

# La responsabilidad por riesgo

Saúl Uribe García \*

## 1. Introducción

La responsabilidad por riesgo no es más que la aplicación de la teoría del riesgo a la responsabilidad civil extracontractual. Como prolegómeno, baste decir que la entrada al mundo jurídico de la teoría del riesgo sirvió para poner en jaque a la dogmática y milenaria culpa como fundamento de la responsabilidad civil, fue el primer criterio objetivo de imputación<sup>1</sup> y sin duda alguna el centro de los más polémicos debates entre los partidarios de la culpa y los partidarios de la responsabilidad civil ausente de toda idea de culpa. La mayoría de la doctrina se refieren a la responsabilidad objetiva o por riesgo, cosa que no es cierta porque el riesgo no es el único criterio objetivo de imputación.

Después del Código Civil de Francia de 1804, conocido también como Código de Napoleón, el tema de la responsabilidad ci-

vil extracontractual permaneció pacífico. Este código estaba impregnado por un exagerado individualismo, el cual, en el transcurso del siglo pasado, comienza a claudicar paulatinamente. A cambio de ello se observa una socialización del derecho y así se habla de la socialización de los derechos mediante la teoría del abuso de los derechos, de la socialización del contrato de trabajo, la socialización del derecho de los contratos y la socialización de la responsabilidad civil. Henry y León Mazeaud explican cuál fue la causa para que se diera la poderosa corriente social que ha atravesado la responsabilidad civil:

Los redactores del código de 1804 se habían preocupado sin duda de asegurar la reparación de los daños. Habían instaurado al menos un sistema que, en muchos casos, impedía a la víctima obtener ese resarcimiento. El principio

que establecieron —y que subsiste— es que la responsabilidad está fundada en la culpa: la víctima no obtiene reparación más que si consigue demostrar una culpa del autor del daño. Con la aparición del maquinismo y la multiplicación de los accidentes de la circulación, la víctima experimentaba las mayores dificultades para aportar tal prueba.<sup>2</sup>

El resultado de esa corriente social se plasmó, entre otras, en la ley de accidentes laborales, en la teoría de la responsabilidad —a causa de las cosas inanimadas— y en la teoría del riesgo, confluyendo todas a la llamada teoría objetiva de la responsabilidad civil. Interesa para el trabajo la teoría del riesgo, la cual tuvo origen en los llamados accidentes laborales, para pasar posteriormente a la responsabilidad civil.

\* Abogado egresado de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Postgrado en Derecho Comercial y Responsabilidad civil. Facilitador del Diplomado Virtual en Responsabilidad Civil Extracontractual organizado por la Personería de Medellín. Profesor en el Postgrado de Responsabilidad civil de la Universidad Autónoma Latinoamericana. En la actualidad, Fiscal de la Dirección Seccional de Fiscalías de Medellín.

<sup>1</sup> La culpa y el dolo son criterios subjetivos de imputación. El riesgo es el criterio objetivo de imputación que impera a nivel mundial. La garantía, la equidad, la igualdad, la solidaridad, la convivencia y todos los criterios objetivos de imputación de la responsabilidad estatal, son otros criterios objetivos de imputación, pero de menor aplicación que el riesgo. De esta manera, la culpa no es el fundamento de la responsabilidad civil extracontractual, sino que es un criterio más de imputación, de tipo subjetivo. Con el moderno derecho de daños, el fundamento de la responsabilidad civil está en el daño.

<sup>2</sup> MAZEAUD, Henry y León. Lecciones de derecho civil. Vol. I. Europa América. Buenos Aires. 1.959. pp. 93.

## 2. Origen de la teoría del riesgo

El contrato de trabajo estaba regulado por los artículos 1780 y 1781 del Código Civil de Francia bajo la denominación de arrendamientos de servicios (en Colombia estaba regulado por los artículos 2045 a 2052 del Código Civil bajo el nombre de Arrendamiento de criados domésticos). Dice Adrien Sachet,<sup>3</sup> que el primer contrato de molde civil que ha sido roto por el maquinismo es el de locación de servicios. Si bien era una regla excelente para un obrero tomado aisladamente o para una reunión de dos o tres obreros, es insuficiente para un ejército de trabajadores; éste no pudo satisfacer las necesidades de las grandes explotaciones industriales, especialmente para solucionar el problema de las innumerables víctimas como consecuencia de los accidentes ocurridos con ocasión o por razón del trabajo.

En primer lugar, para solucionar el problema de los daños ocasionados en los accidentes de trabajo, se utilizó la teoría de la culpa civil. La víctima de un accidente laboral tenía que demostrar la culpa del patrono conforme el artículo 1382 del Código Civil Francés;<sup>4</sup> de no hacerlo, no obtenía indemnización. Ante el fracaso de la teoría anterior por la dificultad en probar la culpa, se recurrió a la teoría de la responsabilidad contractual. Se propuso que la responsabilidad del patrono no derivara del cuasidelito del artículo 1382, sino del mismo contrato de locación de servicios. Se argumentaba que el patrón debe devolver al trabajador después de cada jornada, tal como lo recibió al inicio de la misma y si ocurre un accidente del cual resulte dañado, se ha violado la obligación de seguridad que era menester cumplir por parte del patrono, obligación que no surge por responsabilidad extracontractual, sino como producto de una obligación contractual, por tanto se presume en culpa al patrono y para eximirse de responsabilidad debe probar fuerza mayor o caso fortuito o culpa del propio trabajador. Esta teoría tuvo sus opositores quienes argumentaron que en el contrato de trabajo el patrono no consiente en su voluntad de obligarse por el detrimento en la integridad corporal o psíquica

del trabajador, es la ley y no el contrato la que impone la obligación de reparar el daño. Ante el fracaso de las dos teorías anteriores, dice Louis Josserand,<sup>5</sup> se pensó en utilizar el artículo 1386 del Código Civil bajo la égida de los daños causados no sólo por la ruina de un edificio, sino por una cosa inanimada cualquiera, mobiliaria o inmobiliaria.<sup>6</sup> Por cuestión de técnica jurídica no se podía aplicar este precepto porque siempre se refería a vicios de construcción, además imponía a la víctima la prueba de un defecto de conservación o de un vicio de construcción.

Pertinaz continuaba Louis Josserand por encontrar solución al problema de los accidentes laborales sin solución de indemnización, que al encontrar el remedio, dice él, no estaba por inventar; existía ya desde 1804 y se apoyaba en el apartado primero del artículo 1384 del Código Civil Francés que preside la responsabilidad de pleno derecho y que consagra formalmente la responsabilidad del guardador de una cosa cualesquiera sin hacer intervenir en modo alguno la idea de culpa. Se es responsable por el hecho propio, por el de las personas de las que se deba responder “o de las cosas que se tienen bajo guarda” (inciso primero, Art. 1384). Antes de volcar la atención en la primera parte del artículo 1384, dice Louis Josserand: “Nadie pensaba en utilizarlo para mejorar la situación de la víctima, por cuanto el daño causado por las cosas inanimadas, distintas de los edificios caídos en ruina, era tributario de la responsabilidad delictual, la víctima no podía obtener reparación, sino en los términos de los artículos 1382 y 1383, con la condición consiguiente de probar la culpa del demandado”.<sup>7</sup> Para sustentarla con respecto a los infortunios laborales se argumenta que basta establecer que se ha producido un daño y buscar el vínculo de causalidad entre el hecho del trabajo y ese daño, para proclamar de modo inmediato la responsabilidad que incumbe al dueño de la cosa, en este caso de la empresa por los daños producidos.

En el mismo año (1897), Raymond Saleilles, en su obra *Los accidentes de trabajo y la responsabi-*

*dad civil*, expone su teoría acerca de los accidentes laborales con la cual pretende que, basado en ella, la víctima de los infortunios laborales logre en todos los casos indemnización por los accidentes laborales. La idea en cuanto a sus efectos era la misma expuesta por Josserand: borrar toda idea de culpa y de esa manera relevar al trabajador de su prueba, siendo responsable el patrón independientemente de cualquier culpa. Para sustentarla se basó en el riesgo, resumida de la siguiente manera: “El que crea una fuente de daño, así el que explota una fábrica, debe reparación si los riesgos se concretan. El exclusivo hecho del perjuicio compromete su responsabilidad; es la contrapartida de los beneficios que obtiene de la empresa”.<sup>8</sup> Nació de esta manera la teoría del riesgo.

Con los argumentos anteriores y al prescindir de la culpa cuando el daño era causado por el hecho de las cosas o basados en la teoría del riesgo, bastando únicamente la causalidad entre el daño y el hecho de la cosa o el riesgo, nace al mundo jurídico la teoría de la responsabilidad objetiva. Josserand con la tesis de la responsabilidad a causa de las cosas que se tienen bajo guarda y Saleilles con la teoría del riesgo, confluyeron a un punto común: el fundamento de la responsabilidad civil no es ya la culpa, sino el acto dañoso, cuya neutralización se logra mediante la reparación del daño.

Las ideas así propuestas tuvieron influencia en el Tribunal Francés quien el 16 de junio de 1897 condenó al propietario de un remolcador por la muerte del mecánico ocasionada por una explosión de la caldera, por el sólo hecho de ser propietario aunque el defecto se debiera a causas externas, como defectos de fábrica o causas desconocidas así demostrara culpa en el fabricante. Dice Josserand, que ese es el fallo inaugural de la Corte de Casación y que después de ese se han dictado centenares, consagrando la responsabilidad de pleno derecho, fundamentados en el artículo 1384 y sin exigir la prueba de la culpa cometida por el adversario.

La teoría propuesta por Saleilles y Josserand fue y es producto de los más polémicos y enconados debates a nivel doctrinal, jurisprudencial y legislativo, no sólo en Francia, sino a nivel mundial y refutada

por los partidarios de la tesis tradicional de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil. Se concluye con las tesis de Josserand y Saleilles: “es el punto de partida de la evolución jurisprudencial y del movimiento doctrinal de mayor importancia, sin duda, tanto desde el punto de vista práctico como desde el punto de vista teórico, de todos los manifestados desde 1804. Saleilles y Josserand se apoderaron de esa sentencia y construyeron, sobre el terreno del artículo 1384, párrafo 1º, una teoría completa a causa de las cosas”.<sup>9</sup>

Continuando con la responsabilidad por los accidentes ocurridos en derredor de la relación laboral, fue promulgada en Francia la ley del 9 de abril de 1898, posteriormente modificada en varias ocasiones, relativa a la responsabilidad de los accidentes de que los obreros son víctimas en su trabajo. El motivo de expedición de la ley, dicen algunos, estuvo precedido por el dilema suscitado entre la necesidad de probar la culpa conforme el artículo 1382 del Código Civil y la relevancia de probarla acorde con la teoría de Josserand y Saleilles, fundamentada en el artículo 1384 del Código Civil. En el primer caso se hacía nugatoria la pretensión indemnizatoria, en el segundo se concedía siempre la indemnización. De esta manera, se dice que todos los argumentos expuestos por Josserand y Saleilles fueron absorbidos por esta ley y efectivamente la idea de culpa ha sido suprimida y sustituida pero únicamente en materia de accidentes laborales por otro concepto, conforme al sistema de responsabilidad objetiva que se pregona para la responsabilidad por accidentes laborales: el de Riesgo Profesional. Así, los partidarios de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil manifestaron no tener argumentos para referirse a la teoría objetiva, porque según ellos, ésta había sido absorbida por la ley de accidentes laborales, fin principal por el cual se había creado. Los hermanos Henry y León Mazeaud y otros partidarios de la culpa reconocieron el éxito de las tesis, fundada en las necesidades prácticas de la hora y hacer expedita la indemnización de los obreros víctimas de accidentes de trabajo.<sup>10</sup> Pero las tesis de Saleilles y Josserand no terminarían con la ley de accidentes laborales, antes por el contrario, era el comienzo de lo que

<sup>3</sup> SACHET, Adrien. Accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. t. I. Buenos Aires. Alfa. 1947. p.

