

AUGUSTO RESTREPO G.

## RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

Si fuéramos a tratar de la Responsabilidad Civil únicamente nos podríamos atener hasta cierto punto a los preceptos de nuestro Código Civil en su libro 4o. que trata "DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL Y DE LOS CONTRATOS".

El artículo 1494 dice: "Las obligaciones nacen, ya del concurso de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos y convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasi-contratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia".

Más adelante el artículo 1502 establece los requisitos que se necesitan para que las personas puedan obligarse por actos o declaraciones de voluntad y nos dice: ". . . . 1o. que sea legalmente capaz; 2o. que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3o. que recaiga sobre objeto lícito; 4o. que tenga una causa lícita.

Además puede decirse que las obligaciones nacen: de un acto jurídico, de un acto lícito, de la ley o del enriquecimiento sin causa.

Pero en este estudio no veremos nada en concreto sobre la responsabilidad Civil Contractual. Nos proponemos seguir un estudio un poco aparte y nos sirve para tratar el tema que encabeza

estas páginas las conferencias que en el mes de Julio, de 1938 nos dictara el doctor Bernardo Echeverría.

Se nos habló en esas clases de la diferencia entre la Culpa Penal y la Culpa Civil, entre la objetiva y la subjetiva; nos habló del daño moral y del daño material. (Del precio vil y del pretium doloris). De la imposibilidad de la exención de la Culpa Grave, ya que nuestro Código Civil no permite de manera ninguna eximirse del dolo futuro. Nos habló de la evolución de la Noción Jurídica de la Culpa. Del abuso del Derecho, de su evolución. De la Teoría de las Culpas Negativas. Presunciones de Culpa y de las Presunciones de Responsabilidad. Criticó algunas de ellas. Trató también de la Teoría del Riesgo Creado.

Cualquier punto de los enunciados podría ser suficiente para hacer una monografía completa y de allí que sólo me tome la libertad de enumerar los temas tratados en las clases.

Puede decirse que el tema sea nuevo?. Para contestar esta pregunta debemos estudiar lo que se entiende por Responsabilidad Civil Extracontractual.

Pero veamos primero lo de la Noción de Culpa. Desde el tiempo de los Romanos nos viene esa idea, ya que entre sus normas de Derecho se consagraba con el nombre de **CULPA AQUILIANA**. Es verdad que allí esa idea de culpa era una noción casuística, y para mejor decirlo, era hasta cierto punto personalista, pero no por ello deja de tener gran importancia. Podemos remontarnos a tiempos anteriores y nos encontramos con aquella famosa ley de todos conocida o al menos de la cual todos hemos oído hablar; **LA LEY DEL TALION**, cuyas fórmulas son vengativas; de esa manera ellos establecían la reparación de los perjuicios, la indemnización.

Como vemos la noción de Culpa es muy antigua, pero no debemos perder de vista que esa noción ha evolucionado y ya no se tiene ese concepto personalista y vengativo de su origen, en lo que hace relación a las indemnizaciones.

En la Edad Media también fue estudiada la cuestión de la Culpa, para los efectos de la indemnización, pues ella mereció especial cuidado por parte de los Canonistas, sólo que del concepto de ellos, están separadas las nuevas concepciones, ya que los Canonistas miraban la cuestión desde el punto de vista de la caridad, y hoy se mira desde el punto de vista de la justicia social.

El Código Civil Francés consagra la idea o la noción de Culpa, en cinco de sus artículos, del 1382 en adelante.

Al estudiar nosotros la evolución del concepto de Culpa, fuerza es que confesemos que no podemos ni debemos separarnos de las teorías francesas y ello principalmente: Porque siendo nuestro Código una copia más o menos aumentada del Código Civil Francés, tiene necesariamente que seguirle en su desenvolvimiento y en su acompasamiento con las nuevas necesidades y con las nuevas creaciones jurídicas. Además es lógico que una nación nueva no esté al tanto de los adelantos modernos; que no tenga la suficiente preparación para implantar normas completamente nuevas sin que sea necesario calcar las de otros países más adelantados. En la vida es común que el joven aprenda del hombre adulto o maduro y no es otra cosa lo que sucede en las diversas actividades de las entidades y de allí que nosotros sigamos más o menos muy de cerca las enseñanzas de las Escuelas Francesas.

De suerte que asidos a las nuevas teorías francesas estudiaremos la evolución del Derecho Civil en lo referente a la Responsabilidad ocasionada por daños a otros, bien sea que exista culpa o que tengamos que ir hasta la Teoría del Riesgo Creado.

Dijimos que la noción de la culpa es muy antigua, ya que se conoce desde tiempos remotísimos.

Entonces, de dónde la novedad actual? Veamos: El Código Francés expedido el año de 1804, es un Código que quiso desprenderse de todo el espíritu religioso que tenía la legislación anterior; en su redacción hubo espíritus alejados completamente de la idea o noción de religiosidad, en lo que atañe a la justicia, y de allí que ésto haya sido probablemente uno de los fundamentos para que muchos de los preceptos relativos a la materia o tema que nos ocupa, hayan sido suprimidos. Pero entrando de lleno a la cuestión, vemos cómo la Humanidad llegó a un estado de cosas no soñado siquiera por aquellos legisladores. Las nuevas necesidades se multiplicaron y dificultaron la vida haciéndola demasiado peligrosa. La inseguridad para la integridad corporal y de nuestros bienes, hizo pensar al hombre en un cambio de rumbo, en una concepción más amplia de la vida. Y cómo se ha llevado a cabo esta evolución? Acaso por medio de la nueva legislación? En término general podemos decir que no se ha legislado sobre estas nuevas necesidades. Es verdad que han aparecido algunas leyes sobre legislación social,

sobre todo las referentes a seguros colectivos en las fábricas y talleres, y en general en las empresas. Pero no es ésto lo principal en la evolución.

El puesto de avanzada en estas nuevas conquistas, corresponde a los Juristas, especialmente a los franceses y a los belgas, sin que ello quiera decir que los de otros países no hayan contribuido notablemente al desarrollo de la nueva idea de los derechos o responsabilidades. Y ello debe ser así, toda vez que al legislar sólo sobre los accidentes que hemos nombrado, nos quedaría por fuera la mayor parte del mundo del maquinismo que es la principal causa de los múltiples accidentes. El automóvil, los ferrocarriles, las máquinas de vapor, la navegación aérea y tantos otros progresos de la técnica moderna.

Dando un vuelco a las instituciones, que si es verdad que consagraban la culpa, aunque de un modo ilusorio, toda vez que hacían pesar la carga de la prueba sobre quienes alegaban la culpa, surgió un nuevo concepto de la prueba. Ilusoria por ser esta prueba muy difícil, casi imposible, toda vez que la prueba presenta muchos inconvenientes y es una de las tareas más difíciles del abogado; quien sepa probar puede estar seguro del triunfo, pues como los romanos decían. "Dadme los hechos y te daré el derecho". Además, sin que sea socialismo, podemos decir que las víctimas de los accidentes son generalmente gentes pobres que no disponen de medios para hacer efectivos sus derechos toda vez que la miseria los obliga a desistir ante los primeros obstáculos que se les presentan. En cambio el agente causante o activo es pudiente y siempre empleará con eficiencia, medios de defensa.

Pero los juristas encontraron modo de implantar las nuevas teorías en los artículos 1.382, 1.383, 1.384, 1.385, 1.386, del Código Francés que como hemos dicho tiene gran importancia para nosotros toda vez que el nuestro es una copia con ligeras modificaciones de ese Código. Esos artículos están estampados en nuestra legislación en el Título 34 que hemos mencionado y que comprenden de los artículos 2.341 a 2.360, que estudiaremos detenidamente más adelante.

