del miedo, como elección y responsabilidad personal, como paz.

6 En este sentido Orti Vallejo (2008) señala que "el que practica estas actividades no puede pretender que se le indemnice el daño derivado de un peligro que él mismo ha buscado por diversión (o por profesión), salvo que haya una persona que lo haya provocado con su conducta" (p. 79). En la misma línea parece situarse López Mesa (2011, p. 639).

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

A. Nociones fundamentales

En la responsabilidad civil (contractual y extracontractual) varios son los alcances que, en el análisis de diferentes figuras, se han asociado a la idea de riesgo. Por ejemplo, en el campo de la teoría de los riesgos la concreción de este puede llevar o a la extinción del contrato bilateral, si el riesgo de la pérdida fortuita del cuerpo cierto que se debe corre por cuenta del deudor (art. 929 ccio), o a que este subsista pero solo con un sujeto obligado, si el riesgo corre por cuenta del acreedor (art. 1607 cc).⁷

Diferentes son los alcances que se han desprendido de este concepto en el ámbito de la responsabilidad extracontractual objetiva, donde se ha hecho énfasis a la doctrina del riesgo creado, al riesgo como factor de atribución del daño para imputar responsabilidad al creador del mismo⁸ y en el campo del derecho de seguros cuando se habla del riesgo asegurable (arts. 1054 y 1055

ccio). Pues bien, la idea de riesgo también permanece constante en la asunción de riesgos, con un peso y alcance diverso que solo pueden ser precisados si hay claridad sobre el alcance de algunas nociones básicas.

En la doctrina se suelen distinguir dos polos: el conocimiento del riesgo y la intención de sufrir daño,⁹ en el medio de estos aparece la asunción de riesgos. A continuación pasamos a tratar cada una de estas nociones, deteniéndonos antes en la noción de riesgo.

1. Riesgo

Barrera Tapias y Santos Ballesteros (1994) lo definen como “la contingencia incierta de sufrir un menoscabo” (p. 117). Esta definición es apropiada, incluso se puede formular de una manera más sencilla: el riesgo como la posibilidad de sufrir un daño. En realidad, en este ámbito nos referimos al sentido natural —no jurídico— del término. Sin embargo, parece no ser suficiente a efectos de entrar a determinar la operatividad de la figura de la asunción de riesgos, razón por la cual los autores diferencian ciertas clases de riesgo. Alterini, según sostienen Barrera Tapias y Santos Ballesteros (1994), distingue entre riesgos ordinarios y extraordinarios, considerando que solo en estos últimos, en donde hay mayor intensidad del riesgo, puede aplicarse la asunción de riesgos. Por su parte, Medina Alcoz (2004) diferencia entre riesgos genéricos o comunes y riesgos específicos o típicos, conside-

7 La aplicación de la teoría de los riesgos es una de las consecuencias de la imposibilidad de ejecución de la obligación en un contrato bilateral. Lo que se busca al aplicarla es determinar quién asume el riesgo de la inejecución de la obligación que se debe a una causa extraña. Para profundizar más sobre el alcance de la imposibilidad de ejecución en los diferentes tipos de obligaciones y la teoría de los riesgos, ver Castro de Cifuentes (2010b). Véase también, sobre el análisis del riesgo contractual en la teoría de los riesgos, Gómez Vásquez (2007).

8 Medina Alcoz (2004), quien se aparta de esta posición, entiende que el riesgo es factor de imputación del daño. Sin embargo, considera que como título de atribución tiene dos aristas: el riesgo creado y el riesgo consentido. Señala que “la virtualidad del riesgo como título de atribución es siempre, al tiempo, *imputadora* y *desimputadora*, porque cuando el daño se adjudica al riesgo creado deja de atribuirse al riesgo consentido, y cuando se imputa a este, deja de enlazarse con aquél” (p. 41). Claramente, si el daño se imputa al riesgo creado entra a responder el creador del riesgo, si el daño se imputa al riesgo consentido la víctima asume el daño.

9 En este sentido véase Tamayo Jaramillo (2007, p. 82), Pérez Vives (2009, p. 359), Medina Alcoz (2004, p. 27), Barrera Tapias y Santos Ballesteros (1994, pp.116-117), Quintero (2000, p. 72).

rando que solo en los segundos opera la asunción de riesgos.¹⁰ A medida que avancemos en el análisis de algunas de las nociones haremos referencia a estas clasificaciones.

2. Conocimiento del riesgo

Se entiende como la consciencia que tiene un sujeto de la posibilidad de sufrir un daño. El peatón que cruza la calle conoce la posibilidad que existe de ser atropellado; el que va en la autopista con su vehículo conoce la posibilidad que existe de colisionar con otro vehículo. Ser conscientes de que desplegar determinada actividad implica exponerse a un riesgo no significa asumirlo. El simple conocimiento de los riesgos por parte del perjudicado no conlleva una exclusión o reducción de la indemnización.¹¹

Aquí la idea de riesgo sigue siendo la misma. Lo que ocurre es que se asocia con los riesgos (peligros) genéricos y ordinarios de la vida, aquellos que son consecuencia de la vida en sociedad, cuyo conocimiento por parte del sujeto que se expone a ellos no tiene, en principio, relevancia a efectos de determinar la responsabilidad de quien causa el daño.¹²

10 Esta autora destaca que dentro de los riesgos específicos se encuentran varias clases de riesgos: normales y anormales, simples y cualificados, típicos y atípicos, ordinarios y extraordinarios. Solo en algunos de estos tiene aplicación la asunción de riesgos (Medina Alcoz, 2014, p. 42). Gómez Calle parece hacer uso de estas clasificaciones, distingue entre riesgos normales (inherentes a la actividad, aceptados por la víctima) y riesgos anormales (atípicos de la actividad, no aceptados por la víctima), entendiendo que solo el riesgo normal hace operativa a la asunción de riesgos como eximente de responsabilidad (2013, p. 251).

11 En este sentido véase Medina Alcoz (2004, p. 28), Quintero (2000), Pérez Vives (2009, p. 360).

12 En este sentido véase Medina Alcoz (2004) y Quintero (2000).

Algunos afirman que distinguir entre el conocimiento del riesgo y la asunción del riesgo es una cuestión compleja, más de hecho que teórica, un asunto que debe analizar el juez en cada caso.¹³

3. Intención de sufrir daño y consentimiento del daño

Existen eventos en los que la persona tiene como propósito sufrir un daño. Este es el caso, muy citado en la doctrina, de la persona que buscando suicidarse se lanza contra un carro en la autopista.

Se habla también del consentimiento del daño, evento en el cual una persona consiente un daño actual y concreto. ¿En qué se diferencia de la asunción de riesgos? En esta la persona “no consiente un daño cierto y concreto, sino la acción arriesgada y, por tanto, la exposición a un riesgo (el normal inherente a la acción) y un daño meramente potencial” (Gómez Calle, 2013, p. 242), en la asunción de riesgos “no hay la voluntad de aceptar un daño actual, sino la voluntad de aceptar la exposición a un daño eventual” (Starck, Roland y Boyer citados en Medina Alcoz, 2004, p. 26).