<sup>4</sup> El artículo 1382 del Código Civil francés, en su contenido, equivale al artículo 2341 del Código Civil Colombiano. El criterio de imputación es la culpa probada.

<sup>5</sup> JOSSERAND, Louis. Derecho civil. Tomo II. V. I. Buenos Aires. Bosch. 1950. p. 410.

<sup>6</sup> El artículo 1386 del Código Civil de Francia, en su contenido, equivale al artículo 2350 del Código Civil Colombiano.

<sup>7</sup> Josserand. Op. Cit., p. 410.

<sup>8</sup> MAZEAUD, Henry y León y TUNC, André. Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1963. Tomo I. V. I. p. 87.

<sup>9</sup> MAZEAUD y TUNC. Op. Cit., Tomo II. V. I. p. 119.

<sup>10</sup> MAZEAUD y TUNC. Op. Cit., Tomo II. V. I. p. 119.

Sachet<sup>11</sup> ha denominado como el punto de partida de una revolución jurídica bajo la apariencia seductora de una medida de equidad y buen sentido social para garantizar la indemnización de perjuicios por los accidentes laborales. Las teorías acerca de los accidentes laborales continuaron en evolución hasta llegar a la teoría del riesgo social, más comúnmente conocida como seguridad social obligatoria. A la par, las tesis que sustentaban una responsabilidad alejada de toda idea de culpa también continuaron en evolución. Es verdad que el fin para el cual fueron propuestas se había satisfecho así hubiese sido indirectamente mediante la aplicación de una ley, pero la multiplicación de accidentes causados por cosas inanimadas no ya únicamente en el ámbito de los accidentes de trabajo hacía imperioso que las teorías propuestas por Josserand y Saleilles continuaran vigentes y más arraigadas. ¿Si los partidarios de la culpa miraron con buenos ojos las tesis propuestas para lograr la indemnización de perjuicios de los obreros por los accidentes laborales, por qué rechazaron de plano las mismas tesis aplicadas para los accidentes ocasionados por fuera de relaciones laborales? Igual dificultad para probar la culpa se presentaba tanto en los accidentes laborales, como en los no laborales y la multiplicidad de los mismos era creciente.

### 3. Características de la responsabilidad por riesgo

Jaime Santos Briz,<sup>12</sup> dice que la responsabilidad por riesgo está identificada porque presupone un cierto riesgo de peligro, no bastando un peligro general inherente a toda suerte de actividad humana; Cada individuo debe tolerar el peligro, y la coacción a que es sometido es ineludible. La responsabilidad por riesgo se caracteriza además por lo siguiente:

1. Se refiere a una actividad lícita y permitida. Lo anterior permite que desde el punto de vista jurídico penal el sólo ejercicio de la actividad catalogada de riesgosa no tenga relevancia porque para el derecho penal se trata de una conducta socialmente adecuada. "La realización de la conducta socialmente adecuada está permitida. So-

bre todo, los criterios de riesgo permitido, del principio de confianza, de la comisión referida al garante y de la prohibición de regreso no son sino desarrollo de la adecuación social"<sup>13</sup>. Dice Claus Roxin<sup>14</sup>, que el prototipo del riesgo permitido es la conducción automovilística observando todas las reglas del tráfico viario y este constituye un riesgo relevante para la vida, salud y bienes materiales. No obstante el legislador permite el tráfico viario porque lo exigen intereses preponderantes del bien común.

2. En el aspecto probatorio, la prueba de la diligencia y cuidado no exonera de responsabilidad al causante del daño, en algunos casos la prueba parcial de lo que se denomina causa extraña, libera de responsabilidad (hay casos donde únicamente se permite la exoneración mediante el hecho exclusivo de la víctima, pero no mediante fuerza mayor, caso fortuito o hecho exclusivo de tercero), en otros casos cualquiera de las especies de causa extraña libera de responsabilidad y en casos extremos ni aun la causa extraña libera de responsabilidad (en esta última situación se está en presencia de la real responsabilidad civil objetiva).
3. Se puede incurrir en responsabilidad por riesgo a través de la utilización de cosas riesgosas o en ejercicio de actividades riesgosas.
4. La teoría del riesgo se caracteriza por la facilidad para identificar no solamente al autor físico de daño, sino a una serie de personas que giran en torno al riesgo creado y se benefician o lucran con la creación de ese riesgo. Lo anterior permite que desde el punto de vista procesal no quepa la pregunta, ¿quién era el guardián de la actividad o cosa riesgosa causante del daño para saber quién es el sujeto pasivo de la pretensión procesal. En la responsabilidad por riesgo no se pregunta quién causó físicamente el daño, sino quienes o quienes crearon el riesgo que se concretó en un daño sin tener que recurrir al intrincado concepto francés de Guardián utilizado en Colombia para las actividades peligrosas. Así,

desde el punto de vista procesal, las personas contra quienes va dirigida la pretensión son todas aquellas que generaron el riesgo y de esa manera se recurre a la solidaridad que consagra el artículo 2344 del Código Civil. En el transporte público no es una persona la que crea el riesgo. La empresa transportadora organiza, dirige, impone condiciones y se lucra por ello. El propietario del vehículo se lucra por la calidad de tal con respecto a la empresa transportadora. La empresa de Leasing es la propietaria del vehículo y en calidad de tal impone ciertas condiciones y se lucra por su actividad. El conductor del vehículo es quien directamente causa el daño, pero no la única persona que ejerce la actividad riesgosa, además se lucra por la actividad que ejerce. Vemos todo un engranaje, interdependiente, todos se lucran y en su conjunto generan las condiciones necesarias para que el daño se concrete. Sin empresa no puede operar el transporte, sin propietarios de vehículos la empresa no tendría vehículos afiliados, sin conductores los vehículos permanecerían inmovilizados y las empresas de leasing sin los tres anteriores no operarían en el ramo.

### 4. Fundamento de la responsabilidad por riesgo

Indagar por el fundamento de algo, es indagar por la razón o el motivo de ese algo. En la responsabilidad por riesgo se pregunta ¿por qué motivo está obligado el causante del daño a indemnizar? Dos son los motivos que se advierten para fundamentar la responsabilidad por riesgo. El primero tiene que ver con el estado permanente de inminente causación del daño en proporción mayor al riesgo común de vivir en sociedad. Es la zozobra y expectativa en que viven las personas cuando la actividad o cosa riesgosa los ronda y los obliga a comportarse cautelosamente, en muchas ocasiones en mayor grado que aquél que ejerce la actividad riesgosa, porque a decir verdad, la ocurrencia de potenciales daños se han evitado no gracias al comportamiento ajustado de quien ejerce la actividad catalogada de riesgosa, sino al devenir atento de quien es sometido a soportar el riesgo. El segundo motivo tiene relación directa con la coacción ineludible a que es sometido el ciudadano a soportar el riesgo, al fin de cuentas se trata de una actividad lícita, útil y necesaria.

### 5. Criterio para determinar la actividad o cosa riesgosa

No basta un riesgo general inherente a toda suerte del quehacer humano, porque el sólo hecho de vivir implica riesgos. Es necesario establecer un criterio de distinción y para establecer el criterio se debe tener en cuenta si el legislador de manera taxativa y específica regula el régimen de responsabilidad por riesgo, es decir, si aparece tipificada o si se establece el régimen de responsabilidad por riesgo planteado en términos generales abstracción hecha de actividad o cosa específica. Se recurre entonces a la legislación, a la interpretación judicial, a la jurisprudencia y a la doctrina, dependiendo de cada caso específico.

Se recurre a la legislación cuando la norma específica determina la responsabilidad por riesgo y la regula íntegramente, no quedando campo para interpretaciones por vía doctrinaria, jurisprudencial o judicial. De esta manera ocurrido el daño por la actividad o la cosa a las cuales la Ley les otorgó el calificativo ex ante de riesgosas y existiendo causalidad, el causante del daño únicamente puede liberar su responsabilidad probando la causa extraña que la misma ley establece o cuando no se le permite probar causa extraña, como en excepcionales casos existe. Pero también, la misma ley recurre a la peligrosidad de la cosa o de la actividad para, de esa manera, calificarlas de riesgosas y ya no basta la mera causalidad entre el daño y la cosa o la actividad, sino que corresponde indagar por su peligrosidad, obvio esta tarea corresponde al juez en su prudente criterio, pero de todas maneras es la ley la que impone el criterio calificador. ¿Cómo se determina el peligro? Se recurre a la interpretación judicial, a la doctrina y a la jurisprudencia cuando el legislador a través de una disposición común y sin especificar la clase de actividad o de cosa, consagra un sistema de responsabilidad por riesgo. Se puede decir que en este caso existen dos regímenes de responsabilidades comunes, uno por culpa, otro por riesgo. Pero a qué criterio se recurre en este último caso para calificar la cosa o actividad de riesgosa? Se ha dicho por la doctrina que el simple hecho de vivir en sociedad apareja riesgos, pero no es esta clase de riesgo la que califica una actividad o cosa de riesgosa. El riesgo que califica una actividad o cosa de riesgosa es aquel que se encuentra por encima de los estándares medios, el que está por encima del riesgo vital ordinario o aquel riesgo desfasado del simple riesgo de vivir en sociedad.

<sup>11</sup> SACHET. Op. Cit., pp. 9.

<sup>12</sup> SANTOS BRIZ, Jaime. La responsabilidad civil. v. II. Séptima Ed. Madrid. Montecorvo. 1993. pp. 552 y 553.

<sup>13</sup> JAKOBS, Gunter. Derecho Penal (parte general). Marcial Pons. Madrid. 1995. p. 225.

<sup>14</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal (parte general). Civitas. Madrid. 1997. p.371.

Cuál es el criterio para que el fallador determine el riesgo plus ultra o adicional del simple riesgo de vivir en sociedad? Se trata en este caso de realizar un juicio entre la mayor o poca probabilidad de ocurrencia de daño con respecto a la actividad o a la cosa. “De lo que se trata es de determinar si la probabilidad del daño es mayor si se da el comportamiento al que se pretende atribuir la responsabilidad, que sin él. Si la respuesta es negativa, el daño debe imputarse al riesgo vital normal de la víctima”<sup>15</sup>. No se trata acá de establecer cursos causales hipotéticos como lo hace la teoría de la imputación objetiva desde el punto de vista penal o de preguntarse desde el punto de vista de la teoría de la equivalencia de condiciones o de causalidad ocasional como alguna vez se pronunció la Corte Suprema de Justicia y verificar la relación de causa a efecto, respondiendo al interrogante, ¿qué habría ocurrido si el suceso causa no se hubiera dado, para hipotéticamente concluir cuál habría sido el resultado habiendo observado un comportamiento distinto? No. Con el juicio que se realiza se trata de establecer la mayor o menor probabilidad de daño con la actividad ejercida, sin importar la clase de daño ni la hipótesis de un resultado diferente. La misma legislación y la experiencia jurisprudencial han establecido una especie de catálogo y ex ante se sabe que ocurrido el daño a causa de determinada actividad o cosa es catalogada de riesgosa.

