

## **LA ACEPTACION DE LOS RIESGOS. RETROCESO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACTOS ILCITOS**

1. Introducción .....	115
2. Noción .....	116
3. Naturaleza jurídica .....	117
4. La cláusula de irresponsabilidad: expresa y tácita .....	118
5. La culpa de la víctima .....	119
6. El orden público .....	121
7. La supresión de la responsabilidad .....	121

# **LA ACEPTACION DE LOS RIESGOS**

## **Retroceso en la responsabilidad civil por actos ilícitos**

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Noción. 3. Naturaleza jurídica. 4. La cláusula de irresponsabilidad: expresa y tácita. 5. La culpa de la víctima. 6. El orden público. 7. La supresión de la responsabilidad.

### **1. INTRODUCCION**

La tendencia de los tiempos actuales, al menos en los países que transitan por un estadio de cultura jurídica similar al nuestro, es la de ensanchar las bases de la responsabilidad civil: a) Se extienden las acciones que obligan a responder (aleanzando, por vía del ejemplo, al autor involuntario); b) se amplían las hipótesis de antijuridicidad (con el obrar abusivo y el fraude a la ley); c) se hacen imputaciones o atribuciones antes desconocidas (sin culpabilidad, objetivas o a título de riesgo creado); d) se vinculan consecuencias más lejanas al hecho generador (al aguzarse la previsibilidad); y, e) se reconocen como daños reparables a menoscabos o lesiones que no eran tales<sup>(1)</sup>.

Esta orientación no es casual o caprichosa, tiene sus motivaciones profundas, y para nosotros valederas.

(1) Remitimos a nuestro trabajo: *Nuevas fronteras de la responsabilidad civil*, publicado en la *Revista de Derecho Comparado*, de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, nº 1, año 1977, ed. Zavalía, ps. 136 y siguientes.

El derecho de la responsabilidad debe reaccionar frente a una sociedad de masas; ante comportamientos en los cuales priva el interés individual o egoísta; frente a un vivir, actuar, traficar, signados por la dañosidad (<sup>2</sup>). Y la víctima el dañado, es, por lo común, el hombre simple, el ciudadano *pequeño*, el económicamente *débil*. Es así por su mayor vulnerabilidad.

El hombre empresario o propietario, el económicamente *fuerte*, ese personaje que se aproxima al soñado por la concepción decimonónica, por el liberal —individualismo—, vive en la sociedad pero abroquelado, resguardado, defendido contra los eventuales perjuicios. Su vida está *asegurada* contra daños.

## 2. NOCION

Este estado de cosas conlleva el rechazo de toda tesis que tienda a desproteger a la víctima; a dejarla librada a su *desgracia* o *infortunio*. Tesis que lejos de afanarse en la búsqueda de un dañador responsable se contenta con reprochar al damnificado por su propio obrar.

Aceptar riesgos de dañosidad, admitir un perjuicio que se sufre en el cuerpo, la salud o en los sentimientos; en los bienes, derechos o relaciones jurídicas, es, de por sí, algo insólito. No puede sostenerse, razonablemente, que sufre un daño quien quiere sufrirlo (<sup>3</sup>); no es normal, no puede suponerse ni presumirse. El daño es una desgracia, patrimonial o moral, y la naturaleza humana es refractaria a los sufrimientos.

No creemos que la *aceptación de los riesgos* asuma el carácter de una ficción jurídica; del tipo de las

(<sup>2</sup>) VALLET DE GOYTISOLO, *Sociedad de masas y Derecho*, ed. Taurus, Madrid, 1969.

(<sup>3</sup>) Afirmación similar a aquella otra: *es pobre el que quiere serlo*.

vulgarizadas en el siglo pasado, como explicación o recurso para determinadas situaciones. El realismo, que está en los signos de los tiempos que vivimos, rechaza semejante explicación.

Lo expuesto brevemente explica la no acogida de la idea de la *aceptación*, tanto en la doctrina nacional<sup>(4)</sup>, como en la extranjera<sup>(5)</sup>; y ello en un tema tan especial como el del transporte benévolos, gracioso o de complacencia<sup>(6)</sup>, o tan peculiar como el de las lesiones deportivas<sup>(7)</sup>.

Empero, de un tiempo a esta parte se han alzado voces que defienden la aceptación de los riesgos como eximiente de responsabilidad, sea de una manera más o menos tímida<sup>(8)</sup>, sea con mayor énfasis<sup>(9)</sup>.

Ello justifica que nos ocupemos de la cuestión.

