



**UNIVERSIDAD DE PANAMA
VICERRECTORIA DE INVESTIGACION Y POSTGRADO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO CON ENFASIS EN
DERECHO CIVIL**

**SÍMPLIFICACION DEL REGIMEN DE REPARACION DEL DAÑO EN
FUNCION DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA**

**PRESENTADA POR
CLAUDIO TIMPSON LAYNE**

**ASESOR
DR. JULIO ERNESTO LOMBARDO SANCHEZ**

**TESIS PRESENTADA COMO UNO DE LOS REQUISITOS PARA OPTAR
AL GRADO ACADEMICO DE DOCTOR EN DERECHO CON ENFASIS EN
DERECHO CIVIL**

PANAMA 2017

Obs del Qutor

19 MAR 2018

ST

INDICE GENERAL

Dedicatoria	III
Agradecimiento	V
Indice general	VII
Resumen	XV
Summary	XVI
Introduccion	XIX
Marco referencial	1
1 Planteamiento del problema	1
2 Objetivos de la investigacion	2
2 1 Generales	2
2 1 Especificos	3
3 Formulacion de la hipotesis	3
4 Identificacion de variables	4
5 Justificacion e importancia	4
6 Metodologia de la investigacion	5
6 1 Razonamiento por analogia	8

CAPITULO I
Marco Teorico

1	Concepto de responsabilidad civil	13
2	Responsabilidad civil contractual	24
3	Responsabilidad civil extracontractual	27
4	Delimitacion del ambito de la responsabilidad civil	29
5	Presupuestos de la responsabilidad civil	31
5 1	Hecho ilicito	31
5 1 1	Distincion entre ilicitud civil y penal	33
5 1 2	La ilicitud en el ambito contractual	34
5 1 3	Cumplimiento irregular o defectuoso	36
5 2	Dano	38
5 2 1	Concepto de dano	38
5 2 2	Requisitos del dano	39
5 2 3	Cuantificacion del dano	45
5 2 4	Clasificacion del dano	49

5 3 Factores de atribucion	74
5 3 1 La culpa como factor de atribucion	80
5 3 1 1 Sistema tripartito de la culpa	81
5 3 1 2 Prueba de la culpa	82
5 3 1 3 Efectos de la culpa	85
5 3 1 4 De los perjuicios previsto e imprevistos	88
5 3 2 Dolo como factor de atribucion	91
5 4 La relacion causal	96
5 4 1 Teoria de equivalencia de las condiciones	98
5 4 2 Teoria de la causa proxima	100
5 4 3 Teoria de la causa eficiente	101
5 4 4 Teoria de la causa adecuada	101
5 4 5 Reglas sobre la causalidad en la nueva codificacion	105
5 4 5 1Codigo Civil y Comercial de la Nacion	105
5 4 5 2Codigo Civil de Peru	106
5 4 5 3Codigo Civil de Panama	107

5 4 6	Interrupcion del nexu causal	108
5 4 6 1	Fuerza mayor	108
5 4 6 2	Caso fortuito	110
5 4 6 3	Culpa exclusiva de la victima	113

CAPITULO II

De los factores objetivos de atribucion

1	Factores basados en el concepto riesgo	115
1 1	Nociones generales	115
2	Teoria del riesgo	117
1 2 1	Concepto y evolucion historica	117
2 2	Principios que informan la teoria del riesgo	121
2 2 1	Principio de causalidad	121
2 2 2	Principio de interes activo	122
2 2 3	Principio de prevencion y de equidad	122
2 2 4	Principio de Gefahrdung o caracter riesgoso del acto	123
2 3	Criticas a las teorias basadas en el riesgo	124
2 3 1	Supresion de la moralidad en la responsabilidad civil	125

2 3 2	Falta de efectividad en la mera reduccion de la causalidad	126
2 3 3	Detiene la iniciativa y el espiritu empresarial	126
2 3 4	Tendencia a la no solidaridad	128
2 3 5	Ausencia de justicia y equidad	128
2 3 6	Afectacion de la productividad industrial	129
3	Teoria del riesgo creado	134
3 1	Actividades riesgosas y cosas peligrosas	136
3 1 1	Concepto de actividades riesgosas	138
3 1 2	Concepto de cosas peligrosas	143
3 1 3	Clases de cosas peligrosas	146
3 1 3 1	Peligrosidad en la estructura	147
3 1 3 2	Peligrosidad en el comportamiento	148
3 1 3 3	Peligrosidad de las cosas inertes	148
3 1 3 4	Peligrosidad surgida por la multiplicacion de la energia o movimiento	149

3 1 3 5 Peligrosidad surgida de la incertidumbre de las consecuencias	149
3 2 Criterios sobre el concepto de guardian de la cosa	150
4 Teoria del riesgo provecho	156

CAPITULO III

Las insuficiencias en el sistema de responsabilidad civil extracontractual en nuestro medio

1 Responsabilidad civil por hechos propios	163
2 Supuestos de abuso del derecho	167
3 Analisis del caso Omar Solano Aparicio contra Bank Of Credit Am Commerce International (Overseas) Ltda (En liquidacion)	167
4 Caso Olga I Cordero Gonzalez contra Econo Leasing S A	172
5 Concepcion objetiva del abuso del derecho	182
6 Responsabilidad civil por hechos de terceros	187
7 Caso Jesus Lopez Tapia y Leyka Pena contra Manzanillo International Terminal Panama S A	195
8 Responsabilidad por hechos de las cosas	200
9 Responsabilidad por las cosas inanimadas	201

10 Analisis del caso Aurelio Moreno Morales y otros contra Chiriqui	
Land Company	202
11 Analisis del caso Bolandi Carvajal y Hernandez Atavia contra Agro	
Servicios de Costa Rica	219
12 Analisis del caso Jesus Herrera Aparicio y Diana Esther Bernal de	
Herrera contra Tropigas de Panama S A	234
13 Analisis del caso de Abilio Philides Olmedo contra Hacienda Country	
Club S A	254
14 Casos de espectaculo publico deportivo	278
14 1 El contrato de espectaculo deportivo	281
15 Responsabilidad civil del organizador por danos sufridos por	
el publico asistente	285
16 Descripcion y analisis del caso de AES PANAMA Inundaciones en	
Bayano	315
17 Sintesis que acredita las principales insuficiencias en el sistema de	
responsabilidad civil extracontractual en nuestro medio	335

CAPITULO IV

Fundamento de las modificaciones propuestas al regimen de responsabilidad civil

1	Nociones generales	339
2	Historia del derecho civil panameno	340
3	Legislacion de los territorios dominados por Espana	344
4	Derecho intermedio	349
5	Periodo de Codigo Civil del Estado soberano de Panama	351
6	De la adaptacion de Panama a las nuevas corrientes doctrinales en America Latina	352
7	Las reglas de imputacion en Europa	371
8	Las reglas de imputacion en el sistema norteamericano	376
9	Las reglas de imputacion en America Latina	377
10	La analogia y la conveniencia de aplicar en Panama los factores objetivos de imputacion	378
	Conclusiones y recomendaciones	383
	Bibliografia especializada	393

DEDICATORIA

A mis queridos hijos

Claudio Daniel y Claudia

AGRADECIMIENTO

En primer lugar debo reconocer y en consecuencia agradecer a mi maestro doctor Julio Lombardo Sanchez quien desde mis primeros años de estudiante de derecho en la década del setenta contribuyo decisivamente a nuestra formacion en el ambito del derecho y a mi evidente inclinacion por el Derecho Civil asi como por permitirnos ser parte de su tesonera desinteresada e implacable lucha por la vigencia de los valores de la justicia y la equidad en las relaciones juridico sociales de nuestros tiempos

A todos mis companeros del primer curso de Doctorado en Derecho impartido en nuestra querida alma mater con algunos de los cuales comparto la dicha de haber participado en el primer curso de Maestria en Derecho dictado en esta nuestra Facultad de Derecho ya hace mas de una decada

A todos mis alumnos tanto de la maestria como del pregrado a quienes me debo realmente no existe mayor satisfaccion para mi que servir desde mi trinchera en el aula de clases o en un pulpito a la formacion de la juventud panameña

RESUMEN

La responsabilidad civil a no dudar es una de los temas juridicos que mas ha cobrado vigencia en nuestros tiempos siendo la reparacion del dano proveniente de hechos no reprochables bajo las reglas de la culpa y el dolo uno de los aspectos mas discutidos Como cuestion basica es menester reconocer que el mundo contemporaneo trajo consigo nuevas implantaciones que requieren de ciertas actividades riesgosas y la implementacion de cosas que son peligros por si mismas Por tanto el clasico criterio de responsabilidad por culpa resulta insuficiente para solucionar problemas de transición de la economía de produccion industrial tecnologia el progreso cientifico lo que claramente involucra a cosas y actividades peligrosas despertando una discusion actual en el derecho civil Antes de entronizarnos en el tema es importante ubicar al lector y dejar claro que el fundamento de indemnizar no solo se encuentra en el acto ilicito sino en el hecho ilicito danoso La realizacion de este trabajo se debe a las insuficiencias de normas con respecto a los danos que son introducidos por una actividad riesgosa o cosa peligrosa Es necesario poner en la mira a la victima y reconocerle su indemnizacion como un derecho de credito tal cual como debe ser visto en la actualidad Precisa llamar la atencion a los estudiosos del derecho panameno toda vez que aun nos regimos por el principio general de responsabilidad civil subjetiva el cual ha sido superado como explicaremos lo largo del presente trabajo en virtud de la potencialidad de los riesgos y la eficiencia en la produccion de danos que estan experimentan hoy y que estan mas que demostradas por lo que corresponde adoptar las medidas normativas correspondientes En primer lugar corresponde definir que es una actividad riesgosa asi de forma elemental esta puede entenderse como el conjunto de operaciones o tareas propias de una persona o entidad que en si mismas implican cierto peligroso que entrana contingencia o proximidad de un dano De ello resulta que a simple vista la actividad riesgosa seria el conjunto de operaciones o tareas que traen inmersa una potencialidad danosa Entendemos por riesgo la contingencia o proximidad de dano congruente con lo anterior las cosas riesgosas serian aquellas que llevan consigo una contingencia o potencialidad de danar Lo que se expresa en el presente documento en pocas palabras es la propuesta de cambios fundamentales en nuestroCodigo Civil especificamente en las normas relativas a la reparacion del dano en materia extracontractual con la inclusion de factores de atribucion basados en la teoria del riesgo y con la adecuacion de la reglas relativas a la causalidad convencidos de que se requieren muchos otros cambios consideramos que con los propuestos se habra actualizado nuestro sistema de reparacion del dano en aspectos fundamentales Este trabajo es producto de un prolijo examen de la doctrina contemporanea jurisprudencia aplicable y las grandes transformaciones en

las normas jurídicas que se han suscitado en América latina al respecto utilizando para ello el método de la analogía es decir de comparación directa entre pares

SUMMARY

Without any doubt civil responsibility is a legal issue that has become one of the most prevailing judicial issues in our times the damage repair from acts that are not reproachable under the rules of guilt and fraud As a basic we should recognize that the contemporaneous world brought along new implementations that requires certain risky activities and the implementation of actions that are perilous on its own Therefore the classic criterion of responsibility by guilt is insufficient to solve transition problems in the economy industrial production technology scientific progress which clearly involves dangerous things and activities triggering a current discussion in civil law Before enthroning the issue it is important to locate the reader and make it clear that the basis of compensation is not only in the illicit act but in the illicit wrongful act The realization of this project is due to the inadequacies of norms with respect to the damages that are introduced by a dangerous activity or dangerous issue It is necessary to ensure the victim his recognize and compensated as a right to credit as it should be seen today It is necessary to draw attention to the Panamanian law scholars since we are still governed by a general principle of civil liability which we hope has already been overcome through the present work the potentiality of risks and the efficiency in production of damages In relation to the topic at hand is more than proven what corresponds is to adopt the corresponding regulatory measures In first place it is necessary to define that it's a risky activity in an elementary way it can be understood as a set of operations or tasks typical of a person or entity that in themselves imply a certain danger that strange contingency or proximity of an injury As a result at first glance the risky activity would be the set of operations or tasks that bring immersed harmful potentiality In the previous section we indicate that we mean by risk the contingency or proximity of damage Congruent with the above the risky things would be those that carry with them a contingency or possibility of damage What is expressed in this document in a few words is the proposal for fundamental changes in our civil code specifically in the rules relating to the reparation of damages in non contractual matters with the inclusion of attribution factors based on the theory of risk and the adequacy of the provisions relating to causality convinced that many other changes are required we consider that with the proposed ones we will have updated our system of repair of the damage in fundamental aspects This work is a

product of a long review of contemporary doctrine applicable jurisprudence and the great transformations in the legal norms that have arisen in Latin America in this respect using the method of analogy i.e. direct comparison between peers

INTRODUCCION

En el presente trabajo encontrara usted un prolijo analisis de la situacion de la responsabilidad civil en nuestros tiempos las grandes transformaciones que en dicha materia se han experimentado en realidades tecnologicas y grandes descubrimientos los cuales a la par introducen a la sociedad nuevos riesgos y obviamente nuevas formas de dano Sin embargo como reflexiona Tamayo Jaramillo (1993) *Todos hemos sentido directa o indirectamente los efectos de la gran epidemia que sufre nuestra sociedad y tambien todos en una u otra forma señalamos a los demas como responsables de su etiologia sin detenernos a pensar que asi como el ser es una unidad psicosomatica que se descompone cuando cualquiera de sus miembros se afecta la sociedad siente angustias y dolores cuando alguno de los individuos que la componen trasgrede los patrones de la convivencia violenta sus caros principios y traiciona el principio superior de su existencia* (p 7)

En ese sentido consciente de la importancia del desarrollo en los diversos aspectos de la sociedad nos planteamos algunas interrogantes ¿es cierto que la sociedad requiere los beneficios derivados de las actividades tecnologicas aun cuando de ellas deriven posibles consecuencias danosas? ¿siendo ello asi a quien corresponde soportar dichas consecuencias desde el punto de vista material? ¿cual es el fundamento juridico basal para la imputacion de tales efectos? ¿nuestro

derecho vigente esta en sintonia con tales cambios? ¿el sistema de responsabilidad civil fundada en la culpa y el dolo vigente en nuestro medio es capaz de resolver con justicia las cuestiones de danos en materia de actividades y cosas peligrosas?

Estas y otras muchas interrogantes justificaron la adopcion como tesis doctoral del tema que se desarrolla en el presente trabajo mismo que procura proponer una serie de cambios fundamentales en el regimen de Imputacion de la responsabilidad civil al menos en la esfera extracontractual a fin de humanizar en nuestro pais el derecho de danos. Somos conscientes que los fenomenos historicos y el entorno social economico religioso e incluso las formas de produccion imperantes en la epoca de adopcion delCodigo Civil Frances y los codigos civiles de America entre ellos el nuestro han variado de manera tan importante que preservar sus principios y dogmas es absolutamente imposible como bien ilustra Mosset Iturraspe (1992) *las tendencias actuales del derecho de daños desde la perspectiva axiologica son valiosas en tanto se admite que la mirada de la justicia se dirige ahora a la victima inocente* (p 36) Se ha experimentado tanto en la jurisprudencia como en las legislaciones cambios importantes en que naciones de identica historia y simetria con la nuestra han tenido que introducir al respecto modificaciones trascendentes en sus ordenamientos juridicos

Los códigos civiles de Bolivia, Ecuador, Argentina y Perú para mencionar unos pocos, han sustentado en su ley civil la imputación del daño a partir de criterios objetivos en supuestos específicos como el daño proveniente de actividades peligrosas o cosas peligrosas, así mismo en los supuestos de daños ocurridos en actividades recreativas como los deportes y entretenimiento en general, aplicando conceptos y principios provenientes de la teoría del riesgo provecho, que hasta hace muy poco eran exclusivamente aplicables al ámbito del derecho del trabajo.

También en convenciones internacionales¹ se han introducido como factores de atribución criterios objetivos, es decir, fundados en motivos distintos a la culpa y el dolo.

¹ En la Unión Europea, la teoría general del derecho de la responsabilidad civil extracontractual encuentra notables diferencias en las distintas regulaciones europeas, diferencias que no vienen determinadas exclusivamente por la existencia de los sistemas diversos del Derecho Continental y del Common Law, pues dentro del propio Civil Law las divergencias son palmarias. Por esto, en la introducción general, el holandés Jaap Spier señala que los componentes del Grupo se han esforzado por encontrar la solución a los distintos problemas que ofrece la responsabilidad civil mediante el hallazgo de un núcleo común que sea, a su vez, el mejor para Europa (p. 44). De este modo se ha intentado la confección de unos Principios que puedan representar un Derecho Común Europeo, sin la pretensión de que se les dote de un valor legal concreto y sin aspirar a constituir un Código Europeo del Derecho de la Responsabilidad Civil. Por el momento se han formulado elásticamente. Sus proposiciones normativas suelen ser abiertas y aunque esto pueda provocar cierta inseguridad, lo cierto es que, por otro lado, permiten, en palabras de Spier, un amplio margen de maniobra para adaptarlos a las necesidades cambiantes y a las exigencias de futuro (p. 47).

Por lo que respecta a su concreto contenido, debe destacarse que los principios acogen la superación del monismo culpabilístico y el reconocimiento de la pluralidad de títulos de imputación de la responsabilidad civil. La culpa no constituye el único fundamento de la responsabilidad (sistema mono genético), pues el riesgo creado por el desarrollo de una actividad anormalmente peligrosa es considerado título autónomo de imputación (sistema poli genético). No obstante, deja de hacerse referencia al sacrificio, esto es, a la responsabilidad basada en el beneficio obtenido a costa del sacrificio ajeno.

Toda esta transformacion en el derecho de danos es consecuencia de la vocacion innata de la humanidad por la justicia basada en la equidad. Somos del criterio que las sociedades mas avanzadas han admitido que la cuestion de la reparacion del dano ya no es un tema de castigo al victimario esto por cuanto que en muchos casos es inapropiado e irreal imputar culpa al autor material del dano cuando este ha obrado con apego a la prudencia y diligencia normal y aun esmerada sin que con ello pueda evitar la concrecion del dano potencial derivado ya de una cosa o actividad que por sus hechos han sido introducidos a la sociedad. Como apunta Alterini (1987) *en definitiva hay un hombre detras de cada dano causado. Al privilegiar al hombre victima con relacion al hombre victimario se considera la situacion*

A su vez dedican algunos preceptos al presupuesto general de la responsabilidad civil el dano recogiendo su clasificacion basica que distingue el dano material (a las cosas) y el dano inmaterial o personal (a las personas). Varios articulos se ocupan tambien del espinoso tema de la causalidad y partiendo de la causalidad fisica regida por la teoria de la *condicio sine qua non* se regulan otros supuestos mas complejos (causas concurrentes causas alternativas causas potenciales causalidad parcial incierta y causas inciertas en la esfera de la victima) para dedicarle un ultimo articulo a la imputacion juridica del dano.

La responsabilidad subjetiva o por culpa incluye como no podia ser de otro modo la actuacion intencional (dolosa) y el patron de diligencia exigible del hombre medio viene representado por el de una persona razonable (*reasonable person*). Los Principios parten de que corresponde a la victima la prueba de la culpa del agente danoso (sistema de responsabilidad por culpa probada) pues la inversion de la carga de la prueba de la culpa (sistema de responsabilidad por culpa presumida) queda reservada a los supuestos en que la actividad desarrollada por el agente danoso comporte un peligro grave. Y esto es una realidad que viene sucediendo en nuestro pais desde hace anos por mucho que algunos insistan en que la inversion de la carga de la prueba de la culpa se ha generalizado para toda actividad. Es la presencia de un riesgo especifico la que justifica la presuncion de culpabilidad del agente danoso. Particular atencion merece la clausula general de imputacion por desplegar una actividad anormalmente peligrosa. La responsabilidad objetiva hace responsable al sujeto agente del dano caracteristico del riesgo que tal actividad comporta y que resulta de ella. La norma es ademas susceptible de aplicacion analogica a otras actividades que originen riesgos parecidos. Esto pese a las constantes afirmaciones de la doctrina que considera que la responsabilidad objetiva queda sustraída a la expansion analogica.

particular de la sociedad contemporanea convertida por la tecnologia a la par que fascinante en altamente riesgosa y al hacerlo se atiende al sentir comun del hombre de nuestros tiempos (p 72) De manera tal que se analizan en el presente trabajo fundamentalmente los factores de atribucion vigentes en nuestro medio esto es la culpa y el dolo y se cotejan las consecuencias que en casos practicos estos tienen con relacion a las soluciones que se producen en casos similares resueltos a la luz de factores objetivos de atribucion

En los primeros dos capitulos se explican los origenes y fundamento de ambos sistemas lo que denominamos sistema objetivo primitivo ilustrado por el aforismo primitivo del talion *ojo por ojo diente por diente* pasando por los criterios fundados en la culpa *quien no es culpable no es responsable*² hasta llegar a los criterios que proponemos *el que dana repara nadie debe soportar un daño injusto* En ese recorrido partimos desde el derecho antiguo mas representativo el derecho romano y tambien transitamos por el derecho frances por varias razones entre estas por ser la nacion que liderizo las transformaciones del feudalismo a la sociedad

² Segun Tunc La idea de que se debe responder de las consecuencias de sus culpas y que no se es responsable si no se ha cometido culpa esta acompanada de tales demonios que debe ser exorcizada antes de resultar posible una apreciacion objetiva de sus funciones y de los medios de la responsabilidad civil en una sociedad moderna Ver MAZEAUD HENRI Y LEON TUNC ANDRE Tratado Teorico Practico De La Responsabilidad Civil Delictual y Contractual Traduccion de la Quinta Edicion Tomo I Volumen I Buenos Aires ediciones juridicas Europa America 1977 pag 383

capitalista siendo además la creadora del primer sistema codificado que sirvió de base a la gran mayoría de las legislaciones tanto en Europa Asia y América incluyendo el derecho panameño

Pasamos revista de la aplicación en procesos concretos de las reglas basadas en la culpa pudiendo determinar que en muchos casos la víctima resulta ser perjudicada por cuanto que la probanza de la culpa en muchos casos es cosa de muy difícil y a veces simplemente imposible

Es nuestra intención plantear la necesidad de adoptar criterios de imputación basados en la mera relación causal es decir que acreditado la relación causa efecto entre un hecho y el daño reclamado sea suficiente para producir una sentencia reparatoria En este sentido es preciso adecuar los criterios de imputación material esto es los relativos a la causalidad a fin de establecer claramente dos cosas los criterios para determinar la imputación material del hecho dañoso y los criterios para establecer la extensión del daño esto último implica que daños deben ser incluidos en el concepto de daño o dicho de otro modo la extensión del daño resarcible

Se plantea resuelto lo anterior la introducción de factores objetivos de atribución específicamente los basados en la equidad y la teoría del riesgo como verdaderas presunciones de responsabilidad que imputen el deber de

reparar al autor material del hecho quien solo podra liberarse de ello mediante la acreditacion de causa extrana como explicaremos a lo largo de este trabajo caso fortuito hechos de terceros o hechos derivados de la culpa exclusiva de la victima

Como metodo de investigacion se ha utilizado el sistema de comparacion analogica que consiste en cotejar situaciones similares en este caso los regimenes juridicos de las naciones que al igual que la nuestra tienen en comun su historia juridica que deviene de ser colonias espanolas asi como sus tradiciones y costumbres y la comunidad de idioma Para ello se exponen situaciones de problemas especificos similares y se procura trasladar a nuestro pais dichas experiencias

Marco referencial

1 (VD) Planteamiento del problema

Las instituciones jurídicas suelen entenderse mejor cuando se las conoce desde su contexto histórico y la responsabilidad civil es un buen ejemplo de ello toda vez que los sistemas que la consagran se han modificado al vaiven de los acontecimientos históricos y hasta políticos oscilando entre dos conocidos extremos el de la responsabilidad objetiva y el de la responsabilidad subjetiva. Ambos sistemas son modelos ideales a los que un determinado ordenamiento se aproxima en mayor o menor medida atendiendo a los diversos criterios políticos (entre los cuales destaca la presión social) las construcciones doctrinales los pronunciamientos jurisprudenciales el mayor o menor avance de sus sistemas de producción tratados internacionales vinculantes necesidades de prevención entre otros

El derecho moderno incluyendo el tema de la responsabilidad civil fue influido por el Código Civil Francés redactado en una sociedad en que las fuerzas que se utilizaban en las labores artesanales y agrícolas no eran mucho mayores a los musculares cuyos efectos danosos eran relativamente controlables. No parece que el panorama en nuestra área haya sido distinto en el inicio del siglo XX cuando se redactó nuestro Código Civil

No obstante los grandes avances tecnológicos las modernas formas de contratacion asi como los nuevos vinculos interpersonales de la post modernidad han generado la posibilidad de nuevos danos que algunos tribunales de justicia han ido reconociendo en fallos recientes en los que se ha determinado la justeza de su reparacion prescindiendo para ello de la aplicacion de las reglas que establece nuestro derecho positivo concretamente nuestros codigos civiles lo que sugiere la necesidad de establecer normativamente nuevos criterios que de manera expresa senalen los nuevos mecanismos que deben emplearse en el proceso de determinacion del dano resarcible Iniciativas como estas que ya han sido contempladas en un sin numero de legislaciones como las de Argentina Peru Bolivia Ecuador entre otros pues han introducido ante la insuficiencia de los factores subjetivos de atribucion y la evidente crisis de la culpa reglas precisas de imputacion objetiva

2 Objetivos de la investigacion

2.1 Objetivos generales

- Entender el papel que juega la causalidad en la determinacion del dano resarcible y su proyeccion en las nuevas situaciones que plantea la post modernidad

- Establecer nuevos parametros que incluyan de forma expresa y uniforme criterios para la determinacion de los danos incluidos en el concepto de indemnizacion

2 2 Objetivos especificos

- Analizar la dogmatica ordenamientos juridicos y jurisprudencia extranjera y local sobre la materia
Valorar las consideraciones juridicas y decisiones concretas al respecto para aplicarlas en Panama
- Verificar la suficiencia de las nociones subjetivas como elemento unico de imputacion del deber de reparar
- Considerar excluir la nocion culpabilidad del vocabulario de la responsabilidad civil por la causacion de danos
- Formular pautas y mecanismos especificos para la eficacia de la reparacion integral de los nuevos danos dimanantes de las nuevas situaciones derivadas de los cambios tecnologicos que vive el mundo de la post modernidad

3 Formulacion de hipotesis

- En los procesos masivos de trasiego de bienes y servicios las nuevas formas de intercambio asi como los nuevos elementos de riesgo

introducidos a la sociedad han generado nuevas situaciones capaces de producir danos por lo que es preciso la adecuacion de los conceptos relativos a la causalidad entendida como la medida del dano que el autor de la conducta ilicita debe reponer

La reparacion del dano en consecuencia debera incluir aquellas nuevas situaciones que tradicionalmente eran irrelevantes en la doctrina y la legislacion mediante la formulacion de conceptos abstractos que incluyan formulas para ello

4 Identificacion de variables

Las variables de investigacion son las siguientes

Los conceptos de causalidad (VI) y los nuevos elementos de riesgo (VD)

- La legislacion y la doctrina (VI) y nuevas situaciones de la reparacion del dano

5 Justificacion e importancia

Los cambios tecnologicos de la postmodernidad la creacion de nuevas fuentes y formas de lesion de intereses patrimoniales y otros

juridicamente protegibles la desproporcion entre los actores sociales involucrados en el trafico de bienes y servicios justifican la adopcion de medidas legislativas que incluyan en el concepto de dano resarcible las nuevas situaciones de riesgo que de tales cambios se derivan Asi pues la ausencia en nuestra legislacion de parametros precisos al efecto impone la necesidad de investigaciones dogmaticas acerca de la causalidad

6 Metodologia de la investigacion

Por tratarse de una investigacion en el ambito del derecho y siendo este una especial disciplina de caracter social en la cual resultan un tanto inaplicables criterios y patrones de investigacion conformacion de hipotesis y comprobacion de resultados que son viables en las ciencias exactas en general y aun en algunas ramas de las ciencias sociales hemos procurado utilizar como metodos en la presente investigacion aquellas que son conformes a esta especial ciencia

Lo anterior sin dejar de lado el metodo deductivo muy propio de esta rama del conocimiento humano caracterizado por conclusiones elaboradas en base a abstracciones y fines universales racionalmente aceptados por la comunidad como meta y objetivos individualizados posteriormente en contenidos concretos deduciendo de ellos los deberes que imponen tales

abstracciones a los sujetos que componen el ente social. De esa manera objetivamos los presupuestos que atañen a la presente investigación.

De otra parte, hemos utilizado el método histórico en el aspecto del análisis de las normas reguladoras en el tiempo de las situaciones de hecho que nos preocupan y que motivan la formulación de las recomendaciones que a la postre se explican en el presente trabajo.

En este sentido, de mucha utilidad ha resultado el método analógico como método de investigación y la aplicación de la lógica en la deducción y comprobación de las hipótesis planteadas.

La opinión más admitida reconoce en las verdades absolutas primitivas intuiciones ideales inmediatas de las cuales el razonamiento desprende otras cada vez más complicadas. En este orden de ideas se procura un razonamiento deductivo definido como un razonamiento de lo universal a lo particular o singular. No es tarea fácil introducir los razonamientos jurídicos en el cuadro de los deductivos, pero lo esencial del razonamiento deductivo es partir de lo universal y no requerir supuestos implícitos de realidad, puesto que es sabido que el razonamiento inductivo supone implícitamente que el curso de la naturaleza de la realidad es constante y desde este punto de vista el razonamiento jurídico es un

razonamiento deductivo con la salvedad acaso de ciertas relaciones especiales

Segun nos explica Gregorio Fingermann (1975) *Todo razonamiento logico consiste esencialmente en inferir de uno o varios juicios otro juicio nuevo que es la conclusion Cuando de un juicio universal llegamos a una conclusion particular decimos que se ha efectuado un razonamiento deductivo* (p 47)

Tenemos la intencion de demostrar que las naciones iberoamericanas con historia juridica similar costumbres afines y desarrollos simultaneos participan de instituciones juridicas semejantes que historicamente han resuelto situaciones de hecho tales como las planteadas en esta investigacion

Se justifica desde esta perspectiva el empleo de la analogia mediante el denominado razonamiento analogico que es el mas sencillo pues va de lo particular a lo particular consiste *en esperar que si se dan las circunstancias semejantes a otras que antes se dieron las cosas continuen sucediendo del modo que antes han sucedido en semejantes circunstancias* (Williams 1985 p 284)

6 1 Razonamiento por analogia

Nadie ha negado la importancia de la analogia en la conducta de la inteligencia sin embargo reconocida por todos como un factor esencial de invencion se le ha tratado con recelo tan pronto como lo requeria convertir en un medio de prueba

Es cierto que algunas teorias filosoficas como las de Platon o Santo Tomas han justificado el uso argumentativo de la analogia gracias a la concepcion que suministra de lo real pero de este modo parecia que este uso estaba vinculado a una metafisica y unida a su destino En cambio la mayoria de las veces los pensadores empiricos solo ven en la analogia una semejanza de indole menor imperfecta debil incierta (Williams 1985 p 284)

De modo mas o menos explicito se admite que la analogia forma parte de una serie identidad semejanza analogia de la que constituye el grado menos significativo Su unico valor seria el de permitir la formacion de una hipotesis que se debe comprobar por induccion

Estamos lejos de pensar en que una analogia no puede servir de punto de partida para comprobaciones ulteriores lo cual no distingue la

analogia de ningun otro razonamiento pues las conclusiones de ambos siempre pueden someterse a una nueva prueba ¿ y estamos autorizados para denegar a la analogia toda fuerza probatoria aun cuando el mero hecho de ser capaz de hacer que prefiramos una hipotesis en lugar de otra indique que posea valor de argumento? Por tanto todo estudio global de la argumentacion debe dejarse sitio como elemento de prueba

Nos parece que se resaltara con la mayor claridad posible el valor argumentativo de la analogia si se la considera como una similitud de estructuras cuya formula mas general seria $A \text{ es a } B \text{ lo que } C \text{ es a } D$ esta concepcion de la analogia se relaciona con una tradicion muy antigua aun empleada por Kant Whately Cournot No esta del todo olvidada como la prueba esta opinion de M Calzas (Grenet 1985 p 63) en una obra reciente lo que contribuye la originalidad de la analogia y lo que la distingue de una identidad parcial es decir de la nocion un poco banal de semejanza de relacion

En el derecho el razonamiento por analogia propiamente dicho se limita al parecer a la confrontacion sobre puntos concretos entre derechos positivos distintos por el tiempo el espacio geografico o la materia tratada En cambio cada vez que se buscan similitudes entre sistemas se les considera ejemplos de un derecho universal asi mismo siempre que se

argumenta en favor de la aplicación de una regla determinada a casos nuevos se afirma por eso mismo que se está dentro de un único campo por lo tanto la rehabilitación de la analogía como procedimiento de interpretación extensiva es válida, eficiente y recomendable.

No obstante, con este método tenemos las habilidades que nos permiten buscar relaciones entre dos objetos diferentes, teniendo en cuenta hechos reales con propiedades en común. El método analógico es muy importante ya que significa inteligencia y razonamiento lógico intuitivo, tanto así que hasta en los tests de inteligencia se incluyen problemas analógicos para medir el coeficiente intelectual de las personas. Este análisis nos permite la investigación entre dos objetos por partes separadas y descubrir las relaciones comunes entre ellos y poder captar particularidades para un futuro.

La mayoría de las inferencias cotidianas proceden por analogía. Un ejemplo sencillo de analogía sería el siguiente: Se puede inferir que el nuevo par de zapatos que se ha comprado durará bastante tiempo porque así ha ocurrido con los otros zapatos que se han comprado en la misma tienda.

En consecuencia, es válido sostener que *La analogía es la base de la mayoría de los razonamientos ordinarios, por cuanto la gente tiende a tomar*

decisiones basandose en experiencias pasadas o en otro tipo de comparaciones (Copi y Cohen 1999 p 160)

Este metodo consiste en atribuirle a un objeto que se investiga las propiedades de otro analogo que ya es conocido. Ejemplo Si se sabe que Marte y la Tierra son planetas similares y que en la Tierra hay vida se puede concluir que probablemente en Marte habra vida (Escobar 1999)

Se ha dicho que ningun argumento analogico pretende ser matematicamente cierto y que lo unico que se puede afirmar de ellos es un grado de probabilidad (Copi y Cohen 2004). Siendo ello asi no se trata de un metodo de induccion o de deducccion ya que entre estas existe una diferencia fundamental por cuanto que la analogia se distingue basicamente de la induccion y de la deducccion en que va de lo particular a lo particular y a eso se le anade que su grado de certeza es menor ya que llega a conclusiones meramente probables (Escobar 1999)

Complementando la informacion anterior todos los razonamientos analogicos tienen la misma estructura general o siguen el mismo patron. Dado lo anterior *toda inferencia analogica parte de la similitud entre dos o mas cosas en uno o mas respectos para concluir la similitud de esas cosas en cualquier algun otro respecto* (Copi y Cohen 2004 p 446)

Hay que destacar en cuanto a este método que en el razonamiento matemático se emplea con frecuencia la sustitución por igualdad. Ya hemos visto que la igualación desempeña un papel interesante en las primeras tentativas para matematizar la lógica (cuantificación del predicado) pero hay además una operación lógica que se reduce a una igualdad más concretamente a la igualación aritmética entre los sumandos y la suma

Se afirma no obstante que el razonamiento analógico no posee la fuerza del silogismo legítimo del cual por otra parte difiere fundamentalmente. El silogismo debe su rigor a que se atiene a las leyes ideales evidentes que rigen los pensamientos en cambio en el razonamiento analógico se admite que a ciertas correspondencias entre dos objetos deben de seguir otras lo cual si bien goza de cierta verosimilitud carece en absoluto de seguridad por este motivo el razonamiento analógico nunca termina en una resolución afirmación

CAPITULO PRIMERO

Marco teorico

1 Concepto de responsabilidad civil

La terminología responsabilidad civil no siempre fue empleada para designar esta noción pues en textos antiguos no se encuentran evidencias que señalen lo contrario no obstante su presencia y vigencia eran evidentes y en muchos casos objeto de regulación expresa como mas adelante puntualizaremos

En esta etapa de la presente investigación pretendemos establecer que a la par de la noción obligación entendida como la necesaria limitación de la conducta humana a realizar cierta prestación en provecho de uno o varios sujetos o de la sociedad jurídicamente organizada se desarrolló la de responsabilidad civil como una consecuencia del obrar contrario a una obligación sea convencional o legal

Ciertamente ya en la época clásica se consideró que la obligación presenta una estructura compuesta por dos elementos uno libre la prestación (*debitum*) y otro coactivo o coercitivo la responsabilidad

(*obligatio*) en sentido estricto. En tal sentido, el deudor es libre de cumplir la prestación y no se le puede hacer cumplir compulsivamente; pero si no cumple, queda sometido de manera coactiva a una responsabilidad, la cual se concreta en la acción o derecho atribuido al acreedor para agredir la persona o el patrimonio del deudor incumplidor, dependiendo de la época histórica respectiva.

Las obligaciones, en consecuencia, son una causa que construye la voluntad que compele a un sujeto a realizar tal o cual actividad o, en ciertos casos, abstenerse de actuar de tal o cual forma, que tiene su origen en las llamadas fuentes de las obligaciones que en nuestro medio, en principio, son la ley, los contratos, los cuasicontratos y los hechos ilícitos causantes de dano (delito y cuasidelito); así lo señala de manera expresa el artículo 974 del Código Civil.

En la actualidad, las obligaciones tienen absoluto carácter patrimonial y son tratadas como un crédito a favor del acreedor, criterio imperante a partir de la conocida glosa medieval que distingue entre *jus in re* y *jus in personae*, que significó extender una oposición clásica, aunque de carácter procesal, entre *actio in re* y *actio in personae*, que distingue el derecho de cosas y el derecho de obligaciones.

El primero a saber el derecho de cosas se refiere a relaciones jurídicas que implican una facultad que es ejercida de modo directo sobre las cosas en tanto que el segundo rige las relaciones jurídicas que implican una facultad entre sujetos que surgen básicamente del tráfico de bienes y de la causación de daños reparables (Alterini 1987 p 328)

El concepto de obligación importa la imposición de un deber jurídico consistente en conceder una prestación a un acreedor específico con el cual se ha entrado en relación voluntaria o involuntariamente dicho deber jurídico impone al sujeto la carga de desplegar cierto comportamiento en razón de la situación que ocupa dentro de un vínculo específico posición que es correlativa a la que ocupa otro sujeto llamado acreedor del cual se es deudor de la prestación in concreto que puede ser consecuencia de una relación o vínculo específico previo o de la infracción de un deber genérico consistente en no causar daño a los demás cuya infracción lo ha puesto en relación con aquel

Así en el derecho de obligaciones se distinguen necesariamente por lo menos dos sujetos ubicados en extremos diversos y antagonicos de un mismo hilo o vínculo por una parte quien tiene derecho a recibir la prestación o el beneficio jurídico económico que la integra que se denomina

acreedor y por la otra quien debe satisfacer tal expectativa por estar obligado a ello denominado deudor

Ahora bien el fin ultimo de las obligaciones es su extincion por ello el concepto de obligacion implica una necesaria temporalidad que puede ser mas o menos prolongada segun sea el caso y su fuente concreta Aunque algunas obligaciones subsisten por periodos largos ejemplo de ello es el deber de prestar alimentos a los hijos el cual se prolonga hasta la mayoria de edad de estos lo comun es que las obligaciones se consuman integramente en un acto asi por ejemplo la compraventa de un bien de consumo en un establecimiento la creacion del acto (compraventa) y su extincion natural (pago del precio y entrega de la cosa) son casi simultaneas

No obstante puede resultar y en efecto resulta que las obligaciones no se cumplan bajo el tenor de su estipulacion o puede ocurrir que se obre de forma tal que se ocasione danos en la persona o bienes de otro incurriendo quien omite su deber juridico en responsabilidad civil

Mediante este somero ejercicio perseguimos proyectar la idea de que la responsabilidad civil como nocion juridica tiene su genesis como una consecuencia del quebrantamiento del orden juridico resultante de la falta de alguno causante de danos en otros Estos danos pueden tener su origen en

un contrato o vinculo previo o bien tenerlo en el quebrantamiento del deber generico de no causar dano a otro el primero sera de responsabilidad contractual y el segundo supuesto de responsabilidad extracontractual De ello resulta que no interesa si la conducta danosa sea consecuencia del incumplimiento de un vinculo contractual o que provenga de la ocurrencia de un hecho contrario a derecho ajeno a todo vinculo especifico tanto en las primitivas reglas de derecho como en las sucesivas hasta las actuales fueron encaradas con una nocion particular cuyo punto de partida era la causacion de danos y sus consecuencias

Por ello la responsabilidad civil como consecuencia de la causacion de danos que se producen como el quebrantamiento de deberes juridicos (obligaciones) tiene su aparicion en el campo del derecho desde epocas muy primitivas del derecho y su evolucion

Asi pues el incumplimiento danoso de un deber juridico ocasiono reaccion social adversa la que paso por diversas etapas desde la venganza privada hasta las acciones re persecutorias por danos y perjuicios antecedentes de la regulacion actualmente en vigencia

Como veremos en el presente estudio la venganza privada paso por diversas etapas hasta arribar a la indemnizacion de danos concebida como

la sustitucion del derecho de ocasionar mal por mal imperante en la antiguedad pasando por las diversas formas de composicion privada primero voluntaria y luego forzosa o legal

La sociedad en la que mas nitidamente se evidencia esta evolucion fue en Imperio Romano en la que se describen las diversas etapas con mucha claridad a pesar que nunca el derecho romano abandono por completo el criterio del precio de la venganza que reemplazo la venganza misma en Roma segun sostiene Bustamante Alsina (1993) Por su parte los tratadistas Mazeaud y Tunc (1977) afirman que en el derecho romano jamas se llego a hacer de la condena civil lo que es en la actualidad una indemnizacion

Durante gran parte del desarrollo del derecho de danos en Roma privaron criterios objetivos asi importaba solamente determinar el causante del dano para conceder al damnificado derecho a la composicion privada o legal segun la epoca de la que se trate No fue sino en el siglo tercero antes de Cristo que nace la Ley Aquilia segun la cual para que hubiere el deber de reparar era menester que el autor del dano hubiere actuado con culpa

Efectivamente el derecho de danos se caracterizo en las primeras epocas del derecho primitivo por criterios objetivos por tanto la venganza

se ejercia ciegamente contra el autor material del dano sin importar la reparacion del perjuicio ni la culpa del ofensor

Asi se tratase de lesiones culposas o de la destruccion o deterioro de las cosas de otros el autor del hecho inocente o culpable debia soportar la ley del talion que luego fue convertida en una suma equivalente al precio de la venganza (Bustamante Alsina 1993)

Como queda dicho la *Lex Aquilia* vino a complementarse con la culpa como elemento de la responsabilidad civil a fines de la republica los jurisconsultos empezaron a exigir culpa por lo menos leve como presupuesto necesario para el ejercicio de las acciones derivadas de la *Lex Aquilia* Fue despues en la epoca clasica del derecho romano que el concepto de culpa entro a jugar el papel que finalmente le dispense el derecho moderno (Valencia Restrepo 1986) Realmente esta ley fue un plebiscito que en lugar del casuismo de las XII Tablas sobre danos a las cosas introduce una regulacion decisiva para todo el desenvolvimiento ulterior del derecho en materia de responsabilidad civil extra contractual

Por ello se ha dicho que la Lex Poetelia Papiria de Nexis³ y la Lex Aquilia constituyen imprescindibles hitos en una evolución ininterrumpida de la responsabilidad patrimonial y de la responsabilidad extracontractual que llegan hasta el derecho moderno

De hecho en la época inmediatamente anterior a Justiniano la culpa fue concebida en la posición que ocupa hoy día por consiguiente no solo bastaba la ocurrencia del hecho dañoso sino que además debía existir una relación de causalidad entre el hecho el dano y la culpa del causante Este es el perfil que adopta finalmente el derecho romano y es en definitiva el que gobierna básicamente las teorías subjetivas sobre la noción de responsabilidad civil hasta la actualidad

La situación en el derecho francés no difiere substancialmente del derecho romano En principio en las antiguas costumbres francesas se advierte un sistema similar al establecido por el derecho romano según el cual no había un concepto del delito sino delitos diversos y su correspondiente tabla de rescate impuesta al autor y a la víctima Es decir el sistema que impero en Francia no fue otro que el sistema de la composición

³ Promulgada en el año 428 de Roma la mencionada ley intervino a favor de los deudores nexi que eran aquellos que adquirían dicha obligación a través del nexum Declaro libres a los ciudadanos que eran nexi al momento de su promulgación prohibió encadenar en lo sucesivo a los deudores y decidió que no podían ya comprometer sus personas en provecho de sus acreedores sino solamente sus bienes

legal obligatoria (Bustamante Alsina 1993) Sin embargo cabe advertir que el derecho frances antiguo lleo a establecer como regla general la reparacion de todo dano causado con culpa

De lo hasta aqui planteado surgen claramente consecuencias que atanen al concepto actual de los efectos de las obligaciones y su relacion con la ya universalmente aceptada nocion de responsabilidad civil

La tecnica juridica moderna ubica a nuestro entender a la responsabilidad civil como un efecto mediato de la obligacion misma que reacciona tan pronto se produce un incumplimiento ilicito de la obligacion debida convirtiendose en efecto inmediato del incumplimiento del deber juridico que supone una obligacion cualquiera que sea su origen

Esto es asi ya que desde la conclusion de una obligacion desde que se forma son varias las situaciones que pueden acontecer El cumplimiento voluntario en virtud de la extincion de la obligacion por naturaleza mediante una de las formas de extincion de las obligaciones situaciones estas que no dan lugar a la responsabilidad civil por la extincion la razon juridica economica que dio razon a la existencia del vinculo (v g el pago)

Puede darse también el supuesto de causa extraña que impida jurídica o materialmente al deudor realizar la prestación como el caso de pérdida de la cosa debida no estando el deudor en mora y sin su culpa en las obligaciones de objeto específico en cuyo caso no hay obligación de reparar por lo cual no opera la noción de responsabilidad civil como derivado de la inejecución de la prestación

Asimismo el caso de cumplimiento natural forzoso por incumplimiento voluntario del deudor que pudiendo satisfacer la prestación no lo hace en este supuesto surge el deber de reparar y se es responsable civilmente de ello en virtud de que el deudor ha procedido de manera ilícita entendida la ilicitud en su sentido más amplio o sea el actuar contrario a derecho

Puede además suceder que sea imposible el cumplimiento natural de la prestación por lo que la prestación deberá cumplirse por equivalencia pues el objeto natural de la prestación se hace jurídica o materialmente imposible por lo que la indemnización entra a jugar un papel compensatorio que suple el daño que recibe el acreedor ante incumplimiento de la prestación a que tenía derecho

De lo expuesto concluimos que responsabilidad civil es en resumen el deber jurídico de reparar que pesa sobre un sujeto que habiendo actuado

contrario a derecho y en forma distinta a su obligación general o específica ha ocasionado daños reparables en el patrimonio o en la persona de su deudor

Aunque el Código Civil no lo dice de modo expreso la indemnización de daños y perjuicios que el acreedor tiene el derecho de exigir a su deudor ha de consistir en una suma de dinero a pesar de las excepciones contenidas en los artículos 392 y 472 del Código Civil⁴ la regla general que se desprende de ellas contrario sensu es que la indemnización debe consistir en dinero. En Francia el tribunal admitía que la indemnización podía no consistir en dinero hasta que la Corte de Casación repudió formalmente el sistema

Finalmente se ha dicho que la responsabilidad civil no es sino una consecuencia del obrar contrario a la exigencia normativa legal. No interesa si la conducta danosa sea consecuencia del incumplimiento de un vínculo contractual o que provenga de la ocurrencia de un hecho contrario a derecho ajeno a todo vínculo específico

⁴ Artículo 392 Siempre que el dueño de la materia empleada sin su consentimiento tenga derecho a indemnización puede exigir que esta consista en la entrega de una cosa igual en especie y valor y en todas sus circunstancias a la empleada o bien en el precio de ella según tasación pericial
Artículo 472 El usufructuario podrá compensar los desperfectos de los bienes con las mejoras que en ellos hubiese hecho

2 Responsabilidad civil contractual

Al arribar a la noción de responsabilidad civil contractual se hace impostergable definir someramente el concepto contractual para los efectos de la responsabilidad civil

Por responsabilidad contractual debemos entender toda aquella que tiene su origen en el incumplimiento de un vínculo jurídico preexistente en oposición a responsabilidad extracontractual que surge del incumplimiento del deber general de no dañar a los demás el cual tiene como sujeto pasivo a las víctimas del hecho con quien no se tiene vínculo previo

Se ha dicho que la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual hace referencia a la clase de derecho que es violado. La lesión causada a un derecho subjetivo absoluto da lugar a la responsabilidad extracontractual o aquiliana y la lesión de los derechos de crédito que nacen de los contratos lleva a la responsabilidad civil contractual

En el ámbito de la responsabilidad contractual el evento danoso consiste en el incumplimiento imputable de una de las partes del contrato o negocio jurídico que constituye la fuente de obligación a cargo de ellas. El ilícito en

consecuencia consiste precisamente en el incumplimiento de prestaciones exigibles por causa del negocio jurídico (Zannoni 1993)

Al respecto destacamos que la culpa contractual se funda en la obligación ajustada entre las partes contratantes cuya violación o incumplimiento genera el derecho para el contratante cumplido de exigir el pago de los perjuicios y los daños que se le ocasionaron y no solo por el incumplimiento total sino también por el incumplimiento parcial incluso por culpa en el cumplimiento es decir la exigencia en el pago va de la culpa en el cumplimiento hasta la culpa en el incumplimiento

La responsabilidad contractual importa el incumplimiento de un contrato en sentido estricto además el incumplimiento de cualquier obligación preexistente fundada en la voluntad lícita de una o más personas es susceptible de ser gobernado por las normas de responsabilidad contractual por girar en su órbita

Así en ciertos casos como los cuasicontratos en que técnicamente no hay cruce de voluntades como generador de obligaciones específicas puede darse y de común es así que surjan obligaciones a cargo de un sujeto de derecho a favor de otro que constituye su acreedor y que por tal queda gobernada dicha relación por las normas sobre responsabilidad contractual

Es el caso del cuasicontrato de gestion de negocios ajenos que en virtud del articulo 1635 del Codigo Civil se le impone al dueno de los bienes o negocios similares obligaciones a las impuestas al mandante con relacion a su mandatario dichas obligaciones que pueden resumirse en indemnizar al gestor de los gastos necesarios y utiles que hubiese hecho y los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeno de su cargo siempre que la gestion le fuere util

Las obligaciones a las que nos referimos en nada defieren de las que imponen al mandante los articulos 1418 1419 y 1420⁵ del Codigo Civil por lo que el incumplimiento del dueno a dichas obligaciones concede acciones indemnizatorias en cabeza del gestor accion que milita en el campo de la responsabilidad contractual

⁵ **Articulo 1418** El mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraido dentro de los limites del mandato

En lo que el mandatario se haya excedido no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifica expresa o tacitamente

Articulo 1419 El mandante debe anticipar al mandatario si este lo pide las cantidades necesarias para la ejecucion del mandato

Si el mandatario las hubiere anticipado debe reembolsarlas el mandante aunque el negocio no haya salido bien con tal que este exento de culpa el mandatario

El reembolso comprendera los intereses de la cantidad anticipada a contar desde el dia en que se hizo la anticipacion

Articulo 1420 Debe tambien el mandante indemnizar al mandatario de todos los danos y perjuicios que directamente le haya causado el cumplimiento del mandato sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario

Ademas en otros supuestos de actos juridicos unilaterales se generan vinculos y obligaciones licitas Asi por ejemplo la aceptacion de una herencia gravada con un legado sin ser un contrato esta regida en lo relativo a los efectos de las obligaciones que genera a las normas de responsabilidad contractual por tratarse de un vinculo especificamente de origen voluntario y licito

3 Responsabilidad civil extracontractual

La responsabilidad civil extracontractual difiere de la anterior en que esta supone la inexistencia de un vinculo previo entre el responsable y la victima Mientras en lo contractual la responsabilidad tiene su origen en un acto licito (contrato) al que la ley otorga la facultad de generar por si un deber especifico a cargo de uno o varios sujetos a favor de otro u otros denominado obligacion y cuyo incumplimiento da lugar a la responsabilidad civil en la responsabilidad civil extracontractual tal situacion no ocurre Efectivamente en el campo de la responsabilidad extracontractual el mismo hecho que es fuente de la obligacion lo es tambien de la responsabilidad civil Se trata de una obligacion que es nueva no consecuencia de otra por ello es a su vez fuente de la obligacion y antecedente necesario del deber de responder

El maestro colombiano Martínez Rave (1993) con acierto ha expuesto que en un Estado de derecho se procura no solo que los gobernantes y los gobernados se sometan a un conjunto de normas que regulen sus relaciones inter sociales sino que todos los componentes del grupo social gocen de la protección de todos sus derechos e intereses

El principio general ya conocido desde tiempos históricos de que quien cause daño a otro debe indemnizarlo debe tener aplicación. Nadie debe sufrir las consecuencias de un hecho dañoso ocasionado por otro. El perjudicado solo debe cargar con las consecuencias cuando corresponde a hechos de la naturaleza o circunstancias no imputables a otra persona

Si el hecho o daño es imputable a otra persona porque lo acusó directamente o lo ocasionó un tercero que está bajo su cuidado o se lo causó una cosa de la que es propietario u obtenía algún beneficio es esta última la que debe asumir las consecuencias del hecho o daño

Entre las fuentes de las obligaciones universalmente aceptadas y consignadas en nuestro derecho por el artículo 974 distinguen claramente las nacidas de los actos u omisiones ilícitas en que intervenga todo género de culpa o negligencia además de aquellos que constituyen delitos sancionados por la ley penal. Así los primeros se rigen por el título XVI del

Libro IV del Código Civil y los otros por los artículos 128 y siguientes del Código Penal

En materia de responsabilidad contractual manifestamos que existen normas que difieren sustancialmente de las normas que rigen la responsabilidad extracontractual de ello resulta que necesariamente debamos abocarnos al estudio de las principales normas que rigen aquella para luego distinguir la una de la otra

4 Delimitación del ámbito de la responsabilidad civil

Se ha señalado que la consecuencia final de la culpa civil en ambos ámbitos de responsabilidad civil impone el deber de indemnizar daños sea como consecuencia del incumplimiento de un deber preexistente in concreto (contrato) o de la colisión con el deber general de no causar daño a otros (extra contractual) esta cuestión suscita aun consecuencias prácticas por la diversidad de las regulaciones que nuestra legislación le dispensa a cada una

Ahora bien el tema del cumulo u opcion de la responsabilidad mantiene vigencia por ello habra que elegir para tener exito en una reclamacion entre una u otra regulacion sea contractual o extracontractual ya que de cada accion emanan consecuencias diversas

Al efecto no pueden acumularse con exito normas relativas a la una y a la otra verbigracia la prescripcion larga en materia contractual que es una ventaja con relacion a la prescripcion de plazo corto en materia extracontractual y a su vez pretender apoyar el mismo reclamo en las presunciones de culpa de la responsabilidad extracontractual

Puede suceder que un mismo hecho sea a su vez falta contractual y delito sancionado por la ley penal el ejemplo del medico que por negligencia le produce una lesion grave a su paciente mientras le hace un examen ocasional En el caso subjudice el medico debera responder por la comision del delito de lesiones por imprudencia pero tambien habra cumplido defectuosamente la prestacion debida en razon del contrato de servicios medicos En este supuesto la victima debera elegir entre la accion contractual o la extracontractual pero no podra ejercer ambas bajo la pretension de reparacion de danos

5 Presupuestos de la responsabilidad civil

5.1 Hecho ilícito

El hecho o conducta antijurídica del deudor que constituye un presupuesto de la responsabilidad civil puede consistir en una actividad o inactividad debemos entender como tal cualquier hecho positivo subjetivamente atribuible a un sujeto que por sí causa una mutación material o jurídica o que acompañada de otros factores o circunstancias preexistentes es capaz de generar un daño a otro y entendemos por omisión la abstención de realizar un hecho que apareje una consecuencia igualmente danosa

Definimos para los efectos que nos proponemos hecho como la fuerza presión o circunstancia que modifica físicamente un objeto cosa o persona favorable o desfavorablemente

Por lo anterior el hecho como elemento objetivo y cierto de la responsabilidad civil no debe confundirse con la conducta o acción ya que estos dos últimos términos exigen un vínculo subjetivo con el causante. En cambio el hecho puede ser cometido por una persona pero también por animales o cosas aunque tengan una relación remota con aquella

No atane a este elemento hecho las consideraciones referidas a su ilicitud o las circunstancias que le quitan ese caracter. Solo se requiere que el hecho exista y que sea imputable fisicamente a una persona, animal o cosa.

Conforme al artículo 1644 del Código Civil, todo el que por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

De esta norma se infiere el deber genérico de actuar prudente y la imputación subjetiva de la obligación de reparar cuanto daño se causare a cuantos descuidasen ese deber de prudencia, que a no dudarse es una fuente de la responsabilidad civil extracontractual.

Conforme al artículo 986 del Código Civil, quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieran al tenor de aquellas, norma que proyecta los elementos básicos de la responsabilidad civil en general.

En resumen, el deber de reparar es exigible tanto si existe vínculo previo (artículo 986 Código Civil) como si no existiere tal vínculo (artículos 1644 del Código Civil y 128 del Código Penal).

5 1 1 Distincion entre ilicitud civil y penal

La distincion dentro de la responsabilidad civil y penal tiene su exclusiva razon en la naturaleza del dano que ocasiona en consecuencia si se produce el menoscabo de un interes economico patrimonial o moral privado se trata de un delito civil y si por el contrario ademas transgrede las normas positivas para una convivencia pacifica del grupo social sera un delito penal En el segundo se da nacimiento a la accion penal y a la civil en el primero a la accion civil exclusivamente

No obstante para que del delito nazca una accion civil es necesario que el hecho delictuoso sea a la vez danoso Por ello no todos los delitos ocasionan accion civil el delito para que origine responsabilidad civil no solo requiere ser un ilicito subjetivamente considerado sino que ademas debe ser danoso o sea ha de vulnerar un patrimonio privado o un interes juridicamente protegible

Por ello Jesus Delgado Echevarria al comentar el articulo 1101 del Codigo Civil espanol que corresponde al articulo 986 del nuestro apunta que dicha norma se refiere a las deudas civiles nacidas por cualquier causa que ponga en relacion directa a deudor y acreedor y no solo a contratos (En Vasquez Ferreira 1993)

En este sentido la responsabilidad tiene su origen en la propia noción de obligación que en caso de incumplimiento reafirma su carácter esencial de vínculo que se perpetúa en la protección resarcitoria

Coincidimos con el criterio anotado ya que la ilicitud del daño que experimenta el acreedor mediante un acto contrario a derecho no difiere en su esencia de la ilicitud de causar daño a un extraño contra el cual se perpetra un hecho delictual. Tampoco es diferente el hecho culposos que hace frustrar las expectativas de un acreedor contractual del hecho culposos que causa daño a un tercero con el que no se tiene un vínculo previo

Por lo tanto en lo posible estudiaremos los elementos de la responsabilidad civil en su conjunto prescindiendo de la separación histórica que distingue entre la esfera contractual y la extracontractual salvo los supuestos en que tal distinción genere alguna consecuencia práctica dada la doble regulación que aun impera en el Código Civil al efecto

5.1.2 La ilicitud en el ámbito contractual

El incumplimiento absoluto se produce en todos aquellos supuestos en que la prestación es desatendida por el deudor sin justificación alguna no

obstante no habra incumplimiento en los supuestos de prestacion imposible justificada por el corte de la causalidad La falta de cumplimiento de la obligacion guarda nexo causal con la conducta del deudor desde luego esto no sera asi si la inejecucion proviene del caso fortuito no estando este en mora y no siendo culpable de la imposibilidad

A ello se refieren los articulos 1068 y 1072 delCodigo Civil cuyo tenor literal es

Articulo 1068 Quedara extinguida la obligacion que consista en entregar una cosa determinada cuando esta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse este constituido en mora

Articulo 1072 Extinguida la obligacion por la perdida de la cosa corresponderan al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razon de esta

Si la inejecucion no obstante se produce conforme uno de los supuestos de las aludidas normas no habria obrado ilicitamente el deudor por tanto no sera responsable

La prestacion resulta imposible en las obligaciones de dar si la cosa especifica pereciera sin culpa del deudor y no estando este en mora a

contrario sensu si el deudor esta mora y la cosa perece por su culpa se trataria de un supuesto de incumplimiento total

Otro supuesto consiste en la inexecucion de obligaciones de hacer o no hacer en que constituida la obligacion el hecho constitutivo de la prestacion se hace juridica o materialmente imposible

En todos estos casos hay incumplimiento especifico de la obligacion no imputable al deudor por lo que el acreedor no podra obtener el cumplimiento especifico de la obligacion ni reclamar una indemnizacion compensatoria

5 1 3 Cumplimiento irregular o defectuoso

A diferencia de los casos en que existe la inexecucion total cuando se da un cumplimiento irregular o defectuoso el acreedor no esta en el deber de aceptarlo La regla del articulo 986 delCodigo Civil asi lo expresa al establecer respecto al cumplimiento de las obligaciones que tendran que indemnizar los danos causados los que de cualquier modo contravinieran el tenor de aquellas mas aun el articulo 1053 *lex cit* al respecto es claro al reafirmar el contenido de esta regla

Artículo 1053 El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida

Tampoco en las obligaciones de hacer podra ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor Sin embargo el derecho del acreedor a rechazar la mala ejecucion no constituye una facultad absoluta que puede ser ejercida al solo arbitrio de aquel Como bien afirma Bustamante Alsina (1993) si se trata de pequenas imperfecciones juzgadas con un criterio adecuado de racionalidad habria que rechazar la oposicion del acreedor a dar por ejecutada la prestacion hallando este suficiente satisfaccion con el resarcimiento del dano que resulte por la necesidad de corregir aquellos defectos Asi el acreedor podra negarse a pagar el dano proporcional a esas deficiencias o hacer ejecutar las reparaciones por un tercero a cuenta del deudor y demandar a este por danos y perjuicios

En cambio carece de todo derecho a indemnizacion el acreedor que ha consentido sin salvedad alguna la variante en la ejecucion y el que no ha sufrido menoscabo a causa de la variante aludida La actitud del acreedor que pretende la destruccion de lo mal ejecutado cuando el efecto es de poca importancia constituye un ejercicio abusivo de su derecho

5 2 Daño

5 2 1 Concepto de daño

Segun la doctrina imperante la nocion de dano desde una perspectiva objetiva es cualquier menoscabo que a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales naturales ya en su propiedad ya en su patrimonio (Zannoni 1993)

Constituye dano cualquier disminucion al patrimonio real o virtual de la victima Dentro del concepto de dano debe tomarse en cuenta conforme al articulo 991 delCodigo Civil que el deudor no solo responde por el valor de la perdida que haya sufrido la victima sino tambien el de la ganancia que haya dejado de percibir el acreedor en el primer supuesto se trata de dano emergente en el segundo de lucro cesante

La Ley nacional distingue en la vertiente contractual el dano causado de buena fe del dano causado de mala fe en el primer supuesto la responsabilidad del deudor se limita a los danos previstos o que hayan podido preverse al tiempo de constituirse la obligacion y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento En tanto el segundo supuesto si el incumplimiento fuere doloso el deudor debera responder por

todos los danos que conocidamente se derivan de su incumplimiento. No obstante, como se sabe, que la culpa grave equivale a dolo, la obligacion que impone el artículo 982 del Código Civil al incumplidor doloso es también exigible en caso de culpa grave. Por lo tanto, la extension de la responsabilidad en ambos supuestos abarca todos los danos que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligacion.