4. Asunción de riesgos

Se entiende como la exposición voluntaria de una persona a unos riesgos específicos que conoce; que ponen en peligro su vida, salud e integridad física; y que son creados por otro. Los

13 En este punto coinciden Tamayo Jaramillo (2007, p. 82) y Quintero (2000).

supuestos en los que se aplica la asunción de riesgos, como veremos más adelante, responden a la realización de actividades de alto riesgo en las que interviene, cumpliendo un rol protagónico en el enfrentamiento del riesgo, la persona del acreedor.

Para hacer referencia a esta noción, además de la denominación asunción de riesgos se usan otras como aceptación de riesgos y consentimiento sobre el riesgo. Algunos como Gonzalo Sozzo diferencian entre aceptar un riesgo y asumir un riesgo, en el primer caso hay una aceptación expresa y en el segundo una aceptación tácita de soportar un riesgo (2010, p. 324).

B. Principales supuestos en los que la asunción de riesgos por el acreedor tiene aplicación

La asunción de riesgos se aplica a aquel supuesto en el que la persona del acreedor, de forma consciente y voluntaria, participa activamente en la realización de actividades de alto riesgo creadas (organizadas) por otro. Este supuesto se ha correspondido en la doctrina y jurisprudencia extranjera básicamente con tres actividades: 1) deportes, 2) atracciones de feria y 3) ferias taurinas.¹⁴ En todos, el análisis se hace desde la responsabilidad civil extracontractual. En el presente escrito, como ya se advirtió, solo nos concentramos en el primer campo, esto es, en el deporte, y solo para aquellas actividades deportivas en las que el aná-

lisis debe hacerse desde la responsabilidad contractual, en la medida en que un tercero se involucra en la prestación de servicios necesarios para su ejecución.

En el campo de los deportes la asunción de riesgos se ha vinculado al desarrollo de actividades de alto riesgo por parte del deportista, que implican peligro para su integridad física, su vida y su salud. Naturalmente, en algunos deportes la intensidad del riesgo es mayor que en otros, no es igual el riesgo que enfrenta el futbolista al que afronta el paracaidista. Lo que sí es común en todas estas actividades deportivas es que el ejecutor (el deportista) se ve enfrentado a un riesgo constante y específico, que no es posible suprimir. El futbolista, en el desarrollo del partido, siempre se verá expuesto a sufrir una lesión, bien sea porque se la cause otro deportista, o bien porque haga un mal movimiento; el paracaidista siempre estará expuesto al riesgo que comporta lanzarse desde las alturas: una corriente de aire puede afectar su aterrizaje. Aquí importa insistir en que es un peligro constante que no puede ser neutralizado por el deudor que provee bienes o servicios necesarios para la realización de la actividad; la única tarea a cargo de este es la de brindar las condiciones mínimas de seguridad exigidas, la de informar al acreedor acerca de este peligro y la de no incrementar el riesgo al que consciente y voluntariamente se somete el acreedor.

Es claro que la asunción de riesgos encuentra, en el desarrollo de algunas actividades deportivas, a la responsabilidad civil contractual como el sistema de responsabilidad que le es propio.

14 Sostiene Medina Alcoz (2004) que la figura nace en Francia con ocasión del transporte de gracia (p. 32).

Esta situación, advertida por Orti Vallejo,¹⁵ es evidente en deportes como el esquí, paracaidismo, rafting, buceo, parapente y montañismo, en los que es fácil identificar un vínculo contractual que sirve de base para el desarrollo de tales actividades.¹⁶ En estos casos acreedor y deudor celebran un contrato que permite al primero realizar este tipo de deportes, pues es el deudor quien cuenta con los recursos (instalaciones, equipos, conocimientos y sistemas de entrenamiento) que posibilitan su práctica.

Habiendo establecido la importancia que el contrato tiene en la práctica de las actividades deportivas antes mencionadas, conviene estar atentos a dos situaciones que justifican la operancia de la asunción de riesgos en estos deportes: a saber,

1. Existe un riesgo elevado. En deportes como el esquí, el paracaidismo o el montañismo la integridad física de los sujetos que los practican se ve seriamente expuesta a un daño eventual. La intensidad del riesgo es alta: las posibilidades de que la persona que practique rafting caiga

del bote y se golpee son altas, igualmente es probable que el montañista dé un mal paso y resbale en la montaña.

2. El acreedor cumple un papel protagónico en el desarrollo de la actividad riesgosa. El acreedor interviene personalmente, dispone de su energía, fuerza y habilidades para realizar una actividad que supone un riesgo elevado a su integridad física. Se aprecia, entonces, que un exitoso desarrollo de la actividad depende en gran medida de la condición física y de la preparación del acreedor, de su destreza y la forma como enfrenta el riesgo.¹⁷ También hay que tener en cuenta que el acreedor realiza la actividad de forma voluntaria y siendo consciente de los riesgos que afronta.

Planteado así el problema, la indagación sobre el daño que se produce en el desarrollo de estas actividades deportivas pasa, principalmente, por el análisis del cumplimiento de las obligaciones a cargo del deudor (seguridad e información) y el alcance de la asunción de riesgos que hace el acreedor.

C. Asunción de riesgos y cláusulas restrictivas de responsabilidad contractual

Consideramos que la asunción de riesgos por parte del acreedor es una figura diferente a las

15 El peso del contrato es evidente en algunas actividades deportivas; por medio de este "en unos casos se adquiere el derecho a utilizar unas instalaciones deportivas (esquí), en otros se contrata un servicio en el que va incluido la prestación de un material deportivo (rafting, buceo) o simplemente se alquila el material (caballos) y en otras ocasiones se contrata el servicio de aprendizaje de un deporte ... en puridad de técnica jurídica, en todos estos casos la responsabilidad sería contractual, rigor del que nuestros Tribunales no hacen gala, resolviéndose mayoritariamente por la vía extracontractual, sin reparar, salvo excepciones, en el previo vínculo contractual que está en el origen de las obligaciones cuyo cumplimiento o mal cumplimiento han originado el daño" (Orti Vallejo, 2008, pp. 480-481).

16 Estos son, según denominación sugerida por Medina Alcoz, deportes de riesgo unilateral. Expresa esta autora que son "aquéllos deportes en los que el contacto físico de los contendientes no puede producirse, así como a aquellos en los que tal contacto es rigurosamente anormal" (2004, p. 237).

17 En este sentido Gómez Calle (2013), comentando un caso de atracción de feria, señala que "en todo caso es de notar que el papel de la asunción de riesgos es tanto más relevante cuando mayor sea la participación del usuario en el desarrollo o control de la atracción" (p. 245).