## 6. Tipicidad y atipicidad en la responsabilidad por riesgo

Los anteriores párrafos llevan a hablar de la tipicidad y atipicidad en la responsabilidad por riesgo. Inicialmente cuando se pregonó la responsabilidad por riesgo se pretendió por parte de sus benefactores y seguidores que se convirtiera en fundamento de la responsabilidad civil. En Francia fracasaron varios intentos para reformar el código civil y de paso sustituir la culpa, pero tan pronto la teoría del riesgo tomó rumbo en el mundo jurídico, de manera especial se legisló comenzando con la ley del 9 de Abril de 1898 que consagraba el riesgo profesional para accidentes de trabajo y ubicaron la responsabilidad por riesgo en cubículo aparte, únicamente tenía aplicación cuando el legislador la contemplara de manera específica. Continuaba así como norma general la responsa-

bilidad común por culpa y excepcionalmente la responsabilidad civil por riesgo. En la mayoría de países existe legislación específica para regular la responsabilidad por riesgo profesional y la segunda legislación que regula la responsabilidad por riesgo es la de los accidentes automovilísticos ya que después de los accidentes laborales, éstos se convirtieron en la segunda fuente de daños. Muchos países le dedican una legislación especial a los daños ocasionados como consecuencia de la actividad automovilística. En etapas posteriores, con el devenir de nuevos daños consecuencia de otras actividades y la acechanza de riesgos para los ciudadanos, también muchos países tienen legislaciones específicas para la navegación aérea, daños nucleares, productos defectuosos, ejercicio de la caza, instalaciones de energía eléctrica y gas etc, pero siempre guardando la uniformidad y el criterio de que la responsabilidad por riesgo procede únicamente en los casos claramente delimitados por el legislador. De esta manera se habla de una tipicidad de la responsabilidad civil, en oposición a la atipicidad que caracteriza a la responsabilidad común o por culpa la cual no atiende a casos específicos, sino que marca un principio general, de aplicación residual en tanto todo aquello que no esté regulado por leyes especiales, será el principio general el aplicable, es decir, la responsabilidad por culpa.

En pleno siglo XXI, siglo de la era tecnológica, nuclear e industrial es a la vez el siglo de la inseguridad material, del riesgo y del peligro. Para contrarrestar la incesante inseguridad material, Louis Josserand plantea la seguridad jurídica en los siguientes términos:

Sucede entonces naturalmente que, desprovistos de la seguridad material, aspiramos cada vez más a la seguridad jurídica. Ya que corremos serios riesgos de accidentes, tengamos por lo menos la certidumbre de obtener, llegado el caso, la reparación, nosotros mismos si sobrevivimos al penoso percance, o nuestros herederos si nuestro destino ha de quedar sellado. Hay, en los espíritus y en los nervios, un espontáneo movimiento de defensa, una reacción instintiva: mientras más peligra, más experimenta el hombre la necesidad de ser protegido por el legislador o por el juez, de poder inculpar a un responsable. El desarrollo de la responsabilidad es así función de la inseguridad, y la

fórmula vivir peligrosamente trae aparejada fatalmente otra, que constituye su réplica y su sanción: responder de nuestros actos.<sup>16</sup>

El legislador intuido por la realidad, comienza a olvidarse de la tipicidad de la responsabilidad por riesgo y al lado de la culpa como principio general o de responsabilidad común ha instaurado otro principio general de responsabilidad civil: la responsabilidad por riesgo. Se verá más adelante que ya varias legislaciones foráneas no hacen de la responsabilidad por riesgo la excepción, como principio general la colocan a la par con la culpa, pero llevada a la práctica y teniendo en cuenta la cantidad de daños, es posible que se recurra más a la responsabilidad por riesgo que a la responsabilidad por culpa, simplemente porque el riesgo se ha convertido en regla de la vida moderna.

A nivel internacional se advierte la regulación mediante tratados y convenios de las siguientes materias en las cuales se establece la responsabilidad por riesgo: El transporte aéreo internacional regulado principalmente por el convenio de Varsovia de 1929, protocolo de Guatemala de 1971, protocolo de La Haya de septiembre de 1955, convenio de Roma de 1933 y 1952, convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999. La producción y utilización de energía nuclear regulada principalmente por la convención internacional firmada en París el 29 de julio de 1929 acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear y la convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares firmada en 1963. La convención internacional de constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos firmada en Bruselas el 18 de diciembre de 1971, adicional del convenio celebrado en 1969 y el protocolo correspondiente al convenio hecho en Londres el 19 de noviembre de 1976. El convenio de Basilea y sus anexos acerca de la responsabilidad civil por el manejo de desechos peligrosos. En los últimos tiempos cobra fuerza la responsabilidad por riesgo de los daños ocasionados al medio ambiente, y del productor de productos elaborados puestos en circulación, que por su defecto ocasiona daños al consumidor. Se tiene el convenio de La Haya del 2 de octubre de 1973 sobre la respon-

sabilidad aplicable por productos. A nivel de Europa la Comunidad Económica Europea mediante la Directiva 85/374 del 25 de julio de 1985, “Relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos”, hace aplicable la obligación de introducir en la legislación interna de cada país miembro lo dispuesto en la Directiva. En la parte motiva, se considera: “Considerando que únicamente el criterio de la responsabilidad objetiva del productor permite resolver el problema, tan propio de una época de creciente tecnicismo como la nuestra, del justo reparto de los riesgos inherentes a la producción técnica moderna”. Se define quién es productor, qué es producto defectuoso, causales de exoneración de responsabilidad, clases de daños indemnizables etc.

A nivel interno, cada estado consagra en materias específicas la responsabilidad por riesgo, de esta manera es casi uniforme la tendencia en materias como: la responsabilidad por accidentes de trabajo, la actividad transportadora en todas sus modalidades, daños nucleares, productos elaborados, daños ocasionados por animales y otros países como España y Alemania contemplan los daños ocasionados por la caza. Pero algunos países ya han empezado a legislar sobre la responsabilidad por riesgo, no en materias específicas ni tipificando actividades concretas, lo hacen de manera abierta y hacen de la responsabilidad por riesgo una responsabilidad común, al igual que la responsabilidad por culpa. Los países que así lo han hecho, entre otros, son los siguientes:

El artículo 1913 del código civil de México, prescribe: “Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima”. El artículo 1932 ibídem, prescribe: “Igualmente responderán los propietarios de los daños causados: I. Por la explosión de máquinas, o por la inflamación de sustancias explosivas; II. Por el humo o gases que sean nocivos a

<sup>15</sup> SÁNCHEZ RIVERO, Juan Marcos. Responsabilidad civil. t. II. Segunda edición. Diké. 2001. p. 154.

<sup>16</sup> JOSSERAND, Louis. Del abuso de los derechos y otros ensayos. Bogotá. Temis. 1999. p. 63.

las personas o a las propiedades; III. Por la caída de sus árboles, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor; IV. Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes; V. Por los depósitos de agua que humedezcan la pared del vecino o derramen sobre la propiedad de éste; VI. Por el peso o movimiento de las máquinas, por las aglomeraciones de materias o animales nocivos a la salud o por cualquiera causa que sin derecho origine algún daño". La doctrina de este país concluye que la institución del riesgo creado o responsabilidad objetiva ha tenido dos expresiones básicas: los riesgos profesionales y la utilización de objetos peligrosos, refiriéndose a esta última el artículo 1913 del código civil. Pero también, el numeral VI del artículo 1932 consagra un criterio de atribución de responsabilidad netamente objetivo y radica en causar un daño, sin derecho, sin estar al amparo de una justificante. En ambos se concluye responsabilidad objetiva, pero en el artículo 1913 el criterio de imputación es el riesgo, en el numeral VI del artículo 1932 el criterio de imputación es causar un daño sin derecho<sup>17</sup>.

El artículo 1847 del código civil de Paraguay, prescribe: "El dueño o guardián de una cosa animada responde del daño causado por ella o con ella, si no prueba que de su parte no hubo culpa, pero cuando el daño se produce por vicio riesgo inherente a la cosa sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder".

El artículo 1970 del código civil de Perú, prescribe: "Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo". El artículo 1972 ídem, prescribe: "En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de imprudencia de quien padece el daño". Se encuentra en las disposiciones del Perú, tanto el riesgo como el peligro y no únicamente de la cosa, sino también de la actividad. La doctrina de este país para referirse a los adjetivos de riesgo y peligro, concluye: "Por consiguiente, desde el punto de vista estrictamente lingüístico no existe mayor diferencia entre ambos adjetivos. La reiteración parece obedecer

más bien al deseo del legislador de que no quede duda que todo aquello que genere la proximidad de un daño esté sujeto a la responsabilidad objetiva".<sup>18</sup>

El artículo 1113, modificado por la ley 17.711 de 1968 del código civil de Argentina, prescribe: "(...) En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable". Puede verse que no se contempló expresamente la responsabilidad por riesgo de la actividad, únicamente de la cosa o por ella, pero la reforma que está a punto de convertirse en ley de la república, además de referirse a la cosa riesgosa, se refiere también a la actividad riesgosa.

El artículo 104 del código civil de Cuba, define qué es el riesgo de la siguiente manera: "Las actividades que generan riesgo son actos lícitos que por su propia naturaleza implican una posibilidad de producir daño o perjuicio". El artículo 105 ídem relaciona las actividades del transporte terrestre, marítimo o aéreo, la sustancias radiactivas, los hidrocarburos y el combustible como actividades y cosas riesgosas. El artículo 106 ídem, prescribe: "En los casos señalados en el artículo anterior sólo exime de responsabilidad la prueba de que los daños o perjuicios se produjeron como resultado de una acción u omisión intencional o imprudente de la víctima".

El artículo 1908 del código civil de España, prescribe: "Igualmente responderán de los daños causados: 1. Por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia, y la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado. 2. Por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades. 3. Por la caída de árboles colocados en sitio de tránsito, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor. 4. Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, construidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuvie-

sen". La más autorizada doctrina de este país, concluye que este artículo consagra la responsabilidad objetiva o por riesgo<sup>19</sup>.

El artículo 1808 del código civil de Puerto Rico, hace una transcripción textual del artículo 1908 del código civil de España.

La actividad automovilística no ha sido ajena a la responsabilidad por riesgo. Se dijo anteriormente que la actividad automovilística se ha convertido, después de los accidentes laborales, en la segunda fuente de daños y podría decirse que de todas las actividades calificadas de riesgosas, la automovilística es la más acentuada, la más general y a la que más están expuestas un significativo número de personas en todo el mundo. De ahí la preocupación constante por determinar un mecanismo eficaz para lograr que la indemnización a las víctimas sea una realidad y de paso morigerar el drama de la siniestralidad vial. En algunos países se recurre a las reglas propias de la responsabilidad por el hecho de las cosas para fundar la responsabilidad por daños ocasionados en accidentes de tránsito, en otros, el caso de Colombia, se recurre al concepto de peligrosidad de la actividad, pero las legislaciones que desde pretérita época se ocupan de regular la responsabilidad civil que surge de los accidentes de tránsito de manera autónoma y especial siempre la fundamentan con base en la teoría del riesgo.

