CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Magistrado Ponente

WILLIAM NAMÉN VARGAS

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil nueve (2009).

(Discutida en salas de 7 de octubre, 24 y 25 de noviembre de 2008, 17 de marzo de 2009 y aprobada en Sala de 4 de mayo de 2009).

Referencia: Expediente 11001-3103-038-2001-01054-01

Se decide el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia proferida el 6 de octubre de 2006, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil en el proceso ordinario promovido por José Absalón y Gerardo Esteban Zuluaga Gómez contra Bavaria S.A., en el cual se llamó en garantía a Aseguradora Colseguros S.A.

ANTECEDENTES

1. En la demanda genitora de este asunto, se solicitó declarar la responsabilidad de la demandada por los daños y perjuicios causados con ocasión del accidente entre los vehículos de placas TKA-271 y el BUS 835, condenarla al pago de $184.020.000 por daño emergente y de $198.000.000 a título de lucro cesante siendo irreparable el automotor, o de las sumas probadas con intereses moratorios desde la ejecutoria del fallo al día del cumplimiento de la obligación principal, la indexación

desde el 12 de marzo de 1999 hasta la fecha de la sentencia y las costas procesales.

2. La *causa petendi*, en síntesis, se sustentó en los siguientes hechos:

a) El 12 de marzo de 1999, en la carretera de Santa Marta a Medellín a la altura del corregimiento La Gómez, Departamento de Santander, el vehículo de su dominio con placas TKA 271 fue colisionado por el BUS 835 de la demandada, cuyo conductor Víctor Gonzalo Gómez en estado de embriaguez invadió el carril por donde circulaba, golpeándolo en el costado delantero derecho y causándole múltiples daños.

b) El automotor de la demandada no experimentó avería en su lado izquierdo, confirmando la "(…) invasión total del carril (…)"por donde circulaba el suyo.

c) En versión rendida ante las autoridades policivas el conductor de la demandante, relató la imposibilidad de evitar la colisión por la invasión de su carril, la pérdida de control y volcada de su vehículo.

d) El accidente causó al vehículo de placas TKA 271 daños calculados en $184.020.000.

e) El hecho sucedió por imprudencia, somnolencia y embriaguez del conductor de la demandada, según determinó la Fiscalía Cuarta Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Barrancabermeja, en proceso radicado bajo el número 4429.

f) Su vehículo estaba en perfectas condiciones antes del suceso.

3. La demandada se opuso a las pretensiones e interpuso las excepciones de “imprudencia del conductor y de los propietarios del vehículo TKA-271”, “la sociedad Bavaria no ha inferido daño alguno a los demandantes”, y “ausencia de culpa aquiliana o responsabilidad civil extracontractual de la sociedad Bavaria S.A.”, llamó en garantía a Aseguradora Colseguros S.A., quien también se opuso proponiendo por excepciones, la genérica y la inexistencia de la obligación, y frente al llamamiento planteó las de “limitación de la responsabilidad (…) ajuste del valor a indemnizar de acuerdo al grado de agotamiento del valor asegurado” y la genérica.

4. El fallo pronunciado en primera instancia el 20 de octubre de 2005, acogió el *petitum*, declaró fundado el llamamiento en garantía y se revocó por el *ad quem*, para desestimar las súplicas.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Tras el relato de los antecedentes, presupuestos procesales, regularidad de la actuación, hechos y pretensiones de la demanda, sintetizó los fundamentos de la apelación de la demandada, invocando falta de prueba de la culpa exclusiva del conductor de su vehículo para declararla civilmente responsable, ausencia de desarrollo de actividades peligrosas porque su objeto social es la fabricación de bebidas alimenticias y cervezas, además que su operario no realizaba actividad alguna relacionada

directamente con su trabajo, ni fue autorizado para retirarlo del lugar donde debía desarrollar su labor, por lo cual, no es responsable de conductas autónomas e independientes de sus trabajadores, la inexistencia de nexo causal y la no probanza de los perjuicios; luego, refirió los argumentos de la interpuesta por la llamada en garantía, sobre la carencia probativa de los elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual, no considerar el a quo el croquis del accidente y el desconocimiento de las obligaciones contraídas por desbordar el límite de la suma asegurada.

2. Analizó la responsabilidad civil, específicamente la extracontractual, la carga probatoria y la presunción de culpa por actividades peligrosas, neutralizadas en la especie litigiosa en virtud del desarrollo por las partes de actividades similares, correspondiendo al demandante probar que "[l]a colisión ocurrió única y exclusivamente por la imprudencia del conductor del vehículo de placas BUS 835, señor Víctor Gonzalo Gómez, quien se encontraba en estado de somnolencia y alicorado, quien invadió el carril izquierdo que le correspondía al tractocamión de placas TKA 271 (…)" (fl. 62, cdno. 1ª instancia).

3. Seguidamente, hizo un recuento del material probatorio con el cual se pretendió acreditar la responsabilidad civil extracontractual, esto es, el croquis levantado por la Inspectora de Policía de La Gómez, las fotografías del estado de los vehículos colisionados, las declaraciones de los demandantes, las de Arnulfo Cáceres y Edgar Chinchilla, el testimonio de Eduardo Sierra, el acta del levantamiento del cadáver de Víctor

Gonzalo Gómez Santos y la copia simple de la resolución de preclusión de la investigación iniciada contra Alberto González.

De los indicados elementos de convicción, tuvo por no acreditada con suficiencia la imprudencia del conductor del vehículo de propiedad de la demandada y las circunstancias reseñadas en la demanda, al no existir en el proceso prueba idónea sobre el estado de somnolencia y embriaguez de Gómez Santos, por cuanto, la testimonial aportada con la demanda, manifestando el estado de embriaguez del citado conductor, carece de eficacia probatoria por omisión de su contradicción y por la retractación posterior del testigo Arnulfo Cáceres, el acta de levantamiento del cadáver del conductor del automotor de la demandada no señala que estuviera embriagado, el testimonio de Eduardo Sierra no aporta elementos de convicción por tratarse de un testigo de oídas, el croquis y las fotografías del accidente tampoco permiten inferir con certeza cuál de las hipótesis planteadas por las partes es la verdadera para determinar la causa del accidente y la fotocopia simple de la resolución de preclusión de la investigación carece de relevancia demostrativa pues allí no quedó plenamente establecida la culpabilidad del otro conductor.

4. En resumen, encontró que la demandante no aportó medios probatorios suficientes de la culpa del conductor del vehículo de la demandada, decidió revocar el fallo y condenar en costas de las dos instancias a la actora.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Dos cargos formula, al amparo del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil; el primero, denuncia la violación indirecta de la ley sustancial a consecuencia de errores de hecho en la apreciación probatoria y de derecho en la evaluación de dos documentos en particular, y el segundo, trasgresión directa a la ley sustancial; por cuya disimilitud y conclusiones excluyentes, la Corte desatará el último, al resultar próspero.

CARGO SEGUNDO

1. Postula el quebranto directo de los artículos 2356, 2341, 2342, 2343, 1613 y 1614 del Código Civil, en cuanto a juicio del juzgador, "(…) 'la presunción de culpa por el ejercicio de actividades peligrosas (art. 2356 del C.C.) no opera cuando ambas partes concurren al suceso dañoso al ejercer actividades similares, dado que las presunciones de culpa al aniquilarse mutuamente se neutralizan, cuestión que es la que acá ocurre dado que los dos automotores involucrados en la colisión se hallaban transitando, por lo que al demandante le correspondía acreditar los citado (sic) elementos incluyendo la culpa.'(…)" (fl. 33, cdno. casación y fl. 37 cdno. 2ª instancia).

2. Denota *yerro iuris*, al inaplicar el régimen de responsabilidad por actividades peligrosas cuando el autor y la víctima las ejercen simultánea o concurrentemente, en tanto, no obstante resultarle clara al sentenciador la causación del daño como resultado de las mismas, dejó de aplicar el régimen pertinente para dar paso al de la culpa probada; dicha postura

puramente jurídica sustentada en una interpretación "(…) inicua (…) del régimen consagrado para las actividades peligrosas derrumba los avances logrados en materia de responsabilidad aquiliana con la culpa presunta, resultando inaceptable para neutralizar las presunciones aplicar a la víctima la misma regulación del autor del daño, pues la única exigencia para la aplicación del artículo 2356 del Código Civil atañe a probar "que el daño se produjo como consecuencia de una actividad peligrosa ejercida por el causante del daño" sin exceptuar el ejercicio por la víctima de una actividad de idéntica naturaleza al momento de la lesión; con cita de jurisprudencia de esta Corporación recuerda el carácter relativo de la neutralización de las presunciones de culpa y la incidencia de la conducta de la víctima en otros aspectos de la responsabilidad, verbi gratia, la liquidación del daño o la causalidad, pero no en la aplicación de "(…) un tipo especial de responsabilidad (…)" surgido exclusivamente de la conducta del ofensor como el consagrado en el precepto afectado por la sentencia; la tesis del tribunal, anota, desarticularía el régimen en cuestión, pues, el causante del daño podrá exonerarse acreditando la causa extraña y el ejercicio de una actividad peligrosa por la víctima, introduciéndose veladamente una nueva causal de exoneración, precisando la violación por el fallador, porque "(…) habiendo advertido que el daño se produjo cuando el demandado y la víctima ejercían actividades peligrosas, se abstiene de aplicar el régimen conceptual, de exoneración y de prueba de la culpa (…) desplazando el problema al terreno de la culpa probada (…)".

3. Explica la conculcación recta vía por indebida aplicación del artículo 2341 del Código Civil, pues al verificarse un

daño como "(…) consecuencia del ejercicio de una actividad peligrosa bajo la guarda de la demandada y manipulada por su dependiente (…)", no debió aplicarse la preceptiva de la responsabilidad con culpa probada sobre la de linaje presuntivo y, por lo mismo, probada la lesión sin demostrarse causa de exoneración alguna, debió condenarse a la demandada al pago del daño emergente y del lucro cesante al tenor de los artículos 2342, 2343, 1613 y 1614 ejusdem, aplicables, inaplicados y trasgredidos rectamente.

4. Cierra la acusación con la incidencia de la violación denunciada en la decisión del tribunal al fundar la revocatoria de la del a quo, cuando de no mediar los yerros, la hubiera confirmado.

CONSIDERACIONES

La perspectiva de la acusación 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 si constituye hipótesis de responsabilidad por culpa, "probada" o "presunta", esto es, su régimen jurídico regulador, o sea, el general previsto en el artículo 2341 del Código Civil como juzgó el *ad quem* o el consagrado en el artículo 2356 *ejusdem*, según afirma el cargo, para cuyo efecto, por su pertinencia, la Corte, acomete el análisis de la problemática.

1. Desde los albores de la humanidad, por su polisemia, proyección e incidencia en la comunidad, dependencia

axiológica, relatividad histórica, reacción tuitiva de apoyo y socorro ante la fatalidad, calamidad o infortunio, cuando no de apremio, prevención, educación y socialización, el tratamiento de la responsabilidad está 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, elementos, alcances y contenido.

Cuándo, porqué y de qué 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" (Guido ALPA y Mario BESSONE, *La Responsabilità Civile*, t.I, *Prospettiva storica, colpa aquiliana, illecito contracttuale*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 1 ss.).

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 daño y la relación de causalidad, más no en torno de los criterios o factores de imputación ni de sus fundamentos.

El daño, entendido en sentido icástico, o sea, la lesión, detrimento o menoscabo de un derecho, interés o, incluso, un valor tutelado por el ordenamiento jurídico, es el primer elemento o presupuesto de la responsabilidad civil. En tal virtud, el artículo 1494 del Código Civil, dentro de las fuentes de la relación obligatoria, entre otras enuncia, el "hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos" y, en consecuencia, la obligación de repararlo, parte de su existencia real u objetiva –presente o futura-, sin la cual, por elementales razones lógicas, el mencionado deber de prestación no surge.

Establecida *ex ante* la realidad o certeza del daño, debe determinarse su causa e imputarse al sujeto, de donde, la relación, nexo o vínculo de causalidad, es el segundo elemento constante de la responsabilidad y consiste en precisar al autor del detrimento, mediante la imputación fáctica, física, material o causal del menoscabo a su conducta, sea por acción, sea por omisión.

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 daño está obligado o no a repararlo.

Tal aspecto, atañe estrictamente a los criterios por los cuales un sujeto es o no responsable de un daño, 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 barbáricas primitivas, la víctima era juez y verdugo, los daños 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 daños 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", pesará y entregará diez shekels de plata"). (Israel DRAPKIN, "*Los códigos pre-hamurábicos"*, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid, tomo XXXV, fascículo II, mayo-agosto de 1982, pp. 336 ss.).

Ab initio, se sometía al autor de una injuria a idéntica agresión u ofensa a la inferida (Ley del Talión, Código de Hammurabi –aproximadamente 1780 a.C.- y Ley de Israel); después, el *ius civile*, introduce la *compositio* para regular el perjuicio y su consecuencia, previéndose en la Ley de las XII Tablas con la pena de muerte y la *vindicta* (talión, igual mal al infligido), así "[e]l que cortase las plantas industriales ó producidas por el cultivo, será ahorcado (…) Si alguno rompiese a otro algún miembro, queda sujeto a la pena del talión, a no ser que pactasen otra cosa el ofensor y el ofendido (…) El que rompiese un diente a un hombre libre, le pagará trescientos ases (…)" (José María ANTEQUERA, *Historia de la legislación romana desde los tiempos más remotos hasta nuestros días*, 3ª ed. Madrid, 1874, pp. 273 ss.), debatiéndose, empero,

la consagración de una directriz general de reparación (Tabla VIII, 5, “rupsit (...) sarcito”).

La Lex Aquilia, cuyo origen probable se atribuye a un plebiscito del tribuno AQUILIO en el año 286 a.C., manteniendo la sanción electiva de otrora, trató del *damnum iniuria datum* por lo “que se hizo no según el *ius*, esto es, contra el *ius*” (ULPIANO, D. 9.2.5.1: *quod non iure factum est, hoc est contra ius*; D.47.10.1, pr: *Inuiria ex eo dicta est, quod non iure fiat; omne quod non iure fit, iniuria fiere dicitur*), “aún por aquel que no quiso causarlo” (*etiam ab eo, qui nocere noluit*, ULPIANO, 9.2.5.2).

El *damnum* concernía a la destrucción o deterioro de cosa corporal (*corpus laesum*), por el golpe inferido (*occidere, urere, frangere y rumpere*: golpear, quemar, romper y rasgar) en virtud de un acto humano corporal (*corpore*) del autor sobre la víctima; el significado de *iniuria*, en la lex Aquilia, se remitía al daño causado sin justificación, contrario a derecho o antijurídico, pues según autorizada doctrina, sólo en la época republicana se confiere relevancia al dolo y a la culpa (Gaio, *Institutas, Comentarius Tertius*, 211: Impunitus est qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit),consagrándose en el período de SEVERO como título de imputación con función sancionatoria y reparatoria en interés del acreedor, en tanto en los orígenes, bastaba la causación del daño y el nexo de causalidad sin referencia al factor subjetivo (Carlo Augusto CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Materiali per un corso di diritto romano, Catania, 1996, pp. 55 y ss.; Sandro SCHIPANI, *Responsabilità “ex lege Aquilia”, Criteri di imputazione e problema della “culpa”,* Giappichelli, Torino, 1969[1996], pp. 82, 90 y 272; id., *Lex Aquilia Culpa.* Responsabilità, in illecito e pena privata in età repubblicana. Atti Convegno Copanello, Napoli,1992).

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 dañoso, la situación del sujeto respecto de una cosa o por ciertas relaciones, conductas o actividades riesgosas, *verbi gratia*, en los edictos de *effusis vel deiectis* y de *positis et suspensis* a propósito del daño por lanzamiento de sólidos o líquidos desde las ventanas y la colocación (*positum*) o suspensión (*suspensum*) de elementos en las fachadas de las edificaciones de cuya caída pudiese lesionarse a los transeúntes (*Sedes materiae*, Digesto, 9,3. Inst., 4,5,1-2; uno y otro reflejados en los artículos 2350, 2351 y 2355 del Código Civil colombiano, 1907 y 1910 del Código Civil español, 1119 y 1646 del Código Civil argentino, y 2053 del Código Civil italiano, entre ordenamientos jurídicos); en las acciones *noxales* orientadas a la responsabilidad del propietario de una cosa cuando con su uso causaba daño; el derivado de la custodiam praestare (Gaio, 3206; Dig. 13,6,10;17, 2, 52, 3;18,6,3; 19, 1,36), las *actiones adversus iudicem qui litem suam fecit y adversus nautas, caupones et stabularios* por la responsabilidad de los transportistas marítimos (*nautae*), hospederos de mesones (*caupones*) y administradores de establos (*stabularii*); en las actiones de pauperie en contra del dueño del animal, por serlo y sin consideración a su intervención en el hecho dañoso (Sedes materiae, Dig,m 8,1; Inst. 4,9; arts. 2353 y 2354 Código Civil colombiano y 2052 del Código Civil italiano), en el edicto de *feris del edil curul* prohibiendo tener sueltos, atados o en lugares públicos animales bravíos (S.M. Dig. 21,1, 40, 1-21, 1,42; Inst. 4,9) o el damni infecti (D. 39, 2) por la ruina o derrumbe de una construcción (Gaio, D.39, 2.22; A. BORREL MACIÁ, *Responsabilidades Derivadas de Culpa Extracontractual Civil*, Bosch, Barcelona, 2003).

El temor a la crueldad y arbitrariedad punitivas características del oscurantismo y la equívoca percepción de la responsabilidad como una pena (venganza, castigo, sanción) derivada de una falta (infracción, crimen, ofensa, delito, culpa), propició una concepción subjetiva, "sentimentalista", "psicológica" o "espiritualista", 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 (Hugo GROCIO, *De iure belli ac pacis*, Libro II, 1625; Samuel PUFFENDORF, *De iure naturae et gentium,* 1672; Christian THOMAS o THOMASIUS, *Fundamenta iuris naturae et gentium ex sensu communi deducta* [1705], Johann GOTTLIEB HEINECKE -Heineccius o Eineccio- *Elementa iuris naturae et gentium* [1741], Cristian WOLF, *Jus naturae ,Jus gentium, Philosophia moralis,* entre otros), con "cierta desviación del principio romano del *dammun iniuria datum*" previsto en la lex Aquilia para "determinar y sancionar la conducta de un agente productor del *dammun*, [pues] no se trata de la 'culpa moral' que depende de sus intenciones internas, sino de la apreciación objetiva de cuidados negligentes, que es la que determinará la existencia o no de la iniuria" (Alfredo DI PIETRO, *El problema de la culpa y de los riesgos en la responsabilidad extracontractual,* Acto del coloquio internacional, "*La Unificación del derecho en América Latina, Principios y reglas comunes en materia de responsabilidad extracontractual*", Roma, 19-20 de junio de 2000, En Revista de derecho de la integración y unificación del derecho en Europa y América Latina, 10/2000, publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 79, 80 ss.).