*cláusulas restrictivas*¹⁸ de responsabilidad contractual. Bajo la categoría cláusulas restrictivas de responsabilidad se agrupan dos tipos de cláusulas: 1) cláusulas que modifican el objeto contractual y 2) cláusulas que limitan o excluyen la responsabilidad del deudor. A continuación señalamos por qué consideramos que la figura de la asunción de riesgos no es una cláusula restrictiva de responsabilidad.

1. La asunción de riesgos no es una cláusula que modifica el objeto contractual

Esto es evidente: con la asunción de riesgos no se modifica la carga de la prueba, tampoco se establecen términos de prescripción o se convierte una obligación de resultado en una obligación de medio.¹⁹

2. La asunción de riesgos no es una cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad

Aquí se hace referencia a dos tipos de cláusulas, a saber:

18 Esta denominación es acogida por Gual Acosta (2008). Tamayo Jaramillo habla de *cláusulas de aligeramiento de la carga indemnizatoria* (2007, pp. 569-589).

19 Según indica Pérez Vives (2009), autores como los hermanos Mazeaud, Paul Esmein y Boutad, en contra de la posición que asumimos, consideran que la aceptación de riesgos en materia contractual puede llegar a configurar una cláusula de no responsabilidad contractual, cuyo efecto es invertir la carga de la prueba. A partir de este planteamiento Pérez Vives (2009) concluye que el principal efecto de la aceptación de riesgos es invertir la carga de la prueba y volver al régimen de la culpa probada (p. 361). No estamos de acuerdo con esta opinión; el sistema de responsabilidad y su correspondiente régimen probatorio ya vienen dados por el tipo de obligaciones que asume el deudor, la asunción de riesgos no altera este régimen.

2.1. Cláusulas que limitan la responsabilidad contractual del deudor

Con estas cláusulas se busca limitar la responsabilidad del deudor a un monto máximo de indemnización.

Encontramos una enorme diferencia respecto a la asunción de riesgos, pues en las cláusulas de limitación de responsabilidad contractual se parte de la base que hay responsabilidad del deudor, mientras que en la asunción de riesgos el deudor no es responsable.

2.2. Cláusulas que excluyen (totalmente) la responsabilidad del deudor

Con estas cláusulas se busca excluir la responsabilidad del deudor. En esto coinciden con el principal efecto de la asunción de riesgos: la no responsabilidad del deudor. ¿En qué se diferencian entonces? Como se ha insistido y se verá más adelante, el funcionamiento de la asunción de riesgos exige un cumplimiento por parte del deudor de las obligaciones de seguridad e información a su cargo. Si existe un actuar culposo por parte del deudor que incremente el riesgo asumido por el acreedor, pasará entonces a ser indiferente que el acreedor haya asumido el riesgo, pues estaríamos enfrente de un riesgo diferente al que este había proyectado exponerse.²⁰ Por el contrario, la operatividad de una cláusula de exoneración de responsabilidad funciona bajo la idea de un incumplimiento contractual

20 En este sentido véase Medina Alcoz (2004, p. 24), Gómez Calle (2013, pp. 247 y 253), López Mesa (2011, p. 638) y Pita (2011, p. 347).

imputable al deudor; esta cláusula permite que el deudor se exonere de indemnizar un daño que en principio debería indemnizar.²¹ Esta es la lógica que siguen las cláusulas de exclusión de responsabilidad: exonerar de responsabilidad por eventos en los que bajo el régimen legal se tendría que responder.

La asunción de riesgos por parte del acreedor no puede adoptar la forma de una cláusula de exoneración de responsabilidad,²² ¿qué sentido tendría pactar una cláusula de exoneración de responsabilidad contractual por algo por lo que no se puede ser responsable: por un daño que es manifestación del riesgo asumido por el acreedor? Las cláusulas de exoneración y la asunción de riesgos son figuras que operan bajo supuestos diferentes, en aquellas puede tener lugar una actuación negligente por parte del deudor, en esta no. Son, por tanto, dos conceptos excluyentes.

D. Asunción de riesgos y régimen general de responsabilidad civil contractual

Para que haya responsabilidad civil contractual son cuatro los requisitos que deben concurrir: 1)

contrato válido, 2) incumplimiento imputable,²³ 3) perjuicio y 4) nexo de causalidad entre el incumplimiento y el perjuicio.²⁴ En principio, se puede afirmar que todo el sistema de responsabilidad contractual comparte estas exigencias, tanto el régimen de corte subjetivo (culpa probada y culpa presunta)²⁵ como el régimen de corte objetivo.²⁶

Ahora, consideramos que la responsabilidad civil y la asunción de riesgos pertenecen a campos diversos del escenario contractual. Así, la primera surge del incumplimiento imputable y la segunda requiere el cumplimiento. Nos explicamos.

21 En la doctrina y diferentes legislaciones se han decantado los eventos de incumpliendo contractual en los que no operan las cláusulas de exoneración. Uno de estos es el incumplimiento contractual que se debe a dolo o culpa grave del deudor. Tenemos, pues, que esta cláusula sería aplicable para un incumplimiento debido a culpa leve o levísima. Sobre este tema en particular destacamos el texto, pendiente para su publicación, de la profesora Marcela Castro de Cifuentes, titulado: Propuesta para la modernización del régimen de responsabilidad civil contractual en Colombia: responsabilidad civil y autonomía de la voluntad. Las cláusulas de exclusión y limitación de responsabilidad.

22 Otra posición asume Cárdenas Mejía, quien sostiene que la aceptación de riesgos puede constituir un pacto de exoneración de responsabilidad (2010, p. 386).

23 Por incumplimiento imputable entendemos el incumplimiento material que es atribuible al deudor, no excusable. Piénsese, por ejemplo, en el deudor incauto que por descuido entrega al acreedor un arnés en mal estado que no resiste su peso, o en el deudor que olvida entregar a su acreedor un casco de protección, etc.

24 Algunos autores destacan como requisito de la indemnización de perjuicios la mora del deudor. Al respecto véase Cubides Camacho (2012, pp. 322-323).

25 Este es el caso del art. 1730 del cc, que consagra la presunción de culpa por la pérdida de la cosa que se debe.

26 Castro de Cifuentes (2010a) advierte que existen supuestos en materia contractual en los que nace la obligación de indemnizar sin que haya mediado culpa del deudor. Son eventos de responsabilidad objetiva. Este es el caso, anota, de la responsabilidad de los bancos por pago de cheques falsos (art. 1391 ccio). Para profundizar más sobre las generalidades del sistema de responsabilidad civil, véase Castro de Cifuentes (2010a). Según se desprende de la postura del profesor Fernando Moreno Quijano (expuesta en su cátedra de Responsabilidad Civil de la Escuela de Derecho de la Universidad Eafit), que parte de la distinción entre obligación de medio y de resultado, el espectro del régimen de responsabilidad contractual de corte objetivo es mucho más amplio, pues se encuentra compuesto por los casos de responsabilidad del deudor contractual que incumple la obligación de resultado. ¿Cuál es el argumento? El deudor de este tipo de obligaciones se compromete a satisfacer un interés final (traditar un inmueble, entregar un mueble), este es el débito de la obligación. De esta forma, hay incumplimiento contractual, incluso si el deudor ha sido diligente y cuidadoso, cuando ese interés final no es satisfecho. Nótese aquí que aun en ausencia de culpa el deudor es responsable, siendo la única posibilidad de exoneración la prueba de la causa extraña. Esta última circunstancia es la que permite afirmar que no es un evento de responsabilidad de corte subjetivo, sino objetivo, ya que la culpa no es elemento necesario para imputar responsabilidad al deudor.