### 3. NATURALEZA JURIDICA

Los criterios expuestos por los partidarios de la tesis positiva admiten matices: a) La aceptación como eximiente; b) la aceptación como causa de inversión de la carga de la prueba. Este último juega frente a las

<sup>(4)</sup> ACUÑA ANZOURENA, A., *Estudios sobre la responsabilidad civil*, ed. Platense, La Plata, 1963, ps. 355 y siguientes; ORGAZ, A., *La ilicitud*, ed. Lerner, Córdoba, 1973, p. 183.

<sup>(5)</sup> MAZEAUD, H. L. y TUNC, A., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil*, t. 2, vol. 1, nº 1285, p. 327.

<sup>(6)</sup> DELLA CROCE, R. H., *La responsabilidad civil en el transporte desinteresado*, ed. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1966, p. 61, nº 34.

<sup>(7)</sup> A ellas se refiere Orgaz, *ob. cit.*

<sup>(8)</sup> Es lo que ocurre con HONORAT, Jean, en su obra *L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile*, Librairie générale de droit et de jurisprudencia, Paris, 1969. Se trata de un muy completo estudio sobre la cuestión, en los terrenos contractual y extracontractual. El autor admite que la idea "va en apariencia en contra de las tendencias actuales"; su defensa se funda en la necesidad de "encerrar en ciertos límites la obligación de reparar", teniendo en cuenta "razones de orden moral y, al mismo tiempo, las cargas financieras" de una responsabilidad que se extiende" (*ob. cit.*, p. 230).

<sup>(9)</sup> MAZZINGHI (h), J. A., *La víctima del daño y la aceptación de los riesgos*, en *El Derecho*, 12-12-977, nº 4354.

presunciones legales, como acontece con el daño causado *con las cosas*, del artículo 1113, párrafo 2º, 1ª parte. Una tercera postura la constituye la que sostiene que la *aceptación* tiene la virtualidad de descartar la atribución a título de riesgo creado, como ocurre en el artículo 1113, párrafo 2º, última parte, colocando al damnificado en la necesidad de probar "la culpa del autor" (¹º).

Como se observa la tendencia es la misma, aunque reconozca grados. Sin embargo, algunas de las postulaciones resultan caprichosas. Si la víctima ha querido el daño, como se dice, la consecuencia parece ser la irresponsabilidad del presunto autor. ¡Por qué invertir la carga de la prueba! ¡Por qué cambiar el factor de imputabilidad, de subjetivo a objetivo?

Estos interrogantes, planteados ante la defensa de la tesis que nos ocupa, nos obligan a detenernos en la naturaleza jurídica de la figura: ¡qué hay en su esencia?, ¡qué es, en rigor, *aceptar el riesgo*?

#### 4. LA CLAUSULA DE IRRESPONSABILIDAD: EXPRESA Y TACITA

Al lado de las *cláusulas de irresponsabilidad*, que la excluyen, total o parcialmente, o limitan la reparación (¹¹), ubica una corriente a la *aceptación del riesgo*. Vendría a ser una cláusula tácita, implícita, que surge no de las palabras sino de los comportamientos.

(¹º) Concluye Mazzinghi: "Fundado en las singulares características de los casos analizados, encuentro justo que, en las hipótesis en que media una aceptación del riesgo por parte de la víctima, el damnificado deba probar la culpa del autor, sin poder ampararse en la responsabilidad objetiva que nuestra ley consagra en el artículo 1113 del Código Civil".

(¹¹) AGUILAR DÍAS, J. de, *Cláusula de nao-indenizar*, 2ª ed., editorial Revista Forense, Río de Janeiro, 1955. GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, ed. Taurus, Madrid.

Sea por un acuerdo entre las partes: dañador y dañado; sea por la voluntad unilateral de la víctima, asentimiento, se configura la conformidad con el resultado perjudicial y, por ende, la liberación del agente.

Ahora bien, además de lo ficticio y forzado del recurso, es sabido que los pactos o cláusulas de irresponsabilidad son, como regla, incompatibles con la responsabilidad por actos ilícitos. La violación del deber genérico de *no dañar* se ubica fuera del ámbito de los contratos o de las meras tratativas; no media entre las partes, víctima y victimario, una relación previa que posibilita un acuerdo semejante.

## 5. LA CULPA DE LA VICTIMA

El artículo 1111 del Código Civil, en general, y el 1113, última parte, en particular, excluyen la responsabilidad del *autor*, cuando el perjuicio se ha originado en culpa exclusiva de la víctima. "El hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna", "... pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima..."