Tan influyentes ideas en autorizados expositores franceses como Jean DOMAT (*Les loix dans leur ordre naturel*, lib. II, Tít. VIII; Euvres complétes, al cuidado de J. REMY, t. I, París, 1835, p. 467 y 472) y

Robert Joseph POTHIER (*Traité des obligations*, Bruselas, 1837, p. 141), se proyectaron en el *Code Civil Française* de 1804 (según evidencia el discurso de TARRIBLE, ante el Cuerpo Legislativo en la sesión de 18 pluvioso del año XII [18 de enero de 1804]: "El daño, para que pueda ser objeto de reparación - debe ser el efecto de una culpa o de una imprudencia de alguien: si no puede ser atribuido a esta causa, no es más que la obra de la suerte, de la que cada uno debe soportar las consecuencias", vid. Pierre Antoine FENET, '*Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil'*, t. XIII, réimpression de la Edición de 1827, Otto Zeller, Osnabrück, 1968, pp. 465 ss. y 474 ss), cuyo artículo 1382 consagró el principio general conforme al cual "[c]ualquier hecho de la persona que cause a otra un daño, obligará a aquella por cuya culpa se causó, a repararlo", previendo también la responsabilidad por el hecho de las personas por quien se responde, de las cosas (artículo 1384) o de los animales bajo guarda (artículo 1385) y por la ruina de edificios (artículo 1386).

Don Andrés BELLO, tomó algunas de estas doctrinas para el Código Civil de Chile de 1855, finalmente adoptado para la República (artículo 1º, Ley 57 de 1887, Código de la Unión sancionado el 26 de mayo de 1873 correspondiente al Código 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 daño (artículo 2344), la responsabilidad reforzada o agravada por daños causados por animales fieros (artículo 2354), colectiva de los moradores de la parte superior del edificio (artículo 2355), por actividades de peligro o riesgo (artículo 2356), la dosificación del monto de la reparación por concurrencia de la culpa de la víctima (artículo 2357), las acciones de daños temidos o contingentes (artículo 2359) y populares (artículo 2360).

En tal orientación, la culpa, asume el papel de factor o criterio de imputación, esto es, la responsabilidad no se estructura sin culpa, o sea, no es suficiente el quebranto de un derecho o interés legítimo, es menester la falta de diligencia, por acción u omisión (*culpa in omittendo*) noción *ab initio* remitida a la de negligencia, imprudencia o impericia, siendo el acto culposo moralmente reprochable, la responsabilidad su sanción y la reparación del daño la penitencia a la conducta negligente.

La culpa "aquiliana", identificada *in primis* con factores éticos, religiosos, psicológicos, la libertad, conciencia, autodeterminación, discernimiento, previsibilidad y evitación del daño, la impericia, negligencia, desatención o el error de conducta, ulteriormente, se considera en perspectiva objetiva conforme a parámetros, reglas o estándares de comportamiento, por ejemplo, la violación de reglas objetivas de conducta (Ángel MARTÍNEZ SARRIÓN, *Las raíces romanas de la responsabilidad por culpa*". Barcelona: Bosch, Casa Editorial S.A. 1993. pp. 183-400) y se apreciaría in concreto relacionándola con la de la víctima (culpa relacional) o con un comportamiento análogo al de un sujeto promedio según el patrón "estándar de conducta exigible" a todos en el mismo marco de circunstancias, ya considerando la naturaleza o valor de los intereses tutelados, cuanto más significativos más exigente, ora la actividad singular, su riesgo, previsibilidad *ex ante* del daño, ora la proximidad, confianza, situación o posición de los sujetos (edad, estado mental, posición, profesión, etc.), circunstancias extraordinarias, disposiciones reguladoras permisivas o prohibitivas de ciertas actividades, disponibilidad y costo de las medidas de precaución, etc.

Con esta óptica el artículo 1.101 de los Principios Europeos del Derecho de Daños (*Principles of European Tort Law*, 2005), consagra por norma fundamental (*basic norm*) que "[a]quel a quien se pueda imputar jurídicamente un daño está obligado a repararlo. (2) En particular, el daño puede imputarse a la persona (a) cuya conducta culposa lo haya causado; o (b) cuya actividad anormalmente peligrosa lo haya causado; o (c) cuyo auxiliar lo haya causado en el ejercicio de sus funciones", precisando que, se "es responsable sobre la base de la culpa por la violación dolosa o negligente del estándar de conducta exigible" (art. 4), para señalar una noción objetiva de culpa consistente en la "conducta exigible" tomando por referente el patrón estándar de "una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias" (art. 4:102 (1) PETL), susceptible de variar y adaptarse por las características de la categoría de personas a que se pertenece y en cuya determinación se tendrán en consideración la "naturaleza y valor del interés protegido de que se trate", entre más importante mayor la exigencia para evitar el daño, "la peligrosidad de la actividad" y la "pericia exigible a la persona" que la desarrolla según un nivel de diligencia superior al corriente, "la previsibilidad del daño" ex ante, la "relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas", "la disponibilidad y coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos" y también "deben tenerse en cuenta las normas que prescriben o prohíben una determinada conducta" (normas de tránsito, construcción, reglamentos); asimismo, el artículo 4.201, contempla la inversión de "la carga de la prueba de la culpa a la luz de la gravedad del peligro que la actividad en cuestión comporta" según "la gravedad

del daño que en tales casos pueda producirse" y "la probabilidad de que tal daño llegue a suceder efectivamente".

Del concepto "ético" se pasa al "social", de éste al normativo y al "económico"; la culpa también, se miró en cuanto ruptura del equilibrio del derecho a la libertad y el respeto de los derechos ajenos, falta de adopción de las medidas de precaución para evitar un daño, ya como una vulneración del deber de cuidado exigible en el tráfico jurídico 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 idóneas en la evitación de un daño, considerando su costo económico, la posibilidad de asumirlo o los deberes de cuidado exigibles al autor y a la víctima.

En rigor, en la sociedad actual es incontestable la inadecuación del criterio de la culpa para todas las hipótesis y la injusticia a que conduciría su aplicación rígida en numerosos casos de responsabilidad, como manifestación del espíritu de solidaridad humana y social, coexistiendo una pluralidad de criterios de imputación.

2. Por haberse perpetuado en la conciencia del hombre la ingénita necesidad de recuperar y mantener la equidad y el equilibrio social para obtener la justicia en el diario vivir, la aparición del maquinismo, la proliferación de accidentes asociados al transporte y la circulación de vehículos, la utilización 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, exponen Georges RIPERT y Jean BOULANGER, "[a]unque el Código Civil haya admitido un principio general de responsabilidad, la regla general se ha revelado insuficiente para asegurar la reparación del perjuicio en razón del aumento considerable del número de los daños 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" (*Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, t. v, 2ª parte, Buenos Aires, Ed. La Ley, 1956, p. 28).

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 hicieran en su momento antiguos jurisconsultos, se postuló la asignación de las cargas propias del beneficio de una actividad (*qui sentit commodum, sentire debet et onus*) y la asunción de los riesgos inherentes a ésta (*periculum incurrere nemo tenetur*), 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, tanto en los sistemas del *civil law* como en los del *common law*.

A fines del Siglo XIX, surgen las doctrinas del "riesgo profesional" (*risque professionnel*, Raymond SALEILLES [1855-1912]), "riesgo creado" (*risque créé*, Louis JOSERRAND [1868-1941]), "riesgo beneficio", "riesgo de empresa" y postula la responsabilidad, no por culpa, sino por la asunción de una empresa o una actividad riesgosa en contraprestación al beneficio que de ella se recibe (*ubi emolumentum ibi onus o ubi commoda ibi et incommoda o cuius commoda eius incommoda esse debet*), bien por equidad, en tanto, el deber surgiría *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 creación de un riesgo cuyas consecuencias se asumen en contraprestación a su creación (riesgo creado) o al provecho (riesgo beneficio), el ejercicio de una actividad profesional (riesgo profesional) o empresarial (riesgo empresarial) o a la generación de un peligro y serían diferentes de la "culpa", aún cuando, se señala que "[e]n la terminología que se refiere al 'riesgo creado', según Philolenko, 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 dañados– la responsabilidad derivante de esta «culpa» (…)". (Guido ALPA, *Trattato di diritto civile,* Tomo IV, *La responsabilità civile*, Milano, Dot. A Giuffrè, S.P.A, 1999, Nota a pie de página 176, pp. 290-291).

Posteriormente, se estructura la teoría de la "creación" o "exposición al peligro" en cuanto al peligro intrínseco que

comporta el ejercicio de ciertas actividades y que impone adoptar medidas idóneas de prevención o evitación del daño.

Tenido el riesgo por inherente a toda actividad humana susceptible de causar un daño y, de suyo, sujeta al albur, contingencia o azar, para una doctrina, su concepto propiamente consistiría en una "valoración esencialmente económica 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 parámetros razonables o normales de los cuales no podría predicarse su asunción espontánea 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 aún entendido en sentido sinonímico, devienen insuficientes por prescindir del análisis inherente a la adopción de medidas idóneas para controlar el peligro o evitar el daño, vinculadas a la diligencia exigible.

El criterio de imputación de la responsabilidad objetiva, no sería el "riesgo creado", el "riesgo beneficio", el "riesgo profesional", el "riesgo empresarial", la "creación o exposición al peligro", el "control de las fuentes del peligro", sino la "distribución del riesgo" y, particularmente, la asunción del costo de las medidas de prevención de los sujetos, asignando a quien pueda soportarlo de la manera más económica posible (Guido CALABRESI, *The Costs of Accidents*: *A Legal and Economic Analysis*, New Haven, Yale University Press, 1970; Id., *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts,* Yale Law Journal, Vol. 68, pp. 499 ss.).

En este contexto, la responsabilidad estaría vinculada a las capacidades de prevención del daño, bajo la mayor aptitud para preverlo 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 (…)" (Guido CALABRESI, *Optimal Deterrence and Accidents,* To Fleming James, Jr. Il miglior fabbro, 84 Yale L.J., 656, 657, 666; ID., *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Tort"*, 70 Yale L.J. 497 (1961); ID., **"Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules- A Comment"**, 11 J.L. & Econ. 67 1968).

Para tal efecto, aplicarían directrices de evitación del daño al menor costo (*cheapest cost avoider*) y la capacidad de asumir el costo de las medidas preventivas (*best cost avoider*), 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. El objetivo de la decisión ex post no es hallar al sujeto que puede evitar los costes de la forma más económica (*the cheapest cost avoider*), sino a aquél que pueda hacerlo del mejor modo (*the best cost avoider*) (…)", por lo cual, "(…) el efecto de ignorarlos es el de gravar con ellos a la víctima, lo cual puede ser conveniente en algunos casos (…)" (Guido CALABRESI, op. cit, pp. 245 y 339).

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.

3. 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 tornado 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 dañosas, ora, suscitan antinomias o incoherencias del sistema por su

extensión disfuncional a hipótesis apreciables con un criterio de imputación disímil.

La responsabilidad "objetiva" *(Responsabilità Oggetiva, Responsabilité objective, Strict liability, Objektive Haftung, Gefährdunggshaftungg)*, 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 ésta, 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" (*de droit*) o "pleno derecho" (*de plein droit*), 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 contrapone 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 infirmar 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 ésta, 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 dañosas 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.

El fundamento y tratamiento de la responsabilidad por actividad peligrosa, es diverso en las legislaciones, v.gr., al tenor del artículo 1913 del Código Civil Federal de México, "[c]uando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima"; según el artículo 1970 Código Civil Peruano de 1984 en la "Responsabilidad por riesgo", "[a]quel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo"; conforme al artículo 493 [2] del Código Civil de Portugal, "[q]uien cause daños a otro en ejercicio de una actividad, peligrosa por su propia naturaleza o por la naturaleza de los medios utilizados, está obligado a repararlos, salvo que demuestre que utilizó toda las providencias exigidas por las circunstancias con el fin de prevenirlos"; acorde al Código Civil de Bolivia, artículo 988, "[q]uien en el desempeño de una actividad peligrosa ocasiona a otro un daño, está obligado a la indemnización si no prueba la culpa de la víctima"; de acuerdo con el Código Civil de Paraguay, Capítulo III, "De la responsabilidad sin culpa", artículo 1846, "[e]l que crea un peligro con su actividad o profesión, por la naturaleza de ellas, o por los medios empleados, responde por el daño

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"; con fundamento en el artículo 1384 del Código Civil Francés, "se es responsable no sólo del daño causado por hecho propio, sino también por el daño causado por el hecho de las personas de las que se debe responder o de las cosas que se tienen bajo custodia" [precepto consagratorio de la responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas (*du fait des choses nanimées*) bajo guarda o custodia en la explicación del fallo *Jeand'heur* de 13 de febrero de 1930]; el artículo 403 del Código Civil Ruso de 11 de noviembre de 1922 consagraba un sistema de responsabilidad objetiva ("Aquél que ha causado un daño a la persona o a los bienes de otro, está obligado a reparar el daño. Se libra de esta obligación si prueba que no podía prevenir el daño, o que tenía derecho a infringirlo, o que el daño se ha producido a consecuencia de la premeditación o negligencia grave de la propia víctima") y se sustituyó por el artículo 88 de la Ley aprobatoria de las Bases de la legislación civil de la URSS (8 de diciembre de 1961, en vigencia el 1º de mayo de 1962), cuyo artículo 90 dispone que "organismos y ciudadanos cuyas ocupaciones están relacionadas con fuentes de peligro acentuado para los que le rodean (organismos de transporte, empresas industriales, construcciones, propietarios de automóviles, etc.), deberán indemnizar los daños causados por las fuentes de peligro acentuado, si no prueban que los daños fueron ocasionarlos por fuerza mayor o por culpa del que los ha sufrido"; Austria, distingue, la responsabilidad por culpa (*Verschuldenshaftung*), sin culpa (*Nichtverschuldenhaftungen*) y por equidad (*Billigkeitshaftung*), situando en la segunda, la responsabilidad "por peligro" (*Gefährdungshaftung*), imputándose

objetivamente el daño a quien controla la fuente del peligro por la ventaja que obtiene de éste y, también diferencia la "responsabilidad causal" (*Erfolgshaftung o Kausalshaftung*) y la "responsabilidad por interferencia" (*Eingriffshaftung*); en Italia, el artículo 2050 del *Codice Civile*, prevé específicamente la "responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas", disponiendo que "aquel que ocasiona un daño 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 idóneas para evitar el daño", donde "la previsibilidad del daño es in re ipsa y el sujeto debe actuar teniendo en cuenta el peligro para los terceros. Los deberes inherentes a la normal diligencia serían, en este caso, insuficientes porque cuando la peligrosidad está insita en la acción, existe el deber de actuar teniendo en cuenta el peligro; el deber de evitar el daño se torna más riguroso cuando se actúa con la neta previsión de su posibilidad" (*Relazione del guardasigilli al Codice Civile*, no 795; Giovanna VISINTINI, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, t. 2, trad esp. Aida KELMELMAJER DE CARLUCCI, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 415); en Inglaterra, la justicia inglesa en Rylands vs. Fletcher (1868), adoptó el criterio de responsabilidad objetiva (*strict liability*) y se dijo que quien tuviese en su poder un elemento peligroso o desempeñara una actividad de tal índole (*dangerous activity*) debía mantener indemnes a los demás miembros de la comunidad o de lo contrario indemnizar a quien sufriera daño sin importar su diligencia [criterio reiterado en Powell vs. Fall (1880), Baker vs. Snell (1908), inter alia], eximiéndose de dicha responsabilidad únicamente por la intervención de un agente extraño [Nicholls vs. Marsland (1875)], posición aplicada en los Estados Unidos de

América, entre otros casos, en Green vs. General Petroleum Corp. (1928), Madsen vs. East Jordan (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), esto es, no es indiferente a la responsabilidad objetiva del agente, debatiendo si la actividad desempeñada es peligrosa *per se* (*dangerous activity*), inherentemente peligrosa (*inherently dangerous activity*), ultra-peligrosa (*ultrahazardous activity*) o anormalmente peligrosa (*abnormally dangerous*).

De la misma manera, el artículo 5.101 de los Principios Europeos del Derecho de Daños (*Principles of European Tort Law*, 2005), enuncia una cláusula general de responsabilidad objetiva, prescribiendo: "(1) La persona que lleva a cabo una actividad anormalmente peligrosa responde objetivamente por el daño característico del riesgo que tal actividad comporta y que resulta de ella. (2) Una actividad es anormalmente peligrosa si: a) crea un riesgo previsible y significativo de daño incluso aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio y b) no es una actividad que sea objeto de uso común. (3) El riesgo de daño puede ser significativo en atención a la gravedad o a la probabilidad del mismo. (4) Este artículo no se aplica a una actividad sujeta específicamente a responsabilidad objetiva por cualquier otra disposición de estos Principios o por cualquier legislación nacional o convención internacional".

4. El ordenamiento jurídico colombiano por sus orígenes y por la labor hermenéutica de los jueces, no ha sido ajeno a la evolución de la responsabilidad en el mundo. Por el

contrario, ha estructurado una concepción jurisprudencial, de suyo genuina, aunque dicotómica, conforme a las distintas expresiones del pensamiento.

La Corte, en reiteradas oportunidades ha referido al régimen general de la responsabilidad civil extracontractual y, en singular, a la responsabilidad por actividades peligrosas y si bien su tratamiento no ha sido uniforme, los diversos criterios siempre se han inspirado en su prístino derrotero de restablecer el equilibrio alterado con sujeción a claros parámetros normativos de justicia, simetría, y equidad.

En sentencia de 11 de febrero de 1897 (XII, p. 268), definió la *"[c]ulpa civil o cuasidelito" como "un hecho ejecutado o no con voluntad y malicia, que ha inferido daño a otro, quien tiene derecho a indemnización. En esta culpa no se tiene en cuenta la voluntad ni la malicia en la ejecución del hecho; lo indispensable es el daño causado a otro y la indemnización que por el daño se debe"*; en fallos de 17 de diciembre de 1897 (XIII, 222) y 14 de mayo de 1917 (XXVI, 63), postuló la carga probatoria de la diligencia a quien incumbe emplearla y para exonerarse de responsabilidad está obligado a demostrar la ausencia de culpa; en sentencia de diciembre 17 de 1927 (XXXV, 64) reiteró que "*el artículo 1604 del C.C. establece el principio de que la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearla, regla que tiene cabal aplicación en todos los casos de culpa civil, ya se trate de contractual o aquiliana"* (mayo 16/1928, XXXV, 260; febrero 28/1933, XLI, 192; marzo 17/1932, XXXIX, 556; diciembre 12/1929, XXXVII, 360; febrero 5/1936, XLIII, 1017).

En sentencia de 23 de marzo de 1934 (XL, 835), en relación con la peligrosidad de los artefactos explosivos utilizados para beneficio de la construcción y a los daños por ellos causados, sentó la pauta de la asunción de las consecuencias dañosas por quien usa tales artefactos, en donde *"por tratarse de un acto necesario, indispensable, como era el uso de explosivos que desarrollaran gases capaces de romper la roca, explosivos que, no obstante la precaución de ser pequeños, no era posible dominar en sus efectos, es preciso reconocer- se repite- que la naturaleza del medio empleado como necesariamente eficaz para el objeto a que se destinaba y con cuyo uso se produjo el daño, hallándose fuera de todo control, dicho medio precisamente por el uso que de él se hizo en interés y beneficio de la empresa, que quiso aumentar su capacidad constructora y favorecer la economía en su patrimonio, atrae también necesariamente sobre la misma responsabilidad del daño causado, porque, en casos como éste, tratándose de un medio fuera de todo control, no puede reconocerse la existencia del cuidado y la autoridad competente de que pueda hacerse uso para impedir las consecuencias dañosas … y si tales medios se le proporcionaron, siendo esencialmente peligrosos en su utilidad, quien de ellos dispuso es quien debe soportar las consecuencias de su hecho; y en este caso no puede admitirse la existencia de cuidado y autoridad para prevenir, desde luego que por el uso de la dinamita era difícil toda prevención"*; luego, en sentencia de noviembre 30 de 1935, indicó: *"En los casos en que, como en el presente, permanece desconocida la causa del daño, no es necesaria la prueba de la fuerza mayor o causa extraña, sino que puede ser suficiente la prueba de la ausencia de culpa o de a conducta diligente".*

En sentencia de diciembre 9 de 1936, precisó que el artículo 191 de la Ley 46 de 1923, *"por su contexto consagra el sistema del riesgo creado: es decir, el aludido principio de que la responsabilidad por el pago de un cheque falso es el riesgo normal del comercio del banco"* y, en cas. civ. de 5 de agosto de 1937 (XLV, 420) reiteró: *"La reparación del daño se basa entonces en la idea de que quien crea un riesgo debe sufrir las consecuencias de su realización, cuando perjudica a otro, abstracción hecha de toda culpa cometida".*

En luminosa sentencia de 14 de marzo de 1938 (XLVI, 1932, 215 ss.), por completo auténtica y creativa, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil, con fundamento en el artículo 2356 del Código Civil, a cuyo tenor, *"[p]or regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación: 1. El que dispara imprudentemente una arma de fuego. 2. El que remueve losas de una acequia o cañería o las descubre en calle o camino sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche; 3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino"*, inició con acierto el proceso de transformación de las bases de la responsabilidad civil, encontrando en el mencionado precepto el fundamento de la responsabilidad por actividades peligrosas, sin necesidad de acudir a doctrinas foráneas ni a concepciones reforzadas.