En la asunción de riesgos, como ya lo advertíamos, se exige que el deudor cumpla con las obligaciones de información y seguridad a su cargo (en el capítulo III detallamos el contenido de estas obligaciones); no puede ser de otra forma si lo que se pretende es atribuir a la órbita del riesgo asumido el daño sufrido. Si no se cumple con la obligación de seguridad el acreedor se expone a un riesgo mayor al asumido, si no se informa debidamente el acreedor no podrá asumir un riesgo que desconoce. En ambos supuestos, el daño sufrido por el deportista deberá ser reparado por el deudor.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ASUNCIÓN DE RIESGOS

Hemos señalado que la asunción de riesgos por parte del acreedor puede ser una de las posibles explicaciones del daño que sufre el deportista en el desarrollo de una actividad deportiva de alto riesgo, pero ¿qué es?, ¿cómo calificarla? Trabajaremos la respuesta a estas preguntas a través del examen de tres puntos: A) El tratamiento que se ha dado a la asunción de riesgos en materia extracontractual, B) La pertinencia de adecuar las soluciones que se han dado en la responsabilidad extracontractual a un escenario contractual, C) La determinación de la naturaleza jurídica de la asunción de riesgos en materia contractual.

A. El tratamiento que se ha dado a la asunción de riesgos en materia extracontractual

Son varias las posturas asumidas respecto a la naturaleza jurídica de la asunción de riesgos por parte de la víctima, a saber:

1. La asunción de riesgos como una culpa de la víctima

Aquí parece situarse la mayoría de la doctrina.²⁷ Rechazan la idea de que la asunción de riesgos sea una categoría diferente y autónoma a la culpa de la víctima. Entienden, entonces, que una asunción de riesgos siempre comportará una culpa de la víctima. ¿Dónde encuentran el actuar culposos de la víctima? En la exposición a un riesgo elevado. Bajo este esquema la asunción de riesgos conllevará una concurrencia de culpas, pues no solo hay culpa de la víctima en exponerse al alto riesgo, sino también del agente dañoso al propiciarlo. Tenemos, pues, que la configuración de una asunción de riesgos solo dará lugar a una reducción de la indemnización a cargo del agente dañoso.

²⁷ En este sentido véase Tamayo Jaramillo (2007, pp. 81-90), Pérez Vives (2009, p. 359), Quintero (2000, p. 73) y Vivas (2011, p. 1158).

2. La asunción de riesgos como un hecho de la víctima con incidencia causal en el daño diferente a la culpa de la víctima

Los autores que asumen esta postura²⁸ insisten que culpa de la víctima y asunción de riesgos son dos supuestos diferentes.²⁹ En el primer evento hay un comportamiento negligente de la víctima que “incide en la producción del hecho dañoso” (Medina Alcoz, 2004, p. 66); por el contrario, la asunción de riesgos carece de un *componente negligente* por parte del perjudicado, “lo que propicia entonces el resultado lesivo es la mera intervención de la víctima en la actividad de riesgo creada por otro y consentida por ella, sin que medie de su parte ninguna otra conducta —tampoco negligente— que pueda considerarse determinante de ese resultado” (Gómez Calle, 2013, p. 242).

Conviene señalar que en este campo de la responsabilidad autores como Medina Alcoz distinguen dos tipos de asunción de riesgos: la asunción de riesgos propia y la asunción de riesgos impropia.³⁰ La primera, a la que nos acercamos

en este escrito, es la que, como se dijo, carece de componente negligente y tiene como efecto la exoneración total del agente dañoso; la segunda, que también se denomina asunción culpable de un riesgo, sí comporta una actuación negligente por parte del perjudicado y da lugar a una reducción de la indemnización a cargo del demandado. Esta última se diferencia de la culpa de la víctima en que la negligencia de quien asume el riesgo no se manifiesta en el hecho dañoso, sino en el daño que ella sufre. Justo de aquí es que surge la diferencia más notoria, señalada por Medina Alcoz (2004): en la culpa de la víctima, esta es coagente del hecho dañoso y, por tanto, de los daños que sufre y los que ocasiona a terceros, en la asunción de riesgos impropia solo es coagente de sus propios daños.³¹

3. La asunción de riesgos como una causal de justificación

En esta tesis también se insiste que culpa de la víctima y asunción de riesgos son eventos diferentes. El principal argumento es que esta última no implica un comportamiento negligente

28 Asumen esta tesis Medina Alcoz (2004) y Gómez Calle (2013), quienes sitúan el problema de la asunción de riesgos por parte de la víctima como un asunto de imputación objetiva.

29 Esta es una consideración que, al parecer, comparte el DCFR (Draft of Common Frame of Reference), pues habla de acciones a propio riesgo (*acting at own risk*) como un tipo de defensa del agente dañoso diferente a la culpa de la víctima. Al respecto ver el numeral 2 del art. VI-5:101 de dicho instrumento.

30 En el derecho anglosajón la asunción de riesgos (*the assumption of risk*, también arropada bajo la figura del *volenti non fit injuria*) es una defensa de carácter difuso, objeto de un sinnúmero de confusiones; así lo destacan Kionka (1992, p. 115) y Jones (2002, p. 590). Es una defensa con efectos exoneratorios totales que comprende el riesgo creado por la negligencia del agente dañoso.

Este entendimiento que se da a la asunción de riesgos puede llegar a identificarse con lo que un sector de la doctrina española conoce como

asunción impropia de un riesgo. Para algunos autores anglosajones, la asunción de riesgo en la que el riesgo no es creado por negligencia del demandado —asunción que denominan los tribunales como el primer alcance de la asunción de riesgos— no es propiamente una asunción de riesgo, pues entienden que para que esta se configure como defensa es requisito que el riesgo sea creado por negligencia del demandado. En estos eventos, sostiene, la no responsabilidad se da justamente por la no negligencia. Al respecto véase Kionka (1992, p. 118) y Jones (2002, p. 598).