Países como Alemania mediante las leyes de 3 de mayo de 1909 y 19 de diciembre de 1952 y España mediante la Ley 30 de 1995 y el Real Decreto 7 de 2001 regulan expresamente la responsabilidad originada en los accidentes de tránsito y la fundamentan en el riesgo. Puede decirse que estamos en presencia de la segunda colonización española: la jurídica y allí la responsabilidad que surge de los accidentes automovilísticos está fundada en el riesgo. Otros países se han dado a la tarea de regular en sus códigos civiles específicamente la responsabilidad civil originada en accidentes de tránsito. Así, el artículo 503 del código civil de Portugal, el artículo 2054 del código civil de Italia y los artículos 104 y 105 del código civil de Cuba fundamentan la responsabilidad proveniente de los accidentes de tránsito, exclusivamente en el riesgo. De esta manera existe un progresivo

avance hacia la tipicidad de la responsabilidad civil proveniente de accidentes de tránsito. Pero otros países, aunque no han regulado mediante leyes especiales la responsabilidad civil proveniente de accidentes de tránsito o no han hecho mención expresa en sus respectivos códigos civiles, fundamentan la responsabilidad civil proveniente de accidentes de tránsito, en el riesgo, bien sea de la cosa o de la actividad. En Argentina, se fundamentan en el artículo 1113 del código civil el cual atribuye como causa de determinados daños, el riesgo o vicio de la cosa. La doctrina de este país, ha concluido: "Desde 1980 y por influencia de las conclusiones de la doctrina, en las soluciones jurisprudenciales se fue generalizando la opinión respecto de la aplicación de la teoría del riesgo a todo daño ocasionado por la intervención de automotores, considerándose a estos como cosas riesgosas".<sup>20</sup> La misma solución se aplica en el Perú, con fundamento en el artículo 1970 del código civil. Prescribe este artículo que mediante bienes riesgosos o peligrosos o por el ejercicio de actividades riesgosas o peligrosas, se puede ocasionar daño. La doctrina de este país, ha concluido: "Queda así claro que en la mente de nuestros juzgadores, el automóvil y, en general, los medios de locomoción impulsados por máquinas, son cosas peligrosas y que la circulación automotriz es una actividad riesgosa. Por consiguiente, los daños que resulten de estas cosas peligrosas o por el ejercicio de estas actividades riesgosas, están sujetos al principio de la responsabilidad objetiva que consagra el artículo 1970".<sup>21</sup>

Desde el punto de vista positivo se tiene la evolución que ha experimentado la responsabilidad por riesgo. Se pretendió inicialmente que se constituyera en principio general y fundamento de la responsabilidad civil, luego se tipificó en casos delimitados y específicos y en la actualidad, al lado de la culpa, se constituye también en principio común de la responsabilidad civil, no en fundamento porque se vio al inicio de este trabajo, que tanto la culpa como el riesgo no son más que criterios de imputación, uno subjetivo, el otro objetivo. El fundamento de la responsabilidad civil está en el daño, al menos es la concepción moderna del derecho de daños.

<sup>19</sup> DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo. Tratado de Responsabilidad Civil. Civitas. Madrid. 1993 pp. 575 y siguientes. ENCARNA ROCA. Derecho de daños. Valencia. 2 edición. Tirant Lo Blanch. 1998. pp. 227. SANTOS BRIZ, Op. Cit., p. 847 y siguientes.

<sup>20</sup> MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ. La responsabilidad Civil en la era tecnológica. Abeledo Perrot. Buenos Aires. p. 61.

<sup>21</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Op. Cit., p. 107.

<sup>17</sup> ESTRADA CASTRO, Álvaro. Responsabilidad patrimonial del estado. 2° ed. México. Porrúa. 2.000. pp. 202 a 206.

<sup>18</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La responsabilidad extracontractual. 5° ed. T. I. Bogotá. Temis. p. 99. 1999.

## 7. Otras disciplinas que se han ocupado del riesgo

No únicamente el riesgo es visto por el derecho civil para fundamentar el deber de responder, el derecho penal también se ocupa de él. La teoría alemana de la imputación objetiva trata el tema de la determinación de las propiedades objetivas y generales de un comportamiento imputable, es decir, de las propiedades objetivas generales de la conducta punible. Como condición para que se pueda dar la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un riesgo creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo y ese riesgo se ha realizado en el resultado.

La creación de riesgos jurídicamente desaprobados permite inferir la imputación al tipo objetivo y las conductas desarrolladas dentro del límite del riesgo permitido no son objeto de reproche penal. El artículo 25 del Código Penal Colombiano acoge esta teoría. Se requiere que al agente se le haya encomendado como garante de la vigilancia de una determinada fuente de riesgo conforme a la Constitución o a la ley. El mismo artículo prescribe cuatro casos constitutivos de posiciones de garante: 1. Cuando se asuma voluntariamente la protección de real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio. 2. Cuando existe una estrecha comunidad de vida entre personas. 3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas. 4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente. Estas últimas cuatro situaciones sólo se tienen en cuenta para conducta punibles que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual y la libertad y formación sexuales.

La sociología moderna también dedica gran parte de su trabajo al estudio del riesgo. Autores de la talla de Anthony Giddens, Niklas Luhmann, Ulrich Beck, Mary Douglas, analizan cuál es el impacto en la sociedad de la tecnología, la ciencia y el avance científico. Con la modernidad, obligatoriamente los hábitos y costumbres cambian y ello conlleva repercusiones positivas y negativas para la sociedad. El estudio que

hacen los sociólogos del riesgo no está referido a un caso concreto y la forma cómo se debe indemnizar, sino al impacto global y las repercusiones que conlleva para la humanidad a tal punto que concluyen: “consecuencias perversas de la modernidad”.

## 8. Criterios de riesgo

En la evolución de la vasta teoría del riesgo se han conocido distintos criterios, unas veces para imputar responsabilidad, otras veces para exonerar de responsabilidad dependiendo de la actividad que se ejerza y otras veces como simple criterio diferenciador, pero la doctrina, la legislación y la jurisprudencia se han referido a ellos.

**Riesgo integral.** En un principio, los partidarios de la teoría del riesgo abogaban por una responsabilidad, bastando para ello el daño y la causalidad entre el daño y la actividad del causante del daño, la culpa era indiferente y daba lo mismo que existiera o no existiera. Se conoció de esta manera el criterio del riesgo integral, abstracción hecha de toda idea de culpa y sólo bastaba la causalidad material entre el daño y la actividad del causante para ser garante de la indemnización.

**Riesgo provecho o beneficio.** Quien instala una empresa y se aprovecha de sus beneficios y utilidades está obligado a indemnizar el daño ocasionado a las víctimas de los daños ocasionados dentro del giro ordinario de su empresa. Pero no únicamente quien instala una empresa está obligado por el criterio del riesgo provecho, todo aquel que de su actividad, cualquiera sea, obtiene provecho y causa daño, está obligado a indemnizar<sup>22</sup>.

**Riesgo creado.** Se recurrió entonces al criterio de riesgo creado donde la imputación de la responsabilidad no estaba dada por el beneficio o provecho, sino por la actividad del hombre. Así, el que cree un riesgo cualquiera, sin tener en cuenta si le reporta beneficio o no y consecuencia de ese riesgo se produce un daño, asume la obligación de indemnizarlo sin indagar por la culpa.

**Riesgo profesional.** Se llama riesgo profesional al riesgo propio de la actividad laboral y con ella se causa daños a los trabajadores, bien a través de un

accidente laboral o de una enfermedad profesional. Este criterio de riesgo tuvo su génesis en Francia mediante la ley del 9 de abril de 1998 y a partir de esa fecha se dio todo un desarrollo del tema, pasando por el riesgo de autoridad que en la actualidad se conoce en el mundo como seguridad social obligatoria. En Colombia concretamente la regula la Ley 100 de 1993 e innumerables decretos que la reglamentan y el tema de los accidentes de trabajo se conoce como Riesgos Profesionales.

**Riesgo de desarrollo.** El llamado riesgo de desarrollo tiene relación directa con los productos elaborados y puestos en circulación. Cuando ocurre un daño por un producto puesto en circulación, se indaga si en el momento de ser puesto en circulación, dado el adelanto científico y técnico de la época era posible advertir la nocividad potencial. No se trata en este caso de la responsabilidad por productos elaborados puestos en circulación, la cual se admite que es objetiva y tiene relación directa con defectos de fabricación. Tampoco se trata de productos bien elaborados, ajustados a las normas técnicas y científicas, pero por descuido en el mantenimiento, manejo o consumo por parte del consumidor se presenta el daño. El dilema que se presenta es saber quién carga con el daño producido por el llamado riesgo de desarrollo, ¿el fabricante que puso en circulación el producto ceñido a las más estrictas normas técnicas y científicas de la época o el consumidor que asistido por igual convencimiento adquiere el producto, pero la causa del daño posteriormente fincó su génesis, no en un defecto de fabricación, sino en un estado de mejores conocimientos científicos y técnicos?

**Riesgo social.** El daño proveniente del llamado riesgo social tiene su génesis en la misma sociedad, así se desconozca al autor, pero el estado, por razones de solidaridad e igualdad entra a asumir en todo o en parte la reparación de ese daño. Obvio que no se trata de todos los daños padecidos. El ser humano por naturaleza es desigual, pero ante la estructura organizativa estatal y en el plano de los derechos y deberes, el ser humano es igual o al menos ese es el ideal de todo estado social y democrático de derecho. Se pasa así de una justicia conmutativa a una justicia distributiva.

**Riesgo de empresa.** Se conoce con este nombre los riesgos propios de la actividad empresarial. En un principio estuvo relacionado con el llamado ries-

go provecho o riesgo beneficio para lograr la indemnización de los trabajadores víctimas de accidentes laborales. Más adelante, se amplió a todos los daños típicos de la actividad empresarial, tales como: los accidentes laborales conocidos desde un principio, daños al medio ambiente y daños a los consumidores, estos conocidos modernamente como responsabilidad por productos elaborados.

**Riesgo del aire.** Hasta el año de 1974, en Colombia la víctima de accidente aéreo asumía los riesgos propios del transporte. De esta manera la responsabilidad del transportador aéreo era de prudencia y diligencia y sólo bastaba que probara diligencia y cuidado para exonerarse de responsabilidad donde prácticamente los riesgos del aire eran asumidos por el pasajero. El avance tecnológico y científico relacionado con la aviación permitió predecir, prevenir y afrontar con seguridad los riesgos del aire, lo que permite que la obligación del transportista aéreo sea de resultado, asume el riesgo del traslado aéreo y no lo exonera la fuerza mayor (art. 1003 C. Co.).

**Riesgo aceptado.** Expuesta por Josserand para explicar la situación del ocupante de un coche a título gratuito que conociendo los riesgos se exponía voluntariamente. Inicialmente en el transporte a título gratuito el pasajero que resultara víctima de un accidente no podía invocar la responsabilidad a causa de las cosas del artículo 1384, en esas circunstancias debía invocar la responsabilidad de derecho común o por culpa del artículo 1382 por el simple hecho de exponerse voluntariamente al riesgo que de antemano conocía. Ante la crítica por considerar que se trataba de una supuesta renuncia tácita de la víctima a la protección legal y a la indemnización, posteriormente se admitió y se admite que en el transporte a título gratuito el pasajero víctima de un accidente invoque la responsabilidad a causa de las cosas que consagra la primera parte del artículo 1384 del código civil Francés. El consejo de Estado Colombiano ha argumentado la teoría del riesgo aceptado en el caso de que se aborde un vehículo a sabiendas del estado de alicoramiento del conductor, no lo suficiente como para exonerar de responsabilidad, pero sí para reducción de perjuicios.<sup>23</sup>

También se habla de riesgo aceptado en el ejercicio de la medicina y profesiones afines. Se tiene aceptado a nivel mundial que el paciente antes de ser sometido a un acto quirúrgico tiene el derecho a ser

<sup>22</sup> MAZEAUD-TUNC. Op., Cit. t. I. v. II.

Dicen que el término provecho en su sentido amplio se confunde con el criterio del riesgo integral, porque en cualesquiera actividad desarrollada por el hombre, siempre va insito un provecho. Los partidarios de la teoría del riesgo provecho se refieren a quien “especula económicamente” y con ello su teoría únicamente tiene aplicación en ciertas categorías de la responsabilidad civil. De esa manera, el criterio de riesgo provecho no puede constituirse en principio de la responsabilidad civil.