En la estimacion del dano reparable en materia extracontractual no rige la limitacion a que hemos hecho referencia a proposito del dano proveniente de incumplimiento contractual. Esto se infiere de lo establecido en el 1644 del Código Civil, que en nada se refiere a limites, sino que por el contrario, senala simplemente la obligacion de reparar el dano causado, por lo que se estima que en esta esfera la reparacion del dano es integral, es decir, incluye los danos previstos e imprevistos.

5.2.2 Requisitos del daño

El dano como fenomeno material debe, para ser resarcible, reunir una serie de características que lo convierten en dano juridico. El dano que no cumple con las condiciones que expresaremos a continuacion no constituye un dano reparable o, lo que es lo mismo, no da lugar a la indemnizacion.

Uno de los elementos esenciales de la responsabilidad civil es la existencia de un dano lo que es presupuesto para que posteriormente con conocimiento de causa se pueda distinguir entre el tipo de dano que se cause y la relacion juridica que nace entre los sujetos activo y pasivo de la misma para concluir como operara la reparacion del agravio en beneficio de la persona que ha sufrido detrimentos en si misma o en su patrimonio (Ochoa 1996)

Del concepto de dano importa la nocion de perjuicio ya que no compartimos la distincion entre derechos subjetivos e intereses subjetivos por no contener ninguna importancia practica asi danos y perjuicios en nuestro criterio no presenta distincion alguna De alli que opinamos con el jurista argentino Zannoni (1993) que

Cuando la facultad de actuacion en la esfera propia de la persona se transforma en un concreto poder de actuar atribuido por la ley aquella se transforma correlativamente en el contenido de un derecho subjetivo Pero entonces se alude a un interes que lleva consigo un poder que pertenece o se atribuye por la ley y que no solo permite o faculta un obrar licito tendiente a la satisfaccion de este interes sino mas bien la persona hace suyo este interes porque la ley le ha conferido la posibilidad de actuar exigiendo su satisfaccion El interes es entonces interes legitimo y como tal el contenido del derecho subjetivo (p 12)

El dano es cierto en cuanto exista en cuanto pueda resultar objetivamente probable el concepto de dano cierto se opone al de dano incierto que es el hipotetico eventual o conjetural que puede producirse como puede no producirse al efecto si se indemnizare un dano incierto o eventual y finalmente el dano no se materializa estaríamos frente a un caso de enriquecimiento sin causa lo cual es en sí antijuridico (Alterini 1993 p 259)

La perdida de chance se refiere a un dano cierto que consiste en la perdida de la posibilidad de un beneficio patrimonial atribuible al hecho que ha frustrado tal situacion real Para mayor claridad citamos a continuacion a Ghersi (1994) que comentando el mismo tema sostuvo

En este sentido debe diferenciarse del derecho de chance que esta basado en una situacion de probabilidad y posibilidad como lucro cesante por ejemplo la muerte de un caballo de carrera el dano emergente es la efectiva perdida del valor economico del animal el lucro cesante apunta al incremento que de acuerdo al curso ordinario normal de las cosas puede experimentar el valor del caballo (diferencia entre el precio de compra y el de venta como tasa de ganancia) mientras que el derecho de chance es la probabilidad concreta de que hubiese ganado la carrera en que iba a participar (p 414)

Por su parte el maestro Bustamante Alsina (1993) comenta si bien lo que daría al dano el caracter de eventual refiriendose a la perdida de una chance sera la probabilidad de obtener la ganancia o de evitar el perjuicio hay por otra parte una circunstancia cierta la oportunidad cierta se ha perdido de ella debe indemnizarse

Este criterio que ademas avalan otros autores y que ha sido admitido en la jurisprudencia francesa y argentina por lo menos nos parece del todo adecuado pues hay dano cierto una expectativa concreta en cabeza del damnificado que en razon del acto del tercero desaparece por lo que en si constituye un dano cierto la perdida de la chance

Sera labor del Juez en cada caso conforme a la mayor o menor probabilidad de exito de la chance senalar el monto de la indemnizacion correspondiente por lo pronto basta con admitir que la perdida de un chance constituye un dano cierto

Dentro del concepto de dano cierto implicitamente se recoge no solo el actual sino tambien el dano futuro que es reparable ya que la indemnizacion incluye todos los perjuicios previstos o previsibles que se

deriven del incumplimiento o los que conociendo de ellos se deriven según sea el caso

Así el daño futuro será aquel que surge del acto dañoso y que afectará ciertamente a la víctima no pudiendo de antemano evaluar con certeza su extensión y valor en definitiva. Esta noción se opone a la del daño actual entendido como aquel que puede ser avaluado y determinado en la época de su reclamo o durante el proceso respectivo. Es el supuesto de o contagio del virus del SIDA (VIH) adquirido en una transfusión de sangre se sabe que el infectado enfermará y morirá pero hasta que eso pase el daño será futuro

Podemos hablar entonces de daño actual o sea el que se da en el momento en que surge la controversia y cuya existencia magnitud y gravedad se asimilan al hecho ilícito que lo produce el daño futuro es aquel que nunca presenta en el momento de la controversia las tres características del daño actual es decir existencia magnitud y gravedad sino que al producirse el hecho ilícito este será consecuencia directa del evento dañoso que se actualiza con posterioridad (Ochoa 1995)

En resumen el daño es actual o presente cuando ya ha ocurrido al tiempo en que se dicta sentencia en cambio es futuro el que todavía no ha

sucedido aunque su causa generadora ya existe. Será cierto el daño futuro que se presentara indudablemente o con un alto grado de posibilidad e incierto el que es eventual, hipotético o conjetural. Este último no califica como daño reparable y no debe ser considerado en la indemnización correspondiente.

Además, el daño debe ser subsistente, es decir, que no haya sido reparado por quien estaba obligado a ello. Así, si la propia víctima repara el daño, el responsable debe cumplir por equivalencia hasta el importe de la disminución que en razón de la reparación del daño ha experimentado el patrimonio del acreedor. En tal sentido, el daño persiste aunque no en su versión original.

Es el supuesto de un accidente de circulación vehicular en que el deudor causa daños mecánicos al vehículo ajeno, los cuales no repara oportunamente. El acreedor damnificado invierte su propio dinero y repara su vehículo. En razón de ello, la obligación primitiva no puede cumplirse, es natural ya que el vehículo no tiene daño alguno. Empero, el patrimonio del acreedor ha sufrido una disminución, por consiguiente, subsistirá el daño por la equivalencia del valor invertido.

La misma situación opera cuando un tercero repara el dano en razon de una causa distinta como el supuesto del dano reparado por la compania aseguradora de la victima en cumplimiento del contrato de seguro el deudor debera restituir lo pagado por la compania y los intereses por el anticipo ya que en tal evento el dano subsiste El accionante de haber sufrido un dano o ser destinatario de la accion futura de quien lo recibio directamente es el caso del empleador con relacion a sus dependientes por danos imputables a terceros⁶

5 2 3 Cuantificacion del daño

Al entrar a determinar el quantum de la indemnizacion en los casos en que no lo hacen las partes contratantes ni la ley el juez debe actuar orientado por un claro concepto de lo que es la indemnizacion evitando confundirla con una sancion o castigo que se impone a quien infringio la obligacion

⁶ **Artículo 302** Cuando el riesgo profesional fuere debido a dolo o culpa atribuible a terceros el trabajador o sus causahabientes podran reclamar ante los tribunales ordinarios los danos y perjuicios que ante correspondan de acuerdo con el derecho comun sin menoscabo de los derechos y acciones que puedan tener contra el empleador en virtud de las disposiciones de este titulo

Si la accion ante los tribunales ordinarios comprendiese la totalidad o parte de las indemnizaciones que otorga el presente Capitulo los tribunales comunes al ordenar el pago de los danos y perjuicios procedentes trabajaran la cuantia de ellos en la proporcion en que el empleador hubiere satisfecho las indemnizaciones referidas el empleador quedara asistido por la accion subrogatoria correspondiente contra los agentes del hecho doloso o culposo Son terceros para los efectos de la presente disposicion cualesquiera personas que no sean el empleador sus representantes en la direccion del trabajo o sus trabajadores

La indemnización no es una pena se trata de un medio de reparar danos causados de restaurar la situación patrimonial del acreedor perturbado por la infracción de la obligación en cuanto haya sufrido en lo moral y lo material responsabilizando y no penando al deudor Por lo tanto el proceso de determinación del monto de la indemnización por el juez tiene como meta una cantidad en dinero que corresponda aritmeticamente a la suma del valor de los danos y perjuicios que han sido causados con la infracción de la obligación

Para alcanzar esa meta será necesario ante todo precisar cuales son los danos y perjuicios que se han causado pues a ellos y solo a ellos se extiende la indemnización

No obstante hay ciertos supuestos de valuación legal Nos referirnos a la determinación que del monto de la indemnización por los danos causados por mora que hace la ley con respecto a las obligaciones de pagar una suma de dinero⁷

⁷**Artículo 993** Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero y el deudor incurre en mora la indemnización de danos y perjuicios no habiendo pacto en contrario consistirá en el pago de los intereses convenidos y a falta de convenio en el interés legal Mientras no se fije otro por la ley se considerará legal el interés del 6% al año

Artículo 994 del Código Civil que dice Los intereses vencidos no devengan interés en ningún caso En los negocios comerciales se estará a lo que dispone el Código de Comercio Los Montes de Piedad y Cajas de Ahorro se regirán por sus reglamentos especiales

De lo anterior resulta que este tipo de valoración se caracteriza por tener carácter supletorio por cuanto solo se aplica *no habiendo pacto en contrario* como establece el artículo 993 del Código Civil

Finalmente en nuestro derecho los intereses vencidos no devengarán intereses en ningún caso por lo tanto el anatocismo no se admite en materia civil. Dicho en otras palabras no podrán capitalizarse en poder del deudor los intereses vencidos para que estos a su vez produzcan intereses

Como hemos expresado la determinación del monto de la indemnización es materia disponible por lo que establecer su *quantum* convencionalmente aun antes de producirse el hecho ilícito es válido y eficaz

En efecto los contratantes pueden acordar el monto de la indemnización que se han de pagar por daños y perjuicios en caso de infracción de la obligación si este acuerdo es por anticipado constituye una cláusula penal o arras penitenciales según sea el caso

De no haberse estipulado cláusula penal acreedor y deudor pueden convenir después de infringida la obligación mediante transacción el monto que el último ha de pagar al primero como indemnización

Algunos autores consideran este instituto como parte de las llamadas evaluaciones convencionales así para Josserand (1946) *es aquella por la cual las partes fijan de antemano la suma que tendrá que pagar el deudor si no ejecuta su obligación o si la ejecuta tardamente* (p 369)

La estipulación como negocio formal y abstracto satisfizo progresivamente en época clásica dos apetencias del mundo jurídico romano su culto a la forma –menos ritual claro está que en el periodo anterior y la superación en algunos casos socialmente sentidos como necesarios de la rigida tipicidad y nominación propias de los contratos

De ahí que en ocasiones sirvió para revestir de acción a hipótesis que por sí mismas no habrían logrado protección procesal un ejemplo es la *cautio damni infecti* en otras fue el camino apropiado para formalizar convenios desprovistos de solemnidad y ajenos al *ius civile* o para dar refuerzo a las más diversas relaciones es el caso de las estipulaciones a favor de terceros en las que una *Stipulatio poenae* adjunta es la forma utilizada para asegurar la realización de la prestación del primer negocio que en principio se considera nulo

Se ha dicho que la regulación de la indemnización no tiene por que forzosamente someterse a los tribunales bien pueden las partes convenirla

tanto una vez producido el incumplimiento como antes de él y en previsión de que acontezca mediante una cláusula penal. Se le suele definir como la evaluación convencional y anticipada de perjuicios que hacen partes de la definición que peca por considerar solo el aspecto indemnizatorio de la estipulación sin detenerse en otro que es tan importante como este su carácter de caución.

5.2.4 Clasificación del daño

El daño reparable en el derecho panameño incluye de manera expresa además del daño material que puede ser emergente o lucro cesante el concepto de daño moral en virtud de la inclusión del artículo 1644 a en el Código Civil por el artículo 8 de la Ley 18 de 31 de julio de 1992 que establece que el daño causado comprende tanto los materiales como los morales en la esfera contractual y extracontractual.

Según dicho precepto por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien en la consideración que de sí mismo tienen los demás.

Ademas concede un caracter patrimonial al dano moral al concluir que el responsable del hecho ilicito debera repararlo mediante una indemnizacion en dinero

En materia de reparacion de danos a terceros en relacion con la responsabilidad civil en Panama hemos sido herederos y continuadores tanto en la legislacion como en la jurisprudencia de las concepciones del individualismo filosofico y del liberalismo economico de los que fuera portador inicial el Codigo Napoleonico en termino general

El tema como sucede en la mayor parte del panorama juridico hispanoamericano se recogio de manera similar en los codigos civiles desde las primeras decadas del siglo XIX

Por supuesto lo anterior no significa que el tratamiento del problema y sus soluciones con el paso del tiempo hayan permanecido inalterables Con el proposito de encontrar una explicacion doctrinal al reconocimiento del dano moral en la esfera de la responsabilidad civil se ha sostenido que las normas del Codigo Civil en donde se alude a la obligacion de indemnizar danos y perjuicios incluyendo expresamente el dano emergente y el lucro cesante asi como el articulo 991 no excluye la indemnizacion del dano no patrimonial u otros modos de reparacion no dineraria del dano

Este dano en terminos simples y sencillos ha de entenderse como cualquier lesion de un interes de naturaleza patrimonial o extra patrimonial. Asi, el dano moral o no patrimonial seria el que recae en una serie de bienes juridicos de *utilitas inestimable* para usar la expresion latina y se referiria a cualquier tipo de dano que pueda llegar a sufrir semejantes bienes. Segun otros, cuando se trata de dano moral simplemente estaríamos hablando de un daño que no tiene consecuencias patrimoniales.

Los bienes susceptibles de una reparacion de orden moral por razon del dano que se les sanciona suelen estar tipificados o al menos hay coincidencia a la hora de identificarlos: al honor, la intimidad, la imagen y todos aquellos vinculados a los derechos personalisimos. No obstante, en otros lares la jurisprudencia ha reconocido la indemnizacion del dano moral en situaciones bastante singulares.

En Espana, por ejemplo, se ha considerado dentro de esta categoria la frustrada esperanza de fundar una familia por parte de la mujer cuyo matrimonio se declaro nulo por reserva mental del marido. Tambien, la omision por parte de la compania telefonica del nombre de un abonado en la guia de telefono tratandose de un abogado o el error de que le hace aparecer en la guia de telefonos con un sentido sensiblemente alterado: ranera por ramera.

Como dano moral han sido aceptados por el Tribunal Supremo de Espana los danos que disminuyen la capacidad de obtener riqueza la perdida de la capacidad de trabajo y hasta la necesidad de trasladar las vacaciones a un periodo menos adecuado bajo el dictamen de que se ha perjudicado al demandante con perdida de solaz Asimismo pareciera que el reconocimiento de una indemnizacion por dano moral en favor de los familiares cercanos al fallecido cuando el resultado del dano haya sido la muerte es un asunto que hoy no se discute

Claro que una concepcion que pretenda identificar exclusivamente el dano no patrimonial a traves del bien juridico afectado pudiese tropezar con la dificultad de imposibilitar la individualizacion exacta de cuales son esos bienes pues como se comprendera no es nada facil abarcarlos a todos sin el riesgo de que en la enumeracion muchos sean los que se queden por fuera Otro riesgo que se correria es el de incluir en la categoria del bien juridico susceptible de reparacion via dano moral lo que en el fondo pueda ser solo una afeccion particular vinculada a la lesion de otros bienes

La curiosa perdida del solaz vacacional de la cual hemos hablado arriba no es otra cosa en nuestra opinion que una consecuencia negativa del cumplimiento de un contrato aun este caso al de viaje o transporte y podria serlo de cualquier otro por lo que es muy discutible que el

mencionado se pueda aceptar como un bien jurídico protegible y elevado en sí mismo a la categoría de derecho vulnerado que merece una indemnización bajo el amparo de la noción de dano moral

En el derecho alemán el dano no patrimonial solo es indemnizable cuando así se encuentre dispuesto por una norma específica. En el derecho inglés se admite la indemnización por *non pecuniary loss*. Dentro de ese rango cae el denominado *discomfort* causado por el incumplimiento de un contrato de transporte que obliga al viajero a permanecer en lugar distinto al contrato o en una estación distinta en donde no existe hotel o en una habitación de hotel menos confortable que la contratada o en un hotel de inferior calidad al convenido también por ejemplo la servidumbre de paso que el vendedor no puso en conocimiento de comprador y que este tendría que soportar luego de celebrada la compraventa

En el derecho norteamericano existe la figura de los llamados *exemplary o punitive damages* donde el dano sufrido se considera agravado por circunstancias tales como la violencia la opresión la malicia el fraude o la conducta malvada con que ha actuado la parte demandada. Su propósito es reconocerle al demandante una compensación por la angustia la laceración de los sentimientos la pena la degradación u otros agravios recibidos a raíz del incumplimiento de una obligación reconocimiento que se

hace por adidura al de los danos materiales causados o sea los llamados actuales o *compensatory damages*

Un sector de la doctrina sostiene que la indemnizacion por dano moral producto del incumplimiento de una obligacion contractual partiria de la aceptacion del principio doctrinal que entiende que la prestacion o indemnizacion no tiene necesariamente fundamento en el incumplimiento del contrato sino en el dano derivado de ese incumplimiento. El deudor en materia de indemnizacion por razon del dano moral ocasionado responderia siempre que el dano le sea imputable.

La indemnizacion correspondiente no seria un efecto de ninguna obligacion preexistente lo seria de la nueva obligacion que surge del dano injustamente causado. La indemnizacion por dano moral no seria en ese caso el objeto de la obligacion incumplida y mas bien constituiria la consecuencia del incumplimiento del deudor.

Por otro lado tenemos este enfoque dentro de la orbita de la responsabilidad contractual el deudor de buena fe solo seria responsable de los danos y perjuicios previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligacion y que sean consecuencia necesaria de su falta

de cumplimiento tal como lo establece el ya citado artículo 992 del Código Civil

Hasta aquí se trata tan solo del daño emergente y del lucro cesante claramente previsto por el artículo 991 del Código Civil como la indemnización derivada del incumplimiento de las obligaciones contractuales. Pero es el propio artículo 992 el que agrega que en caso de dolo el deudor responderá además de todos los daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.

Así mismo el artículo 988 *lex cit* señala que la responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones y previamente el artículo 987 deja sentado que la responsabilidad procedente del dolo negligencia agravada también será exigible en todas las obligaciones.

En otras palabras los defensores de esta postura consideran que la indemnización de daño moral en el caso de un deudor de buena fe solo tendría lugar siempre y cuando el daño haya sobrevenido como consecuencia inmediata del incumplimiento del deudor y que sea de los que han sido previstos o se hayan podido prever en el tiempo de constituirse la obligación.

Otra conclusión que es dable desprender de lo establecido en el artículo 992 del Código Civil sería que las mencionadas condiciones no son exigibles en caso de que haya mediado dolo del deudor pues bajo esas circunstancias el deudor respondería de los daños que se derivan de la falta de cumplimiento del contrato. Sin que se haga necesario en ese caso la exigencia de los dos requisitos mencionados.

Ahora bien, no es un asunto fácil determinar todo el tiempo que ha de entenderse por dano previsible y por consecuencia necesaria a los que se refiere la disposición, pero esa es materia que no nos corresponde abordar en esta oportunidad.

Las tendencias conceptuales prevaecientes determinan el imperio del libre albedrío y de la autonomía de la voluntad y dentro de esa orientación los daños causados a terceros solo serán reparables en la medida en que se hubiesen violado el deber general de no danar o no se hubiese cumplido la obligación contractual voluntariamente convenida por lo que el vértice del problema es fijo en el danador y en su conducta antijurídica reprochable tanto en el orden contractual como en el extracontractual.

Sin dudas desde un comienzo la idea central en torno a la responsabilidad civil y la indemnización se orientó a la defensa del

patrimonio Mas adelante con el afianzamiento del sistema capitalista y el avance de la tecnologia con el aporte de importantes acontecimientos historicos y sociales experimentados por la humanidad nuevas categorias de derecho se han ido paulatinamente integrando en los ordenamientos juridicos

En el caso nuestro por razones ante todo practicas que tienen que ver con la definicion que se le da en nuestra legislacion al dano moral preferimos ubicarnos entre quienes estiman que esta clase de agravio comprende todo aquel que no sea patrimonial En otras palabras el que no este comprendido ni tenga por objeto un interes estrictamente economico en atencion a la relacion con el bien que se tutela Por supuesto lo anterior es sin menoscabo de que habra supuestos en que la lesion ocasionada a un derecho extrapatrimonial (por ejemplo la salud la vida o el honor) tambien puede dar lugar a que se provoque un dano patrimonial el cual podria verse reflejado en situaciones tales como la capacidad para trabajar los gastos de curacion o convalecencia etc

Desde ese punto de vista participamos del criterio de que ambos intereses el patrimonial y el extrapatrimonial pueden coexistir como presupuestos de un mismo derecho por eso las lesiones que sufra la victima de un accidente pueden dar lugar a la indemnizacion o resarcimiento del

dano patrimonial provocado por las lesiones pero tambien por que no el resarcimiento del dano extrapatrimonial o moral que la integridad personal corporal afectada pudiese haber sufrido Digamos por ejemplo el dano estetico

Los denominados bienes extrapatrimoniales tales como los atributos de la personalidad constituyen fines en si mismos al punto de que se confunde con la propia personalidad un hombre podra ser mas rico que otro poseer mayor o menor fortuna que otro pero no es dable concebir a un hombre con mayor derecho a su integridad personal que otro o sea con mas intimidad con mas honor con mas vida con mas imagen que su proximo

El jurista Zannoni (1993) al referirse al tema in comento senala que

Cuando se habla de danos patrimoniales se trata de saber si la actividad danosa ha provocado ha sido causa de un detrimento atribuible al autor para ello mensura mide contrata de que medio economico ha sido privado o a dejado de obtener el damnificado y en funcion de ello se liquida el perjuicio Cuando se trata de un daño moral se resarce el ataque mismo a un atributo de la persona de un derecho subjetivo que a diferencia de los derechos patrimoniales no tiene por objeto bienes susceptibles de ser cuantificados en mas o menos (p 195)

Sigue diciendo el precitado autor (1993) agrega que *el daño moral no se mide solo ni fundamentalmente por las repercusiones que contiene sino por el menosprecio que la actividad danosa en si misma denota a la persona (fisica o juridica) y se estima en razon de la entidad del interes no patrimonial lesionado* (p 195) En resumen y en todo de acuerdo con el autor en cita *cualquier ataque a la persona le infiere a ella un daño por el ataque mismo ya que el agravio no se predica en razon de la frustracion de los medios sino por el menoscabo a la persona que es como tal un fin en si misma* (p 195)

Otro aspecto que le ha merecido atencion a la doctrina es el atinente al caracter o naturaleza de la reparacion que se imponga como resultado del reconocimiento del dano moral

Para Demoque Ripert y Sabatier *la reparacion del daño moral constituye una pena y por tanto tiene un caracter sancionatorio es ni mas ni menos una sancion al ofensor En el fondo la tesis de que los derechos intangibles lesionados no son resarcibles en razon de su propia naturaleza impera en esta postura* (En Bustamante Alsina 1993 p 49)

Se formula la siguiente interrogante ¿Como resarcir en derecho los sufrimientos de una madre cuyo hijo ha muerto? Tambien se ha llegado a sostener que este tipo de resarcimiento pudiese bordear los umbrales de la

inmoralidad de allí que solo se puede admitir la reparación económica del dano moral si se explica como una pena privada o sancion que se le aplica al ofensor. Frente a esa concepcion se erige la considerada como la mayoritaria en la doctrina la reparación no pecuniaria del dano no patrimonial es resarcitoria no punitoria.

La dificultad que ofrece demostrar el dolor, las aflicciones, el desprestigio o la indignidad provocada no significa ni quiere decir que tales padecimientos no sean susceptibles de apreciación pecuniaria sin que ello implique que tal reparación equivale a una compensación propiamente dicha.

El dano injusto en el caso de la responsabilidad objetiva no se le atribuye el dolo o la culpa sino que se reconoce a partir de otros factores objetivos basándose en el criterio de que la ausencia de culpa del responsable no puede ser ella misma obstáculo para que la víctima de un acto ilícito obtenga reparación por el perjuicio sufrido.

En opinión de Salas expuesta en ponencia publicada en noviembre de 2000 este señaló que el sistema imperante en nuestra legislación civil el cual se erige básicamente sobre la conducta culposa, negligente o dolosa asunto clave para determinar si el acto ilícito que da lugar al dano es susceptible de reparación. Lo que no significa tampoco que un asomo de la

llamada responsabilidad objetiva no este presente en nuestra legislacion a traves de lo que nos dice los articulos 1645 y siguiente del Codigo Civil normas que sin embargo no logran desterrar por completo los valores subjetivos representados por la culpa o el dolo que continuan haciendo acto de presencia en los supuestos contemplados en esas disposiciones en cuanto a la determinacion de la responsabilidad que le cabe a una persona

Reflexion que como veremos mas adelante es conforme con lo que al efecto rige en la actualidad en la materia

Lo mas rescatable de lo expuesto por Salas en el registro judicial que se comenta de la transcripcion de ciertas sentencias proferidas en distintas epocas es que se deduce con claridad un proceso de evolucion desde las que negaban absolutamente la reparacion del dano extrapatrimonial hasta las que han sido emitidas a proposito de la expedicion y vigencia de la en Panama de la Ley 18 del 31 de julio de 1992 actualmente en vigor

Es evidente que dado que anterior a esta ley ciertos fallos de epocas remotas estaban basados en que el Codigo Civil no hacia mencion expresa al dano moral ni a la obligacion de repararlo realidad en la que no diferia de otras legislaciones como la espanola

El concepto se establece y desarrolla con la adición al Código del artículo 1644 a norma en donde con meritorio esfuerzo el legislador recogió los aspectos fundamentales de ese tipo de responsabilidad. El artículo además de la definición de dano moral incluye la obligación de repararlo e indica que esa reparación se hará en dinero con independencia de la indemnización que se pueda o no tener como consecuencia del dano material que se haya sufrido ya sea en el orden contractual o en el extracontractual.

En nuestra opinión el artículo 1644 a es una excelente síntesis de los principales aspectos envueltos en el tema del dano moral. El mismo sin agotar por supuesto todo su contenido se ha convertido en un instrumento eficaz en la tarea de elaborar una doctrina jurisprudencial al respecto. Veamos de inmediato por que lo aseguramos. En épocas tan tempranas como 1918 acerca del dano moral sostuvo la Corte Suprema de Justicia de Panamá de manera categórica lo siguiente: Ni la legislación vigente hasta el 30 de septiembre de 1917 ni la que ahora rige autoriza el cómputo del dano moral en la estimación de perjuicios ni tampoco existe jurisprudencia que establezca semejante doctrina en los Tribunales Colombianos ni en los de España de donde se derivan los Códigos Civil y Penal que están vigentes en la actualidad. Esa postura era equivocada o al menos opuesta a la sostenida por la doctrina y los tribunales españoles país en cuya legislación está el

origen de la nuestra y en donde a partir de una interpretacion amplia y flexible de las disposiciones del Codigo Civil encargadas de regular el dano emergente el lucro cesante y la conducta dolosa o culpable en el cumplimiento de las obligaciones se llevo a la conclusion de que no habia razon para dejar de reconocer el dano moral y su correspondiente indemnizacion

Con posterioridad la jurisprudencia vario el criterio y empezo a reconocer el dano moral pero con mucha cautela Sin desconocerlo en terminos absolutos la Corte a traves de la exigencia de su prueba en forma rigurosa o sea como si su comprobacion estuviese sujeta a todo lo exigido en los casos de dano material no puso reparos y rechazo con mucha frecuencia los reclamos formulados en ese sentido

En dictamen de 17 de noviembre de 1969 en un proceso en que se demandaba la reparacion por el dano moral ocasionado al prestigio y reputacion personal del demandante quien habia sido denunciado por hurto sin que se pudiera acreditar esa conducta delictiva la Corte hizo gala de ese rigor y sentencio que para la reparacion del dano moral reclamado era indispensable demostrar esa disminucion de la fama profesional del demandante prueba que como se hizo indicado no se trajo al proceso

Con antelacion al fallo de 1962 la Corte aun aceptando que entre los danos morales existen algunos donde la mera demostracion del ilicito es suficiente para imponerle al responsable la obligacion de indemnizar arribo la conclusion de que Existen empero danos morales en donde la prueba se hace necesaria pues se debe demostrar la existencia de ciertos factores para que se configure la existencia del dano que debe ser indemnizado en el presente caso falta esa comprobacion

En esos fallos es notoria la resistencia en cuanto a conceder alguna indemnizacion en concepto de reparacion y ademas la forma en que se evita entrar en las definiciones necesarias para aclarar al menos doctrinalmente que se entendia o que debia entenderse por dano moral en nuestro medio Tambien es obvio el grado de abstraccion en que se planteaba aquello relacionado con su prueba

Esa falta de definicion atribuible en buena medida a las carencias de legislacion se ve reflejada en sentencia de fecha muy reciente como aquella dictada en 1993 por el Primer Tribunal Superior de Justicia cuando se pronuncia en los siguientes terminos

Ahora bien sabido es que no hay parametro para cuantificar el dano moral por la especial naturaleza de los mismos Sin embargo nuestra mas lata corporacion de justicia ha

establecido una determinada suma para estos casos fijandola en B/ 3 000 00 bajo las siguientes consideraciones

Este punto de vista equitativo sin entrar en el analisis actuarial ni en las operaciones matematicas correspondientes lo resuelve la Sala mediante enunciado practicado de que el quantum de dano moral siempre ha sido fijado jurisprudencialmente en la suma de B/ 3 000 00 y no hay razones para variarlo ahora

Es la puerta abierta por la Ley 18 de 1992 con su adiccion del articulo 1644 A delCodigo Civil lo que ha permitido a la jurisprudencia introducirse con pasos mas seguros en el ambito del dano moral y su reconocimiento

En los ultimos cinco anos la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido la indemnizacion por danos morales ocasionados a los demandantes en una docena de casos cifras importantes si se compara con el historial reflejado por nuestra jurisprudencia en esa materia Los casos en donde se ha proferido condena por danos morales durante este periodo pertenecen principalmente a los tramitados por la jurisdiccion civil ordinaria pero tambien la Corte los ha reconocido en juicios tramitados en la jurisdiccion especial maritima

En la sentencia dictada el 26 de febrero de 1998 la Sala Primera expreso lo siguiente se suele decir que el dano moral puede ser identificado

como aquel que resulta de la violacion de una o varios de los derechos inherentes a la personalidad de un sujeto de derecho. La violacion de cualquiera de esos derechos inherentes a la personalidad, el honor, la reputacion, la fama, la dignidad, la vida, la intimidad, etc., produciria repercusiones perniciosas en el ambito moral del afectado, pudiendo tambien tener consecuencias indirectas sobre el patrimonio, dado el valor economico y productivo que no pocas veces tiene el bien que se produciria tutela. Dos elementos se involucran siempre que se producen ataques que afectan el honor de una persona: el sentimiento que cada individuo tiene de su propia dignidad, o sea el honor en sentido estricto, o si se quiere, el sentimiento intimo de verguenza que todos somos capaces de sufrir cuando se nos ofende, pero tambien el representado por el aprecio y estimacion que hacen los demas de nuestras cualidades y de nuestro valor personal. Ambas cosas se deterioran y sufren cuando se produce un ataque contra la honra, por un lado, en lo que atane a la intimidad, y por el otro, repercute sobre la imagen que en el seno de la sociedad proyecta el individuo.

En el aspecto de la prueba, el fallo indica que, por encima de lo que hayan dicho los peritos empleados en el esfuerzo de demostrar que se produjo un dano moral en perjuicio de la parte demandante, es mucho mas importante dejar sentado el criterio de que, cuando el agravio moral consiste en la violacion de cualquiera de los derechos de la personalidad de un sujeto

la mera demostración de la existencia de dicha trasgresión constituirá al mismo tiempo la prueba de la existencia del daño moral ocasionado. La prueba del daño moral surge o aflora inmediatamente de los hechos que constituyen la actividad ofensora, pues el daño moral se presume por la sola realización del hecho dañoso. Por ejemplo, el conyuge no necesita probar que ha sufrido dolor por la muerte de su esposa, ni el padre por la muerte de su hijo, cuando el caso ha sobrevenido con motivo de un ilícito cometido por tercero.

Cuando el legislador le otorga protección a los derechos inherentes a la personalidad y tutela a esos bienes extra patrimoniales, lo hace partiendo del dolor o sufrimiento moral producido normalmente por la lesión de los bienes personalísimos que sufre el afectado. Por lo cual, para tener derecho a una indemnización por la ofensa representada en una difamación, basta y sobra que la ofensa y la falsedad recaigan sobre la honra del ofendido, ya que ello es suficiente para arrojar sobre él descredito, odiosidad o desprecio.

En cuanto a la reparación del daño, se indica: En la reparación del daño moral se conjugan o sintetizan la naturaleza resarcitoria que para la víctima tiene la reparación, con la naturaleza sancionatoria que con respecto del ofensor le impone a este el deber de reparar las consecuencias del acto ilícito del cual es responsable. También es cierto que la reparación del

agravio o dano moral debe guardar relacion con la magnitud del perjuicio el dolor o la afeccion que haya causado sin dejar de tomar en consideracion el factor subjetivo que pudo haberle servido de inspiracion al infractor cuando cometio el ilicito Son esos los factores recogidos por el articulo 1644 A delCodigo Civil cuando senala El monto de la indemnizacion lo determinara el Juez tomado en cuenta los derechos lesionados el grado de responsabilidad la situacion economica del responsable y la de la victima asi como las demas circunstancias del caso

Encontrar una adecuada proporcion o equivalencia entre la reparacion y el dano tratandose de la afectacion de bienes extrapatrimoniales ofrece como es natural serias dificultades y exige del juzgador poner en juego sus facultades discrecionales de la manera mas seria y prudente posible para comenzar se debe considerar la gravedad objetiva de la ofensa y la extension palpable del agravio

En ese sentido no puede pasar inadvertido que en el presente caso la difamacion alcanzo niveles nacionales de divulgacion hasta el punto de que no es extrano ni exagerado pensar que las acusaciones hechas contra el demandante continuan siendo hoy consideradas por muchas personas como ciertas y verdaderas Se sigue discurriendo Tambien es procedente tener en cuenta que el autor del hecho ilicito es un comerciante u hombre de

negocios en capacidad de responder por una reparacion que no tiene por que ser meramente simbolica

Como el dano moral ha afectado a la victima en su decoro en su honor y en su reputacion es procedente lo peticionado por la parte actora para que se ordene con cargo al responsable la publicacion de un extracto de la sentencia que refleja adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma en un periodico diario de la localidad que tenga difusion a nivel nacional

Por ultimo no se puede dejar de apreciar las circunstancias y los propositos que a todas luces rodearon e inspiraron la actuacion del responsable de la ofensa De alli que no se podia pasar inadvertido la intencion de persecucion que animo al autor de esta actuacion falsa pretendiendo aprovecharse del clima politico prevaleciente en aquel momento a fin de causarle un mayor perjuicio a la persona contra la cual profieran sus acusaciones Para fijar la indemnizacion se considero que aun cuando la Sala no comparte la opinion de los peritos que senalaron la indemnizacion que se merece el (demandante) fijandola en la suma de 250 mil balboas en virtud de que no es admisible que la reparacion se convierta en fuente de un enriquecimiento sin causa si considera de justicia que se le reconozca al demandante el pago de una indemnizacion que inspirandose

en los principios de la equidad sea suficiente para darle satisfaccion al ofendido Desde ese punto de vista se estima que una indemnizacion adecuada en ese caso puede ser fijada en la suma de B/ 50 000

El tema del monto de la reparacion tambien fue objeto de analisis en la sentencia del 4 de junio de 1997 veamos siempre ha sido una tarea de dificil cumplimiento para los tribunales la determinacion y la estimacion pecuniaria de los perjuicios de esta naturaleza En la practica determinar en cada caso si ha habido o no un dano moral constituira una cuestion de hecho Tambien el monto de la reparacion de los danos de esa indole no dejara de ser una simple satisfaccion que se reconoce valorando en forma aproximada o relativa los sufrimientos los dolores y los quebrantos que la victima ha llegado a padecer se trata pues de un asunto que debera ser resuelto por el Juez utilizando la mayor discrecion y la prudencia Lo que si parece ser imperativo es que en esta materia el Juez nunca debe proceder arbitraria y desproporcionadamente ya sea fijando sin motivacion suficientes cantidades elevadas o intimas

La Sala considera que el Juez Maritimo no se aparto en ningun momento de la conducta que es recomendable observar al fijar el monto de los danos morales que se causaron a la victima

En sentencia del 15 de junio de 1998 donde la parte demandada resulto condenada a pagar B/ 58 700 00 en concepto de danos morales la Sala se guio para fijar esa suma en el concepto y el dictamen rendido por los peritos que intervinieron en el caso

En fallo del 21 de agosto de 1998 se condena a una agencia de seguridad a pagar una indemnizacion de B/ 50 000 00 por los danos ocasionados a los descendientes de una victima del homicidio cometido por uno de los empleados de la agencia

El 9 de octubre de 1998 la Sala reconocio en concepto de danos morales la suma de B/ 20 000 00 en favor de un trabajador victima de un accidente de trabajo provocado por la culpa y negligencia del empleador

En pronunciamiento del 21 de octubre de 1998 la Sala abordo el tema de la prueba del dano moral aclarando que su comprobacion ha de entenderse sujeta a las reglas de la sana critica y al principio de que incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le sean favorables

En sentencia de 2 de julio de 1999 la Sala elimino la condena en concepto de dano moral impuesta por el Tribunal Superior en consideracion

a que no hubo prueba que acreditase que la conducta de la parte demandada hubiese sido de aquellas que infieren un dano de esa naturaleza para llegar a esta conclusion externo lo siguiente la existencia del dano no puede probarse con base en meras especulaciones como las que sustentan los informes rendidos tanto por el perito del tribunal como por los peritos de la parte demandante que ademas constituyen el unico medio probatorio aportado al proceso con este proposito

En este caso la controversia giraba en torno a una publicacion efectuada en los diarios sobre un producto comercial que a juicio del demandante habia ocasionado danos morales a la competencia

Tambien en la sentencia del 20 de enero de 1998 se denego el reconocimiento de esa clase de danos En sentencia del 9 de abril de 1999 se condeno a un medio de comunicacion televisivo al pago de una indemnizacion de B/ 75 000 00 por considerarse que le ocasiono danos morales a un medico el cual se le formulo en un reportaje ampliamente divulgado el cargo de haberle aflojado a un paciente un brazo debido al mal ejercicio de la profesion medica hecho que se demostro era falso En este sentido dicha colegiatura indico La Sala no desconoce que la discrecion del juzgador al momento de presentar la tasacion de los perjuicios ha de estar basada en criterios razonables y debe cumplirse con arreglo a los elementos

que expresamente en el artículo 1644 A del C. C. se establece pues bien no ha ofrecido el recurrente los argumentos de paso con capacidad de llevar al ánimo de la Sala la convicción de que el Tribunal Superior haya contrariado a la hora de fijar el monto de la indemnización lo que la norma en comento exige como sustento de la determinación que se adopte el derecho lesionado (en este caso la reputación profesional del demandante) el grado de responsabilidad y la situación económica de los responsables así como las demás circunstancias que rodearon al evento que sirvió de origen al presente caso. De allí que se impone la necesidad de arribar a la conclusión de que no existen meritos suficientes para que la causal invocada prospere.

La Sala en fallo del 31 de octubre de 2000 decidió reducir la indemnización tasada por el Tribunal Superior de B/ 100 000 00 en un caso de práctica negligente de la medicina atendiendo para ello a que de acuerdo con la constancias procesales quedó demostrado que la víctima se logró recuperar substancialmente del trauma causado y que la reacción inicial que experimentó el paciente al ser atendido frente a la cual los facultativos actuaron negligentemente constituyó un hecho imprescindible aquí como se aprecia empleó la Sala de discrecionalidad otorgada por el artículo 1644 A para fijar la cuantía de la indemnización y que le permite determinarla tomando en cuenta las demás circunstancias del caso.

En sentencia del 2 de marzo del 2000 la Corte condeno a la duena de un Supermercado a pagarle indemnizacion por dano moral a uno de sus empleados a quien se le humillo acusandole falsamente de falta de probidad En este caso frente al cuestionamiento del recurrente indicando que el juzgador habia fijado el quantum del dano moral sin atenerse a pruebas documentales periciales o testimoniales idoneas la Sala considero la decision del Tribunal Superior que en uso de la facultad discrecional conferida por el articulo 1644 A se baso en la gravedad de la ofensa configurada en haber hecho comparecer a la agraviada ante un Juez Nocturno de Policia encontrandose en estado de gestacion sumado a la condicion de humilde trabajadora y a la situacion economica del ofensor

5 3 Factores de atribucion

Por factores de atribucion debemos entender el fundamento que la ley toma en consideracion para atribuir juridicamente la obligacion de indemnizar un dano haciendo recaer su peso sobre quien en justicia corresponde Se trata de esa razon especial que determina en definitiva quien debe soportar los efectos del dano

Por ello se sostiene que *factor de atribucion es equivalente de fundamento del deber de reparar* (Vasquez Ferreira 1993 p 193) los factores de atribucion historicamente han descansado sobre criterios subjetivos de tal suerte que quien no ha cometido culpa no esta obligado a reparar el dano no es responsable No obstante como veremos esta situacion ha variado por el reconocimiento de factores objetivos aplicables con mayor o menor extension en diversas situaciones y supuestos del derecho de danos

Tradicionalmente la culpa como factor subjetivo ha sido de manera exclusiva el elemento determinante de la responsabilidad civil tanto en lo contractual como en lo extracontractual Como se ha dicho en el derecho primitivo superado el criterio absolutamente objetivo de los primeros tiempos se empezo a exigir culpa en el agente como factor del cual deviene la obligacion de reparar el dano causado desde entonces se inicia la evolucion del factor subjetivo de atribucion

En nuestro derecho no se duda de la plena vigencia del criterio subjetivo como factor de atribucion tanto en responsabilidad contractual como en responsabilidad extracontractual

Eso es lo que se desprende por ejemplo del inciso final del artículo 1645 y citamos La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas de derecho privado en el mencionadas prueban que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño

Sirva para reafirmarnos en lo que sostenemos y como simple muestra la redacción del artículo 1652 a El fabricante del producto que el público consume responde por los daños y perjuicios ocasionados por su producto siempre que haya mediado dolo culpa o negligencia

Los comentarios anteriores parecen suficientes para estimar que el sistema de la responsabilidad civil en Panamá sigue edificado fundamentalmente sobre las bases de la responsabilidad subjetiva Otro problema relacionado con el daño moral tiene que ver con el referido a la medida de su reparación o sea el quantum indemnizatorio

Ante las dificultades que este problema ofrece las legislaciones como ocurre en nuestro medio han debido apoyarse en nociones en sí mismas imprecisas tanto en lo relativo a responsabilidad por hechos propios como por hechos de terceros e incluso y en la responsabilidad por hechos de las cosas animadas e inanimadas

En efecto varios son los criterios que se expresan a proposito de justificar bajo el prisma de la culpa la imputacion de responsabilidad civil desde la culpa *in eligendo* hasta el descuido del deber de vigilancia culpa *in vigilando* relativo a las personas por las que se debe responder

Lo que es indudable es que la orientacion actual de la responsabilidad civil en el ambito interno que gravita dentro de los limites impuestos por los factores subjetivos culpa y dolo es abiertamente insuficiente para resolver innumerables supuestos danosos en lo que no opera ningun genero de culpa en su causacion y por tanto no es subjetivamente imputable a nadie su ocurrencia lo que lleva a la injusta consecuencia que la victima debe soportar el dano que no causo

Empero esta situacion moralmente no es conveniente y empieza a estremecer la conciencia critica porque resulta inconveniente persistir en considerar dano no reparable aquel sufrido por las personas en si o en sus bienes provenientes de actos materialmente imputables a otros aunque carentes de culpa pero daninos en sus efectos

Asi resulta que la victima que tampoco ha obrado con culpa ademas de soportar el dano se ve imposibilitada de exigir compensacion por carecer la

conducta del causante de todo genero de culpa lo que si bien ha sido aceptado tradicionalmente con paz hoy dia resulta inaceptable

Es el supuesto del articulo 1644 del Codigo Civil norma basica en materia de responsabilidad por hechos ilicitos el cual impone como regla de imputacion la culpa del agente causante del dano Esta norma limita la responsabilidad extracontractual al hecho culposo descarta la posibilidad de reparacion de danos causados por actos licitos pero que en sus resultados causan danos a terceros El ensayo de objetivacion de la responsabilidad extracontractual que contiene el articulo 1652 incorporado al Codigo Civil mediante Ley 18 de 31 de julio de 1992 no hace otra cosa que establecer una presuncion de culpa que bien podria incluso derivarse de una interpretacion extensiva del articulo 1645 del propio Codigo Civil

Esta afirmacion es valedera si consideramos que la norma luego de senalar con meridiana claridad la responsabilidad del fabricante de productos que el publico consume por los danos y perjuicios por estos ocasionados incluye una frase del tenor siguiente siempre que haya mediado dolo culpa o negligencia obviamente del fabricante Por lo tanto podra el fabricante liberarse de toda responsabilidad demostrando que su actuacion ha sido exenta de todo genero de culpa lo cual en nada varia el sistema subjetivo que gobierna nuestro derecho

En la esfera contractual la situación es similar los artículos 986 y siguientes del Código Civil señalan las bases concretas de la responsabilidad en general y la obligación de reparar en el marco contractual en particular

Así según el artículo 986 quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquellos agrega el artículo 989 que la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias del tiempo personas y del lugar y por último la parte final del artículo 990 señala que nadie responde de aquellos sucesos que no hubieren podido preverse o que previstos fueren inevitables

En estas normas se condensa el criterio subjetivo imperante en nuestro derecho por ello el deudor de cosa específica que no estuviere en mora ni incurriere en culpa se libera ante la pérdida de la cosa debida debiendo soportar el acreedor absolutamente tal desgracia (artículo 1068 del Código Civil)

5 3 1 La culpa como factor de atribucion

La definicion legal de culpa del deudor la encontramos en el articulo 989 del Codigo Civil que es del tenor siguiente la culpa o negligencia del deudor consiste en la omision de aquellas diligencias que exija la naturaleza de la obligacion y que corresponda a las circunstancias de las personas del tiempo y del lugar Nos adherimos al criterio de Alterini (1993) quien comentando el articulo 512 del Codigo Civil Argentino recien derogado cuyo texto es identico a nuestro 989 a dicho lo siguiente *La definicion es practicamente impecable y ha merecido unanimes y justificado elogios de la doctrina ademas dicho texto fue tomado para definir la culpa por el articulo 1724 del nuevo Codigo Argentino* (p 182)

En trance de lograr su maxima perfeccion solo seria objetable la reiteracion del sustantivo obligacion reemplazable la segunda vez por un pronombre y el uso del plural diligencias que alude mas bien a las tramitaciones siendo mas propio hablar de diligencia en singular lo cual tiene el sentido de cuidado o actividad Asi lo hicieron los codigos espanol (Art 1104) cubano de 1889 (Art 1104) filipino (Art 1173) puertorriquense (Art 1057) peruano de 1984 (Art 1320) Sin embargo el Codigo Paraguayo de 1987 (Art 421) mantiene la expresion argentina

5 3 1 1 Sistema tripartito de la culpa

Puede pensarse con fundamento en este artículo que nuestro derecho sigue el sistema de culpa en materia contractual consagrado con el Código Civil de Chile y de otros países. Por ello a riesgo de extendernos más de lo conveniente pero con el propósito de evitar confusiones conviene decir algunas palabras sobre el particular.

Los estudiosos del Derecho Romano que se han preocupado de la culpa se dividen en dos grupos. Uno formado por los que afirman que el Derecho Romano distinguía tres grados de culpa o sea culpa lata leve y levisima y llegan después a la conclusión de que tales grados de culpa corresponden a las faltas de prestación de la diligencia que el deudor atendiendo cual será el sujeto de la obligación en cuya utilidad única para el deudor (como el préstamo de uso o comodato) este responde hasta de culpa levisima en los celebrados para utilidad recíproca de las partes el deudor respondería de culpa leve (como en el préstamo de consumo o mutuo a interés) y en los contratos que solo son de utilidad para el acreedor (como el depósito gratuito) el deudor responde de culpa grave (Valencia Restrepo 1986)

Otro sostiene que en materia contractual el Derecho Romano solo reconoció dos grados de culpa: la leve y la grave. A diferencia de lo ocurrido en Chile y Colombia, donde se aceptó e inspiró a mi juicio al artículo 1104 del Código Civil español del cual copiamos el 989 del nuestro.

El artículo 34 –c de nuestro Código fue incorporado en él mediante la Ley 43 de 1925 que se inspiró en la legislación Colombiana pero con él no se implantó entre nosotros el sistema tripartito de la culpa. sencillamente se aclaran los grados con la responsabilidad que para los obligados surge en los países que establecen el sistema tripartito en función de utilidad de quien celebra el contrato.

5 3 1 2 Prueba de la culpa

En materia contractual se suele afirmar que la culpa del deudor se presume como lo ha expresado Castán (2008) *existe la presunción de que el deudor que no cumple la obligación lo hace porque quiere y por lo tanto es responsable de la falta de cumplimiento sin que el acreedor tenga que probar para eximirse de responsabilidad que se dejó incumplido el contrato no fue por culpa suya* (p 158)

Nuestro Código Civil en su artículo 1069 permite apreciar como opera la presunción de culpa en el caso de cosa específica por cuanto establece la culpa presunta del deudor Puig Brutau (1983) expresa al respecto *nos parece que se trata de algo más que de una presunción de culpa del deudor que no cumple. Se trata de algo tan obvio como afirmar que la prestación a cargo del deudor debe producirse por el solo hecho de ser debida por la sola existencia del vehículo obligatorio y tanto en las obligaciones nacidas de contrato como las ya nacidas de acto ilícito (p 128)*

Agrega Brutau (1983) en este sentido que

Si en lugar de especular con la prueba de la culpa consideramos de que obligación se trata y si la prestación es de índole positiva o negativa tendremos una base firme para resolver la cuestión. La regla es sencilla cuando la prestación a la que está obligado el deudor es de contenido positivo (dar o hacer) frente a la alegación de incumplimiento por parte del acreedor (demostrando este la existencia del vínculo) incumbe al deudor la prueba de que ha cumplido o de que media una causa que le exime hacerlo. En cambio si la obligación es de contenido negativo (no hacer) incumbe al acreedor la demostración de las existencias de la obligación y la prueba del acto o hechos que signifiquen el quebrantamiento de lo debido por parte del obligado (p 128)

Por su parte Planiol (1991) indica que *no es exacto que en todo caso el deudor contractual se presuma culpable solamente lo será cuando se*

haya obligado a proporcionar un resultado determinado tal como la propiedad o del disfrute de una cosa la recepcion de una suma de dinero el transporte de un objeto de un lugar a otro la construccion de un edificio una habitacion en un hotel (p 246)

Pero un abogado un profesor un medico y aun un mandatario o un arquitecto no se obligan segun es usual a proporcionar determinado resultado sino solamente a efectuar cierto trabajo tendiente a su obtencion En caso de litigio el juez apreciara si han empleado la ciencia y la diligencias requeridos No puede decirse que se les presume culpables por lo que la observacion de Planiol es muy pertinente y no se debe desatender

Demogue (1923) hace otra observacion similar cuando afirma que *no es cierto que se presuma culpable a toda infraccion contractual y recomienda distinguir entre obligaciones determinadas e indeterminadas En la infraccion de las primeras se presume la culpa del deudor En las segundas en cambio se requiere una culpa especifica cuya prueba incumbe al que la alega* (p 541)⁸

⁸ A pesar de nuestra opinion adversa a distinguir las obligaciones en aquellas que eventualmente serian de medios y aquellas otras que eventualmente serian de resultados este criterio clasificadorio ha calado profundamente en la doctrina de nuestra tradicion juridica y en la actualidad para analizar diversas responsabilidades especificas existen no pocos juristas que continuan asumiendo su plena validez la misma que no es novedosa pero que tampoco constituye una de antigua data pues su planteamiento recien se produjo en el ano 1925 cuando el famoso profesor de la Facultad de

5 3 1 3 Efectos de la culpa

La principal consecuencia de la culpa es que impone el deber de reparar si en la infracción de la obligación ha habido culpa no dolo del deudor este es responsabilizado por los daños y perjuicios causados Esta responsabilidad se refiere a los daños previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento así lo dispone el artículo de 992 inciso primero del Código Civil

Artículo 992 Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de

Derecho de la Universidad de Paris Rene Demogue publico el quinto y ultimo tomo de su Tratado de las Obligaciones en General Sin duda las doctrinas del profesor citado revolucionaron en gran parte los conceptos sobre inexecucion de obligaciones a pesar de que Demogue solo se ocupo del tema que aqui tratamos entre las paginas 538 y 545 del quinto tomo de su Tratado ¿Y en que consistia la doctrina de Demogue? El referido tratadista 1 anotaba que la obligación del deudor no era siempre de la misma naturaleza ya que podia ser una obligación de resultados o una obligación de medios Demogue se encargo de precisar que esta division no estaba ausente de analogia con aquella otra del Derecho Penal que clasificaba a los delitos en formales y materiales Estos ultimos se caracterizan por el resultado en tanto que los primeros se caracterizan por el empleo de medios que ordinariamente conducen a producir un resultado Explicando la distincion en sede de obligaciones Demogue plantea y desarrolla brevemente veintiocho ejemplos que lo llevan a efectuar la citada distincion en las obligaciones Como vemos aun se polemiza entre los autores sobre si debe o no atribuirse a Demogue la paternidad de la dicotomia entre obligaciones de resultado y de medios Sin embargo el profesor argentino pone de relieve que aun cuando pudiera admitirse la existencia de algunos vestigios anteriores a Demogue las teorías jurídicas deben ser atribuidas no a quienes timidamente se atreven a hilvanar algunas consideraciones solitarias sino a aquellos que con base conceptual definida nutren al mundo del Derecho con exposiciones sistematicas y organicas Así a pesar de que hay quienes buscan los antecedentes de las obligaciones de medios y de resultados en el Derecho Romano en el antiguo Derecho Frances en algun pasaje de Domat o incluso en Planiol no debe existir duda de que quien dio organicidad (aunque a nuestro criterio bastante relativa) a la distincion de las obligaciones de medios y de resultados fue Rene Demogue

constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento
En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación

En consecuencia el deudor culpable responde de los de los perjuicios directos en los términos del artículo 992 ya que según el mismo el deudor de buena fe responde de los perjuicios previstos o previsibles que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento Los autores franceses hablan de perjuicios directos e indirectos fundándose en el artículo 1151 del Código francés que establece los daños en ningún caso deben comprender otra cosa que no sea consecuencia inmediata y directa del incumplimiento del contrato

Apunto el jurista francés Planiol (1991) en cuanto a la norma arriba mencionada que

Esa disposición fue tomada de Pothier quien ofrecía como ejemplo de ella el caso de un comerciante que ha vendido a sabiendas una vaca enferma el contagio ha enfermado a los bueyes del comprador impidiendo labrar las tierras El vendedor tendrá que indemnizar indiscutiblemente el precio de las reses fallecidas por efecto del contagio no así los daños resultantes de cultivar las tierras al no ser labradas dejan de proporcionarle ganancias al comprador quien no ha podido por ello pagarle a sus acreedores los cuales le embargan sus bienes etc Puede desarrollarse hasta el infinito

una serie de consecuencias Estos sucesos no son consecuencias directa y exclusiva de las un animal enfermo pudieron haber sido evitadas

El deudor no tiene que sufrir las consecuencias indefinidas de los suceso que no se relacionen con el incumplimiento de su obligacion si no como uno de aquellos factores que entrelazados estrechamente han concurrido a producir el resultado (p 367)

En caso contrario no habria limite alguno para la responsabilidad y el deudor tendria que indemnizar danos en los que su culpa fue solo un factor remoto y parcial No obstante la imprecision de la formula de la ley su sentido es bastante claro La perdida sufrida y la ganancia frustrada que alega el acreedor deben tener como causa directa y exclusiva la culpa del deudor A partir del momento en que otras causas concurren con aquellas la cadena causal queda interrumpida y las repercusiones nuevas por no ser consecuencias inmediatas sino indirectas e hipoteticas del incumplimiento de la obligacion no se tomaran en consideracion para calcular el importe de los danos y perjuicios

El articulo 1107 delCodigo Civil Espanol de donde se tomo el texto del articulo 992 delCodigo Civil de Panama senala con relacion a la mala fe que el incumplidor responde de perjuicios que sean consecuencias necesaria de la falta de cumplimiento

El texto español y el panameno son mas amplios que el frances de alli que el Tribunal Supremo de Espanol haya afirmado en Sentencia de 20 de abril de 1915 que las indemnizaciones de danos y perjuicios comprenden los que sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento de las obligaciones en que incurriera el deudor sin que la ley exija que aquella sea directa sino que basta que sea necesaria

Por lo expuesto y para evitar confusiones es preferible no usar en Panama la nomenclatura que habla de perjuicios directos o indirectos hablemos mejor de perjuicios necesarios y no necesario

5 3 1 4 De los perjuicios previstos e imprevistos

Es pertinente en relacion con el articulo 992 observar que el deudor de buena fe no responde de ningun dano imprevisto a pesar de que infringe la obligacion Solo son responsabilidad suya los perjuicios previstos o que se hayan podido prever y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento Sera por lo tanto importante cuestion de hecho en el juicio de responsabilidad respectivo determinar si el dano causado por el incumplimiento ha sido o ha podido ser previsto al tiempo de celebrar el contrato Para ilustracion valga un ejemplo puesto por Pothier (1839)

Si alquilo por dieciocho años una casa que creo que es de mi propiedad y despues de diez años el arrendatario es expulsado de esa casa por el verdadero propietario estare obligado a indemnizarle al arrendatario los gastos que le ocasiona la mudanza y los que provengan del hecho de que por haber aumentado los alquileres con posterioridad al arrendamiento haya tenido que arrendar otra casa pagando una renta mas cara que la pactada en el contrato original por el tiempo que quedaba hasta la terminacion de ese contrato

Pero si el arrendatario establecio en la casa un comercio con posterioridad al arrendamiento y la mudanza le ha hecho perder la clientela causandole otros danos no estara obligado a responder por estos daños que no fueron previstos ni se pudieron prever en el momento del contrato (p 96)

En relacion a que debe entenderse por perjuicio previsto son importantes las siguientes interrogates que hacen Planiol y Ripert (1998)

Seran la causa y el genero del dano o ademas su cuantia lo que el deudor tiene que haber previsto o haber podido prever? ¿podiera darse el caso de que se haya previsto la causa del dano aun cuando su importe posible era desconocido bastara esto para que el deudor tenga que responder? (p 338)

La cuestion se ha planteado con frecuencia en materia de perdida de equipajes o bultos transportados por ferrocarriles cuando contenian objetos de valor excepcional se ha discutido mucho La doctrina en su gran mayoria se contentaba con la prevision de la causa del dano La jurisprudencia

moderna tendia cada vez mas a adoptar la solucion contraria La Corte francesa en fallo de Casacion de 1924 no hizo mas que consagrar este movimiento decidiendose de modo definitivo declaro que el articulo 1150 (equivalente a nuestro 992) no se refiere a la prevision de la causa sino a cuantia de los danos

Esta solucion es la que mejor responde a la letra y al espiritu del precepto La formula segun la cual el deudor no esta obligado a mas que a los danos y perjuicios que hubieran preverse al celebrar el contrato tienen sentido solo en cuanto se entiende que regula la cuantia de la indemnizacion es decir la extension del dano resarcible

Por otra parte seria casi inutil proteger al deudor de buena fe contra las causas de dano imprevistas que en la mayoria de los casos estan ya incluidas en el articulo 1151 como consecuencia indirecta del incumplimiento si se le dejase sujeto al riesgo de tener que pagar los danos y perjuicios de una cuantia superior a todo lo previsible

La preocupacion de equidad que inspira al articulo 1150 debe determinar que se le proteja contra todo exceso inesperado de los danos y perjuicios que indemnizar sean debidos a la gravedad anormal del dano causado a la aparicion de un modo excepcional de dano

Refiriendome a nuestro derecho considero muy discutible la tesis que aqui se deja expuesta y que ha sido aceptada en Francia. En nuestra opinion el articulo 992 habla de los danos y perjuicios previstos o que se han podido prever no de la causa de ellos que han de ser necesariamente la infraccion de la obligacion ni de su cuantia o monto.