31 El caso típico que se plantea de una asunción culpable de riesgos es el de la persona que se sube a un carro conducido por una persona en estado de embriaguez. En este ejemplo el hecho dañoso (accidente de tránsito) es producido exclusivamente por el agente dañoso (el conductor ebrio), la víctima a través de la asunción culpable del riesgo es coagente de sus daños, siendo el único agente de los daños sufridos por terceros el conductor ebrio. Sobre este punto véase Medina Alcoz (2004, p. 67).

te por parte de la víctima. ¿Qué es entonces la asunción de riesgos? Es una causa absoluta de exoneración que neutraliza la antijuricidad de la conducta desplegada por el agente dañoso.³²

B. La pertinencia de adecuar las soluciones que se han dado en la responsabilidad extracontractual a un escenario contractual

La asunción de riesgos no puede considerarse como una culpa del acreedor debido a que no hay comportamiento negligente por parte de este. Tampoco puede tomarse como un hecho del acreedor (carente de componente negligente) que exonere de responsabilidad al deudor, pues, justamente, como se ha señalado, para que se pueda atribuir el daño al riesgo asumido es necesario que el deudor cumpla con sus obligaciones. Se aprecia, entonces, que no se puede hablar de exoneración cuando lo que ha ocurrido es el cumplimiento de las obligaciones a cargo. En la asunción de riesgos por el acreedor daño y cumplimiento conviven.

Ahora, ¿puede considerarse como una causal de justificación? Acoger esta tesis, desde el planteamiento que hemos manejado, es desacertado, pues una causal de justificación siempre exige que el actuar del agente constituya objetivamente una ilicitud jurídica.³³ Y, como se ha sostenido, en la asunción de riesgos por parte del acreedor hay un comportamiento lícito por

parte del deudor, hay cumplimiento; desde ningún nivel es ilícita la conducta desplegada por el deudor. En este punto es preciso anotar que la práctica de las actividades deportivas que facilita el deudor con sus recursos son aquellas consideradas lícitas por el Estado. Se parte también de la base que el deudor cumple con todos los requisitos para prestar el servicio.

C. La determinación de la naturaleza jurídica de la asunción de riesgos en materia contractual

La figura del contrato juega un papel fundamental, pues delimita las obligaciones contractuales del deudor: prestar el servicio en condiciones de seguridad e informar sobre la existencia de un riesgo latente que puede poner en peligro la integridad física del acreedor; el deudor contractual no se obliga a garantizar la integridad física del acreedor pues no se puede obligar a lo imposible, el deudor no puede neutralizar ese riesgo. En este sentido, si el acreedor sufre un daño con ocasión de la materialización del riesgo inherente a la actividad que practica —el riesgo que asume— y el deudor ha cumplido con las obligaciones a su cargo, no puede configurarse la responsabilidad civil contractual pues no ha tenido lugar un incumplimiento contractual, en este evento el daño es manifestación del riesgo asumido por el acreedor.

Desde la perspectiva jurídica, ¿qué es entonces la asunción de riesgos por parte del acreedor? Es la manifestación de voluntad consciente y deliberada por medio de la cual el acreedor participa de la delimitación del objeto contractual y

32 Esta es la postura asumida en los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil en su artículo 7:101. En la misma línea parecen situarse Pita (2011, pp. 344-345) y López Mesa (2011, p. 638).

33 Ver Tamayo Jaramillo (2007, p. 142).

decide exponerse a un riesgo.³⁴ En la formación del acuerdo de voluntades el acreedor es consciente de que el deudor contractual le prestará un servicio, pero que no le garantizará que resultará ileso ya que existe un riesgo incontrolable. A lo que se compromete el deudor contractual es a prestar el servicio en condiciones de seguridad, informando previamente el alcance del riesgo y obligándose a no incrementarlo. En este sentido es que se dice que el acreedor asume el riesgo, pues sabe que existe la posibilidad de sufrir un daño, posibilidad que depende de las aleas, no de la voluntad de alguna de las partes, es un riesgo al que voluntariamente se enfrenta. De esta forma, insistir en el acuerdo bajo este entendimiento es asumir el riesgo.

III. EL FUNCIONAMIENTO DE LA ASUNCIÓN DE RIESGOS EN UN ESCENARIO CONTRACTUAL

Hemos dicho que la actividad deportiva que practica el deportista se desarrolla en el marco de un contrato celebrado entre este (acreedor)

y la persona que cuenta con los recursos que hacen posible que la actividad se realice (deudor). En este contrato bilateral es fácil identificar las dos obligaciones principales que lo integran: de un lado está la obligación a cargo de quien practica la actividad deportiva de pagar por la prestación del servicio; de otro, encontramos la obligación de prestar el servicio (facilitar la práctica de una actividad deportiva) a cargo de la persona que presta el servicio. Sin embargo, importa destacar que la relación contractual entablada entre estos dos sujetos es mucho más compleja, al menos desde la perspectiva del deudor contractual que presta el servicio. Lo anterior se evidencia en el hecho de que paralelamente a la asunción de riesgos por parte del acreedor se ubican las obligaciones de seguridad e información a cargo del deudor.

Plasmado así el escenario contractual, se puede afirmar que la asunción de riesgos por parte del acreedor no conlleva, en modo alguno, un relajamiento por parte del deudor en el cumplimiento de las obligaciones que están a su cargo. Si ello ocurriese no podría atribuirse el daño sufrido por el acreedor a la asunción del riesgo, pues, como se ha señalado, el riesgo materializado es diferente al que el acreedor había proyectado exponerse consciente y voluntariamente, bien sea porque se ha incrementado debido a negligencia del deudor —en este caso se incumple la obligación de seguridad—, o porque el acreedor nunca fue informado del verdadero alcance del riesgo al que se enfrentaba —en este caso se incumple la obligación de información—.

34 Consideramos que esta manifestación de voluntad es plenamente válida y que, por tanto, el efecto que persigue debe ser respetado: que el acreedor sufra las potenciales consecuencias dañosas que se derivan de la eventual materialización del riesgo, riesgo del que ha sido informado y que no ha sido incrementado por culpa del deudor. En el régimen legal colombiano una manifestación de voluntad de este orden podría encontrar sustento en el art. 15 y 1502 cc, más si se tiene en cuenta que quien asume un riesgo: 1) consiente la exposición a un daño eventual, no a un daño cierto, es decir, no dispone la lesión de un bien indisponible, sino la exposición a un riesgo de un bien indisponible; 2) cumple un papel protagónico en el desarrollo de la actividad; 3) desarrolla una actividad que el Estado considera lícita.

De otro lado, importa destacar que Barrera Tapias y Santos Ballesteros (1994) parecen categorizar el consentimiento de la víctima de forma similar a la que en estos párrafos estamos haciendo con la asunción de riesgos. Sin embargo, el alcance que dan al consentimiento de la víctima no es el mismo al que en este escrito se está sugiriendo para la asunción de riesgos por el acreedor (pp.115-19).