Dijo, entonces, la Corte:

> *"La presunción de inocencia en favor de todo imputado y la de buena fe en pro del poseedor, implican, como toda presunción, la carga de la prueba en contrario. […] A ese mismo principio […], obedece el artículo 2341 del*

C.C., según el cual la obligación de indemnizar en él mismo impuesta cae sobre el que ha cometido un delito o culpa: tal su categórica redacción.

"El artículo 2356 ibídem, que mal puede reputarse como repetición de aquél, ni interpretarse en forma que sería absurda si a tanto equivaliese, contempla una situación distinta y la regula, naturalmente, como a esta diferencia corresponde. Así es de hallarse desde luego en vista de su redacción y así lo persuaden, a mayor abundamiento los ejemplos que aduce o plantea para su mejor inteligencia, a manera de casos en que especialmente se debe reparar el daño a que esta disposición legal se refiere, que es todo el que 'pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona'.

"Exige, pues, tan sólo que el daño pueda imputarse. Esta es su única exigencia como base o causa o fuente de la obligación que enseguida pasa a imponer.

"Esos ejemplos o casos explicativos corresponden, y hasta sobra observarlo, a la época en que el código se redactó, en la que la fuerza del hombre como elemento material y los animales eran el motor principal, por no decir único en la industria, en las labores agrícolas, en la locomoción, todo lo cual se ha transformado de manera pasmosa en forma que junto con sus indeclinables favores ha traído también extraordinarios peligros. Innecesario expresar el protuberante contraste, por ejemplo, entre la locomoción de hoy y de entonces. Si para aquella edad fueron escogidos ejemplos […] apenas se podrá imaginar de qué ejemplos se habría valido el legislador en disposición dictada cuando el ferrocarril eléctrico queda a la zaga del automóvil y éste parece lento ante el velívolo, y en que los caminos y calles se atestan y congestionan por obra del paralelo crecimiento y desarrollo de la población, de la producción y del intercambio comercial.

"La teoría del riesgo, según la cual al que lo crea se le tiene por responsable, mira principalmente a ciertas actividades por los peligros que implican, inevitablemente anexos a ellas y mira a la dificultad, que suele llegar a la imposibilidad, de levantar las respectivas probanzas los damnificados por los hechos ocurridos en razón o con motivo o con ocasión del ejercicio de esas actividades […]. De ahí que los daños de esa

clase se presuman, en esa teoría, causados por el agente respectivo […] Y de ahí también que tal agente o autor no se exonere de la indemnización, sea en parte en algunas ocasiones, sea en el todo otras veces, sino en cuanto demuestre caso fortuito, fuerza mayor o intervención de elemento extraño. […]

"Fortuna para el legislador colombiano es la de hallar en su propio código disposiciones previsivas que sin interpretación forzada ni descaminada permiten atender al equilibrio a que se viene aludiendo o, por mejor decir, a la concordancia o ajustamiento que debe haber entre los fallos y la realidad de cada época y de sus hechos y clima.

"Porque, a la verdad, no puede menos de hallarse en nuestro citado art. 2356 una presunción de responsabilidad. De donde se sigue que la carga de la prueba no es del damnificado sino del que causó el daño, con sólo poder éste imputarse a su malicia o negligencia.

"No es que con esta interpretación se atropelle el concepto informativo de nuestra legislación en general sobre presunción de inocencia, en cuanto aparezca crearse la de negligencia o malicia, sino que simplemente teniendo en cuenta la diferencia esencial de casos, la Corte reconoce que en las actividades caracterizadas por su peligrosidad, de que es ejemplo el uso y manejo de un automóvil, el hecho dañoso lleva en sí aquellos elementos, a tiempo que la manera general de producirse los daños de esta fuente o índole impide dar por provisto al damnificado de los necesarios elementos de prueba.[…]

"Entendido, de la manera aquí expuesta nuestro art. 2356 tantas veces citado, se tiene que el autor de un hecho no le basta alegar que no tuvo culpa ni puede con esta alegación poner a esperar que el damnificado se la compruebe, sino que para excepcionar eficazmente ha de destruir la referida presunción demostrando uno al menos de estos factores: caso fortuito, fuerza mayor, intervención de elemento extraño". (XLVI, pp. 211-217).

El 18 de mayo de 1938, la Corporación, manteniendo el criterio esbozado, formula un pronunciamiento en principio

equivalente al anterior, pero añade un elemento particular que limita sus alcances a uno de los elementos de la responsabilidad civil, manifestando que *"(…) el citado artículo 2356 establece una presunción de responsabilidad que origina y da nacimiento a la presunción de culpa extracontractual (…)"* (XLVI, págs. 515-522).

Posteriormente, sin mencionar presunción de culpa alguna, retoma el primer criterio, expresando que *"(…) a la verdad, no puede menos que hallarse en nuestro citado art. 2356 una presunción de responsabilidad (…) en las actividades características por su peligrosidad (…) [e]sos accidentes no son por lo general fruto de una acción maliciosa y voluntaria, sino regularmente contingencias que suelen presentarse con alguna frecuencia (…) [p]ero quien ejercita actividades de este género es el responsable del daño que por obra de ellas se cause (…) [e]l art. 2356 parte de la base de la imputabilidad de la culpa a quien ejerce una actividad peligrosa, por el solo hecho de ejercerla (…)"* (Sentencia de 31 de mayo de 1938, XLVI, 560-565, reiterada en sentencia de la Sala de Negocios Generales de 17 de junio de 1938, XLVI, 677-694).

Ante el auge del acaecimiento de situaciones que encuadraban dentro del supuesto fáctico contenido en la norma antecitada, la Corte en sentencia de 18 de noviembre de 1940 (L, 437-443) morigeró su doctrina jurisprudencial para indicar que *"tampoco ha aceptado, ni podría aceptar la teoría del riesgo porque no hay texto legal que la consagre ni jurisprudencialmente podría llegarse a ella desde que la interpretación del art. 2536 del Código Civil se opondría a ello. Cuando la Corte ha hablado del riesgo en los fallos ya mencionados no lo ha entendido en el*

concepto que este vocablo tiene en el sentido de la responsabilidad objetiva, lo cual es claro y obvio si se considera que en tales fallos se ha partido de la doctrina de la presunción de culpabilidad, que por lo ya dicho es opuesta, contraria a la del riesgo creado" (reiterada en sentencias de 30 de mayo de 1941, 18 de agosto de 1941 (LI, 188), 19 de junio de 1942).

Poco tiempo tuvo la interpretación considerada en la época acertada del artículo 2356 del Código Civil, cuando otro pronunciamiento señaló una presunción de responsabilidad sin mención de presunción de culpa, alejándose como sus precedentes directos, de la aplicación de la teoría del riesgo. Se dijo: *"[e]l artículo 2356, parte, como es obvio, de la base de que no existe vinculación contractual entre la víctima y el responsable del daño sino que deriva la responsabilidad de la malicia o de la negligencia del autor del daño. Basta establecer que éste se causó, basta la relación de causalidad, para deducir el perjuicio. […] no establece la llamada teoría del riesgo, porque en ésta no existe exoneración de responsabilidad. […] se parte de la presunción de responsabilidad, que pesa sobre el autor del daño, pero que puede ser desvirtuada por la fuerza mayor siempre; por el caso fortuito, pero con ciertos requisitos (…) y por la intervención de un elemento extraño (…)"* (sentencia de 24 de junio de 1942, LIII, 656-662).

Sin embargo, la jurisprudencia nuevamente optó por la presunción de culpa, manteniendo la misma línea argumentativa que justificaba cualquiera de las dos posiciones existentes en el momento (sentencia de 7 de septiembre de 1948, LXIV, 744-746): *"La presunción, en tales casos, es solo de culpabilidad, es decir,*

que al damnificado le corresponde demostrar plenamente el hecho perjudicial y la relación de causalidad entre este y el daño que originó, los cuales no se presumen" (sentencia de 10 junio de 1952, LXXII, 395).

En fallo de 14 de febrero de 1955, la jurisprudencia civil excluyó del entendimiento del artículo 2356 del Código Civil, la presunción de culpa. Puntualizó: *"El criterio de peligrosidad de una actividad no dice relación a la aplicabilidad de la presunción de culpa a la que aluden los artículos 2.347 y 2.349 del C.C. porque aquel género de actividades caen bajo el dominio de la presunción de responsabilidad -no de culpa- que se halla configurada por el artículo 2.356 del C.C. Más claro: no por el hecho de afirmar que una actividad no es peligrosa, no se puede desconocer la existencia de la culpa consignada en los artículos citados por el recurrente. La doctrina y la jurisprudencia han anotado las diferenciaciones precisas entre estas dos situaciones jurídicas: en la primera, la prueba de la propia conducta diligente no es causal eximente de responsabilidad civil; es necesario que el demandado demuestre el caso fortuito, la fuerza mayor o un hecho extraño, dentro del cual se halle la culpa exclusiva de la víctima como causal única del perjuicio. En la segunda, le basta al demandado ofrecer la demostración de su diligencia para exonerarse de la responsabilidad, y desde luego, esa exoneración tiene ocurrencia si demuestra cualquiera de los extremos antes anotados para la presunción de responsabilidad. Es bueno advertir que la locución 'presunción de peligrosidad' no tiene perfil técnico, porque lo que se presume es la responsabilidad por actividad peligrosa"* (LXXIX, págs. 479-484).

Con posterioridad, la Corte, sostuvo la existencia de una obligación de resultado de no causar daño como fundamento de la responsabilidad, expresando: "*En el artículo 2356 el supuesto jurídico de la responsabilidad no es solamente haber faltado al deber general de obrar con una conducta prudente, sino que ese deber se desplaza hacía la obligación específica – de resultado- de no causar daño en el ejercicio de una actividad que peligrosa o no en sí misma, bien por su naturaleza o ya por las circunstancias en que se desarrolla, requiere especiales precauciones"* (14 de diciembre de 1961, Sala de negocios generales, XCVII, 779); *"(...) el artículo 2356 del Código Civil implica la existencia de una obligación legal de resultado que consiste en vigilar dicha actividad (...) la ley presume la culpa de quien beneficiándose de la correspondiente actividad de la que dicha cosa es instrumento, tiene sobre ella un poder efectivo de vigilancia, gobierno y control (...)"* (Sentencia de 22 de febrero de 1995, no publicada); *"(...) todas las actividades de esa especie, llamadas peligrosas, aparejan la existencia de una obligación de resultado consistente en vigilar dicha actividad"* (Sentencia de 5 de mayo de 1999, no publicada).

La orientación jurisprudencial a propósito del régimen de responsabilidad por el ejercicio de la actividad peligrosa, invariablemente, con escasas excepciones, ha postulado, de un lado, la presunción de culpa y, de otro, la exoneración del autor con la demostración del elemento extraño, es decir, fuerza mayor o caso fortuito, intervención exclusiva de un tercero o de la víctima [sentencias de febrero 28/1956, LXXXII, 107 ("*La presunción de responsabilidad de que se trata estriba en la actividad peligrosa, no en la cosa"*), 5 de abril de 1962 (XCVIII, págs. 341-344), 13 de febrero y 8 de

mayo de 1969, (CXXIX, 112-118 y CXXX, 98-107), 17 de abril y 28 de julio de 1970 (CXXXIV, 36-48 y CXXXV, 54-59), 26 de abril de 1972 (núm. 2352 a 2357 p. 174. *"(...) en tales circunstancias se presume la culpa"*), 18 de mayo de 1972 (CXLII, 183-191), 9 de febrero y 18 de marzo de 1976 (CLII, 26-31 y CLII, 67-75), 30 de abril de 1976 (CLII, 102-110 y 111 a 131), 27 de julio de 1977 (G.J. CLV, 205-218), 5 de septiembre de 1978 (CLVIII, 191-200), 16 y 17 de julio de 1985 (CLXXX, 138-151 y 152-159 respectivamente), 29 de agosto de 1986 (CLXXXIV,222-238), 25 de febrero y 20 de agosto de 1987 (CLXXXVIII, 45-52, 136 y siguientes), 25 de agosto de 1988 (no publicada oficialmente), 26 de mayo de 1989 (CXCVI, 143 y siguientes), 18 de septiembre de 1990 (no publicada oficialmente), 1º de febrero y 31 de octubre de 1991 (no publicadas oficialmente), 8 de octubre de 1992 (CCXIX, 518 y siguientes), 19 de abril y 30 de junio de 1993 (CCXXII, 391 y siguientes, 628 y siguientes), 25 de octubre y 15 de diciembre de 1994 (CCXXXI, 846-901 y 1216-1232), 30 de octubre de 1995 (no publicada oficialmente), 5 de mayo (Exp. Núm. 4978) y 25 de octubre de 1999 (CCLXI, 874-885), 14 de marzo de 2000 (Exp. Núm. 5177), 7 de septiembre de 2001 (6171), 23 de octubre de 2001 ("*si peligrosa es la actividad que, debido a la manipulación de ciertas cosas o al ejercicio de una conducta específica que lleva ínsito el riesgo de producir una lesión o menoscabo, tiene la aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que –de ordinario- despliega una persona respecto de otra (Cfme: cas. civ. de 4 de junio de 1992), la presunción de culpa que, por su ejecución, ha entendido la jurisprudencia de la Corte que consagra el artículo 2356 del Código Civil, únicamente puede predicarse 'en aquellos casos en que el daño proviene de un hecho que la razón natural permite imputar a la incuria o imprudencia de su autor' (CLII, pág. 108, reiterada en sent. de marzo 14 de 2000, exp. 5177), es decir, de quien tenía el gobierno o control de la actividad, hipótesis ésta que 'no sería aceptable en frente de un tercero, como lo sería el peatón o el pasajero de uno de los automotores'* (LIX, pág. 1101)", exp. 6315, no publicada oficialmente), 30 de

septiembre de 2002 (Exp. Núm. 7069), 3 de marzo de 2004 (Exp. Núm. 7623), 30 de junio de 2005 (Exp. Núm. 1998-00650-01), 19 de diciembre de 2006 (Exp. Núm. 2000-00011-01) y 2 de mayo de 2007 (Exp. Núm. 1997-03001-01), entre otras.

La jurisprudencia contencioso administrativa, de su parte, aplica como "títulos jurídicos objetivos de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado", los del riesgo excepcional o riesgo creado y el daño especial por ruptura de la igualdad de todos los ciudadanos frente a las cargas públicas.

En la primera hipótesis, la responsabilidad derivaría del simple desarrollo de una actividad riesgosa susceptible de ocasionar un daño o de la asunción de sus consecuencias nocivas por el beneficio, así la "actividad no entrañe verdadera peligrosidad", situando la "responsabilidad por "riesgo-peligro (comprensiva del "uso de objetos peligrosos" [como las sustancias peligrosas, p.ej., químicos o explosivos; los instrumentos o artefactos peligrosos, v.gr. armas de fuego o vehículos automotores; las instalaciones peligrosas, *ad exemplum*, redes de conducción de energía eléctrica o de gas domiciliario], el "uso de métodos peligrosos" [daños causados por menores delincuentes reclusos, enfermos mentales o condenados en salida o permiso] y la ejecución de trabajos públicos), la "responsabilidad por riesgo beneficio" (el provecho estatal o de la comunidad por el ejercicio de una actividad riesgosa y no el peligro basa la responsabilidad, p.ej., miembros de la Fuerza Pública, colaboradores ocasionales de la administración, transporte benévolo o forzoso) y la "responsabilidad por álea" (en virtud de la asunción de riesgos emanados de acciones u omisiones

vinculadas a la probabilidad de causar un daño, incluso por azar o imprevisión, p.ej., métodos científicos experimentales o de consecuencias no despejadas ni conocidas por completo y, aún de excepcional ocurrencia) y, en la última (daño especial), la ruptura de la simetría ciudadana respecto de las cargas públicas con el desarrollo de una actividad estatal legítima generatriz de un daño especial al margen de un riesgo o de la normalidad o anormalidad del servicio, especies, todas caracterizadas por "la irrelevancia de elemento subjetivo alguno cuya concurrencia deba demostrarse en el proceder de la entidad pública demandada" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de marzo de 2008, rad. 85001-23-31-000-1997-00440-01-16530).

En singular, el Consejo de Estado, ha extendido la responsabilidad estatal, hasta el hecho de un tercero, particularmente, por daños ocasionados a víctimas de violencia calificada, *verbi gratia*, actos terroristas, población civil, en algunos tipos de responsabilidad objetiva (daño especial, riesgo excepcional), desestimándolo por causa extraña, salvo "cuando éste se produzca sin ninguna relación con la actividad administrativa", más no "en razón de la defensa del Estado ante el hecho del tercero, porque si bien esa defensa es legítima, el daño sufrido por las víctimas ajenas a esa confrontación es antijurídico, en cuanto éstas no tenían el deber jurídico de soportar cargas superiores a las que se imponen a todos los demás asociados" y, aún, "sin importar quién sea el autor material del daño que se cause durante la confrontación, es decir, si durante un enfrentamiento armado entre agentes estatales y un grupo al margen de la ley, por ejemplo, se causa una lesión a un particular ajeno a esa confrontación, para efectos de establecer la responsabilidad del Estado no es necesario que la lesión haya

sido causada por uno de sus agentes" (sentencia de agosto 8 de 2002, radicación 54001-23-31-000-1989-5672-01-10952, reiterada en sentencia de 26 de marzo de 2008, rad. 85001-23-31-000-1997-00440-01-16530).