Siendo el tema que nos ocupa bastante complicado y de mucha extensión, fuerza es que nos tracemos un derrotero y nos concretemos a algún punto; y de ahí, que nos limitemos a estudiar la Res-

### Responsabilidad Civil Extracontractual, desde el punto de vista de la Culpa y del Riesgo.

Hemos dicho que el concepto de culpa existió de una manera negativa, ya que por aquello de la carga de la prueba, se hacía imposible a la víctima, conseguir la reparación del daño que le había sido ocasionado; y este punto fué lo que dió realce a las nuevas teorías.

Basados en los artículos indicados del Código Civil Francés, los Juristas franceses establecieron una presunción en favor de la víctima y dejaron la carga de la prueba al agente activo o causante del daño, ya que no faltarían motivos para eximirse éste de responsabilidad, si tuviese que probar la víctima su derecho a ser indemnizada. Así: Un empresario siempre podría salir libre, toda vez que el obrero que hubiese sufrido un accidente, se vería imposibilitado para probar que se debió a causas provenientes de su trabajo. Nunca habrá testigos que puedan aseverar claramente el derecho de la víctima, y de esa manera no podríamos probar la culpa de la Empresa y tendríamos que entablar la acción por el riesgo. Hablaremos primeramente de la culpa y para ello nos servirá el artículo 1.384 que fue el que sirvió de base a los Franceses en las nuevas conquistas jurídicas y el cual corresponde al 2.356 de nuestro Código Civil y mediante cuya interpretación, en algunos casos la víctima de la culpa delictual o cuasi-delictual, no está obligada a la prueba de la culpa.

Veamos primeramente algo sobre lo que es la culpa o la manera como se la define. Entre las muchas definiciones que tenemos de ella, podemos dar la siguiente: "la culpa es una violación de una obligación preexistente". Esta definición que es bastante precisa, nos sirve únicamente cuando la obligación existe por parte del demandado, una obligación que ha dejado de cumplir. Otros autores, como Emmanuel Levy, nos dan otras definiciones: la de este autor es como cierto consejo pues nos dice que hay culpa "Cuando la confianza legítima es engañada".

Sin embargo, la mejor de las definiciones que sobre la culpa se ha dado es la de Geny completada admirablemente por los hermanos Mazeaud. Para éstos, no hay nada de la definición anterior, es decir, de conciencia engañada, de errores de conducta, ni atentados a los derechos ajenos; ellos definen diciendo que hay culpa o que es culpa "Un error de conducta en que no habría incurrido una



persona prudente y diligente, colocada en las mismas condiciones o circunstancias externas en que obró el autor del daño". Esta definición tampoco es perfecta en el sentido propio de la significación, sobre todo si se trata en el campo penal, pero como en el presente estudio, no nos interesan las cuestiones penales que son de una gran importancia en la vida actual, sino únicamente las civiles, tomámos en la definición al tipo abstracto o ideal, con el cual debemos de comparar los actos del sujeto que cometa la culpa. La definición es analizable desde el punto de vista civil, sin tener en cuenta lo que el Nuevo Código Penal Colombiano llama "Estado Psico-Físico" y que los autores discriminan detenidamente en el estudio de la Psicología y de la Fisiología, y de allí que hagamos el estudio para el caso civil en abstracto, para los efectos de las indemnizaciones civiles y no para la imposición de penas corporales. Esto en cuanto dice relación al ERROR DE CONDUCTA.

La segunda parte del estudio de la definición de culpa es quizás la más delicada, por dejar al Juez amplio lugar de apreciación de lo que se sigue, que pueda tener graves repercusiones. Nos dice esta parte de la definición: EN QUE NO HUBIESE INCURRIDO UN HOMBRE PRUDENTE Y DILIGENTE. Pues cómo saber o encontrar ese tipo abstracto para establecer la comparación que se nos hace necesaria? Esto se resolverá precisamente en consonancia con las nuevas necesidades de la vida que irán diciendo cuáles serán, con el correr de los días esos cuidados, cual será la diligencia que deben emplear los hombres para ser como los PRUDENTES Y DILIGENTES; será necesario usar de mayor prudencia por ejemplo, en los grandes centros con respecto al uso de las vías públicas, que en los lugares poco poblados y sin ningún tránsito.

Este punto segundo es fundamental en lo que hace referencia a la evolución de la RESPONSABILIDAD, que es uno de los principales puntos a que se refiere nuestro estudio.

La tercera parte de la definición que nos dan los hermanos Mazeaud dice; "COLOCADO EN LAS MISMAS CONDICIONES O CIRCUNSTANCIAS EXTERNAS". Es también muy importante, porque el juez tendría que colocar al individuo que ha sufrido o sea el agente pasivo en las mismas condiciones en que se hubiese ejecutado el acto, en la persona del tipo abstracto, y ver y sacar las consecuencias que hubiesen resultado a ese tipo ejemplo y compararlas con los resultados, del que ha sufrido el daño. En este E-

gero análisis, he estudiado como lo dije con anterioridad, la pura cuestión civil, bastante diferente de la cuestión penal, toda vez que en lo penal, una de las cuestiones de mayor importancia es la de la intención.

Hoy casi todas las naciones que han legislado y codificado en materia civil, han tenido muy en cuenta la cuestión actual de la culpa; de ello nos da ejemplo el Código Alemán cuando dice. "El ejercicio de un derecho no está permitido, cuando no pueda tener otro fin que el de causar perjuicio a otro". Mira esta legislación, una intención aberrante de causar perjuicio, de ser malvado.

El Código Civil Suizo expedido en el año de 1904, es el primero que le da una colocación preferente entre las disposiciones de carácter general y le asigna el 2o. artículo, el cual reza así: "Cuando uno está obligado a ejercer sus derechos y ejecutar sus obligaciones según las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley".

El Código Ruso le dá todavía mayor preferencia a la cuestión y su artículo 1o. dice: "Los derechos Civiles están protegidos por la ley, salvo en aquellos casos en que sean ejercidos en sentido contrario a su destinación económica y social".

Todos los Código modernos tienen pues, establecidos estos principios, y los han aceptado, menos en Colombia en donde todavía se piensa con Planiol. "El derecho cesa en donde el abuso comienza y no puede haber uso abusivo de un derecho cualquiera, por la razón irrefutable de que un solo y mismo acto no puede ser a la vez conforme al derecho y contrario al derecho..." Pero nos hemos salido del campo de nuestro estudio, toda vez que veníamos tratando de la Culpa? Nó, veremos cómo lo que se relaciona con el tema del Abuso del Derecho, tiene íntima relación con la Culpa ya que la una es el género y el otro la especie. Y siendo de gran actualidad también el tema del Abuso del Derecho, debemos de consagrarle unos pocos momentos, para siquiera conocer su existencia. (El Abuso del Derecho es una especie de culpa).

Sobre este punto del Abuso del Derecho, se han dividido los tratadistas en dos escuelas: la encabezada por Ripert y conocida con el nombre de ESCUELA INTENCIONAL, la cual tiene en cuenta la intención de causar daño a otro, de causar perjuicio, y la encabezada a su vez por otro no menos notable tratadista, Josserand, la cual es conocida con el nombre de ESCUELA FUNCIO-

NAL; en esta el autor toma el derecho como una cosa llamada a desempeñar una función social, y sólo cuando se tiene intención de salirse de ese cauce legal o mejor dicho, cuando no se encarna bajo las miras de conseguir ese resultado bien sea en el campo de lo económico o de lo social, es cuando aparece la figura que hemos llamado abuso del Derecho.

Creo que esta última escuela de Josserand es la más conveniente en el momento que vivimos; ella responde mejor que la Intencional y se adapta mejor al ritmo de la Evolución Social y Civil. (Digo y repito, que esto en el campo del Derecho Civil, pues como lo sabemos, en el campo penal puede tener una gran diferencia de apreciación la cuestión de que nos venimos ocupando).

Nos dice Ripert: "Para averiguar cuándo hay lugar a indemnización, debemos tener muy en cuenta si de parte del titular del Derecho hubo un interés serio y legítimo cuando lo ejercitó. Si faltó ese interés serio y legítimo, se puede decir que hubo intención de dañar y que consecuencialmente resulta el Abuso del Derecho".