Tenemos, pues, que desde una perspectiva contractual el funcionamiento de la asunción de riesgos exige el cumplimiento por parte del deudor de las obligaciones de seguridad e información. Buscando desarrollar con más detalle estas ideas, primero pasamos a examinar el alcance de cada una de estas obligaciones (A y B). Después, señalamos cómo consideramos que debe hacerse el análisis de responsabilidad partiendo del supuesto de que el acreedor ha sufrido un daño en el desarrollo de la actividad deportiva (C).

A. Obligación de seguridad

1. Alcances concretos de la obligación de seguridad

Tomando como referencia el estudio jurisprudencial que hace el autor español Orti Vallejo (2008, pp. 491-492), encontramos que en materia de seguridad son básicamente cuatro los aspectos a los que, dependiendo del tipo de actividad deportiva que se despliegue, debe estar atento el deudor contractual, a saber:

1.1. Instalaciones deportivas

Las instalaciones que presta el deudor deben cumplir con condiciones de seguridad. Piénsese, por ejemplo, en actividades deportivas como el motocross, en donde la pista debe tener unas medidas de amplitud, longitud e inclinación determinadas; o en el esquí, cuya pista debe satisfacer ciertas medidas de protección ante las caídas de los esquiadores, cumplir con un determinado nivel de espesor de la nieve y tener una señalización adecuada.

1.2. Medidas de organización

En actividades como el montañismo, paracaidismo, parapentismo, rafting, torrentismo y buceo, en las que no existe propiamente una instalación deportiva, las condiciones de seguridad vienen dadas por las medidas de organización que adopta el deudor. Por medidas de organización podemos entender la forma como el deudor dirige la prestación del servicio. En concreto, nos referimos a la escogencia de los horarios, condiciones climatológicas y los espacios en que se llevará a cabo la actividad, como también su duración y acompañamiento. No es lo mismo practicar el montañismo en la noche que a la luz del día.

1.3. Equipos

El uso de equipos es un punto esencial en este tipo de contratos. En ocasiones porque es el propio equipo facilitado por el deudor el que permite desarrollar la actividad. Este es el caso del paracaidismo, parapentismo, buceo y rafting.³⁵ Otras veces porque a través del equipo se protege la integridad física del deportista, piénsese, por ejemplo, en el uso de cascos o chalecos salvavidas.

En ambas situaciones es deber del deudor prestar los equipos en óptimas condiciones, pues del buen estado en que estos se encuentren dependerá, en cierta medida, que el acreedor resulte ileso.

³⁵ En el paracaidismo se presta el paracaídas; en el parapentismo el parapente; en el buceo el traje de buceo, los tanques, la careta y las aletas; en el rafting el bote y los remos.

Es claro que es una obligación a cargo del deudor exigir al acreedor que use equipos de seguridad como cascos, salvavidas y arneses.

1.4. Capacitación y entrenamiento

El acreedor debe recibir un entrenamiento en el que deberá ser instruido sobre la forma como ha de utilizar los equipos que le presta el deudor. Piénsese, por ejemplo, en el uso de arneses y cuerdas, el uso del paracaídas o el parapente. También deberá estar instruido sobre los parámetros bajo los cuales debe desarrollar la actividad. Nos referimos aquí a indicaciones de lo que puede hacer, lo que no puede hacer y la forma como ha de actuar en el evento de que resulte lesionado. En ocasiones será necesario instruir al acreedor acerca de asuntos puntuales de cómo desplegar la actividad. Un ejemplo de esta última circunstancia se ilustra con claridad en el caso del buceo: una vez sumergido, el acreedor deberá manejar las técnicas básicas de comunicación que se usan en la práctica de esta actividad.

2. Características de la obligación de seguridad

En la doctrina se encuentran autores que entienden que la obligación de seguridad es una obligación de resultado cuyo objeto es garantizar la integridad física del acreedor.³⁶ La obligación se observará cumplida solo si el interés final (la indemnidad de la persona del acreedor) se ve satisfecho. Así entendida la obligación de

seguridad, resulta insostenible sugerir que, en el tipo de relaciones contractuales de las que estamos hablando, pueda afirmarse que en cabeza del deudor existe una obligación de esta naturaleza. Ello obedece a una razón: en estas actividades deportivas la entidad del riesgo es tal que sobrepasa la capacidad del deudor para evitar que se materialice. No se le puede exigir al deudor contractual que garantice que su acreedor resultará ileso en la práctica del rafting, si se sabe que es un riesgo inminente que el acreedor se caiga del bote y sufra lesiones.

En nuestra opinión, es claro que no se puede obligar al deudor a garantizar la indemnidad del acreedor, pues se le estaría obligando a lo imposible. En este tipo de actividades lo único que se le puede exigir al deudor es que no incremente el riesgo al que el acreedor voluntaria y conscientemente se expone. Bajo esta consideración es que se debe determinar el alcance de la obligación de seguridad en un escenario como el propuesto.

Todo lo anterior nos lleva a plantear que la obligación de seguridad es una obligación de medios. Se puede sostener que respecto a la integridad física del acreedor solo se exige al deudor que cumpla con los protocolos de seguridad requeridos para el desarrollo de la actividad deportiva correspondiente.³⁷ Se exige, entonces, un determinado comportamiento encaminado a procurar que el acreedor no sufra lesiones en la práctica de la actividad. De esta forma el débito

36 Al respecto véase Prevot (2012, p. 184).

37 Hablamos de estándares internacionales para la práctica de determinado deporte, a los protocolos de seguridad que poseen las diferentes asociaciones de deportistas, etc.

de la obligación de seguridad viene compuesto por un grado de diligencia y cuidado que si bien busca que el acreedor resulte indemne, no garantiza que este interés final sea satisfecho.

B. Obligación de información³⁸

Un asunto esencial al que se ha hecho referencia con insistencia en este escrito es al conocimiento que debe tener el acreedor sobre la dimensión del riesgo al que se enfrenta. Hemos dicho que esta es una condición necesaria para que la asunción de riesgos por parte del acreedor pueda operar. Pero, ¿cuál es el contenido de esta información?, ¿bajo qué condiciones debe brindar el deudor esta información?, ¿qué hay que informar y qué no?, ¿qué ocurre cuando el deudor no cumple con el deber de informar? En los siguientes párrafos desarrollamos la respuesta a estas preguntas.

El deudor debe informar al acreedor los riesgos que comporta la actividad que este va a adelantar. Estos son unos riesgos específicos, propios de cada actividad. Son previsible, pero fortuitos, incontrolables. Al acreedor que volará en un parapente se le debe informar sobre la posibilidad de que una corriente de aire afecte su vuelo, al montañista que escalará la montaña se le debe informar sobre las dificultades que ofrece el terreno, a quien descenderá en bicicleta desde la montaña se le debe informar sobre la inminente posibilidad de que choque con un objeto.

38 Reconocemos que la expresión "obligación de información" no es la más afortunada, tal vez la más apropiada sea "deber de información". Es claro para nosotros que la obligación de información no es una obligación contractual, ya que su cumplimiento se ejecuta con anterioridad al perfeccionamiento del contrato.