<sup>23</sup> Consejo de Estado. Sentencia 13 de Septiembre de 2.001. Expediente 12487. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

informado y manifestar su asentimiento, salvo contadas excepciones, acerca de los riesgos previsibles que puedan generar daños. En estas circunstancias se dice que el paciente acepta los riesgos previstos y en el caso de producirse un daño, el profesional queda exonerado de responsabilidad civil y penal. Pero el hecho de que el paciente acepte el riesgo previsto no significa que el profesional de la medicina quede exonerado también de responsabilidad si el daño se ha producido por su culpa o dolo, aunque se trate de riesgos previstos.

**Riesgo previsto.** Precisamente por evidenciar el ejercicio de la medicina Innumerables riesgos, unos de común ocurrencia o previstos, otros de escasa ocurrencia o imprevistos, al paciente le asiste el derecho a ser informado de los primeros y de las consecuencias adversas que previsiblemente podrían derivarse, y el derecho a asentir o disentir, salvo que el paciente esté en imposibilidad de hacerlo, caso en el cual el asentimiento o disentimiento será dado por sus familiares o allegados. Si manifiesta su asentimiento por ende acepta los riesgos, si disiente en la información, de todas maneras será informado de las consecuencias de rechazar la realización del tratamiento o intervención. Si fue intervenido o sometido a tratamiento sin haber sido informado de las consecuencias de los riesgos previstos o habiendo sido informado no manifestó su asentimiento y como consecuencia de la intervención o tratamiento se ocasionó un daño, el profesional de la medicina será responsable civilmente, aunque el daño se haya ocasionado dentro de los llamados riesgos previstos.

**Riesgo permitido.** Expuesto desde el punto de vista penal por la teoría de la imputación objetiva. "Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto<sup>24</sup>. Se está dentro del riesgo permitido por: la disminución del riesgo, falta de creación del peligro, estar dentro del principio de confianza y de esa manera la conducta no es punible. También se dice que mientras una persona ejerza una actividad catalogada de riesgosa, observando las reglas y normas para el ejercicio de la

misma, ejerce un riesgo permitido. Verbigracia, vehículos automotores, empresas de gas, empresas de combustible, empresas de energía eléctrica etc.

**Riesgo de la propiedad.** Colin y Capitant al referirse al "descubrimiento" de la primera parte del artículo 1384, lo hicieron en los siguientes términos:

Pero he aquí que se fijaron en un párrafo de una frase durante largo tiempo desconocido. Se le aisló, se le dio un significado y un alcance absolutos; se dedujo de él la solución de que el código consagraba el principio del riesgo de la propiedad en materia de accidentes producidos por una cosa inanimada, riesgo de que el propietario no podría ser librado ni por la prueba del caso fortuito<sup>25</sup>.

En el derecho francés, inicialmente el responsable por el hecho de las cosas fue el guarda jurídico, generalmente el propietario, posteriormente y en la actualidad el responsable es el guarda material, que no siempre es el propietario de la cosa.

**Riesgo tecnológico.** El riesgo tecnológico es denominado por la doctrina<sup>26</sup> como aquél que supera en creces al simple riesgo de vivir en sociedad, pero producido el daño, las consecuencias son de magnitudes insospechadas, que puede abarcar poblaciones enteras, desaparición de razas, delimitaciones territoriales extensas, incluso, hacer imposible la indemnización de perjuicios. En el prólogo a la edición española de la obra de Patrick Lagadec, Antonio Figueruelo Almazan se refiere al riesgo tecnológico en los siguientes términos:

El progreso técnico del hombre ha superado desde hace tiempo su capacidad de dominio sobre el proceso desencadenado. Las máquinas, las técnicas, los nuevos materiales y procedimientos, obedientes insensibles a las reacciones físico-matemáticas de las leyes de la naturaleza dominadas por el hombre, dependen, no obstante y como suprema paradoja de la imprevisibilidad del propio hombre, de sus humores y reacciones psíquicas, de esa línea ondulada que representa en último término su conducta. El ser humano afortunadamente no podrá nunca responder en términos fríamente matemáticos: esto quiere decir que los ingenios, materias y procedimientos surgidos de su lógica e

inventiva, al depender en definitiva de su genio oscilante, pueden resolverse peligrosamente en el momento menos pensado.

Este es el gran riesgo tecnológico a que nos ha abocado el proceso de la vida moderna.<sup>27</sup>

La energía nuclear, los gases, los hidrocarburos, el sector químico, y comienza su arribo la biotecnología y la Bioética, son todos agentes con los cuales se pueden ocasionar daños a personas o a bienes, no individualmente, sino de manera colectiva, en grandes proporciones al igual que el desencadenamiento de una fuerza bruta de la naturaleza, un desastre natural como ya se ha visto, desaparecen poblaciones enteras y a nadie hay que indemnizar o el efecto contrario, desde el punto de vista económico, es imposible indemnizar a las víctimas.

**Riesgo catastrófico.** Con consecuencias similares a las del riesgo tecnológico, pero con causa diferente, se encuentra el riesgo catastrófico. La fuente de riesgo ya no se centra en el mismo ingenio del hombre, en su inventiva y progreso, sino en la misma naturaleza. La doctrina se refiere así a los riesgos catastróficos: "La naturaleza de vez en cuando desata sus fuerzas y se encarga de recordarnos nuestra frágil debilidad pese al alto grado de civilización alcanzado por la humanidad. Basta un estornudo de GAIA en forma de terremoto, huracán, inundación o fenómeno similar para devolvernos a la noche de los tiempos en la que el hombre no dominaba la naturaleza, encontrándose a merced de sus fuerzas"<sup>28</sup>.

**Riesgo excepcional.** En la responsabilidad extracontractual del estado se llama riesgo excepcional a uno de los tantos criterios objetivos de imputación. El riesgo excepcional tiene su origen en el derecho Francés, pero en el fondo no es más que la aplicación de la teoría del riesgo, agregando el calificativo de excepcional, para decir que es una carga excepcional que el administrado no tiene por qué soportar.

## 9. Pro y contra de la teoría del riesgo

Si bien la teoría de la responsabilidad por el hecho de las cosas fue aceptada sin mayores problemas, no ocurrió lo mismo con la responsabilidad por riesgo, la que originó los más fuertes debates y divisiones y para contrarrestar su operancia en el mundo

jurídico una pléyade de juristas, entre ellos Marcel Planiol, George Ripert, Henry Capitant, Ambrosio Colin y los hermanos Henry y León Mazeaud esgrmieron sus argumentos para fundamentar que la teoría del riesgo era inconveniente, inútil y perniciosa al ver que el fundamento mismo de la responsabilidad civil estaba en juego. Josserand y Saleyilles recibieron el calificativo por parte de Henry Capitant como los síndicos en la quiebra de la culpa. Pero la más fuerte crítica y arremetida en contra de la teoría del riesgo fue recogida y expuesta por los hermanos Mazeaud. Estuvo tan agudizada la división entre los partidarios de la culpa y los partidarios del riesgo, que se expusieron argumentos en favor de la culpa, se expusieron argumentos en favor del riesgo, se expusieron argumentos en contra del riesgo, se expusieron argumentos para contrarrestar los argumentos en contra del riesgo, se expusieron argumentos eclécticos y en la actualidad, lejos de acentuadas discusiones, se acepta como principio general que se es responsable también, cuando a causa de las cosas riesgosas o en ejercicio de actividades riesgosas, se causa un daño. Por la limitación, se exponen únicamente las críticas que se hacen a la responsabilidad por riesgo y cómo se contrarrestan. El lector puede concluir que ninguna de las críticas, en un principio lanzadas en contra de la responsabilidad por riesgo, en la actualidad puede servir de base para los detractores.

1. Equidad. Dicen los partidarios de la culpa que no puede haber nada más inequitativo que obligar a indemnizar a quien ha obrado sin negligencia ni imprudencia, lo que Planiol denomina "injusticia social". Se responde. Es indiscutible que la equidad ha sido una de las banderas de los partidarios del riesgo y de esta manera, dicen, es equitativo que las consecuencias dañosas recaigan sobre el autor del daño y no sobre la víctima que simplemente a ejercido un papel pasivo. En la actualidad, para la exoneración de responsabilidad por riesgo, no basta probar la diligencia y prudencia porque la imputación no se hace desde el punto de vista de la culpabilidad (culpa), es únicamente a través de causa extraña que se exonera de responsabilidad. Esta misma fórmula se aplica en Colombia para las actividades peligrosas y desde este punto de vista no tiene cabida referirse a la Equidad para concluir que es in-

<sup>24</sup> ROXIN, Claus. Op. Cit., p. 363.

<sup>25</sup> COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henry. Curso elemental de derecho civil. Tomo 3. Madrid. Reus. 1924. p. 785.

<sup>26</sup> LAGADEC, Patrick. La civilización del riesgo (catástrofes tecnológicas y responsabilidad social). Madrid. Ed. Mafre. 1983. Título original: La civilisation du risque. Traducción de: Luis Pardo Batiste.

<sup>27</sup> Ibid. p. VII.

<sup>28</sup> JORDANO FRAGA, Jesús. La reparación de los daños catastróficos. Madrid. Marcial Pons. 2.000. p.

- equitativo obligar a indemnizar a quien ha obrado sin negligencia ni imprudencia.
2. El aspecto moral propuesto por los partidarios del riesgo tuvo su acogida con los accidentes de trabajo. Expusieron que no había nada más in-moral que condenar a un obrero a la miseria absoluta, sin empleo y sin recursos, después de haber sufrido un accidente y no poder lograr ser indemnizado, simplemente porque no pudo probar la culpa de su patrón. En este punto los Mazeaud encuentran consenso y afirman que ante la moral y la equidad la teoría del riesgo encuentra justificación y de esta manera, la culpa y el riesgo poseen un elevado fundamento moral, ninguna logra ventaja sobre la otra.
  3. El juez tiene necesidad de nociones precisas y no de nociones de aspecto filosófico o económico de contornos mal definidos. Los tribunales no renunciarán a la culpa para lanzarse hacia lo desconocido de la teoría del riesgo. Se responde. Si el riesgo no ofrece un principio definido, igual defecto se puede atribuir a la culpa. Henry Capitant, en el prefacio a la primera edición de la obra de los hermanos Mazeaud, se pregunta ¿qué es, pues, la culpa? Para responder, argumenta: "Noción fugitiva que resulta tan difícil de aprisionar en una fórmula y que, no obstante, responde a algo real; puesto que, cuando se le dice a cualquiera: "la culpa es suya", cada cual comprende lo que eso significa. Existen así, en el derecho como en todos los órdenes de investigaciones, algunas ideas esenciales que se resisten a la definición"<sup>29</sup>.
  4. Es imposible proclamar ilimitadamente que quien obra sin culpa pueda ser responsable porque no se sabe hasta donde llevaría la aplicación de tal regla, pero es posible admitir la teoría del riesgo en esferas muy delimitadas por el legislador. Se responde. Se vio anteriormente que ya no se legisla en materias precisas y específicas en torno a la responsabilidad por riesgo, en la actualidad, el legislador lo hace de manera abierta sin concretarla a materias precisas y hasta tiene su aplicación por la jurisprudencia. Así lo hace el Consejo de Estado Colombiano.
  5. La teoría del riesgo se neutraliza por sí misma, en cierto modo se devora a ella misma, simplemente porque la víctima también no sólo creaba riesgos, sino que los asumía por su actividad. Se responde. Para calificar una actividad o cosa de riesgosa no es con el simple riesgo de vivir en sociedad. El riesgo que califica una actividad o cosa de riesgosa es aquel que se encuentra por encima de los estándares medios, el que está por encima del riesgo vital ordinario o aquel riesgo desfasado del simple riesgo de vivir en sociedad. En un acápite de este trabajo se hizo alusión a los criterios para determinar el riesgo plus por encima del riesgo normal.
  6. Admitir la teoría del riesgo sería paralizar toda iniciativa porque expondría al hombre a un sinnúmero de responsabilidades y en esa circunstancia nadie se atrevería a crear empresa. Se responde. Las actividades en el mundo que son catalogadas de riesgosas han marcado un avance significativo y no porque se fundamenten en el riesgo han permanecido estáticas o su avance haya sido lento. Antes por el contrario, las empresas se han multiplicado, las autopistas y vehículos se han multiplicado, el transporte aéreo se multiplicó, las comunicaciones y la informática se multiplicaron y la ciencia no hecha marcha atrás a tal punto que no demoran en clonar al ser humano.
  7. Admitir la teoría del riesgo sería retroceder a la época primitiva, a los tiempos bárbaros de la ley Aquilia, donde únicamente se atendía a la materialidad, al hecho en sí y la mera causalidad sin considerar la conducta del causante del daño. Se responde. La responsabilidad por riesgo no atiende únicamente a la materialidad o al hecho en sí mismo porque desde el punto de vista procesal el demandado cuenta con los medios de defensa adecuados, esto es, se exonera si demuestra causa extraña (Fuerza mayor o caso fortuito, hecho exclusivo de la víctima o hecho exclusivo de tercero). Ocurrido el daño, el causante del mismo puede destruir el nexo de causalidad probando causa extraña, porque si fuera como lo plantean los detractores del riesgo, ni la causa extraña liberaría de responsabilidad.