La jurisdicción contencioso administrativa admite la responsabilidad por "actividad peligrosa" respecto de daños inferidos con armas de fuego, energía eléctrica, gas, conducción de automotores, construcción de obra pública, entre otros casos; así tratándose de la ejecución de una obra o trabajos públicos, inicialmente, preconizó el principio *ubi emolumentum ibi onus esse debet* -donde está la utilidad debe estar la carga- es responsable de los perjuicios a quien crea la situación de peligro (sentencia de noviembre 28 de 2002, Exp. 14397, reiterada entre otras en sentencias de julio 9 de 2005, Exp. 15059, marzo 1 de 2006, Exp. 15284; agosto 30 de 2007, Exp. 15749) y luego, prohijando la jurisprudencia francesa (C.E. 15 de diciembre de 1937, *Prefect de la Gironde,* Rec. CE p. 1044), diferenció la situación del tercero extraño a la obra y la del obrero u operario (arquitectos, ingenieros, obreros) para aplicar en este último caso, la concepción de la falla del servicio de la entidad pública dueña de la obra, en tanto vinculado a la misma, a los riesgos y a la retribución recibida (sentencias de julio 9 de 2005, Exp. 15059, agosto 30 de 2007, Exp. 15749 y de 3 de diciembre de 2007, exp. 16352), y en punto de los ocasionados por servidores estatales con armas de fuego, el "riesgo excepcional" (sentencia de julio 5 de 2008, exp. 17948), distinguiendo cuando es de dotación oficial, se utiliza en horas del servicio o fuera de éste; por lo general, preconiza responsabilidad objetiva por daños causados a conscriptos por "daño especial" sin perjuicio del "riesgo excepcional" (sentencias de julio 30 de 1998, Exp. 10891; 2 de marzo de 2.000, expediente 11.401; junio 6 de 2007, 05001-23-24-000-1993-01344-01(16064), 20 de septiembre de 2007, radicación 880012331000199600063 01; marzo 26 de 2008, exp. 16487),

utilizando indistintamente las nociones de daño especial, riesgo excepcional y actividad peligrosa.

Ab initio, el Consejo de Estado, definía los asuntos relativos a la responsabilidad por daños derivados de actividades peligrosas, "con fundamento en el régimen de falla presunta del servicio (Al respecto ver, por ejemplo, sentencia de 15 de agosto de 1996, exp: 11.071), que es el que invoca la parte demandante, y que fue recogido por la Sala, por considerar que tratándose de daños causados con ocasión del ejercicio de tales actividades, el daño es imputable a la entidad al margen de la existencia de una falla y que sólo habrá lugar a la exoneración de responsabilidad cuando se acredite la existencia de una causa extraña, como la culpa exclusiva de la víctima" (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 6 de junio de 2007, expediente No. 16.313).

La orientación actualmente predominante, preconiza por regla general que en los eventos dañosos generados "*por las cosas o actividades peligrosas (armas de dotación oficial, vehículos automotores, conducción de energía eléctrica, etc.), el régimen aplicable es de carácter objetivo, porque el factor de imputación es el riesgo grave y anormal a que el Estado expone a los administrados. De tal manera, que basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella. Es ésta la razón por la cual la Corporación ha seguido refiriéndose al régimen de responsabilidad del Estado fundado en el riesgo excepcional, en pronunciamientos posteriores a la expedición de la nueva Carta Política...En dichos eventos (daños producidos por las cosas o las actividades peligrosas), al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de una actividad riesgosa. Y la entidad demandada, para exculparse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, que el daño se produjo por fuerza mayor, culpa exclusiva y determinante de la víctima o hecho exclusivo y determinante de un tercero",* (sentencia de 15 de marzo de 2001, exp. No. 52001-23-31-000-1994-6040-01(11.222), reiterando las sentencias del 16 de marzo de 2000, expediente 11.670;

25 de mayo de 2000, expediente 11.253; 15 de junio de 2000, expediente 11.688; 19 de julio de 2000, expediente 11.842); enfatizando que *"[e]n relación con los daños causados con el ejercicio de actividades peligrosa, como la conducción de vehículos, se aplica el régimen de responsabilidad objetiva, según el cual quien se beneficia de la actividad riesgosa debe responder por los daños que con ella se causen, y sólo se exonera si demuestra la existencia de una causa extraña, es decir, la carga de la prueba de la ruptura del vínculo causal entre el ejercicio de la actividad riesgosa y el daño la tiene el responsable"* (sentencia de 25 de julio de 2002, exp: 66001-23-31-000-1996-3104-01(14180) y, tratándose de lesiones ocasionadas con el ejercicio de la actividad de conducción de vehículos automotores, prohíja la atribución de responsabilidad "objetiva a la persona jurídica que ejercía la actividad causante del daño, dado que quien cree un riesgo debe asumir las consecuencias de su materialización" (sentencia de 26 de marzo de 2008, radicación número 76001-23-31-000-1994-00512-01(14780)).

Para el máximo tribunal de justicia contenciosa administrativa, con el propósito de formular directrices de evitación del daño, cualquiera sea el criterio de imputación de la responsabilidad por actividad peligrosa, *"siempre que se invoque en la demanda el régimen de falla del servicio, deberá entrarse a estudiar, en primer término, la responsabilidad de la Administración bajo ese título de imputación porque de un lado ese criterio es aplicable aún tratándose de daños causados con ocasión de actividades peligrosas, y por otra parte, se cumple con la función consustancial a la jurisprudencia contencioso administrativa de identificar las falencias que se presentan en el ejercicio de la actividad administrativa, con el propósito de que: (i) la definición para un caso concreto se convierta en advertencia para la administración con el fin de que ésta procure evitar la reiteración de conductas anormales y (ii) esa decisión sirva para*

trazar políticas públicas en materia de administración" (sentencia de 26 de marzo de 2008, radicación número 76001-23-31-000-1994-00512-01-14780-).

5. La problemática reseñada en la jurisprudencia ordinaria y contencioso administrativa colombiana, se acentúa tratándose de daños recíprocos derivados del ejercicio de actividades peligrosas concurrentes, similares, idénticas o diferentes.

Sobre el particular, la doctrina de los comentaristas y las soluciones normativas son diversas.

Bajo el influjo de las "presunciones" de culpa, se ha sostenido su neutralización y la mutación del régimen de responsabilidad a la "culpa probada" (art. 2341); la pervivencia de la presunción a favor de las víctimas; la asunción del daño por ambas partes de acuerdo con su "culpa", mayor o menor peligrosidad de las actividades concurrentes o incidencia causal en el daño; la asunción plena de la reparación por aquel a quien se demuestra una "culpa" y la enervación de la presunción frente a la víctima; o la reducción y dosificación de la reparación del daño según la participación de cada cual.

Con la tesis de la presunción de culpa en contra del autor o agente y a favor de la víctima por el desarrollo de actividades peligrosas, la doctrina jurisprudencial se enfocó en aquellas situaciones en las que tanto la víctima como el victimario ejercían actividades de tal tipo, frente a lo cual se postuló la neutralización absoluta de presunciones desplazando el asunto al campo de la culpa probada cuando ambas actividades eran

equivalentes (cas.civ. abril 30/1976, CLII, 2393, pp.108 ss), o lo que es igual, el perjudicado terminaba siendo afectado por la misma presunción que pretendía aliviarle la dificultad probatoria, pues se afirmó "*siendo igualmente peligrosas las actividades (…) la presunción de culpabilidad (…) no rige exclusivamente para la parte demandada sino que se presume en ambas partes la culpa"* (LIX, pág. 1062, cas. civ. febrero 25 de 1957,CLXXXVIII, 2427, pp. 48 ss; reiterada en sentencias de 25 de febrero de 1987 y 12 de abril de 1991, entre otras).

Ante la iniquidad que dicha inteligencia engendra, la doctrina jurisprudencial cambió señalando en reiteradas oportunidades que en presencia de dos actividades peligrosas *"(…) en lugar de colegir maquinalmente la aniquilación de la presunción de culpa que favorece al damnificado, el juez deberá establecer si realmente a ella hay lugar en ese caso concreto, juicio para cuya elaboración deberá tomar en consideración la peligrosidad de ambas, la incidencia de cada una en el percance o la virtualidad dañina de la una frente a la otra. Más exactamente, la aniquilación de la presunción de culpas por concurrencia de actividades peligrosas en la generación de un daño, presupone que el juez advierta, previamente, que en las específicas circunstancias en las que se produjo el accidente, existía cierta equivalencia en la potencialidad dañina de ambas, pues de no darse esa correspondencia, gravitará siempre en favor de la víctima la presunción de que el demandado fue el responsable del perjuicio cuya reparación demanda."* (Sentencia de 5 de mayo de 1999, Exp. Núm. 4978, CCXXXIV, P.260, reiterada en providencias de 26 de noviembre del mismo año y 19

de diciembre de 2006), siendo éste el criterio mantenido hasta la fecha.

En fallo del 26 de noviembre de 1999, la Corte precisó:

> *"…desde un punto de vista jurídico en caso tal de concurrencia, constituye punto esencial determinar la incidencia que el ejercicio de la actividad de cada una de las partes tuvo en la realización del daño, o sea establecer el grado de potencialidad dañina que puede predicarse de uno u otro de los sujetos que participaron en su ocurrencia, lo que se traduce en que debe verse cuál ejercicio fue causa determinante del daño, o en qué proporción concurrieron a su ocurrencia; de modo tal que no dándose una correspondencia o equivalencia entre tales actividades, queda aún el demandante con el favor de la presunción de que el demandado fue el responsable del perjuicio cuya reparación se reclama.*
>
> *"Según lo anterior, basta determinar, entonces, cuál fue la causa determinante del daño para deducir quién corre con la carga de indemnizar los perjuicios, e inútil será, si ella pesa contra la demandada, como guardián de la actividad peligrosa por cuyo ejercicio realmente se causó el daño, que éstos intenten establecer que observaron la diligencia debida; se da así entrada legal a un singular mecanismo de atribución de dicha deuda de reparación, el cual en último término y para los fines que aquí importa tener presentes, consiste en imputarle el resultado dañoso, en virtud del principio de control del peligro y atendidas las características de los riesgos específicos inherentes a determinado tipo de empresa o explotación, al patrimonio de quien tenía la potestad de dominar, de ejercer tales controles y de impedir aquél resultado; de donde se sigue, por obvia inferencia, que su defensa no puede plantearse con éxito en el terreno de la culpabilidad sino en el de la causalidad, rindiendo la prueba de lo que se ha convenido en denominar "la causa externa exoneratoria", originada en el caso fortuito o fuerza mayor, en el hecho de la víctima o en el hecho de un tercero" (cas. civ. 104 del 26 de noviembre de 1999).*

Por su parte, la jurisprudencia contencioso administrativa al tratar el daño causado por la colisión de dos

vehículos en movimiento generatrices de riesgos recíprocos, estima menester establecer si "*tenían características similares o si, por el contrario, se diferenciaban en su tamaño, volumen o potencial para desarrollar velocidad, etc., de tal manera que uno de ellos representara un mayor peligro, y si el vehículo oficial que intervino en el accidente superaba en esos aspectos al del particular que reclama la indemnización, habrá lugar a la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad por riesgo excepcional"* (sentencia de 26 de marzo de 2008, radicación número 76001-23-31-000-1994-00512-01(14780); sentencia de 3 de mayo de 2007, expediente No. 16180), distinguiendo el quebranto producido *"no como consecuencia del ejercicio de la actividad de conducción de vehículos automotores, aunque sí con dichos bienes, por ejemplo, cuando el vehículo se encuentra estacionado al momento de producirse la colisión, caso en el cual la responsabilidad recaerá en la Administración, a título de falla del servicio, cuando se estuviera en frente del incumplimiento de normas reglamentarias de transito", por cuanto "un vehículo en movimiento representa un peligro por su comportamiento, pero un vehículo estacionado no representa ningún peligro desde el punto de vista de su comportamiento y sólo será un peligro en su estructura por la posibilidad de su explosión, por ejemplo. Los daños que se generen como consecuencia de la materialización de esos peligros podrán ser resueltos, como ya se señaló con fundamento en el criterio de imputación de riesgo excepcional. Un vehículo estacionado podrá generar un riesgo cuando no se cumpla con las normas reglamentarias de tránsito, de tal manera que no sea visible para los demás conductores o peatones, a una distancia suficiente para evitar una colisión. En tales eventos no es el comportamiento ni la estructura del bien los que generan el peligro sino el incumplimiento de las normas de seguridad, lo cual generaría para la entidad responsable del hecho una responsabilidad a título de falla del servicio"* (sentencia de 26 de marzo de 2008, radicación número 76001-23-31-000-1994-00512-01(14780).

6. En compendio, la doctrina de la Corte en torno de la responsabilidad civil por actividades peligrosas, ha estado orientada por la necesidad de reaccionar de una manera

adecuada ante los daños en condiciones de simetría entre el autor y la víctima, procurando una solución normativa, justa y equitativa.

En un comienzo, consideró que la responsabilidad por actividades peligrosas *ex* artículo 2356 del Código Civil, comporta una presunción de responsabilidad en contra del autor; después, dijo que de ésta dimana una presunción de culpa; luego una presunción de peligrosidad, pasando a un sistema de responsabilidad por "riesgo" o "peligrosidad" de la actividad, para retornar a la doctrina de la "presunción de culpa".

En todas estas hipótesis, es decir, presunción de responsabilidad, presunción de peligrosidad y presunción de culpa, la Corte, sin embargo, ha sido reiterada, uniforme y convergente, en cuanto a que la exoneración sólo puede obtenerse con prueba del elemento extraño, esto es, la fuerza mayor, el caso fortuito, la intervención exclusiva de un tercero o de la víctima, más no con la demostración de la diligencia exigible, o sea, con la ausencia de culpa.

En lo atinente a la colisión de actividades peligrosas planteó la compensación de "culpas" sin atender el grado de participación del agente y la víctima (Sentencia de 29 de marzo de 1962, XCVII, 739); la absorción de la actividad más peligrosa respecto de la que no lo es tanto, donde la prevalente o mayor absorbe la menor (30 de abril de 1976; 25 de octubre de 1994, exp. 3000, 22 de febrero de 1995); la paridad (1° de marzo de 1954, LXXXVII, 57) entre una u otra, aplicándose la equidad (julio 17 de 1985), su compensación o reducción de acuerdo con el grado de las culpas (27 de febrero de 1987, 21 de abril de 1991) e

incluso, la aplicación del artículo 2341 del Código Civil, pasándose de una concepción absoluta a una relativa, para finalmente postular la ausencia de la neutralización.

Desde esta perspectiva, el fundamento normativo general de la responsabilidad civil por actividades peligrosas, en la constante jurisprudencia de la Sala se ha estructurado en el artículo 2356 del Código Civil por determinadas actividades de cuyos riesgos y peligros dimana la obligación de reparar los daños con tal que puedan imputarse a la conducta de quien las desarrolla y exista una indisociable secuencia causal entre la actividad y el quebranto.

Por estar el artículo 2356 citado en el Título XXXIV del Código Civil, titulado "*Responsabilidad común por los delitos y las culpas*", y exigir para la reparación del daño su imputación "a malicia o negligencia" enunciando hipótesis típicas concernientes a la imprudencia, ausencia de precauciones necesarias o tener el camino en estado de causar daño, alguna doctrina lo entiende en consonancia con el artículo 2341, *ibídem*, a cuyo tenor, *"[e]l que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido",* concebidos éstos conforme al artículo 2302, [2 y 3] *ibídem*, subrogado por el artículo 34 de la Ley 57 de 1887, según el cual, *"[s]i el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito o culpa",* para concluir que la responsabilidad por actividad peligrosa es de naturaleza subjetiva con presunción de culpa que la norma consagraría *"en aquellos casos en que el*

daño proviene de un hecho que la razón natural permite imputar a la incuria o imprudencia de su autor" (CLII, p. 108, reiterada en sent. de 14 de marzo de 2000, exp. 5177), donde la "malicia" o "negligencia" se desprende inequívocamente de la causación de daños en tales supuestos y, en general, por simple ejercicio de tales actividades (sentencias 31 de mayo de 1938, XLVI, pp. 560-565,reiterada en sentencia de la Sala de Negocios Generales de 17 de junio del mismo año, XLVI, pp. 677-694), a punto que no existe responsabilidad sin dolo o culpa, sea probada, sea presunta.

El artículo 2356 Código Civil, es verdad, está ubicado en la regulación normativa de la "*Responsabilidad común por los delitos y las culpas*", mencionado la imputación a "*malicia o negligencia"* cuando los daños son causados en las circunstancias que allí se indican, expresando a título de ejemplo, el disparo imprudente de un arma de fuego, la remoción de las losas de una acequia o cañería o su descubrimiento en calle o camino sin las precauciones necesarias para que no caigan quienes transiten por ahí y el mantenimiento de acueducto o fuente que atraviesa un camino en estado de causar daño a los transeúntes estando obligado a su construcción o reparación.

Empero, precisando dicha orientación, de antaño para la Corporación, *"[e]l artículo 2356* ***ibídem****, que mal puede reputarse como repetición de aquél* [artículo 2341] *ni interpretarse en forma que sería absurda si a tanto equivaliese, contempla una situación distinta y la regula, naturalmente, como a esta diferencia corresponde."* (XLVI, pág. 215), "*[e]xige, pues, tan sólo que el daño* ***pueda imputarse*** *(…) única exigencia como base o causa*

o fuente de la obligación que enseguida pasa a imponer" (sentencia de 14 de marzo de 1938, XLVI, 211-217).

En sentido análogo, la ubicación del precepto en el título de la "*Responsabilidad común por los delitos y las culpas*", no permite sostener *a priori* que todas las hipótesis previstas por las normas situadas en el mismo, son de naturaleza subjetiva. *Ad exemplum,* el artículo 2355 que toma asiento en el mismo Título XXXIV del Código Civil, concerniente a la responsabilidad derivada de los daños causados por las cosas que caen de un edificio. Por tanto la simple ubicación de un precepto dentro de un título general, no excluye normas especiales relativas a materias singulares, incluso exceptivas; así, el artículo 2341 del Código Civil es norma general con relación al artículo 2356.

Por otra parte, la exigencia de imputación del daño a "malicia" o "negligencia", para excluir la reparación del detrimento ajeno al dolo o culpa es francamente insostenible. A este razonamiento se ha replicado, *mutatis mutandis,* que no es ni puede ser la *ratio legis* de la disposición, pues, tesis de tal naturaleza conduciría al inadmisible por absurdo reconocimiento de una justificación jurídica para causar daños en ejercicio de una actividad peligrosa, los que no serían reparables al no imputarse a la malicia o negligencia, dolo o culpa del sujeto. Postura como ésta, se ha expresado, en estrictez, dejaría impune el daño causado en virtud de una actividad peligrosa cuando no provengan de una conducta dolosa o culposa, tanto más que debe partirse por elementales reglas de experiencia que quien la ejerce, de ordinario, adopta toda la diligencia y cuidado exigible, pues sería absurdo partir de la hipótesis diversa, es decir, de una

actuación negligente, imprudente, errónea o contraria a las reglas o estándares objetivos de conducta exigibles a la empresa, profesión, actividad u oficio.

En este contexto, para algunos comentaristas, entendidas las expresiones "*malicia o negligencia*" como sinónimas de dolo o culpa, el artículo 2356 del Código Civil, dispone "*por regla general*" la reparación del daño "*que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona",* y por excepción, la del daño que no "*pueda imputarse a malicia o negligencia*", bastando su imputación a la conducta de quien ejerce la actividad peligrosa y el nexo de causalidad. Tal sería, en dicha orientación, el sentido genuino, racional y lógico del artículo 2356 del Código Civil en armonía con el artículo 2341 i*bídem*, donde el legislador patrio quiso consagrar un régimen jurídico singular de responsabilidad por los daños causados en el ejercicio de una actividad peligrosa.

En rigor, en estas hipótesis, no se trata de una responsabilidad subjetiva, por culpa presunta o probada, ni opera una presunción *iuris tantum* o *iuris et de iuris*, de culpabilidad, responsabilidad o peligrosidad, pues la norma en su estructura *legis* no establece *expressis verbis* (art. 66 C.C.) presunción alguna, exigiendo tan solo la probanza plena de una actividad peligrosa, el daño y el nexo causal, desde luego que, en afán de exactitud, una actividad peligrosa puede desarrollarse con la adopción de toda la diligencia o sin ésta, de donde, no es coherente, deducir en todo caso, *per se* y de suyo, una culpa por el simple ejercicio de una actividad de esta clase y, análogamente, tal postura encuentra un escollo insalvable en la

exigencia del elemento extraño para la exoneración y envuelve una contradicción entre autoría y la calificación subjetiva de la conducta, porque presumida la culpa, la responsabilidad o peligrosidad, en términos lógicos, la prueba contraria eximiría de responsabilidad, pero la jurisprudencia con acierto, no la admite.