Si el acreedor no es debidamente informado sobre el alcance del riesgo, aun cuando se hayan brindado todas las condiciones de seguridad exigidas, entrará a responder el deudor por los daños que sean concreción del riesgo. Es decir, al deudor se le imputará la responsabilidad por la materialización del riesgo que, de ser conocido por el acreedor, hubiera comprendido "la esfera del riesgo asumido por la víctima" (Orti Vallejo, 2008, p. 488).

Atinadamente sugiere Orti Vallejo (2008) que "no parece exigible informar sobre aquellos riesgos que resulten comúnmente conocidos o que el concreto usuario no pudiera desconocer en función de su experiencia" (p. 489). Sin embargo, es preciso reconocer, como lo hace el autor en comentario, que la obligación de información se intensifica cuando es la primera vez que el acreedor realiza la actividad. Es en este punto en donde lo que a ojos del deudor puede parecer obvio, que debe ser informado el acreedor, un sujeto nuevo en el mundo de esa actividad. Pero no basta con suministrar datos con gran detalle al acreedor inexperto, es necesario que este comprenda los riesgos que encara, que aprenda e interiorice los *códigos de buenas prácticas*³⁹ que orientan cada actividad deportiva.⁴⁰

En línea con lo anteriormente expuesto, se aprecia que no solo se debe informar sobre los riesgos inherentes a la actividad deportiva,

39 Esta expresión es tomada de Sozzo (2010, p. 354).

40 Esta es la postura asumida por Sozzo (2010, p. 354), quien diferencia entre información y comprensión, argumentando que, para los eventos de enseñanza del deporte, brindar información no es una condición suficiente para que la asunción del riesgo se configure.

sino también sobre los requisitos mínimos que debe satisfacer el acreedor para poder llevarla a cabo. Hablamos aquí de las condiciones físicas, las técnicas y los conocimientos con los que debe contar el acreedor.⁴¹

En suma, podemos afirmar que hay un acreedor debidamente informado cuando es consciente⁴² de la entidad del riesgo que afronta y cuando conoce las peculiaridades de la actividad que se expone a desarrollar.⁴³

A nivel contractual, el análisis de la información suministrada al acreedor sobre los verdaderos alcances del riesgo puede llevar a otras consideraciones. Una inadecuada información no solo lleva a que a la asunción de riesgos por parte del acreedor sea inoperante, sino que también nos puede llevar a cuestionar la validez misma del contrato. Desde esta perspectiva, podría ser viable sostener que el contrato adolece de una nulidad por vicio en el consentimiento, rescin-

dir el contrato y demandar el pago de perjuicios mediante la acción extracontractual.

C. Análisis de la responsabilidad del deudor en el evento de que el acreedor sufra un daño en el desarrollo de la actividad

Lo primero que debemos decir es que consideramos que el deudor contractual responde bajo un sistema de responsabilidad civil por culpa probada.⁴⁴ Esto significa que solo habrá responsabilidad del deudor si se prueba una culpa de su parte.

1. Acciones de responsabilidad civil en cabeza del acreedor

El acreedor deberá establecer cuál es la obligación incumplida. Esta determinación es importante, ya que diferentes serán las consecuencias que se derivan del incumplimiento de cada una de las obligaciones.

Si se incumple con la obligación de seguridad el acreedor deberá probar que el deudor fue negligente⁴⁵ al no prestar el servicio en condiciones óptimas, que esta negligencia incrementó el riesgo al que él había proyectado exponerse

41 En sitios web como *aventureros.com*, en donde se ofrecen servicios para la práctica de deportes extremos, se aconseja la indumentaria que debe llevar la persona en cada caso. También se advierte qué personas pueden practicar o no determinada actividad, por ejemplo, se establecen topes de edad, entre los 12 y 65 años; topes de peso, entre los 45 kg y los 100 kg; se prohíbe que las personas con problemas cardiovasculares realicen determinadas actividades. También el embarazo es una condición de salud que debe advertirse, especialmente por el riesgo que conllevan estas actividades.

42 En los comentarios del PETL, advierte Pita, se ha señalado que la asunción de riesgos, entendida como una causal de justificación, "requiere que el demandante sea consciente del riesgo al que se expone y, pese a todo, se someta a él voluntariamente" (2011, p. 345).

43 Las condiciones que se exigen en el derecho anglosajón para que opere la asunción de riesgos —figura que funciona bajo supuestos diferentes a los aquí planteados— parecen coincidir con estas exigencias. En estos sistemas es necesario que exista un acuerdo entre agente dañoso y víctima, basado en la voluntad y el conocimiento de esta última sobre el riesgo (Kionka, 1992; Jones, 2002). En lo que respecta al conocimiento se torna necesario que la víctima, además de conocer la existencia del riesgo, conozca su naturaleza y alcance (Jones, 2002, p. 595).

44 En este sentido, desde el ámbito extracontractual, Medina Alcoz se aleja de nuestra postura, pues considera que la asunción de riesgos solo puede operar en un sistema de responsabilidad objetivo o subjetivo objetivado (culpa presunta), no en un régimen de culpa probada (2004, p. 49). Por su parte, Gómez Calle (2013) y Orti Vallejo (2008) reconocen, también desde la responsabilidad extracontractual y al igual que nosotros, que se puede entrar a responder bajo un sistema de responsabilidad subjetivo por culpa probada.

45 Un ejemplo de negligencia es no prestar equipos en buen estado, propiciar la práctica en horas y espacios inadecuados, etc.

y explicar el daño que sufre. Perfectamente puede emprender una acción de responsabilidad contractual, pues el incumplimiento de la obligación contractual de seguridad ocasiona el daño.

En los eventos en los que se incumple con la obligación de información el acreedor deberá demostrar que no fue ilustrado sobre el alcance del riesgo al que se enfrentaba. De esta forma, la asunción de riesgos no tiene aplicación alguna ya que no se ha podido configurar. Esta falta de información, como anotábamos unas líneas arriba, puede dar lugar a que se vicie el consentimiento y, consecuentemente, que se pueda argumentar que el contrato adolece de una nulidad relativa. Tenemos, entonces, que la opción del acreedor se reduce a demandar en responsabilidad civil extracontractual al deudor. En este supuesto tendría que demostrar la culpa del deudor, que básicamente consistiría en no brindar la información completa y adecuada exponiendo al acreedor a un riesgo que este desconoce; no podría defenderse el deudor alegando que se ha configurado la asunción de riesgos propia de la esfera extracontractual, pues el deber de información sigue siendo un límite aun dentro de esta dimensión de la responsabilidad civil.⁴⁶

2. La asunción de riesgos como defensa del deudor contractual

Entendemos que el deudor contractual puede encontrar como camino para su defensa argu-

mentar que el daño es manifestación del riesgo asumido por el acreedor. ¿Cómo lo lograría? Demostrando que ha cumplido con todas las obligaciones a su cargo y que el servicio se ha prestado según lo convenido. Esto es, que el riesgo no se ha incrementado, pues ha cumplido con la obligación de seguridad, y que el daño ha sido materialización del riesgo asumido por el acreedor (el proyectado por este, el inherente a la actividad deportiva), pues este ha sido informado debidamente de los alcances del riesgo que iba a encarar. Con esto, demuestra no solo que una acción de responsabilidad civil contractual en su contra no prosperaría, ya que no hay incumplimiento contractual, sino también que el daño tiene explicación en la asunción de riesgos que hace el acreedor.