La preocupacion de equidad en favor del deudor que incumple debe armonizarse con la preocupacion de equidad del acreedor que experimenta los danos y perjuicios y ello puede lograrse cumplidamente entre nosotros por la aplicacion del articulo 988 que expresa: La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones pero podra moderarse por los tribunales segun los casos es decir en los casos particulares en que la indemnizacion es exagerada por razon de la interpretacion del precepto contenido en el articulo 992 del codigo puede el juez moderar su quantum por cuanto esa facultad le esta otorgada por el precepto contenido en el 988.

5.3.2 El Dolo como factor de atribucion

4

El dolo como vicio de voluntad o consentimiento es maquinacion insidiosa tendiente a inducir a una persona a celebrar un contrato o ejecutar

un acto jurídico que de otro modo no hubiera celebrado el concepto en el sentido apuntado esta regulado por los artículos 1120 y 705 del Código Civil

En el presente trabajo nos preocupa por de pronto el concepto de dolo referido a la relación de cumplimiento de obligaciones específicas en el ámbito contractual como deberes genéricos en el ámbito extracontractual es decir el dano causado con la intención danosa. Sostenemos que en nuestro derecho el concepto de dolo en nuestra opinión es uno solo en tanto que nuestro código define con alcance general en el artículo 34 C como la intención positiva de inferir injuria o dano a la persona o propiedad de otro

De manera tal que lo que importa es determinar los efectos del dolo en los ámbitos contractuales y extracontractuales como se observa la imputación del dolo como fundamento para achacar responsabilidad contractual al deudor *prima facie* supone según el artículo 992 que el deudor debiera responder integralmente por el dano causado en los términos de la norma *de todos los (danos y perjuicios) que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación* esto es debiera responder integralmente por el dano causado

Ya hemos expuesto que según la definición de dolo esta es la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro intención que deberá ser probada por quien la alega siendo por lo menos engorroso y casi excepcional la prueba del dolo

Se suele identificar el dolo con la voluntad consciente de producir un acto injusto A propósito del incumplimiento doloso se distingue como elemento de este el elemento intelectual consistente en que el deudor tenga conocimiento del hecho y conocimiento de la significación del acto o abstención que realiza y un elemento volitivo consistente en que aquel conocimiento aparezca como contenido de la voluntad del deudor Estos son los dos elementos esenciales del dolo (el elemento intelectual y el elemento volitivo) No precisa más el derecho por eso la tesis tripartita (muy favorecida en otros campos) que añade el elemento de la intención misma que no ha sido muy seguida por la doctrina moderna

Efectivamente se dice con razón que en el derecho civil los móviles que impulsan al agente tienen escasa relevancia en orden a la responsabilidad ya provengan de impulsos buenos o de impulsos reprobables Como consecuencia de lo anterior es que el dolo de incumplimiento requiere el *animus nocendi* o intención de danar o perjudicar al acreedor

El profesor Rodríguez Arias (1965) entiende por dolo la acción u omisión que impide el cumplimiento de la obligación con conciencia y voluntad de producir un resultado antijurídico y comparte la opinión expuesta por Puig Pena al indicar que se exige como elemento del dolo uno intelectual la conciencia del acto que realiza y uno volitivo la voluntad de violar al derecho a crédito y que no requiere intención de perjudicar al acreedor (p 220)

No comparto la opinión de Puig Pena en España no existe en el Código Civil artículo igual al 34 C de nuestro código al cual no podemos desatender sin ignorar el texto de nuestro artículo 10 lex cit que manda que las palabras de la ley se entienden en su sentido natural y obvio según su uso general y que cuando el legislador las haya definido se les da su significado legal (En Rodríguez Arias 1965) Por lo tanto si el dolo palabra de uso frecuente en la leyes esta como tal definida en el artículo 34 C al ser usada en el artículo 992 debe entenderse en este como intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro

El profesor Rodríguez Arias (1965) expresa en su obra que lo que afirma en sentido de no requerir el dolo de la intención de perjudicar al acreedor parece que esta en contradicción con lo dispuesto en nuestro Código Civil en el artículo 34 C en su último párrafo que define el dolo (p 220) En

consecuencia opino que en Panama como en Colombia y en Chile de donde se tomo el articulo 34 c resulta elemento esencial del dolo la intencion de causar injuria a la persona o propiedad del acreedor el *animus nocendi*

La jurisprudencia chilena interpretando el articulo 44 delCodigo Civil que contiene la misma definicion dada por el nuestro ha afirmado que el dolo por su naturaleza y objeto es un concepto y apreciacion juridica que debe deducirse de algun hecho o conjunto de hechos comprueben claramente la intencion positiva y maliciosa de causar dano al otro contratante

Ahora bien aclarado lo anterior precisemos los efectos del dolo para lo cual examinamos los articulos 986 y 992 inciso ultimo y de ellos se desprenden dos consecuencias de una parte hace imputable al deudor la infraccion de la obligacion ademas que es ilicita su condonacion En otra arista la prueba del dolo constituye un verdadero obstaculo para lograr sentencias justas en no pocos casos graves danos son experimentados por personas inocentes Debemos anotar que mientras la culpa del deudor se presume como ya lo expresamos en otra ocasion no ocurre lo mismo con el dolo Por consiguiente una demanda de indemnizacion de danos y perjuicios por incumplimiento doloso no prosperara a menos que el acreedor pruebe el dolo

5 4 La relacion causal

Sobre el papel que juega el vinculo de causalidad como elemento preponderante en la determinacion del responsable explicamos que tanto en los factores subjetivos como en los objetivos la cuestion de la relacion de causalidad suscita importancia extrema mas aun con la formulacion de un nuevo regimen de imputacion que descansa sobre factores que le son ajenos al examen valorativo de la conducta del causante del dano este elemento adopta una importancia trascendental

Es que para que surja la obligacion de indemnizar aun en las teorias objetivas es indispensable que el ejercicio de una actividad riesgosa o el actuar de la cosa peligrosa sea la causa adecuada del dano es decir su consecuencia

En sintesis es importante que el hecho propio de terceros la actividad o cosa tengan un papel generador en la causacion del perjuicio como su causa determinante Por ejemplo no se puede responsabilizar a una empresa transportadora de toxicos por el infarto de uno de sus empleados de contabilidad ya que la actividad que se destina como peligrosa no es la causante de muerte

No obstante resulta un conflicto doctrinal la simple imputacion material del dano al igual que la determinacion del alcance del deber de reparar esto es la extension del dano resarcible de lo que resulta que se han sucedido varias corrientes o teorias que con mayor o menor vigencia sobre dicho topico han formulado posiciones doctrinales al respecto

En efecto para que surja responsabilidad es necesario ademas del dano que el hecho tenga una relacion de causa efecto o lo que es lo mismo una relacion de causalidad cuestion que pareciera sencilla pero que ha dado pie a diversas concepciones a lo largo de la historia del derecho contradicciones que aun persisten

En ese sentido hay quienes le niegan toda importancia doctrinal sosteniendo que la cuestion de nexo de causalidad debe limitarse a la labor judicial en cada caso concreto

Asi Borden segun cita Puig Brutau (1983) sostiene sobre el tema que son en realidad los tribunales los que han de resolver las cuestiones derivadas del nexo causal guiandose mas que en teorias abstractas por el criterio que en cada caso concreto pueda conducir a la solucion justa

No obstante lo anterior lo real es que el tema tiene vital importancia tanto doctrinal como practica y esto se desprende de la doble funcion que suscita la causalidad por un lado atribuye el deber de reparar y por otro delimita la extension del dano que debe reparar el autor como consecuencia de su hecho A continuacion nos dedicaremos a realizar una breve descripcion de las principales construcciones al efecto contestando la interrogante siguiente ¿que danos deben ser indemnizados? o lo que es lo mismo ¿que relacion debe existir entre el hecho y el dano para que este sea resarcible?

5 4 1 Teoria de la equivalencia de las condiciones

La teoria de la equivalencia de las condiciones fue expuesta por primera vez por Von Buri entre los anos 1860 y 1865 Segun esta teoria todas las condiciones positivas o negativas concurren necesariamente al producir el resultado de manera tal que suprimida una sola de ellas el resultado no se produce por tanto debia admitirse que cada una de las condiciones por ser necesarias era la causa del resultado

Esta teoria tambien denominada de la *condictio sine qua non* fue seguida hasta hace poco por los franceses se le critica que extiende en

forma notoria el concepto de causa y por lo tanto el campo de la responsabilidad

Para determinar según esta teoría quien o quienes resultan responsables había que responderse a una pregunta sencilla ¿es cierto que sin el hecho o la falta en cuestión el daño se hubiere producido? Si la respuesta era afirmativa el sujeto era responsable. Por ello esta teoría fue duramente criticada por lo que hoy ha sido abandonada tras las teorías individualizadoras

Como bien señala Martínez Rave (1993) *si en el campo civil se acoge la tesis de la equivalencia de las condiciones todo el que concurrió con alguna causa determinante el resultado es responsable civilmente* (p 35) Tomemos para ilustrar lo que aquí se sostiene el ejemplo clásico del herido con arma blanca que es llevado de urgencia al hospital y el vehículo en que lo conducen colisiona violentamente ¿Quién es responsable de la muerte? ¿El que lo lesionó? ¿O el responsable de la colisión? según la teoría de la equivalencia ambos serían responsables del hecho sin entrar a determinar si la lesión era de tal magnitud que aun sin que mediare el accidente de tránsito se hubiere producido el resultado muerte con mucha probabilidad o si por el contrario de no producirse el accidente de circulación

no se hubiere seguramente muerto el paciente. Esta conclusión notoriamente injusta fue la principal causa del abandono de esta teoría.

5.4.2 Teoría de la causa próxima

La teoría de la causa próxima tiene su origen en derecho inglés. Esta sostiene que la causa determinante es la más próxima en el tiempo. Así, según un pasaje de Francis Bacon en sus *Maxims of Law*, será para el derecho una tarea infinita juzgar las causas de las causas y las influencias de las unas sobre las otras. Y por ello se contenta con la causa inmediata y juzga las acciones por esta última, sin remontar a un grado más lejano.

Para desacreditar esta teoría, Orgaz formuló la siguiente situación hipotética: Cuando dolosa o culposamente se cambia el remedio por un veneno y la enfermera, en la ignorancia del cambio, suministra la sustancia al paciente y este fallece, no es esta la causante del homicidio, sino quien previamente realizó el cambio. A la vista de esta que la causa próxima, o sea la inmediata en el tiempo, resulta señalar como responsable a la enfermera quien dio al paciente el veneno. No obstante, es obvio que dicha enfermera, en el ejemplo de Orgaz, no es la responsable.

5 4 3 Teoria de la causa eficiente

Luego se planteo la teoria de la causa eficiente la cual parte del criterio de que unas causas son mas activas que otras debiendo las mas activas ser consideradas determinantes y causantes de la responsabilidad de su autor esta teoria fue rapidamente superada pues ella misma desemboco en la teoria que hoy se admite mayormente

5 4 4 Teoria de la causa adecuada

Como hemos visto el nexo de causalidad entendido como la necesaria conexion factica que debe existir entre la accion humana y el resultado danoso producido es uno de los presupuestos fundamentales para la prosperidad de cualquier pretension indemnizatoria en el marco de la responsabilidad civil No en vano se trata de uno de aquellos elementos que resultan imprescindibles en cualquier tradicion juridica ya sea en el derecho de danos continental (Civil Law) o en el anglosajon (Common Law)

Lo anterior no es sino logica consecuencia de la estructura misma de la responsabilidad y mas alla de eso de la filosofia moral que subyace a ella Ciertamente la consecuencia natural de la libertad que se le reconoce a

todo individuo por el solo hecho de ser persona supone entre otras que ese individuo se apropie de sus acciones y de los resultados a que estas conducen. En ese orden de ideas solo podemos reconocer la idea de libertad si entendemos que como agentes somos los dueños de lo que hacemos o dejamos de hacer y por tanto responsables por sus resultados.

Pues bien todo ello se hace patente en la exigencia del vínculo de causalidad. La mejor expresión de que solo somos responsables por los resultados que causemos es la causalidad que en ese orden de ideas se erige como la versión jurídica del principio moral de la agencia en virtud del cual como somos dueños de nuestras propias acciones somos también dueños de sus resultados.

Allí estriba la importancia de la causalidad. Con todo si bien resulta indiscutible que solo quien con su actuar ha causado un daño deba repararlo esta claridad se pierde en una nube de complejidad e indeterminación al momento de establecer en concreto el vínculo causal entre el perjuicio irrogado y el actuar de quien es sindicado como agente danador.

Por ello mismo el sentido común se niega a admitir que la existencia de un daño sea soportada por quien no ha influido en la realización del

mismo. Entonces se necesita una relación causa efecto entre el acto humano y el daño que se produce, es decir, la causación del daño por el agente dañino es necesaria para que se configure responsabilidad civil.

En ocasiones, la identificación de la causa no ofrece especiales dificultades para el operador del derecho, pero en otras, especialmente si concurren muchos factores que podrían ser causa de ese resultado dañoso, el determinar a la luz del derecho cuál o cuáles factores deben recibir la categoría de causa ofrece serias dificultades conceptuales y prácticas.

Estas dificultades tienen su punto de partida por fuera del Derecho, en la medida en que se remiten al mundo de la física y de la filosofía. Así, tradicionalmente se ha identificado que la cuestión del nexo causal ofrece dificultades desde la perspectiva conceptual (¿qué es la relación causa efecto?), metafísica (¿qué es lo que ocurre en el mundo cuando aludimos a una conexión causal?) y epistemológica (¿cómo conocemos la causalidad?). Lo que ha conducido a que, desde el empirismo, se acunaran las más diversas teorías para explicar este fenómeno, cada una situada en consideraciones diferentes y en el replanteamiento de los postulados de su predecesora: las teorías regularistas, las de los juicios contrafactuales, las probabilísticas y las teorías de los procesos fijos, por mencionar solamente los géneros más destacados.

Como hemos visto en el derecho esta dificultad también se ha hecho patente el derecho de daños ha debido enfrentarse a las conocidas problemáticas de la sobre determinación causal la incertidumbre en el nexo (causalidad alternativa con incertidumbre en el agente causalidad alternativa con incertidumbre en la correspondencia agente víctima víctimas no identificadas e incremento de riesgo por citar sus expresiones más representativas) la causa potencial la causalidad alternativa hipotética entre otras más Como es obvio las soluciones han sido disímiles y se han debatido entre los extremos de las reglas de preponderancia (*more probable than not* o reglas de todo o nada) y proporcionalidad o probabilidad como se observa en los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil

Esto ha llevado entonces a que la causalidad se erija como uno de los elementos de más difícil estudio al momento de adelantar un juicio de responsabilidad civil

En efecto finalmente la teoría alemana hoy en vigencia denominada de la causa adecuada sostiene que no todos los acontecimientos que producen un daño tienen igual importancia sino que debe asociarse aquel antecedente que según el curso normal de los acontecimientos ha sido causa directa e inmediata del perjuicio Las demás condiciones que no

producen normal y regularmente ese efecto son solamente condiciones antecedentes o factores concurrentes

El inconveniente que puede presentar esta teoria esta dado frente a la aparicion de nuevos danos los que por sus características o modo de suceder no resultan normales En otros terminos como puede saberse que tal hecho normalmente desencadena tal situacion danosa cuando se esta por primera vez ante el hecho de alli que en algunos supuestos sera el criterio del juzgador en concreto quien resuelva la situacion

5 4 5 Reglas sobre causalidad en la nueva codificacion

5 4 5 1 Codigo Civil y Comercial de la nacion

Segun al a articulo 1726 del nuevo codigo argentino son reparables las consecuencias danosas que tienen nexos adecuados de causalidad con el hecho productor del dano Excepto disposicion legal en contrario se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles

El meritado codigo ademas fija en su articulo 1727 los tipos al alcance del deber de reparar asi las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder segun el curso natural y ordinario de las cosas se llaman en este

Codigo consecuencias inmediatas Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto se llaman consecuencias mediatas Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman consecuencias casuales

En los contratos según lo dispone el artículo 1728 se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración Cuando existe dolo del deudor la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento

5 4 5 2 Código Civil de Peru

Parecida posición se ha adoptado en el Código Civil peruano que en su artículo 1985 ha dispuesto que la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño incluyendo el lucro cesante el daño a la persona y el daño moral debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño

5 4 5 3 Código Civil de Panama

Somos del criterio de que el Código Civil adopta el criterio de la causa adecuada esto se infiere a lo previsto en el artículo 992 que señala los daños y perjuicios de que responde el deudor tanto de buena fe como de mala fe. En el primer supuesto se refiere a consecuencias necesarias de la falta de cumplimiento lo cual sugiere que el hecho antijurídico debe ser adecuado según el normal transcurrir de las cosas para generar el daño inmediato.

En el segundo supuesto mala fe el legislador tampoco abandona el criterio de la causalidad adecuada lo que hace es atribuir al deudor de mala fe la imputabilidad del daño mediato o que conocidamente se derive del incumplimiento y como una sanción al dolo lo que no incluye daños que no se deriven del hecho.

Sobre la responsabilidad extracontractual la situación se resuelve mediante la causa adecuada ya que conforme al artículo 1644 del Código Civil el que cause daño a otro interviniendo culpa o negligencia deberá reparar el daño causado de ello se infiere que el daño debe ser la consecuencia del hecho.

5 4 6 Interrupcion del nexo causal

Aquellas situaciones que liberan de responsabilidad al deudor que materialmente incumple con una obligacion son las llamadas causas de exoneracion. En el derecho comparado se advierten dos grandes lineas de criterio: la que introduce como componentes del caso fortuito a la imprevisibilidad y a la irresistibilidad y la tendencia mas moderna que toma en cuenta a la causa extrana o no imputable al deudor.

5 4 6 1 Fuerza mayor

Enneccerus la define a la fuerza mayor diciendo que es el *acontecimiento cognoscible imprevisible que no deriva de la actividad en cuestion sino que en este sentido viene de fuera y cuyo efecto dañoso no podia evitarse por las medidas de precaucion que racionalmente eran de esperar* (En Concepcion Rodriguez 1999 p 85). De acuerdo con la doctrina francesa *es un caso constitutivo de fuerza mayor el evento que presenta las tres caracteristicas siguientes: exterioridad (respecto del demandado), imprevisibilidad en su ocurrencia e irresistibilidad en sus efectos* (CHAPUS 1997 p 1122).

Segun el Codigo Civil Panameno es fuerza mayor la situacion producida por hechos del hombre a los cuales no haya sido posible resistir tales como los actos de autoridad ejercidos por funcionarios publicos el apresamiento por parte de enemigos y otros semejantes y caso fortuito el que proviene de acontecimientos de la naturaleza que no hayan podido ser previstos como un naufragio un terremoto una conflagracion y otros de igual o parecida indole

Nuestro Codigo Civil en adiccion preceptua en su articulo 990 que fuera de los casos expresamente mencionados en la ley y de los que asi lo declare la obligacion nadie respondera de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que previstos fueran inevitables

Podemos en consecuencia advertir que son dos instituciones juridicas en nuestro derecho las idoneas para cortar en nexo de causalidad y por ende liberar al deudor que en virtud de ellas no cumpla con la prestacion a saber el caso fortuito y la fuerza mayor

Entre estas nociones caso fortuito y la fuerza mayor han sido elaboradas varias posturas doctrinarias que sintetizamos asi

- El caso fortuito es un hecho de la naturaleza mientras que la fuerza mayor un hecho provocado por el hombre
- El caso fortuito puede ocurrir como hecho de menor significacion en tanto que en la fuerza mayor ocurre un hecho extraordinario
- El caso fortuito es imprevisible la fuerza mayor es irresistible
- Para el deudor comun el caso fortuito es imprevisible e inevitable mientras que la fuerza mayor es igualmente imprevisible e inevitable para el deudor diligente

5 4 6 2 Caso fortuito

El hecho configurativo del caso fortuito por lo pronto debe ser imprevisible y lo sera cuando resulta imposible de prever porque no hay razon para pensar que sucedera En materia extracontractual la imprevisibilidad debe ser juzgada al momento del hecho danoso en materia contractual al momento de nacer la obligacion y no de su incumplimiento El parametro para determinar la previsibilidad es la diligencia que exige la obligacion de que se trate Lo imprevisible es distinto de lo imprevisto imprevisto es lo que no se previo efectivamente en otros terminos quien no previo lo que era previsible puede estar incurso en culpa

Asimismo el hecho de que se trata debe ser irresistible o inevitable un hecho es irresistible cuando aunque haya sido efectivamente previsto no puede ser evitado a pesar de la diligencia que haya sido puesta para ello Para evaluar esta diligencia es menester tener presente la exigida según las circunstancias de tiempo de modo y lugar en que ocurre el evento y la naturaleza de la obligación enfocada en la diligencia de un sujeto promedio en tales circunstancias

Actualmente la irresistibilidad es considerada clave en la noción de caso fortuito del mismo modo en que históricamente el eje de la teoría fue ubicado en la imprevisibilidad De tal modo aunque haya sido previsto el hecho irresistible puede ser considerado caso fortuito

El hecho debe ser además extraño al deudor vale decir ha de producirse en el exterior de la esfera de acción por la cual el deudor debe responder La culpa de un tercero por iguales razones solamente libera al sindicado como responsable cuando se trata de un extraño Desde otro punto de vista la extraneidad implica también que el hecho fortuito no debe resultar de la culpa del deudor cuando ha ocurrido por su culpa es responsable precisamente en razón de esa culpabilidad

El hecho asimismo debe tener incidencia actual se trata de actualidad logica antes bien que cronologia Por ejemplo si la cosa vendida se pierde por un hecho fortuito antes de la fecha prevista para la entrega el vendedor queda liberado de su obligacion porque ese hecho provoca el incumplimiento aunque este consume con posterioridad Este requisito excluye la virtualidad de hechos anteriores o futuros para el caso de haber certeza de que la otra parte no cumplira con las obligaciones a su cargo

En materia contractual el hecho tambien debe ser sobreviniente al nacimiento de la obligacion En caso contrario puede tratarse de la nulidad del contrato por inexistencia de objeto asi por ejemplo si se vende una cosa como existente y que ella habia dejado de existir al tiempo del acto la compraventa es nula Conforme las reglas generales esta nulidad puede generar responsabilidad para la parte que hubiera obrado culpablemente por haber sabido de la inexistencia de la cosa

Finalmente la incidencia del hecho debe ser insuperable no puede arguir utilmente el caso fortuito quien no haya actuado con la diligencia apropiada a las circunstancias del caso

En desarrollo de esa concepcion se han extraido diferencias entre la fuerza mayor y el caso fortuito Se indica que la primera es aquel suceso

conocido imprevisible e irresistible que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causo el dano es decir es causa extrana y externa al sujeto (terremoto inundacion avalancha) El caso fortuito por el contrario si bien es irresistible proviene de la estructura de la actividad de aquel sin exigir la absoluta imprevisibilidad de su ocurrencia pues requiere que no se haya previsto en el caso concreto (como el estallido de una llanta de un automotor el apresamiento de enemigos los actos de autoridad etc) y puede ser desconocido permanecer oculto de tal manera que no constituye una verdadera causa extrana con virtualidad para suprimir la imputabilidad del dano

5 4 6 3 Culpa exclusiva de la victima

Esta figura exonerativa parte a nuestro parecer de la siguiente logica quien ha concurrido con su comportamiento por accion o por omision con culpa o sin ella a la produccion o agravamiento del dano sufrido debe asumir las consecuencias de su actuar

A pesar de que alguna parte de la doctrina francesa exige que para que sea exoneratorio el comportamiento de la victima este debe ser

necesariamente culposo otra parte de la doctrina extranjera han afirmado en forma reiterada lo contrario

La exigencia de un comportamiento culposo para que sea considerado como exoneratorio se ha venido atenuando teniendo en cuenta dos factores Se requiere de una coparticipacion o una concausa que desde el punto de vista objetivo sea eficiente y determinante de forma parcial o total para la produccion de dano o que existan eventos en los que quienes se exponen a los danos son personas que no tienen capacidad de autodeterminarse como los menores dementes o personas con alguna perturbacion mental transitoria o quien obra por intimidacion o coaccion

Vale la pena traer a colacion el cuestionamiento que hace el profesor Mosset Iturraspe (1982) cuando sostiene *Sea la conducta ajena al responsable culposa o no incluso aunque fuera involuntaria es ella la que desencadena el dano como entonces atribuirselo a otra persona* (p 69)

CAPITULO SEGUNDO

De los factores objetivos de atribucion

1 Factores basados en el concepto de riesgo

1 1 Nociones generales

Hemos querido iniciar este capitulo del presente trabajo con el titulo factores objetivos de atribucion para no incurrir en el yerro de considerar la existencia de un solo factor limitado y taxativamente numerable basado en el concepto de riesgo que distinto a la culpa es reconocidos como tal. Esto por cuanto que en efecto no pocos han interpretado que ademas de la culpabilidad existen otros factores especificamente sustentados en el denominado riesgo creado advertencia valida por cuanto explicaremos que en el derecho de hoy existen variedad de fundamentos distintos al riesgo que sustentan factores de atribucion distintos a los tradicionales factores subjetivos.

Esta idea puede fundarse en el hecho de que el riesgo creado como factor de atribucion objetivo ha sido el que primeramente provoco la atencion juridica y su consiguiente reglamentacion. No obstante en la actualidad se

distinguen otros factores de atribucion que en nada toman en cuenta elementos subjetivos y que no consisten en la aplicacion de las reglas propias de la doctrina del riesgo y es que los factores objetivos de atribucion son la expresion de toda una nueva optica del derecho de danos. La nota comun en estos factores es que no buscan hacer un juicio de reproche sobre el autor material del hecho sino el fundamento de atribuir a otro distinto a la victima el deber juridico de indemnizar el dano causado.

Es que el derecho ya no dirige como antes su mirada al autor del dano sino que mas bien se interesa por la victima de ese perjuicio a quien busca reparar el mal sufrido. Esta nueva concepcion es justamente la que hoy dia ha abierto la puerta de nuevos factores de atribucion objetivos que desplazan a la culpa como eje central de la responsabilidad civil.

Asi se ha sostenido que ahi donde antes se decia no hay responsabilidad civil sin culpa ahora se indica que no hay obligacion de reparar sin un criterio legal de atribucion (Vasquez 1993 p 14). Las teorias objetivas tienen en comun considerar la ilicitud autonomamente respecto de la culpabilidad del autor pues en palabras de Zannoni (1993) *la culpabilidad no es supuesto de la nocion de ilicitud* (p 5).

Esto es así ya que mientras la responsabilidad civil se desarrolló pacíficamente dentro de los parámetros de lo que hoy denominamos factores de imputación subjetivos pudo quizá sostenerse que no es ilícito o antijurídico el obrar inculpable. Sin embargo y en eso la doctrina moderna es conteste en distinguir nitidamente las notas de antijuridicidad y culpabilidad lo que permite reconocer con claridad la ilicitud culpable de la inculpable (Bustamante Alsina 1993 p 49)

2 Teoría del riesgo

2.1 Concepto y evolución histórica

La concepción de la atribución de responsabilidad civil a través de factores objetivos parece una idea novedosa y revolucionaria en la evolución histórica jurídica de la humanidad la cual se erige sobre los preceptos de equidad solidaridad y justicia en favor de aquel que soporta un daño originado en causa distinta al caso fortuito o fuerza mayor

Sin embargo la profundización del análisis en la materia nos lleva a concluir que la objetivación de la responsabilidad civil se remonta hasta el derecho romano e inclusive pudiésemos afirmar que antecedió a la

responsabilidad civil subjetiva la cual tiene como factor de atribucion a la culpa en cualquiera de sus distintos grados que evidencie el comportamiento del sujeto cuya accion u omision ha causado dano a otro

Ya fuere en los aforismos latinos *ubi emolumentum ibi onus o qui sentit* y *commodo sentire debe et incomodan* o en disposiciones del derecho hebreo antiguo queda claro que las bases de la responsabilidad civil objetiva datan de un periodo precristiano siendo que el cristianismo constituyo una ideologia fertil para la concepcion pivotar de la culpa en la determinacion de la responsabilidad civil pues se edifica sobre la sancion a la conducta del pecador bajo la premisa de que si no hay pecado entonces no hay dano desplazando con ello el enfoque primitivo del resarcimiento objetivo y trivializando la importancia de las consecuencias derivadas de la conducta danosa del pecador sobre la persona o patrimonio de un tercero que hoy denominamos victima

Instaurada la supremacia de la culpa la misma se consolido en las distintas legislaciones occidentales de la mano de la vigencia del poder eclesiastico durante la edad media y moderna¹ hasta el surgimiento de los primeros cuestionamientos sobre la misma de manos de la escuela iusnaturalista durante el siglo XVIII en donde algunos autores no encontraban irracional la idea de que el autor de un dano pudiese ser

declarado responsable a pesar de que mediase imposibilidad en la imputacion de la culpa. Dentro de este contexto resulta ineludible identificar dos textos legales que recogieron elementos objetivos encaminados a la determinacion de la responsabilidad civil siendo el primero de ellos elCodigo Prusiano de 1794 especificamente en relacion a la responsabilidad civil del dueno producto de los hechos danosos causados por sus animales y elCodigo Austriaco de 1811 en terminos mas radicales al establecer la obligacion de reparacion de los actos cometidos con o sin culpa de su autor

Sin embargo la humanidad sufre su cambio radical en cada una de sus estructuras sociales incluyendo la juridica como consecuencia directa de la revolucion industrial y la teoria del riesgo empieza a perfilarse como una respuesta ante el exponencial incremento de danos derivados del proceso industrial de produccion que resultaban inimputables y por ende no resarcidos a las victimas quienes en la mayoria de sus casos eran sujetos de la clase obrera que en el ejercicio de sus obligaciones laborales resultaban gravemente afectados lo cual se traducia en un gravamen social ante la posibilidad de trabajar y sustentar a sus respectivas familias

En este contexto reaparece¹ la necesidad de determinar la responsabilidad civil de manera objetiva y la teoria del riesgo queda recogida en la Alemania de 1888 en su ley laboral y de provision social desarrollada

por el jurista Otto Von Bismarck⁹ y posteriormente en el ordenamiento jurídico italiano de 1894 y el francés de 1897

La participación francesa guarda un lugar destacado en la consolidación de la teoría del riesgo como factor de atribución de la responsabilidad civil, a través de la celebre Sentencia de 1896 emanada de la Corte de Casación de Francia mediante la cual declaró responsable al dueño de un remolcador por la muerte de un mecánico devenida de la explosión de una caldera estableciendo de que aun cuando la explosión fuese una consecuencia directa de un defecto de construcciones aquella

⁹ Otto Eduard Leopold von Bismarck Schönhausen príncipe de Bismarck y duque de Lauenburgo más conocido como Otto von Bismarck (Schönhausen 1 de abril de 1815 Friedrichsruh 30 de julio de 1898) fue un estadista y político alemán artífice de la unificación alemana y una de las figuras clave de las relaciones internacionales durante la segunda mitad del siglo XIX. Durante sus últimos años de vida se le apodó el «Canciller de Hierro» por la determinación con la que perseguía sus objetivos políticos fundamentalmente la creación y el mantenimiento de un sistema de alianzas internacionales que aseguraran la supremacía y seguridad del Imperio alemán. Estudió Derecho y a partir de 1835 trabajó en los tribunales de Berlín y Aquisgrán actividad que abandonó tres años más tarde para dedicarse al cuidado de sus posesiones territoriales. En 1847 entró a formar parte del parlamento prusiano donde muy pronto se convirtió en líder del ala conservadora. Se enfrentó duramente a la revolución de 1848 y por esa época comenzó a perfilar lo que sería su principal objetivo político la unificación de Alemania y la creación del Reich desde preceptos autoritarios y antiparlamentarios. En 1862 tras ser nombrado primer ministro de Prusia emprendió una importante reforma militar que le permitió disponer de un poderoso ejército para llevar a cabo sus planes de unificación alemana. De esta forma en 1864 consiguió arrebatar a Dinamarca los ducados de Lauenburgo Schleswig y Holstein y dos años más tarde después de la guerra con Austria consiguió la anexión de Hesse Francfort Hannover y Nassau lo que dio lugar a la creación de la Confederación de Alemania del Norte con Bismarck como canciller. Por último la guerra con Francia supuso la adhesión de Baviera entre otros Estados y en 1871 se proclamó el Segundo Imperio alemán en el palacio de Versalles de París. Bismarck se convirtió en primer ministro de Prusia y canciller. Durante los 19 años que se mantuvo en el poder llevó a cabo una política conservadora enfrentándose inicialmente a los católicos y combatiendo a la socialdemocracia. Fue también el organizador de la Triple Alianza con Italia y Austria Hungría creada en 1882 para aislar a Francia.

responsabilidad del dueño del bien frente al dano ocasionado se mantenía aunque este probare la culpa del fabricante o la existencia del vicio oculto

2 2 Principios que informan la teoria del riesgo

El pensamiento marco rector sobre el cual se justifica la necesidad de esta formula de asignacion o determinacion de la responsabilidad civil permitiria un analisis indubitablemente voluminoso y extenso lo cual en forma alguna constituye la finalidad de este ensayo Sin embargo en aras de proveer al lector de los elementos suficientes para la comprension atinada y justa de la nocion riesgo como tendencia doctrinal mayoritaria dentro de las distintas concepciones juridicas del riesgo es menester abordar estos principios de manera somera y didactica como prefacio a nuestro analisis medular /

2 2 1 Principio de causalidad

Muchos autores parten de la premisa que el simple hecho de haber ocasionado el dano justifica la obligacion de repararlo No solo refleja la concepcion romana de la responsabilidad civil objetiva sino que la doctrina francesa la denomina teoria del riesgo puro o integral

2 2 2 Principio del interes activo

Así como los beneficios las ganancias y la utilidad constituyen activos de la empresa o de aquel que realiza una actividad comercial así mismo las perdidas y los danos que se ocasionen inevitablemente con motivos de la propia empresa constituyen costos de su explotacion y por ende pasivos de la misma. Lo anterior constituye la logica medular de la teoria de riesgo la cual deriva de la indivisibilidad postmodernista de la economia y la ley

2 2 3 Principio de prevencion y de equidad

En relacion a un aspecto practico de la carga probatoria aunado a la dificultad en la prueba de la culpa promueve que el demandado no pueda liberarse de responsabilidad mientras no demuestre que el dano es causado por causa completamente extrana a el operando una especie de inversion de la carga dirigida a la configuracion del eximente libertario

Principio de la equidad deriva de la desigualdad economica existente entre las partes la que ocasiona el dano y la que lo sufre como prevalencia al mayor interes social y la respectiva causalidad. No obstante la propia doctrina se inclina a otorgar a la equidad una participacion secundaria en el

análisis de la responsabilidad civil objetiva y concuerda en que de ninguna manera puede justificar la responsabilidad *per se*

En base a la equidad se derivan otras consecuencias que suponen y se apoyan en principios tales como el de la repartición del daño mismo que se sustenta en la reparación de los daños a través de la figura del seguro tal cual lo conocemos hoy en día en este sentido desconociendo el origen del daño y partiendo de la obligación de reparar posterior a su ocurrencia apuesta por tomar medidas de precaución con la finalidad de distribuir la carga del resarcimiento entre los directamente interesados lo cual se materializa a través de la obtención de contratos de seguros de modo tal que hay una garantía indemnizatoria a favor de las víctimas del daño

2 2 4 Principio de Gefährdung o carácter riesgoso del acto

Este principio de estricto origen alemán resultó fundamental para la consolidación de la teoría del riesgo y se circunscribe al carácter riesgoso inherente del propio acto y el impacto que lo anterior tiene en el ambiente o en la realidad circundante en forma de daño

2 3 Criticas a las teorías basadas en el riesgo

Diversas y múltiples son las críticas que pueden erigirse en contra de la asignación de responsabilidad civil de forma objetiva teniendo como epicentro la figura del riesgo entre las cuales podemos enunciar

2 3 1 Supresión de la moralidad en la responsabilidad civil

La moralidad produce en el hombre el surgimiento de la idea y la necesidad de reparar los daños que causa a otro pues esta se materializa a través de la culpa elemento esencial de la responsabilidad civil subjetiva. Al circunscribirse el daño a un plano exclusivamente de resarcimiento o reparación se concretiza la atribución de la responsabilidad civil y con ello se incurre en una visión retrograda de la materia tal como fuese entendida en su concepto primitivo en donde la apreciación recalca en el daño experimentado por la víctima sin que reaparezca en la conducta del autor y se evalúe su conducta frente al daño. El célebre autor Marcel Planiol se inclina por esa visión contraria a la objetivación de la responsabilidad civil la refiere como retrograda surgiendo que la preponderancia de lo material nos remota a épocas bárbaras pre aquilinas. No obstante no podemos dejar de excusar esta visión en correspondencia con el momento histórico social

en el que vivió el autor oscilante entre la segunda mitad del siglo XIX y el primer tercio del siglo XX

2 3 2 Falta de efectividad en la mera reducción a la causalidad

El origen del daño responde a una confluencia de elementos y circunstancias que desencadenan el hecho dañoso en detrimento de una persona o su patrimonio es decir el daño ocurre cuando se produzca el alineamiento de una pluralidad de factores en la realidad que trae como consecuencia el menoscabo ajeno

En ese orden de ideas condicionar la determinación de la responsabilidad civil únicamente al análisis de la causalidad lejos de constituir una forma justa de abordar la problemática del daño puede conllevar a injustos efectos gravitantes en torno a determinado hecho dañoso y a la arbitrariedad en el ejercicio de la función jurisdiccional Algunos autores en el mismo sentido destacan que la aplicación de rígidas reglas físicas y el método científico sobre las consecuencias que devienen del actuar de los hombres que intenta ser regulado y salvaguardarlo a través de la legislación resulta una tarea con posibilidades escasas de éxito pues

es inherente a la condicion humana la conducta como respuesta al subjetivismo de sus circunstancias

2 3 3 Detiene la iniciativa y el espiritu empresarial

De la estricta relacion con los fundamentos del riesgo provecho es decir con la actividad economica y la rentabilidad como elementos determinantes en el analisis de la responsabilidad civil emergente senalan los criticos que la premisa previa que se respondera de cualquier dano que se cause en ausencia de ilicitud tiene como consecuencia directa que le hombre se abstenga o reduzca su actividad de produccion ante la bravosidad de la carga potencial en cuanto a danos que se produzcan a consecuencia de dichos fines

La aplicacion de la teoria del riesgo supondria un peso sobre aquel individuo que realiza actividades que suponen un beneficio que redunde en la colectividad mientras que protegeria a quien simplemente no realiza ningun tipo de aporte productivo Asi las cosas es intrinseca a la naturaleza del hombre esa libertad de actuacion que le permite rebasar a sus propios limites y fronteras asi como conquistar la materia a traves del conocimiento y la produccion y en ese marco la vision de la responsabilidad civil de forma

objetiva no seria suficiente para escapar de la carga del dano que pueda generar en la consecucion de sus suenos

Nuevamente la culpa sigue siendo vista como un elemento humanizado en la responsabilidad civil de modo tal que la teoria del riesgo es criticada como una relacion entre patrimonios en ausencia de los sujetos y sus criticos mas acerrimos enarbolan la imposibilidad de determinar donde finaliza el alcance de la imposicion reparadora llegando a cuestionar si su entendimiento supone que la incorporacion de un nuevo productor o agente economico en determinado mercado supone una responsabilidad civil en favor de los otros productores o agentes economicos en virtud de la logica afectacion que pudieran sufrir en su actividad comercial con motivos del nuevo sujeto

No obstante estas criticas pierden validez al considerarse que muchos de los paises industrializados han incorporados numerosos supuestos de responsabilidad civil objetiva en sus respectivas legislaciones sin que ello haya supuesto un retraso o desaceleracion de su actividad productiva en especial en el caso frances

2 3 4 Tendencia a la no solidaridad

La certeza de reparación en todo caso señalan los opositores conllevaría al incremento del negocio de los seguros como seguridad en la afronta de los daños pero al mismo tiempo se diluiría la noción de reparación directa del causante del daño en favor del que lo sufre

Por otro lado ante la garantía y certeza de la reparación a través del seguro el sujeto entraría en una especie de liberalidad irresponsable y desconocedora de los derechos de los demás que tendría un impacto social negativo incrementando el respaldo por un tercero

En ese orden de ideas el sujeto perdería el interés precautorio de no causar daño con sus acciones u omisiones y por ende se estaría fomentado el crecimiento de víctimas bajo la sumisión que serán debidamente indemnizadas por los respectivos seguros

2 3 5 Ausencia de justicia y equidad

Se señala que no hay utilidad o ganancia que devenga de la producción o la actividad comercial que no tenga un impacto en la

colectividad no solo a través del consumo sino de la imposición tributaria lo cual supone cargos para el agente que la realiza o porque constituye un servicio público del que se beneficia un sector de la colectividad es decir la potencial víctima también tiene una participación indirecta en el provecho que derive de la explotación de la actividad que pueda generar un daño siendo la máxima expresión de esta concepción del salario

Resulta indiscutible la vinculación de esta posición a la noción del riesgo provecho criticándose adicionalmente que no hay justicia alguna en responsabilizar a alguien que nada malo ha hecho o a quien nada le puede ser reprochado más allá de que el azar haya intervenido en detrimento de un tercero o de un patrimonio

Y en cuanto a la equidad si bien es cierto que aquel que percibe una utilidad lo hace como consecuencia de un riesgo previo inherente a la producción y a la actividad económica resultaría contrario a tal principio que quien actúe de forma diligente e irreprochable le sea impuesta una carga resarcitoria

2 3 6 Afectación de la productividad Industrial

Indisociable de la concepción riesgo provecho esta crítica final se inclina por afirmar que la objetividad extrema de la responsabilidad civil puede comprometer la producción nacional de la industria y el comercio frente a los países que no contemplan este sistema. Así son las cosas si la producción migra como resultado de la mano de obra más barata y los incentivos fiscales atractivos que ofrecen otros países la aplicación de la responsabilidad civil de manera objetiva podría constituir un aliciente adicional para ese preocupante fenómeno lo cual tiene un impacto social negativo en el país que en protección y resguardo del dano potencial hacia su sociedad le cause un dano mayor a esta a través del trastoque de su parte productivo

Con todo y lo anterior la teoría del riesgo creado es una consecuencia del desarrollo tecnológico e industrial de la sociedad que reacciona ante el maquinismo causante de danos en operarios y terceros sin la necesaria intervención de elemento culpa atribuible a su dueño o fabricante desde su formulación hasta nuestros días ha sido reconocida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia y las legislaciones modernas como un avance humanizado en las reglas relativas a la indemnización de danos derivados de diversas actividades de nuestro quehacer cotidiano

En efecto este contexto caracterizado por la aparición de las máquinas y los complejos industriales así como las nuevas formas de producción en masa no se desarrolló pacíficamente sino que ese desarrollo trajo consigo consecuencias negativas que se tradujeron en la concreción de una multiplicidad de daños nuevos eran muchas las víctimas el siglo del ferrocarril del automóvil del avión de la gran industria y del maquinismo el siglo de los transportes y de la mecanización universal no será precisamente el siglo de la seguridad material (Zannoni 1993 p 26)

Se decía sin lugar a dudas que no había responsabilidad sin culpa los factores subjetivos de atribución una vez incorporados a los ordenamientos jurídicos funcionaron sin mayores inconvenientes como fundamento del deber de reparar antes de la revolución industrial A partir de esta las numerosas víctimas de los accidentes solo podían aspirar a obtener una indemnización probando que el daño había sido consecuencia de culpa de su autor

No obstante la mayoría de los daños se ocasionaban por conducto de las cosas (máquinas) por lo que la probanza de una culpa era casi imposible se frustraba la indemnización y la víctima debía soportar el daño

En otras palabras cuando un obrero era víctima de un accidente solo accedería a una indemnización si probaba que el perjuicio era producto de la culpa o el dolo del patrono o de un dependiente suyo. Aunado a ello la víctima u obrero generalmente era de escasos recursos en tanto que el acusado ostentaba poder económico y con ello los mecanismos necesarios para tener una buena defensa. Siendo así la situación de desigualdad era tan evidente y alejaba más a la víctima de la posible reparación.

Para culminar decimos con Josserand (1950) que *la concepción subjetiva podría bastar en una sociedad en que las relaciones comerciales e industriales estuvieran poco desarrolladas en un pueblo de agricultores y guerreros no está ya en la medida de nuestra sociedad en que las relaciones comerciales e industriales más compleja más emprendedora en la que las relaciones jurídicas se intensifican los riesgos se multiplican y revisten la más variadas formas* (p. 79)

Lo expuesto por el precitado autor concentra muy bien la necesidad de esbozar un nuevo fundamento para la responsabilidad civil en el que ya el derecho dejara de concentrarse en la culpabilidad o no del autor del daño y se fijara más bien en la búsqueda de la reparación en la víctima quien en muchos casos tenía la tarea imposible de encontrar y probar una culpa donde no la había frustrando la indemnización.

Con todo esto se evidencia que las bases en que se fundamentaba la responsabilidad civil hasta entonces estaban resultando cada día más insuficientes e ineficaces estaba surgiendo la imperiosa necesidad de ampliar los fundamentos sobre los cuales descansaba porque no estaba satisfaciendo las necesidades de los nuevos tiempos

Antes del nacimiento de la teoría del riesgo creado como fundamento de la responsabilidad objetiva en el derecho penal se hablaba de responsabilidad penal sin culpa es decir de una responsabilidad penal objetiva Al respecto Mazeaud y Tunc (1977) indican que *la responsabilidad objetiva tuvo sus geneses en las ideas del penalista Ferrí y la escuela positivista italiana quienes rechazaron la idea de la apreciación en concreto de la culpa* (p 429)

Los precitados autores esgrimían que la culpa apreciada de tal manera podría llegar a menguar e incluso a esfumar la responsabilidad penal del agente Argumentaban tajantemente que la finalidad de la pena estriba en la defensa de la sociedad que la mayor o menor severidad de la misma debe depender de la gravedad del ilícito cometido

Por consiguiente debe eliminarse el criterio subjetivo al apreciar la culpa y al aplicar la pena incluso se llega al extremo de afirmar que la culpa no es

necesaria para atribuir responsabilidad penal. Semejantes ideas no tuvieron acogida en el campo del derecho penal francés, no obstante, se traspasaron al derecho civil donde ejercieron gran influencia. Siguen diciendo Mazeaud y Tunc (1977) que *Del acogimiento y aplicación de los postulados de Ferrí y la escuela positivista italiana en la teoría de la responsabilidad penal surge entonces la idea de responsabilidad sin culpa, esto es responsabilidad objetiva que se le denominó teoría del riesgo* (p. 429).

3 Teoría del riesgo creado

Conforme a esta teoría, quien introduce un elemento de riesgo en la sociedad, está por ese solo hecho obligado a garantizar que los daños que esta causare, aun sin culpa de nadie, serán reparados. En la práctica, las teorías subjetivas dejaron de tener explicación racional, que justificase que la víctima en los extremos de dano no culpable, tuviese que soportar el dano, así se elabora por decisiones jurisprudenciales los primeros visos de responsabilidad sin culpa.

Se comenta el fallo dictado por la Corte de Casación de Francia del 16 de junio de 1896, en la que se decidió que el propietario de un remolcador era responsable de la muerte de un mecánico causada por la explosión de

una caldera aunque se habia demostrado que ella ocurrio por vicio de su construccion o sea fuera del caso de fuerza mayor o caso fortuito sin que el dueno pudiere librarse demostrando ausencia de culpa de su parte

Esta decision constituyo la primera aplicacion en el derecho moderno de un factor objetivo en la atribucion del deber de reparar ya que como es obvio no es culpable el propietario del remolcador de que el mismo tuviere un desperfecto o vicio de construccion

Este factor presupone una ilicitud potencial de la cosa ya que si a priori la conducta que genera o que introduce el riesgo en la sociedad debe ser licita para que sea absorbida por la teoria del riesgo puesto que si asi no lo fuere aunque el dano provenga del riesgo de la cosa sera absorbido por la responsabilidad subjetiva

Gherzi (1994) en cuyas expresiones basamos las afirmaciones anteriores ha sostenido que la conducta de introducir el riesgo es una conducta tolerada ajustada a derecho sin embargo pese a ello cuando acaece el dano en concreto los autores senalan que se estaria constituyendo en un antijuridico a violar la norma de no danar a otro (p 530)

Aunque criticado por Orgaz el maestro Aguiar sostuvo que en este supuesto se trata de un acto lícito de consecuencias ilícitas (En Ghersi 1993) Opinamos con Zannoni (1993) que *la actividad que implica un riesgo social es lícita y lo es aunque el legislador compute en abstracto (a priori) la eventual producción de un daño derivado de esa actividad* (p 5 8)

3 1 Actividades riesgosas y cosas riesgosas

El incremento de causación de daños producidos por el industrialismo y el maquinismo que exponen a las personas a grandes riesgos evidenciaron la insuficiencia de los clásicos factores subjetivos de atribución puesto que a la víctima se le atribuía la titánica por no decir utópica tarea de probar la culpa del autor del daño. Siendo así muchos daños quedaban sin reparación y el damnado cargaba indefenso las consecuencias perjudiciales del acto.

Ante este escenario el derecho con un criterio más solidarista puso su atención en el daño y por ende a la víctima como epicentro de la responsabilidad. El nuevo derecho de daños busca facilitar a la víctima el acceso a la indemnización mediante la objetivación de la responsabilidad en vez de enfocarse en la conducta antijurídica del danador.

Consecuentemente la responsabilidad civil es la forma de trasladar las consecuencias del dano a un sujeto distinto al que sufrio el detrimento cuando existe un motivo que justifique ese traspaso. Como cuestion basica es menester reconocer que el mundo contemporaneo trajo consigo nuevas implantaciones que requieren de ciertas actividades riesgosas y la implementacion de cosas que son peligros por si mismas. Por tanto el clasico criterio de responsabilidad por culpa resulta insuficiente para solucionar problemas de transicion de la economia de produccion industrial tecnologia el progreso cientifico lo que claramente involucra cosas y actividades peligrosas despertando una discusion actual en el derecho civil.

Antes de introducirnos en el tema es importante ubicar al lector y dejar claro que el fundamento de indemnizar no solo se encuentra en el acto ilicito sino en el hecho licito danoso. La realizacion de este trabajo se debe a las insuficiencias de normas con respecto a los danos que son introducidos por una actividad riesgosa o cosa peligrosa. Es necesario poner en la mira a la victima y reconocerle su indemnizacion como un derecho de credito tal cual como debe ser visto en la actualidad.

Precisa llamar la atencion a los estudiosos del derecho panameno toda vez que aun nos regimos por un principio general de responsabilidad civil lo cual ya ha sido superado por otras legislaciones como la de

argentina que reconoce la potencialidad de los riesgos y la eficiencia en produccion de danos con relacion al topico que nos ocupa

3 1 1 Concepto de actividades riesgosas

En primer lugar corresponde definir que es una actividad riesgosa de forma elemental puede entenderse como el conjunto de operaciones o tareas propias de una persona o entidad que en si mismas implican cierto peligro que entrana contingencia o proximidad de un dano De ello resulta que a simple vista la actividad riesgosa seria el conjunto de operaciones o tareas que traen inmersa una potencialidad danosa

Para Ghersi (1994) *se trata de actividades que potencian la posibilidad de producir un daño ya sea por su propia naturaleza o por el modo de su realizacion* (p 218) Asi mismo Messineo (1952) hace alusion a *situaciones en que un sujeto personalmente o por medio de un dependiente ejercita una actividad peligrosa la cual sea tal por si o bien por la naturaleza de los medios empleados* (p 382)

Por su parte Tamayo Jaramillo (1989) expresa que actividad peligrosa es aquella que una vez desplegada su estructura o comportamiento genera

mas posibilidad de dano de las que normalmente esta en capacidad de soportar por si solo un hombre comun y corriente

Ahora bien hay que descartar de la calificacion de actividades riesgosas aquellas en que el peligro se presenta en ordinaria medida lo cual es propio de toda actividad humana y donde el dano en esos casos es el resultado del comportamiento del agente es decir de su negligencia En efecto las actividades riesgosas comportan siempre un aumento del riesgo de sufrir un dano para los terceros y el agente tiene conocimiento de ello Este conocimiento del peligro debe llevar al agente a adoptar toda medida idonea para evitar danar o en la medida de lo posible reducir la posibilidad de dano

Las actividades riesgosas no requieren calificarse de tal porque en su realizacion se utilicen cosas peligrosas o riesgosas No obstante las mismas pueden ponerse en movimiento o intervenir en la produccion del dano Es importante resaltar que juzgador jugara un papel importante al analizar en cada caso que actividad puede calificarse de peligrosa para ello estimar los grandes avances tecnologicos tomando en cuenta que lo que es peligroso hoy quizas ya no lo sea mañana

Cabe a este respecto destacar que la justicia inglesa en el caso Rylandas contra Fletcher en el año 1868 adopto el criterio de responsabilidad objetiva (*strict Liability*) y se dijo que quienes tuviesen en su poder un elemento peligroso (*dangerous activity*) debían mantener indemnes a los demás miembros de la comunidad o de lo contrario tendrían que indemnizar a quien sufriera el dano sin importar su diligencia salvo la intervencion de un elemento extraño posición que fue adoptada en 1875 en Estados Unidos

En esta línea de pensamiento la Sentencia de 13 de septiembre de 2001 del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera de Colombia señala que una actividad es peligrosa cuando rompe el equilibrio existente colocando a las personas ante un peligro inminente de recibir lesión en su persona o en sus bienes La inminencia de un peligro que aborda la capacidad de prevención o resistencia común de los seres humanos son las características determinadas para definir las actividades peligrosas ¹⁰

Dicho tópico ha sido enunciado por el derecho positivo extranjero aparece expresamente consignado en los códigos de Italia (artículo 2050) Portugal (art 493 2) Bolivia (art 998) Perú (at 1970) y Paraguay así como en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

¹⁰ Ver Sentencia de 13 de septiembre de 2001 del Consejo de Estado de la República de Colombia

En efecto el artículo 2050 del Código Civil Italiano de 1492 señala que Cualquiera que ocasione dano a un tercero en el desarrollo de una actividad peligrosa por su naturaleza o en relacion con los medios empleados esta obligado a la reparacion si no prueba que ha adoptado todos los medios idoneos para evitar el dano

Ha sido uno de las primeras normas que contemplan las actividades peligrosas como un elemento particular que propicia ser objeto de estudio del derecho como generador de responsabilidad Dicho texto a pesar de descansar sobre la idea de la culpa establece una presuncion contra el que cause dano en el ejercicio de actividades peligrosas y establece que el autor solo se exonera de responsabilidad mediante la prueba de haber adoptado todos los medios idoneos para evitar el dano

Somos del criterio que no es posible enmarcar un concepto univoco de actividades peligrosas ya que los factores de tiempo modo o lugar difieren para preservar una idea unica por lo que nos limitamos a indicar que una actividad peligrosa debe poseer dos características esenciales una alta posibilidad de causar dano y una amenaza y riesgo de causar un dano considerado potencial (siendo esta de características ordinarias propias y normales)

No obstante el juez no puede tomar las mismas consideraciones para la determinación de su evidente peligrosidad ya que su forma de ocasionar sus consecuencias negativas es diferente entre las diversas actividades y cosas peligrosas

Por su parte no podemos pasar por alto que la actividad riesgosa o peligrosa es una actividad legal y autorizada por la administración por lo que dicha actividad o explotación comercial no es ilícita sin embargo lo que sí deriva ilícito es el daño que pueda esta causar

En las actividades peligrosas podemos mencionar aquellas que por su naturaleza pueden causar daño. Entre ellas la utilización de calderas, estaciones de distribución de energía eléctrica, depósitos de gas inflamable, el ejercicio de algunas actividades deportivas, el trabajo en fábricas industriales cuando se utilizan maquinarias peligrosas, el trabajo en plantas nucleares, puertos, usos de reactivos, el tránsito por mar de buques en general.

A simple vista debemos acotar que cada una de estas debe ser tratada por el juzgador acorde a las características y leyes que regula cada una de ellas por lo que no se puede pretender generalizar las actividades peligrosas

o las cosas riesgosas en un sistema univoco de aplicacion para determinar la responsabilidad civil

3 1 2 Concepto de cosas peligrosas

En el apartado anterior indicamos que entendemos por riesgo la contingencia o proximidad de dano entonces las cosas riesgosas serian aquellas que llevan consigo una contingencia o posibilidad de danar Visto asi podria concluirse que todas las cosas pueden ser peligrosas por lo que para el tema que nos ocupa no podemos adoptar una definicion tan amplia sino que resulta necesario hacer un esfuerzo de sistematizacion o clasificacion veamos Un tenedor parece ser un utensilio inofensivo pero si una persona al estar comiendo lo introdujo en su boca y en ese preciso instante la misma desmaya o alguien la empuja por la espalda el tenedor se inserta en la garganta y ocasiona un dano a la persona El tenedor entonces fue un objeto peligroso que actuo su potencialidad danosa

Desde este prisma la mayoría de las cosas podrian en un momento y bajo ciertas condiciones ser peligrosas Consecuentemente hay cosas que normalmente no son peligrosas y hay cosas que si lo son

La que normalmente no son peligrosas carecen de autonomía para danar necesitan de la intervención del hombre o de una fuerza extraña para activar su potencialidad dañosa. Si en su empleo negligente o malicioso el hombre causa daños a otros estaríamos en presencia de responsabilidad por hecho propio en las vertientes de delito y cuasidelito. Aquí el daño se produce por el hombre con la cosa.

Por el contrario cuando las cosas son normalmente riesgosas tienen autonomía para danar es decir son fuente autónoma de daños. Su potencialidad dañosa está siempre latente hay una alerta constante de daño.

Estas a su vez según Bustamante Alsina (1993) se puede clasificar en cosas con peligro estático y cosas con peligro dinámico. Las cosas con peligro estático son aquellas que conllevan en sí el riesgo (latente) pero requieren un factor extraño para desencadenar el daño. En cambio las cosas con peligro dinámico llevan el riesgo latente en su accionar (p. 323).

Las cosas peligrosas pueden o no tener dinamismo propio y pueden caracterizarse de tal por los materiales con los que se han fabricado. En suma estamos en presencia de cosas peligrosas o riesgosas cuando estas representan un riesgo por su capacidad de destruir, cercenar, contaminar, contagiar, enfermar, etc. También se clasifican de peligrosas aquellas con

capacidad de transmitir o crean energía o aquellas que conllevan riesgo de explosión aunque estas no estén en movimiento su riesgo no desaparece

Asimismo son riesgosas las cosas que aumentan la fuerza física y no se puede controlar así pues nos encontramos con una cosa riesgosa cuando su empleo normal en su estado natural puede causar daños a terceros por el uso que se le de. Sin embargo no podemos obviar que existen cosas inertes que el simple contacto con ellas generan daños como reactivos químicos cosas que dimanan mucha energía

Para que exista responsabilidad por hecho de la cosa es necesario que la misma haya contribuido de manera activa en la producción del daño y no de manera pasiva por lo que a la víctima solo le queda probar que el daño que sufre deriva del hecho de la cosa para así determinar el presunto responsable

Las cosas peligrosas no pueden ser determinadas a priori es a través de sus características de riesgos y peligro que envuelve su forma su naturaleza explosiva o inflamable velocidad fuerzas consistencia energía movimiento u otras analogías y de las cuales un sujeto con su sola prudencia no puede escapar

A nuestro parecer las cosas pueden causar danos con y sin intervencion de actividad humana en el primer supuesto debe tomarse en consideracion para efectos de reparar el dano en manos de quien se encontraba el control direccion manejo y prevencion de la cosa al momento que causa dano este es el guardian

Existen otros supuestos en que no interviene de manera inmediata la actividad humana lo que no exonera de responsabilidad es el caso de los automoviles por si solos no causan danos sino por el impulso que le da el ser humano que provoca el accidente salvo en aquellos casos donde explota la maquina o motor estando estatico^r en la cual la cosa por si sola causa el dano

3 1 3 Clases de cosas peligrosas

La actividad peligrosa no es sinonimo de cosas peligrosas ya que en la mayoria de los casos no es la cosa sino la actividad la que configura la amenaza sin embargo no podemos obviar que en dichas actividades se utilizan cosas y he alli la confusion No obstante antes de adentrarnos en el tema consideramos pertinente desarrollar las siguientes clasificaciones

3 1 3 1 Peligrosidad en la estructura

Aquellos objetos que tienen energías dinámicas actividad propia o bien aquellos objetos que a pesar de no tener energía propia llevan implícita la posibilidad de dañar por los materiales con que se hayan fabricado por el lugar donde se encuentren situados. Su propia naturaleza representa un riesgo por lo que se requiere que se adopten precauciones y medidas especiales.