Josserand, como lo hemos dicho, no se contenta con la sola intención; muchas veces al ejercitar un derecho, puede tenerse una intención buena, de carácter secundario y esta intención secundaria, no puede servirnos. Debe tenerse en cuenta la función o misión que el ejercicio del Derecho debe llenar en la vida social. El Derecho tiene dos fases, una subjetiva y otra objetiva, que necesariamente tiene que llenar.

Veamos también lo relativo a los vínculos que existen entre la Moral y el Derecho. Es innegable la gran influencia que tiene el campo moral en el campo legal. Todos los pueblos del orbe miran ciertos hechos como malos, y otros hechos por el contrario se miran siempre y en todas partes como justos y dignos de practicarse por todos los hombres. La noción del bien y del mal, viene desde los tiempos del Paraíso; esa noción se remonta hasta el principio de la humanidad. Y qué sino la consagración de lo que se ha mirado como bueno y provechoso y la condenación o reprobación de los hechos mirados como malos, ha de ser el Derecho.

Es necesario tener sí en cuenta, que en estas materias no se ha de llegar al fanatismo religioso, a los extremos; cuanto más prudente se sea en estas materias, mejores resultados se obtendrán.

Es pues conveniente tener en cuenta las relaciones de la Moral con el Derecho, y ello nos conducirá muchas veces sin escrúpulo

los a conocer cuándo nos salimos del Derecho, cuándo nos extralimitamos en nuestros Derechos.

Fuera pues del criterio económico, del criterio social que es importantísimo en la culpa, en los modos o medios empleados y de la intención a la cual dá Ripert tanta importancia, debemos tener en cuenta, otros elementos no menos importantes. La doctrina sobre el abuso del Derecho ha tenido aplicación práctica en nuestro medio y dá cabida a ese principio, según el concepto de distinguidos juristas colombianos, la Ley 153 del año de 1887. Esta ley en sus artículos 4o. y 8o. consagra principios fundamentales, sagrados por así decirlo. Véamoslos someramente. Dice el artículo 4o.: "Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones oscuras o incongruentes". Se advierte muy claramente la intención que tuvo el legislador de que se aclararan las leyes que pudiesen ser oscuras o incongruentes, condicionando el criterio del Juez, tan sólo por la equidad, y como la teoría del Abuso del Derecho está precisamente basada en la equidad, no puede ser más claro, más lógico, más diáfano, el mandato imperativo del legislador colombiano. (Ese concepto de equidad nos dá como una idea del precepto moral. Hago esta observación sólo por el concepto que dí anteriormente).

De suerte que si la Teoría del Abuso del Derecho formulada por Saleilles y por Josserand, tiene acogida en Francia a pesar de no estar permitida expresamente por el legislador y de los rudos ataques de que fue víctima en sus principios, y la cual sólo se funda en las necesidades que ha creado la vida actual, muy distinta a la en que les tocó actuar a esos legisladores, bien puede decirse, que podríamos también nosotros llegar a aceptar esta nueva teoría.

Los ejemplos prácticos de esta teoría podrían ser innumerables, ya que constantemente se nos presentan casos en los cuales tendría aplicación.

Entre nosotros existe un caso de aplicación, caso ocurrido en el Tribunal de Bogotá; actuó como magistrado ponente el doctor Gabriel Rodríguez. Creo que sea el único caso en Colombia de tal aplicación. Fuerza es confesar que en favor de todas las nuevas teorías del Derecho moderno, se han pronunciado los distinguidos Juristas Colombianos, Eduardo Zuleta Angel y Antonio Rocha, quienes quisieron implantar estas doctrinas que ya las nuevas ge-

neraciones, acogerán como ejemplo de estos exponentes del foro colombiano. Sólo que hasta el presente entre nosotros ha sido un imposible por así decirlo poder adquirir algunos conocimientos, dado nuestro atraso, justificado por la carencia de comentaristas, por la pereza, y por el alto costo de las pocas obras francesas que llegan al país lo cual hace que estas materias sean conocidas sólo para unos cuantos devotos. Hoy parece que ya el mismo gobierno nacional se ha dado cuenta de la necesidad de acomodar la vida a las nuevas necesidades sociales y una prueba clara de ello encontramos en la circular que hace pocos días dió el señor Ministro de Gobierno Dr. Carlos Lozano y Lozano uno de los abanderados de la nueva generación, y quien merece el apoyo decidido de todos los profesionales.

Para la cuestión del Abuso del Derecho, debemos de tener también en cuenta entre nosotros, ciertas disposiciones legales tales como el artículo 1167, que por decirlo así, castiga la intención de defraudar, y lo cual no es más que una consagración de aquel principio antiguo: "Quae in fraudem creditorum". Se ve en esta disposición la intención del legislador de castigar la mala fe, el fraude. También nos da ejemplo de esto una ley de 1900 por la cual se obliga al que, teniendo en mira sólo el perjuicio del acreedor, retarda sin motivo el pago. Debe de tenerse en cuenta la buena o mala fe de las personas con quienes se ha contratado.

Ejemplos de Abuso del Derecho. Si debo \$ 1.000 con dos años de plazo, y sin que se me haya cumplido el plazo, veo que no necesito de ese dinero, y que en cambio mi acreedor está en una situación muy precaria que hace necesario el pago, pues de no recibirlo caerá necesariamente en quiebra, debo de verificar el pago, pues hay hasta cierto punto un Abuso del Derecho, cual es el de que yo pueda retener ese dinero hasta el vencimiento del plazo, perjudicando así a mi acreedor, sin beneficio para mí.

Otro ejemplo de Abuso del Derecho nos lo dan los autores franceses, y es el siguiente: "Un individuo tiene un lote de terreno al pié de un aeródromo, del cual salen aviones. Este sujeto movido por la negativa de la empresa de navegación aérea de comprarle el lote de terreno a causa del precio demasiado alto, se dió a la tarea de levantar a gran altura algunos obstáculos y puso unas puntas de acero con el fin de despedazar las naves para que cayeran". En este caso la empresa demandó al vecino basada en el Abuso de

su Derecho, y éste fue condenado apoyándose los tribunales en la misma teoría.

Podrá decirse que el Abuso del Derecho está separado de la culpa? En esta cuestión se han dividido los autores, unos quieren que sea independiente y otros por el contrario hacen depender el abuso del derecho de la Noción de Culpa. Estudiando los vicios del consentimiento, podemos llegar a la conclusión de que debe haber tal separación entre la Culpa y el Abuso del Derecho. La noción de Culpa es la que ha venido a resolver los grandes problemas que se han presentado en los vastos campos sociales del Derecho.

Nuestro Código Civil habla de tres especies o clases de culpa, a saber: Grave, Leve y Levisima. Y nos dá explicaciones de cada una de ellas. Dice que es Culpa grave, la que se comete al no manejar los negocios ajenos, con aquel cuidado que aún las personas negligentes, o poco prudentes suelen emplear en sus negocios propios y equipara esta culpa al Dolo, que como sabemos es la intención de dañar a otra persona o a su propiedad.

La Culpa Leve que es aquella en la cual falta el cuidado que los hombres emplean común y corrientemente en todos sus negocios. Se comete esta culpa, cuando el individuo no se porta como "un buen padre de familia".

Culpa Levisima es aquella que se comete cuando en la ejecución del hecho no se emplea la diligencia o el cuidado que un hombre juicioso, emplea en la administración de sus negocios importantes.

Hemos visto lo que nuestro Código Civil entiende por culpa y es necesario que volvamos al Capítulo 34 de nuestro mismo Código, para que veamos cómo y por quiénes se puede cometer culpa y quiénes deben ser los responsables por culpa.

El principio general de la Responsabilidad Civil Extracontractual está consagrado por nuestro Código Civil en los artículos 2341 y 2345 los cuales equivalen a los artículos 1383 y 1384 de C. C. F.