<sup>29</sup> Prefacio a la primera edición de la obra "Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil" de los hermanos Mazeaud. *Ibid.* 8.

## 10. Responsabilidad por riesgo en Colombia

Aceptado como está, que el código civil en materia de responsabilidad civil extracontractual se fundamentó en la tesis netamente subjetivista de la culpa y digo se fundamentó porque si el legislador viviera en los tiempos actuales, la redacción no sería la misma, no ocurre lo mismo con la jurisprudencia y la doctrina, que gracias a ella se ha permitido poner al tanto el derecho con los tiempos modernos. Impensable sería concebir un derecho de la responsabilidad civil concretada a los veinte artículos del código civil Colombiano o en Francia a únicamente cinco artículos del código civil. ¿Cómo, entonces, ha evolucionado el instituto de la responsabilidad civil tan vertiginosamente con normas que datan de 1804 en Francia y 1873 en Colombia? Ya lo advertía Josserand: "La historia de la responsabilidad es la historia y es el triunfo de la jurisprudencia, y también, en ciertas medidas, de la doctrina. En términos más generales, es el triunfo del espíritu, del sentido jurídico"<sup>30</sup>. Los jueces han sido el alma del progreso jurídico, los artífices laboriosos del derecho nuevo contra las fórmulas caducas del derecho tradicional, anota el distinguido jurista. O, ¿de qué otra manera, ante una legislación exigua y anacrónica se ha permitido el avance y evolución al punto de estar al tanto con la realidad social, me pregunto?

En Colombia, al igual que en la mayoría de países, ha sido la jurisprudencia y la doctrina la encargada de jalonar el crecimiento vertiginoso del derecho de daños y estar al tanto de la realidad social. Para mirar la evolución que ha tenido la responsabilidad por riesgo en el ámbito nacional, se hace menester desde dos puntos de vista: la jurisprudencia y la doctrina. No se hace referencia a la legislación por lo limitado del trabajo.

## 11. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se refirió por primera vez a la teoría del riesgo en

el año de 1937 en sentencia del 5 de agosto.<sup>31</sup> Se dijo que quien crea un riesgo debe sufrir las consecuencias de su realización, cuando perjudica a otro, abstracción hecha de toda culpa cometida. En el año de 1938, con ponencia del magistrado Ricardo Hines-trosa Daza, se argumentó que el Artículo 2356 del Código Civil contiene una presunción de responsabilidad y no una presunción de culpabilidad, desvirtuable mediante la prueba de causa extraña.<sup>32</sup> Se convertía para esta época el riesgo creado como fundamento de la responsabilidad civil por los daños causados en el ejercicio de actividades peligrosas. Esta corriente jurisprudencial permaneció hasta el año de 1946, pero bajo la perspectiva de que el fundamento de la responsabilidad por actividades peligrosas, es el riesgo. Mediante sentencia de mayo 15 de 1946 la Corte abortó la posición que traía y dijo que jamás acogió la presunción de responsabilidad o de culpa, simplemente limitó las decisiones anteriores a plantear una inversión de la carga de la prueba y el principio de la culpa sigue siendo fundamento de la responsabilidad civil en Colombia. Se argumentó además, que el artículo 2356 del C.C. regula la responsabilidad de actividades caracterizadas de peligrosas y con el objeto de atenuar las cargas probatorias del sistema de responsabilidad subjetiva, supone la existencia de la culpa, susceptible de destruirse con la prueba de diligencia y cuidado.

De aceptarse la presunción de responsabilidad, es aceptar abiertamente la teoría del riesgo. Claro que la aceptación expresa de la teoría del riesgo por parte de la Jurisprudencia de la Corte en el año de 1937, únicamente duró hasta que en el año de 1940, se dispuso: "Cuando la Corte ha hablado de riesgo, en los fallos mencionados, no lo ha entendido en el concepto que este vocablo tiene en el sentido de responsabilidad objetiva, lo cual es claro y obvio, si se considera que en tales fallos se ha partido de la doctrina de la presunción de culpabilidad que por lo ya dicho es opuesta y contraria a la del riesgo creado".<sup>33</sup> En sentencia de agosto 31 de 1954,<sup>34</sup> desechando la teoría del riesgo, la Corte acepta la conveniencia de acoger en el futuro la tesis de la responsabilidad por ries-

<sup>30</sup> JOSSERAND. Del Abuso de los derechos y otros ensayos. Op. Cit., p. 86.

<sup>31</sup> Casación de 5 de agosto de 1937 G.J. Tomo XLV. p.420.

<sup>32</sup> Casación 14 de Marzo de 1938. G.J. Tomo XLVI. Número 1934 p.211.

<sup>33</sup> Casación 18 de Noviembre de 1940.

<sup>34</sup> Casación 31 de Agosto de 1954 G.J. Tomo LXXVIII. Número p.425.

go, bajo la condición de que el desarrollo social en Colombia se complique a tal punto que la proliferación de actividades peligrosas pueda rebasar los moldes de la responsabilidad subjetiva fundada en la noción clásica de culpa. A partir del año de 1946, excepto la jurisprudencia mencionada de 1954, la Corte ha sido uniforme en negar expresamente la aplicación de la responsabilidad por riesgo. En sentencia de 8 de mayo de 1969,<sup>35</sup> la Corte dispuso:

“Esta teoría de la responsabilidad objetiva, de origen alemán relativamente reciente y patrocinada por numerosos civilistas latinos, ha sido vigorosamente combatida por la mayoría de éstos últimos, algunos de quienes ven en ella un intento de retroceso del derecho occidental a sus más primitivas etapas en que la sanción pecuniaria de la compositio se imponía con la sola verificación del nexa físico entre el daño a la víctima y el hecho ajeno”.

Parece que desde el año de 1954 el desarrollo industrial, científico y tecnológico permanece estático y que no ha habido proliferación de actividades peligrosas, porque si la Corte en 1954 vaticinó la aplicación de la responsabilidad por riesgo condicionada a un futuro desarrollo social, lo cierto es que en pleno siglo XXI sus decisiones son idénticas a las proferidas en el año de 1954. En 1992<sup>36</sup> se dispuso:

“Que existe una presunción de culpa en quienes se dedican al ejercicio de actividades peligrosas. Considerando pues, que no es la víctima sino el demandado quien crea la inseguridad de los asociados al ejercer una actividad que, aunque lícita, es de las que implican riesgos de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños, enseñó que, en tales circunstancias, se presume la culpa en quien es agente de actividad peligrosa (...)”. “Esta construcción jurisprudencial no entraña aceptación de la teoría de la culpa objetiva o del riesgo creado, pues de un lado descansa en la existencia de culpa del demandado, aunque ésta sea presunta, y de otro, admite su exculpación que demostrando que el daño ocurrió por fuerza mayor, intervención de un tercero o por culpa exclusiva de la víctima”.

En sentencia de mayo 5 de 1999, se dispuso: “Ha puntualizado la Corte, que la regla del artículo 2356 del Código Civil apareja una presunción de culpa en contra de quien causa perjuicios con ocasión del ejercicio de aquellas actividades cuya ejecución entraña peligros o riesgos para las personas del entorno (...)”.<sup>37</sup> En reciente jurisprudencia, la Corte dispuso: “2. En Colombia, a pesar de la utilización más o menos esporádica del término “riesgo”, por la época en que afloró la teoría que lleva su nombre, la Corte Suprema ha insistido en que la responsabilidad civil extracontractual prevista en el código civil viene impregnada de las tesis subjetivas que entronizan la culpa como criterio fundamental de la responsabilidad”.<sup>38</sup>

A pesar del rechazo expreso de la responsabilidad por riesgo en la jurisprudencia de la Corte Suprema, en repetidas sentencias hace alusión indistintamente a la actividad peligrosa o riesgosa, todavía se maneja el temor fundado por parte de los partidarios acérrimos de la culpa en el sentido de que si se acepta expresamente la responsabilidad por riesgo es desnaturalizar la valoración ético jurídica de la conducta social de los individuos como principal criterio para juzgar su posible responsabilidad, criterio considerado como el avance más importante alcanzado en el derecho privado y celosamente defendido hasta nuestros días por el cristianismo y, en general, por el pensamiento espiritualista.<sup>39</sup>

Pero paradójicamente la Corte acepta expresamente la responsabilidad por riesgo creado en donde menos se esperaba que la aplicara; en la actividad bancaria y concretamente por el pago de cheques falsificados no imputables al librador. Con fundamento en el artículo 191 de la ley 46 de 1923, hacía responsable al Banco por el pago de un cheque falso o cuya cantidad se haya aumentado, salvo que el depositante no notificara al banco dentro del año después de que se le devolvía el comprobante del pago del cheque falso o la cantidad aumentada. Esta norma sirvió de base para que desde finales del año 1938 la corte profririera las primeras sentencias con fundamento en la teoría del riesgo y respecto del pago de cheques

falsificados. Pero en 1971 con la expedición del Código de Comercio se amplió el radio de defensa de la situación para los bancos al consagrar en los artículos 732 y 1391 que la culpa del cuentacorrentista, de sus dependientes, factores o representantes libra al banco de responsabilidad cuando hayan dado lugar a la adulteración. En este punto ha dicho la Corte:

Como la medida de responsabilidad de un banco por el pago de un cheque falso no se detiene en la culpa sino que alcanza el riesgo creado, no le basta el lleno de las precauciones habituales, sino que es preciso probar algún género de culpa en el titular de la cuenta corriente para que el banco quede libre. No interesa entonces la presencia o no de culpa del banco girado, pues por imposición legal este debe correr con el riesgo de esa actividad y concretamente con los riesgos derivados del pago de cheques falsificados o alterados, la que se reitera, es una responsabilidad objetiva, que se modera o elimina en los casos atrás mencionados<sup>40</sup>.

El Tribunal Superior de Medellín en sentencia de Octubre 23 de 2001 acogió en plenitud la teoría del riesgo para aplicarla en un caso donde una persona se intoxicó al ingerir una bebida gaseosa. Este fue el punto toral de la decisión referente a la teoría del riesgo:

“Responsabilidad objetiva fundada en el riesgo creado. La evolución de la teoría de la responsabilidad extracontractual se ha movido entre dos extremos: La responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva. En la actualidad y con el desarrollo de la industria, de las empresas y el avance de la tecnología, se despliegan fuerzas incontrolables con la producción masiva y mecanizada lo cual puede generar muchísimos daños a las personas, y resultar insuficiente una teoría de la responsabilidad basada simplemente en la noción clásica de la culpa subjetiva, es decir, de la culpa probada, o en la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas. Por lo anterior, se habla de la teoría del riesgo creado que presume responsabilidad en quien

crea un riesgo con su actividad, y de igual manera se alude al riesgo beneficio o riesgo provecho, que considera que no basta la existencia del riesgo sino que es necesario que el autor del daño obtenga un beneficio con esa actividad riesgosa.