En este caso es esencial que la víctima realice alguna actividad que la ponga en contacto con la estructura peligrosa por ejemplo. Una obra arquitectónica que por su constitución y materiales ocasiona daño ante el simple contacto.

3 1 3 2 Peligrosidad en el comportamiento

Las cosas pueden tener o no dinamismo propio puesto que la peligrosidad surge del uso que le da el sujeto y de las circunstancias en que se desarrolla. A diferencia de la anterior no es necesario que la víctima realice alguna actividad que lo ponga en contacto con la cosa peligrosa ya

que sera el comportamiento de esta el generadora del peligro Por ejemplo actividades de pirotecnias fuera de control y sin las medidas necesarias

Puede darse la situacion en que ambos tipos de peligrosidad (estructura y comportamiento) concurren existiendo una peligrosidad mixta comprometiendo tanto al guardian de la estructura como al guardian del comportamiento en especial cuando no recae sobre la misma persona

3 1 3 3 Peligrosidad de las cosas inertes

Son aquellas cosas que por su naturaleza estan destinadas a permanecer quietas por oposicion a las cosas que no lo estan Estas pueden ser colocadas por un individuo en una situacion de riesgo Dentro de las cosas inertes existen aquellas que por su estructura aun cuando no esten en movimiento no desaparece el riesgo que ella representa en si misma Por ejemplo el solo contacto con el arma de fuego representa un alto riesgo

Por otro lado hay cosas inertes que no representan una peligrosidad sino es el uso o aplicacion que se le de en el ejercicio de determinada actividad Asi por ejemplo una silla o una mesa no representan riesgo

alguno pero la mano del hombre puede hacer que las mismas sean peligrosas tal es el caso de ser arrojados

1 3 3 4 Peligrosidad surgida por la multiplicacion de la energia o movimiento

El hombre se vale de ciertos instrumentos para crear mayor energia de la naturalmente producida lo cual sera imposible para el hombre controlar las consecuencias perjudiciales Ejemplo Un transformador rectores quimicos

1 3 3 5 Peligrosidad surgida de la incertidumbre de sus consecuencias

Existen actividades que generan dudas sobre los efectos perjudiciales que derivan de ellas haciendo que su explotacion sea peligrosa una vez puesta en marcha dependera del destino si las mismas causan o no peligrosidad Por ejemplo productos que causan alergias o enfermedades con el pasar del tiempo asi como la mayoría de los productos tecnologicos productos elaborados biotecnologia A nuestro parecer en muchos de estos casos estaríamos frente a un vicio de la cosa y responsabilidad propia del fabricante por lo que habria que ver si se trata exclusivamente de una falta o

defecto de la fabricacion o conversacion de la cosa que hace a esta susceptible de danar

3 2 Criterios sobre el concepto guardian de la cosa

Al referirnos al tema del guardian es elemental acotar la importancia del custodio de la cosa cuya que es quien tiene el deber de responder por los danos causados por ella por ser quien segun la teorias clasicas es la persona que tiene el control y direccion de una cosa

Varios han sido los criterios expuestos para determinar el fundamento de la responsabilidad del guardian siendo los principales los siguientes

- Criterio del provecho es guardian el que obtiene un provecho economico
- Criterio de direccion material de la cosa se refiere a quien tenga la posesion fisica y direccion de la cosa
- Criterio de la direccion intelectual es el poder de ordenes relativos a la cosa sin importar si tiene o no el derecho de darlas o de servirse de ellas
- Pluralidad de guardianes para una sola cosa o guarda acumulada (comun o alternativa)

La guarda de la cosa puede estar en cabeza de varios sea porque es comun o porque le pertenezca y que de una u otra forma tiene poder de direccion y control sobre ella aunque de diferentes ambitos. En este caso todos seran solidariamente responsables en el caso de ser alternativa por ejemplo el transportador el locatario el propietario etc se debe verificar si todas las personas pueden ser consideradas guardianes de la cosa para efectos de la responsabilidad.

Estos supuestos no son absolutos ya que el propietario en ocasiones participa de la reparacion exigida por las circunstancias del asunto. Otra duda que ha aportado la doctrina es si el propietario de la cosa se ha despojado de la cosa involuntariamente y esta causare dano ¿aplicaria achacarle responsabilidad alguna de un accidente a quien tiene el objeto ilegitimamente? (ejemplo por robo) o ¿en caso que haya perdido la cosa sin mediar culpa esta ocasionare perjuicios es responsable?

Al respecto el Caso Franck en 1941 senala una marcada evolucion a la tenencia de la cosa por causa legitima a FRANCK le es robado el vehiculo que posteriormente se ve envuelto en un accidente de transito donde pierde la vida un peaton. Franck es demandado por ser propietario del vehiculo en el juicio alego que habia sido despojado de su auto y perdio control sobre el

mismo por lo que la Corte de Casacion de Francia absolvió de responsabilidad al propietario por relevarse la presunción de responsabilidad¹¹

A nuestro parecer son guardianes sean legítimos o ilegítimos de la cosa toda vez que si asumen un total control dirección y gobierno inhibe el control y mando del propietario en el ejercicio de la cosa lo que resultaría injusto aplicar responsabilidad alguna En suma no es el propietario de la cosa el llamado a responder siempre cuando exista intervención del guardian quien tenía el poder de la cosa al momento del menoscabo

¹¹ Cuando una demanda en reparación de daños y perjuicios se fundamenta en el artículo 1384 párrafo 1ro del Código Civil que establece la responsabilidad del guardian de la cosa inanimada la parte demandante se beneficia de una presunción que no se destruye aunque el demandado pruebe que no ha cometido falta alguna De ahí la ventaja desde el punto de vista de la prueba que tiene para el demandante de colocarse al amparo de esa disposición legal Contrario ocurre cuando la demanda se fundamenta en los artículos 1382 del Código Civil (responsabilidad por el dano causado intencionalmente) o 1383 del mismo código (responsabilidad por el dano causado inintencionalmente) en ambos casos le corresponde al demandante el fardo de la prueba de la falta cometida por el demandado Es que la responsabilidad del guardian de la cosa inanimada consagrada por el artículo 1384 párrafo 1ro es de pleno derecho mientras que en el caso de los artículos 1382 y 1383 la falta no se presume hay que probarla Durante mucho tiempo la acción civil nacida de la colisión de dos o más vehículos de motor no permaneció ajena a la aplicación del artículo 1384 párrafo 1ro del Código Civil pero la jurisprudencia varió su criterio y sostuvo que la responsabilidad civil derivada de la colisión de uno o más vehículos de motor tenía su fundamento en la falta cometida por uno de sus conductores (arts 1382 y 1383) haciendo inaplicable la responsabilidad de pleno derecho contra el guardian de la cosa inanimada (art 1384 párrafo 1ro) Interpretación jurisprudencial del artículo 1384 párrafo 1ro del Código Civil Una de las interpretaciones más audaces e intrepidas de la jurisprudencia nacida al amparo del derecho germano romano ha sido la dada al artículo 1384 párrafo 1ro del Código Civil en Bélgica aunque sin la contundencia y trascendencia que posteriormente se le dio en Francia en la celebre sentencia de la Primera Sala de la Corte de Casacion en fecha 16 de junio de 1896 que se conoce como el descubrimiento de la responsabilidad del guardian de la cosa inanimada

Con relacion a ello precisa el articulo 1758 del Codigo Civil y de Comercio de Argentina senala que el dueno a guardian de la cosa no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta

En cuanto a las cosas riesgosas el sentido comun nos indica que existen numerosas cosas susceptibles de causar danos tales como compuesto quimicos incorporados a los fertilizantes los gases inflamables armas de fuego ascensores y montacargas sierras jeringas infectadas con VIH la electricidad lanchas con motor fuera de borda vidrieras tractores cosas que explotan (tanques de gas) trenes automoviles aviones etc

Muy por el contrario las innovaciones del Codigo Civil y Comercial Argentino el cual entro en vigencia el 1 de agosto de 2016 que reconoce y enumera la potencialidad de ciertas actividades que deben considerarse como peligrosas al igual del empleo y custodia de ciertas cosas que gozan de igual riesgo separando dichos normas de la aplicacion general por el simple hecho de considerar injusto cualquier dano que sufra la victima y aplicando de ciertos modo la responsabilidad objetiva

Asi observamos que segun el articulo 1757 del mencionado codigo son hechos de las cosas y actividades riesgosas Toda persona responde por el dano causado por el riesgo o vicio de las cosas o de las actividades que

sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza por los medios empleados o por las circunstancias de su realizacion¹²

Al ser la responsabilidad objetiva no son eximentes la autorizacion administrativa para el uso de la cosa o la realizacion de la actividad ni el cumplimiento de las tecnicas de prevencion

Esta norma introduce una presuncion de responsabilidad que no toma en cuenta la imputacion subjetiva solo es menester que se cause dano a otro y por la sola existencia de una actividad o cosa peligrosa se incurre en responsabilidad muy diferente al articulo 2050 delCodigo Italiano el cual requiere como presupuesto de responsabilidad la intervencion de una persona en la causacion del dano a traves de una actividad o cosa peligrosa en tal sentido mantiene la concepcion subjetiva toda vez que el guardian puede exonerarse si demuestre la debida diligencia

De lo antes descrito pueden suscitar una serie de confusiones para el lector ya que parece que lo primordial es reparar a la victima sin determinar quien es el culpable asumiendo las teorias objetivas de reparacion no obstante se observan una seria de presunciones de culpa a lo largo del presente recuento

¹² Ver articulo 1757 delCodigo Civil y Comercial Argentino de 2016

Al respecto hemos señalado en repetidas ocasiones que cada caso debe ser analizado en particular sin embargo existen teorías y corrientes que se pueden tomar en cuenta por las repetidas y análogas situaciones aplicando presunciones de culpa pero nunca dejando a la víctima desprotegida

El presunto culpable deberá probar buena diligencia en su custodia o actividad y/o la destrucción del nexo de causalidad por medio de los eximentes que serán examinados luego

Nuestro país ha desarrollado la responsabilidad civil que deriva de las actividades peligrosas que repercuten en el ambiente por lo que no podemos soslayar que esto es una vitrina para ampliar la legitimidad de los demandantes o de las personas a quienes corresponde reparar ya que si bien es cierto no se determina con precisión quienes pueden ser los afectados por contaminación de aguas o por el exceso de humo que incitan a la contaminación en este ámbito se induce el concepto de intereses difusos que son aquellos intereses supraindividuales de naturaleza indivisible e inapropiables por ningún miembro de la colectividad pero a la vez de todos

4 Teoría del riesgo provecho

La teoría del riesgo profesional la cual se basó desde sus principios en la responsabilidad objetiva producto de las ideas jurídicas de Francia influenciadas por la legislación alemana por cuanto la doctrina de la responsabilidad civil cubría solo la culpa del patrono y las acciones por indemnización de daños producto de accidentes o enfermedades profesionales estaban destinadas al fracaso por la dificultad para el trabajador de probar el hecho culposo del patrono

Es así como nace la teoría de la responsabilidad objetiva citamos al respecto a Mario De La Cueva (1949) quien sobre dichas tesis señala que el trabajador lesionado en su trabajo profesional debe ser indemnizado por aquel en cuyo provecho realizaba el trabajo El accidente es para el patrono un riesgo profesional La justicia y la equidad exigen que el empresario creador del riesgo y quien además aprovecha los beneficios de la producción tome a su cargo la reparación de los daños que causen sus instalaciones (p 639)

Saleilles¹³ es el autor que con mas entusiasmo defendio la tesis de la responsabilidad objetiva influenciando por el derecho aleman recurrio al articulo 1384 del Codigo de Napoleon norma segun la cual *Se es responsable no solamente del daño causado por hecho propio sino tambien del causado por el hecho de las personas por las que debe responderse o de las cosas que se tiene bajo su cuidado* ¹⁴

Asi pues el patrono responde del accidente no porque haya incurrido en culpa sino porque su cosa su maquinaria ha creado el riesgo La tesis de Saleilles muy semejante a la de Josserand fue acogida por la Corte

¹³ Raymond Saleilles despues de terminar sus clases de secundaria en su ciudad natal en el colegio de Beaune cursara sus estudios superiores de grado en el campo del derecho en Paris en la Facultad libre independiente del Instituto Catolico Completo su doctorado en 1884 y luego se presento con exito a las agregaduras Fue delegado por el Ministro de la Facultad de Derecho de Grenoble donde permanecio un ano como profesor de historia del derecho En 1885 fue trasladado a la Facultad de Derecho de Dijon donde tambien enseno historia del derecho durante diez anos y en los ultimos anos derecho constitucional En 1895 dejo su puesto en Dijon y se convirtio en profesor de derecho civil en la Facultad de Derecho de Paris donde entre 1895 y 1898 es responsable de un curso de derecho penal comparado Obtuvo la titularidad de la plaza como profesor de derecho civil el 28 de noviembre de 1898 puesto que ocupo hasta el final de su vida A iniciativa suya en 1901 se crea un curso de derecho civil comparado

A finales del siglo XIX y principios del XX nacio un nuevo movimiento doctrinal juridico una corriente reformista que aporta una dimension cientifica al derecho y permite un estudio metodico de la ley que se enriquece con puntos de vista de la sociologia la filosofia y el derecho comparado lo que constituiria una gran innovacion Entre las grandes figuras innovadoras estaran Raymond Saleilles François Geny Marcel Planiol y Rene Demogue

Raymond Saleilles fue un trabajador incansable lo que le permitira acumular tanto conocimientos juridicos como de filosofia sociologia historia y economia Estara abierto a la produccion cientifica extranjera especialmente a legislacion alemana y la doctrina alemana a las que admira y seran el fundamento de uno de sus trabajos mas importantes L'Essai sur les obligations dans le premier projet du Code civil allemand publicado en 1901 escrito mientras ensenaba en Dijon Este libro se considera una innovacion en el derecho privado de las obligaciones frances ya que el Codigo Civil aleman era en gran parte desconocido Este trabajo lo convirtio en uno de los mayores expertos en derecho civil comparado

¹⁴ Texto del articulo 1384 del Codigo Civil Frances de 1804(Codigo de Napoleon)

Francesa de Casacion en la Sentencia del 16 de junio de 1896 surge en base del contenido de los articulos 1384 y 1386 delCodigo Civil Frances conocida con el nombre de la teoria objetiva

Parte del supuesto de que el dano causado por un objeto debe ser reparado por su propietario es decir por aquel que se beneficia abstraccion hecha de toda idea de culpa Segun esta teoria la responsabilidad deja de tener su fundamento en la culpa del que obra o posee la cosa es decir el guardian y sostiene que el simple dano causado por una cosa o por un acto resulta suficiente para originarlo

La teoria de la responsabilidad objetiva precede a la del riesgo profesional basta con establecer que se ha producido un dano y establecer el vinculo de causalidad entre el hecho de trabajo y ese dano para reclamar de modo inmediato La responsabilidad que incumbe al dueno de la cosa en este caso de la empresa por danos producidos se deriva de mera relacion causal entre el hecho y el dano el propietario responde por el solo hecho de ser propietarios de la cosa

La tesis de Saleilles se basa en que la teoria de la culpa es propia del derecho individual la teoria objetiva es por el contrario propia del derecho

social que considera al hombre como parte de una colectividad por ello cuando una empresa acepta a un obrero acepta los riesgos de la elección

De lo anteriormente expuesto se evidencia que según esta teoría objetiva la responsabilidad nace en todo supuesto en que el dano causado por un objeto deber ser reparado por su propietario no porque el dueño haya incurrido en culpa sino porque su cosa su maquinaria ha creado un riesgo por el cual deber responder indemnizado al trabajador tanto por el dano material como el dano moral

Lo expuesto en el párrafo anterior es conocido en algunos países de América Latina como la doctrina como la responsabilidad objetiva por guarda de cosas Así lo estipulada en el artículo 1193 del vigente Código Civil de Venezuela que el cual dispone según el cual Toda persona es responsable del dano causado por las cosas que tiene bajo su guarda a menos que pruebe que el dano ha sido ocasionado por falta de la víctima por el hecho de un tercero o por caso fortuito o fuerza mayor

Otras legislaciones como el Código Civil Peruano señala en su artículo 1970 *Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa causa un dano a otro esta obligado a repararlo* En esta legislación la responsabilidad derivada del hecho de las

cosas es de caracter objetiva por cuanto el guardian solo se libera demostrando causa extrana al decir de los articulos 1971 y 1972 segun los cuales no se libera el dueno demostrando ausencia de culpa es decir diligencia

Por su parte el nuevo Codigo Civil y Comercial de Argentina senala en sus articulos 1757 y 1758 disposiciones similares a las citadas asi segun el 1757 *Toda persona responde por el dano causado por el riesgo o vicio de las cosas o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza por los medios empleados o por las circunstancias de su realizacion* La responsabilidad es objetiva No son eximentes la autorizacion administrativa para el uso de la cosa o la realizacion de la actividad ni el cumplimiento de las tecnicas de prevencion

Por su parte el articulo 1758 establece que el dueno y el guardian son responsables concurrentes del dano causado por las cosas Se considera guardian a quien ejerce por si o por terceros el uso la direccion y el control de la cosa o a quien obtiene un provecho de ella El dueno y el guardian no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta

En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza se sirve u obtiene provecho de ella por si o por terceros excepto lo dispuesto por la legislacion especial

Conviene terminar este breve recorrido por la legislacion vigente en las naciones que al igual que la nuestra fueron colonias espanolas y por tanto durante gran parte de su historia contaron con legislaciones comunes es decir el mismo derecho impuesto por la corona en dicho tramo de nuestra historia Asi pues el Codigo Civil de la Republica de Bolivia en su articulo 995 sobre el dano ocasionado por cosa en custodia preceptua que *Quien tenga una cosa inanimada en custodia es responsable del daño ocasionado por dicha cosa excepto si prueba el caso fortuito o fuerza mayor o la culpa de la victima* (Arts 703 704 del Codigo Civil de la Republica de Bolivia)

Como son evidentes en las normas transcritas de paises latinoamericanos de tradicion e historia similar a la Republica de Panama los criterios de imputacion son de caracter objetivo en tanto vienen establecidas como presunciones de responsabilidad mismas que solo ceden ante causa extrana es decir fuerza mayor caso fortuito culpa exclusiva de la victima y culpa de terceros de los que no se tiene que responder

El Código de Napoleón en su artículo 1384 primer inciso dispone que una persona sea responsable por hecho propio por el hecho de las personas de que debe responder y por las cosas que estén bajo su guarda

Con la invención de la máquina de vapor el auge del maquinismo y los primeros tiempos de la revolución industrial comenzaron a suceder con bastante frecuencia accidentes productores de numerosas víctimas derivados de hechos de las cosas. Por consiguiente a fin de eliminar los inconvenientes en la aplicación de los criterios subjetivos de la culpa y el dolo se ensayaron varios intentos de soluciones a saber se pretendió crear una especie de obligación de seguridad a cargo del patrono en virtud de la cual y fundamentándose en cláusulas tácitas del contrato del trabajo se entendía que si un obrero que sufría un daño con alguna de las máquinas integrantes de la instalación industrial el patrono debía indemnizarlo porque estaba obligado

CAPITULO III

Las insuficiencias en el sistema de responsabilidad civil extracontractual en nuestro medio

1 Responsabilidad civil por hechos propios

En la esfera de la responsabilidad civil contractual se produce obviamente responsabilidad por hechos propios cuando quien asume la obligación de dar hacer o no hacer determinado servicio realiza lo contrario incurre entonces en responsabilidad civil por hecho propio. En ese ámbito existen presunciones de culpa y de responsabilidad con regulaciones particulares en atención a la naturaleza de las relaciones jurídicas particulares y el contenido de las prestaciones asumidas por las partes.

En efecto, según el artículo 976 del Código Civil las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos. Además, conforme al artículo 1109 del Código Civil los contratantes se deben no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también de todas las consecuencias que según su naturaleza sean conforme a la buena fe, al uso y la ley. Esto es así porque la regla general es que los efectos de los contratos alcanzan exclusivamente a quienes lo celebran. Por ello, quien se obliga

convencionalmente y no cumple exactamente lo acordado incurre en responsabilidad civil

Esta conclusion se infiere de lo establecido en el artículo 986 del Código Civil que impone responsabilidad a todo el que en el cumplimiento de sus obligaciones incurriere en dolo negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contravinieran el tenor de aquellas

Ademas de esta responsabilidad derivada del contrato tambien compromete su responsabilidad quien afecta con un hecho propio un derecho o interes subjetivo ajeno protegido por el derecho causando un dano injusto en tal caso se esta en el campo de la responsabilidad extra contractual

Por ello y como quiera que la presente investigacion esta enfocada a este tipo de responsabilidad que es ajena a todo vinculo previo entre el causante y la victima nos enfocaremos en las reglas principalmente contenidas en el capitulo segundo del Titulo XVI del Libro IV del Código Civil que regula a este tipo de responsabilidad denominado De las Obligaciones que nacen de culpa o negligencia

En principio y según lo dispone el artículo 1644 del Código Civil El que por acción u omisión cause daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado regla básica que informa la responsabilidad civil por hecho propio en materia extracontractual dentro de la esfera de la responsabilidad gobernada por los factores subjetivos de la culpa y el dolo

De ello resulta que la responsabilidad por hecho propio importa las conductas positivas o negativas de la persona que de manera directa está llamada por la ley a reparar el daño siendo esta consecuencia de la inobservancia de una obligación específica proveniente del incumplimiento culposo o doloso del deber genérico de no dañar a los demás ajenos a todo vínculo preexistente

Podemos observar que en reiterados fallos la Corte Suprema de Justicia se pronunció referente a la responsabilidad extracontractual de la siguiente manera

Se debe dejar sentado que contrario a la tesis defendida por el recurrente no es cierto que la doctrina de la responsabilidad objetiva en materia de culpa haya sido expresamente acogida por el Código Civil o por la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia Es el que reclama la indemnización de daños y perjuicios quien debe

justificar la existencia no solo del dano y su cuantia sino tambien la de la culpa y la de la correspondiente relacion de causalidad que entre esos dos fenomenos debe producirse para tener derecho a una sentencia favorable. La culpa a menos que la ley o los reglamentos asi lo hayan establecido expresamente no se presume y continua siendo una cuestion de hecho sujeta a la apreciacion del tribunal sentenciador el que se arrije o no a una u otra decision al respecto. Dicho en otras palabras en materia de responsabilidad civil extracontractual no ha caminado nuestro derecho en direccion del reconocimiento de responsabilidad sin culpa como ha pretendido la censura cuando le senala ese yerro a la sentencia recurrida¹⁵

Ahora bien de la transcrita disposicion se concluye que solo se responde por razones de imputacion subjetivas sin embargo en la esfera extracontractual se producen innumerables situaciones de hecho en que la prueba del dolo y de la culpa resultan tan dificiles que a la postre terminan siendo la razon determinante en la impunidad de verdaderas canalladas

Esto es asi por cuanto que acreditar el dolo y en muchos casos la simple culpa de la ocurrencia del hecho danoso con las actuales reglas sobre la carga de la prueba es similar a descifrar el mas intrincado laberinto carga que en ocasiones aparece como una burla a las victimas de actos abusivos

¹⁵ Ver Fallo de 30 de enero de 1997 Sala de lo Civil Magistrado Ponente Eligio Salas

que a la postre son exonerados por un sistema caduco basado exclusivamente en tales factores

2 Supuestos de abuso del derecho

En la esfera extracontractual ligado al tema de los hechos propios es propicio el examen de ciertas situaciones particulares en las que derivadas de conductas aparentemente licitas resultan afectados intereses jurídicos de otros. En efecto resulta que el ejercicio abusivo de los derechos subjetivos pueden ser causantes de daños injustos a terceros cuya reparación el derecho reconoce en la denominada teoría del abuso del derecho según la cual también se es responsable de la reparación de los de daños causados si estos derivan del ejercicio abusivo de un derecho subjetivo

3 Analisis del caso Omar Solano Aparicio contra Bank of Credit Am Commerce International (Overseas) Ltda (en liquidacion)

En algunas sentencias la Sala Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia ha proclamado la plena vigencia de la Teoría del Abuso de Derecho partiendo del texto contenido del artículo 1644 es decir fundada en criterios subjetivos de imputación tal es el caso del Bank Of Credit Am Commerce International (Overseas) Ltda (En Liquidación) demandada por

Omar Solano Aparicio bajo la ponencia del Magistrado Eligio A Salas quedo establecido que nuestra mas alta corporacion de justicia parecia estar de acuerdo con la concepcion que considera la negligencia como factor predominante a efectos de aplicar la doctrina del abuso del derecho

Esto es así ya que de lo medular de la sentencia se afirma que la genesis del acto abusivo que impone la obligacion de resarcir los danos ocasionados cuando los limites impuestos por la buena fe la moral o las buenas costumbres hay que encontrarla ejercicio que se hace del derecho propio No interesa que en principio o inicialmente la conducta sea licita Mas importante es que se comprende que se ha actuado de una manera antifuncional sin una correspondencia logica con los fines de la norma que consagra el derecho bajo cuya proteccion ha actuado el sujeto sigue diciendo la corte que era del entero conocimiento del banco que no fue sino hasta que el proceso se encontraba en estado de resolver en esta Sala Primera de la Corte cuando el señor JERRY LEE HARVEY le revoco el poder que le habia otorgado a SOLANO sustituyendolo en la persona del Doctor MENALCO SOLIS circunstancia que dio lugar a que SOLANO presentara reclamacion para que se le tasaran sus honorarios profesionales tramite que realizo en el juzgado de origen (Cuarto de Circuito de Panama) a traves de incidente de tasacion dentro del cual participo BANK OF CREDIT AMI COMMERCE INTERNATIONAL (OVERSEAS) LTDA (En liquidacion)

aceptando la reclamacion formulada Esta incidencia concluyo en primera instancia con la dictacion del Auto N° 2642 de 10 de octubre de 1997 en que se condeno a HARVEY a pagarle a SOLANO la suma de B/ 900 000 00 en concepto de capital mas las costas fijadas en la suma de B/ 72 000 00 posteriormente ya lo hemos visto el Tribunal Superior confirmo la resolucion

Al final de la jornada siendo lo medular la Corte Suprema de Justicia expresa lo siguiente

La conducta que adopto EDGARDO LASSO VALDES lejos de ser consecuente con la prudencia que debio ser observada por una persona lucha en los menesteres propios de su oficio de banquero de nota una gran falta de responsabilidad No es suficiente el amparo que el casacionista invoca del articulo 1042 delCodigo Civil para legitimar la conducta del senor LASSO VALDES ya que no caben dudas de que sus companeros en este caso se enmarca en un claro abuso del ejercicio del derecho consignado en esta disposicion abuso y desviacion que ubican su comportamiento en el ambito de la culpabilidad responsable del dano que se le ha ocasionado a OMAR SOLANO APARICIO quien se vio privado de cobrar los honorarios a los que tiene derecho debido a la negligencia con que procedio LASSO VALDES cuando hizo el pago en las condiciones que conocemos ¹⁶

¹⁶ Ver Registro Judicial de febrero de 2000 p 162

De lo anterior resulta que según el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia el Abuso del Derecho en nuestro derecho se produce solo en razón de la intención de la demandada por tanto reconoce dicha sentencia el supuesto de la intencionalidad como fundamento del abuso del derecho en nuestro medio

No obstante de ello dicha decisión presenta el inconveniente que asimila el acto abusivo al acto ilícito lo que lleva a los detractores de la teoría a afirmar que no es necesario consagrarle ninguna norma especial pues resultaría suficiente con los preceptos que prohíben el actuar ilícito de los sujetos que perjudican a terceros e imponen en tal caso el deber de reparar el daño ya que la ilicitud en sí es una fuente directa de responsabilidad civil tradicionalmente identificada como la culpa aquiliana

Este criterio podría ser válido si la realidad fáctica no nos indicara su insuficiencia es que en el común de los casos la jurisprudencia de la Corte y de los tribunales superiores están basados en otros elementos así el caso que a continuación transcribimos de los Honorables Magistrados del Primer Tribunal Superior mismos que llegan a una solución totalmente contraria a la transcrita en el fallo reproducido

A tales propositos y siguiendo el metodo analogico luego de revisar varios casos identicos hemos seleccionado un caso sometido a nuestros tribunales de justicia bajo el fundamento del abuso del derecho resuelto a traves de factores subjetivos de atribucion vigentes en nuestro derecho sustancial para exponer con evidencias facticas las injustas situaciones que hoy propician tales decisiones a efecto de demostrar que la culpa como unico y exclusivo factor de atribucion en la actualidad resulta insuficiente dado que en nuestro medio se producen situaciones de hecho que ocasionan danos que a luz de las corrientes subjetivas deben soportar irremediabilmente las victimas

De otra parte expondremos en el supuesto especifico que acreditado el dano y la relacion causal y con un hecho materialmente imputable al victimario es exonerado por cuanto que el elemento subjetivo la mala fe la decision judicial no ha sido acreditada

En ese orden de ideas pasamos a exponer los extremos del proceso de danos y perjuicios propuesto por Olga Ivonne Cordero Gonzalez contra la sociedad mercantil denominada Econo Leasing S A

4 Caso Olga Ivonne Cordero Gonzalez contra Econo Leasing S A

El caso que analizaremos tiene su origen en el supuesto incumplimiento de un contrato de arrendamiento financiero (leasing) suscrito entre Olga Ivonne Cordero Gonzalez y la sociedad mercantil denominada Econo Finanzas que por razon de una fusion por incorporacion al momento de los hechos era denominada Leasing S A

Narra la demandante Olga Ivonne Cordero Gonzalez que mediante una serie de actos juridicos celebrados con la empresa demandante se obligo a realizar (49) cuotas quincenales a razon de ciento noventa y cinco dolares con sesenta y cinco centavos (USD\$ 195 65) y un (1) ultimo pago por ciento noventa y cinco dolares con cuarenta y tres centavos (USD\$ 195 43) con lo cual quedaria extinguida la obligacion asumida conforme se explica en parrafos anteriores

No obstante de haber cumplido cabalmente con todos los pagos acordados la demandante fue victima de un proceso de ejecucion a instancia de la sociedad Econo Leasing en la que por via ejecutiva reclama el pago de la suma de cuatro mil novecientos veinticinco balboas con 02/100 (B/ 4 925 02) que supuestamente le adeudaba la hoy demandante como

consecuencia del no pago de las sumas a las que se refiere el parrafo anterior

Haciendo uso de las prerrogativas procesales inherentes a los procesos ejecutivos dicha sociedad logra el deposito del vehiculo objeto del arrendamiento financiero que origino la relacion entre esta y la senora Olga Ivonne Cordero Gonzalez por lo que fue despojada de la tenencia del vehiculo en virtud del embargo declarado con vista al titulo presentado por la entidad

Dentro de dicho proceso la demandada presenta formal incidente de excepciones invocando como unica defensa haber cancelado puntual y totalmente la obligacion reclamada para ello aporta como pruebas recibos de pago emitidos por la propia sociedad ejecutante acreditando que no le debia suma alguna a la sociedad demandante

En virtud de lo cual mediante Sentencia No 35/231 08 de 19 de septiembre de dos mil ocho (2008) el Tribunal de Apelaciones y Consultas del Primer Circuito Judicial de Panama declara PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PAGO TOTAL presentada por la senora Olga Ivonne Cordero Gonzalez dentro del proceso ejecutivo propuesto por Econo Leasing S A

No obstante los efectos de dicha decision son suspendidos y el proceso remitido a las instancias superiores en virtud de la presentacion de demanda de Amparo de Garantias Constitucionales contra la decision adoptada al efecto por el Tribunal de apelaciones y consultas del Primer Circuito Civil del Judicial de Panama es decir reconocer la excepcion de pago

A pesar de todo ello la sentencia dictada por el tribunal de segunda instancia explico lo siguiente

De acuerdo a las constancias del proceso OLGA IVONNE CARDERO GONZALEZ promovio demanda sumaria contra ECONO FINANZAS S A a fin de que esta ultima fuese condenada a pagarle la suma no inferior de CINCUENTA Y CINCO MIL BALBOAS (B/ 55 000 00) en concepto de danos y perjuicios mas los intereses costas y gastos causados con motivo del proceso Ejecutivo tramitado en el Juzgado Tercero Municipal Civil del primer circuito Judicial de Panama Ramo Civil que culmino con la aprobacion de la excepcion de pago total proferida por el Tribunal de Apelaciones y Consultas del Primer Circuito mediante Sentencia No 35/231 08 de diecinueve (19) de septiembre de dos mil ocho (2008)

El Proceso Ejecutivo tramitado en el Juzgado Tercero Municipal Civil del Primer Circuito Judicial de Panama conlleva a librar mandamiento de pago por la via ejecutiva y de igual manera se ordeno restituir el bien objeto del contrato de Arrendamiento Financiero << el vehiculo >> por parte de la ejecutada accion que segun la demandante le causo sendos danos patrimoniales respecto al lucro cesante y de igual forma danos morales

De la argumentación de la demandada recurrente se infiere que en el presente caso no se determinó que la actuación ejercida por ECONO FINANZAS S A (SOBREVIVIENTE DE ECONOLEASING S A) fue temeraria de mala fe correspondiendo a lo denominado abuso del derecho

Sobre tal aspecto esta superioridad es del criterio y así como lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia cuando la temeridad o malicia no ha sido declarada con antelación le incumbirá al demandante la obligación de probar ambos aspectos es decir que la acción o el proceso anterior fue temerario (llevado a cabo con abuso del derecho a litigar) y además los daños y perjuicios causados por lo que la falta de pronunciamiento sobre tal aspecto no es óbice para no poder reclamar los daños y perjuicios derivados de otro proceso

Veamos cual ha sido el criterio externado por la Sala Civil Si bien no existe impedimento legal para que mediante un nuevo proceso una persona pueda reclamar la indemnización de daños y perjuicios ocasionados en el proceso anterior alegando la mala fe la temeridad o el abuso del ejercicio del derecho a litigar sin que importe que esa declaración no se haya hecho previamente el reconocimiento de dicha conducta es un asunto de hecho que debe quedar plenamente demostrado a la hora de asignar responsabilidades Eso significa como ya ha sido expresado por la Corte en sentencia de 4 de octubre de 1989 que no es una condición indispensable que la temeridad o la mala fe se haya declarado previamente para que tenga lugar la correspondiente indemnización La interpretación más acertada de

este fenomeno aconseja que si la temeridad o la mala fe se ha declarado con antelacion no sera necesario en terminos generales aportar pruebas adicionales a la declaracion realizada en el proceso ulteriormente iniciado que demuestren la mencionada conducta soportando el cambio el demandante solo la carga de probar los danos y perjuicios causados Por el contrario cuando la temeridad o malicia no ha sido declarada con antelacion le incumbira al demandante la obligacion de probar ambos aspectos es decir que la accion o el proceso anterior fue temerario (llevado a cabo con abuso del derecho a litigar) y ademas los danos y perjuicios causados

La cuestion como se aprecia se reduce simplemente a un problema de pruebas Es cuestion de establecer si la temeridad se encuentra acreditada y si otro tanto ocurre con los danos y perjuicios (Fallo de la Sala Civil bajo la ponencia de Eligio A Salas de fecha 11 de diciembre de 2000 Recurso de Casacion promovido por Adrian E Casillero Lange en el proceso ordinario que le sigue a Marta Nemesia Casillero Pimentel y otros)

En cuanto a la temeridad Fabrega Ponce Jorge en su Diccionario de Derecho Procesal nos dice

TEMERIDAD Y MALICIA PROCESAL La temeridad procesal es la conducta de quien sabe o debe saber que no tiene motivos para litigar y no

obstante lo hace abusando de la jurisdicción. Supone una conducta manosa la maniobra desleal las articulaciones de mala fe y sin apoyo jurídico o fáctico alguno. La malicia procesal consiste en la utilización de las facultades procesales con el deliberado propósito de obstruir el adecuado desarrollo y decisión del proceso.

Por su parte Manuel Ossorio en su Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales define temeridad. TEMERIDAD. Procesalmente se entiende por tal la actitud del litigante que demanda o excepciona a sabiendas de su falta de razón. En algunas legislaciones la temeridad lleva aparejada la condena en costas y en otras facultad al juez para imponer sanciones a las partes o a sus representantes si usan de temeridad o maliciosamente entorpecen el procedimiento.

En caso bajo examen esta superioridad considera que las constancias procesales allegadas al expediente no logran acreditar fehacientemente y sin lugar a dudas que la actuación del ECONO FINANZAS S A (SOBREVIVIENTE DE ECONOLEASING S A) antes el Juzgado Tercero Municipal de lo Civil haya sido temeraria o de mala fe de igual manera la Juez A quo no determino la existencia de tal temeridad.

Recuérdese que en aquel proceso ejecutivo ECONOLEASING S A basaba su pretensión en la relación contractual suscrita entre ECONOLEASING S A y OLGA IVONNE CORDERO GONZALEZ contenida en la escritura pública No 11251 y específicamente sobre una deuda a cargo de la hoy demandante por lo que en apariencia a un incumplimiento del tratado le asistía un buen derecho de accionar.

En opinión de esta colegiatura no se evidencia que la actuación de ECONOLEASING S A hoy ECONO FINANZAS S A ante el Juzgado Tercero Municipal Civil y ante las instancias superiores se caracterizara por excesos que la

coloquen mas alla del mero ejercicio de los derechos procesales que la propia ley de procedimiento le autorizaba a emplear en defensa de sus intereses Tampoco se acredito en este proceso sumario que las actuaciones procesales de ECONO FINANZAS S A hayan mediado con temeridad o mala fe presupuesto que exige el articulo 217 delCodigo Judicial para acceder a la indemnizacion reclamada que plasmamos para mejor comprension

ARTICULO 217 Las partes responderan por los perjuicios que causen a otra parte o a terceros con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe

Cuando en el proceso haya prueba de tal conducta el juez impondra la correspondencia condena en la sentencia o el auto que lo decida y si no fuere posible fijar alli su monto se liquidara en la forma prevista en el articulo 996 si el proceso ha concluido dicho tramite se adelantara con independencia de aquel

Por los argumentos expuestos considera este tribunal colegiado que el criterio esbozado por la Juez A quo en la sentencia No 16 2013 de fecha 26 de marzo de 2013 fue carente en determinar la temeridad o mala fe de la demandada y en consecuencia resulto incorrecto Por lo tanto este tribunal debe revocar la decision venida en apelacion no sin antes manifestar que en el caso bajo estudio es evidente que la demandante OLGA IVONNE CORDERO GONZALEZ actuo con evidente buena fe pues actuo convencida de la asistencia de un mejor derecho

En relacion al caso expuesto es evidente la necesidad de legislar en torno a la represion del abuso del derecho e incluir expresamente un ordenamiento disposiciones que prevean el deber no solo de reparar el dano abusivamente perpetrado a partir del ejercicio de un derecho formalmente

consignado en la ley sino de dotar de instrumentos al juez para evitar que tales danos cesen o evitar incluso su consumacion

En el caso que nos ocupa es evidente que el ejercicio del derecho a presentar acciones constitucionales contra el reconocimiento judicial del pago total de una obligacion que fundamenta la demanda ejecutiva formulada y de la cual derivaron graves efectos contra la ejecutada no podia ser otro que perjudicar a la demandada por cuanto en razon de los efectos de la ejecucion vigente se mantenia desposeida del bien (vehiculo) del cual derivaba su sustento

De manera tal que la accion primitiva contra la demanda era totalmente carente de justificacion por cuanto que a pesar de mediar formalmente un titulo ejecutivo realmente la demandada no le debia suma de ninguna indole Mas que habiendo como lo hizo la demandada consignado ante el juez de la ejecucion los recibos de pago que acreditan tal extremo

De ello resuelta que al igual que lo han incluido en sus legislaciones positivas Espana Francia Argentina Venezuela entre otros lo que se propone especificamente es incorporar a nuestro Codigo Civil una disposicion relativa a la doctrina del abuso del Derecho la cual proponemos

por cuanto al igual al caso presentado en comun situaciones parecidas de la ocurrida a la senora Olga Cordero

En efecto el Codigo Espanol introduce y reconoce la teoria del abuso del derecho al establecer que los derechos deberan ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe ademas normativiza la represion al abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo Agrega la disposicion que todo acto u omision que por la intencion de su autor por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los limites normales del ejercicio de un derecho con dano para tercero dara lugar a la correspondiente indemnizacion y a la adopcion de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso

En realidad la teoria del abuso del derecho comienza por la elaboracion jurisprudencial en Francia A partir de 1804 la jurisprudencia que representa el llamado derecho vivo encara la resultancia del ejercicio abusivo del derecho recordemos las famosas sentencias de Colmar y de Lyon correspondientes a los tribunales de aquellas ciudades Con la sentencia del 2 de mayo de 1855 se dio de germen de lo que seria abuso del derecho al limitar el derecho de propiedad eje sobre el cual giraba fundamentalmente la codificacion del siglo XIX

En 1856 o sea un año después en una sentencia que se dicta en un tribunal de Lyon en que se sanciona al propietario que había instalado una bomba de agua para succionar el agua existente en el subsuelo de su heredad con la única finalidad de perjudicar al vecino que dependía también de esta agua. El agua era succionada por quien ejercía abusivamente su derecho y no era utilizada sino que la dejaba perder en el río. Como se ve en lo expuesto en estas dos sentencias estuvo el origen de la Teoría del Abuso del Derecho que luego sobre esta casuística fue construida por la doctrina más sobresaliente en las personas de Saleilles y Josserand.

Por su parte el Código Civil Boliviano en vigencia desde abril de 1976 dedica al problema el art. 107 que nos dice: el propietario no puede realizar actos con el único propósito de perjudicar o de ocasionar molestias a otros y en general no le está permitido ejercer su derecho en forma contraria al fin económico o social en vista al cual se le ha conferido el derecho.

El Código Paraguayo de 1986 condena el ejercicio abusivo de los derechos sea porque el agente obró con intención de dañar (caracterización de tipo subjetiva) sea porque su obrar contradice a los fines que la ley tuvo en mira al reconocer el derecho artículo 372 del Código Civil Paraguayo es decir cuando el ejercicio es contrario a la función social que la ley ha reconocido a ese derecho.

En Peru en cambio si bien se condena el abuso del derecho en el articulo II del titulo preliminar del codigo de 1984 diciendo textualmente la ley no ampara el abuso del derecho norma que se reconoce como antecedente un dispositivo similar del codigo de 1936 no encontramos sin embargo ninguna norma que caracterice el abuso ya que el legislador sea limitado a agregar a esa condena tan escueta una frase por la que se dispone que el interesado puede exigir la adopcion de medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y en su caso la indemnizacion que correspondan estimando que la determinacion de lo que debe entenderse por abuso es tarea que corresponde a la doctrina

Los criterios que anteceden tiene todos un punto de partida comun el sujeto titular del derecho Asi atendiendo a la intencion de danar a la impericia o negligencia con que ejerce el derecho o a la carencia de interes legitimo se podra juzgar que una prerrogativa puesta en accion dentro de los limites formales establecidos en la ley constituye un ejercicio abusivo del derecho

5 Concepcion objetiva del abuso del derecho

Autores de la talla de Bustamante Alsina han expuesto la teoria objetiva la cual ubica el abuso del derecho como un factor de atribucion del

deber de reparar ajeno a la noción. Según este renombrado autor citando a Josserand así como existe un espíritu de las leyes y con más generalidades un espíritu del derecho entendido objetivamente y en su conjunto prerrogativa subjetiva aisladamente considerada y que es así como la ley no puede aplicarse contra su espíritu como un río no podría modificar el curso natural de sus aguas nuestros derechos no pueden realizarse en contravención o despreciando su misión social a diestra y siniestra se concibe que el fin pueda justificar los medios al menos cuando estos son legítimos por sí mismo pero sería intolerable que medios aun intrinsecamente irreprochable pudieran justificar todo fin hasta odioso e inconcebible

Precisamente contra tal eventualidad se formó la teoría del abuso del derecho cuya ambición y razón de ser es asegurar el triunfo del espíritu de los derechos y por consiguiente hacer reinar la justicia no solamente en los textos legales y en las fórmulas abstractas sino siendo este ideal más sustancial – en su misma aplicación y hasta en la realidad viviente

El derecho subjetivo tiene un límite formal que es aquel establecido en la ley que reconoce la existencia misma de ese derecho. Si en el ejercicio de ese derecho su titular excede el límite fijado no habría sin duda abuso del derecho sencillamente porque no habría derecho. Pero si el titular de los

limites fijados formalmente a su derecho lo ejerce abusando de la prerrogativa y causa un dano al otro estaria obligado a reparar el perjuicio que causo pues no estaria justificado el ejercicio del derecho en tanto su uso seria abusivo

Desde comienzo de este siglo se caracterizo el abuso del derecho con un criterio objetivo apartandose asi de las concepciones subjetivas que habian inspirado hasta en entonces las principales soluciones jurisprudenciales y las doctrinas mencionadas precedentemente Se parte de la base que se abusa del derecho cuando permaneciendo en sus limites se persigue un fin diferente al tomado en consideracion por el legislador

El propio JOSSE RAND (1982) dice en una sociedad organizada los pretendidos derechos subjetivos son derechos funcion no deben salir del plano de la funcion a que corresponden pues de lo contrario su titular los desvia de su propio destino cometiendo un abuso de derecho el acto abusivo es asi el acto contrario al fin de su institucion a su espiritu y finalidad Mas adelante agrega el mismo autor el juez debe investigar mas bien la direccion que imprimio el agente a su derecho el abuso que ha hecho del que el movil al que se haya obedecido si la direccion y uso es incompatible con el espiritu de la institucion el acto es abusivo y por lo tanto sera causa de responsabilidad (p 53)

El criterio objetivo en nuestra opinion es el que mas adecuadamente permitira a los jueces ejercer el control de legitimidad en el ejercicio de los derechos subjetivos evitandose una imprecisa y vaga valoracion de intenciones conductas o intereses que pueden haber movido a las personas en cada uno de los supuestos cuestionados

Por ello Ripert (1863) con mucha razon ha podido señalar aquello que distancia a Josserand de su concepto acerca del acto abusivo Refiriendose a la teoria de la relatividad de los derechos y a los fines sociales de su institucion dice que ella tiende a colocar todas las acciones humanas bajo el control del juez y a permitir ejercer este control menos sobre el valor moral de los actos que sobre su valor economico y social (p 624)

Agrega este autor despues de aludir al peligro de esta teoria ella tiende a destruir la idea del derecho subjetivo sin embargo la concepcion del derecho individual lejos de ser antisocial es indispensable para el mantenimiento de la civilizacion amenazada por el estatismo o el consumismo Desde que se quita a la teoria del abuso de los derechos su fundamento moral se cae en las mas peligrosas fantasias de la sumision social

Por su parte Savatier (1825) también asume una posición también objetiva y coincidente con la que hemos expuesto considera que el abuso del derecho existe allí donde se lo ejercita contra la moral y las buenas costumbres (f 755)

De acuerdo a esta doctrina hay abuso cuando se actúa contra la función o fin social económico del derecho acusado como abusado causando daño a otro

Así la teoría del abuso del derecho incurría en responsabilidad todo aquel que en el ejercicio de su derecho se desvía de los fines que tuvo en mira el legislador al reconocerlo y que al hacerlo causa un perjuicio a otro

También será abusivo el ejercicio del derecho cuando se ataquen principios de moral y buenas costumbres o se excedan los límites de la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas

Este factor por funcionar independientemente de toda culpa de quien ejerce su derecho en forma abusiva constituye un factor objetivo de atribución de responsabilidad que convierte en ilícito el acto desde que el juez lo valora a la luz de una concepción abstracta de lo que es contrario a los

fines para los que el derecho fue instituido o de lo que ataca a la moral y a las buenas costumbres o excede los limites de la buena fe

Dado que este factor se manifiesta en el ejercicio antifuncional de los derechos subjetivos su ambito de aplicacion es tan amplio como el que abarca el reconocimiento de esos derechos y por ello excede el campo propio de los derechos personales

6 Responsabilidad civil por hechos de terceros

Antes de proceder al examen por separado de los diversos supuestos contemplados en el articulo 1645 considero de importancia plasmar ciertas precisiones que se conectan de manera directa con lo que aqui se promueve por lo que antes de hacer concreta referencia a las formulacion de la conclusiones sobre este tema resulta apropiado por la importancia que tiene analizar brevemente las diferencias que han operado y que subsisten en la responsabilidad civil extracontractual

Se ha precisado que el hecho productor de danos a terceros obliga a su reparacion si fue causado por culpa del agente segun reza el articulo 1644 Codigo Civil norma inspirada en el articulo 1902 del Codigo Civil

español cuyo fundamento deriva a su vez de un proceso evolutivo cuyo origen se atribuye a la Lex Aquilia romana

Por vías distintas otras legislaciones coincidente con lo dispuesto en los numerales 1382 y 1383 del Código Civil Francés cuya normativa como es bien conocida influyó todo un movimiento codificador determinante del contenido de muchos de los códigos civiles de nuestra área y que vieron vigencia en el siglo pasado

Sin embargo en el Derecho Común influenciado por los canonistas y consecuentemente por el pensamiento cristiano y el concepto de pecado que la obligación de resarcir viene a concebirse como una consecuencia de un hecho reprochable. El dano dentro de esta concepción si no era imputable a un tercero no podía ser si no obra de la mano de Dios y por lo mismo no resarcible ni indemnizable. Al ofendido no le quedaba sino resignarse

Esta posición ideológica brevemente esquematizada aunada a la situación económica social imperante durante la transición del siglo XVIII al XIX influyó decididamente en el proceso de codificación comenzando desde luego por el código Napoleónico de donde deriva el nuestro y por allí la regla suprema indicada

Con todo para entonces a pesar de haberse vivido la primera revolución industrial sus efectos escasamente se habían sentido. Frente a una economía básicamente agrícola, ganadera y artesanal, el problema de la imputación no era trascendente.

Además, el carácter individualista inspirador de las codificaciones decimonónicas obviamente sintonizaba mejor con esa regla. Los sujetos se argüa toman las decisiones por su cuenta y deben asumir sus consecuencias. La culpa como criterio de imputación tenía lugar cuando un sujeto se excedía en el ejercicio de su libertad, causando a otro un daño. El resarcimiento exigía que el agente actuase al menos con negligencia o imprudencia.

La regla imperante era, pues, la responsabilidad civil subjetiva o por culpa, que según se vio, asume originalmente como única alternativa el legislador panameño.

En efecto, además de la responsabilidad por hechos propios a la que nos acabamos de referir, existen supuestos en que se debe responder por daños producidos por otras personas en razón de factores diversos

responsabilidad que en ocasiones tiene su genesis en un vinculo contractual y en otras en la esfera extra contractual

Lo comun en ambos supuestos resulta de la obligacion de reparar el dano causado por otro salvo el derecho de repetir contra el directamente obligado. Segun la doctrina dominante esta responsabilidad es indirecta pues atane a quien en principio no ha sido causante material del hecho danoso y genera una responsabilidad subsidiaria

A pesar de no existir en elCodigo Civil una norma general que regule esta obligacion en la esfera contractual de manera precisa consideramos que la responsabilidad civil contractual por hechos ajenos y a pesar de que algunos consideran que esta rige no como consecuencia del articulo 1645 delCodigo Civil que se refiere a responsabilidad extra contractual somos del criterio que esta es exigible por aplicacion analogica del articulo 1645 citado sino en virtud de un principio general de garantia contenido en diversas normas del propioCodigo Civil relativas a determinados contratos tipicos en especifico pero cuya aplicacion es general a las diversas situaciones somos del criterio que el compromiso de la responsabilidad del principal por hechos de terceros surge merced de la analogia y los principios generales del derecho que son fuente supletoria de la ley segun el articulo

13 de Código Civil por aplicación de disposiciones que regulan contratos específicos

Veamos a continuación algunos de estos supuestos según el artículo 1418 del Código Civil el mandante está obligado a cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato así el representante que interviene en la ejecución del contrato vía mandato lo hace con el consentimiento del deudor que puede o no ser dependiente suyo lo que rebasa o podría rebasar la norma contenida en el artículo 1645 del Código Civil que se refiere exclusivamente a dependientes

Así también el mandatario garantiza la actuación de su sustituto cuando el mandante no le dio facultad de nombrarlo o teniendo facultad para ello designa a uno notoriamente incapaz o insolvente (artículo 1412 del Código Civil)

En las normas sobre la locación de igual forma se introduce este principio de responsabilidad por hechos ajenos así el artículo 1353 del Código Civil dispone que los conductores de efectos por tierra o por agua están sujetos en cuanto a la guarda y conservación de las cosas que se les confían a las mismas obligaciones que respecto a los posaderos se determinan en los artículos 1476 y 1477 del Código Civil

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo que respecto a transporte por mar y tierra establece el Código de Comercio. En razón de ello serán responsables de todo daño que ocurra en los bienes transportados como lo son los fondistas o mesoneros con respecto a los bienes de los viajeros que constituyen supuestos del depósito necesario.

Esta responsabilidad es extensiva a los daños provenientes tanto por dolo como por culpa de los dependientes o criados y hasta por hechos de terceros extraños con los que el principal no tiene ningún vínculo.

Debe tenerse claro que esta responsabilidad que incluye un deber de garantía con relación a los hechos de terceros solo se refiere a los bienes introducidos en dichos lugares por los viajeros. No obstante si se tratare de daños a la persona la responsabilidad del dueño quedaría limitada a los dependientes.

Esta situación importa una obligación de garantía que ofrece el deudor que permite la intervención de sus dependientes o subordinados en la ejecución de la prestación lo que hace que la obligación de seguridad se convierta en este caso en una obligación de garantía.

En la esfera extracontractual se impone con relacion al hecho de terceros la aplicacion del articulo 1645 delCodigo Civil norma que establece de manera expresa y directa la obligacion de resarcir dichos danos enumerando ciertos supuestos en que se presume responsabilidad civil a cargo de determinadas personas con relacion a otras

Asi responde el padre y la madre solidariamente de los perjuicios ocasionados por los hijos menores o incapacitados que esten bajo su autoridad y habitan en su compania responsabilidad esta que sugiere una presuncion iuris tantum de culpa habida cuenta que esta cesa mediante la prueba de la diligencia en la prevencion del dano

La doctrina sobre esta responsabilidad y su fundamento ha sido conteste al otorgarle tradicionalmente un caracter subjetivo asignando al principal el descuido de un deber propio de vigilancia o culpa in vigilando descuido que da oportunidad a la ocurrencia del hecho danoso

Ademas el tercero dignificado por hechos de los dependientes esta garantizado por su principal quien es solidariamente responsable de los danos que ocasionen sus dependientes a terceros siempre que dicho dano provenga de hechos relativos a sus funciones o con ocasion de ellos El dependiente que causa dano a un tercero es responsable por su hecho

propio pero tambien lo es su principal por hecho de sus dependientes
responsabilidad indirecta en este ultimo caso

En cuanto a esta responsabilidad la ley exige que el dano sea imputable al dependiente que sea durante la prestacion de un servicio propio del ramo para el que es contratado o que sea en ocasion a ello ademas que haya una relacion de subordinacion de uno con relacion al otro es lo que los autores subjetivistas denominan culpa in vigilando y culpa in eligiendo

En efecto en la denominada responsabilidad indirecta o por hecho ajeno y en sus dos manifestaciones in eligiendo e in vigilando subyace la presuncion de culpa cuyo contenido tiene la indole de una obligacion de hacer ya que de una parte quien encarga a otro la realizacion de determinado trabajo debera ser diligente en su eleccion y por tanto a elegir a alguien apto ademas debera ser diligente en la vigilancia durante su ejecucion

De alli que si el encargado en la ejecucion y dentro del ambito de confianza otorgado causa danos a terceros estos pueden demandar directamente al principal quien respondera por un actuar doloso o culposo del encargado Lo que se presume en estos casos es la culpa del principal (in eligiendo o in vigilando) misma que puede por ser una presuncion de

culpa y no de responsabilidad ser destruida demostrando diligencia y prudencia es decir demostrar su falta de culpa

7 Caso Jesus Eduardo Lopez Tapia y Leyka Peña de Lopez contra Manzanillo Internacional Terminal Panama S A

Traemos a colacion el proceso promovido por Jesus Eduardo Lopez Tapia y Leyka Pena de Lopez demandantes contra la sociedad Manzanillo Internacional Terminal Panama S A demandada

Lo medular del proceso lo resumimos como sigue el dia 7 de diciembre del ano 2004 Jesus Eduardo Lopez Tapia se encuentra laborando en las instalaciones de la empresa demandada justo en el punto denominado la portica tomando agua que en ese momento el trabajador Mateo Paz detuvo su vehiculo OTAWA y le pidio agua al señor Lopez Tapia y cuando este pasaba frente a dicho vehiculo para darle el agua al señor Paz el señor Sergio Zurita por distraccion en el manejo golpeo con su vehiculo OTAWA el estacionado que fue impulsado hacia delante y embistio con su rueda delantera izquierda al señor Lopez Tapia causandole graves e irreparables lesiones que producto de las lesiones al actor fue internado por seis meses en el complejo hospitalario del seguro social que mismas

consistieron en politraumatismo en pelvis trauma testicular severo y herida cortante en el pene con aplastamiento

La demandada planteo su defensa en dos pilares culpa de la victima e inexistencia de obligacion por razon de la aplicacion de la norma de cesacion de responsabilidad prevista en el articulo 1645

Al respecto el tribunal se manifiesta a traves del fallo a cuyo analisis nos avocamos

En primer lugar senala el juez de la causa que para determinar si se ha probado o no la excepcion de inexistencia de la obligacion esgrimida por la demandada estima necesario el analisis del articulo 1645 delCodigo Civil para determinar en primer lugar si se configura el supuesto de responsabilidad contemplado en el parrafo tercero de la misma para luego en el caso de que asi sea entrar a determinar si tal responsabilidad debe cesar por haber empleado la demandada las diligencias de un buen padre de familia para evitar el dano

Siete anos despues y practicada multiplicidad de pruebas el juzgador llega a la conclusion que la causa que analizamos se resuelve con la

aplicacion de las reglas relativas a la responsabilidad civil extracontractual
es decir aquella deriva de la culpa o negligencia

Luego hace una breve pero muy completa introduccion previa a la decision de instancia en que analiza los elementos que conforme a nuestro derecho deben concurrir para configurar la responsabilidad civil por hechos de los dependientes concluye que se requiere una accion u omision culposa que haya causado dano y que entre ambas exista un nexo de causalidad

Mas aun y en el mismo sentido citamos la sentencia de 14 de enero de 2005 de la Corte Suprema de Justicia que dice

Para que se configure la responsabilidad civil extracontractual que se consagra en el articulo 1644 delCodigo Civil norma citada por la parte recurrente como infringida por el fallo censurado se requiere de la concurrencia de tres elementos concretos el hecho culposo del agente el dano y el nexo causal tal como ha tenido ocasion de manifestarlo la sala entre otros fallos en el de 1 de julio de 1996 el cual resulta oportuno reproducir

Segun menciona la Sala el derecho de danos en nuestro ordenamiento juridico esta basado en el denominado sistema subjetivo salvo disposicion expresa en contrario en que se requiere por una parte la produccion del dano la culpa del agente que lo produjo y tercero la relacion de causalidad

entre el dano causado y la conducta de agente
Por otra parte se destaca que quien demanda la reparacion de un dano causado esta obligado a probar los extremos que se han destacado anteriormente el dano la culpa del agente y la relacion de causalidad entre ambos Puesto en otro giro con arreglo al 773 delCodigo Judicial (sic) (fallo de 1 de julio de 1996)

De conformidad con la regla sobre *onus probandi* establecida en el articulo 784 delCodigo Judicial a quien promueva la accion civil derivada de responsabilidad extracontractual le incumbe acreditar los elementos o presupuestos de dicha responsabilidad Por tanto no basta con probar el dano sufrido si la culpa y el nexo causal no aparecen debidamente acreditados (GRUPO GILOTASA DE PANAMA S A recurre en casacion en el Proceso Ordinario que le sigue a DONALDO FONG y BAC INTERNATIONAL BANK PANAMA INC)

En lo que respecta a la culpa cabe senalar que cualquier genero de culpa o negligencia da lugar a la responsabilidad civil extracontractual de conformidad con lo dispuesto en el articulo 974 delCodigo Civil

Ahora bien en el analisis propio de la situacion de hecho planteada por la partes en el proceso estimo el juez que de la declaracion testimonial la diligencia de inspeccion judicial y reconstruccion de los hechos se desprende que el causante o responsable directo de la colision ocurrida en

las instalaciones del puerto de Manzanillo International Terminal el día 7 de diciembre de 2004 en que resulto lesionado el actor Jesus Eduardo Tapia es el señor SERGIO ZURITA dependiente de la sociedad demandada

Advierte el propio juzgador en la sentencia lo siguiente Sin embargo dado que la apreciación de la imputación se fundamenta en los factores subjetivos señala por una parte que evidentemente el descuido y negligencia en el manejo constituye la causa principal o fundamental del accidente que causa lesiones al señor LOPEZ TAPIA

En otra parte del largo fallo externo el siguiente criterio En lo que respecta a la excepción de culpa contributiva de la víctima tenemos que la misma se fundamenta en las siguientes afirmaciones que todos los peritos que rindieron dictamen en materia de Seguridad Industrial consideran que las acciones del señor LOPEZ TAPIA incidieron activamente en el daño causado

En dicha sentencia además de reconocer que la ocurrencia del hecho pesa sobre SERGIO ZURITA como responsable directo pasa luego a evaluar los actos de la víctima para luego concluir reconociendo culpa de la víctima y en consecuencia basada en lo dispuesto en el artículo 988 del Código Civil moderar la indemnización que le corresponda pagar a la

demandada puesto que tal situación a criterio de este Juzgador no la exime de responsabilidad sino que atempera la misma

Como expondremos mas adelante las bases del propio proceso son desfasadas ya que de existir norma expresa relativa a los danos provenientes de cosas inanimadas como se propone en esta investigacion la discusion no giraria en torno a hechos de terceros por los que se debe responder sino en torno a la mera causalidad y la consiguiente aplicacion del factor objetivo que se refiere a la asuncion del riesgo por quien introduce la cosa riesgosa o realiza la actividad peligrosa

8 Responsabilidad por hechos de las cosas

La legislacion panamena preve tres casos concretos sobre responsabilidad por hechos de las cosas estos a saber son los danos provenientes de cosas animados contenidos en los articulos 1647 y 1648 danos por bienes inmuebles tales como edificios en ruinas articulo 1649 del y los producidos por riesgo de la cosa en cabeza del propietario que es una consecuencia de la aplicacion extensiva del articulo 1644 y 1650 delCodigo Civil

Toda esta regulacion es identica a las establecidas en el codigo espanol de donde fueron tomadas por lo que para los proposito de este trabajo citaremos y analizaremos fallos judiciales tanto producidos por la jurisprudencia espanola como la nacional donde a nuestro juicio se replican situaciones identicas

En realidad este aspecto ha sufrido cambios significativos en la post modernidad la revolucion industrial el maquinismo entre otras huellas del progreso humano generaron a su vez nuevos y variados riesgos al que se enfrentan terceros hipoteticamente extranos a la cosa causante potencial de danos

Asi se fue elaborando y aplicando con mayor frecuencia la teorias basadas en el concepto del riesgo que como queda dicho parte de la base de la adopcion por quien introduce el elemento de riesgo a la sociedad de los danos que la cosa introducida genere en las demas personas o en su patrimonio

9 Responsabilidad por las cosas inanimadas

La responsabilidad por hecho de las cosas inanimadas ha sido totalmente absorbida por las teorias que se inspiran en factores objetivos a

la luz de las cuales se sustentan ciertos sectores de la responsabilidad en el supuesto de vicio en la cosa

Como se sabe en esta materia aun rigen los conceptos medievales contenidos en el articulo 1650 de codigo Civil cuya aplicacion va de la mano con la norma general del articulo 1644 relativa a la responsabilidad civil extra contractual

En ese ambito y en materia de responsabilidad por hechos propios en la esfera extra contractual se producen situaciones que justifican revisar la vigencia absoluta de la culpa como factor de atribucion recrearemos este planteamiento con un fallo de la Honorable Corte Suprema de Justicia

10 Analisis del caso Aurelio Moreno Morales y otros contra Chiriqui Land Company

Para ello resumiremos y analizaremos la sentencia de treinta (30) de enero de mil novecientos noventa y siete (1997) dictada dentro del proceso en que eran parte Aurelio Moreno Morales Ricardo Aguirre Zamudio Jose Eduardo Beitia y otros recurren en casacion dentro del proceso ordinario que le siguen a Chiriqui Land Company

Los mencionados señores Aurelio Moreno Morales Ricardo Aguirre Samudio Jose Eduardo Beitia en el proceso ordinario que se sigue contra Chiriqui Land Company acude ante la Sala Primera de la Corte valiendose del recurso extraordinario de casacion y por ese medio impugna la sentencia de 20 de marzo de 1996 dictada en segunda instancia por el Tribunal Superior del Tercer Distrito Judicial desfavorable a las pretensiones demandadas por la parte actora El acto impugnado confirmo la sentencia de primer grado que a su vez absolvió a la parte demandada del pago de la suma de B/ 400 000 00 reclamados en concepto de los danos provocados por el derrame de la sustancia quimica denominada BRAVO 720 hecho atribuido al descuido y negligencia de la empresa Chiriqui Land Company Sucintamente nos referiremos a los motivos en los que vienen expuestos los cargos de antijuridica que se le imputan a la resolucio n impugnada

Para el casacionista la sentencia no tomo en cuenta la prueba documental incorporada en autos y representada por una encuesta del Sistema Nacional de Proteccion Civil un informe del Centro Regional Universitario de Chiriqui y un informe enviado al Gobernador de la Provincia todos ellos relacionados con el derrame del fungicida Bravo 720 que produjo los danos y la contaminacion de las aguas del rio Chiriqui Viejo Asimismo se ignoraron en su opinion las declaraciones de varios testigos Asegura que de haber sido tomadas en cuenta y valoradas estas pruebas se hubiese

tenido que declarar ampliamente demostrada la culpa y la negligencia de la parte demandada y su responsabilidad civil por el incumplimiento de las normas de seguridad en lo atinente al deposito de la sustancia cuyo derrame provoco los danos que los demandantes piden les sean indemnizados

En relacion a esta primera casual se invocan como infringidas las siguientes disposiciones legales 1) el articulo 769 delCodigo Judicial por haberse ignorado totalmente los documentos que antes fueron mencionados asi como las declaraciones de los testigos Juana Ramos De Jimenez Guillermo Medica Jose Jaramillo Teodosio Aguirre Roosevelt Reyes Allard Clemente Sanchez Ezequiel Aguirre Samudio y Mateo Lozada Morales 2) El articulo 821 delCodigo Judicial en sus numerales 2 y 3 que le asignan calidad de documentos publicos segun el casacionista a los que fueron ignorados por la sentencia 3) El articulo 894 delCodigo Judicial consagradorio de la prueba testimonial debido a que no se aprecio el testimonio de las personas arriba mencionadas 4) El articulo 1644 delCodigo Civil aplicado desconociendo el derecho que de el emana en favor de los demandantes por motivo del dano causado por la culpa de la parte demandada en virtud de la responsabilidad civil extracontractual 5) Los articulos 17 y 18 literal c) de la Ley 17 de 1980 el primero al omitirse su aplicacion en donde se hace responsable al propietario por el dano que produzcan las sustancias contaminantes que se encuentren en las

instalaciones de su propiedad el segundo por haberse aplicado incorrectamente al ser trasladada a terceros una responsabilidad que surgió debido a la negligencia de la parte demandada pues de las pruebas dejadas de valorar (documentales y testimoniales) se desprenden sin ninguna duda que la demandada fue negligente al no mantener la seguridad que las instalaciones exigían en donde existían sustancias capaces de producir daños como el acaecido. La responsabilidad objetiva acarrea una vigilancia que no existía en esas instalaciones.