2o. — Responsabilidad por el hecho de otros que se encuentran bajo nuestra guarda o cuidado. Corresponden a esta noción de culpa los artículos 2346 y 2349 de nuestro Código Civil los cuales equivalen al artículo 1384 del Código Civil Francés. No sin hacer notar que en estos artículos existen unas diferencias casi fundamentales y que en la explicación y en la práctica nos darán campo para separarnos de las teorías francesas, ya que estas diferencias llegan hasta ser fundamentales.

El artículo del Código Francés agrega la frase: "y de las cosas que uno tiene bajo su cuidado".

El artículo 2348, ya nos dará campo a explicaciones especiales, toda vez que agrega algo fundamental fuera de la doble presunción que a causa del 2347, se establece en contra de los padres.

3o. — Responsabilidad ocasionada por los edificios o sea la de los artículos 2350 y 2351 del C. C. Colombiano que a su turno corresponden al artículo 1386 del C. C. Francés.

4o. — Artículos correspondientes a los daños causados por animales: 2353 y 2354 del C. C. Colombiano., correspondientes al 1385 del C. C. Francés.

5o. — El artículo 2385, establece el principio de responsabilidad por daños ocasionados por objetos que caen de la parte superior de un edificio. Este artículo no tiene otro correspondiente en el C. C. F. Debe de advertirse que existió en el Derecho Romano.

6o. — Artículo 2356 que es un principio general del C. C. Colombiano y que es fundamental. Este artículo tampoco existe en el C. C. Francés.

7o. — El artículo 2357 que tiene importancia, toda vez que nos habla de un motivo que pueda dar lugar a una indemnización, a pesar de que la víctima se exponga al daño.

Al admitir como hemos admitido, que existe una presunción de que el causante o responsable de una culpa debe probar que no ha existido esa culpa, y aun admitimos que la víctima de un accidente o de un hecho, que llama nuestro código, no tiene más que demandar el pago de los perjuicios que ese hecho le ha ocasionado, y que es el demandado quien tiene que entrar a desvanecer esa presunción de culpa que sobre él pesa, y que sólo se le ha admitido la no responsabilidad cuando ha existido fuerza mayor o caso fortuito, y también lo que se llama culpa por parte de la víctima a pesar de que sobre este punto tendremos que valorar las culpas para equilibrarlas y ver si todavía a pesar de que por parte de la víctima haya existido culpa, pueda entablarse acción para el pago de perjuicios, toda vez que resulte que ha sido mayor la culpa, del demandado que la de la víctima.

Qué se entiende por fuerza mayor o caso fortuito? Nuestro Código Civil nos da una definición en la ley 95 de 1890 y nos dice que es aquello imprevisto a que no se puede resistir, dándonos algunos ejemplos. Ejemplos que no es del caso nombrar toda

vez que en esos ejemplos puede que no haya fuerza mayor o caso fortuito. Para que exista fuerza mayor o caso fortuito es necesario que el hecho no pueda ser imputable a la persona que lo alega para eximirse de la responsabilidad que del hecho se le deduce o acarrea. Muchos incendios pueden ser imputables a las personas que alegan caso fortuito, debido principalmente a descuidos, por ejemplo: quien arroje un fósforo encendido, y cause un incendio, no podrá alegar caso fortuito ya que será plenamente responsable por su descuido. Esto constituye una culpa y si ha habido culpa, mal podrá alegarse fuerza mayor o caso fortuito. Que sea imprevisible es decir, que no se hayan presentado síntomas que hiciesen previsible el hecho causante de los perjuicios. Y que no se pueda resistir. Son pues cuatro los caracteres constitutivos o distintivos de la fuerza mayor o del caso fortuito.

Hemos admitido que cuando existe fuerza mayor o caso fortuito no hay lugar al pago de perjuicios a la víctima. Veamos ahora si hay lugar al pago de perjuicios, cuando la víctima ha tenido culpa también en el hecho que dá origen al pago de la indemnización. En este caso debe tenerse en cuenta lo que dijimos anteriormente: la valoración de la culpa. Y podemos saber si fue mayor la culpa del que causó el daño o de la víctima, previa esta valoración y si podrá pedirse indemnización.

Puede ocurrir que una culpa pueda ser el resultado de la actividad de varias personas y que resulta de tal manera que si alguna de ellas hubiese faltado no habría resultado culpa; en este caso todos son solidariamente responsables.

Cuando además de la fuerza mayor o del caso fortuito hay una culpa se debe responder del daño que resulte.

También hay otra cuestión importante en esto de las culpas y es aquello de las culpas inmediatas y de las mediatas. Las primeras son aquellas en que hay una solución de continuidad entre los hechos culposos y el daño sufrido por la víctima. Este caso es muy claro y no se presta a confusiones en la vida, pues la víctima debe ser indemnizada por el total de los daños que haya sufrido. Pero no así en el segundo caso, es decir, cuando entre los hechos del demandado por perjuicios y el demandante o víctima han existido hechos que a su vez han podido dar origen al nacimiento de nuevas culpas. En este caso se deja gran libertad de apreciación al juez, lo cual es muy necesario, toda vez que pueden existir múltiples cau-

sas que será preciso tener en cuenta.

Debemos de tener presente que lo expuesto se refiere a las personas en las cuales hay concordancia entre sus ideas y discernimiento en las mismas.

Réstanos hablar de los locos, de los dementes, de los ebrios y de los menores de diez años.

Siempre se había admitido que los locos eran incapaces de cometer culpa; en un principio se les excluía de la responsabilidad civil y de la penal, y más tarde, sólo de esta última. Hoy ya, en lo que hace relación a la culpa civil, los locos son responsables de los daños que cometen, y aun en el caso de que estén bajo guarda o cuidado deben de responder con sus bienes por los perjuicios que causen; esto sin perjuicio de que si son insolventes se haga responsable a las personas que están encargadas de su guarda o cuidado, siempre que se demuestre negligencia o descuido de parte de esos guardadores. En lo que hace relación a los hechos de los locos por las culpas, vemos que no se les hace responsables penalmente, pero si se les aplican unas medidas que se llaman de seguridad.

En relación con los ebrios, existe cierta presunción de culpa, y de allí, que se pueda establecer la acción para pedir que se paguen por el ebrio los perjuicios que ocasione, pues quien se expone a embriagarse se hace responsable por culpa.

Referente a los impúberes y a los dementes nuestro Código Civil los hace incapaces de cometer culpa, y de allí que de acuerdo con los preceptos legales del C. Civil Colombiano, no se les pueda exigir responsabilidad. Es necesario reaccionar contra ese aferramiento a la ley escrita, para decir que si no hay culpa del menor de diez años, o del demente que comete un hecho que redunde en perjuicio de un extraño, debe al menos haber modo de entablar acción contra los encargados de su guarda, para hacerles efectivas las indemnizaciones conducentes.

Para la cuestión de la responsabilidad por los hechos o culpas de los que se encuentran bajo guarda o cuidado, debemos de tener presente el motivo o móvil que los tiene colocados en esta condición. Se presume, dice nuestro Código, que hay culpa de los tutores por los daños causados por los pupilos, puestos bajo su guarda o cuidado. De los maestros de escuelas y colegios por las culpas o hechos culposos de los discípulos. De los directores de talleres por los hechos de los aprendices. De todos los que están por

algún motivo bajo guarda o cuidado. Pero esta presunción podrá desvanecerse probando que no hubo culpa o descuido por parte de los encargados de su guarda. Es decir, probando que éstos obraron con sus guardados, como hubiese obrado el hombre prudente, diligente, colocado en el mismo caso.

Respecto a los criados y sirvientes tenemos un caso típico para desvirtuar la culpa o presunción de culpa, al demostrar que esos criados se han portado de modo diferente o impropio y que no ha sido posible preverlo e impedirlo, usando del cuidado que ordinariamente, se emplea por personas prudentes y diligentes.

Una de las cuestiones de mayor importancia es la de saber cómo se desvirtúan las presunciones.