IV. CONCLUSIONES

Como parte final de este escrito nos concentramos en tres puntos, que antes que ser conclusiones son invitaciones a continuar la reflexión sobre el tema de investigación, a reevaluar los presupuestos sobre los que se ha trabajado y a buscar un mejor tratamiento de la figura.

La asunción de riesgos por parte del acreedor es una de las posibles explicaciones del daño que sufre el deportista en el desarrollo de la actividad deportiva extrema. Su funcionamiento en la esfera contractual exige que haya cumplimiento de las obligaciones a cargo del deudor, solo así será posible afirmar que el daño es materialización del riesgo inherente a la actividad deportiva que se practica —el riesgo asumido— y

46 Al respecto véase Orti Vallejo (2008, p. 488).

que, consecuentemente, será el acreedor quien deberá soportar sus consecuencias. Desde esta perspectiva, se aprecia que la asunción de riesgos por parte del acreedor se correlaciona con las obligaciones de seguridad e información a cargo del deudor, que aquella no tiene una naturaleza independiente sino que, por el contrario, depende de que estas hayan sido cumplidas a cabalidad.

El hecho de que sea el acreedor quien deba padecer las consecuencias dañosas de la materialización del riesgo no impide considerar que esta situación pueda ser mitigada. Justo aquí es donde el derecho de seguros hace su aporte:⁴⁷ puede pensarse en la celebración de contratos de seguros en los que justamente el riesgo asegurable sea el mismo riesgo asumido por el acreedor. En estos contratos el tomador del seguro debe ser la misma persona que asume el riesgo, es decir, el deportista.

Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad que se pacten son ineficaces. Una cláusula de este tipo conlleva una renuncia de la indemnización; es renuncia dado que si no se pacta el deudor entra a responder, pues ha cometido culpa, de lo contrario no tendría sentido pactarla. Estas cláusulas son nada más y nada menos que una disposición de un derecho indisponible (integridad física y vida), situación que claramente prohíbe el art. 15 cc ¿Por qué sostenemos que es una disposición de un derecho indisponible? Porque conlleva la renuncia

de la indemnización de un daño (lesión bien jurídicos vida o integridad física) provocado por la conducta negligente⁴⁸ del deudor. También será ineficaz una cláusula contractual que desconozca el contenido mínimo de la obligación de seguridad, pues se estaría desconociendo una obligación principal del contrato.

Referencias

- Barrera Tapias , C. D. y Santos Ballesteros, J. (1994). *El daño justificado*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas.
- Brymer, E. y Schweitzer, R. (2013). The search for freedom in extreme sports: A phenomenological exploration. *Psychology of Sports and Excercise*, XVI(4), 865-873.
- Castro de Cifuentes, M. (2010a). El hecho ilícito. Nociones fundamentales. El sistema de responsabilidad civil. En M. Castro de Cifuentes (Coord.), *Derecho de las obligaciones* (t. II., Vol. I). Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Editorial Temis S. A.
- Castro de Cifuentes, M. (2010b). La imposibilidad de ejecución. En M. Castro de Cifuentes (Coord), *Derecho de las obligaciones* (t. II., Vol. II., págs. 487-516). Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Editorial Temis S. A.
- Castro de Cifuentes, M. (2014). *Propuesta para la modernización del régimen de responsabi-*

47 Esta solución es adoptada en el Proyecto de ley 030 de 2013 del Senado, al que anteriormente nos hemos referido.

48 Por tratarse de derechos indisponibles, la negligencia comprende no solo la culpa grave, sino también la culpa leve y levisima.

lidad civil contractual en Colombia: responsabilidad civil y autonomía de la voluntad. Las cláusulas de exclusión y limitación de responsabilidad. Manuscrito inédito.

Cárdenas Mejía, J. P. (2010). Causa extraña como eximente de responsabilidad. En M. Castro de Cifuentes (Coord.), *Derecho de las obligaciones* (t. I., Vol. I., págs. 349-394). Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Editorial Temis S. A.

Cubides Camacho, J. (2012). *Obligaciones*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Grupo Editorial Ibáñez.

Gómez Calle, E. (2013). La contribución de la víctima a la causación del daño. En M. J. Herrador Guardia, *Derecho de daños* (págs. 237-295). Cizur Menor-Navarra: Thomson Reuters-Arazandi.

Gómez Vásquez, C. (2007). El riesgo contractual en los códigos civil y de comercio colombianos. Análisis dogmático de la normativa vigente. *Opinión jurídica*, VI(12), 105-121.

Gual Acosta, J. (2008). Cláusulas restrictivas de responsabilidad. Observaciones al régimen vigente y propuestas de reforma. *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, 15-34.

Jones, M. (2002). *Textbook on torts*. Oxford: Oxford University Press.

Kionka, E. (1992). *Torts in a nutshell*. St. Paul, Minn.: West Publishing Co.

López Mesa, M. J. (2011). *Práctica de deportes*. En F. A. Trigo Represas y M. López Mesa, *Tratado de la responsabilidad civil* (Vol. IV). Buenos Aires: La Ley.

Medina Alcoz, M. (2004). *La asunción de riesgos por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos*. Madrid: Dykinson.

Orti Vallejo, A. (2008). La responsabilidad civil en la explotación y práctica de actividades de ocio peligrosas. En L. Reglero Campos, *Tratado de responsabilidad civil* (Vol. III, págs. 477-527). Navarra: Thomson Reuters-Arazandi.

Pérez Vives, Á. (2009). *Teoría general de las obligaciones*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Pita, E. (2011). Los daños en la actividad deportiva. En J. Mosset Iturraspe, *Tratado de derecho deportivo* (t. II, págs. 275-348). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Prevot, J. (2012). *La obligación de seguridad*. Bogotá: Editorial Temis S. A.

Quintero, B. (2000). *Teoría básica de la indemnización: manual de responsabilidad civil*. Bogotá: Grupo Editorial Leyer.

Sozzo, G. (2010). La regla de la asunción del riesgo en el deporte. En J. Mosset Iturraspe, *Tratado de derecho deportivo* (t. I, págs. 323-377). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Tamayo Jaramillo, J. (2007). *Tratado de la responsabilidad civil*. Bogotá: Legis.

Vivas, M. (2011). Causas de justificación del daño. En F. Trigo Represas y M. López Mesa, *Tratado de la responsabilidad civil* (Vol. II). Buenos Aires: La Ley.