La segunda causal invocada también es de carácter probatorio error de hecho en la apreciación de la prueba lo que ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la resolución recurrida. El error denunciado se hace recaer en que se le dio a diversas piezas incorporadas a los autos visibles de fojas 55 a 146 y de 318 a 423 un valor probatorio extraño que no es el que les corresponde. Todas esas pruebas surgieron al calor de la investigación de carácter penal llevada a cabo para determinar la autoría del delito cometido en las instalaciones pertenecientes a la parte demandada en donde ocurrió el derrame de la sustancia tóxica que ocasionó los daños cuya indemnización es demandada.

Se critica que al valorarse el mencionado material probatorio (emanado del Juzgado Tercero del Circuito de Chiriquí Ramo Penal) esto se

hizo sin considerar que tales pruebas apuntaban solamente al esclarecimiento y comprobación del hecho punible así como a la identificación de sus autores sin detenerse para nada en apreciar ya que ese no era su objeto si la demandada mantenía el cuidado y la seguridad necesarios sobre las instalaciones y recipientes que contenían la sustancia contaminante

En ese sentido se le endilga al Tribunal Superior haberle dado un valor probatorio del cual carecen a la vista fiscal y al auto de sobreseimiento dictado por el Juez de Circuito de lo Penal haciendo dimanar de tales actos la falta de responsabilidad de la empresa demandada en este proceso civil ordinario. Concluye el casacionista sosteniendo que si bien es cierto que personas no conocidas realizaron un hurto a la CHIRIQUI LAND COMPANY y provocaron el derrame no es menos cierto que una valoración correcta de esa prueba documental permite concluir que esos actos vandálicos solo fueron posibles por la falta de vigilancia existente en los depósitos del fungicida

Como normas legales infringidas se citan las siguientes. El artículo 466 del Código Judicial pues la vista fiscal y el auto penal dictado en el proceso criminal incoado por el delito cometido en las instalaciones de la empresa demandada debieron servir para dejar establecido que el acto o

accion de abrir las valvulas del deposito para provocar el derrame solo pudo ocurrir en virtud de la falta de seguridad que existia en el lugar en donde se guardaba la sustancia contaminante

Senalase violado el articulo 770 delCodigo Judicial en aquello de que las pruebas deben ser apreciadas por el Juez conforme a las reglas de la sana critica pues el juzgador no estaba autorizado para derivar del sobreseimiento dictado en la causa penal que la Chiriqui Land Company por esa razon quedaba liberada de la responsabilidad civil que le pueda caber en este caso

Anadanse al igual que en la primera causal y por las razones antes tambien apuntadas infringidos los articulos 1644 delCodigo Civil y 17 y 18 literal c) de la Ley 21 de 1980 puesto que la descarga de la sustancia nociva que causo el dano no obedecio exclusivamente a los actos de los delincuentes que rompieron y abrieron las valvulas del recipiente en donde estaba depositada la sustancia toxica sino ademas porque la empresa incurrio en culpa o negligencia al no adoptar las medidas de seguridad que pudieron evitar el dano

En lo medular la sentencia de la Corte Suprema de Justicia se fundamento en los siguientes argumentos En primer lugar inicia el examen

del recurso interpuesto haciendo referencia a la prueba que se denuncia ignorada mismas que fueron de dos clases documentales y testimoniales

La sentencia del Tribunal Superior dispuso y por ese motivo confirmo la de primera instancia que la parte actora en este juicio no probó que el derrame del químico que se dio en los depósitos de la Chiriqui Land Company el día 8 amanecer de 9 de julio de 1992 y la contaminación subsecuente así como los daños reclamados se hubiesen producido debido a la culpa o negligencia de la parte demandada

Reclaman los que a pesar de haber acreditado con informes de entidades públicas como el Sistema Nacional de Protección Civil el informe del Centro Regional Universitario de Chiriqui y el informe enviado al Gobernador de la Provincia realizado por algunos funcionarios que inspeccionaron el lugar en donde ocurrieron los hechos se absolvió de toda responsabilidad a la entidad cuyos bienes causó el daño cuya indemnización reclaman

Luego del análisis de los testimonios practicados la Corte llegó a la conclusión de que los testimonios nada dicen en relación al punto de la supuesta negligencia con que afirma la parte demandante actuó la parte demandada Estos testimonios relatan y se refieren a otros hechos la

contaminacion de las aguas del rio Chiriqui Grande y los danos sufridos por la fauna acuatica afectada. No contienen mencion alguna de la supuesta imprudencia que se le atribuye a la empresa demandada en este juicio.

Agrega el fallo meritado no cabe bajo tales circunstancias reconocer que la resolucio n recurrida haya cometido la infraccio n que se le imputa pues los testimonios que se denunciaron como desconocidos no concurren ni son utiles para probar que los danos que se causaron se debieron a la culpa o negligencia observada en la conducta de la parte demandada. Antes bien mas de una de esas declaraciones sostienen todo lo contrario.

Como primera norma legal de caracter sustantivo el recurrente ha senalado que la sentencia infringio el articulo 1644 de nuestro Codigo Civil el que por accio n u omisio n causa dano a otro interviniendo culpa o negligencia esta obligado a reparar el dano causado.

Dando por descontado lo difi cil que resulta encontrar una definicio n exacta y adecuada para describir la culpa o la negligencia (concebida como el hecho ilicito o antijuridico que se le imputa a la otra parte) al menos si es posible identificar algunos aspectos del problema en donde no pareciera existir desacuerdo entre los autores y en la doctrina. No se discute por

ejemplo que la indemnización del dano tendrá lugar cuando este provenga de la acción o de la abstención del demandado

Pero en materia de responsabilidad civil extracontractual es evidente que para la procedencia del resarcimiento o la indemnización se requiere que el dano sufrido por la víctima haya sido el producto de una conducta capaz de identificarse claramente como culposa o negligente. Es decir por lo menos como imprudente o irreflexiva. Será menester tener presente por otra parte que es imposible que la Ley enumere todos los casos en que se pueda llegar a causar danos sin incurrir en culpa o viceversa por lo que en multitud de ocasiones la culpa o la ausencia de esta se tendrá necesariamente que deducir a partir de las pruebas que en uno u otro sentido se aporten en el juicio. Eso significa que en muchos casos y el presente es uno de esos la culpa tendrá que quedar acreditada claramente por la parte que la invoca. Si bien como dice SAVATIER (1825) la culpa es la inexecución de un deber que el agente podía conocer y observar (p. 795) la cuestión sigue siendo como determinar cual es el deber que se viola cuando no exista ninguna obligación legal expresa aparte de que hay que precisar además en que caso se podrá considerar que el dano no obstante su involuntariedad ha debido ser previsto con miras a poder evitarlo.

Dificultase aun mas el problema cuando no ha sido violada una obligacion legal determinada y lo que se trata es de averiguar si ha habido o no violacion general de la prudencia y la diligencia con que se debio comportar el agente contra el cual se reclama la indemnizacion del dano

Segun Planiol (1991) para quien la culpa puede corresponder indistintamente a la violacion de una obligacion legal (culpa aquiliana) o de una obligacion convencional (una responsabilidad contractual) la nocion inclura siempre el deber de ejercer una vigilancia suficiente sobre las cosas peligrosas que se posean o sobre las personas cuya guarda se tenga No obstante la pregunta seguira siendo cual es en que consiste como se ejercita esa vigilancia suficiente para que determinada conducta no entre en la categoria de culposa

Del articulo 1644 delCodigo Civil es posible extraer una conclusion Se sera responsable cuando se deje de obrar como era debido o sea que no se concibe la culpa sin que se haya ponderado en cada caso el sentido del deber En otras palabras la culpa supondra siempre la necesaria violacion de un deber De alli que se tendra que diferenciar el dominio de los actos culposos que engendran responsabilidad civil del dominio de aquellos actos no culposos que no la engendran

Algunas veces sera muy facil delimitar esos campos. Por ejemplo, si un conductor atropella a un peaton conduciendo a velocidades excesivas o prohibidas es muy sencillo establecer la responsabilidad a partir de lo que indiquen los reglamentos de transito vigentes.

Pero no resulta en cambio tan facil el asunto si la obligacion que segun se sostiene debio ser observada por el agente no se encuentra especificada en ninguna ley o reglamento. Es decir, no desaparece del ambiente la misma pregunta: como se sabra si se ha incurrido en un error de conducta. Con que comportamiento debemos comparar la conducta concreta observada por la persona demandada a fin de establecer si obro o no conforme a la diligencia implicita en el articulo 1644 delCodigo Civil.

Lo cierto es que sin pretender restarle validez al criterio expresado por Mazeaud (1977) cuando sostiene que la culpa consiste en un error de conducta tal que puede tenerse la certeza de que en el no habria incurrido un persona prudente y diligente <el buen padre de familia> colocada en las mismas circunstancias externas, el problema subsiste como se nos plantea en el caso subjudice, pues la interrogante de como determinar con precision cuando puede hablarse de abstencion culposa y cuando no continuara gravitando, ya que ni es razonable ni es posible responsabilizar siempre y en

todo caso a una persona por las consecuencias que emanen del hecho de haber dejado de actuar

En un caso como este en donde el demandante ha situado las fuentes de las responsabilidades que le imputa a la parte demandada ubicandolas en el terreno de las omisiones que dan derecho a la victima a reclamar una indemnizacion es imprescindible recurrir a las constancias de autos a las pruebas que obren en el expediente sin descartar el estudio de las particularidades del caso y su comparacion con situaciones similares para que todo ello sea util a la hora de establecer con certeza si se produjo o no la negligencia denunciada

En aras de la objetividad exigida a los jueces se volvera a someter a un analisis aquellas pruebas de autos que el demandante ha denominado documentales y que segun el no fueron apreciadas por los jueces de instancia entrando en esta ocasion a precisar su contenido

Escrutando el contenido de la encuesta realizada por el Sistema Nacional de Proteccion Civil el del informe del Centro Regional Universitario de Chiriqui y el del informe enviado al Gobernador de la Provincia incluso el del firmado por el Coordinador de la Escuela de Quimica profesor Marco T Guillen junto con la profesora JUANA RAMOS DE JIMENEZ (cuaderno de

pruebas de la parte demandante de fojas 52 a 302) la Sala se percata de que solamente en uno de los mencionados informes el elaborado por los profesores de química del Centro Regional Universitario de Chiriqui se asegura que el incidente que produjo la contaminación era totalmente prevenible

A fojas 160 se puede leer { La inspección realizada en la Finca Fatima mostro que el tanque donde se almacenaba el Bravo 720 no cuenta con un reten o fosa que detuviese el material derramado en caso de un desastre natural o acción criminal Fuera de esta esquematizada observación el resto de los informes que se incorporaron como pruebas de la parte actora no hacen referencia a la supuesta ausencia de medidas de seguridad en el lugar del derrame sino que centran su atención en los efectos y daños ocasionados como resultado del percance

Por su parte la demandada logro incorporar al expediente piezas de convicción indicadoras de que el derrame del químico se produjo directamente con la intervención de mano criminal Así se desprende de la copia autenticada del auto de sobreseimiento dictado el 6 de noviembre de 1992 por el Juzgado Tercero de Circuito de Chiriqui en el cual textualmente se indica

Segun se desprende de la actuacion del hecho punible investigado tuvo su genesis en dia ocho 8 amanecer 9 de julio pasado cuando el o los responsables llegaron y se introdujeron a la bodega del aeropuerto de finca Fatima jurisdiccion del distrito de Alanje procediendo a hurtar varios articulos para luego abrir la llave del tanque donde se encontraba el quimico Bravo 720 provocando el derramamiento de gran cantidad del mismo poniendo en esa forma en peligro la vida de los residentes del sector de Alanje y Baru (Fs 419)

Acerca de las medidas de seguridad adoptadas por la empresa para lidiar con la sustancia quimica que fue derramada y que provoco los danos en el rio Chiriqui Viejo ya se ha visto con anterioridad que las declaraciones rendidas por Guillermo Ernesto Medica Castillo (fs 494) y por Jose Antonio Jaramillo Batista son coincidentes en cuanto a que el incidente obedecio no a la falta de dichas precauciones sino a resultas de la violencia de los malhechores que incursionaron en el deposito en donde se encontraba almacenada la sustancia que intencionalmente ellos derramaron Asi tambien fue aceptado por la Autoridad Portuaria Nacional cuando revoco y dejo sin efecto las sanciones que inicialmente le impusiera a la Chiriqui Land Company por razon del derrame basandose en que el articulo 18 literal c) de la Ley 21 de 9 de julio de 1980 establece que No habra responsabilidad por danos de contaminacion cuando los mismos resulten de a) b) c) Accion u Omision totalmente causada por un tercero

Sigue diciendo el fallo analizado. Entiende la Sala que el juzgador de primera instancia así como el de segundo grado estimaron que el incidente por el cual ha sido demandada la Chiriquí Land Company fue el producto de una causa extrana no imputable a la parte demandada pues supuso la intervención de un acontecimiento imprevisible e irresistible que no era dable prever es decir motivado por circunstancias de fuerza mayor.

Esta postura es controvertida por el casacionista cuando aduce que si se hubiese tenido la precaución de mantener vigilancia nocturna en el depósito donde se conservaba la sustancia contaminante no se hubiesen producido el derrame y los daños consecuentes.

No comparte la Sala esa opinión. Tenía que haber probado la parte actora en este juicio que fue a causa de una negligencia de la empresa demandada provocada por falta de una razonable diligencia o como resultado de la inobservancia de las disposiciones legales que el derrame del tóxico se produjo.

La Sala está obligada a concluir que en este caso no pudo la parte demandante acreditar de una manera fehaciente que haya existido en cuanto a la parte demandada culpa lo que a juicio de la corte exime y

exonera a esta última de responsabilidad por la indemnización de los daños y perjuicios que contra ella se reclama

Las pruebas que se han denunciado en este recurso como ignoradas por el juzgador de segunda instancia no concurren en verdad a la demostración de la responsabilidad civil que se le imputa al demandado por lo que cabe aquí convenientemente aplicar lo contemplado en el artículo 990 del Código Civil ¹⁷

La Sala encuentra que las pruebas en referencia se apreciaron en realidad como elementos que contribuyeron a aclarar y explicar las causas que provocaron el derrame de la sustancia contaminante con independencia de que ellas también hayan ayudado y servido para deslindar y decantar junto con las otras pruebas la ausencia de culpa en la conducta de la parte demandada en contraposición con las pretensiones de la parte actora. Se debe dejar sentado que contrario a la tesis defendida por el recurrente no es cierto que la doctrina de la responsabilidad objetiva en materia de culpa haya sido expresamente acogida por el Código Civil o por la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia. Es el que reclama la indemnización de daños y perjuicios quien debe justificar la existencia no solo del daño y su

¹⁷ Artículo 990 Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido prever o que previstos fueran inevitables

cuantía sino también la de la culpa y la de la correspondiente relación de causalidad que entre esos dos fenómenos debe producirse para tener derecho a una sentencia favorable

La culpa a menos que la ley o los reglamentos así lo hayan establecido expresamente no se presume y continúa siendo una cuestión de hecho sujeta a la apreciación del tribunal sentenciador el que se arribe o no a una u otra decisión al respecto. Dicho en otras palabras en materia de responsabilidad civil extracontractual no ha caminado nuestro derecho en dirección del reconocimiento de responsabilidad sin culpa como ha pretendido la censura cuando le señala ese error a la sentencia recurrida

De igual manera fueron acreditadas las resoluciones judiciales dictadas por distintas autoridades del órgano judicial desde el Juzgado Tercero Municipal de lo Civil el Tribunal de Apelaciones y Consultas del Primer Circuito Judicial el Primer Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial y el Pleno de la Honorable Corte Suprema de Justicia todos los cuales resultan ser documentos públicos u por tanto plena prueba de su contenido y autenticidad mismas que han debido ser tomadas en cuenta para los efectos valorativos pertinentes

Nos parece un yerro del Tribunal superior afirmar como lo hace que las actuaciones de la demandada son el simple ejercicio de los derechos que la ley procesal les otorga sin ser abusivo comentario que extraemos del trozo que a continuacion reproducimos

11 Analisis del caso Bolandı Carvajal y Hernandez Atavia contra Agro Servicios de Costa Rica

En nuestro recorrido en la revision de jurisprudencias extranjeras encontramos un caso en el que se produce una situacion de hecho muy parecida a la expuesta mismo que fue resuelto mediante la aplicacion de los criterios de imputacion objetivos recomienda en el presente estudio se trata del proceso que enfrento a los senores Bolandı Carvajal y Hernandez Atavia contra la entidad denominada Agro Servicios de Costa Rica

En efecto en dicho proceso se establece un precedente totalmente opuesto a la decision contenida en el fallo transcrito basado en el concepto subjetivo de imputacion se produce en la Corte Suprema de Costa Rica aplicando legislacion especial basada en factores objetivos de imputacion

Para entender la esencia de lo que pretendemos analizar conviene hacer primero una breve sinopsis del conflicto En Bagatzı de Bagaces

Guanacaste se localizan dos parcelas contiguas de aproximadamente 10 hectareas cada una. Pertenece una de ellas a los actores Betti Bolandi Carvajal y Ramon Hernandez Atavia y la otra al demandado Marvin Vega Nunez. El 5 de marzo de 1998 este ultimo contrato a la empresa tambien demandada Agro servicios Helicoptero de Costa Rica S A para fumigar su parcela con un herbicida denominado gramoxone.

Luego de esa aplicacion la plantacion de arroz de los actores entonces con quince dias de haber sido sembrada presento danos que alcanzaron una zona de aproximadamente cuatro hectareas precisamente aquella mas cerca de la parcela de Vega Nunez. El dano determino una merma en la produccion potencial del sembradio.

Los indicadores Bolandi Carvajal y Hernandez Atavia incoaron la demanda cabeza de este proceso pretendiendo la condena solidaria de Marvin Vega Nunez y Agro servicios Helicopteros Costa Rica S A al pago de los danos y perjuicios supuestamente ocasionados consistentes en la perdida total de la inversion de las diez hectareas de arroz danadas y el lucro cesante.

En primera instancia se acogio la demanda. Como consecuencia fueron declarados los demandados responsables solidarios de los danos y

perjuicios ocasionados con la fumigacion concretados en perdida de la inversion y ganancia frustrada fijandose la indemnizacion en seiscientos noventa y ocho mil cuatrocientos treinta y tres colones. Ademas se los condeno a pagar ambas costas del proceso. En segunda instancia se confirmo el fallo. Solo se vario lo relativo al porcentaje de costas que debia satisfacer el codemandado Vega ninez.

Recurre el representante de Agro servicios Helicopteros de Costa Rica S A en su recurso hace una critica general del fallo mezclando censuras de orden formal con otras de fondo.

Singularmente se objeta el valor probatorio conferido a las declaraciones de Giovanni Herra Alfaro y Francisco Leiva y al reconocimiento judicial realizado el 14 de mayo de mil 1998 asi como a los informes periciales de concepcion Marchena y Gabriel Barrantes. Referente al reconocimiento judicial y dictámenes expertos se objeta especialmente su valor intrinseco por haber transcurrido tanto tiempo entre el dia de los hechos y el momento en que se hicieron las respectivas observaciones del terreno. Ademas se echa de menos prueba directa como un examen de laboratorio necesario segun el censurante para determinar con exactitud la relacion de causalidad. Finalmente se objeta la utilizacion como elemento

determinado de la condenatoria el hecho de que la aplicación aérea de gramoxone estuviera a la sazón prohibida por estimarse en dato irrelevante

Antes de hacer concreta referencia a las objeciones relativas a la valoración de la prueba resulta apropiado por la importancia que tiene en orden al tema de la carga probatoria analizar brevemente las diferencias formas de la responsabilidad civil extracontractual. Ante un evento productor de daños a terceros el ordenamiento jurídico costarricense obliga a su reparación si fue causado por culpa del agente

Es la regla prevista en el artículo 1045 del Código Civil coincidente con lo dispuesto en los numerales 1382 y 1383 del Código Civil Francés cuya normativa como es bien conocida influyó en todo un movimiento codificador determinante del contenido de muchos de los códigos civiles del siglo pasado

Entre otros el argentino (art. 1109 del Código Civil) y el español (art. 1902 del Código Civil). Su fundamento deriva a su vez de un proceso evolutivo cuyo origen se atribuye a la Lex Aquilia romana. Sin embargo es el Derecho Común influenciado por los canonistas y consecuentemente por el pensamiento cristiano y el concepto de pecado que la obligación de

resarcir viene a concebirse como una consecuencia de un hecho reprochable

El dano dentro de esta concepcion si no era imputable a un tercero no podia ser si no obra de la mano de Dios y por lo mismo no resarcible ni indemnizable. Al ofendido no le quedaba sino resignarse. Esta posicion ideologica brevemente esquematizada aunada a la situacion economica social imperante durante la transicion del siglo XVIII al XIX influyo decididamente en el proceso de codificacion comenzando desde luego por el codigo Napoleonico de donde deriva el nuestro y por alli la regla suprema indicada. Con todo para entonces a pesar de haberse vivido la primera revolucion industrial sus efectos escasamente se habian sentido. Frente a una economia basicamente agricola ganadera y artesanal el problema de la imputacion no era trascendente.

Ademas el caracter individualista inspirador de las codificaciones decimononicas obviamente sintonizaba mejor con esa regla. Los sujetos se arguia toman las decisiones por su cuenta y deben asumir sus consecuencias. La culpa como criterio de imputacion tenia lugar cuando un sujeto se excedia en el ejercicio de su libertad causado a otro un dano. El resarcimiento exigia que el agente actuase al menos con negligencia o imprudencia. La regla imperante era pues la responsabilidad civil subjetiva o

por culpa que según se vio asume originalmente como única alternativa el legislador tanto en costarricense como en los códigos de toda la región

Ahora bien desde el momento en que los efectos de la revolución industrial y posteriormente la tecnología comienzan a manifestarse y en particular como secuela de las grandes guerras mundiales aquella regla comienza a ser deficitaria frente a la realidad

Surgen bajo su impulso nuevas teorías desarrolladas por la doctrina científica y más tarde una normativa especial. Ciertamente no dejó de operar la culpa como criterio de imputación pero se imponen nuevas pautas. Nace y se consolida en suma la teoría del riesgo cuya doctrina vendría a ser fuente de una novedosa legislación. Sintéticamente propone que si alguien crea un riesgo por encima de los estándares medios admisibles obteniendo beneficios de la actividad riesgosa no hay razón para que no cubra los daños que ella produzca. La realidad se ha encargado de reconocer la virtualidad de esta teoría. Empero no es dable aplicarla ilimitadamente

Los absurdos a los que puede conducir han obligado a regularla para que opere solo frente a supuestos concretos tanto en lo que mira a la tipificación de los daños posibles de indemnización cuanto al establecimiento de las tasas indemnizatorias

Recapitulando el resarcimiento de los danos esta regulado en el derecho costarricense sigue diciendo el fallo por una regla general la de la responsabilidad por culpa pero admite tambien la responsabilidad objetiva en los casos en que la legislacion expresamente la autoriza y siguiendo los parametros que ella misma dispone Los fundamentos de donde derivan una y otra forma de responsabilidad civil extracontractual como se adelanto plantean cuestiones practicas relativas a la carga de la prueba que conviene aclarar y que inciden directamente en la resolucion del presente caso Frente al articulo 1045 del Codigo Civil de Costa Rica para que la victima o sus causahabientes sean resarcidos del dano ademas de probarlo debe demostrarse la relacion de causalidad entre el hecho danoso y la culpa del agente

De aqui surge la maxima de quien alega culpa debe demostrarla En la responsabilidad objetiva el criterio de imputacion no es el dolo o la culpa por lo que no habra que demostrarla Esta forma de responsabilidad admite causas de exoneracion que tienden a quebrar el nexo causal como la fuerza mayor o el hecho de la victima En ese caso quien las alegue debe probarlas No debe confundirse esta forma de responsabilidad con otras de caracter subjetivo tambien excepcionales donde la carga de la prueba se invierte por razones de equidad Aqui la victima no tiene que demostrar la

culpa del agente sera este quien deba probar su falta de culpa entendida generalmente como caso fortuito

Entre esta esta la denominada responsabilidad indirecta o por hecho ajeno en sus dos manifestaciones in eligiendo e in vigilando La Ley obliga a quien encarga a otro la realizacion de determinado trabajo a elegir a alguien apto y a vigilar su ejecucion Si el encargado en la ejecucion y dentro del ambito de confianza otorgado causa danos a terceros estos pueden demandar directamente al mandante quien respondera por un actuar doloso o culposo del encargado Lo que se presume en estos casos es la culpa del mandante (in eligiendo o in vigilando) no la del encargado Ante esa presuncion el mandante puede demostrar su falta de culpa

La actividad desplegada por la empresa recurrente se enmarca con claridad dentro de las muchas que generan riesgos por encima de los estandares medios admisibles

La normativa administrativa regula esta actividad y establece las pautas a seguir para el buen resultado de su ejercicio (Reglamento para las Actividades de Aviacion Agricola Numero 15846 del 6 de noviembre de 1984) Sin embargo esa normativa no establece la responsabilidad civil por los danos que se ocasionen con la actividad Son las Leyes de Proteccion

Fitosanitarias numero 7664 y la de Aviacion Civil numero 5050 del 11 de noviembre de 1972 las que se regulan La primera dispone Quienes importen fabriquen formulen re envasen re empaque distribuyan almacenen transporten vendan y apliquen sustancias quimicas biologicas o afines para uso agricola estaran obligados a resarcir los danos y perjuicios que con sus acciones u omisiones ocasionen a la agricultura la ganaderia la salud humana y el ambiente (articulo 32)

La segunda establece Toda persona fisica o juridica que utilice aeronaves destinadas a la aviacion agricola respondera por los danos que cause a las personas o bienes terceros en la superficie (articulo 107) Ambas determinan claramente una responsabilidad objetiva ninguna obliga a la victima a demostrar algun elemento subjetivo de imputacion

Por ello basta con que se pruebe el dano y la relacion de causalidad para imputar la responsabilidad civil a los sujetos que objetivamente deben responder segun las normas citadas La Sala en un caso similar al presente admitio la responsabilidad objetiva hoy mas que nunca obligada frente a problemas de orden ecologico

El articulo 54 de la Ley de Jurisdiccion Agraria instituye segun lo ha dicho reiteradamente la Sala la libre valoracion de la prueba en materia

agraria Faculta al juez a valorar ampliamente las pruebas aunque debe motivar la sentencia indicando todos los elementos de conviccion que lo llevan a resolver en los terminos en lo que lo hace En todo caso el fallo ha de estar fundamentado en una valoracion razonada de acuerdo con la logica la experiencia y la sicologia Por otro lado no solo las pruebas directas son idoneas para demostrar el hecho base de la norma cuya aplicacion se pide Las indirectas o mediatas pruebas otros hechos de los que se deduce el anterior

En este asunto existe la prueba suficiente aunque solo sea indirecta para establecer la responsabilidad objetiva de la empresa recurrente mas concretamente la relacion de casualidad que se cuestiona Apreciados todos los medios de prueba en su conjunto se llega a la conviccion como lo hicieron los jueces de instancia de que fue la aplicacion del herbicida gramoxone sobre la parcela del codemandado Vega lo que causo la perdida parcial del arrozal de los actores

Del reconocimiento judicial practicado por la jueza de primera instancia el catorce de mayo del mil novecientos noventa y ocho se obtienen las características topograficas de las parcelas y algunas otras condiciones del lugar Todas derivadas de observaciones objetivas de la jueza El plazo transcurrido entre el momento en que sucedieron los hechos

y aquel en que se recabo esa prueba no afecta en nada esas observaciones

Entre las características que destaca la juez están la topografía plana de las parcelas la falta de obstáculos entre los terrenos que impidan el ir y venir del viento el mayor crecimiento de las malezas que se observa en la parte de la parcela de los actores que colinda con la del codemandado Vega la localización de la parcela de los actores respecto de la de este último al sur oeste y la dirección en que el día de la prueba corría el viento de nor este a sur oeste El perito Gabriel Barrantes Vega hizo tres observaciones sobre el terreno para valorar el comportamiento del cultivo y su potencial productivo Confirmando la existencia de mayor cantidad de maleza sobre la parte del terreno de los actores que colinda con la del codemandado Vega Como elemento que le sirvió para determinar que el gramoxone fue lo que afectó al arroz indica la existencia de maleza en vez de arroz y que el cultivo maduro en forma dispar El perito Concepción Marchena Guevara explicó los posibles daños que puede causar una aplicación aérea de gramoxone los que concuerdan con los que observó el perito Barrantes

Si a ello se agrega que ese producto estaba prohibido para ser aplicado vía aérea y por el contrario las indicaciones del envase solo hacen

referencia a empleos manuales la única conclusión que puede resultar es que el viento desvió parte de la aplicación a la parcela de los actores. Ahora bien esa prohibición no es irrelevante pues dice que el practicar la fumigación con esta técnica era de suyo un acto imprudente

Debe agregarse además que el gramoxone es un quemante de contacto no selectivo así lo afirmó el perito Marchena. Ese fue precisamente el resultado observado en la parcela de los actores el mismo día de los hechos o pocos días después tanto por los testigos Giovanni Herra (folio 252) Frank Hernandez Bolandi (folios 231 y 232) y Carlos Alpizar (folios 226 y 227) como por el mismo codemandado Marvin Vega (folios 227 y 228) quien no hizo diferencias entre los efectos que observó en su parcela y la de los actores (hojas amarillentas y pérdida del follaje). Además este mismo codemandado señala que la parte afectada de la parcela de los actores fue la que colinda con la suya

De esta última declaración también precisa resaltar el haber confirmado la presencia del testigo Giovanni Herra en el lugar de los hechos. Herra es un testigo experto en la materia (Ingeniero Agrónomo que asesoraba a los actores) que concluye a través de sus observaciones que los daños se debieron a la causa propuesta (folio 252). Esa declaración es especialmente importante pues fue vertida por un experto que estuvo en el

lugar de los hechos poco tiempo despues de la fumigacion No hay razon para no admitir sus consideraciones solo porque fue propuesto como testigo y no como perito Todo lo contrario es un testigo calificado por sus conocimientos agronomicos

Ademas sus observaciones concuerdan con la de los testigos Frank Hernandez (Folio 231 y 232) y Carlos Alpizar (folios 226 y 227) y con la receta que entrego el dia que visito el lugar (folio 281) Por otra parte las conclusiones de este testigo experto coinciden en lo esencial con las pruebas a las que ya se hizo referencia

En este sentido valga recordar su aseveracion sobre los vientos del verano en esa zona y la probabilidad de que ellos hubieren determinado que el agroquimico se desplazara a la parcela de los actores pues a una parecida conclusion llegan los peritos Barrantes y Marchena No se puede por otra parte ignorar que un testigo el senor Frank Hernandez dijo haber sentido una brisa ni muy fuerte ni muy suave el dia de los hechos lo que hace mas creible aun aquella causa de los danos

El irrespeto a la prohibicion de aplicar el gramoxone mediante fumigacion aerea como ya se apunto no era bajo las circunstancias un dato anodino Un dato mas de interes en orden a establecer esa relacion

causalidad resulta de la observacion del Juez en el acta de reconocimiento judicial pues claramente observa que la direccion del viento en ese lugar y momento es de noreste a suroeste o sea apuntando de la finca de Vega Nunez hacia la de los actores coincidiendo asi con lo declarado por Giovanni Herra

Todos estos indicios comprobados graves precisos y concordantes entre si llevan mediante un proceso logico a concluir que fue la aplicacion del gramoxone la causante del dano Sobre el testimonio de Francisco Leiva basta indicar que sus manifestaciones no contradicen lo que los jueces de instancia tuvieron por demostrado Por el contrario coadyuva a tener por probada la existencia de viento el dia de los hechos

La recurrente ha querido desvirtuar esa relacion casual sobre la tesis que el dano al arrozal de los actores provino de una mala aplicacion de propanil herbicida selectivo que estos ultimos aceptaron haber usado el dia de los hechos En otras palabras le atribuyen la causa a un hecho de la victima que de conformidad con el articulo 274 de la Ley general de Aviacion civil constituiria un eximente de responsabilidad

Sin embargo la prueba que obra en el proceso no apoya esa tesis El propanil es un agroquimico selectivo que en este caso los actores aplicaron

el arrozal bajo la asesoria de un profesional en la materia quien incluso les extendio una receta de modo que nunca puede causar el dano si estaba concebido mas bien para proteger el sembradio Ese agroquimico al ser selectivo no debio afectar el arrozal salvo una aplicacion inexperta que en manera alguna se ha demostrado pues los elementos de juicio acreditados en proceso apuntan hacia lo contrario

Ademas la parcela de los actores solo resulto afectada en una parte la colindante con la del demandado Marvin Vega no en toda su extension como hubiera sido logico si el dano fuera el resultado de una mala aplicacion del propanil

De todo lo anteriormente expuesto se colige que el pronunciamiento censurado no padece las deficiencias que el recurrente le atribuye y en particular no existe ningun vicio en apreciacion de la prueba que justifique una solucion diferente a la del tribunal De alli que proceda confirmar la decision combatida

Como es evidente en un caso y otro partiendo de situaciones similares se llegan a conclusiones totalmente opuestas segun la regla del criterio de imputacion subjetiva el actor esta obligado a probar la culpa o negligencia del demandado al final de varias anos de procesos judiciales fue

favorecido con una sentencia absolutoria es decir la victima no fue indemnizada

En cambio en el proceso ventilado bajo criterio de imputacion objetiva probada la relacion causal entre el producto propanil y los danos experimentados en los predios de la actora se condeno al demandado al pago de una indemnizacion por las perdidas experimentadas por el demandante

12 Analisis del caso Jesus Herrera Aparicio y Diana Esther Bernal de Herrera contra Tropigas de Panama, S A

Otro proceso analizado respecto a hechos de la cosa inanimada es el que enfrenta a los senores Caso Jesus Herrera Aparicio y Diana Esther Bernal de Herrera contra la empresa distribuidora de gas residencial Tropitas de Panama S A este proceso fue iniciado por Jesus Herrera Aparicio y Diana Esther Bernal de Herrera contra la mencionada sociedad TROPIGAS DE PANAMA S A

El litigio se debio a un incendio ocasionado por un tanque de gas licuado de petroleo de 25 lb hecho ocurrido el 17 de junio de 1992 en la casa 21 barriada Sotillo Villa del Carmen Capira

Los señores Herrera y Bernal de Herrera sufrieron quemaduras y la residencia danos de consideracion demandaban que se condenare a TROPIGAS DE PANAMÁ S A a pagarles B/ 93 405 88 mas las costas gastos judiciales e intereses legales

En primera instancia la demandada fue condenada al pago de la indemnizacion pretendida por lo que recurre en segunda instancia al Primer Tribunal Superior instancia que en lo fundamental mantiene la decision de contenida en la sentencia apelada

Por motivo de lo anterior los apoderados de la demandada recurren en casacion a la Sala misma que produce la sentencia que analizaremos a continuacion

Explica el recurrente que la sentencia de primer grado formula en la parte resolutiva declaraciones ciertamente innecesarias e impropias como la de que se ha probado que el 17 de junio de 1992 ocurrio un incendio en la casa N° 21 de la barriada Sotillo Villa del Carmen Distrito de Capira Provincia de Panama que se ha probado que el incendio lo ocasiono un tanque de gas de 25 libras que se ha probado que el dia del incendio los señores HERRERA y BAIRNAL DE HERRERA residian en la casa 21 mencionada todo lo cual no es propio de la parte resolutiva de una

sentencia en donde debe aparecer la condena o la negativa de la pretension o si fuera el caso la expresion inhibitoria. Lo que alli se expone es la causa pretendida de la demanda.

En la septima declaracion es donde se expresa que se condena a TROPIGAS DE PANAMA S A a pagarles a los demandantes las sumas de dinero que dichos demandantes dejaron de percibir durante el termino de la incapacidad y que dicha cuantia se determinara mediante el tramite senalado en el articulo 983 delCodigo Judicial. Se nego la pretension que se condenara a la demandada a pagar B/ 5 405 88 por el dano a la residencia en vista que no se habia probado que era de su propiedad. Se condeno a pagar dano moral por las quemaduras. Se condeno en abstracto a pagar danos morales como consecuencia del incendio. Se condeno en abstracto a pagar el costo total de los servicios medicos por razon de las quemaduras. Se condeno a pagar el lucro cesante.

La Sentencia del Primer Tribunal Superior de Justicia reformo la sentencia de grado en el sentido de que se deben pagar los danos a los bienes muebles y demas enseres personales de los damnificados tomando en consideracion el valor que tenian cuando fueron adquiridos y la devolucion al momento en que ocurrio el siniestro. Que para determinar lo que debe pagar TROPIGAS DE PANAMA S A en concepto de incapacidad

se deben establecer los salarios que devengaban que solo recibieron de la Caja de Seguro Social el 60% de su salario que se tomen en cuenta los gastos incurridos por los demandantes en medicamentos pagados de su propio peculio. Que para determinar el monto de la indemnización del dano moral por las quemaduras se tome en cuenta dictamen pericial acerca de como las quemaduras afectan su vida social y su futuro desenvolvimiento en las actividades diarias cuantificando dichos danos. Se elimina la declaración undécima y la duodécima.

El recurso de casación interpuesto por TROPIGAS DE PANAMA S A representada por Alfaro Ferrer Ramirez y Aleman es en el fondo y se invoca una sola causal la de infracción de normas sustantivas de derecho por error de derecho en cuanto a la apreciación de la prueba. En los motivos se expresa que erróneamente la sentencia estimó probada la responsabilidad de la demandada cuando en realidad los demandantes no probaron que la válvula del tanque de gas tenía escape y que eso produjo el incendio (Motivo Primero)

Que la sentencia no apreció debidamente el documento público denominado EVALUACIÓN DE MATERIAL INVOLUCRADO EN CASO DE ESCAPE DE GAS OCURRIDO EN VILLA DEL CARMEN CAPIRA EL 16 DE

JUNIO DE 1992 preparado por la Oficina de Seguridad del Cuerpo de Bomberos de La Chorrera (foja 37 del expediente) (Motivo Segundo)

El motivo Tercero se refiere a que el regulador de presión de los esposos HERRERA era utilizado por ellos con gran cantidad de grasa y en evidentes condiciones de deterioro que no le permitían ajustarse ni cumplir con el propósito de sujetarlo a la válvula para evitar escapes (mucho tiempo de uso y carecía de un resorte para mantenerlo unido a la válvula del tanque) (Motivo Tercero) Estos hechos mencionados en este Motivo Tercero se relacionan con la errónea apreciación del documento preparado por la Oficina de Seguridad del Cuerpo de Bomberos de La Chorrera a que alude el Motivo Segundo

El motivo Cuarto se refiere a la mala apreciación de la declaración rendida por el señor JESUS HERRERA ante la Oficina de Seguridad del Cuerpo de Bomberos de Chorrera (f 39) Expresa el recurrente que el señor JESUS HERRERA reconoce que al tanque de gas que utilizaba en el momento del accidente no le encontró ningún problema y que lo había revisado. Que HERRERA reconoció ante la Oficina de Seguridad que el incendio se produjo cuando se prendió un fósforo abrió la llave del quemador y saltó el regulador de presión que él utilizaba. El recurrente

concluye que el incendio se debio al uso de un regulador de presion en pesimas condiciones de servicio

En el motivo quinto se asevera que fue mal evaluado el documento publico que constituye la nota del 15 de diciembre de 1994 de la Oficina de Seguridad del Cuerpo de Bomberos de Panama (f 204) en que se expresa que TROPIGAS DE PANAMA S A sigue estrictos controles para detectar malos funcionamientos que puedan afectar las valvulas medidores controles neumaticos y manómetros

El motivo sexto se refiere a la mala valoracion de la inspeccion judicial con asistencia de peritos practicada a las instalaciones de embotellado y distribucion de los tanques de gas (fs 125 y 126 y fs 146 a 150) mediante la cual segun la recurrente se acreditaron estrictos controles de seguridad y calidad en cuanto a valvulas y anillos utilizados en los tanques

El motivo septimo alude a la mala valoracion de los dictámenes periciales rendidos por los Ing Carlos M Dengo y Julio Effio (fs 140 a 145 y fs 130 a 133) que segun el recurrente demuestran que el sistema de embotellado del cilindro de gas que empleaba la empresa Tropigas de Panama S A cumple con los severos controles de seguridad y calidad y

que no es posible que estos cilindros puedan ser rellenos de gas sin la presencia del anillo o sello interno de la valvula

El motivo octavo expresa que se tiene como indicio que la valvula del tanque estaba danada indicio que se hace descansar en el hecho no acreditado de que el incendio se produjo por ese motivo

En el motivo noveno la recurrente expresa que la sentencia no evaluo los indicios de que el tanque estaba en buenas condiciones que la valvula no tenia escape el hecho de que la Oficina de Seguridad comprobo que el tanque estaba en buenas condiciones que al practicar la prueba de verificacion no se detecto escape de gas en la valvula que el propio demandante JESUS HERRERA reconocio que reviso el tanque y no encontro ningun problema que el demandante JESUS HERRERA usaba un regulador de presion defectuoso (carecia de resorte en la una de presion que impedia ajustarlo y sujetarlo a la valvula para evitar escape) que la empresa cumple con estrictos controles de seguridad y calidad en relacion con las valvulas y anillos

El motivo decimo se refiere a que la Sentencia atribuye valor probatorio a los documentos que obran a fs 40 46 del expediente los cuales afirma no cumplen los requisitos para ser estimados como prueba y

no han sido reconocidos. Se trata de fotocopias de documentos de la Caja de Seguro Social que aluden al ingreso de JESUS HERRERA APARICIO a dicha institucion el 18 de junio de 1992 con quemaduras y que se le dio de alta el 9 de julio del mismo año un certificado de incapacidad hasta el 2 de agosto de 1992 (f 43) otro certificado de incapacidad para la senora DIANA ESTHER BAIRNAL DE HERRERA del 18 de junio de 1992 hasta el 18 de julio del mismo año otro certificado de incapacidad para la senora DE HERRERA hasta el 18 de agosto de 1992 y por ultimo un certificado de incapacidad para la senora DE HERRERA hasta el 13 de septiembre de 1992

Los otros documentos que se mencionan en el motivo que se comenta el Motivo Decimo son fotografias que corren a fojas 49 a 67 ambas inclusive. En ellas aparece el señor HERRERA y la senora DE HERRERA mostrando las quemaduras y fotos de una residencia que ha sufrido un incendio

En resumen pues se trata de la evaluacion de un copioso numero de pruebas en cuyo centro esta establecer la responsabilidad por el hecho de que el tanque de gas se prendiera quemando a los esposos HERRERA y causando danos materiales en la residencia

El recurso gira alrededor que son los esposos HERRERA los que deben probar la causa precisa técnica del incendio no obstante que este comprobado que el incendio se debió al hecho que se prendiera el tanque de gas

La doctrina al referirse a las fuentes de la responsabilidad contractual afirma que se trata de hechos ilícitos que se dividen en (1) hechos ilícitos personales (2) hechos ilícitos ajenos o responsabilidad indirecta en razón de daños causados por personas que se hayan al cuidado de otras (3) daños causados por cosas de una persona que es poseedor o dueño y (4) daños causados en actividades o explotaciones peligrosas (Valencia Zea 1982 p 257)

Los hechos ilícitos personales o hechos propios son aquellos a) que se causan mediante el empleo de los músculos b) los que se ocasionan mediante el empleo de armas o instrumentos (navajas punales armas de fuego piedras palos etc) accionados en forma directa por la energía del hombre c) los que se causan mediante la exteriorización de las ideas (delitos de calumnia injuria etc (Valencia Zea 1986 p 257)

Se dice que no son hechos personales o propios los ocasionados por intermedio de cosas (animadas o inanimadas) cuyo control no está en un todo al alcance de la energía humana como en el clásico ejemplo del daño originado por un automóvil pues puede suceder que a pesar de los

esfuerzos del conductor por no causar el accidente no le sea posible controlar la maquina

Anade La consecuencia principal de la responsabilidad por el hecho propio estriba en que la victima del dano debe probar todos los elementos de la responsabilidad subjetiva a saber el acto la culpa el dano y el nexo causal En los hechos propios se exige siempre la culpa y esta no se presume en cambio como luego lo veremos en las demas clases de responsabilidades o no se exige o se presume (Valencia Zea 1986 p 256)

Nos interesa la relacion entre el dano causado por hecho propio y el dano causado en actividades peligrosas

Es muy generalizado el reconocimiento de responsabilidad en razon de danos causados por cosas empleadas en actividades peligrosas Como ejemplo el profesor Valencia Zea menciona la conduccion de automoviles de ferrocarriles el uso de calderas En ocasiones en que el dano se causa por intermedio de una cosa empleada en una actividad en forma que se debe mas al hecho de la actividad (o hecho de la cosa) que a la conducta de quien emplea la cosa en la actividad se da el caso de una responsabilidad indirecta debido al empleo de cosas en determinadas explotaciones

Citamos cuestion de simple sentido comun diferenciar el hecho propio causado mediante el empleo de cosas y el hecho directo de las cosas empleadas en explotaciones Si una persona castiga a otra con un palo nadie piensa que estamos frente al hecho de la cosa palo sino frente a un hecho del hombre que la ha ocasionado en cambio si de una construccion se desprende un palo y hiere a un transeunte nos hallamos no ante un hecho propio sino ante el hecho de una cosa empleada en la construccion (Peirano Facio 1981 p 258)

Segun el autor asi como antiguamente la principal fuente de dano se encontraba en el hecho propio en la epoca actual especialmente en el Siglo XX cobran relevancia los danos causados en actividades peligrosas por razon del aprovechamiento de toda suerte de maquinas y nuevas energias el automovil el ferrocarril las naves aereas maritimas y fluviales la electricidad y agregariamos el gas licuado de petroleo de uso tan extendido que sirve la parte demandada en este proceso

En cuanto a los danos causados por actividades peligrosas existe una presuncion de culpa tambien llamada responsabilidad de peligrosidad Estos planteamientos del pensamiento juridico sentados inicialmente por la jurisprudencia colombiana y elaborados doctrinalmente no obedecen segun el Profesor Valencia Zea a la interpretacion de una disposicion de derecho

positivo sino mas bien como verdadera investigacion cientifica de nuevas soluciones que era necesario dar a un sinnúmero de problemas creados por una nueva civilizacion de maquinas y energias. Toda la jurisprudencia mencionada encuentra un punto de apoyo mas directo y logico en el art 8 de la ley 153 de 1887 que en el art 2356 del Codigo Civil

Como lo ha dicho la Corte Suprema cuando se redacto el Codigo no se previeron danos causados por maquinas o energias que no existian en aquel entonces fueron en verdad casos nuevos para los cuales no existia solucion en el Codigo. El citado art 8 de la ley 153 de 1887 autoriza al juez para aplicar las reglas generales del derecho cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido (Valencia Zea 1986 p 285)

Es oportuno expresar que el articulo 8° de la Ley 153 de 1887 Colombiana es esencialmente nuestro articulo 13 del Codigo Civil que establece: Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido se aplicaran las leyes que regulen casos o materias semejantes y en su defecto la doctrina constitucional las reglas generales de derecho y la costumbre siendo general y conforme con la moral cristiana

Con estos criterios debe procederse a analizar la prueba que en el recurso de casacion se estiman mal apreciadas acusandose a la Sentencia de incurrir en error de derecho en la apreciacion de tales elementos

Se puede observar que no se discute y todos estan de acuerdo en que el incendio se debio al hecho de que se prendiera un tanque de gas licuado de 25 libras que con propiedad tecnica es descrito a f 37 en documento extendido por la Oficina de Seguridad del Cuerpo de Bomberos de La Chorrera Un tanque marca Tropigas N° de Serie 150575 La agarradera o la proteccion de la valvula presenta fecha IPC/2/90 La valvula tiene como fecha de ajuste el 8/79 Se dice que el tanque se aprecia en buenas condiciones La prueba de verificacion de escape no revelo escape en la valvula Se realizo escape con el regulador que mantenia y se constato un escape Se agrega que se presume que la valvula no tiene anillo o el mismo esta deteriorado

En cuanto al regulador Tropigas se expresa que presenta cantidad de grasa y aparenta muchos anos de uso La una de presion que mantiene sujeto al regulador a la valvula del tanque carece del resorte que lo ajusta a la valvula

El recurso de casacion asevera (Motivo Segundo) que este es una de las pruebas mal valoradas porque allí se dice que se encontraba en buenas condiciones y que en la prueba de verificación no se detectó escape de gas en la válvula. En el Motivo 3º se refiere al mismo documento de f 37 en cuanto afirma que el regulador de presión de los esposos HERRERA era utilizado por ellos con gran cantidad de grasa y en evidentes condiciones de deterioro que no permitían sujetarlo a la válvula.

Luego en el Motivo Noveno se alude aparentemente al propio documento cuando se habla de indicios graves concordantes y congruentes que acreditaban que el tanque de gas involucrado en el accidente se encontraba en buenas condiciones y que su válvula no registraba escapes.

Allí mismo motivo Noveno e inmediatamente se alude al estado del regulador de presión que utilizaba Jesús Herrera en visibles condiciones defectuosas que sin ese regulador el tanque y su válvula no tenía escape de gas que en el proceso de embotellamiento la empresa demandada cumple estrictos controles de seguridad en relación con las válvulas y anillos.

Por lo expuesto se puede afirmar que el recurso de casacion plantea que el tanque de gas se prendio por razon del regulador de presion accesorio de propiedad de los esposos HERRERA que se encontraba en mal estado y por otra parte sostiene la recurrente que tanto la valvula como el anillo del cuello interno de la misma (este ultimo conocido tambien con el nombre de O RING) estaban en buenas condiciones y no causaron que el tanque se prendiera ocasionando el incendio de la residencia

Se analizara el documento a f 37 en relacion con las otras pruebas primer lugar se observa que el documento de la Oficina de Seguridad del Cuerpo de Bomberos de Chorrera usa la expresion el tanque se observa en buenas condiciones Esta es una expresion que bien se puede referir a las apariencias del tanque no es por lo tanto una expresion conclusiva y tecnica para afirmar que el tanque estaba en buenas condiciones

Por otra parte se expresa que no se observaba escape en la valvula y que la prueba con el regulador demostro escape Agrega inmediatamente presumiendose que la valvula no tiene anillo o el mismo esta deteriorado

Esto significa que en el documento a f 37 en realidad la Oficina de Seguridad no afirma que el tanque estuviese en buenas condiciones Presume en efecto que carecia de parte importante

Ahora bien a f 148 del expediente aparece el interrogatorio que se les formulo a los peritos designados por el Tribunal y por la parte demandada senores Julio Antonio Effio T y Carlos Manuel Dengo Monje respectivamente

Alli se expresa cual es la funcion que cumple el anillo del cuello interno de la valvula tambien conocido como O RING Se transcribe este anillo solamente sirve o funciona para evitar que el gas se escape al introducirse el regulador pero si no tienen el regulador introducido la valvula tiene un sistema que impide que salga el gas y esta parte es conocida como STEM que actua con presion e impide que salga el gas (f 148)

Por eso se explica que en el informe de la Oficina de Seguridad a f 37 al observar que con el regulador puesto habia escape de gas se exprese la presuncion de que la valvula no tiene anillo o que el mismo este deteriorado

Curiosamente al menos en el planteamiento que se hace con motivo del recurso de casacion no hay ninguna constancia de que el tanque en concreto y de hecho hubiera tenido el anillo del cuello interno de la valvula

Por otra parte se observa que a los peritos se les pregunto por el apoderado de la parte demandada sobre la posibilidad de que tercera persona ajena a la demandada le extrajera o danara el anillo del cuello interno para darle distintos usos a dicho anillo. Los peritos contestaron que si era posible que esto sucediera ya que este anillo dependiendo de su diametro puede ser utilizado para otros fines por terceras personas (F 148). Estas especulaciones se justifican solo cuando no se sabe a ciencia cierta si el tanque tenia el anillo.

De manera que el anillo y la valvula son dos elementos que se complementan. El primero asegura que no haya escape de gas cuando esta colocado el regulador, la segunda previene los escapes cuando no esta colocado el regulador.

A esta situacion se refiere la sentencia impugnada mediante el recurso de casacion.

De lo expuesto anteriormente y en estrecha relacion con lo establecido por la Oficina de Seguridad del Cuerpo de Bomberos de La Chorrera, esta Superioridad infiere que la unica manera como se pudo dar inicio al incendio es a traves de la existencia del escape de gas contenido en el tanque que se prendio. Si al momento que se realizo la prueba de verificacion de escape en la valvula se determino que no

existió el mismo no implica que esta estaba exenta de dano puesto que al efectuarse la prueba con el regulador se detecto o constato el escape que produce el incendio presumiendose segun indica el informe oficial que la valvula no tenia anillo o el mismo estaba deteriorado lo anterior encuentra asidero toda vez que la unica manera que se pueda fugar el gas al introducirse el regulador es que efectivamente el anillo este deteriorado o inexistente

Como comentario tangencial la Sala acota el hecho cierto que el incendio se produce por un escape de gas lo que de manera indubitable se da despues de conectar el regulador y siendo que esto solamente se puede producir si el anillo de la valvula esta deteriorado o inexistente se debe concluir que los razonamientos del A quo son correctos (f 249)

En este orden de ideas se observa que la sentencia no se basa en que la valvula del tanque de gas tenia escape y que eso produjo el incendio como se afirma en el motivo primero La Sentencia considera que el anillo estaba deteriorado o no existia

En todo caso no existen elementos de prueba de que el tanque de gas se prendiera por razon del regulador de presion de gas En circunstancias tales Tropigas de Panama S A que cumple actividades peligrosas debe responder por el dano causado Sobre ella recae la carga de la prueba de que el siniestro no lo origina la actividad peligrosa que realiza

En esta situación no se requiere comprobar culpa por parte de la demandada de lo que resulta que el documento público que consiste en la nota N° 15 de diciembre de 1994 de la Oficina de Seguridad del Cuerpo de Bomberos de Panamá a f 204 la que expresa que TROPIGAS DE PANAMA S A observa estrictos controles para detectar malos funcionamientos de las válvulas medidores controles neumáticos manómetros y otros no aportan un elemento de juicio que lleve a otra conclusión

Lo mismo ocurre con la inspección judicial a fs 125 y 126 a que se refiere el Motivo Sexto y en general en relación con los métodos de control y la atención y el cuidado con que procede TROPIGAS DE PANAMA S A en el embotellado y distribución del gas licuado. El hecho fundamental notorio es que la empresa desarrolla una actividad peligrosa de la cual deriva su responsabilidad en tanto que no se demuestre que el siniestro se deba a otros factores

Por último en relación con el Motivo Décimo que se refiere al valor probatorio que allí se afirma que se le atribuyeron a los documentos que obran a fs 40 a 46 del expediente copias sin autenticar y a fs 49 a 67 unas fotografías la Sala advierte que estos últimos documentos la fotografía tienen valor de convicción pues dan idea de las quemaduras que sufrieron

los demandantes y de los danos en la residencia en la medida y grado que de acuerdo con la sana critica le otorgue el juzgador. Son irrelevantes sin embargo para establecer la responsabilidad de la parte demandada la cuantia de los danos se establecera de acuerdo con el articulo 983 del Codigo Judicial ya que la sentencia condeno en abstracto y su valoracion no ha influido en la decision.