Como lo hemos dicho, después de establecida la presunción de la culpa que hoy es ya un hecho innegable, nos preguntaremos a la vez; se puede probar en contra de la culpa de un modo diferente al hecho positivo, es decir diciendo que ha existido fuerza mayor o caso fortuito o culpa de la víctima? La prueba de los hechos negativos es más difícil. Las presunciones se pueden destruir bien sea probando los hechos positivos, o probando los hechos negativos. Esta distinción es de una importancia suma. Los hechos positivos son generalmente fáciles de probar. Los negativos por así decirlo son casi imposibles de probar, pero en todo caso, ambos medios pueden emplearse y se emplean. Para lo de la prueba de los hechos, debe verse si son positivos definidos o indefinidos; o negativos o indefinidos.

Siguiendo adelante tenemos que unos de los artículos más importantes de nuestro Código Civil, son los 2347 y 2348 —en lo que hace relación a la responsabilidad que acarrear a los padres, los hechos o culpas de sus hijos.

Estudiemos este punto detenidamente. Los padres son responsables de los hechos o culpas de sus hijos, no sólo por falta de vigilancia, de cuidado de los hijos que habitan con ellos, en sus mismas casas, sino que son responsables de los hechos culposos que comentan que les acarreen responsabilidad y que son debidos a falta de una educación adecuada de sus hijos. En esto de la educación de los hijos tendrá el juez amplitud, pues no se podrá exigir al padre campesino que dé educación a sus hijos en el mismo grado en que tendrá que darla el que vive en los centros y que goza de recursos.

A los padres no les bastará probar el hecho negativo de la culpa. A ellos no les bastará probar que la culpa se ha cometido de un modo que un hombre diligente y prudente no habría podido evitarla. Pues se dirá: es cierto que un hombre diligente en las mismas condiciones actuales no habría podido evitarla; pero es que no sólo hay una culpa actual sino que existe una que viene de lejanos días, y ustedes tuvieron y tienen la obligación de darle educación adecuada a su hijo y si éste la hubiese tenido, no habría causado el mal o la culpa que ahora causa.

Lo que hemos dicho hasta aquí acerca de la doble presunción que pesa sobre los padres, está fundado en el artículo 2347 del C. C. y es lo mismo que consagra el artículo 1384 del C. C. Francés y podemos preguntar, qué hace o para qué se ha agregado entre nosotros el artículo 2348? Agrega presunciones? Agrega o dá reglas de cómo deben desvirtuarse las presunciones? Ni lo uno ni lo otro. Lo que contiene en realidad este artículo 2348 es una nueva regla que tiene por objeto demostrar que a pesar de que los padres hayan aportado la doble prueba que les exige la ley, serán siempre responsables de los hechos ejecutados por sus hijos, y de los cuales haya resultado perjuicio a otras personas, cuando la naturaleza de esos daños deje ver que se deben a falta de educación o a defectos en la misma, o a hábitos que se les dejaron adquirir a esos hijos y sin los cuales no habría ejecutado tales hechos. Nos dan los ejemplos del hijo que a pesar de haber abandonado el hogar y cuando se encuentra lejos de aquel, comete fechorías, y al saberse que esos vicios o defectos son debidos a falta de educación de los hijos, o a defectos de esa educación; vendrá necesariamente la responsabilidad de los padres por esos hechos.

Preguntamos ahora: Estas presunciones son para toda clase de hijos?. Creemos que sólo para los que desde la más tierna edad, han conocido los sanos ejemplos y han estado rodeados de cuidados, pues es injusto, hacer responsables a los padres adoptivos de las faltas de sus adoptados y que se deban a defectos de educación o a malos hábitos adquiridos cuando todavía no se encontraban bajo su cuidado.

Y en relación con los hijos que han adquirido la emancipación qué se podrá decir? Sabemos que es una condición **SINE QUA NON**, que para que los padres sean responsables de los hechos de sus hijos es necesario que éstos habiten en la misma casa, pues de lo contra-

rio, no podrán ser responsables, ya que no estaran bajo su custodia y cuidado. Teniendo siempre en cuenta aquello de los malos hábitos, de la falta de educación correcta, y siendo la emancipación un modo de salir los hijos de la custodia y cuidado de sus padres, cabe nuestra pregunta; Siempre que hay emancipación desaparece la responsabilidad de los padres? Para la contestación de esta pregunta debemos de tener presente varias circunstancias; cuales son:

a) Si la emancipación proviene del matrimonio del hijo. No habrá entonces lugar a responsabilidad por parte de los padres. b). Pero cuando la emancipación es legal o voluntaria y cuando la ley se ha visto en la necesidad de concederle la emancipación al menor a causa de faltas diversas ocasionadas por sus padres la opinión se ha dividido, pues unos sostienen que sigue existiendo la responsabilidad por parte de los padres y en cambio otros dicen que lo que existe en realidad es una culpa probada y que entonces debe estarse a esta clase de culpa.

En resumen y con relación a los delitos y a las culpas de los hijos, tanto el Código Civil Francés como el nuestro son muy exigentes, y ello tiene gran importancia, tanto más cuanto que la familia es la base sobre la cual descansa la sociedad misma. Si no existiese la familia, no podría existir la sociedad. Sabemos cómo nació la sociedad, cómo ha evolucionado y cómo sigue desenvolviéndose a través de todos los tiempos. Si a los padres se les ha dado amplias facultades para la formación y manejo de los hijos, es necesario que a mayor libertad, se les exija también mayor número de responsabilidades. Esto no quiere decir que cuando algunos han debido llenar todos los deberes de los padres por haber dispuesto de tiempo y de autoridad suficientes, no sean igualmente responsables.

En relación con este mismo artículo 2347, en lo que se refiere a los guardadores, tenemos que existe diferencia entre lo que establece el Código Civil nuestro y lo que establece el C. C. Francés, pues en Francia el artículo 1384 tiene un carácter limitativo lo que no ocurre entre nosotros ya que nuestras disposiciones consagradas en este texto son enunciativas y de ninguna manera limitativas.

También entre nosotros existe un preámbulo que no lo tiene el Código Civil Francés y es: "Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado". Qué es tener a otro bajo el cuidado? Es estar encargado de la vigilancia, es

hacerse responsable por sus hechos, ejemplo: Los tutores, curadores, el padre o la madre, cuando tiene la patria potestad, y en algunos casos el marido, como cuando su mujer es menor y se le ha nombrado como tutor de ella.

Es necesario que la persona encargada de la vigilancia y cuidado cometa culpa para que haya lugar a la responsabilidad? Claro es que si esa persona ha empleado el cuidado y la diligencia que son propias, no incurrirá en culpa. Pero sabemos que según la jurisprudencia moderna esta culpa se presume. Es requisito *SINE QUANO* que se presuma o que haya culpa para que pueda intentarse la indemnización. Nuestro Código le dá el nombre de "hecho" y es también necesario que se cometa culpa por la persona que está bajo guarda o cuidado, pues si esa persona no ha cometido culpa no podrá pedirse indemnización.

Pero es además necesario en nuestra legislación, que la persona que se encuentra bajo el cuidado de otra sea mayor de 10 años y también que sea cuerda, es decir, que haya concordancia entre sus ideas, porque si no se reúnen estas dos condiciones de mayor edad de diez años y de no ser demente, no puede establecerse la presunción ya que se debe de estar a la regla general establecida por medio del artículo 2346 del Código Civil Colombiano, pues a pesar de las modernas teorías, nuestro Código exige *SINE QUANO*, esas dos condiciones.

2o. — Es necesario que la persona contra la cual se establece la presunción de responsabilidad para la indemnización, tenga autoridad sobre la que está bajo su guarda o cuidado y cuyo hecho se trata de reparar. Este segundo requisito es necesario por dos razones a) por establecerlo el artículo 2347 y b) por ser "una sanción a la falta de vigilancia en aquella persona que tiene el encargo sagrado de autoridad".

3o. — Que la persona a quien se demanda tenga una obligación de vigilancia.

4o. — Es necesario que el hecho de la persona que se tiene bajo guarda sea un hecho culposo, bien sea culpa delictual o cuasi-delictual, ya que no se puede hacer responsable a una persona por hechos de otro que esté bajo su cuidado y que no haya cometido hechos culposos.