La tesis del riesgo provecho, que es la llamada a ser aplicada en el asunto que se ha de resolver, no tiene consagración expresa en la legislación colombiana, sino que es creación jurisprudencial y analógica, y se apoya en el art. 2356 del C.C., como una analogía legis, por consagrar una hipótesis coincidente, en esencia, con la que presenta este evento. Además, lo dicho encuentra amplia acogida en la teoría general de la responsabilidad, como presunción de responsabilidad que debe ser desvirtuada por quien crea el riesgo y se aprovecha de él<sup>41</sup>.

Por lo limitado de este trabajo, no se hace comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Medellín. Lo importante es que a mi juicio, puede ser la primera sentencia proferida a nivel Nacional sustentada en el riesgo, después de las mencionadas por la Corte Suprema de Justicia.

## 12. Jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>42</sup>

La jurisprudencia del Consejo de Estado de manera expresa, clara y categórica aplica la teoría del riesgo, lo que conlleva a la responsabilidad por riesgo. Aunque lo llaman riesgo excepcional, en el fondo no es más que la aplicación de la teoría del riesgo. Aún en el año de 1976 el Consejo de Estado no admitía la responsabilidad por riesgo. “Conocido el criterio jurisprudencial, precisa concluir que el Consejo de Estado no ha reconocido la responsabilidad por riesgo y que cuando tangencialmente hace relación a tal figura, lo hace para relieves o destacar una falla o falta de servicio”<sup>43</sup>. En 1984 se comienza a aceptar la teoría del riesgo excepcional para aplicarla en los daños producidos por redes eléctricas. En 1989 se dice que según la teoría del riesgo excepcional el estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación

<sup>40</sup> Casación Julio 31 de 2001. Exp. 5831 M.P. Nicolas Bechara Simancas. Otras sentencias referente al tema: Casación del 29 de noviembre de 1976, 30 de septiembre de 1986, 24 de octubre de 1994 y 9 de septiembre de 1999.

<sup>41</sup> Tribunal Superior de Medellín. Octubre 23 de 2001. Ddte. Jairo Alonso Gómez Mejía. Ddo. Panamco Industrial de gaseosas. M.P. ROSA MARÍA ESCOBAR CAMARGO.

<sup>42</sup> En este tema puede consultarse la excelente obra del Dr. Javier Tamayo Jaramillo intitulada “La responsabilidad del Estado (riesgo excepcional y las actividades peligrosas. El daño antijurídico”. Temis. 1997. Segunda edición 2.000.

<sup>43</sup> C. de E. Sentencia 28 de octubre de 1976. C.P. Jorge Valencia Arango.

<sup>35</sup> Casación 8 de mayo de 1969 G.J. Tomo CXXX Números 2310, 2311, 2312 p.96. M.P. Guillermo Ospina Fernández.

<sup>36</sup> Casación 4 de junio de 1992. C.P. Carlos Esteban Jaramillo S.

<sup>37</sup> Casación 5 de mayo de 1999. Exp. 4978 M.P. Jorge Castillo Rugeles.

<sup>38</sup> Casación 22 de mayo de 2000 Exp. 6264 M.P. Jorge Santos Ballesteros.

<sup>39</sup> Casación 8 de mayo de 1969. *Ibid.* 35.

de un servicio, desarrollados en beneficios de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un "riesgo de naturaleza excepcional" que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio. Acota también la jurisprudencia que quien quiera que obtenga beneficios de una actividad generadora de riesgos, asume las cargas que de estos se deriven<sup>44</sup>.

En múltiples sentencias el Consejo de Estado se ha referido a las diferentes actividades que pueden enmarcarse y que son regidas por el régimen del riesgo creado. El transporte de explosivos, la demolición de edificios, la conducción de energía, la utilización de armas de fuego, vehículos automotores, entre otras, se rigen por la teoría del riesgo excepcional que no es otra cosa que la aplicación del riesgo creado. Si en un principio la aplicación de la responsabilidad por riesgo en la responsabilidad del estado se tornó inextricable y anfibológica toda vez que no se tenía claro a cuáles actividades se aplicaba, en la actualidad existe claridad al respecto y consenso unificado en la jurisprudencia del Consejo de Estado, para concluir:

"En conclusión, los daños provenientes de las redes eléctricas así como del uso de armas de fuego o la conducción de vehículos automotores son conceptos que no presentan diferencia alguna pues se trata de la creación de un riesgo excepcional por el ejercicio de actividades peligrosas, en cuyo caso la responsabilidad es objetiva y el estado sólo se exonera o se libera por medio de la prueba de una fuerza mayor, del hecho de un tercero o de culpa exclusiva de la víctima (Causa extraña)"<sup>45</sup>.

Puede concluirse con las sentencias del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia lo siguiente: Las actividades relacionadas con el transporte automotor, energía eléctrica, gas, armas de fuego, etc el Consejo de Estado fundamenta el deber de responder por los daños ocasionados, en el riesgo, mientras que la Corte Suprema de Justicia fundamenta el

deber de responder por daños ocasionados con las mismas actividades, en la presunción de culpa.

### 13. La doctrina

Podría decirse que la doctrina nacional se ha mostrado ajena al tema de la responsabilidad por riesgo, al menos son pocos los estudios que se han realizado, simplemente para hacer una enunciación en cuanto a su origen, aumentar las críticas existentes ya conocidas y negar rotundamente que semejante absurdo jurídico pueda tener eco en el panorama del derecho nacional. La mayoría de doctrina nacional está dirigida a tratar el tema de la responsabilidad por actividades peligrosas, porque a esa solución llegó la Corte Suprema de Justicia para atemperar la falta de norma expresa en el código civil que regulará la responsabilidad por el hecho de las cosas y era casi una herejía hablar de responsabilidad por riesgo ya que la culpa aún se dice, tiene su sustento en el cristianismo y en el pensamiento espiritualista y sólo quien ha cometido ese "pecado jurídico" llamado culpa, está obligado a indemnizar. Entre la poca doctrina existente se puede hacer referencia a la siguiente:

Ricardo Uribe Holguín. Acepta que el maquinismo ha derivado actividades peligrosas y por ende se ha producido un cambio fundamental de vida, pero no para que a la ligera se pretenda suprimir el criterio de la culpa so pretexto de que ya no sirve. Dice él, que de la premisa no surge la conclusión y los siguientes argumentos para sustentar suposición. 1. El problema de la responsabilidad civil es un problema ético y no exclusivamente económico o de patrimonios. 2. Los sostenedores de la teoría del riesgo no tienen clara la idea de qué es la culpa y la manera cómo se aplica el riesgo creado. 3. Utilizar la teoría del riesgo es retornar a la época más remota y bárbara del derecho romano en la que únicamente se tenía en cuenta la materialidad del hecho cometido sin tomar en cuenta la voluntad de la gente<sup>46</sup>.

Raimundo Emiliani Román. Se refiere a las críticas hechas por Mazeaud con respecto a que la responsabilidad civil no se fundamenta en la conducta

<sup>44</sup> C. de E. Sentencia 20 de Febrero de 1989.

<sup>45</sup> C. de E. Sentencia Septiembre 10 de 1998. C. PP. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10820.

<sup>46</sup> URIBE HOLGUÍN, Ricardo. Cincuenta Breves ensayos sobre Obligaciones y Contratos. Segunda Edición. Bogotá. Temis. 1979. pp. 203 a 207.

del causante del daño sino en la causalidad de las cosas, que su aplicación lleva a la inacción y a la parálisis del progreso. Para solucionar el problema de la concurrencia de riesgos hay que apelar a la culpa y la víctima también crea riesgos. Concluye:

De todo lo anterior el buen criterio deduce que la llamada teoría del riesgo creado carece de la estructura jurídica necesaria para poder desplazar y sustituir a la culpa como fundamento de la responsabilidad. A la postre, a pesar de su simplicidad inicial, termina siendo una confabulación insoluble de conceptos inextricables. Ella no ha sido acogida ni por nuestro código ni por nuestra jurisprudencia. La corte Suprema siempre la ha rechazado. Se dice que, pese a esto, existen determinadas consagraciones legales de ella para casos determinados y concretos. Se suelen citar al respecto la Ley de Accidentes de Trabajo, los Art. 2354, 2355, 2366 y 2267 del Código Civil, y los artículos 1827, 1830, 1831, 1391 y 1398 del Código de Comercio<sup>47</sup>.

De la normatividad mencionada anteriormente el autor dice que la de más clara aplicación de la teoría del riesgo es la ley de accidentes de trabajo pero se trata de una teoría distinta como es la del riesgo provecho y las demás tienen su fundamentación no en la teoría del riesgo sino en una presunción de responsabilidad<sup>48</sup>.

El profesor Javier Tamayo Jaramillo después de hacer un pequeño recuento del origen de la teoría del riesgo concluye que esta teoría ha sido condenada por los tribunales colombianos desde el año de 1940<sup>49</sup>.

Álvaro Pérez Vives. Se refirió a la teoría del riesgo de la siguiente manera:

En vano se ha pretendido por las fuerzas de la reacción echar atrás esta nueva doctrina. Ninguno de sus argumentos, por fuertes que parezcan, es suficiente a destruir la inconvencible base de justicia que sustenta la teoría del riesgo. No se ve por qué razón deba soportar el daño causado por una actividad peligrosa o riesgo creado para utilidad de una persona o entidad, la víctima que ninguna culpa tuvo en el accidente, mejor que el responsa-

ble de esa actividad dañosa o de ese riesgo nuevo. Puesto que alguien debe sufrir las consecuencias, no es justo que se pretenda exonerar de ellas a quien se beneficia con el riesgo, a quien negocia precisamente con la inseguridad de los demás. Ante dos inocentes, que ninguna culpa tengan en el acaecimiento del daño, es simple concluir que la víctima lo fue de la fatalidad. Pero cuando el daño es el producto del peligro creado por una persona para su lucro, entonces la situación varía fundamentalmente. No es lícito crear nuevos motivos de inseguridad sin que ello acarree a quien lo hace una nueva fuente de responsabilidad. El daño debe ser reparado, entonces, ineludiblemente, por quien, beneficiándose con él, lo ha creado y ha establecido la causa del perjuicio<sup>50</sup>.

Aunque está de acuerdo con la aplicación de la teoría del riesgo, este autor también está de acuerdo que se implante para casos concretos y en la medida de las posibilidades económicas y sociales ir poco a poco implantando una mejor equidad sobre tan difícil tema.

El profesor Gilberto Martínez Rave. Partidario de la Responsabilidad por Riesgo, dice él no es la solución para proteger y amparar el patrimonio del perjudicado y de la persona a quien se violenta o se desconoce un derecho. La Teoría del Riesgo al igual que la Teoría en la Falta en la Guarda o la Teoría de la Garantía son simples disquisiciones y rodeos para evitar llegar al mismo punto: El de la Responsabilidad Semiobjetiva o presunción de responsabilidad. Aboga por la implantación a nivel general, bien sea a través de la legislación o la jurisprudencia de las presunciones de culpa y presunciones de responsabilidad, como norma general, admitiéndole al demandado que se exonere de responsabilidad probando diligencia y cuidado o causa extraña, dependiendo de la clase de presunción. de esta manera se puede prescindir de criterios objetivos de imputación, entre ellos el riesgo, que en todo el espectro de la responsabilidad civil es simplemente una solución parcial al problema<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> EMILIANI ROMÁN, Raimundo. Fundamentación de la responsabilidad delictual civil. Bogotá. Hojas e ideas. 1993. pp. 102, 101.