En cuanto a los primeros documentos a que se refiere el Motivo Decimo comentados que aparecen a fs 40 a 46. Se trata presuntivamente de fotocopias de documentos extendidos por la Caja de Seguro Social como son notas de remision, certificaciones de incapacidad de los demandantes y una fotocopia de un documento firmado por Ebanisteria Hermanos Kwiers firmado por Enrique Kwiers y por JESUS HERRERA en que se detallan el costo de materiales de construccion aparentemente para atender los danos que produjo el incendio a la residencia. Estas pruebas son irrelevantes para los efectos de establecer la responsabilidad de la parte demandada y la sentencia recurrida en casacion no se refiere a dichos elementos probatorios.

Al final del presente analisis la Corte Suprema SALA DE LO CIVIL decide no casar la sentencia del Primer Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial dictada el 18 de diciembre de 1995 por lo que el criterio expuesto por el juez de primera instancia y el Tribunal Superior

prevalecio es decir la demandada Tropigas de Panama fue condenada al pago de la indemnizacion pretendida El citado fallo fue bajo la ponencia del Honorable Magistrado Rafael A Gonzalez e integraban la sala los Magistrados Eligio A Salas y Rogelio A Fabrega Zarak

13 Analisis del caso de Abilio Philides Olmedo contra Hacienda Country Club, S A

En este proceso Abilio Philides Olmedo en representacion de su menor hija solicita que se condene a HACIENDA COUNTRY CLUB S A al pago de la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA MIL BALBOAS (B/ 250 000 00) en concepto de danos y perjuicios en general y que se le condene al pago de danos morales y a las costas y gastos del proceso ocasionados a la menor MARTA ATENAS PHILIDES VILLARREAL como resultado de un accidente ocurrido en las instalaciones de la sociedad demandada cuando esta se encontraba observando las practicas de un torneo de golf y una tolda le cayo encima produciendole severas lesiones en su brazo izquierdo

Habiendo el juzgado primario accedido a las pretensiones del actor el Primer Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial revoco tal decision y en su lugar absolvió a la empresa demandada HACIENDA

COUNTRY CLUB S A por lo que Atenas Philides Villarreal ha promovio recurso extraordinario de casacion

Para resolver el recurso extraordinario la Sala Primera expidio el fallo que comentamos explica la corte que correspondio al Juzgado Segundo de Circuito de lo Civil del Primer Distrito Judicial de Panama en primera instancia sustanciar el proceso descrito por lo que una vez vencidas las etapas procesales correspondientes a este tipo de procesos profirio el a quo la decision de merito en Sentencia No 30 de 24 de junio de 1999 en la cual se condena a la demandada HACIENDA COUNTRY CLUB S A a pagarle a la menor MARTA ATHENAS PHILIDES V la suma de CINCUENTA MIL BALBOAS (B/ 50 000 00) en concepto de danos morales mas OCHO MIL SETECIENTOS BALBOAS (B/ 8 700 00) en concepto de costas (fs 106 116)

La parte vencida en este negocio HACIENDA COUNTRY CLUB S A apelo de la resolucion antes descrita apelacion que fue concedida en el efecto suspensivo por el inferior

Mediante Sentencia de cinco (5) de septiembre de 2001 decidio el Primer Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial de Panama la apelacion presentada y revoca la sentencia No 30 de 24 de junio de 1999 emitida por el Juzgado Segundo de Circuito de lo Civil del Primer Distrito Judicial de

Panama y en su lugar ABSUELVE a la HACIENDA COUNTRY CLUB S A dentro del proceso ordinario incoado en su contra de la condena por danos y perjuicios pretendida por ABILIO PHILIDES OLMEDO actuando en nombre y representacion de su hija menor MARTA ATENAS PHLIDES VILLARREAL (fs 131 143)

El recurso consta de dos causales de fondo las que se examinaran con la debida separacion en acatamiento al mandato contenido en el articulo 1192 delCodigo Judicial la primera causal es la de infraccion de las normas sustantivas de derecho por errada valoracion de la prueba la que se encuentra prevista en el articulo 1169 del estatuto procesal infraccion que se dice ha incidido desfavorablemente en lo dispositivo de la resolucion recurrida

La causal se sustenta facticamente en los motivos que la Sala reprodujo asi PRIMERO Al desestimar la pretension de ABILIO PHILIDES OLMEDO la sentencia recurrida estimo erroneamente el testimonio de EDUARDO ENRIQUE LIM YUENG QUIJANO que rola a fojas 37 38 del presente proceso que establecio pristivamente que el dia del accidente habia mucho viento y ello provoco la caida de varias carpas de lona incluyendo la que le cayo encima a la menor Marta Atenas Philides Villarreal

de haber valorado correctamente esta prueba el tribunal superior se habria percatado que el accidente no fue culpa de la menor accidentada

El segundo motivo censurado a la sentencia atacada consiste en reprochar al Primer Tribunal Superior de Justicia no evaluar como debia hacerlo conforme a la ley el Testimonio de Fernando Emilio Quijano Royo (fojas 44 45) quien establecio nitidamente que la nina solo agarraba no jugaba o se apoyaba la sog a que sujetaba la tolda y en ese momento se le vino encima De haber valorado esta prueba de manera eficaz el tribunal superior hubiese concluido que la menor Marta Atenas Philides Villarreal no era responsable o culpable del accidente sufrido

Sigue explicando que en la sentencia atacada el Primer Tribunal Superior de Justicia no evaluo como debia hacerlo conforme a la ley la confesion de la demandada contenida en la aceptacion del hecho duodecimo de la demandada (ver foja 25) que acreditaba entre otros que el accidente ocurrio en los predios de la HACIENDA COUNTRY CLUB S A y que esta como organizadora se hizo responsable por los gastos medicos de la menor por haber ocurrido en sus predios

Finalmente dice que la sentencia censurada al librar de responsabilidad a la demandada HACIENDA COUNTRY CLUB S A por el

accidente a consecuencia del cual resulto seriamente lesionada la menor MARTA ATENAS PHILIDES VILLARREAL no aprecio como lo ordena la ley la prueba documental que milita a foja 2 del expediente que acreditaba con claridad que la menor accidentada tenia al momento del hecho indicado la edad de trece anos y que el solo hecho de que esta hubiese agarrado la sogu que sostenia la tolda que le cayo encima no era motivo para concluir su exclusiva responsabilidad Si el Tribunal Superior hubiese valorado correctamente la prueba en mencion jamas habria colegido que la nina Marta Atenas Philides Villarreal por haber agarrado la sogu que sujetaba la tolda que le cayo encima era responsable del accidente

Como consecuencia del yerro imputado la sentencia recurrida se alega ha violado los articulos 917 918 y 985 delCodigo Judicial y los articulos 974 y 1101 delCodigo Civil

La primera prueba que se estima vulnerada son los testimonios de EDUARDO YUENG QUIJANO y FERNANDO EMILIO ROYO el primero que habia el dia del accidente mucho viento y es esto lo que causo el accidente en tanto que el segundo sostuvo que la nina estaba solamente agarrando la sogu que se encontraba adherida a la tolda lo que no pudo causar el accidente No comprende la Sala de que forma de tales testimonios se derivan la causa del accidente y ademas no es esta la conclusion de la

sentencia recurrida sino la ubica en la contradiccion de los testimonios que no refleja culpa del demandado sino mas bien del demandante (la nina)

Asi dice la sentencia lo que la Sala considera oportuno transcribir estos testimonios son los unicos que aporoto la actora de personas que en forma directa presenciaron la caida de la tolda. Sus contradicciones son evidentes uno menciona la existencia de mucho viento y que varias carpas de lonas se cayeron mientras que el otro testigo no hace referencia a este hecho quien sin embargo si indica que vio a la nina jugando con la sogas que sujetaba la tolda lo que excluye de responsabilidad a la demandada de negligencia ubicando la culpa en la propia victima (f 141)

Encuentra la Sala censurable la conclusion a que arriba la sentencia en la posicion reproducida puesto que no ha sido acreditado que la culpa sea ubicada en cabeza de la nina lesionada y que como consecuencia de la manipulacion de la sogas se produjo el accidente como consecuencia del acto imputable al lesionado acto este que produciria una ruptura en la relacion de causalidad en asocio de otras (que no se acreditan) como lo son fuerza mayor caso fortuito o accion de un tercero

De haberse acreditado mediante pruebas idoneas que tales eventos fueron la causa del accidente como por ejemplo un peritaje sobre la

magnitud del evento climatológico y la resistencia de las toldas en ese evento. La conclusión de la sentencia recurrida no se desprende de un análisis de las pruebas testimoniales ni se decretaron pruebas adicionales para acreditar tales extremos.

La siguiente prueba que se considera erradamente valorada es el certificado de nacimiento (foja 2) lo que no agrega ni quita nada a la sentencia porque de dicha prueba se desprende que la hija es menor de edad sin que esa circunstancia arroje un juicio de reproche culpabilístico en ella.

La otra prueba defectuosamente valorada según el recurrente es la confesión del demandado contenida supuestamente en el hecho 121 el que en el mismo no denota la admisión de la culpabilidad en el demandado.

No obstante lo anterior la Sala examinó los hechos planteados en la demanda y los admitidos en la contestación y sí aprecia un hecho aceptado en el hecho 111 que la Sala se permite transcribir. Que la empresa HACIENDA COUNTRY CLUB S A mediante carta de 1 de marzo de 1996 dirigida al Doctor Salomon Dayan le indica que aprovechamos la oportunidad para saludarle y a la vez solicitarle la atención de la señorita Phylides hija del señor Abilio Phylides quien sufrió un accidente en los

predios de nuestro proyecto. Agradecere se nos envíen las cuentas de sus honorarios ya que nos responsabilizamos totalmente por estas.

Para la Sala resulta evidente que la responsabilidad por el pago de las cuentas por la atención de la niña accidentada constituye un indicio de la responsabilidad del demandado. Que el testigo FERNANDO EMILIO ROYO (no siendo necesario en atención a la aceptación de ese hecho) viene a confirmar. No obstante se debió acreditar el hecho probado en que se basa el indicio, es decir que la ocurrencia del accidente se debió a la negligencia del demandado, sobre todo cuanto este niega la responsabilidad por el hecho dañoso.

Aprecia dentro de este orden de cosas el testimonio de SALOMON DAYAN HANONO (foja 39 40) que viene a corroborar esa afirmación. Dicho testimonio al igual que los denunciados en el recurso debieron ser analizados por la sentencia que encontró los primeros contradictorios y el último que corroboraba la confesión contenida en el hecho 111 de la demanda que ha sido aceptada en la contestación y en el cuerpo de la sentencia recurrida no se aprecia esa constatación.

Más lógico para la Sala es atribuir en el motivo analizado un error del recurrente en la identificación de la prueba de confesión en otro hecho, el

inmediatamente anterior Dichos testimonios debian ser analizados todos ellos con fundamento en la regla que esta Sala ha admitido junto con la doctrina procesal de la valoracion conjunta de la prueba De alli que la censura de este examen conjunto de todas las probanzas dirigidas al convencimiento del juzgador vaya encaminado a evitar que con la sola enunciaci3n de ese principio probatorio el tribunal no analice o no se percate una prueba que tienda naturalmente a la corroboracion de alguno de los hechos que pudiesen formar parte de la causa petendi de la pretension cual es la responsabilidad de la demandada en la ocurrencia del accidente Tambien los peritajes indican la existencia de trauma psicologico como consecuencia del accidente

Este aspecto singular de la apreciacion conjunta ha sido senalado por el procesalista espanol JUAN MONTERO AROCA quien nos dice La llamada apreciacion conjunta de la prueba radica basicamente en llegar a establecer los hechos probados no tomando en consideracion y valorando cada uno de los medios de prueba en si mismos considerados sino atendiendo al conjunto de todos los medios practicados

La pretendida justificacion de esta apreciacion conjunta suele referirse a que la conviccion judicial no puede formarse atendiendo al examen aislado de cada medio de prueba sino que ha de referirse al complejo organico

articulado lógicamente de todos los medios de prueba. Ahora bien, lo cierto es que con la admisión de la apreciación conjunta se están facilitando dos consecuencias prohibidas por la ley: 1) la no motivación real de las sentencias en cuanto en ellas no se ponen de manifiesto las máximas de la experiencia que llevan al juez a conceder credibilidad a una fuente de prueba y a negársela a otra; y 2) el desconocimiento de las reglas legales de valoración de la prueba. [MONTERO AROCA (1996: 152)]

La responsabilidad extracontractual viene regulada en el artículo 1644 del Código Civil, el cual está inspirado en el artículo 1902 del Código Civil de España, por lo menos su primer párrafo, y recoge una norma que se ubica en el principio *naeminen laedere* para destacar que la fuente de esta responsabilidad extracontractual es señalar que todo aquel que causa un daño a otro en forma ilícita debe repararlo.

El criterio de la imputación de la responsabilidad se ubica en una conducta ilícita *naeminen laedere* debida a culpa o negligencia (artículos 974 y 978 del Código Civil, en relación con el Título XVI, Capítulo II, arts. 1644 y siguientes de dicho Código). El principio subjetivo de la culpabilidad es el núcleo alrededor del cual se teje toda la regulación de la responsabilidad extracontractual.

En el derecho de danos corre a cargo del damnificado acreditar la existencia del dano (como fue acreditado) y que el mismo es imputable a la falta de diligencia del demandado para prevenirlo. Dicha relacion entre el dano y el acto negligente que lo produjo le corresponde acreditarlo como regla general al demandante que sufrio el dano en virtud del principio de la carga de la prueba que coloca al lesionado en la posicion de soportar las consecuencias de que dicha circunstancia no se acrediten por la victima en este proceso (articulo 784 delCodigo Judicial). Este principio de la carga de la prueba que es la regla general en sede procesal sufre atenuaciones y derogaciones en determinadas circunstancias que se explicaran a continuacion.

Junto a esto la jurisprudencia espanola y la nuestra en algun caso ha ideado un sistema de derecho sustancial que consiste en una presuncion de culpa con fundamento en el articulo 989 delCodigo Civil y otro de naturaleza procesal que ha sido denominado como inversion de la carga de la prueba que implica para el demandado a quien se atribuye la ocurrencia del dano prueba en contrario para contrarrestar la presuncion dirigida a quien desplego toda su capacidad y esfuerzos para evitar que el dano ocurriese que ocurre por via jurisprudencial en aquellas actividades que generan riesgos (actividades peligrosas responsabilidad del fabricante) o legal (articulo 1645 ultimo parrafo delCodigo Civil).

La responsabilidad directa por culpa in vigilando o culpa in eligendo. Tambien estima la Sala que esta presuncion de culpa ha de referirse a actividades con presencia colectiva de personas (un evento deportivo cine teatro etc) en que el propietario del lugar en que se lleve a cabo o en su caso los organizadores (hecho normalmente desconocido por los asistentes) requiere de un mayor esfuerzo de diligencia exigible para prevenir el dano por lo que en estos casos se produce una presuncion de culpabilidad y una inversion de la carga de la prueba del dano que consiste en que acreditado el dano y su autor mediante la correspondiente imputacion y la relacion de causalidad entre ambos se libera su autor si prueba que desplego las actuaciones necesarias para impedir o dificultar la ocurrencia del dano

Tal proceder responde al principio de la carga de la prueba en cuya virtud cada parte lleva el peso de acreditar ante el juzgador (con independencia de la posicion que tiene en el proceso) aquellos extremos que le pueden resultar favorables y que esta contenido en el articulo 784 delCodigo Judicial

La calificacion de las actividades economicas denominadas peligrosas constituye mas que una responsabilidad objetiva una presuncion de culpa

que tiene que destruirse mediante la prueba de la diligencia para prevenir el dano en virtud del principio de la inversion de la carga de la prueba

Dicho principio parte del supuesto de que los danos causados por los autores de aquellas actividades que encierran un riesgo o un peligro potencial requieren que su autor haya desplegado con particular esmero y energia las diligencias encaminadas a prevenirlos y en esos casos al presumirse la culpa esta se desplaza al causante del dano quien para liberarse de dicha presuncion como presuncion iuris tantum que es ha de acreditar o comprobar que realizo una especial diligencia para prevenir el dano

Las actividades peligrosas que han sido objeto de estudio exhaustivo en la doctrina y jurisprudencia colombianas requiere prueba de que la actividad es peligrosa que considera que existe una presuncion de culpabilidad iuris tantum Este extremo ha sido desarrollado en nuestra jurisprudencia por la sentencia de esta Sala de 12 de diciembre de 1997 en que parte en las actividades peligrosas de una presuncion de culpa

No obstante en el caso controvertido por el recurrente no se encuentra que la actividad deportiva desarrollada genero un riesgo de tal magnitud que permite derivar una presuncion de culpa y con ella una

inversion de la carga de la prueba que la Sala ha estimado que se produce en las actividades peligrosas. Para que las actividades denominadas peligrosas generen una presunción de culpa es menester partir de la creación de una actividad que objetivamente genere una situación de peligro.

En esta actividad deportiva el evento se desarrollaba presumiblemente localizado a distancia prudencial de donde se ubicaba la niña accidentada no existía ese riesgo de causar daños como consecuencia del evento en sí y de hecho la causa del accidente no tuvo relación con el peligro del evento deportivo que no lo hubo sino por la caída de la tolda de protección en el lugar en donde se encontraba la niña como se desprende del testimonio de EDUARDO E. LIM YUEN QUIJANO.

Desde otra óptica el Derecho de Daños para hacerle frente a aquellas situaciones objetivas de peligro o riesgo de daño que no se ubican en la conducta culpable de su autor sino en el riesgo de la actividad productora del daño ha regulado lo que se ha denominado responsabilidad objetiva o por riesgo que por tratarse de un principio distinto se requiere que la misma se establezca en esos términos expresamente por la ley (y así ha sido en nuestro país por ejemplo en los accidentes de tránsito, aviación civil, etc.) y es la tendencia en el Derecho comparado. A este aspecto se ha

referido el civilista español citado reiteradamente por esta Sala LUIS DIEZ PICAZO cuando señala A la aparición de la doctrina del riesgo como en su momento pusimos de relieve constituyo un elemento importante en la evolucion del sistema de la responsabilidad civil pero introdujo tambien en el notorias distorsiones cuando fue acogida por la jurisprudencia de los tribunales de justicia La delimitacion entre el campo de los danos que continuaban rigiendose por el principio de la culpa y el dano a que habria que aplicar la llamada doctrina del riesgo nunca se llevo a que de una manera rigurosa lo que obligo a moverse en una evidente incertidumbre

La evolucion legislativa no obstante ha ido conduciendo a una progresiva tipificacion de los supuestos cubiertos de lo que genericamente puede considerarse como doctrina del riesgo es decir deber de indemnizar impuesto normativamente con causas tasadas de exoneracion que en terminos generales son la fuerza mayor y la culpa del perjudicado

Esta tendencia legislativa es muy clara en un camino que va desde las leyes sobre responsabilidad civil derivada de la conduccion de vehiculos de motor a la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos pasando por los danos derivados de la navegacion aerea y de la explotacion de ingenios nucleares

El problema en la actualidad consiste en determinar si subsiste algun area que pueda considerarse que continua cubierta extralegalmente por el esquema de la doctrina del riesgo o si esta ha quedado agotada con la evolucion legislativa

Dicho de otro modo el problema consiste en determinar si la aparicion de nuevas areas que deban considerarse regidas por esos criterios ha de dar lugar a decisiones legislativas y a nuevas leyes o si puede producirse tambien en ellas una actuacion jurisprudencial aunque esta se realice praeter legem Aunque este problema tendra que ser examinado con mayor detalle desde ahora puede decirse que la evolucion moderna del derecho de danos ha conducido a una tipificacion que solo puede ampliarse por via legislativa

En esta ultima se puede observar ademas como los criterios de objetivacion del riesgo con causas tasadas de exoneracion no se producen en forma pura y que en las leyes mas recientes culpa y riesgo aparecen entremezclados como ocurre al resolver los problemas de los llamados riesgos de desarrollo en la regulacion de la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos en que aparece la idea del nivel de conocimientos existentes en cada momento que significa un retorno a la idea de culpa (Diez Picazo 1994 p 241 242)

En la responsabilidad objetiva se parte de otra fundamentación el énfasis se coloca en el daño causado y en el riesgo derivado de la actividad regulada y no requiere la existencia de culpa. De allí a que deba ser establecida expresamente por la ley (Santos Brinz 1993 p 553)

En el presente caso no nos encontramos ante este tipo de responsabilidad cuya tipificación ha de hacerse por ley por lo que no cabe que la Sala desarrolle en detalle los supuestos y fundamentos de la responsabilidad objetiva o por riesgo

Estos esfuerzos jurisprudenciales que se contraen a la existencia de una presunción de culpa y a la inversión de la carga de la prueba naturalmente van destinados a mantenerse dentro del principio culpabilístico que es el que recoge el artículo 1644 del Código Civil en atención al deber de los jueces de decidir *secundum legem* o sujeto al sistema de fuentes legales y de derecho (en sentido amplio)

Un caso especialmente complejo es el de la responsabilidad que le cabe al propietario o usuario por razón del daño que produzcan las cosas que dependan de él por estar bajo su control o dirección que el derecho español ubica dentro del artículo 1902 (nuestro art 1644) en tesis que

comparte la Sala al lado del cual se ubican los supuestos específicos de esa responsabilidad los danos causados por la ruina de los edificios la responsabilidad decenal los danos causados por animales los danos causados por propietarios de heredades de caza y de danos desde edificios en ciertos supuestos específicos y de residencias por el desprendimiento o caída de objetos desde ellas Dichos supuestos específicos que provienen del Derecho de danos español y que ha sido incorporado a nuestro Código Civil ha dicho la jurisprudencia española que constituyen responsabilidad objetiva sin que la legislación civil lo exprese terminantemente

El civilista español Mariano Yzquierdo Tolsada se ha referido a esta aparente contradicción en los términos que la Sala se permite transcribir Como ha apuntado De Angel Yaguez llama la atención en una lectura superficial de los arts 1905 a 1910 C civ la gran casuística de los supuestos regulados Animales que danan edificios que se arruinan arboles que se caen explosiones de calderas humos excesivos inflamaciones de sustancias emanaciones de cloacas a objetos que caen desde los edificios Si los arts 1902 y 1903 regulan la responsabilidad por el hecho propio y por el hecho ajeno respectivamente parece que no debería importar en principio el objeto con el que el agente ha causado el dano bastaría con estos dos preceptos para agotar todos los posibles

Los artículos 1905 a 1910 completan el marco de la responsabilidad civil extracontractual al igual que lo hace el artículo 1384 del Código francés se responde de lo que uno hace (artículo 1902) de lo que hacen aquellos por los que uno debe responder (artículo 1903) y de lo que hagan los animales o las cosas que uno tiene bajo su guarda (arts 1905 a 1910) Y lo que da a estos supuestos su cierta carga de autonomía respecto de los arts 1902 y 1903 es por una parte esa mentada independencia con la que el animal o la cosa daña pero por otra el factor de imputación de los daños pues si solo fuera lo primero los supuestos añadirían poco al régimen jurídico general siendo más bien una explicación de carácter experimental (Yzquierdo Tolsada 2001)

Sigue diciendo Yzquierdo Tolsada (2001) Y es que el fundamento de la responsabilidad es bien distinto al que originariamente tuvo el artículo 1902 si en el ámbito de aplicación de este toda reclamación había de basarse en una culpa probada lo que encontramos en expresiones como las de los arts 1906 (A lo necesario para impedir 1907 (A falta de las reparaciones necesarias 1908 (A debida diligencia A lugar seguro y adecuado) o 1908 /A sin las precauciones adecuadas) no es una mera concreción de la culpa o negligencia del 1902 sino una culpa o negligencia presunta se trata de animales o de cosas que el propietario tiene posee y gobierna y que al ser elementos de riesgo debe salir al paso de los daños

que generen salvo que demuestre haber utilizado toda la diligencia necesaria para evitarlos. Si esta explicación no valiera, los referidos preceptos no añadirían nada nuevo al régimen general de la responsabilidad, serían meros ejemplos de cuanto ya se halla comprendido en los arts 1902 y 1903) (p 306)

En el caso que ocupa a la Sala se trata de un bien (tolda de protección) colocada en la propiedad de la demandada en un evento deportivo que se llevó a cabo (un campeonato de golf) y que al desprenderse causó los daños cuya indemnización se reclama y que deben imputarse a su propietario con fundamento en el artículo 1644 (culpa del guardian en la terminología francesa)

La doctrina del guardian en el derecho francés, colombiano y chileno hace derivar una presunción de culpabilidad del propietario de la cosa que causó el daño solamente cuando la actividad se encierra en la calificación de actividad peligrosa o actividad que encierre un grado de peligrosidad y no si el daño causado por la cosa es un riesgo normal y no un riesgo calificado

En este caso es menester que la actividad en que consistía el evento deportivo constituía una actividad peligrosa sobre cuya carga nada hizo el demandante. Es decir, no basta que un objeto cause daño con arreglo a la

doctrina que estamos analizando sino que el dano causado por el objeto se realizo en el marco de una actividad considerada peligrosa pues de no ser asi la regla contenida en el articulo 1644 del Codigo Civil se le aplica el principio general de la carga de la prueba por parte del que recibio el dano el demandante

Como es sabido la doctrina del guardian proviene del derecho frances y en particular su desarrollo jurisprudencial la que con fundamento en el articulo 1384 numeral 11 de su Codigo Civil percibe una presuncion y ha sido desarrollado por su jurisprudencia y la colombiana por lo que en la actualidad tiene las siguientes características La cosa puede ser mueble o inmueble puede estar o no accionada por la mano del hombre puede o no estar en movimiento puede o no ser peligrosa debe ser instrumento de dano el dano se atribuye a la guarda de la cosa no a la cosa misma se presume que el propietario es el guardian La guarda consiste en el poder de direccion control y vigilancia de la cosa el dependiente en principio no tiene la guarda de la cosa ya que intelectualmente no puede disponer de ella el demandado solo se libera mediante la prueba de una causa extrana la guarda puede ser acumulativa (guarda en la estructura y guarda en el comportamiento)

En la responsabilidad por el hecho de las cosas el hecho culposo de la víctima causa parcial del dano da lugar a reduccion parcial Segun ensena Tamayo Jaramillo (1999) en el transporte a titulo gratuito se aplica la responsabilidad por el hecho de las cosas (p 241)

Es obvio por otro parte que si la causa del accidente se debio a fuerza mayor o caso fortuito definidos por el articulo 34c delCodigo Civil es decir por una causa extrana al consistir en un evento que interrumpia el nexo causal le correspondia al demandado invocar la correspondiente defensa o excepcion acreditando la existencia de una causa extrana En el supuesto especifico el demandado no acredito la existencia de dicha causa extrana Es evidente que la declaracion testimonial que ubica la condicion meteorologica como causa del accidente no resulta idonea para probar su existencia sino a traves de probanzas especializadas dirigidas a acreditar la causa extrana

La denominada causa extrana consiste en una circunstancia que interrumpe el vinculo causal y su fundamento legal se suele ubicar en el articulo 990 delCodigo Civil Ordinariamente se ubican en la categoria de causa extrana como fundamento de liberacion de la responsabilidad el caso fortuito la fuerza mayor o la accion de la victima En este caso ninguna de

las circunstancias fue acreditada si bien se desprenden dos de ellas la conducta de la víctima o el caso fortuito

Un caso marginal lo constituye la alegación que formula el opositor del recurso consistente en la existencia de prescripción extintiva alegación que se debe desestimar en toda su extensión que consiste en un esfuerzo digno de mejor causa no solamente porque el opositor no había censurado en casación la sentencia respecto a este punto ni a ninguno otro sino porque además claramente no cabe invocar esa excepción en el recurso de casación (sino todos los demás en recursos de impugnación ordinarios (art 688 del Código Judicial) e invocarlo en casación no puede prosperar (hechos nuevos)

Lo anterior cobra mayor sentido si se aprecia que la sentencia de primera instancia solo condena a daños morales sin hacer un raciocinio (motivación) por su monto y sin tomar en cuenta que la pretensión y la causa petendi abarcaban ambos tipos de daños. No obstante al haber solo apelado el demandado y no el demandante la sentencia de apelación no puede agravar más aun la condena de la sentencia apelada (artículo 1148 del Código Judicial)

Por las razones apuntadas estima la Sala que no debe casar la sentencia pero no por las razones esgrimidas por la sentencia o el recurrente sino por las consideraciones que la Sala ha expuesto

Por las razones expuestas la Corte Suprema SALA DE LO CIVIL administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia recurrida de cinco (5) de septiembre de 2001 dictada por el PRIMER TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PRIMER DISTRITO JUDICIAL en el proceso ordinario promovido por ABILIO PHILIDES OLMEDO padre de la menor MARTA ATENAS PHILIDES VILLARREAL contra HACIENDA COUNTRY CLUB S A

El fallo expresa muy claramente la carencia de disposiciones expresas en la Ley que sirvan de base a la jurisdiccion para reconocer responsabilidad dentro de los parametros de las reglas de imputacion subjetiva es obvio que el evento se produjo a partir de una actividad de esparcimiento organizado por la demandante por lo que si en vigencia existieran disposiciones objetivas fundadas en el riesgo provecho la consecuencias hubieren sido totalmente diferentes

14 Casos de espectáculo publico deportivo

Para recrear lo afirmado traemos a colacion un articulo denominado Responsabilidad del Organizador de Espectaculos Deportivos frente a los Deportistas y Frente al Publico Concurrente mismo que transcribe dos sentencia emitidas por la jurisprudencia Argentina muy estrechamente relacionada con el tema que nos disponemos a poner en perspectiva

En las ultimas decadas ha cambiado considerablemente el ambito en torno al cual se desarrolla el deporte profesional y en particular ha adquirido suma trascendencia juridica el espectáculo deportivo Si bien el deporte amateur continua siendo visto aun como una distraccion para la mayoria de la gente el deporte de elite se ha transformado en un espectáculo que vive del profesionalismo (Borda 2011 p 47) erigiendose en una importante fuente de ingresos y convirtiendose en un negocio en donde no solo participan los deportistas profesionales sino tambien las entidades deportivas (clubes) sponsors medios de comunicacion (radio television) etcetera Entre los deportes que facilmente quedan encuadrados en este nuevo marco cabe mencionar al futbol al basquet al automovilismo pudiendo ser aplicable tambien al tenis y al golf entre otros

De tal modo habiendose convertido el deporte profesional en un espectáculo con muchos intereses en juego –no solo deportivos sino tambien

economicos se han originado contemporaneamente a dicho crecimiento situaciones de danos hacia los deportistas y hacia las personas que concurren como espectadores a dichos eventos deportivos que hallan su explicacion quizas en la exacerbacion de las pasiones que muchas veces se transforma en violencia erigiendo a esta en la principal causa de perjuicios hacia los deportistas y hacia el publico asistente. Y ello claro esta no debe ni puede ser tolerado puesto que como bien lo afirma el maestro Mosset Iturraspe ni el espiritu deportivo ni la idea misma de deporte ni la sana competencia ni el fervor o la dedicacion son compatibles con la practica violenta (Mosset Iturraspe 1983 p 384)

Basta para comprender los intereses en juego que se dan a traves del deporte profesional sobre todo en derredor del futbol la metaforica exposicion comparativa que ha realizado recientemente un autor argentino entre el profesionalismo futbolistico y las batallas libradas por los gladiadores en Roma. Las Escuelas mas importantes de los legendarios Gladiadores del Coloso Romano se nutrian de esclavos predestinados a alimentar las fieras. Humanos y leones satisfacian sus sedes con la sangre del derrotado. Previo a la caida en la arena era imperioso entrenar, alimentar y tener en buenas condiciones a aquellos que para rendir un buen espectaculo debian pelear y defenderse lo suficiente como para amortizar el costo de las localidades. Las figuras de los directores, instructores o jefes eran llamados en aquel

entonces lanistas de la Escuela de Gladiadores eran millonarios generales retirados del Imperio designados por el Cesar que enseñaban su profesión a aquellos que darían su vida en la arena. Una suerte de directores técnicos modernos. Transmitiendo su experiencia militar y guerrera a los nuevos artistas. La multitud que asistía al Coliseo solamente podía reproducir lo allí visto. Pocos escultores, varios plásticos y todos relatores. En nuestros días el fútbol – radio, TV e internet mediante – ha reconfigurado todas las relaciones de poder del viejo Coliseo Imperial e inclusive con un dejo de perversión ha esquivado la abolición del esclavismo con la carga psicológica que importa ‘comprar’ y vender jugadores en el mercado de pases. Los lanistas de la FIFA recrean las emociones convenientes del Circo Romano multiplicando a la enésima potencia las ganancias por los derechos de imagen antes fuera del comercio de esclava (Biglieri, 2016, p. 53)

Estimamos en otro orden de cosas, pues, que ninguna duda cabe que el deporte profesional, en adelante nos referiremos al fútbol, que es el deporte y el espectáculo deportivo que mayor adhesión encuentra en la gente hoy día en nuestro país, se ha convertido en un fenómeno social que reúne multitudes y ha dejado de ser solo una práctica recreativa, puesto que todo lo que rodea a dicho acontecimiento excede el marco deportivo.

La masividad es la nota característica actual del espectáculo deportivo (Porcelli 1998) sobre todo del fútbol reiteramos) por lo cual de esa concurrencia masiva y de los riesgos que ella genera suelen generarse riesgos que –de convertirse en danos (muchos de ellos originados en hechos de violencia) obligara a quienes lucran con ello a dar respuesta frente a las victimas. Es así como el espectáculo trasciende a lo puramente deportivo ya que el evento en sí –como acertadamente se sostiene– es solo una condición necesaria pero no suficiente del fenómeno.

Este espectáculo deportivo así entendido ha motivado que fueran muchos los autores en nuestro país que bregaran por la necesidad de darle un tratamiento legislativo específico y que a falta de ello hayan hecho esfuerzos denodados para enmarcar jurídicamente la relación que liga al espectador con el organizador haciendo especial hincapié en las posibles consecuencias danosas que de él pudieran derivarse. Analizaremos pues algunas posturas al respecto.

14.1 El contrato de espectáculo deportivo

Como bien lo refiere el título que proponemos la principal característica del espectáculo deportivo actual es su carácter remunerado dado que quien concurre a los estadios debe abonar la entrada.

correspondiente o bien pagar la cuota social del club que hace las veces de local para poder presenciar el evento. De tal modo, ello genera para el organizador una actividad lucrativa ya que obtiene ganancias de ella y se beneficia con su desarrollo.

De tal modo, el espectáculo deportivo se convierte así en un contrato que constituye una especie dentro del género contrato de espectáculo público en donde su objeto consistirá en la ejecución del espectáculo a cambio de una contraprestación abonada por el espectador (Pizarro 2007 p 376). Se trata, pues, de un contrato atípico innominado (art. 1106 CC) o con tipicidad consuetudinaria (Farina 2005 p 373) ya que no se encuentra expresamente contemplado en la ley. Por ende, debe ser tratado jurídicamente en consecuencia por criterios análogos a los principios aplicables a otros contratos típicos y además por los principios que emanan cotidianamente de la doctrina y jurisprudencia.

El contrato de espectáculo deportivo, pues, se transforma en un contrato innominado celebrado entre el espectador y el empresario en donde aquel paga un precio para poder gozar de un espectáculo y este último se compromete a brindarlo de conformidad a lo ofrecido en las publicidades.

Ello no obsta además que en la organización de un espectáculo deportivo el empresario se vea en la necesidad de entablar otras relaciones negociales al margen del contrato celebrado con el espectador (Gherzi 1994) toda vez que puede estar vinculado contractualmente también con los deportistas que participan del evento e inclusive con los clubes a los cuales esos atletas representan. Así por ejemplo con respecto a los participantes el empresario puede quedar ligado contractualmente a través de un contrato de naturaleza laboral o mediante uno de locación de obra o de servicios como también puede hacerlo bajo similares modalidades con una entidad deportiva.

Asimismo queremos adelantar que en la actualidad el contrato de espectáculo público deportivo también ha comenzado a ser considerado como una relación de consumo (Falco 2007 p 634) máxime luego del fallo Mosca de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina al cual nos referiremos con posterioridad en cuanto ha dispuesto el máximo Tribunal en su considerando 7 del voto de la mayoría – párrafo 25 que Cabe considerar también el derecho a la seguridad previsto en el art 42 de la Constitución Nacional que se refiere a la relación de consumo que abarca no solo a los contratos sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados que es precisamente el caso que se presenta en autos. De tal modo la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en

las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales respecto de sujetos no contratantes

Como advierte Falco (2017) cada norma debe ser interpretada conforme a su época y en este sentido cuando ocurre un evento danoso en un espectáculo masivo en un aeropuerto o en un supermercado será difícil discriminar entre quienes compraron y quienes no lo hicieron o entre quienes estaban adentro del lugar en la entrada o en los pasos previos. Por esta razón es que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo incluyendo hechos jurídicos actos unilaterales o bilaterales

Queda pues habiendo esbozado estos conceptos básicos preliminares adentrarnos en el tema objeto del presente trabajo que es la cuestión de la responsabilidad civil centrando nuestro análisis en los supuestos de responsabilidad que se originen entre el organizador del espectáculo respecto de los espectadores como el supuesto de la menor Marta Atenas Philides Villarreal y de los deportistas es totalmente contrario a lo decidido en la sentencia antes reseñada muestra esto una urgente necesidad de dotar en cuanto al tema criterios objetivos que garanticen que tales decisiones injustas no continúen en nuestra derecho

15 Responsabilidad civil del organizador por daños sufridos por el público asistente

Actualmente no existen leyes que regulan la responsabilidad civil y que contribuyan al juzgamiento de los hechos danosos que se producen en ocasion de los espectaculos publicos deportivos por lo que aun se aplican las reglas generales contenidas en nuestro codigo a partir de los articulos 1644 y siguientes no ocurre como en argentina en la que la Ley 23184 promulgada el 21/6/1985 disponia que este se aplicara a los hechos previstos en el cuando se cometan con motivo o en ocasion de un espectaculo deportivo en estadios de concurrencia publica o inmediatamente antes o despues de el A su vez respecto a la responsabilidad civil se prescribe en dicha norma que las entidades o asociaciones participantes de un espectaculo deportivo son solidariamente responsables civiles de los danos sufridos por los espectadores de los mismos en los estadios y durante su desarrollo si no ha mediado culpa por parte del damnificado

Actualmente en Argentina esta vigente la Ley 24192 promulgada el 23/03/93 (modificatoria de su antecesora Ley 23184) la cual dispone en el art 1 del Capitulo I (Regimen Penal) texto segun Ley 26358 art 1 que lo alli normado se aplicara a los hechos previstos en el cuando se cometan

con motivo o en ocasion de un espectaculo deportivo sea en el ambito de concurrencia publica en que se realizare o en sus inmediaciones antes durante o despues de el como asi tambien durante los traslados de las parcialidades tanto sea hacia o desde el estadio deportivo donde el mismo se desarrolle

Asimismo el Capitulo VI de dicha norma referido escuetamente a la responsabilidad civil dispone en su art 51 que Las entidades o asociaciones participantes de un espectaculo deportivo son solidariamente responsables de los danos y perjuicios que se generen en los estadios

De la confrontacion de ambos textos legales podemos advertir algunas diferencias significativas 1) La Ley 23184 hacia referencia a los danos sufridos por los espectadores la Ley 24192 amplia dicho concepto extendiendo la responsabilidad de las entidades o asociaciones participantes del espectaculo deportivo a todos los danos generados en el estadio 2) La Ley 23184 hacia mencion a los danos que sufrieran los espectadores (art 33) restringiendo aparentemente la responsabilidad civil de las entidades o asociaciones participantes solamente a los perjuicios sufridos por aquellos la Ley 24192 en cambio ninguna restriccion efectua al respecto y 3) La Ley 23184 establecia en su art 33 que dicha responsabilidad se configuraba si los espectadores hubieran sufrido los danos en los estadios durante el

desarrollo del espectáculo mientras que el art 51 de la Ley 24192 ninguna restricción temporal efectúa al respecto por lo cual cabe interpretar que la responsabilidad puede extenderse a los daños generados en ocasión de dicho espectáculo tanto antes o después del desarrollo del mismo

Sin embargo a pesar de esta preceptiva especial (arts 1 y 33 ley 23184 y arts 1 51 y cinco ley 24192) compartimos lo expuesto por una prestigiosa doctrina en cuanto a que la responsabilidad civil por daños causados con motivo de la celebración de espectáculos deportivos en estadios de concurrencia masiva se sigue fundamentado indistintamente según el caso concreto en las normas generales del Código Civil (arts 512 1109 1113 parr 2º parte 2ª y 1198) así como también en la Ley de Defensa del Consumidor (arts 5 6 40 y cinco Ley 24240 y modificatorias) [BORAGINA y MEZA (2008 992)] con el bagaje protectorio que se desprende de los arts 42 y 43 de la Constitución Nacional [FALCO (2005 638)]

Es importante destacar a los fines de precisar conceptos que la Ley 24192 (rubrica según ley 26358) expresa en el art 45 del Capítulo III (Disposiciones Procesales) que a los efectos de la presente ley se considera

- a) Concurrente el que se dirigiese al lugar de realizacion del espectaculo deportivo el que permaneciese dentro de aquel y el que lo abandonara retirandose
- b) Organizador los miembros de comisiones directivas dirigentes empleados o dependientes de las entidades participantes o que organicen los espectaculos deportivos sean oficiales o privados
- c) Protagonista los deportistas tecnicos arbitros y todos aquellos cuya participacion es necesaria para la realizacion del espectaculo deportivo de que se trata

Por lo tanto encontrandose los deportistas comprendidos dentro del concepto de protagonista y siendo por ende alcanzados por lo dispuesto en la Ley 24192 los organizadores tambien deberan responder por los danos que estos sufran siempre que ellos sean generados en los estadios (cfr art 51)

Ello claro esta sin perjuicio de los distintos matices que puedan existir en cada caso segun el tipo de relacion juridica que vincule al deportista con la institucion organizadora (Vg contrato de trabajo deportivo que harian aplicable al caso ademas normas propias del Derecho del Trabajo)

Esto así puesto que no en toda locacion de servicios el locatario o empresario asume el deber de garantizar la integridad física del locador ya que en las competencias deportivas existen posibilidades de que los participantes puedan sufrir daños (Brebbia 1962 p 53) en razón de ello de no haberse garantizado la indemnidad del deportista el organizador o empresario solo responderá si se demuestra que no ha adoptado todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad del participante y que el daño sufrido por el participante ha sido por una contingencia extraña al evento (Vg proyectil arrojado desde una tribuna) El fundamento de esta responsabilidad del organizador pasaremos a analizarla seguidamente

La obligación de seguridad a cargo del organizador del espectáculo deportivo pues bien ingresando en el terreno de la responsabilidad civil del organizador del espectáculo público deportivo por los daños sufridos por los espectadores que asisten a él es indudable que en virtud del vínculo obligacional existente entre el asistente y el organizador del evento la reparación de los daños derivados del incumplimiento de dicha relación convencional deberá debatirse en el ámbito de la responsabilidad contractual

En razón de ello además de la prestación principal –que consiste en brindar el espectáculo y posibilitar al espectador que ha abonado su entrada

disfrutar de el pesa tambien sobre el organizador una obligacion tacita de seguridad por medio de la cual se compromete a velar por la integridad fisica del espectador que concurre al evento

Dicha obligacion del organizador empresario de proporcionar seguridad encuentra tambien apoyo en la teoria del riesgo y del aprovechamiento economico dada la potencialidad generadora de danos que implica la organizacion de un espectaculo deportivo resultando equitativo que quien con sus actividades crea riesgos asuma la responsabilidad por danos que ellos generan maxime si se beneficia economicamente con tales actividades (Gheris 1994 p 11)

Esto tambien lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nacion cuando en el fallo Mosca antes mencionado –y que luego analizaremos ha determinado que todo organizador de un espectaculo deportivo tiene una obligacion de seguridad respecto de los asistentes con fundamento general en el art 1198 delCodigo Civil y en especial en la Ley 23 184

Ese deber de seguridad es expresivo de la idea de que quienes asisten a un espectaculo lo hacen en la confianza de que el organizador ha

dispuesto las medidas necesarias para cuidar de ellos (Considerando 7 del voto de la mayoría –parrafo 9)

Con criterio general debemos recordar que la obligacion de seguridad constituye la manifestacion del factor objetivo garantia en el ambito de la responsabilidad contractual Ella fundada en la buena fe contractual –a la que seguidamente nos referiremos impone al deudor de una obligacion el deber de velar por la indemnidad del acreedor respecto de los danos que puedan sufrir los bienes de este o su persona durante la ejecucion del contrato La importancia de la obligacion de seguridad reside generalmente en que pone a resguardo intereses distintos al de la realizacion de la prestacion principal convenida

Durante muchos anos la doctrina tradicional sostuvo que el factor de atribucion en materia contractual podia ser solamente de caracter subjetivo en razon de la culpa o el dolo del autor del dano no era posible pues concebir en este ambito de responsabilidad la posibilidad de que imperaran factores de atribucion objetivos puesto que ellos estaban reservados al ambito aquiliano Sin embargo a partir de la decada del 80 del siglo pasado han surgido nuevas corrientes de opinion en nuestro pais a partir de las ensenanzas del profesor Bueres –luego continuadas por otros autores nacionales de la talla de Pizarro Vallespinos Vazquez Ferreyra MAYO

Lorenzetti Agoglia Meza Boragina entre otros quien siguiendo los senderos de la moderna doctrina italiana (iniciada por el pensamiento de Mengoni 1954) hacia mediados del siglo pasado) y tambien por la espanola (destacandose en esta ultima la obra del profesor sevillano Jordano Fraga (1987) nos ha advertido que existen determinados supuestos de responsabilidad contractual en los cuales la misma se objetiva prescindiendo de los clasicos factores subjetivos de imputacion

Dentro de esta problematica entendemos se encuentra inserta la llamada obligacion de seguridad imperante en el ambito de las obligaciones convencionales

A lo largo de los anos la interpretacion de las obligaciones contractuales ha estado siempre guiada y lo seguira estando por un principio rector que impera en el ambito de lo convencional que es el de buena fe verdadera piedra angular de la doctrina general de los contratos (Spota 2005) aunque estimamos que tambien lo es la autonomia privada cuya raiz normativa la encontramos en el art 1198 de nuestroCodigo Civil

Es precisamente esta la razon por la cual el deudor de la obligacion se halla compelido no solo al cumplimiento de todas aquellas prestaciones expresamente asumidas contractualmente sino tambien a observar todos los

deberes de conducta que se derivan de la relacion convencional aun cuando no se encuentren formulados en forma expresa asi lo admite la doctrina mas autorizada al efecto

Mediante la buena fe se atempera el rigor formalista de los terminos literales del contrato al ser este sometido a los principios de justicia y equidad. Observese que la redaccion originaria de la norma citada establecia ya que los contratos obligan no solo a lo que este formalmente expresado en ellos sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellos pero claro esta la falta de consagracion expresa en el texto normativo del principio de buena fe como si lo establecia el art 1134 del Code frances provoco que el mismo no fuera considerado seriamente por quienes sostenian un pensamiento netamente positivista quedando el mismo relegado y convirtiendose practicamente en intrascendente. Tal omision quedo ampliamente subsanada por la actual redaccion del art 1198 CC (conf ref ley 17711) en donde se ha consagrado expresamente en el texto la buena fe convirtiendola de tal modo en la base esencial de todo el sistema contractual

Esta nueva redaccion provoca la necesidad que la buena fe se halle presente en todas las etapas del ambito convencional ya sea en la formacion del contrato (Vg deberes de informacion) en el momento de la

celebración del mismo (Vg equilibrio de las prestaciones) y fundamentalmente en la de cumplimiento (Agoglia 1993)

De ello se deriva que la buena fe determina no solo el deber del deudor de satisfacer íntegramente el interés primario del acreedor sino también el deber de evitar la ocurrencia de daños en la persona o bienes de este último así como la justicia contractual exige que el contrato no destruya el equilibrio existente anteriormente entre los patrimonios no puede admitirse bajo ningún punto de vista que la propia ejecución de la prestación principal sea fuente de perjuicios

Es en este marco en donde cobra vigencia como un deber tácito que asumen los contratantes la llamada obligación de seguridad que ha sido definida por como aquella en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a devolver al otro contratante ya sea en su persona o sus bienes sanos y salvos a la expiración del contrato (Mazeaud y Tunc 1961 p 104) definición que ha sido ampliada acertadamente por Vázquez Ferreyra (2005) quien ha agregado a ella pudiendo ser asumida tal obligación en forma expresa por las partes impuesta por la ley o bien surgir tácitamente del contenido del contrato a través de su interpretación en base al principio de buena fe (p 105)

Si bien no hay unanimidad de criterios en cuanto al origen de la obligación de seguridad mientras algunos autores (Mayo 1984) lo localizan en la ley francesa de accidentes de trabajo de fines del siglo XIX la gran mayoría doctrinaria es conteste en afirmar que el mismo se halla en el fallo de la Corte de Casacion francesa dictado en los autos Zbidi Hamida c/Compania General Trasatlantica del 21/11/1911 en donde se resolvió que el cumplimiento del contrato de transporte implica en efecto para el transportista la obligación de conducir al pasajero sano y salvo a destino (Mazeaud 1960 p 48)

Esta resolución de la Corte francesa sirvió de disparador para que se lograra la ampliación del ámbito de aplicación de la obligación de seguridad a todos los tipos de contratos (y no ya solo al de transporte) (Starck 1986) tal como lo ha venido sosteniendo una proficua y constante doctrina y jurisprudencia destacándose los siguientes los juegos de feria o parque de diversiones el contrato de enseñanza o practica de un deporte el contrato de hospedaje el de compraventa el de espectaculos publicos algunos supuestos de contratos de asistencia medica etcetera

La obligación de seguridad se presenta de tal modo como un deber de garantía que se manifiesta en la protección de la persona del acreedor (nosotros agregamos que también respecto de los bienes de este)

constituyendo de tal modo un deber de proteccion integrando esa categoria que se denomina como deberes accesorios que acompanan al cumplimiento

Sucintamente algunas de las características principales de esta obligacion de seguridad son las siguientes a) Tacita tal como lo hemos destacado anteriormente aun cuando ella no sea expresamente convenida por las partes su existencia resulta indiscutible al ser inferida del acuerdo negocial en base al principio de la buena fe (Bueres 1979) Ello no descarta que en algunas ocasiones las partes puedan pactarla expresamente en el acuerdo convencional b) Autonoma y de caracter secundario respecto de la obligacion principal algunos autores han insistido en manifestar que la obligacion de seguridad reviste el caracter de accesoriedad ya que presupone la existencia de otra obligacion principal a cuya suerte esta ligada Por nuestra parte preferimos hablar de su autonomia y no de su accesoriedad de la obligacion principal puesto que ello puede llevar a la confusion de creer que extinguida la obligacion principal identica suerte corra la accesoriedad ello no ocurre con la obligacion de seguridad que continuara pesando sobre la cabeza del deudor aun cuando este haya cumplido con la obligacion principal convenida Resulta inaceptable pensar que el hecho de que el transportista logre llevar a destino al pasajero (obligacion principal) lo exima de cumplir con el deber de seguridad de transportarlo sano y salvo (obligacion accesoriedad) por extinguirse esta ultima

ante el cumplimiento de aquella. Por el contrario, la finalidad del instituto intenta evitar que ello ocurra, por lo cual creemos importante, aun cuando respetamos la opinión de la calificada doctrina que sostiene lo contrario, que es conveniente evitar caracterizar como accesoria a la obligación de seguridad.

No podemos soslayar, sin embargo, que existen contratos en los cuales la obligación de seguridad reviste el carácter de obligación principal – y no secundaria – como suele ocurrir en los siguientes casos: en los contratos de locación, respecto de la obligación que asume el locatario de conservar la cosa para restituirla a su dueño; en el contrato de depósito; en el comodato; entre otros. c) De naturaleza contractual, aun cuando existan algunos supuestos de origen legal, ninguna duda nos asiste que la fuente de esta obligación de seguridad es el contrato celebrado entre las partes, por lo cual su incumplimiento configurará un supuesto de responsabilidad contractual. El incumplimiento de la obligación de seguridad ¿responsabilidad subjetiva o responsabilidad objetiva?

Hemos advertido que la obligación de seguridad solo puede tener origen en el ámbito contractual, en donde siempre ha reinado la responsabilidad subjetiva, sobre todo en razón del principio que imperaba en

cuanto a que la culpabilidad era el unico y exclusivo fundamento posible de la obligacion de responder

Sin embargo en nuestro pais y a partir del pensamiento del profesor Bueres quien ha puesto de manifiesto lo sostenido desde principio de siglo por prestigiosos autores italianos y espanoles comenzo a tener preponderancia la idea que en ciertos casos el factor de imputacion de responsabilidad en el ambito contractual pasa a ser objetivo (descartandose en consecuencia cualquier idea de culpabilidad) cuestion que hasta ese entonces estaba reservada para el ambito aquiliano mas no para las obligaciones convencionales (Bueres 1997)

De tal modo resulta deseable como verdad absoluta que la mera imposibilidad subjetiva sea suficiente para exonerar de responsabilidad al deudor ya que de admitirse tal postulado cualquier deudor que probara la ausencia de culpa no responderia por el incumplimiento por no resultarle este imputable tal como lo sostenian autores de la talla de BARASI TUNC y WINDSCHEID en el derecho comparado

Asi se plantea un dilema de hierro si la culpa fuera el unico fundamento de la responsabilidad el deudor podria liberarse siempre probando la ausencia de culpa y el limite de su responsabilidad llegaria

exclusivamente hasta la diligencia media bastando la mera dificultad (configurativa de la imposibilidad subjetiva) para exonerarlo porque una diligencia mayor a la media sobrepasaria el limite de la culpa (Gamarra 1999)

Ahora bien la determinacion del caracter subjetivo u objetivo de la responsabilidad contractual reside en la distincion entre obligaciones de medios y de resultado Ello asi puesto que el contenido de la obligacion de seguridad variara segun el contrato de que se trate ya que –segun como lo sostiene una doctrina mayoritaria el deudor de seguridad puede verse obligado tan solo a realizar lo que mandan la prudencia y la diligencia o bien a obtener un resultado determinado (como ocurre en el caso del contrato de transporte o de espectaculo) en este ultimo caso bastara al acreedor demostrar que la prestacion de seguridad ha sido incumplida y que el deudor es contractualmente responsable del dano sufrido incumbiendo a este acreditar –por el contrario que el dano se ha producido por la causa ajena al ambito contractual

En razon de ello resultara menester efectuar previamente al juicio de reproche un analisis del tipo de obligacion –de medios o de resultado que representa la seguridad prometida

En palabras de Bueres (1997) si se prueba la exigibilidad del deber no cabe al deudor la posibilidad de demostrar su ausencia de culpa y por ende la responsabilidad sera objetiva pues solo interesa la conducta eficaz con prescindencia de que el sujeto haya obrado con culpa o sin ella en tal caso si la obligacion es de resultado el factor de atribucion idoneo para fundar la responsabilidad objetiva esta dado por un deber calificado de seguridad o tutela especial del credito como dicho jurista suele mencionar En consecuencia la importancia de la distincion en obligaciones de medios y de resultado radicara pues en que en las primeras el factor de atribucion sera subjetivo mientras que los factores de imputacion objetivos imperaran en las obligaciones de resultado en donde la culpa o no culpa del deudor queda fuera de cuestion

Estimamos que se debera demostrar entonces a fin de determinar finalmente si estamos en presencia de una responsabilidad subjetiva u objetiva si la obligacion de seguridad comprometida puede ser en ciertos casos de medios o si por el contrario sera siempre de resultado Por nuestra parte solo ante determinados supuestos de danos ocasionados por infecciones hospitalarias descartamos toda posibilidad de que la obligacion de seguridad pueda ser de medios ya que tratandose de una garantia de indemnidad cualquier dano adicional que se le irroque al acopien genera contra el deudor una presuncion de adecuacion causal desvirtuarle

unicamente mediante la demostracion de las eximentes propias de todo sistema objetivo es decir la culpa de la victima el hecho de un tercero por quien no se deba responder o el caso generico de los arts 513 y 514 Codigo Civil argentino

La obligacion de seguridad asumida por el organizador del espectaculo publico deportivo frente al espectador En razon de lo hasta aqui expuesto y de lo que ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nacion en el fallo Mosca (como surge de los considerandos que hemos transcrito) el organizador de un espectaculo deportivo asume frente al espectador una obligacion de seguridad de resultado que encuentra sustento normativo expreso en las leyes 23184 y 24192 cuyo incumplimiento genera responsabilidad objetiva

Se trata sin embargo de una responsabilidad objetiva agravada en cuanto reconoce unicamente como eximente el hecho de la propia victima quedando descartados como medios idoneos para fracturar el nexo de causalidad el caso fortuito y el hecho de un tercero Ademàs el maximo Tribunal ha sido claro en cuanto a que dicha responsabilidad no se limita unicamente a los danos ocurridos en el interior del estadio en donde se desarrolla el espectaculo sino que se extiende a sus adyacencias

Por su parte señala Boragina (2007) que comparte lo expuesto por una prestigiosa doctrina en cuanto afirma que esta normativa especial aplicable a los espectáculos deportivos no ha derogado el régimen general previsto en el art 1198 CCA y por ende en razón de esta norma también puede extenderse la legitimación activa al damnificado no espectador (por ejemplo en aquellos supuestos en que resulte dañado un protagonista del espectáculo –no necesariamente deportista que con su presencia colabora a que este se pueda llevar a cabo como puede ser verbigracia el caso de niños alcanza pelotas vendedores ambulantes etcetera)

Sin perjuicio de que su análisis excede el marco del presente trabajo no podemos dejar de mencionar que ante supuestos de daños ocurridos en las inmediaciones del estadio hacia damnificados no espectadores la responsabilidad del organizador será de tipo extracontractual o aquiliana con fundamento en el riesgo creado por la organización del espectáculo (art 1113 CC) y no en la obligación de seguridad dado que esta última es aplicable únicamente al ámbito convencional. De todos modos lo que queda claro es que en cualquier caso nos encontraremos ante supuestos de responsabilidad objetiva por parte del organizador del espectáculo con fundamento en la garantía –obligación de seguridad en el ámbito contractual y en el riesgo creado –riesgo de empresa beneficio o provecho en el ámbito extracontractual

d) La responsabilidad de las entidades de segundo orden. El caso particular de la Asociación del Fútbol Argentino (AFA)

Mucho se ha debatido en nuestra doctrina y también en la jurisprudencia sobre si la responsabilidad que nace de los daños sufridos por los concurrentes a espectáculos deportivos debe extenderse también hacia aquellas entidades de segundo orden que no son las que organizan efectivamente el espectáculo deportivo como resulta ser en el caso del fútbol el de la Asociación del Fútbol Argentino

Mencionaremos a continuación algunas corrientes de opinión. Para un cierto sector de la jurisprudencia argentina ya superada por cierto como veremos posteriormente al no revestir la Asociación del Fútbol Argentino el rol de participante organizador ni deportivo del evento no podía caberle responsabilidad civil alguna por los daños que sufrieran los concurrentes a los espectáculos deportivos

Otra corriente jurisprudencial en cambio estimaba que solo podría llegar a configurarse en ciertos casos una responsabilidad extracontractual de estas entidades pero únicamente con fundamento en la culpa (arts 512 y 1109 CC) se trataría pues de una responsabilidad subjetiva y no objetiva en

aquellos supuestos en los cuales pudiera acreditarse que hubieren incurrido en omisión en el cumplimiento de las obligaciones reglamentarias y estatutarias

Otros tribunales entendían en cambio que debía la Asociación del Fútbol Argentino responder extracontractualmente frente a las víctimas en un ámbito de responsabilidad objetiva con fundamento en el riesgo creado (cfr art 1113 CC 2 parr 2da parte) en razón de su poder de control y por participar de las utilidades

Sin embargo se afirmaba que no existe relación contractual alguna entre el espectador y la entidad que participa pero no interviene en la organización lo cual justifica que el deber de responder de la AFA se sitúe en el ámbito aquiliano. No obstante en estos casos se trataría de una hipótesis de responsabilidad objetiva común (no agravada) [Ibidem] que posibilita a la entidad de segundo orden eximirse acreditando tanto el hecho de la víctima (art 1111 CC) como el de cualquier tercero ajeno (art 1113 2do párrafo 2da parte CC)

Una última corriente de opinión más moderna –sostenida entre otros por prestigiosos autores como Kemelmajer De Carlucci Trigo Represas Boragina Meza estima que a las entidades de segundo orden cabe

encuadrarlas en un marco de responsabilidad contractual objetiva agravada tal como el que impone el art 51 de ley 24192 al que nos hemos referido precedentemente toda vez que al lucrar con la organizacion del espectaculo obtienen beneficios economicos lo cual torna procedente que deban responder por los eventuales danos que se originen en ocasion del evento Para ello se efectua una interpretacion textual del art 51 de la Ley 24192 en cuanto menciona como responsables a las entidades participantes del espectaculo sin distinguir entre las que organizan efectivamente o no del evento

La Asociacion del Futbol Argentino de tal modo se erige en un participante del espectaculo deportivo en el cual se genero el dano tanto desde el punto de vista economico como organizativo Esta es la doctrina que tambien se desprende del fallo Mosca de la Corte Suprema de Justicia de la Nacion al cual nos referiremos seguidamente

No obstante estas posturas doctrinarias y jurisprudenciales no podemos soslayar que la cuestion se ha aclarado decididamente luego del fallo Mosca de la Corte Suprema de Justicia de la Nacion del 06/03/07 que ha marcado el rumbo del sendero doctrinario a aplicar en esta cuestion Tambien dicho decisorio del maximo Tribunal ha cambiado radicalmente la postura originaria que habia adoptado la Corte Suprema de Justicia nacional

en el fallo Zacarias para casos como estos por lo cual analizaremos brevemente ambas sentencias

El caso Zacarias La ausencia de responsabilidad de la Asociacion del Futbol Argentino Este fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nacion⁴¹ ha sido el primero de importancia dictado por el maximo Tribunal en donde se debatio si cabia responsabilidad alguna a la Asociacion del Futbol Argentino (AFA) por un dano sufrido por una persona (en el caso un futbolista) en ocasion de la realizacion de un espectaculo deportivo

En este caso fueron demandados la Provincia de Cordoba a Asociacion del Futbol Argentino (AFA) y el Club Instituto Atletico Central Cordoba habiendo condenado la Corte Suprema unicamente al club y rechazado la demanda contra las dos primeras

Los hechos mas relevantes del caso segun consta en los considerandos del fallo son los siguientes Claudio H Zacarias –jugador de San Lorenzo de Almagro sufrio serias lesiones cuando se encontraba en el vestuario correspondiente al equipo visitante en el estadio del Club Atletico Instituto Central Cordoba El elemento agresor consistio en una bomba de estruendo colocada por simpatizantes del club local en una dependencia en desuso destinada antiguamente a las boleterias de venta de billetes de

ingreso al estadio. Dos personas que tenían libre acceso a las instalaciones del club los días de partido ingresaron por la puerta interna en desuso que comunica el sector de las boleterías no habilitadas [] portando uno de ellos una bomba de estruendo [] la cual colocaron con el propósito de intimidar por lo imprevisto y ruidoso de la explosión a los jugadores del equipo visitante antes de comenzar el partido en la mesa de las boleterías que dan justo frente a los ventanales de vidrio fijo del vestuario correspondiente a la visita haciendo pasar la mecha de la bomba por la ventanilla tercera de la primera sección de la boletería hacia la calle y minutos antes del comienzo del partido una de ellas desde el exterior (calle) del estadio encendió la mecha de la bomba que horas antes había colocado la que detonó provocando los efectos nocivos conocidos

Las lesiones fueron causadas por esquirlas de vidrio de una ventana del vestuario carente de protección siendo que el reglamento (de la A F A) prescribe que las aberturas al exterior o a lugares accesibles al público deberán estar provistas de rejas y vidrios armados y que el vidrio que causó las lesiones [] era el único que carecía de reja protectora y del armado con alambre exigidos por el reglamento general pues los restantes —mas allá de algunas rajaduras— soportaron los efectos de la explosión de la bomba colocada por los simpatizantes del club local

Surge del considerando 17 que los danos sufridos por Zacarias consistieron en marcada atrofia del grupo muscular correspondiente al brazo triceps y biceps (del miembro superior izquierdo) asi como hipotrofia de los grupos musculares anterior externo y posterior del antebrazo fenomeno que se presenta en el musculo trapecio y dorsal ancho y sensible atrofia en los musculos de la mano en general

Como consecuencia de ello se produjo una disminucion de la capacidad deportiva del jugador por causa de la perdida de la fuerza y movilidad del miembro superior que dificulta determinadas jugadas inhibe las caidas o choques corporales no solo por las limitaciones del brazo izquierdo sino por las condiciones de su mano incapacidad que se extiende a la realizacion de las actividades de la vida cotidiana por la perdida de movilidad del hombro las dificultades de la mano en garra que han disminuido la accion en pinza y eliminado los movimientos finos

La Corte en el caso tuvo por acreditada la ausencia de medidas de control apropiadas no solo el mismo dia del partido sino tambien los previos al encuentro lo que guarda relacion adecuada de causalidad con el dano sufrido por Zacarias pues los autores del delito de lesiones culposas eran integrantes de la barra brava del club y en esa condicion tenian libre acceso a sus instalaciones en los dias de partido agregando en el

considerando 13 que las relaciones reseñadas de complacencia hacia los integrantes de la hinchada revelan una manifiesta negligencia en el cumplimiento de las medidas de seguridad

Ello agrega el fallo pone de manifiesto la insuficiencia de las medidas que debió tomar (el Club) para asegurar de la mejor manera posible habida cuenta de los riesgos particulares del espectáculo ofrecido la seguridad de los participante y de los espectadores y la manifiesta negligencia en el cumplimiento de los controles de la seguridad que es impuesto a los organizadores de acontecimientos deportivos

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (con la disidencia del Dr Nazareno) si bien condeno al Club Instituto Atletico Central Cordoba fundamento el rechazo de la demanda contra la Asociacion del Futbol Argentino de modo muy sintetico al expresar que el art 33 de ley 23 184 al fijar el regimen de responsabilidad civil se refiere a las entidades o asociaciones participantes de un espectáculo deportivo condicion que no cabe adjudicar a la Asociacion del Futbol Argentino la que no organiza ni participa del espectáculo ni ejerce control directo sobre los espectadores y en ese sentido los fines de la institucion y sus atribuciones en materia de superintendencia como organo rector del deporte en particular en lo que hace a las condiciones exigidas a los estadios de los clubes afiliados parecen

perifericos sobre el punto y no permiten una conclusion asertiva acerca de la responsabilidad que se le pretende endilgar

Como podemos apreciar pues este fallo sento un precedente para la epoca toda vez que concluyo que al no revestir la Asociacion del Futbol Argentino el rol de participante organizador ni deportivo del evento no podia caberle responsabilidad civil alguna por los danos que sufrieran los concurrentes a los espectaculos deportivos

El caso Mosca el cambio de rumbo en torno a la responsabilidad de la Asociacion del Futbol Argentino Este nuevo fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nacion sobre el tema que nos ocupa 42 ha cambiado completamente la tendencia jurisprudencial en torno a la responsabilidad que cabe atribuir a la Asociacion del Futbol Argentino (AFA) por los danos sufridos por una persona en ocasion un espectaculo deportivo

Lo sustancial del presente caso puede resumirse en los siguientes parrafos

El 30 de noviembre de 1996 el Sr Hugo A Mosca –chofer de una remisa condujo a un grupo de periodistas y fotografos hasta la cancha del Club Atletico Lanus donde se llevo a cabo un encuentro de futbol entre el equipo local y el equipo del Club Atletico Independiente

El Sr Mosca no ingreso al estadio ya que no asistio al evento como espectador sino que permanecio en las inmediaciones a la espera de que finalizara el encuentro para poder conducir de regreso nuevamente a ese grupo de periodistas. Cuando faltaban pocos minutos para la finalizacion el encuentro un grupo de simpatizantes de Lanus se introdujo en el sector de plateas bajas y comenzo a destrozlar parte del piso sillas y mamposteria arrojandolos al campo de juego y a otros sectores de la cancha. El Sr Mosca que se encontraba en la via publica fue alcanzado por un elemento contundente en el rostro a la altura del ojo izquierdo por lo que tuvo que ser hospitalizado. No fue posible identificar a una persona o a un grupo de ellas que hubiera arrojado las piedras que danaron al actor.