Es indispensable que se puedan demostrar o que existan estos cuatro requisitos para poder decretar la indemnización que re-

clame la víctima. Cuando el demandado pueda probar la inexistencia siquiera de uno de esos cuatro requisitos, quedará libre de la indemnización.

Se establece también o da campo para que se pueda establecer presunción de responsabilidad contra el Estado por los hechos culposos de los funcionarios públicos. La noción de Derecho Administrativo, es muy nueva, y está basada principalmente en la noción de servicio público. Es más o menos el mismo derecho privado, pero acomodándolo a las necesidades sociales y a las exigencias que hoy demandan una mayor gestión del Estado, en cuanto hace relación al mayor cuidado que requieren los asociados y a una mayor protección.

Dejamos de mencionar entre los que tienen bajo su guarda o cuidado, y por lo tanto son responsables: a los hoteleros que como lo sabemos, tienen una gran responsabilidad por lo que se refiere a la persona y a los bienes de los huéspedes, y que son responsables de los hechos de sus criados o asalariados y de los extraños; en referencia a estos últimos tienen unas ligeras excepciones, debido a que generalmente son parientes o visitantes del huésped.

Los empresarios tienen también mucha responsabilidad por los hechos no sóloamente propios, sino también por los de sus dependientes y por motivos de los vicios de las personas o de las cosas que les sirven para la explotación de sus negocios.

El concepto de responsabilidad se ha extendido y se sigue extendiendo de una manera especial, y es ya casi imposible en todas las actividades eximirse de la responsabilidad que cualquier hecho puede acarrear.

### LA NOCIÓN DE LA CULPA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE LAS COSAS INANIMADAS

El estudio de esta parte, es de una gran trascendencia toda vez que con esta cuestión se vino a llenar en Francia el vacío que existía en la legislación proveniente de la dificultad para establecer la teoría del riesgo que como lo veremos no pudo ser consagrada desde un principio.

Para el establecimiento de esta presunción de culpa se tuvo en cuenta en Francia la parte final del artículo 1384. Con esa última

parte se pudo reparar o conseguir lo que no habían podido conseguir Seleilles y Josserand a pesar de los grandes esfuerzos por ellos realizados. Pero la sentencia pronunciada por Ambrosio Colin el 23 de febrero de 1930 vino a dar al derecho francés la presunción tan buscada, aunque basada en algo diferente, pero que al fin y al cabo conduce a una misma parte.

Los artículos 2350 y 2351 de nuestro Código Civil que tratan de las responsabilidades por los hechos o daños causados por los edificios que amenazan ruina, no nos dan campo para el establecimiento de la teoría ya que al dividir la materia en dos partes se le quitó o suprimió la parte final del artículo 1384 del C. C. Francés.

En Francia se razonó de la siguiente manera: "Quien alega la responsabilidad por los daños causados por un edificio, debe probar que no se hicieron las reparaciones necesarias. Y se establecen también responsabilidades por los vicios en la construcción.

Entre nosotros tenemos resueltos los dos casos a saber: Quien alega la culpa por no haberse hecho las reparaciones necesarias, debe probar esa negligencia o descuido. En cuanto al caso de responsabilidad por defectos o vicios en la construcción, el artículo 2060 que hace relación al 2351 nos dice: "Si el edificio perece o amenaza ruina en todo o en parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicios de su construcción, o por vicios del suelo, que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio o profesión, o por vicios de los materiales, será responsable el empresario: si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario, sino en conformidad con el artículo 2057, inciso final".

Un caso práctico y muy discutido de esto de la responsabilidad por la ruina de un edificio acaecido antes de diez años, tuvimos aquí en Medellín, con motivo del desgraciado accidente del Teatro Alcázar, en donde se ha dividido la responsabilidad, pues todos alegan faltas de las otras partes, es decir, unas los dueños y otras los empresarios encargados de la construcción. Hoy este negocio está en el Tribunal Superior y su fallo será de un gran valor con respecto a las nuevas aspiraciones del derecho.

Pero ya que hasta aquí en los artículos estudiados no hemos podido encontrar campo para el establecimiento de la teoría implantada en Francia el 13 de febrero de 1930, veamos si el artículo

2356 de nuestro C. C. que no tiene otro correlativo en Francia, nos da campo para el establecimiento de la teoría. Dice este artículo: "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a estas reparaciones " . . . . . " Nos trae unos ejemplos que lejos de ser limitativos son ilustrativos.

El artículo que venimos estudiando nos dá ideas primero, de un hecho en el cual haya malicia y sea imputable, segundo, establece una responsabilidad basada en la culpa, tercero, no dá campo para la implantación de la teoría del riesgo.

El Dr. Zuleta Angel plantea dos cuestiones con respecto a este artículo y se pregunta: "Puede el artículo 2356 ser considerado como una presunción de culpabilidad y es un desplazamiento de la carga de la prueba? Puede hacerse algo análogo a lo hecho por los franceses en referencia al artículo 1384 que sienta la presunción de la responsabilidad? 2o. Se pregunta a la vez: "Si hay bases para ver una presunción de culpabilidad en este artículo. Cuáles son las hipótesis, en qué entraría en juego ese desplazamiento de la carga de la prueba? Cuáles son esos casos? A todo esto nos contesta que se puede ver la presunción de culpabilidad cuando el daño causado, sea consecuencia de una empresa peligrosa, aunque tenga el carácter de absolutamente legítima y que esa afirmación está corroborada por la legislación del trabajo (accidentes). No concluye manifestando que sólo puede verse en el artículo 2356 una presunción de culpa, un desplazamiento de la carga de la prueba. Luégo, el mismo Dr. Zuleta Angel se hace otra serie de interrogaciones para concluir: "Hay pues diferencia entre las actividades peligrosas y las no peligrosas. (En esa forma, el artículo 2356 puede abarcar los casos de los accidentes automovilarios).

### DE LA CULPA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS DAÑOS DE LOS ANIMALES, QUE NOS ACARREAN RESPONSABILIDAD

La cuestión de la responsabilidad por los hechos de los animales es una de las nociones más antiguas en la humanidad.

Ya en la Ley de las XII Tablas, tenemos ejemplos, pues el animal que cometiese algún daño quedaba de propiedad de la víc-

tima para el resarcimiento de los perjuicios que hubiese sufrido.

No obstante la antigüedad de este tema ni el Código Francés ni el nuestro, son lo suficientemente claros sobre este punto de la responsabilidad, por los hechos de los animales.

El Código Civil Francés hace recaer la responsabilidad por los hechos de los animales, sobre el guardián de dichos animales. Entre los franceses existe una noción de responsabilidad al contrario de lo que sucede entre nosotros que la presunción no es de responsabilidad. Nuestra presunción como queda dicho es una presunción de culpa y puede el dueño desvirtuarla probando que la culpa no es de él sino de otra persona. Debemos tener presente, como se dijo, que entre nosotros la presunción es siempre contra el dueño del animal.

Pueden presentarse algunos problemas. Como en el caso de un caballo que está tirando un carro o va montado por un hombre en que se pregunta si se tiene en cuenta el daño causado por el animal o se verá la responsabilidad que puede haber al que lo conduce? En este caso la víctima podrá entablar la acción que mayores seguridades y facilidades la ofrezca, pues ante todo lo que se desea es que no se vaya a hacer ineficaz la indemnización.

Nuestro Código Civil trae unos artículos que no existen en el C. C. Francés.

Como por ejemplo el artículo 2355 sobre daños causados por objetos que caen de la parte superior de un edificio. Y nos habla también este mismo artículo de las cosas que se encuentren en la parte superior de un edificio o en un paraje elevado y que puedan ocasionar daños o perjuicios, y consagra también el derecho que tienen los que teman esos perjuicios para pedir que se les componga o repare y de nó, para que se haga a la persona, responsable de todo perjuicio que pueda resultarles.