Consecuentemente, la culpa, no estructura esta responsabilidad, tampoco su ausencia demostrada la excluye ni exime del deber de reparar el daño, esto es, no es que el legislador la presuma, sino que carece de relevancia para estructurarla o excluirla, en cuanto, el deber resarcitorio surge aún sin culpa y por el solo daño causado en ejercicio de una actividad peligrosa en consideración a ésta, a los riesgos y peligros que comporta, a la lesión inferida y a pesar de la diligencia empleada.

En torno a lo segundo, autoría y calificación de la conducta, difieren, no pudiéndose sostener que una persona es autor de un daño y a la vez que no lo es; así, cuando el daño acontece por fuerza mayor, caso fortuito, intervención exclusiva de un tercero o de la víctima, no puede imputarse a quien se sindica de autor; simplemente en estos eventos, el daño es fruto de un elemento extraño y, en cuanto tal, el sujeto no es autor y, por esto, en estos casos, no hay lugar a responsabilidad porque el daño no es imputable a quien se acusa como autor.

Esta explicación ciertamente pone manifiesta la confusión entre autoría y calificación de la conducta, encarnando una contradicción, pues es imposible estructurar simultáneamente la autoría y negarla, o sea, que un sujeto sea y no sea autor o, lo

que es igual, que para desvirtuar la presunción debe probarse la causa extraña, es decir, que el daño no es imputable.

El daño podrá causarse con o sin malicia o negligencia y aún ejercida una actividad peligrosa con toda la diligencia exigible, podrán lesionarse los derechos e intereses tutelados por el ordenamiento jurídico, perviviendo el deber de reparar el detrimento causado a la esfera jurídica de otro sujeto. En suma, una presunción de malicia o negligencia por la sola circunstancia de realizar actividades de peligro o riesgo, de suyo, lícitas, permitidas, reguladas y socialmente útiles, es un contrasentido. Una presunción de malicia o negligencia que no admite prueba en contrario, carece de todo sentido, máxime cuando solo la causa extraña exonera de responsabilidad, todo lo cual impone concluir que en esta especie singular de responsabilidad civil el debate se sitúa en el terreno de la causalidad y más allá de la culpa.

Efectivamente, al frente de toda la problemática ontológica y sistemática del daño resarcible, en la legislación colombiana, a no dudarlo, existen categorías de responsabilidad objetiva donde el criterio de la culpa carece de toda relevancia para su existencia, o sea, para el surgimiento del deber de reparar el daño y, también, para su exoneración, siendo oportuno verificar sus exigencias normativas.

Una cuestión liminar atañe a su consagración normativa, o sea, a la existencia de un texto legal, en cuya inteligencia, ratio y finalidad se instituya por la materia regulada e intereses tutelados. A este respecto, la responsabilidad objetiva está proscrita en materia penal o disciplinaria y al tenor del

artículo 88, in fine, de la Constitución Política, la ley "definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos". Siguiendo este razonamiento, es menester una norma legal, cuyo sentido, explicito o implícito, *ratio* y voluntas *legis,* justamente por su especificidad contextual, estructural y funcional, consagre la responsabilidad objetiva.

Avalando este planteamiento, la jurisprudencia constitucional, civil y contencioso administrativa, reconoce categorías singulares de responsabilidad objetiva en hipótesis concretas soportadas en la hermenéutica del correspondiente precepto legal.

Ad exemplum, se considera objetiva la responsabilidad por daños al medio ambiente (artículo 88 de la Constitución Política, Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo, artículo 16 Ley 23 de 1973), derivada de residuos y desechos peligrosos (artículo 4º, "Responsabilidad objetiva, Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación", concluido en Basilea el 10 de diciembre de 1999, aprobado por Ley 945 de 2005 [exequible, Sentencia 1151 de 2005, 11 de noviembre de 2005]); la relativa a riesgos profesionales y accidentes laborales (artículo 199 Código Sustantivo del Trabajo; artículo 9° Decreto 1295 de 1994 (cas. laboral, Sección Segunda, Sentencia del 13 de julio de 1993; 29 de agosto de 2005, radicación 23.202; 22 de febrero de 2006, exp. 25.390), donde el "Legislador acoge en esta materia la teoría del riesgo creado en la que no se toma en cuenta la culpa del

empleador sino que se establece una responsabilidad objetiva por cuya virtud resulta obligado a reparar los perjuicios que sufre el trabajador al desarrollar su labor en actividades de las que el empresario obtiene un beneficio" (Corte Constitucional, Sentencia C-453 de 2002); causados por una cosa que cae de un edificio (art. 2355 del C.C.); la prevista en el artículo 1391 del Código de Comercio, en torno del cual *"ha enseñado la Corte: '(…) como la medida de responsabilidad de un banco por el pago de un cheque falso no se detiene en la culpa sino que alcanza el riesgo creado, no le basta el lleno de las precauciones habituales, sino que es preciso probar algún género de culpa en el titular de la cuenta corriente para que el banco quede libre.' (G.J. 1943, Pág. 73; G.J. T. CLII, Pág. 28). No interesa entonces la presencia o no de culpa del banco girado, pues por imposición legal éste debe correr con el riesgo de esa actividad y concretamente con los riegos derivados del pago de cheques falsificados o alterados, la que se reitera, es una responsabilidad objetiva, que se modera o elimina en los casos atrás mencionados."*, basada en el "riesgo creado", "riesgo beneficio" o " riesgo profesional", si bien no absoluta (cas. civ. sentencia 147 de julio 31 de 2001, Exp. Núm. 5831, resaltado fuera de texto; sentencias de 9 de diciembre de 1936, 15 de julio de 1938, XLVII, 68; 11 de marzo de 1943, LV, 48; 29 de noviembre de 1976, 24 de octubre de 1994 (CCXXXI, 830.); 8 de septiembre de 2003 (CCLXXXIV, No.2524), 15 de junio de 2005, 29 de septiembre de 2006 ,17 de octubre de 2006 y 16 de junio de 2008, Exp. 01394-01); la de los productores respecto de los consumidores en determinados casos, particularmente por productos defectuosos (artículo 78 de la Constitución Política y Decreto 3466 de 1982, artículos 26 y 36, Corte Constitucional, sentencia C-1141 de 30 de agosto de 2000), la cual, la Corte de vieja data, calificó como una responsabilidad "especial" con desarrollos que la sitúan más exactamente en la objetiva (cas.civ. 28 de julio de 2005, exp. 00449-01 y 7 de febrero de 2007, exp. 23162-31-03-001-1999-00097-01, [SC-016-2007]), y diversos eventos de responsabilidad civil derivados del transporte aéreo, tales como los consagrados en los artículos

1827, 1842, 1880, 1886 y 1887 del Código de Comercio, entre otras hipótesis.

Otro tanto acontece con la responsabilidad singular por actividades peligrosas *ex* artículo 2356 del Código Civil, desligada de la culpa y estructurada en el riesgo o peligro.

Más, como ha señalado de antaño la Corte, comprendiendo esta especie de responsabilidad hipótesis diferenciales por la clase o tipo de actividad peligrosa, en atención a su naturaleza, contenido y proyección es menester auscultar la normatividad para verificar la existencia de un régimen jurídico singular.

En especial, tratándose de daños causados con vehículos o en accidentes de tránsito, no debe soslayarse que con arreglo al otrora vigente artículo 261 del Decreto-Ley 1344 de 1970 modificado por el artículo 117 de la Ley 33 de 1986, "[e]n la responsabilidad por el hecho ajeno cometido en ejercicio de actividades peligrosas, el demandado sólo se libera mediante la prueba de una causa extraña. No están exoneradas de esta responsabilidad las personas de derecho público o privado"; asimismo, la Ley 769 de julio 6 de 2002 (Código Nacional de Tránsito Terrestre), impone a las autoridades el deber de velar "por la seguridad de las personas y las cosas en la vía pública y privadas abiertas al público" (artículo 7º); la sujeción de los peatones, conductores y vehículos a las normas de tránsito y el acatamiento "de los requisitos generales y las condiciones mecánicas y técnicas que propendan a la seguridad, la higiene y comodidad dentro de los reglamentos correspondientes" (artículo

27); en la circulación de vehículos se debe "garantizar como mínimo el perfecto funcionamiento de frenos, del sistema de dirección, del sistema de suspensión, del sistema de señales visuales y audibles permitidas y del sistema de escape de gases; y demostrar un estado adecuado de llantas, del conjunto de vidrios de seguridad y de los espejos y cumplir con las normas de emisión de gases que establezcan las autoridades ambientales" (artículo 28), portar un equipo mínimo de prevención y seguridad (art. 30), tener vigente un seguro obligatorio de accidente de tránsito (artículo 42); mantener el vehículo "en óptimas condiciones mecánicas y de seguridad" (art. 50), efectuar su revisión técnico-mecánica, en la conducción comportarse en "forma que no obstaculice, perjudique o ponga en riesgo a las demás y debe[n] conocer y cumplir las normas y señales de tránsito que le sean aplicables, así como obedecer las indicaciones que les den las autoridades de tránsito" (artículo 55), "abstenerse de realizar o adelantar acciones que afecten la seguridad en la conducción del vehículo automotor, mientras éste se encuentre en movimiento" (artículo 61).

Con el mismo propósito, desde la Ley 33 de 1986 (artículos 115 y 116 modificatorios de los artículos 259 y 260 del Decreto-Ley 1344 de 1970, declarados exequibles por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 29 de enero de 1987, exp. 1499), se estableció el seguro obligatorio de accidentes de tránsito (SOAT), exigible a partir del 1º de abril de 1988, negocio jurídico forzado, impuesto y de contenido regulado (Decreto 3990 de 2007 y artículos 192 y ss del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) para cubrir los daños corporales causados a las personas, y el artículo 11 del primer anteproyecto

disponía que “[e]n el seguro obligatorio de responsabilidad civil el pago del siniestro se hará sin investigación de culpabilidad, con la sola demostración del accidente y sus consecuencias (...)" , previsión reiterada en el artículo 1º del segundo anteproyecto conforme al cual “todo pago de indemnizaciones se hará sin investigación previa de culpabilidad imputable al conductor del vehículo (...)".

Para dar cuenta cabal de la orientación seguida por el legislador, las disposiciones jurídicas reguladoras de los daños causados con vehículos y derivados del tránsito automotor, actividad lícita y permitida, claramente se inspira en la tutela de los derechos e intereses de las personas ante una lesión *in potentia* por una actividad per se en su naturaleza peligrosa y riesgosa (cas. civ. sentencia de 5 de octubre de 1997; 25 de octubre de 1999; 13 de diciembre de 2000), donde el factor de riesgo inherente al peligro que su ejercicio comporta, fija directrices normativas específicas.

En esta materia, el ordenamiento jurídico impone una obligación permanente de garantía mínima respecto de las “optimas condiciones mecánicas y de seguridad” del automotor a quien ejerce esta actividad peligrosa (artículos 28 y 50 Ley 769 de 2002) y un deber de seguridad apreciable en su conducta en “forma que no obstaculice, perjudique o ponga en riesgo a las demás” (artículo 55), justificado por la peligrosidad y el riesgo inherente.

Conformemente, tratándose de los daños originados en esta modalidad de actividad peligrosa, en adición al régimen

general a ella atinente, la responsabilidad se fundamenta y deriva, en concreto, del riesgo apreciable que le es consustancial, en particular de los deberes de garantía y seguridad exigibles cuya connotación transciende a la esfera estrictamente subjetiva, en forma que además de la norma general del artículo 2356 del Código Civil, existen para el caso de los daños derivados de la circulación vehicular, disposiciones concretas, a no dudarlo, consagratorias de la responsabilidad objetiva.

Con estas premisas, para la Sala, el régimen de responsabilidad por las actividades peligrosas es singular y está sujeto a directrices específicas en su etiología, *ratio* y fundamento. Por su virtud, el fundamento y criterio de imputación de la responsabilidad es el riesgo que el ejercicio de una actividad peligrosa comporta por el peligro potencial e inminente de causar un daño a los bienes e intereses tutelados por el ordenamiento. La culpa no es elemento necesario para estructurar la responsabilidad por actividades peligrosas ni para su exoneración; no es menester su demostración, ni tampoco se presume; el damnificado tiene la carga probatoria exclusivamente de la actividad peligrosa, el daño y la relación de causalidad; y, el autor de la lesión, la del elemento extraño, o sea, la fuerza mayor o caso fortuito, la participación de un tercero o de la víctima que al actuar como causa única o exclusiva del quebranto, desde luego, rompe el nexo causal y determina que no le es causalmente atribuible, esto es, que no es autor. En contraste, siendo causa concurrente, pervive el deber jurídico de reparar en la medida de su contribución al daño.Desde este punto de vista, tal especie de responsabilidad, por regla general, admite la causa extraña, esto la probanza de un hecho causal ajeno como la fuerza mayor o el

caso fortuito, la intervención exclusiva de un tercero o de la víctima, sin perjuicio de las previsiones normativas; por ejemplo, en el transporte aéreo, la fuerza mayor no es susceptible de desvanecerla (art. 1880 del Código de Comercio), más si el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima (cas.civ. de 14 de abril de 2008, radicación 2300131030022001-00082-01).

Forzoso es concluir que, toda persona que en ejercicio de una actividad peligrosa cause un daño, está en la imperiosa obligación de repararlo y solo podrá eximirse probando la causa extraña, esto es, demostrando que no es autor, en tanto el daño no pueda imputarse al ejercicio de su actividad peligrosa ni a su conducta.

7. En lo que concierne a los daños generados con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas concurrentes, considera la Corte, *estricto sensu* que el régimen jurídico regulador de la responsabilidad no se desplaza a regímenes diferentes de “culpa probada” o de “culpa presunta”.

Por el contrario, se regula por la disciplina que le es propia, gobernándose por regla general, por el artículo 2356 del Código Civil y por las normas jurídicas singulares de la actividad existente, esto es, la disciplina específica que le es propia. Por ejemplo, si se trata de daños derivados de la circulación de vehículos, aplican también las reglas propias de su regulación normativa.

En esta especie de responsabilidad, concurriendo la actividad del autor y la de la víctima, no se presenta

"compensación de culpas", "neutralización de actividades" ni de "presunciones".

Ninguna presunción consagra el legislador.

La "presunción de culpa", como se dijo, cae en el vacío, de un lado por no avenirse a la lógica, al sentido común y a elementales reglas de experiencia, sentarla *per se*, de suyo, ante sí por el solo ejercicio de una actividad peligrosa, de ordinario lícita y permitida por el ordenamiento y, de otro lado, porque presumida, la prueba de su ausencia o de la diligencia y cuidado, impediría constituir la responsabilidad o bastaría cuando menos para exonerarse. Además, no se observa la utilidad de la presunción en el plano probatorio, so pretexto de dispensar a la víctima de la prueba de lo que no es elemento estructural de dicha responsabilidad o cuya probanza inversa es insuficiente para romper el nexo causal. La contradicción que envuelve esta concepción, aparece con todo relieve, cuando la reiterada e inalterada jurisprudencia civil, acertadamente exige la prueba del elemento extraño para demostrar que el evento dañoso no es imputable a la actividad y conducta del sujeto. En rigor, la culpa carece de toda relevancia para el surgimiento de la responsabilidad por actividades peligrosas y, también, para romper la relación de causalidad.

Tampoco el asunto se desplaza a la denominada responsabilidad por "culpa probada", desde luego que se trata de un régimen jurídico singular, concreto y específico gobernado por reglas propias.

No es que las actividades peligrosas encarnen de suyo la “culpa”. El ejercicio de una actividad de esta naturaleza podrá desplegarse, aún con todo el cuidado o diligencia exigible y también sin ésta.

Empero, no escapa a la Corte la posibilidad de una conducta culposa o dolosa del autor, de la víctima o de uno y otro en el ejercicio de una actividad peligrosa; así en los daños generados con la colisión de vehículos, uno de los conductores podrá infringir las normas de tránsito, omitir las revisiones obligatorias, desplazarse a alta velocidad, en zona prohibida, atropellar deliberadamente un peatón o al otro automotor, etc., y, el otro, incurrir en similares comportamientos.

En tales hipótesis, esas conductas apreciadas en su exacto sentido, encarnan la exposición o elevación de los riesgos o peligros del ejercicio de la actividad peligrosa, los deberes de precaución o los inherentes a la posición de garante, según la perspectiva que se acoja, más no desplazan la responsabilidad al régimen general de la culpa, desde que ésta ninguna relevancia ostenta para estructurarla ni excluirla.

La conducta, sea o no culposa o dolosa, se apreciará objetivamente en el contexto del ejercicio de la actividad peligrosa y la secuencia causal del daño según el marco fáctico de circunstancias y los elementos probatorios, para determinar si es causa única o concurrente y, por ende, excluir o atenuar el deber indemnizatorio.

No es que se valore la culpa o el dolo en cuanto tales, ni en consideración al factor subjetivo, sino la conducta en si misma dentro del contexto del ejercicio de una actividad peligrosa según el marco de circunstancias fácticas y los elementos probatorios.

Por supuesto, en la especie de responsabilidad por actividades peligrosas, imputado por entero el daño a la conducta de un solo sujeto, sea o no dolosa o culposa, éste será exclusivamente responsable de su reparación; siendo imputable a la conducta de ambos, sea o no dolosa o culposa, cada uno será responsable en la medida de su contribución y, tales aspectos, los definirá el juzgador de conformidad con las reglas de experiencia y la sana crítica, asignando, en todo o en parte, a uno o a ambos sujetos la responsabilidad según su participación, para cuyo efecto, el ordenamiento jurídico le atribuye al juez amplitud en la valoración de las probanzas, en todo cuanto respecta a la determinación de la responsabilidad e incidencia de las conductas concurrentes.

El aserto precedente explica con suficiencia el acertado criterio expuesto de vieja data por la jurisprudencia con arreglo al cual, en determinadas hipótesis, quien ejerce una actividad peligrosa responde por los daños ocasionados, aún a pesar de su diligencia y cuidado y, en otras, no obstante su actuar, aún reprochable, no es responsable al no constituir su conducta la causa determinante del menoscabo. Es igualmente, el fundamento racional de los eventos en los cuales, subsiste el deber resarcitorio del autor del daño, a pesar de la culpa de la

víctima, desde luego, cuando su conducta no es la causa relevante, determinante o decisiva del daño.

Puede acontecer, que la conducta aún culposa de la víctima, concurra en el daño y sea absolutamente irrelevante, precisamente porque *"la jurisprudencia no ha tomando en cuenta, como causa jurídica del daño, sino la actividad que, entre las concurrentes, ha desempeñado un papel preponderante y trascedente en la realización del perjuicio"* (CLII, 109); así, por ejemplo, cuando en el ejercicio de la actividad peligrosa concurrente se presenta la infracción de una norma de tránsito por ambos conductores de automotores, el juzgador, apreciará esa circunstancia en la conducta del agente y de la víctima, para determinar la relevancia objetiva del comportamiento "en la producción del hecho dañino", en tanto sea "la causa determinante del mismo" o "hubiere contribuido a su ocurrencia", es decir, aún la víctima del accidente podrá incurrir en una infracción, más ello debe valorarse para precisar la incidencia de su conducta apreciada objetivamente en la lesión (cas. civ. mayo 2 de 2007, exp. 73268310030021997-03001-01).