¿No es suficiente este eximente? ¿No constituye *falta imputable* la participación voluntaria en actividades peligrosas o el uso de las cosas riesgosas? No puede sostenerse, a nuestro parecer, que obra con diligencia, cuidado, previsión, quien sin *necesidad* alguna que lo justifique, participa en acciones que encierran un alto grado de dañosidad...

Empero, la cuestión exige algunos distingos: a) La calificación de esos peligros o riesgos en normales

y anormales o extraordinarias; y b) el análisis de los casos para precisar el grado de *voluntariedad* y de *libertad* en el obrar.

Hoy el mero vivir es peligroso o riesgoso. ¡Quien acepta vivir comete falta o culpa... asume los riesgos... libera al dañador! Piénsese en el cruce de ciertas calles y avenidas; en el transporte público; en la concurrencia a determinados espectáculos deportivos. Recuérdese la problemática de los ascensores.

Tales peligros o riesgos son los normales, de estos tiempos; los tiempos pretéritos tuvieron los suyos y, sin lugar a dudas, los tendrán los por venir.

“Otra cosa muy distinta —afirma Orgaz— es si consiente, por ejemplo, en acompañar a un automobilista en una prueba de velocidad o en disputar un asalto de esgrima sin careta protectora o en viajar en un pequeño avión con la inminente amenaza de una tormenta: en estos casos, sí hay indudablemente culpa. La teoría de aceptación de riesgos, con influencia sobre la responsabilidad, concierne sólo a estos casos de riesgos anormales o extraordinarios” (<sup>12</sup>).

El uso de un tobogán instalado en el patio de una escuela, por un niño que asiste a ella, no puede calificarse de riesgo o peligro extraordinario; y lo mismo ocurre con el socio de un club que hace uso de la piscina o natatorio (<sup>13</sup>).

Y el segundo aspecto, sumamente delicado, es el de la libertad en la asunción del riesgo o del peligro. No es lo mismo *conocer* la posible dañosidad de una conducta que *aceptar* el perjuicio que de ella se sigue. Hay, por lo demás, comportamientos que aunque peligrosos no pueden ser evitados sin sufrir menoscabos;

(<sup>12</sup>) ORGAZ, ob. cit., p. 184.

(<sup>13</sup>) Los dos ejemplos son dados por Mazzinghi. Tuvimos oportunidad de comentar la causa que cita: “Villanustre c. Chacarita Juniors” (V. en t. II, esta obra).

es lo que ocurre con el pasajero que viaja de pie; con el espectador que se ubica en la tribuna a merced de las *avalanchas*, con el peatón anciano que cruza una avenida por zona no peatonal, porque el lugar para el cruce se encuentra muy distante, a 200 o más metros.

La "necesidad de lograr un bien o un servicio, cuando se padece su carencia, fuerzan a obrar"; otras veces será la *inexperiencia*, otras la *ligereza* (<sup>14</sup>). Debemos diferenciar el proceder temerario por puro capricho o antojo, del temerario por necesidad apremiante. La temeridad de un niño de la de una persona mayor. La temeridad querida de la impuesta...

## 6. EL ORDEN PÚBLICO

Si la responsabilidad por actos ilícitos compromete el orden público, como creemos, la *aceptación* de la violación del deber genérico de no dañar es irrelevante. Ella no impediría la acción por reparación. Equivaldría, si se nos permite la comparación, a la aceptación de la usura, que no es obstáculo para la petición de la víctima.

Si el daño afecta la persona humana, en sus aspectos síquicos o somáticos, como se trata de bienes fuera del comercio, sobre los cuales no se puede contratar, transar o renunciar, la *aceptación* es, igualmente, sin valor o eficacia alguna.

## 7. LA SUPRESIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

Tiene razón Acuña Anzorena cuando afirma que "tener en cuenta esta circunstancia para exonerar a los

(<sup>14</sup>) Con el alcance que se desprende del artículo 954, 2<sup>a</sup> parte.

autores de daños importaría en el hecho suprimir la responsabilidad civil" (<sup>15</sup>).

La vulgarización de la *aceptación de los riesgos* llevaría a esa consecuencia absurda, para bien de los dañadores.

Sería la vuelta al estado salvaje, a la ley de la jungla. También allí impera esta dura ley. El animal débil o pequeño conoce y acepta su destino.

(<sup>15</sup>) ACUÑA ANZORENA, *ob. cit.*, p. 358.