Este principio como lo hemos dicho no existe en el Derecho Francés, pero sí existió en el Derecho Romano.

### PRESUNCIONES DE CULPA Y PRESUNCIONES DE RESPONSABILIDAD

Es un deber de todo demandante la prueba de la obligación que demanda.

Ahora, en materia de la Responsabilidad Civil Extracontrac-

tual hemos visto que hay una presunción. Sólo cuando la víctima de un hecho pruebe o demuestre que hay Culpa, Perjuicio y Relación de Causalidad, puede obtener que se le haga efectiva la indemnización.

Pero la presunción precisamente tiene por objeto que no se obligue a la víctima a probar la existencia de la culpa, sino que se presume que existe y de allí que debe ser el demandado quien debe entrar a demostrar que no hubo culpa, pues esta presunción en favor de la víctima tiene por objeto hacer menos penosa su situación, frente al autor del hecho.

Las presunciones son de dos clases: 1o. Presunción de Culpa; 2o. Presunción de Responsabilidad. La primera presunción se destruye probando que no ha existido culpa, es decir, que en la ejecución del acto se portó como se hubiese portado el hombre modelo, el tipo abstracto, diligente y prudente, colocado en las mismas condiciones y circunstancias externas. Es decir probando el hecho negativo. Es más fácil esta clase de prueba. La segunda presunción o sea la de Responsabilidad, no se puede destruir con la prueba del hecho negativo, sino que es necesario la prueba del hecho positivo, es decir, la existencia de la fuerza mayor o caso fortuito, o culpa de la víctima. Es una prueba más difícil ya que hay ciertas pruebas positivas que por así decirlo son casi imposibles de probar, y hay que recurrir a la metafísica muchas veces.

Para saberse cuándo hay presunción de Culpa y cuándo de Responsabilidad, se debe tener presente lo siguiente: Cuando se puede destruir la presunción probando el hecho negativo, hay presunción de Culpa, y además es necesario que el texto legal diga que la presunción pueda destruirse por medio de esa prueba. Si el legislador no ha dicho nada, se entenderá que la presunción es de Responsabilidad.

Entre nosotros las presunciones de Responsabilidad por los hechos, ajenos, por los hechos de los animales, por los de los edificios, son presunciones de culpa porque el legislador ha dicho que demostrándose la carencia de culpa no habrá lugar a indemnizaciones.

Lo mejor sería que todas las presunciones fuesen de Responsabilidad, pues sería mucho más ventajosa la posición de la víctima.

Dijimos en un principio cómo nacían las Obligaciones a partir del tiempo de los Romanos cuando se consagró la fórmula: "Juris

vinculum quod necessitate adstrignitur alicujus solvende rei", que era el vínculo de Derecho.

Nombramos también lo de Acto Jurídico y Acto Ilícito.

Acto Jurídico es aquel que es capaz de hacer nacer obligaciones como los contratos y cuasi-contratos.

Actos Ilícitos son aquellos de los cuales resultan obligaciones aún contra la voluntad de las personas: delitos y cuasi-delitos; bien sabemos que existen también delitos culposos.

Los Contratos fueron en unión de los Cuasi-contratos las primeras fuentes de obligaciones. El Derecho Romano, consagraba por medio de la siguiente fórmula esa manera de dar vida a las obligaciones "Duorum pluriumve in idem placitum consensus" Nuestro Código Civil la consagra en la siguiente: "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra, a dar, hacer, o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de varias personas".

En relación con los cuasi-contratos entre nosotros son tres los principales: la agencia oficiosa, el pago de lo no debido, y la comunidad.

También la ley impone ciertas condiciones que dan nacimiento a las obligaciones.

Lo referente al enriquecimiento sin causa que existió desde el tiempo de los Romanos y lo cual se traducía en aquellas normas: "condicti indebiti" y cuya acción se conocía con el nombre de "in rem versu". Esto se ha llamado por el derecho clásico español con el nombre de enriquecimiento torticero.

Una cosa muy grave en nuestro Código Civil, es la equiparación que este hace de la Culpa y el Dolo. No podemos perder de vista lo que se entiende por Culpa, la cual hemos definido tantas veces y lo que debe de entenderse por Dolo, que en realidad es un error, pero con intención de dañar, de hacer fraude, de sorprender, que lleva envuelta la mentira, la deslealtad.

Otro de los puntos tratados en el curso de Derecho Civil fue la diferencia entre la culpa contractual y la culpa extracontractual. Dijo el señor profesor que se comete culpa contractual por omisión o por actos positivos. La ley presume que quien falta al cumplimiento de un contrato, incurre en culpa.

Mencionamos anteriormente algo sobre el *preium doloris*, y

debemos decir que esto es el pago que se hace, por ejemplo, a la víctima de una calumnia, que ha perdido su reputación. Esto aun que es muy difícil de apreciarlo en dinero, ha tenido aplicación práctica en los tribunales nacionales, y tenemos un caso por motivo del dolor causado a un marido por haber extraviado los restos de su esposa en el cementerio de Bogotá.

También nos enseñó en sus conferencias la diferencia que existe entre la culpa civil y la culpa penal, que ya hemos explicado anteriormente, sobre todo lo referente a la culpa civil. La culpa penal nos la define el artículo 12 del Nuevo Código Penal.

En la responsabilidad subjetiva se tiene en cuenta principalmente el sujeto que comete el hecho, del cual se deriva la obligación de la indemnización.

En la responsabilidad objetiva se tiene en cuenta principalmente, el objeto causante del daño, ejemplo, cuando una máquina causa un hecho que le ocasiona la muerte a un obrero, se tiene en cuenta principalmente al dueño de la máquina, al empresario, a quien se hace responder de los perjuicios, aun en el supuesto de que hubiese mediado una culpa de otro de los obreros. En este último caso queda la posibilidad que el empresario, administrador etc., pueda intentar luego la acción, contra el obrero autor de la culpa.

En el año de 1896 se precisó la necesidad de darle mayor expansión a la aplicación del derecho, se comprobó que el régimen legal existente era inadecuado para las necesidades que se iban presentando y que debía darse cabida a todas esas nuevas necesidades impuestas por la vida moderna.

A la cabeza de las nuevas teorías figuraron celebres tratadistas franceses y belgas. En Francia principalmente fueron predicadas las nuevas doctrinas que conocemos con el nombre de TEORIA DEL RIESGO, por los juristas Josserand y Saleilles, pero a pesar de los grandes esfuerzos realizados, sus doctrinas no fueron aceptadas.

Pero era imposible permanecer indiferente ante el clamor general, y es de notarse que todas las escuelas veían la necesidad del implantamiento de la teoría del Riesgo. Se dijo entonces "Siempre que se cometa una culpa, y con ella un daño, o se cause un perjuicio, hay una obligación de indemnizar".

Con base en este principio, se creó la noción del riesgo, ya que el principio no es limitativo sino enunciativo.

Se dijo entonces que quien creaba un riesgo debía responder por los perjuicios que de ello resultaran. Si ese riesgo no hubiese sido creado no sucederían los hechos dañosos que hoy causan un mal, un perjuicio. Es natural que ese perjuicio redunde en contra de alguien y por qué ha de ser precisamente sobre la víctima, sobre un pobre generalmente, que ningún provecho saca de la creación de ese riesgo?

La reacción contra esos principios escritos de la Ley civil consagrados por los Arts. 1383, 1384 del C. C. Francés que equivalen a los artículos 2341 y 2345 de nuestro Código Civil, apoyada por todas las religiones y por todos los juristas, no pudo triunfar definitivamente en ese tiempo.

Sin embargo, en el año de 1905 apareció en Francia la primera ley sobre accidentes de trabajo, y esta ley fue adoptada por todas las legislaciones modernas, hasta el punto de que hoy ya no hay legislación en el mundo que no consagre este elemental principio de justicia social. Ya en esa legislación no se establece probar la culpa, se exige no ya la relación entre la culpa y el perjuicio causado a la víctima, sólo se impone que haya riesgo.