Pues bien en el presente caso la Corte Suprema se aparta de los precedentes y decide condenar al club —con los mismos argumentos que antes analizamos del incumplimiento del deber de seguridad pero tambien a la Asociacion del Futbol Argentino con solidos fundamentos que se exponen en el considerando 9 del fallo que reza La A F A es una entidad muy especial con un importantisimo grado de intervencion en lo que hacen los clubes asociados que como se dijo alcanza a la fijacion de fechas horarios contratos de transmision televisiva y muchos otros aspectos ademas de obtener una ganancia directa derivada de dichos eventos todo lo cual permite calificarla como partcipe. Ella organiza y diagrama —segun sus

normativas en vigencia— el fixture y establece los días y horarios para los encuentros futbolísticos de primera división y su condición de organizadora surge de su propio reglamento en cuanto le corresponde organizar y hacer disputar el torneo de primera división como así también la programación de los partidos. También tiene facultades de contralor en cuanto establece las condiciones que deben reunir los estadios su control de ventas de entradas por representantes designación de árbitros verificación de medidas de seguridad etc y las consiguientes potestades disciplinarias. En cuanto a su calidad de beneficiaria si bien se trata de una asociación civil sin fines de lucro lo cierto es que obtiene un provecho económico del espectáculo al percibir un porcentaje sobre la recaudación bruta de los partidos oficiales de torneos organizados por la A F A como así también sobre el producido de la televisación de esos encuentros () La A F A tiene el deber de preocuparse en grado extremo por la seguridad de las personas que asisten al espectáculo del fútbol. Los numerosos acontecimientos de violencia los daños sufridos por las personas la zozobra por la inseguridad y la conmoción social que existe por estos sucesos no puede pasar desapercibida para un dirigente razonable y prudente. Por esta razón no es excesivo señalar que deberían haber destinado una parte de sus medios organizativos para prevenir y resolver situaciones como la que originó la presente demanda.

De tal modo se aprecia que la Asociación del Fútbol Argentino es también encuadrada por el máximo Tribunal en el concepto de organizador del espectáculo deportivo y tiene a su cargo por ende un deber de seguridad [ALTERINI (2013 360)] con fundamento basal en el art 42 de la Constitución Nacional en tanto y en cuanto que la vinculación existente entre el concurrente a un espectáculo deportivo y su organizador se encuentra comprendida en una relación de consumo

Por ende compartimos la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y lo sostenido por prestigiosa doctrina en cuando sostiene que en la relación de consumo no interesa que nos hallemos frente a una obligación jurídica preestablecida —responsabilidad contractual (art 505 512 519 520 522 del CC)— o ante la de reparar el daño producto de la violación del deber jurídico de no danar —responsabilidad extracontractual (art 1109 1113 del CC)— aquí al consumidor usuario o víctima habremos de considerarlo comprendido en tal relación respecto de hechos que acontecidos bajo la órbita de custodia y gobierno del empresario se convierten en riesgosos para este y debe dispensarsele la cobertura asegurativa porque acontece el acto de consumo como hecho jurídico quienes concurren a un espectáculo deportivo tienen una confianza fundada en que el organizador se ha ocupado razonablemente de su seguridad () Ello es así porque la prestación de servicios masivos presenta un grado de complejidad y

anonimato que resultan abrumadores para los ciudadanos que los reciben. El funcionamiento regular de la actividad, el respaldo que brinda la asociación es lo que genera una apariencia jurídica que simplifica su funcionamiento y lo hacen posible (Alterini 2013 p 360)

En definitiva, como emana del decisorio del máximo Tribunal, ese deber de seguridad –que deriva, reitero, del art. 42 CN– no solo es invocable por el espectador que abona su entrada para presenciar el espectáculo, sino también por todos aquellos que acuden a él (Alterini 2013)

Como conclusión de lo que hemos analizado en el presente, aparte podemos determinar que el organizador de un espectáculo deportivo asume frente al espectador una obligación de seguridad de resultado, cuyo incumplimiento genera responsabilidad objetiva.

Dicha normativa especial aplicable a los espectáculos deportivos en ciertos países como Argentina, son regímenes paralelos que no han derogado el régimen general de responsabilidad civil fundado y por ende, en razón de esta norma, también puede extenderse la legitimación activa al damnificado protagonista, aunque no espectador.

Encontrándose los deportistas comprendidos dentro del concepto de protagonista y siendo por ende alcanzados por lo dispuesto en la Ley 24192 los organizadores también deberán responder por los daños que estos sufran siempre que ellos sean generados en los estadios (cfr art 51) No obstante deberá estarse a los distintos matices que puedan existir en cada caso según el tipo de relación jurídica que vincule al deportista con la institución organizadora (Vg contrato de trabajo deportivo que harían aplicable al caso además normas propias del Derecho del Trabajo)

Ante supuestos de daños ocurridos en las inmediaciones del estadio hacia damnificados no espectadores la responsabilidad del organizador será de tipo extracontractual o aquiliana con fundamento en el riesgo creado por la organización del espectáculo (art 1113 CC) y no en la obligación de seguridad dado que esta última es aplicable únicamente al ámbito convencional

16 Descripción y análisis del caso de AES PANAMA Inundaciones en Bayano

La sociedad AES PANAMÁ S A titular del contrato de concesión para la generación de energía hidroeléctrica mediante la explotación y aprovechamiento hidroeléctrico del Río Bayano denominado Hidroeléctrica

Ascanio Villalaz ubicado en el Lago Bayano Corregimiento del Llano Distrito de Chepo Provincia de Panama

Dicho contrato de concesion otorga a AES PANAMA S A la generacion de energia hidroelectrica mediante la explotacion de la hidroelectrica ubicada en el Rio Bayano corregimiento del Llano Distrito de Chepo mismo que establece entre sus clausulas ciertas obligaciones de seguridad como Cumplir con las normas de Seguridad Operacional contenidas en el Anexo C Conservar la naturaleza destino y afectacion del Complejo Hidroelectrico Tomar medidas pertinentes para no ocasionar danos y perjuicios a las personas naturales o juridicas bienes muebles e inmuebles de estas que se encuentren aledanas al Complejo Hidroelectrico Actuar con diligencia de un buen padre de familia en la conservacion de la integridad fisica la aptitud funcional o la seguridad del complejo hidroelectrico

Es de conocimiento general en los dias 6 7 y 8 de diciembre de 2010 hubo grandes precipitaciones lo cual ocasiono que las aguas del rio Bayano subiesen su caudal a niveles inusuales Se imputa a la empresa AES PANAMA S A operadora y administradora de la central Hidroelectrica Ascanio Villalaz ubicado en el Lago Bayano no abrir las compuertas de la Hidroelectrica en los tiempos estipulados en el Protocolo aprobado de Reglas

de Operaciones de vertedero de la Central hidroeléctrica causando graves inundaciones en el sector del Llano y en toda el área de la desembocadura del Río Bayano y sus áreas aledañas ocasionando graves daños por la apertura tardía de compuertas de la represa. Que en virtud de tales hechos incluido la muerte de una persona se apertura un proceso penal por Homicidio y Delito contra la Seguridad Colectiva en contra SUJAI QUERUBE SMITH PEREZ Coordinadora del Plan de Acción Durante de Emergencias FRANCISCO POUSA DELGADO Líder de operaciones ERASTO RODOLFO ESPINO Gerente de Planta RODOLFO CABALLO BLANCO Director de Operaciones de la planta así como de JAIME TUPPER en calidad de Presidente y Gerente de la sociedad AES PANAMA S A proceso penal que se tramita en el Juzgado Penal Municipal de Chepo que concluyo con un Sentencia Absolutoria es decir no se encontro evidencias de culpa en la actuacion de la empresa AES PANAMA S A ni de sus colaboradores que mantenian el control de la Planta Generadora de Electricidad

Se acredita no obstante la relacion causal entre el atraso en la toma de decision de abrir las compuertas del embalse ante el fenomeno extraordinario natural y el aumento de los caudales aguas arriba del Río Bayano lo que puso en riesgo la seguridad ciudadana de los moradores y de empresas privadas que realizadas diferentes actividades agropecuarias comerciales y civiles

El proceso se ventilo exclusivamente valorando si la accion de AES PANAMA S A empresa responsable operadora y administradora de la central Hidroelectrica Ascanio Villalaz fue compatible con el denominado Plan de Accion Durante Emergencias (PADE) elaborado como protocolo en situaciones de emergencias existente o potencial donde se establece que la falla de las represas de la Central Hidroelectrica Bayano y/o caudales inusualmente altos que puedan representar peligro potencial a las aereas aguas abajo Segun dicho documento inmediatamente se advierta una situacion de riesgo se debe proceder a la implementacion del Plan de Accion Durante Emergencia a fin que el mismo sea util y su aplicacion tenga resultados efectivos Igualmente permite tomar acciones preventivas y notificar a tiempo a las autoridades sobre los caudales del aliviadero que van a causar inundaciones mayores

Algunos de los afectados basaron sus reclamos censurando a la empresa AES PANAMA S A haber violado el plan de Emergencia cuando el nivel de embalse lleo a al 61 00 metros sobre el nivel del mar no procediendo a llamar a las autoridades administrativas correspondientes a fin de cumplir con los diagramas de notificacion a las empresas privadas y ciudadanos del area

Como consecuencia de los danos y perjuicios ocasionados a distintas personas naturales y juridicas por las inundaciones del 7 de diciembre de 2010 y que se mantienen vigentes a octubre de 2016 la empresa AES PANAMA S A ha procedido al pago de los danos y perjuicios economicos ocasionados por dicha empresa y sus colaboradores a distintas y/o algunas personas naturales desconociendo los danos y falta de pago a nuestra mandante la empresa MUELLES BAYANO S A

En dicho proceso fueron evacuadas un sin numero de pruebas algunas de las cuales enumeramos comunicaciones del Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial por medio del cual remiten el informe Confeccionado por la Direccion de Proyectos con relacion a las viviendas y personas afectadas a consecuencias de las inundaciones ocurridas los dias 7 y subsiguientes de diciembre de 2010 en el Sector de El Llano y pueblos aledanos del Distrito de Chepo en la que informaron que dada la magnitud de las afectaciones en las areas inundadas solicitaron autorizaci6n del Ministerio de Salud Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial que tenian hasta la fecha 216 viviendas con perdidas totales y afectaciones parciales que estaban habitadas por alrededor de 877 personas

La empresa AES PANAMA aportaron los siguientes documentos La modelacion y el Estudio Hidrologico que se utilizo cuando se construyo la

represa planos construidos relacionados con la presa principal compuertas el vertedero y equipos principales asociadas Memoria Tecnica Manual Operativo y Calculos de diseno estructural Manual de Control de inundaciones Bitacora historica de los vertimientos durante la administracion operacion de AES PANAMA Plan de Contingencia Instrumental de medicion de los diferentes reportes de funcionamiento de la represa y los niveles de calibracion Sistema de seguridad y alarma de la planta de los diferentes procesos operativos si son manuales o digitalizados Se adjunto copia del Plan de Adecuacion y Manejo Ambiental de diciembre de 1999 Ademias de Las estaciones de control climatologico de la empresa y los registros respectivos para determinar si tienen graficado o registros electronicos uno que mide el caudal y otro que mide la altura lo que llueve en milímetros los cuales fueron solicitadas por los peritos que participaron en la diligencia judicial llevada a cabo el dia 9 de febrero de 2011 en las instalaciones de la Central Hidroelectrica Ascanio Villalaz

Consta en el infolio copias simples de MODELO HIDRAULICO DEL VERTEDERO de fecha septiembre 71 a julio 73 confeccionado por MONTREL ENGINEERING COMPANY LIMITED en el idioma ingles debidamente traducido al idioma espanol que dice INFORME VISITA AL MODELO HIDRAULICO DEL VERTEDOR PARA LA PRESA DEL BAYANO POR INGENIERO EDUARDO F SUAREZ T JUNIO 1973 el

cual fue elaborado para verificar la eficiencia del disipador de energía así como el rendimiento del vertedor de demás las trabajo solicitado por al Instituto de Recursos Hidráulicos De fojas 2714 a 2769 del sumario reposan copias simples de BITACORA HISTORICA DE LOS VERTIMIENTOS DURANTE LA ADMINISTRACION Y OPERACION DE AES PANAMA desglosados de la siguiente manera Copia de la Bitacora del vertimiento correspondiente a Diciembre 1999 Copia de la Bitacora del vertimiento correspondiente a Enero 2000 Copia de la Bitacora del Vertimiento correspondiente a Noviembre 2004 Copia de la Bitacora del Vertimiento correspondiente a Diciembre 2010 siendo en esta en que se detalla el nivel del embalse el nivel del Rio Canita y el vertimiento de fojas 2755 a 2762

Se observa el MANUAL DE PROYECTO HIDROELECTRICO DE BAYANO que explica con la totalidad de datos y referencias sobre el equipo instalado y complementa los manuales de instrucción de los fabricantes para guiar al Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación en la operación y manutención de la Planta Bayano

Se incorporaron también las copias simples de la Memoria de los Cálculos de Diseños del Proyecto de la Central Hidroeléctrica Ascanio Villalaz Memoria de los Cálculos de Diseño del Proyecto de la Central Hidroeléctrica Ascanio Villalaz tomo II del Instituto de Recursos Hidráulicos

y Electrificación en que se observan los cálculos del diseño de la presa
verificación de la estabilidad de la presa estabilidad del vertedero Factores
de seguridad sobre el deslizamiento o sobre la cohesión en la sección del
aliviadero presa principal aliviadero detalles aliviadero diseño desagüe de
fondo tuberías de presión y aliviadero detalles de diseño

Se constata en el ítem el Catálogo del Sensor de Nivel del
Reservatorio del Fabricante Hartman & Braun que contiene la cantidad de
13 hojas útiles la documentación de los diagramas de control alarmas y
disparo de las compuertas asociadas al SCADA contenido de 47 hojas
útiles y el listado de alarmas en el Sistema SCADA de los días 6 al 31 de
diciembre de 2010 que contiene la cantidad de 387 hojas útiles (fs 3878
4327)

A partir de la hoja 4331 hasta la hoja 4599 se observan copias del
PLAN DE ACCIÓN DURANTE EMERGENCIAS PARA LA CENTRAL
HIDROELECTRICA BAYANO en el cual constan Diagramas de flujo de
notificación propósito descripción de la central detección evacuación y
clasificación de la emergencia responsabilidades generales bajo el PADE
preparación mapas de inundación gráficos tablas láminas anexos

En la seccion de DIAGRAMAS DE FLUJO DE NOTIFICACION se explica lo siguiente La Falla es inminente o ya Ocurrio Esta condicion corresponde a situaciones en las cuales una falla o bien ya ocurrio o esta ocurriendo u obviamente esta a punto de ocurrir o cuando los caudales naturales del rio causarian una inundacion significativa aguas abajo de la presa (descargas aguas abajo mayores a 4 000 m³/s)

En otra parte se lee Se esta desarrollando una situacion de falla potencial Esta condicion corresponde a situaciones en las cuales hay indicacion que puede desarrollarse una falla pero esta puede prevenirse o mitigarse con acciones previamente planificadas o cuando los caudales naturales del rio causarian que las areas inundables se inunden aguas abajo de la presa (caudales entre 1 500 m³/s y 4 000 m³/s) Generalmente existe mas tiempo disponible bajo esta condicion para tomar acciones preventivas y lograr controlar la situacion Caudales inusualmente Altos en el Vertedero Esta condicion corresponde a situaciones donde puede o no existir amenaza aparente a la integridad de la presa pero se anticipan crecidas naturales o estas estan desarrollandose aguas arriba del sitio y por lo tanto resultaran en descargas de agua inminentes o reales hacia zonas ubicadas aguas abajo (caudales entre 1 000 m³/s y 1 500 m³/s)

De igual forma a foja 4353 del expediente reposan las Responsabilidades Generales establecidas bajo los criterios del PADE así

La falla de las presas de la Central Hidroeléctrica Bayano y/o caudales inusualmente altos podrían representar un peligro potencial a las áreas aguas abajo. Las áreas expuestas a inundación incluyen los pueblos de Canita y El Llano. Por lo tanto una vez que se identifica una condición de emergencia es esencial para el éxito del PADE que el personal responsable responda inmediatamente.

Entre las Responsabilidades del Concesionario se enuncian así

Después de la observación de una situación peligrosa en la Central Hidroeléctrica Bayano el inicio de planes de emergencia podría empezar tanto con el observador como con los representantes del sitio que conducen las labores de mantenimiento e inspección rutinarias. Los representantes en el sitio Bayano inspeccionan regularmente la presa y sus estructuras asociadas. Es su responsabilidad reconocer señales de peligros en desarrollo tales como los anotados en la Sección y tomar la iniciativa de actuar de acuerdo a la situación. Cualquier observador de una falla inminente o real está autorizado para alertar inmediatamente a gente de las cercanías.

A fojas 4376 hasta la foja 4389 del dossier constan los mapas de inundación que han sido también incorporados a la investigación. Reposa de

las fojas 4600 a la 4660 copias de los Registros de contadores para la Central Hidroelectrica Ascanio Villalaz de los meses de noviembre y diciembre de 2010

Observamos en el cuaderno penal in examine a partir de la foja 4661 hasta la 4743 informacion suministrada por la Gerencia de Hidrometeorologia de ETESA durante el periodo del 25 de noviembre al 17 de diciembre de 2010

Ademas dentro de la documentacion aportada figuran informes de Niveles registrados el 25 de Noviembre de 2010 y los aportes acumulados hasta el 24 de noviembre de 2010 para Fortuna y Bayano los correspondientes al 2 de diciembre de 2010 y los aportes acumulados hasta el 1 de diciembre de 2010 para Fortuna y Bayano los correspondientes al 9 de diciembre de 2010 y los aportes acumulados hasta el 8 de diciembre de 2010 para Fortuna y Bayano los que corresponden al 16 de diciembre de 2010 y los aportes acumulados hasta el 15 de diciembre de 2010 para Fortuna y Bayano

De la foja 4744 a la 4749 del dossier consta copia autenticada por la Biblioteca Nacional de distintos diarios de circulacion de las inundaciones

de 1966 En el infolio se encuentran incorporados la cantidad de sesenta y nueve (69) copias de planos de la Central Hidroelectrica Ascanio Villalaz

De igual forma fueron acreditados los danos y afectaciones de los residentes de las areas afectadas algunos de los cuales rindieron declaraciones juradas entre estos Eric Bernardo Aizprua Naranjo (fs 4836 4842) refirio que la cuantia de todo lo perdido incluyendo la vivienda y todo lo detallado por medio del inventario de bienes muebles afectados es de aproximadamente diecisiete mil trescientos cuarenta balboas (B/ 17 340 00)

Alicia Barahona de Perez (fs 4843 4873) apporto fotografias de antes y despues de las inundaciones en el Sector del Llano de Chepo para la fecha del 8 de diciembre del 2010 y copia simple del inventario de todos los danos ocasionados a su vivienda

Consta en el sumario de fojas 4876-4902 cincuenta y uno (51) vistas fotograficas captadas en la diligencia de Inspección Ocular en el Distrito de Chepo especificamente en la Represa ASCANIO VILLALAZ fechada 09 de febrero del 2011 y de fojas 4903 5082 se observa trescientos cincuenta (350) vistas fotograficas captadas en la diligencia de inspeccion ocular del Distrito de Chepo en el Corregimiento de El Llano y Canita los dias diez (10) y once (11) de febrero de 2011

Edilsa Raquel Cordoba de Jimenez (fs 5136 5138) manifesto que la casa de su padre se inundo y nunca antes se habia inundado indico que despues de las inundaciones regreso el 21 de diciembre cuando fueron los bomberos SINAPROC y el Ministerio de Salud cuando fueron a sacar todos los muebles porque fue perdida total y estaba llena de lodo con muy mal olor y el piso rajado el fregador quedo fracturado y las puertas de maderas se danaron

Tacfu Yau Cheuk (fs 5470 5472) serial6 ser residente de Chepo desde hace 14 arias especificamente del Sector de Puerto Coquirá donde mantiene su negocio denominado Mini Super Orillas del Bayano y su vivienda los cuales quedaron bajo el agua el dia 7 de Diciembre de 2010 por lo que aporta vistas fotograficas e informe detallado de las perdidas sufridas los cuales figuran de la foja 5477 a la 5502 del dossier in comento

Jose Manuel De Leon Quintero (fs 8448 8450) Supervisor Nacional de la Iglesia Cristiana Wesleyana Pentecostal ubicada en el Llano de Chepo rindio declaracion jurada en la que refiere que la misma sufrio danos en su estructura a raiz de los hechos investigados por un monto aproximado de ochocientos balboas (B/ 800 00) sin que a la fecha hayan recibido indemnizacion Finalmente indica que las inundaciones fueron provocadas

por las lluvias y porque en Bayano abrieron las represas y aporta copia autenticada del Documento de Traspaso del terreno en que se ubica la iglesia en mencion emitido por el Municipio de Chepo

Consta a fojas 5126 5127 Diligencia de inspeccion Ocular calendada 2 de marzo de 2011 realizada en la Seccion de Informatica Forense donde se precede a extraer el disco duro de la computadora portatil marca Dell modele Latitudes E6510 con numero de referencia 10154347453 de la cual se extrajo el disco duro marca Western Digital modele WD16008EVT 75 A23TO con capacidad de 160 GB y con numero de serie WX51A7080189

Seguidamente visible a fojas 5130 5134 la Diligencia de inspeccion Ocular fechada 4 de marzo de 2011 los peritos forenses hicieron mencion que dentro de la computadora examinada fueron encontradas algunas imagenes fotograficas relacionado con los eventos ocurridos los dias 6 7 8 10 12 y 23 de diciembre 2010 por lo que se decidio que las vistas fotograficas fueran impresas a fin de que fueran anexadas al expediente ademas indicaron los peritos que no fueron obtenidos ningun archive de videos ni tampoco fueron analizados ningun otro tipo de archives (Fojas 5130 5134)

Se agrego al sumario el informe del Ministerio de Salud con relacion a las inundaciones ocurridas el dia 7 y subsiguientes de diciembre de 2010. En este informe se hizo énfasis a que las inundaciones que afectaron El Llano impactaron a un importante número de residentes del área y a sus respectivas viviendas con deterioro de los sistemas de saneamiento ambiental (agua, disposición de excretas, vivienda en general). Además, aportaron un breve resumen de las situaciones encontradas y de las acciones realizadas, como lo fueron habilitar centros de atención en los albergues, incluyendo la instalación de clínicas móviles, con la finalidad de hacer la evaluación de salud inicial a las personas damnificadas, drenajes con carácter de urgencia de algunos tanques sépticos ubicados en los albergues, envío de insumos sanitarios, traslado aéreo de 38 pacientes a través de SISED Y SINAPROC, entre otras medidas que se adoptaron para contrarrestar la insalubridad en Chepo producto de las inundaciones (Fojas 5143-5145).

Mediante Oficio No. SIF 30/2011 SDC 0370/2011 del Instituto De Medicina Legal y Ciencias Forenses de la Subdirección de Criminalística Sección de Informática Forense se remite el informe SIF 30/2011 que guarda relación con la inspección realizada al equipo informático identificado AES 0603 marca DELL modelo Latitude E6510 que incorpora las vistas fotográficas del análisis al disco duro laptop AES0603 impresas donde se

observo que las fotografías fueron tomadas los días 7 al 23 de diciembre de 2010 que muestran la Hidroeléctrica Ascanio Villalaz como iba incrementando el nivel del agua y como se encontraba la presa y el embalse Bayano antes durante y después de las inundaciones (Fojas 5146 5222)

A foja 5513 del dossier consta Nota DM 1120 2011 fechada 14 de Febrero de 2011 proferida por el Ministerio de Desarrollo Agropecuario a través de la cual hacen llegar información referente a las evaluaciones de pérdidas sufridas debido a las lluvias e inundaciones en Chepo que han sido objeto de estudio por dicha entidad lo cual se aprecia a partir de la foja 5514 hasta la 5518 indicándose que entre las mismas figura una totalidad entre pecuaria y agrícola de 8/ 5 196 507 00

Consta en el infolio el Oficio No 192/11 AID FAR CHE de CHEPO 10 de Marzo de 2011 a través del cual el Agente de Instrucción Delegado JUSTO ORTEGA remitió copias autenticadas del Sumario seguido por la presunta comisión del delito que atenta CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL en perjuicio de BRICIDA PEREZ JIMENEZ que menciona que la señora PEREZ JIMENEZ falleció al naufragar en el bote en que viajaba por la desembocadura del Río Canazas arriba el cual se había crecido debido a la inundación del 7 de Diciembre de 2010 Se indicó que el día 7 de diciembre del 2010 un bote procedente de la comunidad de

Chicola venian 17 personas entre ellos niños y adultos todos indígenas Kunas y cuando el bote estaba llegando a la desembocadura del Río Canazas que estaba crecido el bote se hizo aguas con 17 personas y una señora de nombre Brigida Perez Jimenez que desaparecio

Incorporaron además copia de la Licitación Pública No COMVA 002 98 para el Contrato de Concesión para la Generación Hidroeléctrica Planta de Bayano Licencia de Generación termina Sub Estación Panamá Venta de Acciones de las Empresas de Generación Noviembre de 1998 copia de la Adenda No 1 al Contrato de Concesión celebrado entre la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos y AES Panamá S A

Igualmente anadieron copias autenticadas del proceso civil promovido por Josefa Lasso de Luna Eneida montante y Otros contra Empresa de Transmisión Eléctrica S A (ETESA) acumulado con la demanda interpuesta por inversiones Esparve S A contra de Empresa de Transmisión Eléctrica S A (ETESA) y AES Panamá S A el informe del vertimiento Diciembre de 2010 preparado por AES Panamá S A y dirigido a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos mediante nota AES DJ 001 11 del 4 de febrero de 2011 la Diligencia Notarial del 16 de marzo de 2011 de la Notaria Quinta del Circuito Notarial de Panamá donde se deja constancia de los boletines emitidos por la Gerencia de Hidrometeorología de ETESA durante los días

6 al 11 de diciembre de 2010 copias simple de la resolución No 355 06 de 2 de noviembre de 2006 proferida por la Ministra de Vivienda copia simple de la Resolución No AG 0068 2005 de 25 de enero de 2005 proferida por la Autoridad nacional del Ambiente y el DVD que contiene la conferencia de prensa que rindió el 9 de diciembre de 2010 el señor Alberto Aleman Zubieta como Administrador de la Autoridad del Canal de Panama (Ver fs 5691 8256)

Los ingenieros Arturo Garces Cordoba Amilcar Villarreal y Jose Carias peritos por parte del Ministerio Publico en declaracion jurada se ratificaron del contenido del peritaje que se observa a fojas 8350 a 8358 y manifestaron que de acuerdo a la informacion suministrada en la Bitacora de la Empresa AES Panama se puso en practica lo establecido en el Plan de la Accion Durante Emergencias (PADE) pero hubo ciertas situaciones que se salieron de lo que estaba reglamentado por ejemplo al alcanzar el nivel maximo de apertura de 62 metros no se procedio a abrir las compuertas la cual se realizo cinco horas despues siendo la misma ordenada por un ente diferente al establecido en el PADE

Indicaron que desde el momento en que se inicia el proceso de apertura y vertimiento de las compuertas se va haciendo gradualmente hasta alcanzar el maximo de apertura el cual es 7 4 metros aunque observamos

en este proceso que en muchas ocasiones no se indicaba los niveles del embalse a lo largo del día de los diferentes días que duró el vertimiento del 7 al 18 de diciembre de 2010 si no solamente las anotaciones en los cambios de turno así vemos que a pesar de mantenerse los niveles por encima de 63 metros se realiza un proceso de cierre parcial de las compuertas no cumpliéndose la regla de apertura que debe ser seguida hasta que se produzca una disminución inmediata del nivel del embalse

En declaración jurada rendida los peritos Orlando Concepción y Eduardo Flores Castro aducidos por la parte querellante manifestaron que para dar contestación a las interrogantes que fueron planteadas para la elaboración del peritaje se analizaron los datos suministrados por la empresa se hizo un estudio de las bitácoras y de las normas que establecía el PAMA el PADE y otros datos que fueron suministrados por la empresa AES Panamá Señalaron que si las compuertas se hubieran aperturado cuando el nivel del embalse llegó a los 62.05 metros que es el nivel de apertura según el Manual de Vertimiento las consecuencias hubiesen sido las mismas que ocurrieron el mes de diciembre de 2010

Afirmaron que el PADE muestra el diagrama de flujo de notificación cuando se tiene la condición de alerta blanca que indica los caudales inusualmente altos en el aliviadero y que en la foja 4.338 se definen cuales

son los caudales inusualmente altos en el vertedero que corresponden a caudales entre 1 000 y 1 500 metros cúbicos por segundo

Manifestaron que la alerta blanca amarilla y roja se refieren a alertas por posibles daños a la estructura de la presa y no a alertas sobre la previsión de daños causados por inundaciones que estén por debajo de estos parámetros ya que la alerta roja habla de vertidos arriba de 4000 metros cúbicos por segundo y cuando la hidroeléctrica de Bayano tiene todas las compuertas abiertas y las tres turbinas funcionando el vertido es de 3 600 metros cúbicos por segundo es decir no alcanza los 4 000 metros cúbicos por segundo la condición de la alerta roja se da cuando se tienen todas las turbinas abiertas todas las compuertas abiertas y el agua ha rebasado el límite de la presa no hay otra manera de alcanzar valores arriba de los 4 000 metros cúbicos por segundo

Expusieron que al hacer una relación de los niveles del embalse versus las alerta blanca amarilla y roja se puede establecer que la alerta blanca será notificada o activada después de los 62 10 metros sobre el nivel del mar la alerta amarilla será activada después de los 62 25 metros sobre el nivel del mar la alerta roja es por arriba de 62 80 metros sobre el nivel del mar es decir cuando el agua ya haya rebasado la presa (Fs 8755 8778)

Como queda en evidencia la relacion civil motivada por los danos que fueron consecuencia de la existencia del elemento de riesgo Central Hidroelectrica Ascanio Villalaz estuvo sujeta a las conclusiones de un largo proceso penal cuyo objetivo consistia en fundar las reclamaciones civiles en la culpa de los dependientes es decir la aplicacion de las reglas previstas en el articulo 1645 de nuestro Codigo Civil

De manera tal que se evidencia que las normas relativas a responsabilidad derivada de cosas peligrosas contenidas en el articulo 1650 son insuficientes e inaplicables en nuestros dias

17 Síntesis que acredita las principales insuficiencias en el sistema de responsabilidad civil extracontractual en nuestro medio

El conjunto de situaciones revisadas a lo largo del presente capitulo dan cuenta de las graves fisuras que presenta el regimen actual de reparacion del dano situaciones que si bien no ocurren por motivos subjetivamente reprochables a determinado sujeto como autor no obstante lesivos a victimas que de igual manera no han realizados conductas igualmente reprochables desde la perspectiva subjetiva

Esta situación no es inédita ha ocurrido igual en otras partes del mundo de hecho en terminos generales se dice que el problema planteado desde la perspectiva de la culpa no resuelve la situación de la causación de danos en nuestros tiempos No se puede ya sostener como ocurre en nuestro medio que allí donde no hay culpa no hay responsabilidad como se afirmo anteriormente el principio que prevalece en este momento historico como base axiologica de la responsabilidad civil no puede ser otro que proclamar que quien sufra un dano injusto tendra derecho a una indemnización independientemente que el causante sea culpable del hecho generado

Se ha acreditado que la noción de culpa y mas de dolo o temeridad es como una especia de sancocho panameno cada pueblo lo hace segun sus propios gustos con los ingredientes mas disimiles asi mismo para un juzgador constituye prueba suficiente del dolo o culpa determinada situación acreditada en autos para otros las mismas probanzas resultan ser insuficientes para acreditar la subjetiva imputación al causante del dano

En varios de los casos examinados ha sido precisamente el tema de la acreditación de la culpa del demandado las que mas han sido debatidas por lo que no cabe dudas que en nuestro medio la mera causalidad

material esto es la determinacion autor del hecho idoneo causante del dano no es suficiente en nuestro medio para imponerle el deber de reparar

No obstante que la Ley No 41 de 1 de julio de 1998 publicada en la Gaceta Oficial No 23 578 del 3 de julio de 1998 que establece el regimen general proteccion ambiental en Panama introduce la responsabilidad objetiva en nuestro medio referida exclusivamente a los danos derivados del ejercicio de una actividad que genera riesgos a la colectividad y ante la dificultad de probar la culpa del agente que provoca el dano la victima solo debe demostrar que la actividad era inherentemente peligrosa o irrazonable en las circunstancias senaladas y que los danos fueron provocados por esa actividad En resumidas cuentas no se requiere probar la culpa del causante para hacerlo responsable ya que solo basta con demostrar la relacion de causalidad entre la actividad generadora y el dano

Dicha norma es de aplicacion sectorial es decir el problema generado por el dano ambiental no es distinto al sin numero situaciones que hemos revisado lo que evidencia la necesidad por su caracter vital de establecer normas que de manera general sean aplicadas en todas las situaciones que hemos revisado no hacerlo resulta injusto y contrario al sentido comun si han que preservar el ambiente tambien hay que preservar la vida bienes y derechos subjetivos del conjunto de la sociedad

Las reglas sobre cosas y actividades peligrosas previstas en el artículo 1650 de nuestro código civil se refiere a actividades que en nuestros días son poco frecuentes. De hecho hablar de humos excesivos, la explosión de máquinas, la caída de árboles colocados en sitio de tránsito o las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes es hablar de cosas del pasado. Los daños de hoy se refieren a otro tipo de actividades: grandes maquinarias, tecnología, grandes estructuras, transformación de materias primas, energía nuclear, entre otras.

De allí que ha quedado acreditado por lo menos en lo que a responsabilidad extracontractual que la culpa aquiliana vigente en nuestro medio resulta en fractura e insuficiente.

CAPITULO IV

Fundamento de las modificaciones propuestas al regimen de responsabilidad civil

1 Nociones generales

En la presente investigacion nos planteamos determinar si los criterios aplicados para resolver los reclamos que en nuestros tiempos se producen por la causacion de danos patrimoniales y personales son los adecuados. Ademas nos planteamos como premisa determinar si las concepciones classicas recogidas en nuestra legislacion civil son suficientes para resolver los nuevos reclamos basados en nuevas situaciones de dano, ademas si son en la actualidad resueltas adecuadamente.

En ese afan revisaremos la historia conocida de nuestras instituciones juridicas, particularmente de nuestra legislacion Civil, sus antecedentes, ponderando el hecho de que nuestro pais, al igual que gran parte de America Latina, en la epoca colonial estuvo regido por normas comunes impuestas por la corona espanola. Con ello se pretende acreditar de igual forma que las legislaciones post coloniales en America Latina tienen como fuente comun el derecho frances y espanol.

2 Historia del derecho civil panameño

La Historia de nuestros derechos civil puede dividirse desde el punto de vista de sus grandes cambios y transformaciones en tres periodos o etapas a saber el periodo que denominaremos del derecho antiguo el periodo intermedio y el del derecho nuevo este ultimo considerado desde la separacion de Colombia en 1903

No existe una postura unanime entre los historiadores sobre los territorios concretos de Espana porque en ocasiones resulta dificil delimitar si determinado lugar era parte de Espana o formaba parte de las posesiones del Rey de Espana

A pesar de todo como la monarquia hispanica era autoritaria y casi absolutista hace que la tesis mas logica sea la de que todas las posesiones del rey eran posesiones de la nacion y viceversa todas las posesiones del rey tambien eran de Espana

De hecho no se puede hablar de una separacion del escudo nacional y el escudo real sino hasta bien entrado el siglo XIX lo cual pone de manifiesto que el rey de Espana era practicamente lo mismo que el estado

español atendiendo a las delimitaciones del régimen que se regía dicho Imperio

No obstante se puede concluir que las principales posesiones españolas en América eran las siguientes el Virreinato de Nueva España (1521 1821) que abarcaba los actuales países de México los estados del suroeste y algunos del sur de los Estados Unidos (California Nuevo México Arizona Texas Nevada Florida Utah y parte de Colorado Wyoming Kansas y Oklahoma) y la casi totalidad de las Antillas España mantuvo bajo su control estos territorios hasta 1821 aunque en varios de los estados de las Grandes Llanuras no hubo una presencia española estable

Las Capitanías Generales de Santo Domingo (1493 1865) fueron las primeras colonias españolas en el Nuevo Mundo y comprendían la totalidad de isla La Española cuya parte oriental se convirtió más tarde en la República Dominicana Cuba (1510 1898) isla de Cuba y adyacentes además de la Florida y la Luisiana Guatemala (1540 1821) comprendía los territorios de Guatemala El Salvador Nicaragua Honduras Costa Rica y el estado mexicano de Chiapas Declaró su independencia en 1821 para sumarse al Primer Imperio Mexicano del que se separó (salvo Chiapas) el 1 de julio de 1823 Puerto Rico (1582 1898) abarcó la isla de Puerto Rico y otras menores adyacentes a ella Yucatán (1565 1821) comprendía los

actuales estados mexicanos de Yucatan Campeche Quintana Roo y el este de Tabasco La inclusion de Belice y El Peten son motivo de controversia por algunos historiadores

Ademas formaron parte del imperio espanol las denominadas Provincias Internas (1776 1821) creadas por el rey Carlos III mediante una real cedula del 22 de agosto de 1776 dando al comandante general sobre estas previamente establecidas provincias las facultades equiparables a las del virrey de Nueva Espana comprendia los actuales territorios de Sonora y Sinaloa las Californias Coahuila Nuevo Reino de Leon Nuevo Santander Texas Nueva Vizcaya y Nuevo Mexico Luisiana (1764 1803) cedida por Francia incorporaba territorios de los actuales estados del medio oeste estadounidense (Luisiana Arkansas Oklahoma Kansas Nebraska Dakota del Sur Dakota del Norte Wyoming Montana Idaho Minnesota e Iowa) Nutca (1789 1794) fue cedida a Gran Bretana en 1795 Incluia los territorios de los actuales estados del noroeste estadounidense (Oregon Idaho Montana y Washington) ademas el suroeste de la provincia canadiense de la Columbia Britanica el territorio de Yukon y el actual estado estadounidense de Alaska El Virreinato del Peru (1542 1824) en su maxima extension abarco a los actuales paises de Peru Colombia Argentina Ecuador Panama Chile Bolivia Paraguay Uruguay territorios en Brasil parte sur de la actual Venezuela y las Islas Galapagos

Sin embargo con relacion a Chile se establecio la Capitanía General de Chile también llamada Reino de Chile (1540 1818) comprendía el actual Chile y la región de Patagonia hasta que la parte oriental de esta última paso a la Gobernación de Buenos Aires en 1570

El Virreinato de Nueva Granada (1739 1819) comprendía los actuales países de Panama Colombia Ecuador Venezuela norte de Brasil oeste de Guyana y las Islas Galapagos Luego fue creada la Capitanía General de Venezuela (1777 1823) por Carlos III de España esta mantenía civil y militarmente cierta autonomía del Virreinato de Nueva Granada esta corresponde al territorio actual de Venezuela y la Isla de Trinidad

Los actuales países de Argentina Paraguay Uruguay y parte de Brasil incluida las Islas Malvinas pertenecían al Virreinato del Río de la Plata (1776 1811) Es de mencionar que el control del extremo sur (Patagonia) no fue efectivo por el estado argentino hasta después de la independencia de Argentina sin embargo el dominio español de Patagonia a raíz de sus descubrimientos no fue disputado a España

Además de las anteriores posesiones España ejerció soberanía sobre los siguientes territorios insulares los actuales países y dependencias de Haití (desde 1492 hasta 1697) Bahamas (hasta 1670) Antigua y Barbuda

(desde 1493 hasta 1632) Montserrat (desde 1493 hasta 1632) isla de San Martín (desde 1493 hasta 1648) Anguila (desde 1493 hasta 1650) Bonaire (desde 1499 hasta 1633) Trinidad y Tobago (hasta 1797) Granada (desde 1498 hasta 1674) Curazao (desde 1499 hasta 1634) Aruba (desde 1499 hasta 1636) Jamaica (hasta 1655) islas Virgenes (desde 1493 hasta 1672) San Cristóbal y Nieves (desde 1493 hasta 1783) Dominica (desde 1493 hasta 1783) Guadalupe (desde 1502 hasta 1635) Martinica (desde 1502 hasta 1635) San Bartolomé (desde 1502 hasta 1635) Barbados (desde 1518 hasta 1624) Bermudas (desde 1511 hasta 1609) islas Turcas y Caicos (desde 1512 hasta 1680) Santa Lucía (desde 1504 hasta 1654) islas Caimán (desde 1492 hasta 1660) y el archipiélago de San Andrés y Providencia (desde 1502 hasta 1822)

3 Legislación de los territorios dominados por España

Como queda dicho el periodo en que nuestro país estuvo bajo la égida de la corona española y que hemos denominado periodo del derecho antiguo al igual que todas las posesiones de España en el nuevo mundo regían al igual que en Panamá reglas jurídicas uniformes para todas las colonias

Este periodo se extiende hasta a las primeras decadas del siglo XVIII en que las colonias latino americanas fueron independizandose de Espana como se sabe Panama obtuvo su independencia de Espana el 28 de noviembre de 1821 por lo que el denominado derecho Indiano o legislacion de las Indias fue iniciado con las capitulaciones de Santa fe que comprende las normas juridicas contenidas en las reales cédulas provisiones cartas reales instrucciones ordenanzas expedidas tanto por el Rey de Espana como del Consejo Supremo de las Indias la Casa de la Contratacion de Sevilla y las demas autoridades y organismos del gobierno espanol en America fueron indistintamente aplicadas a todas las colonias americanas

Se trataban de normas especiales dictadas para regir en las Indias Occidentales y solo en defecto de estas normas entraba a regir el derecho castellano que era la otra fuente de derecho en esa epoca y que se convertia asi en un derecho supletorio

A consecuencia del casuismo del derecho Indiano este ultimo es decir el derecho castellano recibio gran aplicacion en materias de derecho civil que como queda dicho era el derecho supletorio comun a todas las colonias

El Derecho Indiano llego a ser tan profuso y variado que habiendo comenzado a formarse en 1503 se hizo necesaria recopilarlo lo cual tuvo lugar tan solo en 1689 con la llamada recopilacion de las leyes de los reinos de las Indias

Esta recopilacion consta de nueve libros que tratan de derecho canonico instruccion publica beneficencia organizacion judicial organizacion del ejercito administracion y servicios publicos relaciones entre espanoles e indios derecho penal y derecho civil

Por otra parte el derecho castellano era la otra fuente de derecho en dicha epoca a ese respecto debemos tener presente al producirse el descubrimiento de America regia en el Reino de Castilla el Ordenamiento de Alcala de Henares promulgado por Alfonso IX en 1348 que dicho sea de paso obedecio al deseo de unificar la legislacion espanola El referido Ordenamiento consta de 129 leyes que forman 32 titulos y debemos destacar la ley primera del titulo 28 que establecia el orden de prelacion en la aplicacion de las leyes

La ley de prelacion ordenaba la aplicacion preferente de las disposiciones contenidas en el propio Ordenamiento de Alcala de Henares supletoriamente y solo a falta de disposiciones en dicho ordenamiento se

<

aplicarían en subsidio el Fuero Real con tal que se probara su uso en casos similares anteriores y finalmente las disposiciones de las Siete Partidas

Resaltamos que en todas las colonias eran aplicadas en los mismos términos estos cuerpos legales españoles es decir son antecedentes del derecho a nivel histórico de todas estas naciones

Fuero Juzgo cuyo origen se remonta al Rey Godo Recesivito de quien se cree que en el año 644 promulgó un cuerpo legal llamado Liber Latin mismo que fue traducido al romance por orden de Fernando III el Santo y se le llamó fuero juzgo rigo en España por doce siglos y no fue derogado totalmente sino en 1889 con la vigencia del Código Civil Español este ordenamiento contenía disposiciones sobre derecho Civil

Algunos autores consideran que el fuero juzgo contiene el germen los principios senos que han de caracterizar a toda nuestra legislación subordinación del derecho humano a la justicia divina unidad orgánica de todo el derecho bajo los principios de comunidad y personalidad respeto a la personalidad humana concediéndose valor primario a la honra y dignidad organización de la familia en estricta unidad jerárquica pero sin que desaparezca la personalidad de la mujer y de los hijos subordinación de las conveniencias del tráfico a los dictados de la moral

Por su parte el Fuero Real (1252-1255) dictado por Alfonso X el Sabio recoge la tradición jurídica española. Tiene el carácter de un Código General, probablemente no terminó de redactarse sino en el año 1255, pero no cobró vigencia definitiva sino con el ordenamiento de Alcalá de Henares. Las leyes de Estilo consistían en una colección de sentencias que formaron jurisprudencias sobre el fuero real. Estas leyes de estilo tenían mucha importancia para los efectos de la prueba del uso del fuero real. Prueba esta que determinaba su aplicación según el ordenamiento de Alcalá de Henares.

Finalmente, Las Siete Partidas constituyeron un momento jurídico y filosófico que se comenzó a redactar en 1256 y concluyó en 1263. Su nombre original fue libro de las leyes o fuero de las leyes. Más tarde fue llamado las partidas y por último las siete partidas. Las siete partidas tratan de lo siguiente: De la ley, la Costumbre, el uso y el derecho Eclesiástico; De la constitución política y militar del reino, las universidades y de los colegios; De los procedimientos judiciales, la organización de tribunales y los modos de adquirir, conservar y perder la propiedad, derechos desposorios y casamientos y de las obligaciones y contratos, y del derecho comercial marítimo, de la sucesión por causa de muerte y finalmente regula lo referente al derecho penal.

También fue parte del ordenamiento colonial común de todos los territorios españoles las leyes de Toro promulgadas en 1505 por Fernando el católico debe su nombre a que fueron promulgadas por las Cortes de Toro reunidas a la muerte de Isabel para proclamar reina a Doña Juana la loca estas leyes son un total 83 y se ocupan principalmente del matrimonio herencias bienes dotales mayorazgos y vinculaciones Para llenar los vacíos y complicaciones y tratar de armonizar en la confusa legislación de las indias fue promulgada en tiempos de Felipe II la nueva Recopilación de Castilla

Posteriormente en 1805 fue promulgada la Novísima Recopilación de las Leyes de España obra de Juan De La Reguera Baldelomar relator de la Cancillería de Granada texto que se inspiró en La Nueva Recopilación aunque con un método distinto no obstante esta no tuvo vigencia en América debido a las luchas emancipadoras

4 Derecho intermedio

Como es sabido el 28 de noviembre de 1821 fue proclamada la independencia de Panamá de España siendo que en dicho acto de manera voluntaria nuestro país se incorpora a La Gran Colombia proyecto político

liderado por Simón Bolívar de la que también formaban parte Bolivia Colombia Perú y Venezuela

Durante este período en materia jurídica fueron aplicados en estos cinco países una legislación común de ello resulta que en nuestro medio la etapa conocida como período intermedio corre desde independencia de España en 1821 hasta la separación de Colombia en noviembre de 1903

Se inicia el período intermedio con la denominada etapa de la Unidad legislativa caracterizada por el centralismo de la Gran Colombia todos los territorios eran regulados por un derecho común. A pesar de ello dado que el artículo 188 de la Constitución de la Gran Colombia de 1821 establecía lo siguiente: Se declaran en toda su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta constitución ni a los derechos leyes que expidiere el congreso

Aunado a ello la Ley colombiana de 13 de mayo de 1825 en su artículo 1 otorgó vigencia de las disposiciones del derecho español siempre que no fueran contrarias a la constitución de 1821 y a las leyes dictadas por el congreso y decretos ordenados por el poder ejecutivo

Por lo tanto se debería aplicar en la solución de conflictos legales por todos los tribunales y juzgados de la República civiles eclesiásticos o militares tanto en materias civiles como criminales las disposiciones legales en el siguiente orden de prelación 1 Las decretadas o que en lo sucesivo decretare el poder Legislativo 2 Las pragmáticas cédulas ordenes decretos y ordenanzas del gobierno español sancionados hasta el 18 de marzo de 1803 que estaban en observancia bajo el mismo gobierno español en el territorio que forma la república 3 Las leyes de recopilación de indias 4 Las de la Nueva Recopilación de Castilla y 5 Las de las Siete Partidas

Según el artículo 2º de la mencionada ley de 1825 no tendrán vigor ni fuerzas alguna de la república de las leyes pragmáticas cédulas ordenes y decretos del gobierno español posteriormente al 18 de marzo de 1808 ni los expresados o indirectamente se opongan a la constitución o a las leyes y decretos que haya dado o diere el poder ejecutivo

5 Periodo del Código Civil del Estado soberano de Panama

En 1853 se produce el fenómeno de la descentralización en La Gran Colombia por lo que el poder ejecutivo colombiano fue autorizado para contratar la preparación de proyectos de códigos regionales en tal coyuntura en 1862 entro a regir el Código Civil del Estado Soberano de Panama cuyo

principal autor fue Gil Colunge inspirado en el Código Civil Chileno de 1857 con la diferencia de que el proyecto panameño posee un libro quinto sobre notariado y registrado de instrumentos públicos del que carece aquel. El Código Civil del Estado Soberano tuvo una vigencia efímera por cuanto que en 1887 es restaurada por La Constitución Colombiana de 1886 con lo que es retorna a la unidad legislativa en todo su territorio.