Así, *"tratándose de la actividad de la víctima, ésta puede influir en el alcance de la responsabilidad haciendo irrelevante total o parcialmente la conducta de la persona a quien se hace la imputación. La primera situación, que conduce a la exoneración total, se presenta cuando esa actividad, dadas las circunstancias particulares de cada caso, rompe la relación de causalidad porque el daño se atribuye a la culpa exclusiva de la víctima. El segundo evento implica una atenuación de responsabilidad, por la aparición de concausas, (…) De ahí que para esos casos, la Sala haya dicho, que mediando pluralidad de causas 'y si se trata concretamente de supuestos donde en este plano concurren el hecho ilícito del ofensor y la conducta de la víctima, fundamental es establecer con exactitud la injerencia de este segundo factor en la producción del menoscabo habida cuenta*

que una investigación de esta índole viene impuesta por dos principios elementales de lógica jurídica que dominan esta materia, a saber: Que cada quien debe soportar el daño en la medida en que ha contribuido a provocarlo, y que nadie debe cargar con la responsabilidad y el perjuicio ocasionado por otro. Por eso, en la estimación que a los juzgadores de instancia les corresponde hacer de la forma como el hecho de la parte lesionada puede afectar el ejercicio de una acción civil de reparación, nunca deben perder de vista que existe allí involucrado un problema de causalidad y que, por consiguiente, su tarea empieza por discernir -atendiendo naturalmente a las circunstancias específicas de cada caso y en ejercicio de un amplio poder de razonable apreciación fáctica que la jurisprudencia de casación les ha reconocido reiteradamente (v. G.J. tomos LXI, pág. 60, LXXVII, pág. 699 y CLXXXVIII, pág 186, entre otras), el segmento de causalidad que le cabe a cada partícipe en el daño cuyo resarcimiento se pretende; entonces y por principio, a cada cual se procurará hacerle soportar las secuelas del daño en la medida y proporción en que su conducta se identifique como causa de dicho resultado dañoso, lo que equivale a afirmar, en tesis general por supuesto, que la distribución del daño entre ofensor y ofendido procede hacerla de acuerdo con el criterio de la influencia causal de las respectivas actividades, vale decir observando a manera de factor preponderante el grado de causalidad imputable al obrar de cada uno frente a aquel acontecimiento.' (G.J. No. 2443, págs. 64 y s.s.). En orden a regular la proporción de la indemnización en consideración a la incidencia o relevancia de cada una de las intervenciones culposas, el artículo 2357 del Código Civil, teniendo en cuenta la concurrencia (…) o sea la del agente del daño y la del que lo padece, establece que en estos casos la apreciación 'está sujeta a reducción'; reducción que se ha dejado al razonable arbitrio judicial, atendidas las circunstancias particulares de cada caso y por supuesto de la información ofrecida por el acervo probatorio obrante en el expediente, pues sólo así se puede llegar a una justa proporcionalidad en la distribución de la responsabilidad", cuestión fáctica "que debe fijar el fallador de acuerdo con las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso (artículo 174 del Código de Procedimiento Civil), para luego, sobre la base de hechos comprobados a satisfacción y no en gracia de meros artificios en no pocas veces fruto de soluciones dogmáticas preconcebidas, determinan de modo matemático las proporciones en que debe efectuarse la división y de consiguiente, mitigar las prestaciones de reparación en el sentido y cuantía que proceda, cometido en el que ha de prevalecer ante todo la virtud de la prudencia y en cuyo desarrollo es en donde se hacen actuales, adquiriendo la plenitud de su vigencia, los poderes de ejercicio discrecional que a los jueces de instancia les reconoce la doctrina

jurisprudencial rememorada en el párrafo precedente (…)" (sentencia de 21 de febrero de 2002, [SC-021-2002], exp.6063).

Es más, en la responsabilidad civil por actividades peligrosas concurrentes, es preciso advertir, la imperiosa necesidad de examinar la objetiva incidencia del comportamiento para establecer su influjo definitivo o excluyente, unitario o coligado, en el daño, o sea, la incidencia causal de las conductas y actividades recíprocas en consideración a los riesgos y peligros de cada una, determinando en la secuencia causativa, cuál es la relevante en cuanto determinante del daño y cuál no lo es y, de serlo ambas, precisar su contribución o participación.

En esta última hipótesis, esto es, cuando la conducta recíproca del agente y de la víctima confluye en el quebranto, la reparación está sujeta a reducción conforme al artículo 2357 del Código Civil y, en aquélla, o sea, cuando el comportamiento de la víctima es causa exclusiva de su detrimento, se rompe la relación de causalidad (LXXVII, 699), es decir, no puede predicarse autoría de la persona a quien se imputa el daño.

Ello es tanto más cierto en cuanto que, itera la Corte, *"[c]oncurriendo la actividad del autor y de la víctima, menester analizar la incidencia del comportamiento adoptado por aquél y ésta para determinar su influencia decisiva, excluyente o confluyente, en el quebranto; cuando sucede por la conducta de ambos sujetos, actúa como concausa y cada cual asume las consecuencias en la proporción correspondiente a su eficacia causal, analizada y definida por el juzgador conforme a las pruebas y al orden jurídico, desde luego que, si el detrimento acontece exclusivamente por la del autor, a éste sólo es imputable y, si lo fuere por la de la víctima, únicamente a ésta. Justamente, el sentenciador valorará el material probatorio para determinar la influencia causal de las conductas concurrentes y, si concluye la recíproca incidencia causal contribuyente de las mismas, la reparación está sujeta a reducción al tenor del artículo 2357 del Código*

Civil de conformidad con la intervención o exposición de la víctima. Sólo el elemento extraño que sea causa única o exclusiva del daño, exonera de responsabilidad; si contribuye, presentándose como concausa, por supuesto, no diluye pero si atenúa la responsabilidad. No se trata, de compensación; cada quien es responsable en la medida de su participación en el daño y cada quien asume las consecuencias de su propia conducta, naturalmente, en cuanto el menoscabo acontezca única y exclusivamente por la víctima, a ésta resulta imputable" (cas.civ. diciembre 19 de 2008, [SC-123-2008], exp. 11001-3103-035-1999-02191-01)

Ni el asunto se desplaza hacia la regla general consagrada en el artículo 2341, sino que se gobierna por el artículo 2356 del Código Civil, aplicado a las actividades peligrosas concurrentes y, en su caso, por las reglas específicas de la concreta actividad. Así, por ejemplo, tratándose de la colisión de dos vehículos, *ex* artículo 2054 del Codice Civile it., norma especial, consagratoria de la responsabilidad por daños en la circulación de vehículos, *"[el] conductor de un vehículo que no circule sobre rieles, está obligado a reparar el daño producido a las personas o a las cosas, por la circulación del vehículo, si no prueba haber hecho todo lo posible para evitar el daño. En caso de colisión de vehículos se presume, salvo prueba en contrario, que cada uno de los conductores ha contribuido en un grado igual a causar el daño sufrido por cada vehículo. El propietario del vehículo, o, en su lugar, el usufructuario, o el adquirente con pacto de reserva de dominio, es responsable solidariamente con el conductor, a menos que pruebe que el vehículo ha circulado contra su voluntad. En todo caso, las personas indicadas en los incisos precedentes son responsables de los daños derivados de vicios de construcción o de defecto de mantenimiento del vehículo"* (La providencia no. 205 de 29/12/72 de la Corte Constitucional italiana declaró la "ilegitimidad constitucional" del segundo párrafo en la parte excluyente de la recíproca presunción cuando uno solo de los vehículos presenta daños, por tratarse de una disciplina unitaria), precepto explicado por un sector doctrinario como una hipótesis de responsabilidad "de naturaleza objetiva, en la que el criterio de imputación está dado por la conexión del daño a una actividad de por sí peligrosa", por cuanto "el contenido de la

prueba liberatoria regularmente se identifica con la inevitabilidad del hecho dañoso [cualquiera sea la medida y precaución del conductor]. Y no solo esto, la prueba de la evitabilidad del hecho dañoso se considera alcanzada cuando el conductor está en condiciones de demostrar una causa ajena a la producción del evento y, sobre todo, la culpa exclusiva del otro conductor", haciendo impropia la "presunción de culpa", porque el juicio no es llevado nunca al terreno de la valoración de una conducta diligente en el manejo, sino en el campo del hecho de un tercero o de la víctima y la relación causal entre estos hechos y el daño y, de cuya ordenación destácase la liberación del conductor con la prueba de "haber hecho todo lo posible para evitar el daño", y asímismo, "[l]a responsabilidad del conductor no cambia de naturaleza cuando los daños se producen en ocasión de la colisión entre vehículos", la responsabilidad del propietario del vehículo se sustenta en su calidad o relación entre el automotor y el sujeto que tiene efectivamente su disponibilidad jurídica efectiva que se traduce en la posibilidad de prohibir su circulación (Giovanna VISINTINI, *Tratado de la Responsabilidad Civil,* t. 2, trad esp. Aida KELMELMAJER DE CARLUCCI, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 400 ss; ID., *La responsabilitá civile nella giurisprudenza,* p. 546; RODOTÁ, *Il problema della responsabilitá civile,* op. cit. p. 161; M. FRANZONI*, Fatto Illeciti,* op.cit. p. 650).

8. El tratamiento legal, doctrinario y jurisprudencial puesto de presente en líneas anteriores, evidencia la complejidad y delicadeza de la cuestión, no hace al derecho civil una ciencia estática, ni reputa el régimen de la responsabilidad civil extracontractual ajeno o separado de los avances de la industria, la ciencia, tecnología, las transformaciones sociales, culturales, políticas y, por el contrario, según avizoró esta Corporación con gran antelación, el progreso de la humanidad impone una hermenéutica de la preceptiva legal concordante con las necesidades y expectativas de la sociedad, función prístina de la

jurisprudencia en su labor unificadora e interpretativa de las normas jurídicas, desde luego que el rol de los jueces en la solución de los conflictos, no es el de autómata aplicador de la ley a espaldas de la realidad y de sus profundos cambios.

Con estos lineamientos, las directrices normativas de la responsabilidad sentadas en normas jurídicas elaboradas para un contexto social, cultural, económico y político diferente, deben adecuarse a las necesidades, vivencias y experiencias de la época moderna caracterizada por un mayúsculo respeto del sujeto de derechos, el dinamismo de las relaciones, la celeridad de las comunicaciones, la negociación electrónica, la producción masiva, estandarizada y circular, el consumo y la protección de los consumidores, el tráfico jurídico a gran escala expedito, la experimentación científica y tecnológica, la informática, la cibernética, la existencia de redes y plataformas globales de información, transmisión y utilización en todas las áreas del conocimiento, los riesgos del desarrollo, la aparición de máquinas y energías altamente sofisticadas.

Por esta inteligencia, la responsabilidad en general y la responsabilidad por actividades peligrosas, en particular, que obedece a razones de política legislativa en torno de su etiología, fundamentos, elementos, prueba, extensión y causas de exclusión o exoneración, partiendo del principio liminar ineludible inherente al respeto de los derechos, intereses y valores del sujeto, su tutela por el ordenamiento jurídico y la reparación de su detrimento inmotivado debe apreciarse según el estado evolutivo de la sociedad, los avances sociales, culturales, técnicos y científicos, la conducta y la actividad, lo cual, excluye posiciones rígidas e

inflexibles en cuanto a sus supuestos, alcances y apreciación, y de otra parte, impone una interpretación dinámica racional de las normas jurídicas para la solución de los problemas.

9. La Sala, por tanto, en su labor de unificación, respecto de la responsabilidad civil por actividades peligrosas, reiterando en lo pertinente la jurisprudencia expuesta desde las sentencias de 14 de marzo de 1938 y de 31 de agosto de 1954, con las precisiones y complementaciones antedichas, puntualiza su doctrina y concluye, en síntesis:

a) Es una responsabilidad cuyos elementos estructurales se reducen al ejercicio de una actividad peligrosa, el daño y la relación causal entre éste y aquélla.

b) Es una responsabilidad objetiva en la que no opera presunción alguna de responsabilidad, de culpa, de peligrosidad, ni se basa en la culpabilidad, sino en el riesgo o grave peligro que el ejercicio de estas actividades comporta para los demás. La noción de culpa está totalmente excluida de su estructura nocional, no es menester para su constitución, tampoco su ausencia probada la impide ni basta para exonerarse.

Se trata del reconocimiento de la existencia de actos ejecutados, sin torcida, oculta o dañina intención, aún sin culpa, pero que por la actividad peligrosa o riesgosa y, en virtud de ésta, hacen responsable al agente y conducen a la obligación de resarcir al ofendido; en ella *"[n]o se requiere la prueba de la culpa para que surja la obligación de resarcir, no porque la culpa se presuma sino porque no es esencial para fundar la*

responsabilidad, y por ello basta la demostración del daño y el vínculo de causalidad" (Sentencia de 31 de agosto de 1954, LXXVIII, 425 y siguientes).

c) La responsabilidad recae en quien desarrolla una actividad que pueda estimarse como generadora de riesgos o peligros para la comunidad, en cuanto con la misma se incrementan aquellos a los que normalmente las personas se encuentran expuestas y, por ende, será responsable quien la ejerza, de hecho o de derecho, o esté bajo su dirección, manejo o control.

d) En este sistema, por lo general, exonera solo el elemento extraño, esto es, la fuerza mayor o el caso fortuito, la intervención de la víctima o de un tercero, cuando actúa como causa única y exclusiva o, mejor la causa extraña impide la imputación causal del daño a la conducta del supuesto autor.

e) En las actividades peligrosas concurrentes, el régimen jurídico aplicable es el consagrado en el artículo 2356 del Código Civil y, en su caso, las normas jurídicas que existan sobre la actividad concreta.

La problemática, en tales casos, no se desplaza, convierte o deviene en la responsabilidad por culpa, ni tampoco se aplica en estrictez su regulación cuando el juzgador encuentra probada una culpa del autor o de la víctima, en cuyo caso, la apreciará no en cuanto al juicio de reproche que de allí pudiere desprenderse sino en la virtualidad objetiva de la conducta y en la secuencia causal que se haya producido para la generación del

daño, para determinar, en su discreta, autónoma y ponderada tarea axiológica de evaluar las probanzas según las reglas de experiencia, la sana crítica y la persuasión racional, cuando es causa única o concurrente del daño, y, en este último supuesto, su incidencia, para definir si hay lugar a responsabilidad o no;.

Tal aspecto es el que la Sala ha destacado y querido destacar al referir a la graduación de “culpas” en presencia de actividades peligrosas concurrentes, esto es, el deber del juez de examinar a plenitud la conducta del autor y de la víctima para precisar su incidencia en el daño y determinar la responsabilidad de uno u otra, y así debe entenderse y aplicarse, desde luego, en la discreta, razonable y coherente autonomía axiológica de los elementos de convicción allegados regular y oportunamente al proceso con respeto de las garantías procesales y legales.

Más exactamente, el fallador apreciará el marco de circunstancias en que se produce el daño, sus condiciones de modo, tiempo y lugar, la naturaleza, equivalencia o asimetría de las actividades peligrosas concurrentes, sus características, complejidad, grado o magnitud de riesgo o peligro, los riesgos específicos, las situaciones concretas de especial riesgo y peligrosidad, y en particular, la incidencia causal de la conducta de los sujetos, precisando cuál es la determinante (*imputatio facti*) del quebranto, por cuanto desde el punto de vista normativo (*imputatio iuris*) el fundamento jurídico de esta responsabilidad es objetivo y se remite al riesgo o peligro.

A este propósito, cuando la causa del daño es la conducta o actividad que se halle en la exclusiva esfera de riesgo

de uno de los sujetos, éste será responsable único y a contrario sensu, concurriendo ambas, se determina su contribución o participación para mitigar o atenuar el deber de repararlo.

De esta manera, el juzgador valorará la conducta de las partes en su materialidad objetiva y, en caso de encontrar probada también una culpa o dolo del sujeto, establecerá su relevancia no en razón al factor culposo o doloso, sino al comportamiento objetivamente considerado en todo cuanto respecta a su incidencia causal.

Todo lo dicho en precedencia, pone de presente que en la estructuración de la responsabilidad por actividad peligrosa y en su exoneración, existen directrices diferenciales concretas, pues, de otra manera, no existiría fundamento plausible para entender porqué de acuerdo con el marco de circunstancias y la valoración probatoria del juzgador, se tipifica a pesar de un comportamiento diligente ni tampoco porqué subsiste aún en circunstancias de una “culpa” concurrente de la víctima.

Ello es así, en tanto, constituye una modalidad específica de responsabilidad cuyos parámetros son singulares y concretos.

Por lo reseñado, encuentra la Corte que el *ad quem* incurrió en los yerros atribuidos por el casacionista al aplicar en un asunto relativo al ejercicio de actividades peligrosas el régimen de culpa probada de responsabilidad civil extracontractual, omitiendo el régimen especial contenido en el artículo 2356 del Código Civil, razón por la cual el cargo prospera y sin necesidad

de analizar los restantes, conduce a la casación del fallo, correspondiendo a la Corte proferir, en sede de instancia, el que ha de reemplazarlo.

Aún bajo la perspectiva de la responsabilidad por "*culpa presunta*", es palmario el desatino del juzgador al desplazar el asunto a la "*culpa probada*" cuando colisionan dos actividades peligrosas.

En virtud de la rectificación doctrinaria, no hay lugar a costas del recurso.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

1. Infirmada en su integridad la sentencia del ad quem por la prosperidad del recurso, compete proferir la sustitutiva decisoria de los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada y la llamada en garantía contra la de 20 de octubre de 2005 dictada en primera instancia por el Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá (fls. 218 a 237 cdno. 1).

2. Por lo expuesto al decidir el cargo se concluye que para considerar a la demandada civilmente responsable por el daño causado a la demandante en el accidente ocurrido el 12 de marzo de 1999, cuando chocaron los vehículos de placas TKA 271 (de propiedad de la demandante) y BUS 835 (propiedad de la demandada), menester es la presencia de los elementos de la responsabilidad consagrada en el artículo 2356 del Código Civil.

En la primera instancia quedó plenamente establecido de conformidad con la demanda, su contestación y el material probatorio, la colisión entre los automotores (informe del accidente levantado por el Inspector de Policía del lugar, fls. 3 y 4, cdno. 1), la propiedad de las partes demandante y demandada (hechos sexto y séptimo, fls. 59, 99 y 100 del cdno. 1) y los daños a ambos; al del primero, por el estado del tractocamión después del choque (fotografías del accidente obrantes a folios 46 a 56 del cdno. 1) e informe de la autoridad policiva indicando expresamente que quedó "totalmente destruido" (fl. 4), así como los dictámenes periciales (folios 78 a 82 y 143 a 144, cdno. 2).

De esta forma, el daño a los bienes de la demandante está probado, al igual que su causación en ejercicio de una actividad peligrosa, pues, abundante es la jurisprudencia de esta Corporación, señalando la circulación de automotores de tal linaje [sentencias de 9 de febrero (CLII, págs. 26-31) y 30 de abril (CLII, págs. 102-110) de 1976, 26 de mayo de 1989 (CXCVI, págs. 143 y siguientes)].

Relativamente a la vinculación de la demandada como responsable del daño y a su obligación de repararlo, la conducción de un automotor, en la actual orientación jurisprudencial, es actividad peligrosa en la legislación colombiana definitoria de responsabilidad por sus riesgos y peligros potenciales de dañar, más allá de los parámetros normales.