Pero a la teoría de los riesgos en los accidentes de trabajo, se introdujeron dos excepciones, a saber: La de fuerza mayor y la de casos fortuito y también lo de la culpa de la víctima, pero ya esto debía de probarse no por la víctima, sino precisamente por el autor del daño.

Para la conquista de esos derechos consagrados por los juristas de aquella época se valieron del preámbulo del artículo 1383 en donde dice: "y de las cosas que uno tiene bajo su guarda".

Pero los hombres de negocios vieron venir un mundo sobre sus bienes. A causa de esos adelantos de las ciencias jurídicas pensaban, perderían todos sus haberes, y de allí que pusieran en oposición a otro grupo de no menos notables juristas a que combatiesen las nuevas doctrinas, y ellos argumentaron diciendo: que estaba bien que se condenara por ejemplo a una compañía al pago de los perjuicios causados por una empresa o efecto que causara daño, siendo motivado por una cosa peligrosa como sería una máquina de vapor o de explosión, pero que no era lo mismo por motivo del daño ocasionado por una cosa indiferente. También quisieron esos que se distinguiera entre los daños o perjuicios ocasionados por las cosas que tienen movimiento propio y aquellas que no lo tienen.

pero todo esto fue inútil.

Se quiso también hacer ver, por aquellos juristas asalariados, que debía tenerse muy en cuenta la intención que hubiese tenido el legislador al dar la ley. Pero a ésta observación se objetó que esto de conocer la intención del legislador es una tarea difícilísima sino imposible, ya que si hay algo difícil es saber la intención y ello precisamente por razón de tanto debate como tiene que sufrir una ley. Muchas veces la intención del proponente de una ley es completamente distinta a la que tiene el legislador al aprobarla. Se debe tener en cuenta que en la aprobación de las leyes entran en juego mil factores diferentes, unos de carácter religioso, otros de carácter político, otros de carácter regional y muchos más; de suerte que no puede saberse al fin de cuentas la verdadera intención.

Como lo hemos dicho al comenzar, todas las corrientes políticas, científicas, sociales, religiosas, filosóficas, etc., estuvieron de acuerdo en la implantación de las nuevas doctrinas. Los partidarios de la escuela de Enrico Ferri, decían que se debía de tener en cuenta la peligrosidad que para la sociedad tenían las acciones de un individuo. Los materialistas a su vez sostenían que se debía de tener en cuenta las relaciones de los dos patrimonios. Los católicos decían que en todo daño había una víctima y un causante, y que no era justo que pesaran todas las cargas sobre la víctima generalmente pobre y que por lo común no disponía de medios de probar la existencia de la culpa lo que daba lugar a que se hiciera negatoria su acción: La escuela Histórica hacía ver que los nuevos rumbos de la vida imponían necesariamente el cambio de legislación para acompañarla con las necesidades presentes.

Pero la teoría de los riesgos no fue aceptada como lo hemos dicho, y ya que no encajaba de modo preciso en los artículos del Código. En nuestro código por ejemplo se ve que se requiere precisamente la noción de culpa, y el riesgo excluye esta noción.

El único artículo que pudiera dar cabida a la teoría de los riesgos sería el primer inciso del artículo 2356, pero lo cierto es que siempre sería aventurado lanzar esta teoría basados en ese inciso.

Se ha creído que el artículo que se refiere a los daños causados por los animales, da fundamento para el implantamiento de la teoría del riesgo, pero lo cierto es que esa responsabilidad por daños causados por los animales, se debe precisamente a la noción de culpa. Lo mismo se puede decir en relación con los daños por

hechos de las personas que habitan en la parte superior de un edificio, pues generalmente se debe a negligencia o descuido de esas personas.

Mirada la teoría de los riesgos desde el punto de vista negativo no es necesario que exista culpa para poder exigir indemnización. Desde el punto de vista positivo, hay casos en que puede no haber lugar a responsabilidad. Para este punto se dice que hay lugar a pedir y obtener la indemnización cuando el daño es debido al producto de una actividad anormal, a una explotación económica cuando el autor es quien ha reportado provecho. Se agrega por lo tanto, que todas las actividades crean riesgos.

Ripert dice que es necesario que exista culpa para que haya lugar a exigir la indemnización, que es precisamente lo que quiere evitarse o descartarse. Sabemos que en todo accidente hay una pérdida y por qué ha de soportar esa pérdida precisamente la víctima? Es necesario sí que cuando la culpa sea de la víctima, deba probarla el empresario, ya que él creó el riesgo.

Ante el movimiento de fines del siglo pasado que era justo, equitativo y humano, no podía permanecer indiferente el legislador aún después del fracaso de la teoría de los riesgos y vino entonces a responder a ese llamamiento la ley de accidentes de trabajo que consagró la teoría de los riesgos y que le deja al dueño del taller o de la empresa campo para probar que hubo fuerza mayor o caso fortuito, o culpa de la víctima, para así eximirse de la responsabilidad civil.

Se dice que la teoría de los riesgos hace paralizar las industrias y por consiguiente el desarrollo del movimiento floreciente del mundo, lo cual es una farsa, pues a medida que se presentan dificultades para los empresarios, también se les presentan ventajas, lo que se va compensando con beneficio de los empresarios, pues vemos que hoy son mayores las ganancias de las compañías a pesar de todas las cargas que se les han impuesto, no sólo en relación con responsabilidades, sino también en materia de impuestos. También favorable a la teoría de los riesgos y por lo tanto conveniente a su implantamiento es el desarrollo de las compañías de seguros, pues pagando los empresarios pequeñas cantidades como primas de seguros, llenan un gran fin social. Los principales resultados en esta materia de los seguros han sido obtenidos en Francia en donde se han multiplicado los seguros en forma tal que todo, por así decirlo,

es susceptible de ser asegurado. Allá por ejemplo, para poder sacar patentes para conducir automotores es necesario haberse inscrito en una casa aseguradora de accidentes, la cual responde por daños que pueda ocasionar ese nuevo conductor y es precisamente ésto lo que ha hecho disminuir hasta un grado ínfimo los accidentes en Francia, pues además de las severas investigaciones de las compañías para obtener la repetición por los pagos en caso de culpa de los conductores, no se queda nadie sin su correspondiente indemnización. En Francia también se han marcado con precisión ciertos lugares por los cuales deben de transitar los peatones y en caso de que no lo hagan de esa manera, ya hay descuido, negligencia, más generalmente existe culpa de la víctima, que es precisamente lo que limita la teoría de los riesgos creados.

Puede resumirse la teoría de los riesgos en la forma que lo hace Henri Lalou: "Toda actividad que crea para otro un riesgo hace a su autor responsable del daño que pueda causar, independientemente de toda idea de culpa".

Nos decía el doctor Echeverri, que la teoría clásica de los riesgos es deficiente y se contradice, por cuanto que al buscar el elemento subjetivo de la responsabilidad hace teórica y prácticamente imposible que los responsables y las personas jurídicas, incapaces de culpa, puedan incurrir en responsabilidad civil. Que la ley francesa trae un ejemplo claro de responsabilidad sin culpa, cuando hace responder por los daños causados por las cosas bajo guarda; y nos habló sobre que la iniquidad que consagra la carga de la prueba en la teoría clásica era la aplicación de aquel principio "causa de las causas".

Nos dijo que la teoría iba contra la ley; que la responsabilidad civil de los incapaces se resuelve por las nociones sobre representación y dependencia. Que esta noción era demasiado comprensiva ya que en todo acto por honesto que fuese, existía algo que pudiese perjudicar.

Nos habló de la responsabilidad contractual aplicada a la responsabilidad extracontractual.

Terminó manifestándonos que la teoría de los riesgos era conveniente, ya que todos los países como lo hemos dicho, la han acogido mediante la consagración que se le ha hecho en las leyes sobre accidentes de trabajo".

Para terminar debe agregarse que entre nosotros existen ciertas disposiciones en el Código de Comercio, en las cuales se encuentra cabida, para esta teoría, tales como algunos artículos sobre instrumentos negociables.