6 De la adaptación de Panamá a las nuevas corrientes doctrinales en América Latina (propuesta y su justificación)

Acreditado lo anterior y por aplicación del método analógico advertimos que dichas legislaciones casi uniformes vigentes en nuestra área eventual y paulatinamente han ido sufriendo cambios en su orientación. Cambios estos que tienen su origen en la evolución del pensamiento jurídico que hoy está más enfocado en el ser humano como ser social y menos influenciado por concepciones individualista y personalistas propias de la época de las independencias y la formación de las repúblicas. Así con la independencia los países que integraron La Gran Colombia así como Chile y Argentina generaron sus ordenamientos jurídicos en general y sus reglas de derecho civil en particular basadas en dichos antecedentes con una matriz común sobre todo en el aspecto que nos ocupa las reglas sobre la

indemnización de daños y perjuicios provenientes de la responsabilidad civil extra contractual

Tienen en común dichos textos su exclusiva tendencia a la responsabilidad derivada de la culpa y negligencia en el caso chileno el artículo 2329 aun vigente establece por regla general todo dano que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por esta ¹⁸

Notese que a pesar de la distinta redacción el precepto tiene el mismo contenido que el artículo 1902 del Código Civil Español texto íntegro que adoptó nuestro Código Civil en el primer párrafo del artículo 1644 aun vigente

No obstante por los problemas puestos de manifiesto en la presente investigación paulatinamente primero por la vía doctrinal luego por la jurisprudencia y después por reformas legislativas se han ido reconociendo a la par de los factores subjetivos de atribución la aplicación en ciertos sectores o supuestos de factores de atribución distintos a la culpa y el dolo

¹⁸ Artículo 1644 El que por acción u omisión cause dano a otro interviniendo culpa o negligencia esta obligado a reparar el dano causado

Así como Josserand (1990) a principios del siglo proclamaba que el legislador se separa de la moral para inspirarse preferentemente en la economía política en una segunda secularización del derecho que luego de haberse diferenciado de la religión se aleja ahora de la moral para derivar más utilitario

Además de Josserand otros doctrinarios civilistas franceses como Sainctelette Labbe Saleilles desde fines del siglo pasado y juristas italianos como Trimarchi Rodota Sconamiglio Busnelli Alpa entre otros han cuestionado firmemente la exigencia de un soporte subjetivo para la responsabilidad civil (Trimarchi 1961)

Prestigiosos autores latino americanos de la talla de Alterini (1987) han expresado que la exigencia de culpa como fundamento de la responsabilidad civil está en crisis. No solo porque como veremos se diluye en sistemas de seguridad social y seguro sino porque es objeto de fuertes embates

En este contexto recordemos las palabras del maestro Andre Tunc (1981) cuando expresa que la idea de que se debe responder de las consecuencias de su culpa y que no se es responsable si no se ha cometido culpa está acompañada de tales demonios que debe ser exorcizada antes de

resultar posible una apreciación objetiva de las funciones y los medios de la responsabilidad civil en una sociedad moderna

Estas ideas que promuevo en este trabajo han sido además defendidas vehementemente por autores como Borda Bustamente Alsina Trigo Represas Mosset Iturraspe Zannoni Goldenberg Garrido Pizarro Ghersi entre otros que han sido recogidas en legislaciones actuales como el artículo 2050 del código civil italiano de 1942 texto propuesto en el Proyecto de Código Civil de 1970 propuesto por la comisión dirigida por el Doctor Narciso Garay Preciado en su artículo Igual pero con sus propias perspectivas los artículos 995/998 del Código Civil de Bolivia de 1975 1970 y 1972 del Código Civil Peruano de 1984 1847 y 1848 del Código Paraguayo de 1987 1757/1759 del Argentino de 2014

La perspectiva actual de la situación plantea el interrogante cardinal de la disciplina de la responsabilidad civil extracontractual de las actividades peligrosas concurrentes en particular su naturaleza fundamento criterio de imputación y determinar si la sola hipótesis de responsabilidad por culpa probada o presunta constituye en los actuales momentos históricos un régimen jurídico regulador suficiente justo y eficaz partiendo de lo previsto como reglas establecidas en los artículos 1644 y 1650 de nuestro Código Civil

Desde los albores de la humanidad por su polisemia proyección e incidencia en la comunidad dependencia axiológica relatividad histórica reacción intuitiva de apoyo y socorro ante la fatalidad calamidad o el infortunio cuando no de apremio prevención educación y socialización el tratamiento de la responsabilidad ha estado influenciado por las corrientes del pensamiento la más de las veces impregnado de prejuicios religiosos filosóficos éticos sociales políticos y de un dogmatismo exagerado a propósito de sus fundamentos alcances y contenido

Cuando porque y de que se responde son interrogantes con una dimensión diacrónica variable siendo materia de una tormentosa evolución de contradicciones que denuncian el conflicto de una tradición secular y el desarrollo de teorías y orientaciones jurisprudenciales claramente conectadas con la transformación de los factores económicos y sociales (Alpa 2001)

La responsabilidad civil concebida lato sensu como la obligación de reparar resarcir o indemnizar un daño causado injustamente encuentra venero en la eterna búsqueda de la justicia equidad y solidaridad para restablecer el equilibrio alterado con la conculcación de la esfera jurídica protegida por la norma

En cuanto a sus presupuestos estructurales existe uniformidad respecto de la existencia de un hecho u omisión un dano y la relacion de causalidad mas no en torno de los criterios o factores de imputacion ni de sus fundamentos

El dano entendido en sentido amplio o sea la lesion detrimento afectacion disminucion de un valor tutelado por el ordenamiento juridico es el primer elemento o presupuesto de la responsabilidad civil En tal virtud el articulo 974 delCodigo Civil dentro de las fuentes de la relacion obligatoria entre otras enuncia los actos y omisiones ilicitos en que intervenga cualquier genero de culpa o negligencia y en consecuencia la obligacion de repararlo parte de su existencia real u objetiva – presente o futura sin la cual por elementales razones logicas el mencionado deber de prestacion no surge

Establecida la realidad o certeza del dano debe determinarse su causa e imputarse al sujeto de donde la relacion nexos o vinculo de causalidad es el segundo elemento constante de la responsabilidad y consiste en precisar al autor del detrimento mediante la imputacion factica fisica material o causal del menoscabo a su conducta sea por accion sea por omision

En una fase ulterior al quebranto y a la imputación material o autoría es menester determinar el fundamento o justificación del deber de responder para establecer si el sujeto a cuya esfera jurídica se imputa el dano está obligado o no a repararlo

Tal aspecto atañe estrictamente a los criterios por los cuales un sujeto es o no responsable de un dano esto es a la determinación del deber jurídico de repararlo o a lo denominado imputación jurídica

En tiempos inmemoriales prevaleció la tendencia al castigo escarmiento sanción represión y punición propia de mentalidades bárbaras primitivas la víctima era juez y verdugo los danos se estimaron asuntos personales y su reparación se asociaba a la venganza empero el Código de Ur Nammu (probablemente 2050 a C) contempló algunas formas de reparación pecuniaria y la posibilidad de una compensación con recursos públicos en danos enormes de imposible cuantificación ordenada por el Ensi o gobernador local sumerio el Código de Lipit Ishtar (alrededor de 1860 a C) estableció en ciertos casos análogas previsiones pecuniarias y las leyes de Eshnuma extendieron la reparación económica de ciertas ofensas a la dignidad y reputación de una persona (si un hombre injuria a otro o propina una bofetada en la cara pesara y entregara diez shekels de plata (Drapkin 1982) Ab initio se sometía al autor de una injuria a idéntica

agresion u ofensa a la inferida (Ley del Talion Codigo de Hammurabi – aproximadamente 1780 a C y Ley de Israel) despues el ius civile introduce la composicion voluntaria y luego forzosa para regular el perjuicio y su consecuencia (Antequer 1874 p 273)

La Lex Aquilia cuyo origen probable se atribuye a un plebiscito del tribuno AQUILIO en el ano 286 a C manteniendo la sancion electiva de otrora trato del *damnum iniuria datum* por lo que se hizo no segun el ius esto es contra el ius aun por aquel que no quiso causarlo

El *damnum* concernia a la destruccion o deterioro de cosa corporal por el golpe inferido por golpear quemar romper y rasgar en virtud de un acto humano corporal del autor sobre la victima el significado de *iniuria* en la Lex Aquilia se remitia al dano causado sin justificacion contrario a derecho o antijuridico pues segun autorizada doctrina solo en la epoca republicana se confiere relevancia al dolo y a la culpa consagrandose en el periodo de SEVERO como titulo de imputacion con funcion sancionatoria y reparatoria en interes del acreedor en tanto en los origenes bastaba la causacion del dano y el nexo de causalidad sin referencia al factor subjetivo (Schipani 1996 p 55)

No obstante al lado de la responsabilidad ex delicto y quasi ex delicto el derecho romano admitió hipótesis sin referencia al dolo o culpa por la sola verificación del acaecimiento danoso (Borrel 2003 p 153) la situación del sujeto respecto de una cosa o por ciertas relaciones conductas o actividades riesgosas verbi gracia a propósito del dano por lanzamiento de objetos sólidos o líquidos desde las ventanas y la colocación o suspensión de elementos en las fachadas de las edificaciones de cuya caída pudiese lesionarse a los transeúntes uno y otro reflejados en los artículos 1648 1649 y 1652 del Código Civil Panameño adoptados de los 1907 1908 y 1910 del Código Civil Español iguales disposiciones recoge el recién derogado Código Civil Argentino en sus artículos 1119 y 1646 2053 del Código Civil Italiano 2328 del Código Civil Chileno entre otros ordenamientos jurídicos

El temor a la crueldad y arbitrariedad punitivas características del oscurantismo y la equivocada percepción de la responsabilidad como una pena derivada de una falta propicio una concepción subjetiva basada en la culpabilidad intencionalidad imprudencia negligencia o falta de cuidado confirmada con la presunción de inocencia y el apotegma dogmático conforme al cual no hay responsabilidad sin culpa acentuado bajo la égida de la moral y del iusnaturalismo racionalista

Don Andres Bello tomo algunas de estas doctrinas para el Codigo Civil de Chile de 1855 finalmente adoptado para la Republica de Colombia en el articulo 1 de la Ley 57 de 1887 Codigo de la Union sancionado el 26 de mayo de 1873 correspondiente al Codigo del Estado de Cundinamarca de 1859 similar al de Santander de 1858 y al de ocho de los nueve Estados Unidos de Colombia introdujo genuinas modificaciones y agregaciones en cuanto a la solidaridad de los autores del dano (articulo 2344) misma que aun rige en nuestro medio como establece el segundo parrafo del articulo 1644 del actual Codigo Civil la responsabilidad reforzada o agravada por danos causados por animales fieros (articulo1647) por actividades de peligro o riesgo (articulo1650)

En tal orientacion la culpa asume el papel de factor o criterio de imputacion esto es la responsabilidad no se estructura sin culpa o sea no es suficiente el quebranto de un derecho o interes legitimo es menester la falta de diligencia por accion u omision (culpa in omittendo) nocion ab initio remitida a la negligencia imprudencia o impericia siendo el acto culposo moralmente reprochable la responsabilidad su sancion y la reparacion del dano la penitencia a la conducta negligente

La culpa aquiliana identificada con factores eticos religiosos psicologicos la libertad conciencia autodeterminacion discernimiento

previsibilidad y evitacion del dano la impericia negligencia desatencion o el error de conducta ulteriormente se considera en perspectiva objetiva conforme a parametros reglas o estandares de comportamiento por ejemplo la violacion de reglas objetivas de conducta (Martinez 1993) y se apreciaria in concreto relacionandola con la de la victima o con un comportamiento analogo al de un sujeto promedio segun el patron estandar de conducta exigible a todos en el mismo marco de circunstancias ya considerando la naturaleza o valor de los intereses tutelados cuanto mas significativos mas exigente ora la actividad singular su riesgo previsibilidad ex ante del dano ora la proximidad confianza situacion o posicion de los sujetos (edad estado mental posicion profesion etc) circunstancias extraordinarias disposiciones reguladoras permisivas o prohibitivas de ciertas actividades disponibilidad y costo de las medidas de precaucion

Del concepto etico se pasa al social de este al normativo y al economico la culpa tambien se miro en cuanto ruptura del equilibrio del derecho a la libertad y el respeto de los derechos ajenos falta de adopcion de las medidas de precaucion para evitar un dano ya como una vulneracion del deber de cuidado exigible en el trafico juridico del cual dimana la exigencia de advertir el peligro realizar las acciones tendientes a prevenirlo y evitarlo actuar dentro del riesgo permitido y no exponerse al peligro y asimismo desde el punto de vista de la ausencia de medidas preventivas

idoneas en la evitacion de un dano considerando su costo economico la posibilidad de asumirlo o los deberes de cuidado exigibles al autor y a la victima

En rigor en la sociedad actual es incontestable la inadecuacion del criterio de la culpa para todas las hipotesis y la injusticia a que conduciria su aplicacion rigida en numerosos casos de responsabilidad como manifestacion del espiritu de solidaridad humana y social coexistiendo una pluralidad de criterios de imputacion

Por haberse perpetuado en la conciencia del hombre la ingenua necesidad de recuperar y mantener la equidad y el equilibrio social para obtener la justicia en el diario vivir la aparicion del maquinismo la proliferacion de accidentes asociados al transporte y la circulacion de vehiculos la utilizacion de artefactos instrumentos sustancias y el despliegue de actividades riesgosas repercutieron en la esfera de la responsabilidad civil retomando un papel preponderante su faceta objetiva pues como exponen Ripert y Boulanger (1956) aunque elCodigo Civil haya admitido un principio general de responsabilidad la regla general se ha revelado insuficiente para asegurar la reparacion del perjuicio en razon del aumento considerable del numero de los danos y principalmente de los accidentes corporales La gran industria al desarrollar el maquinismo e

imponer la aglomeración de los obreros en las fábricas ha tenido por consecuencia el accidente de trabajo. Este se ha vuelto frecuente inclusive en los trabajos agrícolas con el empleo de las máquinas. El accidente de tránsito es más frecuente aún. El número de accidentes debido a la circulación de los automóviles sobre las rutas está en progresión constante.

Los avances de la industria y las creaciones tecnológicas reafirmaron la necesidad de ajustar las directrices de la responsabilidad civil reavivando su carácter relativo cambiante y su adaptabilidad histórica. En pos de lo cual como hicieron en su momento antiguos jurisconsultos se postuló la asignación de las cargas propias del beneficio de una actividad y la asunción de los riesgos inherentes a esta gestándose soluciones garantizadoras de la equidad y la justicia entre víctima y victimario bien mediante inversiones de la carga de la prueba presunciones de culpa ora el establecimiento legislativo y muchas veces jurisprudencial de precisos eventos en los que el elemento subjetivo carece de trascendencia a efectos de establecer la responsabilidad del agente. Esto es asuntos regulados con criterios objetivos de responsabilidad.

A fines del Siglo XIX surgen las doctrinas del riesgo profesional cuyo principal exponente fue Raymond Saleilles (1855-1912) riesgo creado Louis JOSERRAND (1868-1941) riesgo beneficio riesgo de empresa y

postula la responsabilidad no por culpa sino por la asuncion de una empresa o una actividad riesgosa en contraprestacion al beneficio que de ella se recibe o por equidad en tanto el deber surgiria ex lege para quien genera el riesgo dispone de una cosa ejerce su gobierno o tiene su control

Las expresiones riesgo creado riesgo beneficio riesgo profesional riesgo empresarial conciernen a la creacion de un riesgo cuyas consecuencias se asumen en contraprestacion a su creacion (riesgo creado) o al provecho (riesgo beneficio) el ejercicio de una actividad profesional (riesgo profesional) o empresarial (riesgo empresarial) o a la generacion de un peligro y serian diferentes de la culpa aun cuando en la terminologia que se refiere al riesgo creado se puede en efecto vislumbrar el significado moral de la culpa propiamente porque se imputa al sujeto que con su actividad ha expuesto a terceros al peligro de ser danados la responsabilidad derivante de esta culpa

Posteriormente se estructura la teoria de la creacion o exposicion al peligro en cuanto al peligro intrinseco que comporta el ejercicio de ciertas actividades y que impone adoptar medidas idoneas de prevencion o evitacion del dano

Tenido el riesgo por inherente a toda actividad humana susceptible de causar un dano y de suyo sujeta al albur contingencia o azar para una doctrina su concepto propiamente consistiria en una valoracion esencialmente economica del alea que un sujeto asume al emprender una empresa o un negocio siendo insuficiente para sustentar la responsabilidad referente a riesgos por fuera de los parametros razonables o normales de los cuales no podria predicarse su asuncion espontanea o para aplicarla a quienes no son empresarios o profesionales ni derivan utilidad o beneficio pero ejercen una actividad de esa naturaleza riesgo beneficio y contrapuesto el riesgo al peligro o aun entendido en sentido sinonimico devienen insuficientes por prescindir del analisis inherente a la adopcion de medidas idoneas para controlar el peligro o evitar el dano vinculadas a la diligencia exigible

El criterio de imputacion de la responsabilidad objetiva no seria el riesgo creado el riesgo beneficio el riesgo profesional el riesgo empresarial la creacion o exposicion al peligro el control de las fuentes del peligro sino la distribucion del riesgo y particularmente la asuncion del costo de las medidas de prevencion de los sujetos asignando a quien pueda soportarlo de la manera mas economica posible (Calabresi 1970)

En este contexto según Calabresi (1970) la responsabilidad estaría vinculada a las capacidades de prevención del daño bajo la mayor aptitud para prevenirlo y evitarlo con la adopción de las medidas idóneas para impedirlo a un costo menor o sea responde del daño aquel que se encuentra en la posición más adecuada para conducir el análisis costos-beneficios esto es a asegurar la conveniencia de evitar el daño comparando los costos relativos y el costo en el cual consiste el daño mismo

Para tal efecto aplicarían directrices de evitación del daño al menor costo y la capacidad de asumir el costo de las medidas preventivas por esto el criterio para determinar la responsabilidad en el sistema de la culpa no es un criterio de mercado puro sino que para ello intervienen también consideraciones morales acerca de las actividades

Lo que subyace en esta concepción dice Calabresi (1970) no es hallar al sujeto que puede evitar los costos de la forma más económica sino a aquel que pueda hacerlo del mejor modo por lo cual el efecto de ignorarlos es el de gravar con ellos a la víctima lo cual puede ser conveniente en algunos casos

De esta forma cuando la capacidad de prevención del daño con la adopción de medidas idóneas se predica de un solo sujeto aplica un criterio

objetivo de responsabilidad y por el contrario en hipótesis de prevención bilateral el de la culpa y en cualquier caso la responsabilidad objetiva encontraría explicación en el análisis económico del derecho para obtener la racionalización eficiente del riesgo aunque no siempre la solución jurídica coincide con el criterio de eficiencia del riesgo presentándose una dificultad de valoración

Como se dijo las grandes transformaciones de la revolución industrial el maquinismo los medios de transporte el desarrollo científico y tecnológico el tráfico jurídico en masa la elaboración de productos defectuosos la internet la informática la actividad profesional la biotecnología el uso de la energía nuclear el aprovechamiento de los recursos del medio ambiente las relaciones del consumo y de los consumidores entre otros aspectos del mundo actual acentuaron los riesgos y daños en la vida de relación trayendo consigo la disfunción de las reglas tradicionales de la responsabilidad civil y tornó necesaria su adaptación

El esquema clásico de la responsabilidad subjetiva basada en la culpa propio de una economía agrícola o artesanal devino insuficiente para el tratamiento de los daños del progreso industrial planteando las categorías del riesgo peligro la responsabilidad objetiva por cosas peligrosas y actividades peligrosas o riesgosas y en la tendencia actual por los

llamados riesgos del desarrollo a punto que para alguna corriente los sistemas de responsabilidad subjetiva en la sociedad actual contemplan numerosas y crecientes excepciones por la proliferación de las actividades potencialmente danosas ora suscitan antinomias o incoherencias del sistema por su extensión disfuncional a hipótesis apreciables con un criterio de imputación disímil

La responsabilidad objetiva por oposición a la subjetiva describe hipótesis de imputabilidad sin culpa donde la culpabilidad carece de relevancia para estructurarla remitiéndose a factores objetivos como el riesgo o el peligro la capacidad de asumir los costos de evitación o de reparar la lesión fundándose en la situación del sujeto respecto de las cosas su posición o relación con sus congéneres o el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa permitida por su utilidad social *verbi gratia* la custodia de una cosa la propiedad sobre esta el uso de un animal o el riesgo

La locución se utiliza también —en forma menos extendida ciertamente para designar la responsabilidad estricta absoluta de derecho o pleno derecho por la simple causación del daño incluso descartando el juicio de imputación al contenerse en la descripción fáctica del precepto ubicándolo por su acaecimiento a diferencia de la subjetiva

donde la culpa presunta o probada y el dolo constituirían los criterios de calificación en el caso concreto

En este contexto se contraponen la responsabilidad objetiva absoluta por la sola causación de un daño simple causalidad material o imputación sin verificación del nexo causal con la mal llamada responsabilidad objetiva relativa susceptible de infirmarse con la prueba del elemento extraño lo cual según se ha señalado encerraría cierta incoherencia en tanto se es responsable o no sin que en términos lógicos pueda sostenerse la responsabilidad y la posibilidad de exonerarse con la demostración de una causa extraña porque esta naturalmente excluye la autoría y por tanto la calidad de responsable

Análogamente la expresión se usa denotando la inversión de la carga de la prueba con presunciones de culpa y exoneración por un factor causal autónomo de caso fortuito fuerza mayor intervención exclusiva de un tercero o la víctima y en la última además la prueba de la ausencia de culpa distinción censurada por ser menester en todo caso y en cualquier especie de responsabilidad la probanza de la relación de causalidad entre el daño y la conducta confundir la autoría con la culpa exigiendo la demostración de una causa extraña para desvirtuar la presunción esto es la prueba de no ser autor del daño cuando estricto sensu la autoría

presupone indefectiblemente la eficacia causativa de la conducta de la cual ineludiblemente derivase

Modalidad concreta de la responsabilidad desligada de la culpa es la generada por las actividades de riesgo o peligro esto es aquellas que aunque lícitas y permitidas por el ordenamiento son potencialmente danosas de acuerdo con las reglas de experiencia probabilidad de su ocurrencia y cuya enunciación en el catálogo legal es descriptiva

A la par no debe confundirse la responsabilidad por el ejercicio de una actividad peligrosa con la derivada de las cosas riesgosas o peligrosas cosa y actividad son diferentes y en el supuesto que se analiza dimana de actividades y no exclusivamente de cosas riesgosas o peligrosas la cosa se utiliza en la actividad puede ser inocua y la causa del daño se conecta no a la cosa sino a su utilización en el ejercicio de una actividad peligrosa

7 Las Reglas de imputación en Europa

Con esta óptica el artículo 1101 de los Principios Europeos del Derecho de Daños consagra como norma fundamental que aquel a quien se pueda imputar jurídicamente un daño está obligado a repararlo

En particular el dano puede imputarse a la persona cuya conducta culposa lo haya causado o cuya actividad anormalmente peligrosa lo haya causado o cuyo auxiliar lo haya causado en el ejercicio de sus funciones precisando que se es responsable sobre la base de la culpa por la violacion dolosa o negligente del estandar de conducta exigible (art 4) para senalar una nocion objetiva de culpa consistente en la conducta exigible tomando por referente el patron estandar de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias art 4 102 susceptible de variar y adaptarse por las características de la categoria de personas a que se pertenece y en cuya determinacion se tendran en consideracion la naturaleza y valor del interes protegido de que se trate entre mas importante mayor la exigencia para evitar el dano la peligrosidad de la actividad y la pericia exigible a la persona que la desarrolla segun un nivel de diligencia superior al corriente la previsibilidad del dano ex ante la relacion de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas la disponibilidad y coste de las medidas de precaucion y de los metodos alternativos y tambien deben tenerse en cuenta las normas que prescriben o prohíben una determinada conducta (normas de transito construccion reglamentos) asimismo el articulo 4 201 contempla la inversion de la carga de la prueba de la culpa a la luz de la gravedad del peligro que la actividad en cuestion comporta

segun la gravedad del dano que en tales casos pueda producirse y la probabilidad de que tal dano llegue a suceder efectivamente

Con fundamento en el articulo 1384 delCodigo Civil Frances segun el cual se es responsable no solo del dano causado por hecho propio sino tambien por el dano causado por el hecho de las personas de las que se debe responder o de las cosas que se tienen bajo custodia sirvio de pie para que la jurisprudencia civil francesa llegara a aplicar criterios objetivos y desarrollara toda una doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad sin culpa

De otra parte el articulo 403 delCodigo Civil Ruso de 11 de noviembre de 1922 consagraba un sistema de responsabilidad objetiva Aquel que ha causado un dano a la persona o a los bienes de otro esta obligado a reparar el dano Se libra de esta obligacion si prueba que no podia prevenir el dano o que tenia derecho a infringirlo o que el dano se ha producido a consecuencia de la premeditacion o negligencia grave de la propia victima dicha norma fue sustituida por el articulo 88 de la Ley aprobatoria de las Bases de la legislacion civil de la URSS cuyo articulo 90 dispone organismos y ciudadanos cuyas ocupaciones estan relacionadas con fuentes de peligro acentuado para los que le rodean (organismos de transporte empresas industriales construcciones propietarios de

automoviles etc) deberan indemnizar los danos causados por las fuentes de peligro acentuado si no prueban que los danos fueron ocasionarlos por fuerza mayor o por culpa del que los ha sufrido

En elCodigo Civil de Austria se distingue la responsabilidad por culpa (Verschuldenshaftung) de la responsabilidad sin culpa (Nichtverschuldenshaftungen) y por equidad (Billigkeitshaftung) situando en la segunda la responsabilidad por peligro (Gefahrdungshaftung) imputandose objetivamente el dano a quien controla la fuente del peligro por la ventaja que obtiene de este y tambien diferencia la responsabilidad causal (Erfolgshaftung o Kausalhaftung) y la responsabilidad por interferencia (Eingriffshaftung)

En Italia el articulo 2050 del Codice Civile preve especificamente la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas disponiendo que aquel que ocasiona un dano a otro en el desenvolvimiento de una actividad peligrosa por su naturaleza o por la naturaleza de los medios adoptados queda obligado al resarcimiento a no ser que pruebe haber adoptado todas las medidas idoneas para evitar el dano donde la previsibilidad del dano es in re ipsa y el sujeto debe actuar teniendo en cuenta el peligro para los terceros Los deberes inherentes a la normal diligencia serian en este caso insuficientes porque cuando la peligrosidad esta insita en la accion

existe el deber de actuar teniendo en cuenta el peligro el deber de evitar el dano se torna mas riguroso cuando se actua con la neta prevision de su posibilidad (Visintini 1999)

Conforme al articulo 493 del Codigo Civil de Portugal quien cause danos a otro en ejercicio de una actividad peligrosa por su propia naturaleza o por la naturaleza de los medios utilizados esta obligado a repararlos salvo que demuestre que utilizo toda las providencias exigidas por las circunstancias con el fin de prevenirlos

En Inglaterra la justicia inglesa en Rylands vs Fletcher (1868) adopto el criterio de responsabilidad objetiva (strict liability) y se dijo que quien tuviese en su poder un elemento peligroso o desempenara una actividad de tal indole (dangerous activity) debia mantener indemnes a los demas miembros de la comunidad o de lo contrario indemnizar a quien sufriera dano sin importar su diligencia eximiendose de dicha responsabilidad unicamente por la intervencion de un agente extrano

De la misma manera el articulo 5 101 de los Principios Europeos del Derecho de Danos enuncia una clausula general de responsabilidad objetiva prescribiendo que la persona que lleva a cabo una actividad anormalmente

peligrosa responde objetivamente por el dano caracteristico del riesgo que tal actividad comporta y que resulta de ella

Puntualiza que una actividad es anormalmente peligrosa si a) crea un riesgo previsible y significativo de dano incluso aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio y b) no es una actividad que sea objeto de uso comun. Ademias dispone que el riesgo de dano pueda ser significativo en atencion a la gravedad o a la probabilidad del mismo

La norma general termina diciendo contenida en articulo no se aplica a una actividad sujeta especificamente a responsabilidad objetiva por cualquier otra disposicion de estos Principios o por cualquier legislacion nacional o convencion internacional

8 Las reglas de imputacion en el sistema norteamericano

Los principios de imputacion objetiva en la union americana son de larga tradicion. fallos judiciales han establecido una concepcion objetiva del deber de reparar el dano causado son ya frecuentes y forman parte de los precedentes aplicables en multiplicidad de supuestos basados en el fallo *Nicholls vs Marsland* de 1875 posicion aplicada en los Estados Unidos de America entre otros casos en *Green vs General Petroleum Corp* de

1928) Madsen vs East Jordan de 1942 Luthringer vs Moore (1948)
Spano vs Perini Corp (1969) Siegler vs Kuhlman (1973) Hulsey vs
Elsinore Parachute Co (1985) Edwards vs Post Transportation Co (1991)

Este principio se aplica en todos los supuestos de danos causados por actividades peligrosas esto es no es indiferente a la responsabilidad objetiva del agente debatiendo si la actividad desempenada es peligrosa per se (dangerous activity) inherentemente peligrosa (inherently dangerous activity) ultra peligrosa (ultrahazardous activity) o anormalmente peligrosa (abnormally dangerous)

9 Las reglas de imputacion en America Latina

El fundamento y tratamiento de la responsabilidad por actividad peligrosa es diverso en las legislaciones v gr al tenor del articulo 1913 del Codigo Civil Federal de Mexico cuando una persona hace uso de mecanismos instrumentos aparatos o substancias peligrosas por si mismos por la velocidad que desarrollen por su naturaleza explosiva o inflamable por la energia de la corriente electrica que conduzcan o por otras causas analogas esta obligada a responder del dano que cause aunque no obre ilicitamente a no ser que demuestre que ese dano se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la victima

De otra parte según el artículo 1970 Código Civil Peruano de 1984 en la Responsabilidad por Riesgo Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa causa un dano a otro esta obligado a repararlo

De acuerdo al Código Civil de Bolivia artículo 988 quien en el desempeño de una actividad peligrosa ocasiona a otro un dano esta obligado a la indemnización si no prueba la culpa de la víctima

En igual sentido el Código Civil de Paraguay Capítulo III De la responsabilidad sin culpa artículo 1846 dispone el que crea un peligro con su actividad o profesión por la naturaleza de ellas o por los medios empleados responde por el dano causado salvo que pruebe fuerza mayor o que el perjuicio fue ocasionado por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por cuyo hecho no deba responder

10 La analogía y la conveniencia de aplicar en Panamá los factores objetivos de imputación

Tal como fue propuesto en el inicio de la presente investigación hemos seguido la analogía como método de investigación tomando como referencia las situaciones jurídicas vividas por las naciones ibero americanas

preferentemente De ello ha resultado similitudes historicas tanto en la legislacion primitiva merced de la relacion colonial comun asi como en el ulterior desarrollo de sus principales instituciones juridicas influidas por el derecho espanol

En efecto el primerCodigo Civil de America fue el redactado por Andres Bello adoptado por la Republica de Chile indudable fuente delCodigo Civil Colombia que a su vez regio en el Istmo de Panama en la denominada epoca intermedia del derecho panameno asi producida la separacion de Panama de Colombia en noviembre de 1903 se prorrogó su vigencia hasta el 1 de octubre de 1917 fecha en que entra en vigencia el actualCodigo Civil dicha legislacion aun vigente en chile establece como factor de atribucion la culpa

En Argentina bajo la direccion de Dalmacio Velez Sarsfield fue promulgadoCodigo Civil de la Republica Argentina el 29 de septiembre de 1869 entrando en vigor el 1 de enero de 1871 sobre el tema de esta investigacion se resalta que segun su articulo 1067 no existe acto ilicito punible si no hubiere dano causado u otro acto exterior que lo pueda causar y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo culpa o negligencia es decir la responsabilidad civil fue fundada en la idea de culpa Como se sabe el 1 de agosto de 2015 fue derogado dicho codigo y remplazado por el actual

Código Civil y Comercial de la Nación el nuevo Código de Argentina establece tanto responsabilidad subjetiva como responsabilidad basada en factores objetivos

En el República de Perú se nota un tránsito similar siendo los antecedentes sobre la responsabilidad civil extracontractual en dicha nación remontada al Código Civil de 1852 que adopta el principio de culpa como base para la determinación de la responsabilidad que debe ser demostrada por el demandante en el Código Civil Peruano de 1936 se mantuvo igual la teoría hasta la adopción del actual Código Civil de 1984 En este código la responsabilidad extracontractual se encuentra regulada en el Libro VII Fuente de Obligaciones Sección Sexta tanto como responsabilidad objetiva como subjetiva

En Ecuador en principio se promulgó el 21 de noviembre de 1857 el primer Código Civil del Ecuador es uno de los códigos civiles adaptados del Código Civil chileno redactado por Andrés Bello comenzó a regir a partir del 1 de enero de 1859

En resumidas cuentas el Código de Bello sirvió de inspiración a numerosos otros códigos Civiles de Latinoamérica como el de Uruguay Argentina y Brasil siendo adoptado casi íntegramente en varios países tales

como por Ecuador (1858) El Salvador (1859) Nicaragua (1867) Honduras (1880 hasta 1899 y Colombia (1887) en incluso Panama

Estos hechos dan cuenta que historicamente los factores subjetivos fueron considerados como exclusivos en la atribucion de responsabilidad civil en todos los subsiguientes codigos civiles de las naciones de latino americana

Los que se pretende es demostrar que las causas que fueron tomadas en cuenta para abandonar el criterio de la culpa como unico factor de atribucion por las naciones latino americanas son identicas a las que ocurren en la actualidad de nuestra sociedad de manera tal que las injusticias que derivan de la aplicacion de las reglas de imputacion subjetiva que hoy se aplican en nuestro medio son identicas a las que se aplicaban en dichos paises lo que justifico la adopcion de las medidas consignadas en el los codigos civiles de dichas naciones

Como hemos podido acreditar el rasgo comun de estos codigos civiles es la incorporacion en sus legislaciones factores de atribucion no fundadas en ningun genero de culpa son las mismas que hoy afecta a nuestra pais por lo que en esencia se propone adoptar las mismas medidas es decir establecer presunciones de responsabilidad fundadas en factores de

imputacion objetivas y simplificar las reglas relativas a la causalidad como medida de la extension del dano y medio de imputacion material de dano

Conclusiones y recomendaciones

Hemos concluido que nuestro derecho tiene profunda relacion historica con el derecho frances esto derivado de la vigencia del espanol en la epoca colonial y mas a la sobrevivencia del sistema de imputacion subjetivo copiado delCodigo Civil Espanol identica relacion existio tanto en Colombia como en otros territorios adscritos ya a la corona espanola ya el imperio espanol caso de Argentina Brasil e incluso algunos estados de la union americana de ello resulta que la adopcion de los factores objetivos en la actualidad en la mayoria de estas naciones envia un claro mensaje a nuestro derecho

Es que asi como en el pasado rigieron normas identicas derivadas de nuestro origen similar asi mismo los problemas de insuficiencia en las formulas propuestas por ese derecho comun fueron la razon visible de la adopcion de soluciones importantes como consagrar un sistema general de imputacion que admita la aplicacion en algunos supuesto especificos de criterios no fundados en la culpa siendo por antonomasia el relativo a las actividades y cosas peligrosas

Es evidente que el concepto de cosas riesgosas valido en el siglo XIX que se refieren a la explosion de maquinas que no hubiesen sido

cuidadas con la debida diligencia y la inflamacion de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado o a los humos excesivos que sean nocivos a las personas o a las propiedades por la caida de arboles colocados en sitio de transito cuando no sea ocasionada por fuerza mayor o por las emanaciones de cloacas o depositos de materias infectantes construidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen en nada guardan relacion con los danos que en la actualidad se experimentan y que los cosas que lo originan De una parte las formulas que basados en criterios morales sustento fundamental de la responsabilidad basada en los criterios subjetivos ha perdido toda importancia en la dinamica y convulsionada sociedad de hoy

Dada esas circunstancia y habida cuenta que estos problemas tambien han sido comunes en paises como Peru Mexico Argentina Ecuador Bolivia Colombia Costa Rica entre otros consideramos impostergable la introduccion en vuestro sistema de imputacion factores objetivos ajenos de cualquier valoracion moral tomando en cuenta otras razones de mayor o igual validez para justificar su adopcion tales como la equidad y la justicia

En tal sentido proponemos que en nuestro derecho sean incluidas disposiciones que de manera expresa sustentadas en la teorias objetivas

impongan a aquel que ejerce una actividad potencialmente riesgosa o introduce cosas igualmente riesgosas por ese solo hecho el deber juridico de reparar el dano causado independientemente del examen individual de su conducta esto es si fue o no culposa o dolosa solucion que consideramos conforme con la justicia y la equidad

Consecuencia de lo anterior proponemos que sin que la culpa deje de ser factor de atribucion se incorporen al Codigo Civil los criterios fundados tanto en equidad como en la teoria del riesgo y que por lo tanto sean expresamente incluidos y regulados en el Titulo Decimo Sexto del Libro Cuarto del Codigo Civil

En cuanto a la responsabilidad por hechos de terceros a la que se refiere el articulo 1645 proponemos la eliminacion del ultimo parrafo de dicha norma que senala La responsabilidad de que trata este articulo cesara cuando las personas de derecho privado en el mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el dano

Exonerar de responsabilidad subsidiaria a quien ha puesto a victimario en posicion de causar el dano resulta cruel con relacion con el que lo sufre por tanto es mas justo que la victima tenga acceso a una accion reparatoria

basada en criterios objetivos que solo cedan ante la causa extrana aun en el supuesto de que el principal haya emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el dano

Esta conclusion se fundamenta en el hecho que situaciones danosas materialmente imputables a terceros de quienes se debe responder por razon de su relacion estos no debe tener un regimen diverso por motivos de la naturaleza juridica del ente obligado

La frase personas de derecho privado en el mencionadas por simple logica elemental implica que las personas juridicas de derecho publico tambien reguladas en el parrafo cuarto de dicha norma son responsables de manera objetiva por los actos y omisiones de los funcionarios a quien propiamente corresponda la gestion practicada dentro del ejercicio de sus funciones

Hemos explicado que dicha norma proviene del articulo 1903 delCodigo Civil Espanol texto que exclusiva y especificamente regula las obligaciones extra contractuales de los entes de derecho privado en el mencionados en otros terminos la norma en que se basa el texto del 1645 originalmente solo regula las obligaciones de los entes privados por ello mismo hace una imputacion de responsabilidad estableciendo una

presuncion de culpa a favor de la victima que permite aun asi que los entes en el mencionados puedan liberarse demostrando diligencia

Sin manifestarme estar de acuerdo con los fines del precepto debemos advertir que en razon de ella si el victimario es subsidiado por llamamiento de ley por un ente de derecho publico supuestos tambien incluidos en la norma no aplicaria la excepcion cuya vigencia se rechaza en consecuencia esta responsabilidad del Estado y demas entes de derecho publico a nuestro juicio es objetiva

En resumen como ha sido puesto en evidencia la responsabilidad civil del Estado de caracter extra contractual es objetiva por cuanto que con relacion a los hechos de los funcionarios publicos se establece en el articulo 1645 una presuncion de responsabilidad en cambio con relacion a los entes de derecho privado se establece una presuncion de culpa misma que puede ser destruida probando diligencia

Con relacion a hechos de las cosas inanimadas sostenemos que la regla contenida en el articulo 1650 del Codigo Civil debe ser sustituida por una norma generica que imponga reglas basadas en el criterio del riesgo asi quien introduzca a la sociedad una cosa riesgosa o realiza una actividad

riesgosa por ese solo hecho debe de responder por los danos que se ocasionen a terceros

En efecto segun contempla el articulo 1650 responden los propietarios de los danos causados por la explosion de maquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia y la inflamacion de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado por los humos excesivos que sean nocivos a las personas o a las propiedades por la caida de arboles colocados en sitios de transito cuando no sea ocasionada por fuerza mayor y por las emanaciones de cloacas o depositos de materias infectantes contruidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen

Es decir los supuestos listados en el articulo 1650 citado enumera ciertos danos proveniente de los eventos danosos ademas de establecer que dicha responsabilidad deviene de la culpa del propietario que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado sin las precauciones adecuadas todo lo cual implica que el damnificado ademas debera soporta la carga de demostrar que el causante del dano incurrio en culpa

En nuestra opinion dicha regla resulta totalmente injusta por cuanto que si bien es cierto aunque el hecho causante de dano no fuere por razon de culpa o negligencia del propietario guardian tampoco es ocasionado por culpa de la victima siendo que ninguna de las partes es culpable considero que se justifica que quien introdujo el riesgo o la actividad riesgosa debe soportar sus consecuencias

Esta solucion es acorde con los principios y valores que conforman la nocion de equidad y justicia no es justo que quien no haya ocasionado un evento danoso ni contribuido a su concrecion tenga que soportar los efectos de dicho mal ocasionado o relacionado con cosas o actividades introducidas a la sociedad por otro por ello no admisible en esta epoca en que la diversidad de situaciones algunas muy lucrativas tienen mucha potencialidad danosa aun se considere que el dano que estas causen a terceros solo es exigible si interviene culpa o dolo de quien puso a la victima en situacion de ser lastimado por sus consecuencias por ello es imperativo que la regla sea variada y se adopte un criterio objetivo lo cual consideramos al efecto mas justo y equitativo

En otro orden de ideas hemos expuesto que en materia de abuso del derecho en la actualidad se aplican criterios de imputacion subjetiva y mas aun dentro del campo subjetivo el de la malicia es decir solo se responde

por el ejercicio abusivo de un derecho si la víctima acredita que la razón última del hecho del demandado es la intención de causar daño o injuria. En otras palabras su fundamento es el dolo tal como hemos puesto de relieve en casos citados es jurisprudencia reiterada tanto de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y como de los Tribunales Superiores que la regla vigente es exigir como presupuesto para reconocer indemnizaciones fundadas en el ejercicio abusivo del derecho que la víctima demandante acredite la malicia es decir el dolo en que ha actuado el victimario.

Somos de opinión que así como en diversos códigos modernos incluso por vía reforma específicas caso de España que han introducido disposiciones expresas que prohíben sancionan y facultan a tomar medidas preventivas en los supuestos de ejercicio anti funcional de los derechos subjetivos estableciendo como límite del ejercicio de tales derechos el respeto a los derechos de los demás disposiciones que en nuestra opinión deben ser introducidas al Código Civil.

Manifestamos que es un contra sentido que en momentos en que el derecho civil moderno transita hacia la objetivación de sus reglas relativas al derecho de daños y de protección a las personas que en nuestro medio se produzca inexplicablemente la derogación de disposiciones del Código Judicial relativas a medidas conservatorias genéricas mismas que de algún

modo servian a las potenciales victimas para lograr mediante la intervencion jurisdiccional evitar la consumacion de actos algunas veces de barbarie

En sentido contrario consideramos que las personas deben contar con instrumentos adecuados para lograr proteccion ante un inminente hecho danoso y no necesariamente tener que soportar la consumacion de un dano evitable para luego ser indemnizado la tendencia en la sociedad moderna camina hacia las acciones preventivas y no a la eliminacion de los pocos instrumentos que el jurista tiene a su alcance para preservar la integridad de sus clientes

Proponemos que en materia de causalidad se establezca de manera directa que nuestro derecho sigue el sistema de la causalidad adecuada entendida como aquella teoria que impone a quien es responsable material y objetivamente del hecho del cual deriva como consecuencia normal y logico el dano que experimenta la victima

En tal sentido la extension del dano resarcible estara determinada por las consecuencias que normal y ordinariamente se derivan del hecho es decir en funcion de aquellos que se adecuan al hecho que es causante de la relacion Ello permitira que el concepto de dano sea mas acorde con las

afectaciones de la víctima y que en consecuencia el quantum indemnizatorio sea más justo

Dentro del concepto de daño nos parece que es preciso considerar como daño resarcible la pérdida de la oportunidad. Daño que la doctrina denomina pérdida de la chance por su origen francés pero que ha sido reconocido en diversas legislaciones de manera expresa

Efectivamente existen supuestos en que derivados de un hecho imputable al demandado la víctima se priva de una oportunidad por ejemplo de participar en un evento aleatorio del cual eventualmente pudo haber percibido un beneficio. Oportunidad que se frustra por razón del evento dañoso. Soy del criterio que ese particular daño debe ser indemnizable por cuanto que a pesar de no ser lucro cesante ni daño emergente es una afectación que tiene la potencialidad de ser convertible en dinero

Es decir la oportunidad de participar en el evento del cual pudo haber recibido un beneficio tiene un valor por lo que se propone que quien lo cercene cargue con las consecuencias económicas de su hecho

Bibliografía especializada

Achaval A (1982) *La Responsabilidad Civil del Medico* Buenos Aires
Editorial Abeledo Perrot

Aguano J (2004) *La Genesis y la Evolucion del Derecho Civil* Madrid
Editorial La Espana Moderna

Agoglia M M Boragina J C y Meza J A (1993) *Responsabilidad por
incumplimiento contractual* Buenos Aires Hammurabi

Albaladejo M (1961) *Institucion de Derecho Civil Parte General y Derecho
de Obligaciones* Barcelona Editorial Bosch

Albaladejo M (1994) *Derecho Civil Derecho de obligaciones* Barcelona
Bosch

Alcala Zamora J (2005) *Felipe IV el hombre y el reinado* Madrid Real
Academia de la Historia Centro de Estudios Europa Hispanica

Alessandri Rodriguez A (1943) *La responsabilidad extracontractual en el
Derecho Civil Chileno* Santiago Chile Imprenta Universitaria

Alterini A A (1987) *Contornos Actuales de la Responsabilidad Civil*
Buenos Aires Abeledo Perrot

Alterini A A (1993) *La Responsabilidad* Homenaje al Profesor Isidro H
Goldemberg Buenos Aires Abeledo Perrot

Alterini A Ameal O y Lopez Cabana R (1995) *Derechos de Obligaciones*
Buenos Aires Abeledo Perrot

Arroyo Camacho D (1997) *Contratos Civiles* Panama Editorial Mizrahi &
Pujol S A

Alpa G y Bessone M (2001) *La Responsabilita Civile Prospettiva storica*
culpa aquiliana illecito contractuale Milano Giuffre

Asin Palacios M (1941) *Huellas del Islam* Madrid Espasa Calpe S A

Baena Upegui M (1992) *Curso de Obligaciones* Bogota Ediciones Libreria
del Profesional Bogota

Barcelo Domenech J (1995) *Responsabilidad Extracontractual del Empresario por Actividades de sus Dependientes* Madrid MC Graw Hill

Basile A (1994) *Aspectos Medicos Legales* Buenos Aires Editorial Universidad

Belluscio A y Zannoni E (1994) *Codigo Civil y leyes complementarias* Buenos Aires Editorial Astrea

Brebbia R H (1962) *La Responsabilidad por Accidentes Deportivos* Buenos Aires Abeledo Perrot

Biglieri A *Football Futbol Futebol (Ideas sueltas para atar)* en New Sletter Urbe et Ius

Bonasi Benucci E (1985) *La Responsabilidad Civil* Barcelona Editorial Bosch

Boragina J C y Meza J A (2008) *La Responsabilidad por Daños en Espectaculos Deportivos* Argentina Buenos Aires jurisprudencia

Borda G J (1989) *Comentario al libro de Dolabjian Diego A y SCHMOISMAN Mario Estudios sobre Derecho y Deporte* Argentina La Ley

Borrel M (2003) *Responsabilidades derivadas de Culpa Extracontractual Civil* Barcelona Bosch

Bloc M (1947) *Introduccion a la Historia* Mexico Fondo de Cultura Economica

Bueres A (1997) *Responsabilidad¹Civil* Buenos Aires Hammurabi

Butler J A (2001) *Manual de Derecho Civil parte General* Argentina Editorial Mediterranea

Bustamante Alsina J (1993) *Teoria General de la Responsabilidad Civil* Buenos Aires Abeledo Perrot

Bustamante Alsina J (1996) *Devaluacion del peso y la teoria de la imprevision* Buenos Aires Abeledo Perrot

Bustos Rodriguez M (1990) *Historia de Cadiz* Madrid Silex

Cabanellas G (1989) *Diccionario Enciclopedico de Derecho Usual* Buenos Aires Editorial Heliasta S R L

Calabresi G (1970) *The Costs of Accidents A Legal and Economic Analysis* New Haven Yale University Press

Cardenas Villareal H A (2005) *Reflexion sobre la teoria de imputacion objetiva y su aplicacion en el ambito del derecho de daños* Medellin Libreria Juridica Sanchez

Cardenas E (1969) *Diccionario Geografico Almanaque Mundial* Estados Unidos Editora Moderna Inc Nueva York

Cardona Hernandez (1991) *La Responsabilidad Medica ante la Ley* Colombia Bogota

Claro Solar L (1986) *Derecho Civil Obligaciones* Chile Santiago Imprenta Universal de Chile

Capitant H (1930) *De la causa de las obligaciones* Buenos Aires Ediciones Depalma

Capitant H (1916) *De las Obligaciones* Paris Libreria Dalloz

Capitant H y Colin A (1983) *Derecho Civil Obligaciones* San Jose
Editorial Universitaria

Castan T (2008) *Derecho Civil Espanol Comun y Floral* Madrid Editorial
Reus

Carbonnier J (1960) *Derecho Civil* Barcelona Bosch

Copi I M y Cohen C (2004) *Introduccion a la Logica* Mexico D F Editorial
Limusa

Corsario L (2000) *Culpa y Responsabilidad Civil La Evolucion del Sistema
Italiano* Madrid Nuevo Milenio Madrid

Childe G (2002) *Los Origenes de la Civilizacion* Mexico Fondo de cultura
Economica

De Angel Yanguéz R (1998) *La Responsabilidad Civil* Madrid Universidad
de Deusto

De Angel Yanguéz R (1993) *Tratado de Responsabilidad Civil* Madrid
Edit Civitas

Delgado J (1960) *La independencia hispanoamericana* Nuevo Mundo

Demogue R (1923) *Tratado de Obligaciones en General* Paris Libreria
Arthur

Díez Picazo L (1999) *Derecho de Daños* Madrid Civitas

De La Cuevas M (1949) *Derecho mexicano del trabajo* Mexico Ed Porrúa

Drapkin I (1982) *Los códigos pre hamurábcos* Madrid Anuario de derecho
penal y ciencias penales

Enneccerus L (1948) *Tratado de derecho Civil Derecho de Obligaciones*
Buenos Aires Editorial Bosch

Elliott J (2002) *España en Europa Estudios de historia comparada*
España Universidad de Valencia Servicio de Publicaciones

Escobar G (1999) *El Razonamiento Logica Nociones y Aplicaciones*
Mexico D F

Estevill L P (1989) *Hacia un Concepto actual de Responsabilidad Civil*
Barcelona Bosch

Falco G (2007) *La Relacion de Consumo y el Contrato de Espectaculo Publico Deportivo* Buenos Aires Revista Juridica Argentina La Ley

Farina J M (2005) *Contratos Comerciales Modernos* Buenos Aires
Astrea

Fernandez J (1988) *El Contrato de Servicios Medicos* Madrid Edit Civitas
S A

Fernandez A (2007) *Imputacion Objetiva en un caso de Responsabilidad civil ex delicto criterio de la provocacion* En Indret Revista para el analisis del derecho

Fernandez A y Salvador P (2007) *Causalidad y Responsabilidad* En indret Revista para el analisis del derecho

Fernandez Sessarego C (1999) *Abuso Del Derecho* Lima Editorial Grijley

Fingermann G LÓGICA (1975) *Teoria del Conocimiento* Buenos Aires
Editorial Libreria El Ateneo

Figuroa Yanez G (2004) *El principio de precaucion frente a los viejos
conceptos de responsabilidad civil* Santiago de Chile Ediciones Universidad
Diego Portales

Gamarra J (1999) *Tratado de Derecho Civil Uruguayo* Montevideo
Fundacion de Cultura Universitaria Montevideo

Garay N (1973) *Folleto De Obligaciones* Panama Editorial Centro de
Estudiantes de Derecho Panama

Ghersı C A (1994) *Contrato de Medicina Prepaga* Buenos Aires Editorial
Astrea

Ghersı C A (1994) *Obligaciones Civiles y Comerciales* Buenos Aires Edit
Astrea Buenos Aires

Ghersá C A y Weingarten C (1994) *La Responsabilidad por Organización de Espectáculos Deportivos* Buenos Aires Revista La Ley

Ghersá C A (1994) *Modernos Conceptos de Responsabilidad Civil* Medellín Biblioteca Jurídica Dike

Ghersá C A (1994) *Responsabilidad Profesional* Buenos Aires Editorial Astrea

Gifford Aguirre A (1993) *El Médico y su Responsabilidad* Bogotá Edit Temi S A

Gonzalez Moran L *La Responsabilidad Civil del Médico* Barcelona Bosch

Gonzalez de Cancino E (2007) *Obligaciones Derecho Romano y Código Civil Colombiano* Colombia Editado por el Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia

Gomez Centurion C (1987) *La Armada Invencible* Madrid Anaya

Gomez Pomar F *Carga de la Prueba y Responsabilidad Objetiva* En *Indret* Revista para el análisis del derecho

Guerra François X (1995) *Las revoluciones hispanicas independencias americanas y liberalismo español* Espana Editorial Complutense

Grenet P (1967) *Que es el Conocimiento* Buenos Aires Editor Columba

Hersalis M (2009) *Deporte y violencia* Buenos Aires Revista La Ley

Illueca J (1991) *Sintesis Historica de la Codificacion Civil Panamena*
Boletin del Instituto de Legislacion Comparada y Derecho Internacional

Irrarrazaval J M (1966) *La Patagonia Errores geograficos y diplomaticos*
Santiago de Chile Andres Bello

Josserand L (1950) *Derecho Civil Teoria General de las Obligaciones*
Buenos Aires Ediciones Juridicas Europa America Bosch y Cia Editores

Josserand L (1946) *El Espiritu de los Derechos y su Relatividad* Mexico
Puebla

Josserand L (1982) *Del Abuso de los Derechos y otros ensayos* Bogota
Editorial Temis

Josserand L (1951) *Derecho Civil* Buenos Aires Ediciones juridicas
Europa America

Jovane J (1993) *Jurisprudencia Civil al Dia* Panama Edit Publican
Panama

Jordano Fraga F (1985) *Las Reglas Particulares de la Responsabilidad
Contractual* Madrid En Revista Critica de Derecho Inmobiliario

Hamilton E (1975) *El Tesoro Americano y la revolucion de los precios en
España* Madrid Ariel

Hernandez I (2003) *Autonomia o ciudadania incompleta el pueblo
mapuche en Chile y Argentina* Santiago Pehuen editores

Honore T (1993) *Responsability and faul* Oxford Portland Hart Publishing

Larroument C (1993) *Teoria General de Contrato* Bogota Editorial Temis

Kemelmajer de Carlucci A y Parellada C (1997) *Responsabilidad Civil*
Buenos Aires Hammurabi

Larenz K (1959) *Derecho de Obligaciones* Madrid Revista de Derecho Privado

Lacruz Berdejo L (1999) *Elementos de Derecho Civil* Madrid Edit Dykinson

Lehmann H (1953) *Tratado de derecho civil* Madrid Revista de Derecho Privado Madrid

Lombardi J (1965) *La Responsabilidad Extracontractual Civil en el Derecho Panameno* Panama Universidad de Panama

Llambias J (1999) *Tratado De Derecho Civil Parte General* Buenos Aires Abeledo Perrot

Mantilla F y Ternera F (2004) *La interpretacion contra legem del articulo 2356 del codigo Civil Colombiano* Santiago de Chile Ediciones Universidad Diego Portales

Malvido E (2006) *La poblacion siglos XVI al XX* Mexico Universidad Nacional Autonoma de Mexico

Martin Casals M (2007) *Una primera aproximacion a los Principios de derecho Europeo en Responsabilidad Civil* En indret Revista para el analisis del derecho

Martinez Rave G (1993) *Responsabilidad Civil extracontractual en Colombia* Medellin Edit Biblioteca Juridica Dike

Martinez Sarrion A (1993) *Las raices romanas de la responsabilidad por culpa* Barcelona Bosch Casa Editorial S A

Mauad Ponce (1994) *Breves consideraciones Sobre la Responsabilidad en el Ejercicio de la Medicina* En Revista Lex Litho impresora Panama S A

Mazeaud H y L y Tunc A (1977) *Tratado Teorico Practico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual* Buenos Aires Ediciones juridicas Europa America

Mazeaud H y L (1983) *Lecciones de Derecho Civil* Buenos Aires Ediciones Juridicas Europa America

Mazeaud H y L y Chambas F (1997) *Derecho Civil Obligaciones* Buenos Aires Editor Zavalia Buenos Aires Argentina

Manasevich Abeliuk R (2001) *Las Obligaciones* Santiago Chile Editorial Juridica de Chile

Melich Orsini J (1995) *La Responsabilidad Civil por Hechos Illicitos* Caracas Edit Serie de Estudios

Mengoni L (1954) *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi* Roma en Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni

Messineo F (1952) *Doctrina General del Contrato* Buenos Aires Ediciones Juridicas Europa America

Messineo F (1955) *Manual de Derecho Civil y Comercial* Buenos Aires Ediciones Juridicas Europa America

Messina de Estrella Gutierrez G (1997) *La Responsabilidad Civil en la era Tecnologica Tendencias y Prospectiva* Buenos Aires Abeledo Perrot

Molina Urrubla C (1969) *Responsabilidad penal en el ejercicio de la actividad medica parte general* Medellin Biblioteca Juridica DIKE Medellin

Molina J C (1969) *Abuso del Derecho Lesion e Imprevisión* Buenos Aires Astrea

Montero Arrocha J A (1996) *La Prueba en el Proceso civil* Madrid Editorial Civitas

Moreno Martinez J A (2000) *Perfiles de responsabilidad Civil en el nuevo milenio* Madrid Dykinson

Mosset Iturraspe G (1992) *Responsabilidad por Daños Responsabilidad Colectiva* Editorial Rubinzal Culzoni

Ochoa S (1996) *La Demanda por Dano Moral* Mexico Monte Alto

Ormazabal Sanchez G (2004) *Carga de la prueba y sociedad de riesgo* Madrid Marcial Pons

Ordoqui Castilla G (2010) *Abuso de Derecho* Bogota Grupo Editorial Ibanez Pontifica Universidad Javeriana

Peirano Facio J (1981) *Responsabilidad Extracontractual* Bogota Editorial Temis

Perez Salas D (2006) *Responsabilidad civil por riesgos entre particulares* Bogota Doctrina y Ley

Pizarro R D (2007) *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa* Buenos Aires Ed La Ley

Pothier R J (1839) *Tratado de las Obligaciones* Barcelona Imprenta y Litografía de J Roger

Puig Pena F (1964) *Tratado de Derecho Civil Obligaciones Civiles* Madrid Editorial Revista de Derecho Privado

Planiol M y Ripert G (1991) *Tratado Elemental de Derecho Civil* Buenos Aires Editorial Universidad

Porcelli Luis (1998) *El futbol espectaculo como hecho juridico economico Caracteristicas nacionales y pautas para su regulacion legal* Buenos Aires
La Ley

Puig Brutau J (1983) *Fundamentos de Derecho Civil* Barcelona Edit
Bosch

Puig Pena F (1964) *Tratado de Derecho Civil Obligaciones Civiles*
Madrid Editorial Revista de Derecho Privado

Pizarro R (1983) *Responsabilidad Civil por el Riesgo o Vicio de las Cosas*
Buenos Aires Editorial Universidad Buenos Aires

Reglero Campo L (2006) *Tratado de Responsabilidad Civil* Espana Edit
Pamplona Aranzadi Civitas

Ripert G (1949) *La Regla Moral En La Obligaciones civiles* Francia Paris
Civiles

Ripert G (1963) *Tratado de Derecho Civil* Buenos Aires La ley

Roca Trias E (2000) *Derecho de danos* Valencia Edit Tirant lo Blanch

Rodriguez Arias Bustamante L (1965) *Derecho de Obligaciones* Madrid
Editorial Revista de Derecho Privado

Ruiz Martin F (2003) *La monarquia de Felipe II* Santiago de Chile Pehuen
editores

Salas A M (2000) *El mestizaje en la conquista de America Historia de las
mujeres* Editorial Santillana

Santos Briz J (1993) *La responsabilidad civil Derecho sustantivo y Derecho
procesal* Madrid Edit Montecarlo

Serrano Escobar L G y Tejada Ruiz C P (1994) *Responsabilidad Civil
del Estado en la pretension de Servicios Medicos Asistenciales* Bogota

Schipani S (1996) *Responsabilita ex lege Aquilia Criteri di imputazione e
problema della culpa* Catania Materiali per un corso di diritto romano
Catania

Spota A G (2005) *Instituciones de derecho civil Contratos* Buenos Aires
Ed Depalma

Starck B (1986) *Droit Civil Obligations Contrat et quasi Contrat Regime general* Paris Edicion Libraires Techniques

Suarez L Ramos D Comellas J L y Gallego J (1989) *Historia general de España y America* Madrid

Tamayo Jaramillo J (1989) *De la Responsabilidad Civil Las Presunciones de Responsabilidad y sus Medios de Defensa* Bogota Temis

Tamayo Jaramillo J (1993) *Culpa Contractual* Bogota Editorial Temis
Bogota

Tamayo Jaramillo J (2007) *Tratado de responsabilidad civil* Bogota
Editorial Legis

Tamayo Jaramillo J et al (1993) *Responsabilidad Civil Medica en los Servicios de la Salud* Medellin Biblioteca Juridica DIKE

Tamayo Lombana A (1990) *Manual de obligaciones Teoria de acto juridico y otras fuentes* Bogota Editorial Temis

Torieli P (2004) *Proscripción del Abuso del Derecho en el proceso* Buenos Aires Editorial Astrea

Valencia Restrepo H (1986) *Derecho Privado Romano* Bogota Edit Temis S A

Valencia Zea A (1986) *Derecho Civil de las Obligaciones* Bogota Editorial Temis S A Bogota

Vasquez Ferryra R A (1993) *Responsabilidad por Daños* Buenos Aires Editorial Depalma

Vazquez Ferreyra R (2005) *La obligación de seguridad en la Responsabilidad Civil y Ley de Contrato de trabajo* Del Rosario

Verme Te E (1971) *Grecia en la Edad del Bronce* 1971

Visintini G (1999) *Tratado de la Responsabilidad Civil* Buenos Aires Editorial Astrea

Von Humboldt A (1993) *Tablas Geograficas Politicas del Reino de Nueva Espana* Mexico Universidad Nacional Autonoma de Mexico

Williams Stanley J (1985) *Nociones de Logica* Nueva York Editori Williams
Appleton

Wilson J (2003) *La Cultura Egipcia* Mexico Fondo de Cultura Economica

Yungano F (1992) *Responsabilidad Profesional de los Medicos* Buenos
Aires Editorial Universidad

Ysquierdo Tolsada M (2001) *Sistemas de Responsabilidad Civil Contractual
y Extracontractual* Madrid Dykinson Madrid

Zannoni E (1993) *El Dano en la Responsabilidad Civil* Buenos Aires
Editorial ASTREA

Zuccherino R M (1994) *La Praxis Medica en la actualidad* Buenos Aires
Editorial Depalma

LEGISLACION EXTRANJERA

Codigo Civil Colombiano Ediciones Ecoe Rogelio Enrique Pena Santa Fe
Bogota

Codigo Civil de la Republica Dominicana Edicion corregida y actualizada
Editorial Tiempo S A Santo Domingo 1989

Codigo Civil de la Republica Dominicana leyes que modifican y
complementan Decima edicion preparada por el Dr Plinio Terrero Pena
Santo Domingo Republica Dominicana 1991

Codigo Civil para el Distrito Federal en materia comun y para toda la
Republica en materia Federal Ediciones Delta Naucalpan Mexico 1991

Codigo Civil de Venezuela Ley de Reforma Parcial del Codigo Civil Copia
de la Gaceta Oficial No 2990 extraordinaria de 25 de julio de 1982 Vadell
Hermanos Editores Valencia Venezuela 1984

Codigo Civil Codigo de Procedimientos civiles y leyes afines actualizado
por Ricardo Mendoza Orantes El Salvador 1992

Codigo Civil Paraguayo coleccion Legislacion Paraguaya Intercontinental
Editora Asuncion Paraguay 1992

Codigo Civil Republica de Honduras Editor Centro Tecnico Tipo litografico
Nacional CETTNA 1991

Codigo Civil D L No 12760 de 8 de agosto de 1975 concordado editado
por Servando Serrano Torrico Cochabamba Bolivia 1992

Codigo Civil de Costa Rica Investigacion Juridica S A San Jose Costa
Rica 1992

Nuevo Codigo Civil Decreto Legislativo No 295 Edificacion actualizada
Ediciones y Distribuciones Berrio Lima Peru 1992

Codigo Civil Republica de Chile Editorial Juridica de Chile Santiago Chile
1992

Codigo Civil Republica Argentina Editor Zavalia Buenos Aires Argentina
1992

Codigo Civil Espanol Edicion preparada por Cesar Sempere Rodriguez
Duodecima edicion Editorial Tecnos S A Madrid – Espana 1993

Codigo Civil de Guatemala Decreto Ley No 106 Jimenez Ayala Editores
Guatemala Guatemala 1992

LEGISLACION NACIONAL

Codigo Civil de la Republica de Panama edicion Publicada por Jose Martin
Moreno Pujol Editorial Mizrachi y Pujol S A Bogota Colombia 1993

Codigo de Trabajo de la Republica de Panama Edicion Publicada por Jorge
Fabrega P Y otros Editorial Litho impresora Panama S A Panama 1995

Codigo Penal de la Republica de Panama Edicion Publicada por Jose Martin
Moreno Pujol y pina Mizrachi Moreno Pujol S A 1993

Codigo de Comercio de la Republica de Panama Edicion publicada por Jose
Martin Moreno Pujol y pina Mizrachi Moreno Pujol S A Santa Fe Bogota
1992

Ley 32 al 26 de febrero de 1927 (sobre sociedades anonimas) Gaceta oficial No 5067 del 16 de marzo de 1927

Ley 24 de 1 de febrero de 1966 por la cual se regulan las Empresas de Responsabilidad Limitada Publicada en Gaceta Oficial No 15588 del 31 de marzo de 1966