Dicha responsabilidad singular o sujeta a directrices propias, gravita, usualmente, sobre quien ejerce la actividad peligrosa y en quien al instante del daño, ostenta su gobierno,

dirección, administración o control, siéndole admisible, empero, demostrar que no lo tenía, sea por la transferencia antelada de su dominio, posesión o tenencia, sea por su privación o despojo, esto es, con la demostración que el daño no está en la órbita del ejercicio de la actividad peligrosa, responsabilidad derivada de ésta y por ésta, valiéndose de ciertas cosas y no de la cosa misma, esto es, de la titularidad o poder respecto de la actividad peligrosa.

A la luz de lo expresado, la excepción según la cual "la sociedad Bavaria no ha inferido daño alguno a los demandantes", no es de recibo, pues la demandada no sólo es titular del derecho real de propiedad de la cosa con la cual ejerció una actividad calificada de peligrosa en el estado actual como es la circulación o conducción de vehículos, dominio probado mediante la certificación expedida por la Dirección de Tránsito de Bucaramanga (fl. 21, cdno. 1) y, no acreditó una causa extraña, que desvirtuara su responsabilidad, limitándose a manifestar que quien conducía su automotor, por demás empleado suyo, no fue autorizado para retirarlo del lugar donde habitualmente desempeñaba sus actividades laborales.

La excepción denominada "ausencia de culpa aquiliana o responsabilidad civil extracontractual de la sociedad Bavaria S.A.", basada en no haber obrado con negligencia o malicia, ni encontrarse dentro de su objeto social principal la actividad peligrosa enunciada, no resulta prospera, de una parte, por la irrelevancia de relación causal entre el objeto social de una persona jurídica y el ejercicio de la actividad peligrosa inherente a la circulación o conducción de un automotor que puede ser

permanente, transitoria o esporádica y, de otra parte, por ausencia de acreditación de un elemento extraño con entidad suficiente para exonerarse de responsabilidad, verbigracia la fuerza mayor –o caso fortuito-, la intervención exclusiva de los damnificados o el hecho de un tercero (CLII, p. 108; CCXL, pp. 871 y 872 y cas. civ. de 23 de junio de 2000; exp: 5475).

En lo atañedero, a la excepción de "imprudencia del conductor y de los propietarios del vehículo tka-27,1", no está acreditada la reclamada imprudencia y falta de previsión del conductor del citado tractocamión, siendo pertinente la argumentación propuesta en lo relativo a las conclusiones del croquis del accidente.

Y, al no estar acreditada, desde luego, no hay forma de apreciar objetivamente la conducta para establecer su incidencia causal en el daño.

En compendio, la demandada en ejercicio de una actividad peligrosa causó un daño a la actora, y al no haber demostrado la ocurrencia de caso fortuito, fuerza mayor o intervención de elemento extraño, o lo que es igual, al no haber destruido el nexo causal, se encuentra obligada a repararlo.

En lo concerniente a la excepción formulada por la llamada en garantía en cuanto el accidente aconteció por falta de previsión del conductor del vehículo de la actora, no existe prueba indicativa de ello; además, la simple diligencia y ausencia de culpa del autor del daño, no es suficiente para desvirtuar la responsabilidad por el ejercicio de una actividad peligrosa.

En conclusión, las excepciones de la llamada en garantía frente al libelo genitor habrán de ser despachadas desfavorablemente.

3. Establecida la responsabilidad de la demandada, en lo referente al monto de la indemnización, por motivada y fundada, se acoge la tasación del a quo en su sentencia, así como los argumentos expuestos al desatar la objeción presentada frente a una de las periciales en que se fundamenta.

4. En lo tocante con el llamamiento en garantía, encuentra el despacho que efectivamente tal y como lo señala el llamado en su apelación y en una de las excepciones al llamamiento en garantía, en el contrato de seguro base del amparo por el cual se le vinculó al proceso, se pactó un deducible del 10%, no tenido en cuenta por el fallador de primera instancia y, por esto, su providencia será modificada en lo pertinente, esto es, se reducirá la suma de $30.000.000 contenida en el numeral quinto a $27.000.000.oo resultante de aplicar el citado deducible al valor amparado por concepto de daños a terceros.

En suma, se confirmará la sentencia de primera instancia en sus numerales primero a cuarto y sexto, reformando el numeral quinto en la forma antedicha.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre

de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 6 de octubre de 2006, dentro del proceso ordinario instaurado por José Absalón y Gerardo Esteban Zuluaga Gómez contra Bavaria S.A. en el cual se llamó en garantía a Aseguradora Colseguros S.A. y, en su lugar, como juez de instancia,

RESUELVE:

Primero: Confirmar los numerales primero, segundo, tercero, cuarto y sexto de la sentencia apelada pronunciada por el Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito del 20 de octubre de 2005.

Segundo: Modificar el numeral quinto de la citada providencia, el cual quedará así:

"5. Declarar fundado el llamamiento en garantía realizado a la compañía ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. y por tanto compelerla al pago de las sumas en que se condenó a BAVARIA S.A. por concepto de daño emergente, hasta la suma de $ 27.000.000.oo debidamente indexada, desde el 12 de marzo de 1999 y hasta cuando se verifique el pago".

Tercero: Condenar en costas de primera y segunda instancia a la demandada.

Cuarto: Sin costas en casación por la rectificación doctrinaria.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo pertinente.

WILLIAM NAMÉN VARGAS

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR

RUTH MARINA DÍAZ RUEDA

PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ

CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE

EDGARDO VILLAMIL PORTILLA

ACLARACION DE VOTO

Referencia: 11001-3103-038-2001-01054-01

Con todo respeto por la Sala debo aclarar mi voto respecto del fallo que desata el presente recurso extraordinario de casación formulado frente a la sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dentro del proceso ordinario instaurado por José Absalón y Gerardo Esteban Zuluaga Gómez contra Bavaria S.A., en el cual se llamó en garantía a Aseguradora Colseguros S.A.

Estoy de acuerdo y participo del contenido final de la decisión adoptada por la Corte en cuanto resolvió casar la providencia impugnada, porque el Tribunal incurrió en quebrantamiento directo de la normatividad denunciada por la censura en su libelo, y en consecuencia, confirmó el fallo de primera instancia que condenó a la parte demandada como responsable de los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes y modificó lo atinente al llamamiento en garantía ordenando tener en cuenta en el monto el porcentaje pactado en el contrato de seguro como deducible.

Mi discrepancia, la que no incide en la parte resolutiva de la sentencia mas sí en la considerativa, radica en que no estoy de acuerdo en modificar, variar o alterar la añeja jurisprudencia de la Sala relativa a que los daños irrogados a una persona como secuela del ejercicio de una actividad peligrosa, los que se regulan sin discusión por lo reglamentado en el artículo 2356 del Código Civil, se estructuran con fundamento en una presunción subjetiva de culpa.

La esencia de la motivación del fallo del cual me distancio se halla, entre muchos otros, en el siguiente:

"La culpa no es elemento necesario para estructurar la responsabilidad por actividades peligrosas ni para su exoneración; no es menester su demostración, ni tampoco se presume; el damnificado tiene la carga probatoria exclusivamente de la actividad peligrosa, el daño y la relación de causalidad; y, el autor de la lesión, la del elemento extraño, o sea, la fuerza mayor o caso fortuito, la participación de un tercero o de la víctima que al actuar como causa única o exclusiva del quebranto, desde luego, rompe el nexo causal y determina que no le es causalmente atribuible, esto es, que no es autor (…) Por el contrario, se regula por la disciplina que le es propia, gobernándose por regla general, por el artículo 2356 del Código Civil y por las normas jurídicas singulares de la actividad existente, esto es, la disciplina específica que le es propia. Por ejemplo, si se trata de daños derivados de la circulación de vehículos, aplican reglas propias de

su regulación normativa (…) La "presunción de culpa", como se dijo, cae en el vacío, de un lado por no avenirse a la lógica, al sentido común y a elementales reglas de experiencia, sentarla per se, de suyo, ante sí por el solo ejercicio de una actividad peligrosa, de ordinario lícita y permitida por el ordenamiento y, de otro lado, porque presumida, la prueba de su ausencia o de la diligencia y cuidado, impediría constituir la responsabilidad o bastaría cuando menos para exonerarse. Además, no se observa la utilidad de la presunción en el plano probatorio, so pretexto de dispensar a la víctima de la prueba de lo que no es elemento estructural de dicha responsabilidad o cuya probanza inversa es insuficiente romper el nexo de causal. La contradicción que envuelve esta concepción, aparece con todo relieve, cuando la reiterada e inalterada jurisprudencia civil, acertadamente exige la prueba del elemento extraño para demostrar que el evento dañoso no es imputable a la actividad y conducta del sujeto. En rigor, la culpa carece de toda relevancia para el surgimiento de la responsabilidad por actividades peligrosas y, también, para romper la relación de causalidad (…) Tampoco el asunto se desplaza a la denominada responsabilidad por "culpa probada", desde luego que se trata de un régimen jurídico singular, concreto y específico gobernado por reglas propias (…) No es que las actividades peligrosas encarnen de suyo la "culpa". El ejercicio de una actividad de esta naturaleza podrá desplegarse, aún con todo el cuidado o diligencia exigible y también sin ésta (...) La Sala, por tanto, en su labor de unificación, respecto de la responsabilidad civil por actividades peligrosas, reiterando en lo pertinente la jurisprudencia expuesta desde las sentencias de 14 de marzo de 1938 y de 31 de agosto de 1954, con las precisiones y complementaciones antedichas, puntualiza su doctrina y

concluye, en síntesis (…) a) Es una responsabilidad cuyos elementos estructurales se reducen al ejercicio de una actividad peligrosa, el daño y la relación causal entre éste y aquélla (...) b) Es una responsabilidad objetiva en la que no opera presunción alguna de responsabilidad, de culpa, de peligrosidad, ni se basa en la culpabilidad, sino en el riesgo o grave peligro que el ejercicio de estas actividades comporta para los demás. La noción de culpa está totalmente excluida de su estructura nocional, no es menester para su constitución, tampoco su ausencia probada la impide ni basta para exonerarse".

Es inequívoco que la Sala, luego de algunas posiciones diferentes, optó por encuadrar el ejercicio de las actividades peligrosas, como por ejemplo la de conducción de vehículos automotores, bajo el alero de la llamada presunción de culpabilidad en cabeza de su ejecutor o del que jurídicamente es su titular, en condición de guardián jurídico de la cosa, escenario en el que se protege a la víctima relevándola de demostrar quién tuvo la responsabilidad en el hecho causante del daño padecido cuyo resarcimiento reclama por la vía judicial, circunstancia que se explica de la situación que se desprende de la carga que la sociedad le impone a la persona que se beneficia o se lucra de ella y no por el riesgo que se crea con su empleo. El ofendido únicamente tiene el deber de acreditar la configuración o existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y la conducta del autor, pudiéndose exonerar solamente con la demostración de la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o la intervención de un tercero.

Este estudio y análisis ha sido invariable desde hace muchos años y no existe en el momento actual razón alguna para cambiarlo, y en su lugar acoger, como se hace en la providencia que es motivo de esta aclaración, la tesis de la responsabilidad objetiva, porque la presunción de culpa que ampara a los perjudicados con el ejercicio de actividades peligrosas frente a sus victimarios les permite asumir la confrontación y el litigio de manera más ventajosa.

La interpretación judicial de la Sala que defiendo y prohijo emana, como ha tenido oportunidad de consignarse en innúmeros fallos de la Corte, del propio texto mismo del artículo 2356 del Código Civil cuando dispone que *"por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta"*, lo que significa sin lugar a dudas que los calificativos de la conducta del actor enmarcan dentro del sentido más amplio de lo que debe entenderse por el accionar culposo de una determinada persona en su vida social y en las relaciones con sus semejantes cuando excediendo sus derechos y prerrogativas en el uso de sus bienes o las fuerzas de la naturaleza causa menoscaba en otras personas o en el patrimonio de éstas.

Lo anterior es demostrativo, se reitera, de que no es el daño que se causa ni el riesgo que se origina por el despliegue de una conducta en la conducción de un automotor, por ejemplo, la que es fuente de la responsabilidad civil extracontractual de indemnizar a quien resulta perjudicada, sino que es la presunción

de haber obrado, en el ejercicio de tal actividad reputada como peligrosa, con malicia, negligencia, desatención incuria, esto es, con la imprevisión que comporta de por sí la culpa.

Reitero que las conclusiones atinentes a la deducción de responsabilidad a cargo de la parte demandada, la definición de las obligaciones de la llamada en garantía, los conceptos y montos de las condenas impuestas a favor del accionante no me ofrecen reparo alguno y las acojo en su integridad.

RUTH MARINA DÍAZ RUEDA
Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO
EXPEDIENTE NÚMERO 2001-01054-01

Con el acostumbrado respeto por la Sala, enseguida paso a exponer las razones por las que estimo debo aclarar mi voto.

Frente a la sentencia de la que ahora me aparto mi discrepancia no radica en el sentido de la decisión que en ella se adopta, alrededor de la cual estoy de acuerdo, sino, concretamente, en el tratamiento que en la misma se le da al instituto de la responsabilidad civil derivada de las actividades peligrosas, en tanto lo sustrae de la noción subjetiva con presunción de culpa, para ubicarlo en el terreno de la objetiva, pues tal cambio, con arreglo a los preceptos normativos hoy vigentes y a la añeja, amén de inveterada, doctrina jurisprudencial de la Corporación, es a todas luces contrario, conforme paso a exponerlo.

1. Ciertamente, en el fallo objeto de esta aclaración de voto se sostiene, en compendio, que los elementos estructurales de la responsabilidad por actividades peligrosas se reducen al ejercicio de una empresa de esa índole, al daño y a la relación causal entre éste y aquélla; que tal es objetiva porque no opera presunción de responsabilidad, de culpa o de peligrosidad, ni se basa en la culpabilidad y sí, en cambio, en el riesgo o peligro que su ejercicio comporta para los demás, de donde la noción de culpa es ajena a su estructura, o sea, que es su carácter peligroso o riesgoso el que hace responsable al agente y engendra la obligación de resarcir al ofendido; que ella recae en quien

desarrolla una tarea generadora de riesgos o peligros para la comunidad, en cuanto incrementa aquellos a los que ésta se encuentra expuesta; que al agresor lo exonera sólo el elemento extraño; que en caso de concurrencia, el régimen aplicable es el previsto en el 2356 del Código Civil y, en su caso, las normas de la actividad concreta, eventualidad en torno de la cual el juez tendrá que ponderar las circunstancias en que se haya producido el daño, sus condiciones de modo, tiempo y lugar, la naturaleza, equivalencia de las actividades peligrosas concurrentes, sus características, complejidad, grado o magnitud de riesgo o peligro, los riesgos específicos, las situaciones concretas de especial riesgo y peligrosidad, y la incidencia causal de la conducta de los sujetos, precisando cuál es la determinante del quebranto; y que el ad-quem erró por cuanto decidió este caso bajo la óptica de la culpa probada, siendo debió aplicar el artículo 2356 del Código Civil, el cual no hizo actuar.

2. Como se aprecia, el fallo puntualiza que dentro de los elementos estructurales de la particularizada responsabilidad no se cuenta el elemento subjetivo, es decir, el carácter doloso o culposo con el que el agente haya concurrido a la realización del daño, ya que –según dice– el establecimiento de tal especie se circunscribe a demostrar el ejercicio de una actividad peligrosa, el daño así como el nexo causal entre la primera y el segundo; en suma, que como en ella no opera presunción de responsabilidad, de culpa o de peligrosidad, ni se basa en la culpabilidad, sino en el riesgo o peligro que su ejercicio comporta para la comunidad en general, la noción de culpa es ajena a su estructura.

3. Aunque emerge loable el propósito de otorgarle a tal especie de responsabilidad el carácter objetivo, porque se considere que la misma se basa propiamente en el riesgo o peligro que per se incorpora la ejecución de la actividad productiva de aquella naturaleza, mas no en la forma dolosa o culposa mediante la cual su autor la desplegase, así como ampliamente ilustrativo el profundo y detallado estudio implementado alrededor del desarrollo jurisprudencial al igual que doctrinal de la institución en referencia, lo cierto es que en el régimen jurídico patrio tal postulado no puede tener cabida, toda vez que, como en la misma sentencia de la que me aparto alcanza a advertirse, el ámbito atinente a la responsabilidad civil derivada de las mentadas actividades figura regulado a través del precepto normativo últimamente citado, el cual, sin ningún asomo de duda, incorpora como estructural el elemento subjetivo, al prescribir, ciertamente, que "todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta", a lo que añade, a modo enunciativo y no limitativo, que en especial "son… obligados a esta reparación… el que dispara imprudentemente un arma de fuego", "el que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche", "el que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino" (subrayas fuera de texto). Por tanto, si es el propio legislador el que le entregó a la responsabilidad civil que aflora como consecuencia de la ejecución de una labor catalogada como peligrosa la naturaleza subjetiva, en tanto la envuelve en el manto de la culpabilidad, no resulta acorde con las disposiciones legales

sacarla de ese ámbito para ponerla en el de la responsabilidad objetiva.

Precisamente por ello la doctrina jurisprudencial de la Corporación ha venido sosteniendo, en el punto, que "quien por sí o por medio de sus agentes cause a otro un daño, originado en hecho o culpa suya, está obligado a resarcirlo; y quien demande la indemnización ha de comprobar, en principio, el daño padecido, el hecho intencional o culposo del demandado, y la relación de causalidad entre el proceder o la omisión negligente de éste y el perjuicio sufrido. Cuando el daño se cause, empero, en el desarrollo de una actividad de las que la jurisprudencia ha calificado como peligrosas, porque con ellas se pone a los demás asociados en inminente peligro de recibir lesión aunque se desarrolle empleado toda la diligencia y el cuidado que por su naturaleza exige, entonces la víctima que reclama indemnización no tiene que demostrar la culpa del demandado, pues ésta se presume en tal evento por ser él quien con su obrar ha creado la inseguridad de sus conciudadanos", es decir, "que en el estado actual de la jurisprudencia, los daños ocasionados en el ejercicio de una actividad peligrosa, cual es la de conducir vehículos automotores, se presumen causados por culpa del conductor", quien "puede liberarse de ella acreditando que el perjuicio provino de culpa exclusiva de la víctima, de fuerza mayor o de la intervención de un elemento extraño" (G. J., t. CLII, pags. 28-29).

4. Desde otra perspectiva, ha de notarse cómo el artículo 2341 del Código Civil, que abre la puerta al examen de la responsabilidad extracontractual, hace una clarísima alusión a la que cabe por los delitos y las culpas, dejando de esa manera

sentado, a modo de fundamento basilar, el principio de la culpabilidad, por lo menos en términos de generalidad, el cual, dada precisamente esa condición, debe ser aplicado en todos los eventos que caigan dentro de la categoría específica comentada; mas, cual acontece con todas las reglas jurídicas arropadas por ese carácter, admite, como es obvio, excepciones, en virtud del reconocimiento de la existencia de hechos diversos a los que de manera ordinaria se producen. Sin embargo, es también apodíctico que las salvedades adquieren respaldo en el ordenamiento en la medida que cuenten con normas consagratorias expresas, como que si así no sucede será siempre imponible la solución diseñada por la ley con criterio totalizador. En consecuencia, si, cual en el presente tema sucede, la ley tiene dispuesta una normativa que irriga todos los casos de responsabilidad extracontractual, únicamente puede dejarse de tener en cuenta cuando otra de estirpe excepcional y expresa muestre con toda contundencia su inaplicabilidad, circunstancia que en la temática tratada no aparece, por cuanto, como atrás se dijo, el precepto 2356 no sólo no excluye la culpa sino que, por el contrario, se afirma en ella, junto al daño y al nexo causal, para blandir el juicio de reproche, al punto que coincide con el 2341, en lo que le es pertinente, y bajo ningún aspecto lo desmiente o contradice. En los términos anteriores dejo expuesta esta aclaración de voto, desde luego que en lo restante estoy de acuerdo con la Sala.