<sup>48</sup> *Ibid.* p. 102.

<sup>49</sup> TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil. T. II. Bogotá. Temis. 1999. pp. 221 a 224 y 261.

<sup>50</sup> PÉREZ VIVES, Álvaro. Teoría General de las Obligaciones. Vol. II. Universidad Nacional de Colombia. 1951 p. 496.

<sup>51</sup> MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. Responsabilidad Civil Extracontractual. Décima edición. Bogotá. Temis. 1998. pp. 649 a 653.

La doctrina hasta ahora vista pasa desapercibida con la teoría del riesgo, y los autores que se refieren a ella es para realizar las mismas críticas que en un comienzo lanzaron los autores franceses, pero en capítulo anterior se concluyó que en la actualidad estas críticas carecen de fuerza para demeritar el privilegiado lugar que ocupa la responsabilidad por riesgo en el moderno derecho de daños.

Quizá, de toda la doctrina nacional MANUEL GUILLERMO SARMIENTO GARCÍA es quien abiertamente, hasta ahora, aunque someramente, hace un pronunciamiento expreso acerca de la aplicación de la teoría del riesgo en varios de los artículos que componen el capítulo de la responsabilidad civil extracontractual<sup>52</sup>. Dice, que nuestro ordenamiento civil, a medida que regula los lineamientos esenciales de la responsabilidad civil extracontractual, evoluciona progresivamente del concepto de culpa probada al concepto de riesgo creado. Del concepto de culpa probada que sólo sirve para fundamentar la responsabilidad directa por el hecho propio o personal, se pasa a la presunción de culpa para regular los casos de responsabilidad indirecta por el hecho ajeno, y por último la responsabilidad fundamentada en la noción de riesgo para regular los casos específicos de daños causados por las cosas, bien que se trate de cosas animadas o inanimadas. Explica cómo tiene aplicación la teoría del riesgo en algunos de los artículos ubicados dentro del capítulo de la responsabilidad civil extracontractual.

El artículo 2347 del Código Civil se fundamenta en la presunción de culpa y de no existir el inciso final de este artículo que a la letra reza: “cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”, no habría dificultad en afirmar que el régimen de responsabilidad establecido en el artículo 2347 se sustenta en la noción de riesgo<sup>53</sup>.

El artículo 2348 *ibidem* tiene su fundamento en la idea de riesgo, en el caso específico la ley no les permite a los padres descargar su responsabilidad acreditando ausencia de culpa, sino que les impone

de pleno derecho la obligación de indemnizar siempre y cuando el daño causado por el hijo menor provenga de mala educación o de hábitos viciosos. Dice este autor que el hecho de referirse la norma a “las culpas o los delitos cometidos por sus hijos menores” no afecta para nada la tesis propuesta ya que la norma se refiere a la responsabilidad de los padres y no de los hijos menores. El padre no responde porque haya incurrido en un error de conducta sobre la base de una culpa in vigilando, sino por el riesgo mismo que él asume como padre respecto del comportamiento desviado de sus hijos<sup>54</sup>.

El artículo 2354 regula la responsabilidad por daños causados por animales fieros o salvajes, es una responsabilidad objetiva o de pleno derecho y tiene su fundamento en el riesgo creado por el dueño o guardián y no se admitirá más prueba que la causa extraña<sup>55</sup>.

Los artículos: 2350, que regula los daños causados por la ruina de un edificio y 2355, que regula el daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, tienen fundamento en la noción de riesgo creado y se descarta por completo que se exonere de responsabilidad con la prueba de ausencia de culpa y únicamente para el artículo 2350 exonera de responsabilidad el caso fortuito. De igual manera en el artículo 2355 está excluido cualquier elemento subjetivo, para ser sustituido por la noción de riesgo como fundamento de esta clase de responsabilidad<sup>56</sup>.

Con respecto al artículo 2356 del Código Civil dice, a partir de 1938 sirvió para adaptar la norma a la realidad y acuñar el concepto de actividades peligrosas. Se mostró que la regulación del artículo 2341 era diferente a la planteada en el artículo 2356, contenía una presunción de responsabilidad, con fundamento en la noción de riesgo, correspondiendo al actor la prueba de una causa extraña. Hoy día, puede decirse que además de la presunción de responsabilidad consagrada en el artículo 2356 del Código Civil, esta disposición contiene un principio general que regula la responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas, con fundamento en la noción de riesgo,

<sup>52</sup> SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo. Estudios de Responsabilidad Civil. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2.002.

<sup>53</sup> *Ibid.* P. 230.

<sup>54</sup> *Ibid.* P. 231.

<sup>55</sup> *Ibid.* P. 232.

<sup>56</sup> *Ibid.* P. 232 y 233.

que vendría a sustituir el concepto de peligrosidad a que se refirió la Corte en 1938. Fundamenta su tesis en dos aspectos: el primero, los ejemplos que enumera el artículo 2356 son enunciativos y no taxativos y los ejemplos allí previstos, equivalen hoy día a los daños causados en la utilización de tecnologías modernas, la informática, rayos láser, naves espaciales, satélites de comunicación, etc: “Obviamente esta interpretación sólo es posible bajo una óptica dialéctica de la norma, que le imprime a ésta dinamismo, haciéndola evolucionar acorde con las nuevas situaciones y realidades que nutren de contenido vital el derecho”<sup>57</sup>. El segundo argumento para fundamentar su tesis, lo finca en la sustitución de la noción de peligrosidad, utilizada por la Corte de 1938 que tiene un carácter específico y limitado, por la de riesgo, en sus variantes de riesgo creado y riesgo provecho o beneficio, la cual posee una connotación más general. Actualmente nadie se atreve a dudar de la seguridad y eficacia del transporte aéreo, razón por la cual el riesgo que en un principio debió soportar el pasajero, posteriormente y en la actualidad lo asume el transportador, pero con todo y eso los daños causados por accidentes aéreos son alarmantes. Lo anterior lleva a la conclusión de que la peligrosidad de una actividad no deriva de su naturaleza, sino de los daños que efectivamente produzca. Acota este autor:

Siendo la peligrosidad de una noción que sólo puede ser calificada de tal al momento de producirse el daño, el fundamento de la responsabilidad consagrada en el artículo 2356 del Código Civil radica entonces en la noción de riesgo, es decir, en la posibilidad de la realización de un daño, cuya potencialidad depende, no de la peligrosidad de la actividad o de la cosa, sino del riesgo que se crea al ejercerla o al utilizarla, caso en el cual estamos frente a la variante del riesgo creado, o del provecho o beneficio que obtenemos de la cosa, que obliga a indemnizar todos los perjuicios causados por ésta, dando lugar a la teoría del riesgo-provecho o riesgo-beneficio<sup>58</sup>.

Para concluir con este autor, su pretensión es que se sustituya la noción de peligrosidad por el de riesgo como fundamento del artículo 2356 del Código

Civil para ampliar la responsabilidad a tal punto que regule en forma general aquellos daños producidos por todas las cosas inanimadas o con intervención de éstas. Aunado a lo anterior, el riesgo es el fundamento de la responsabilidad civil regulada por los artículos 2348, 2350, 2354 y 2355 del Código Civil. Concluye que la Teoría del Riesgo en el derecho colombiano ha sido objeto de trato discriminatorio en la doctrina y jurisprudencia y se ha dogmatizado en tal forma la idea de culpa como fundamento de la responsabilidad civil, que se ha convertido en mito y leyenda, pero ha llegado la hora de desmitificación, de abolir los dogmatismos jurídicos, de ver el derecho un poco más allá de los textos legales, de sustituir la frialdad de la ley por el calor de los hechos humanos y sociales que nutren de vida y contenido el mundo jurídico<sup>59</sup>.

#### 14. Conclusiones

1. Quienes afirman que no es posible fundar la responsabilidad civil extracontractual, en el riesgo, se equivocan, bien por desconocimiento del desarrollo que éste ha tenido y tiene en todo el mundo, ora por el desconocimiento que estamos en el siglo XXI, época distante de la era del pastoreo, de la manufactura familiar, donde el transporte se realizaba a lomo de mula y probar la culpa era fácil. Se torna inicua e inocua para la era moderna, del tecnicismo, de la industria y la ciencia. No se pretende, ni más faltaba, que la culpa desaparezca, ésta tiene que continuar como base de la responsabilidad directa (artículo 2341 C.C.) y del artículo 2347 *ibidem* aunque presunta, pero existen otras normas que perfectamente deben regirse por el riesgo, tales como los artículos 2350, 2353, 2354, 2355 y 2356 *ibidem*. Así, el concepto de Actividad peligrosa se desplaza por el concepto responsabilidad por riesgo
2. La teoría del riesgo entró al mundo jurídico desde 1897 y fue mirada con buenos ojos hasta por los partidarios de la culpa, debido a la dificultad para probarla en los accidentes laborales. ¿Si en esa época ya se advertía la dificultad de su prueba, será que el desarrollo técnico, científico e industrial ha permanecido inerte?

<sup>57</sup> *Ibid.* P. 239.

<sup>58</sup> *Ibid.* P. 241.

<sup>59</sup> *Ibid.* P. 242.

3. Con la aplicación de la responsabilidad por riesgo es fácil aplicar el principio de solidaridad del artículo 2344 del C.C. De esta manera, se abarca a todas las personas que intervienen en la creación del riesgo y han generado las condiciones para que el daño llegue a producirse. Verbigracia, si es en accidente de tránsito, quedan comprendidos: el conductor, el propietario del vehículo, la empresa afiliadora y hasta la empresa Leasing, porque entre todos crearon un riesgo. Así, la víctima no tiene que entrar a la tortuosa tarea de verificar quién tenía el control del vehículo, es decir, quién era el guardián de la actividad peligrosa como se utiliza en la actualidad. Más que nadie, el conductor ejerce la actividad riesgosa y se lucra de ella, el propietario se lucra de esa actividad riesgosa, la empresa afiliadora se lucra de esa actividad riesgosa y la empresa Leasing también se lucra de esa actividad riesgosa, pero no únicamente porque se lucran, sino porque crean el riesgo. Se forma así todo un engranaje, que en conjunto lleva a la creación del riesgo y éste al consecuente daño.
4. Con la aplicación de la responsabilidad por riesgo, se acaba de paso con la polémica existente acerca de que si el fundamento de la responsabilidad civil por el hecho de las cosas utilizadas

en actividades peligrosas es la culpa probada, la presunción de culpa o la presunción de responsabilidad. Nada de esa polémica, con la responsabilidad por riesgo se tiene lo siguiente: basta que un daño se produzca como consecuencia de una actividad o cosa catalogada de riesgosa, para que al demandado o demandados únicamente les quede como camino para exonerarse de responsabilidad, demostrar causa extraña. Si lo demuestran se exoneran de responsabilidad, en caso contrario habrá que declarar la responsabilidad. Basta mirar la normatividad foránea vista, para concluir al respecto. Allí no se habla de culpa, ni probada ni presunta, ni de presunción de responsabilidad.

5. Con la aplicación de la responsabilidad por riesgo, se mejora la situación para la víctima desde el punto de vista procesal, se hace más expedito y se allana el camino para que ésta llegue fácil al proceso sin tener que indagar casi a escondidas quién era el guardián de la actividad o cosa y en el proceso todos los demandados están en igualdad de condiciones. Con ello en nada desmejora la situación hasta ahora presente de quien causa el daño, porque las mismas causas que tipifican causa extraña continúan sin variación en la responsabilidad por riesgo.