Fecha ut supra.

CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque comparto la resolución a la cual finalmente arribó la Sala, encuentro diversos argumentos que me obligan a disentir, desde luego de manera respetuosa, de las motivaciones que se invocaron para llegar a ese resultado, en particular, en cuanto al tratamiento que de objetiva se dio a la responsabilidad atribuida a la demandada por el ejercicio de una actividad peligrosa, como es la conducción de un vehículo automotor, porque creo firmemente que bajo el régimen de presunción de culpa que había desarrollado la Corte desde antaño y que hasta ahora había mantenido sin sobresaltos, es posible dar solución al problema jurídico aquí planteado, y a muchos otros de igual linaje.

Como se recuerda, la providencia adoptada mayoritariamente por la Sala, deja entrever que en tratándose de actividades peligrosas “la culpa carece de toda relevancia para el surgimiento de responsabilidad… y, también, para romper la relación de causalidad”, para luego afirmar que en esos eventos se estructura “una responsabilidad objetiva en la cual no opera presunción alguna de responsabilidad, de culpa, de peligrosidad, ni se basa en la culpabilidad, sino en el riesgo o grave peligro que el ejercicio de estas actividades comporta para los demás. La noción de culpa está completamente excluida de su estructura nocional, no es menester para su constitución, tampoco su ausencia probada la impide, ni basta para exonerarse”, de modo que sólo puede haber exoneración de responsabilidad si se demuestra alguno de los fenómenos constitutivos de causa extraña, esto es, fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima.

Sin embargo, el cambio de jurisprudencia que así se propone, parece desconocer que el artículo 2356 del Código Civil, que la jurisprudencia vernácula ha tenido como el hito normativo a partir del cual surge la teoría de las actividades peligrosas, precisa que "por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación: 1. El que dispara imprudentemente una arma de fuego. 2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche. 3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino" (las subrayas no son originales).

Ese precepto no deja la menor duda de que en la mente del legislador civil es imprescindible como criterio de imputación el elemento culpa -traducido en negligencia, imprudencia, falta de precaución o descuido-, para que se configure la responsabilidad civil por actividades peligrosas, culpa que, desde otra perspectiva, tiene diferentes graduaciones posibles.

Es más, en su encabezado y en las tres hipótesis que contempla la norma, el legislador no trajo a colación casos en los cuales prescindiera de la culpa, como para dejar de lado el aspecto subjetivo de la responsabilidad, esto es, que ni tomando aisladamente los eventos allí descritos, ni mirándolos en conjunto, podría dejarse de lado la necesidad de predicar del demandado -

aunque fuere por vía de presunción- alguno de los epítetos que ad examplum allí se mencionan.

Ante ese escenario, creo que la Corte no debe emprender ahora un ejercicio de interpretación modificatoria, para hacer decir a la norma algo ajeno a su naturaleza, a su fisonomía y a su mismo contenido, para matricular así las actividades peligrosas en el campo de la responsabilidad objetiva. En mi opinión, no hay cómo escapar al sentido natural y obvio que tiene la normatividad que gobierna la materia, máxime cuando según reza el aforismo latino, la ley no omitió inconsideradamente, sino porque no quiso que fuese dicho, (lex non omiti incaute, sed quia dictum noluit), por manera que si el legislador hubiera tenido en mente prescindir del elemento culpa en la responsabilidad extracontractual por actividades peligrosas, habría hecho distinciones expresas y bien definidas en el artículo 2356 del Código Civil, en vez de apelar de modo general a diversos adjetivos calificativos susceptibles de imputación.

Recuérdese que ni siquiera se ha entendido que existe responsabilidad objetiva en el caso del artículo 2354 del Código Civil, que consagra la responsabilidad por la tenencia de un animal fiero que no reporta utilidad y en la que no se admite al demandado alegar la imposibilidad de evitar el daño. Por el contrario, la Sala Plena de la Corte, cuando cumplía funciones de control constitucional, analizó el precepto y explicó cómo “esta responsabilidad, como en general la de los demás casos que contempla el citado Título del Código Civil se cimenta en la culpa del tenedor; y a pesar de que se aproxima o penetra de cierto modo en la esfera de la responsabilidad objetiva, no logra sin

embargo adquirir naturaleza de ésta en vista de que la culpa presunta que consagra el canon aludido, es su fundamento", a lo cual añadió: "…la presunción tal como se configura en el canon que se analiza, se refiere únicamente al elemento subjetivo de la responsabilidad, esto es decir, a la culpa de quien tiene la cosa…".

Y es que si el artículo 2354 del Código Civil regula comportamientos que para el legislador son de gravedad superlativa, donde el riesgo de producir daños es indiscutible, al punto que ni siquiera se admiten las exculpaciones del demandado, y pese a ello se entiende que allí hay responsabilidad subjetiva, no hay cómo entender que la responsabilidad prevista en el artículo 2356 es objetiva, pues en la redacción de esta última norma no hubo una estrictez por lo menos semejante a la utilizada en la disposición precedente, que autoriza "no oir" al causante del daño.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que las normas antes mencionadas, hallan asiento en el Título XXXIV del Código Civil, titulado "responsabilidad común por los delitos y las culpas", esto es, la responsabilidad originada por el dolo o, en general, por las diferentes criterios de imputación que prevé el artículo 63 ibídem, lo que sugiere que visto el artículo 2356 en su contexto y de manera sistemática, no otra cosa puede inferirse que la necesidad de que exista culpa en el sujeto demandado, así sea que en esos eventos, por razones sobre las cuales se ha fraguado una copiosa jurisprudencia, ésta se presuma.

Entender otra cosa, incluso, sería negar el poder normativo que tiene la nomenclatura utilizada por el legislador para designar el título en mención, así como su fuerza vinculante a la hora de interpretar las normas que en él hallan refugio. Se repite, "responsabilidad común por los delitos y las culpas", nomenclatura que no aparece como un accidente normativo, sino que refuerza la idea de que la columna vertebral del régimen general de responsabilidad extracontractual es la posibilidad de imputar culpa o dolo a un sujeto determinado, tal y como sucede en el Código Civil chileno, que prevé en su artículo 2284 que "si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito" y agrega en el 2314 que "el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito". En igual sentido, el artículo 1382 del Código Civil francés prevé que "cualquier hecho del hombre que cause daño a otro obliga a aquel por cuya culpa sucedió, a repararlo", todo lo cual deja ver que las legislaciones que sirvieron de base a la codificación nacional, consagraron regímenes de responsabilidad subjetiva que -en lo fundamental- no han sido objeto de modificaciones sustantivas.

A la postre, para aceptar la tesis de que las actividades peligrosas deparan siempre una responsabilidad objetiva, la Corte tendría que haberse apartado tajantemente del artículo 2356 del Código Civil y, en ese propósito, ha debido buscar un basamento en normas que hicieran caso omiso del elemento subjetivo, porque de otra manera se incurriría en una contradicción insalvable. Decir que a partir del artículo 2356 del Código Civil se estructura una responsabilidad objetiva y, al mismo tiempo, tener

que admitir que ese canon se halla enclavado en un sistema coherente y armónico que a gritos demanda la existencia de la culpa -ya sea presunta o probada-, es una inferencia que no parece sostenible.

En lo que a mi parecer concierne, creo que una cosa es presumir la culpa, como elemento necesario de la responsabilidad subjetiva, conforme ha sentado la jurisprudencia con ahínco, y otra, muy diferente, es prescindir de ese elemento subjetivo y entender que lo que se presenta es una responsabilidad objetiva, porque esta última solución riñe con el sistema integral y armónico de responsabilidad que consagró el Código Civil. La presunción de culpa se da, justamente, porque se entiende que hubo imprudencia, impericia, negligencia o falta de cuidado, al punto que se perdió el control de la actividad y no se logró evitar la consumación del daño, de donde se sigue que, indispensablemente, ese elemento subjetivo se halla implícito en la responsabilidad extracontractual por actividades peligrosas. De ahí que se hubiera considerado que “todas las actividades de esa especie, llamadas peligrosas, aparejan «la existencia de una obligación legal de resultado consistente en vigilar esa actividad e impedir que ella, por su propio dinamismo o debido a circunstancias anormales que la rodearon en un momento dado, escape al control de quien de la aludida actividad se sirve o reporta beneficio»…” (Sent. Cas. Civ. de 5 de mayo de 1999, Exp. No. 4978).

Por eso, vale la pena memorar lo que la Corte ya había sentado sobre esta materia: “a partir de los años treinta (sentencias de 30 de noviembre de 1935, 14 de marzo y 31 de

mayo de 1938), la Corte Suprema de Justicia empezó a precisar el alcance del artículo 2356 del C. Civil y a elaborar en el medio colombiano la teoría de las actividades peligrosas como forma de incurrir en responsabilidad civil cuando con ocasión de su ejercicio se causa un daño, es decir, como lo ha dicho la jurisprudencia, cuando el hombre para desarrollar una labor adiciona a su fuerza una «extraña», que al aumentar la suya rompe el equilibrio que antes existía con los asociados y los coloca «en inminente peligro de recibir lesión», aunque la tarea «se desarrolle observando toda la diligencia que ella exige» (Sent. de 30 de abril de 1976).

Como se declaró, la fuente positiva de esta teoría se localiza en el artículo 2356 del C. Civil, cuyo texto permite presumir la culpa en el autor del daño que a su vez genera la actividad peligrosa, sin que ello implique modificar la concepción subjetiva de la responsabilidad, pues aún dentro del ejercicio de la actividad peligrosa ésta se sigue conformando por los elementos que inicialmente se identificaron, pero con una variación en la carga probatoria, porque demostrado el ejercicio de la actividad peligrosa ocasionante del daño, la culpa entra a presumirse en el victimario. «A la víctima le basta demostrar -ha dicho la Corte- los hechos que determinan el ejercicio de una actividad peligrosa y el perjuicio sufrido y será el demandado quien debe comprobar que el accidente ocurrió por la imprudencia exclusiva de la víctima, por la intervención de un elemento extraño, o por fuerza mayor o caso fortuito, ya que el ejercicio de una actividad peligrosa, por su naturaleza, lleva envuelto el de culpa en caso de accidente»…" (Sent. Cas. Civ. de 25 de octubre de 1999, Exp. No. 5012).

De otro lado, la defensa de la responsabilidad objetiva que se anuncia en el fallo, no brinda una explicación suficientemente satisfactoria sobre dos eventos en particular: la concurrencia de culpas y la coexistencia de actividades peligrosas.

La reflexión que ese aspecto merece, tiene como soporte el hecho -por demás simple- de que en la responsabilidad objetiva, como se sabe, para nada importa el error de conducta del agente a quien se atribuye el hecho generador del daño, pues apenas si basta que el resultado pueda endilgarse a un sujeto de derecho y que se produzca un agravio, para que surja la obligación de indemnizar, es decir, es suficiente la simple atribución causal, desligada de todo elemento subjetivo.

Dicho de otra forma, en toda responsabilidad se hace necesaria la concurrencia del hecho, del daño y de la relación de causalidad, pero mientras que en la subjetiva se precisa indagar la conducta de quien comete el hecho para determinar si actuó de manera imprudente, negligente o con desprecio al deber general de cuidado, en la objetiva ninguna importancia tiene ese aspecto, al punto que aún demostrando que se actuó de manera idónea y apropiada, en todo caso se impone la declaración de responsabilidad, con las secuelas correspondientes.

Si ello es así, o sea, si en la responsabilidad objetiva se prescinde por entero de la culpa del sujeto causante del daño, entonces no podría hablarse de concurrencia de culpas, esto es, que el artículo 2357 del Código Civil, que también hace parte del Título de la “responsabilidad común por los delitos y las culpas”

sería inaplicable en relación con la tipología de responsabilidades que regula el artículo 2356 ibídem.

Ha sido grande el esfuerzo de la jurisprudencia por despejar cualquier duda sobre la aplicación del artículo 2357 del Código Civil y, en ese cometido, ha recalcado que "en el examen de la causa del daño que debe hacerse para deducir si ésta proviene del ejercicio de la actividad peligrosa o del hecho o culpa de la víctima, debe guardarse el sentenciador de establecer, según un cuidadoso estudio de las pruebas, la incidencia de una u otra, para ver cuál se excluye o si ambas concurren en la realización de aquél. En dicha tarea evaluativa no se puede pasar por alto, entonces que para que se configure la culpa de la víctima, como hecho exonerativo de responsabilidad civil, debe aparecer de manera clara su influencia en la ocurrencia del daño, tanto como para que, no obstante la naturaleza y entidad de la actividad peligrosa, ésta deba considerarse irrelevante o apenas concurrente dentro del conjunto de sucesos que constituyen la cadena causal antecedente del resultado dañoso.

Tratándose de la concurrencia de causas que se produce cuando en el origen del perjuicio confluyen el hecho ilícito del ofensor y el obrar reprochable de la víctima, deviene fundamental establecer con exactitud la injerencia de este segundo factor en la producción del daño, habida cuenta que una investigación de esta índole viene impuesta por dos principios elementales de lógica jurídica que dominan esta materia, a saber: Que cada quien debe soportar el daño en la medida en que ha contribuido a provocarlo, y que nadie debe cargar con la responsabilidad y el perjuicio ocasionado por otro. (v. G. J. Tomos LXI, pág. 60, LXXVII, pág.

699, y CLXXXVIII, pág. 186, Primer Semestre, entre otras); principios en los que se funda la llamada "compensación de culpas", concebida por el legislador para disminuir, aminorar o moderar la obligación de indemnizar, en su expresión cuantitativa, hasta o en la medida en que el agraviado sea el propio artífice de su mal, compensación cuyo efecto no es otro distinto que el de "repartir" el daño, para reducir el importe de la indemnización debida al demandante, ello, desde luego, sobre el supuesto de que las culpas a ser "compensadas" tengan virtualidad jurídica semejante y, por ende, sean equiparables entre sí.

Es así como esta Corporación, con apoyo en lo dispuesto en el artículo 2357 del Código Civil, ha predicado que «… La reducción del daño se conoce en el derecho moderno como el fenómeno constituido por la compensación de culpas, lo cual quiere decir que cuando el coautor del daño comete una culpa evidente, que concurre con la conducta igualmente culpable de la víctima, el juez debe graduar cuantitativamente la relación de causalidad entre las culpas cometidas de manera concurrente, y la cuantía del daño, a fin de reducir la indemnización mediante el juego de una proporción que al fin y al cabo se expresa de manera matemática y cuantitativa...», (G. J. Tomo CLXXXVIII, pág. 186, antes citada)…" (Sent. Cas. Civ. de 25 de noviembre de 1999).

A la larga, no hay como engranar la responsabilidad objetiva con la compensación de culpas prevista en el artículo 2357 del Código Civil, porque este último evento requiere, precisamente, contrastar la culpa del demandante y la culpa del demandado para ver de establecer cuál de ellas tuvo mayor incidencia en el

hecho dañoso, a fin de hacer las reducciones a que haya lugar, ejercicio que resulta imposible si la culpa de este último se deja de lado por ejercer una actividad peligrosa.

Baste un ejemplo para demostrar el anterior aserto. En la sentencia de casación de 19 de diciembre de 2006, se puso en consideración de la Corte -en sede de instancia- la ocurrencia de un choque entre una buseta de servicio público y una motocicleta, habiéndose hallado que los conductores de ambos vehículos tuvieron culpa en el accidente, razón por la cual "sopesando ambas conductas" la Corte encontró "que la culpa estuvo en mayor grado, en un 70%, conforme a las elucidaciones que siguen, en el chofer de la buseta". Si a ese caso se le hubiere dado el tratamiento de una responsabilidad objetiva, como ahora lo sugiere la Corte frente a una actividad peligrosa, una graduación de esa naturaleza no habría sido posible, porque no se podría auscultar la culpa de las partes y su incidencia en la ocurrencia de los hechos. La atribución de una responsabilidad objetiva indicaría -a primera vista- que cada uno de los sujetos en contienda, al ejercer actividades de esa especie, tendría que sufragar, sin más, los daños causados a la otra, solución que parece reñir con la lógica y la justicia del caso. Ese, pues, es un vacío que deja la aplicación de la responsabilidad objetiva, que más que aclarar, siembra incertidumbres que hasta ahora no se tenían, o que a lo sumo eran menores.

Pero a más de ello, también quedaría en ciernes otro inconveniente, y es el relativo a lo que la doctrina de la Corte ha denominado "neutralización de las actividades peligrosas". Como se recordará, la Corte ha sido de la idea de que en los casos en

que “el daño alegado encuentra su venero en la convergencia de sendas actividades peligrosas… las respectivas presunciones de culpa que cobijan a los implicados, pueden aniquilarse mutuamente, forzando al demandante a demostrar la culpa del encausado; por supuesto que, como lo tiene dicho esta Corporación: «Varias son las soluciones que la doctrina propone para solucionar el enfrentamiento de las presunciones de culpa, pero el problema prácticamente desaparece cuando solo una de las partes reclama daño, demostrando culpa exclusiva del demandado. Esa prueba de culpa hace desaparecer el interés de las presunciones en juego.

Así lo entendió… la Corte, cuando en fallo de 25 de febrero de 1987, dictado dentro del proceso ordinario de Lisandro Sánchez contra Darío Maya Botero, dijo: ‘Como ambos automotores se hallaban transitando, ambas partes están bajo la presunción de culpa que determina el ejercicio de actividades peligrosas frente al daño causado. Siendo esto así, se hallan demandante y demandado en idénticas condiciones, es decir, ambas fueron causa por culpa del daño sufrido mientras no se demuestre otra cosa. Dicho de otra manera, se vuelve a la situación inicial o sea, que quien pretende indemnización debe demostrar los cuatro elementos dichos, incluyendo el subjetivo o culpa’…» (Sentencia de casación civil de 12 de abril de 1991)” (Sent. Cas. Civ. de 5 de mayo de 1999, Exp. No. 4978).

Criterio que enseguida se matizó cuando dijo la Corte, en esa misma providencia, que “tal regla no puede formularse en los términos tan genéricos e indiscriminados en los que se ha venido planteando, toda vez que en lugar de rendir tributo a los

imperativos de justicia en los que está inspirada, puede llegar a constituirse en fuente de graves iniquidades, socavando de ese modo los cimientos cardinales de la responsabilidad civil extracontractual; por supuesto que cuando un daño se produce por la concurrencia de sendas actividades peligrosas (la de la víctima y la del agente), en lugar de colegir maquinalmente la aniquilación de la presunción de culpa que favorece al damnificado, el juez deberá establecer si realmente a ella hay lugar en ese caso concreto, juicio para cuya elaboración deberá tomar en consideración la peligrosidad de ambas, la incidencia de cada una en el percance o la virtualidad dañina de la una frente a la otra. Más exactamente, la aniquilación de la presunción de culpas por concurrencia de actividades peligrosas en la generación de un daño, presupone que el juez advierta, previamente, que en las específicas circunstancias en las que se produjo el accidente, existía cierta equivalencia en la potencialidad dañina de ambas, pues de no darse esa correspondencia, gravitará siempre en favor de la víctima la presunción de que el demandado fue el responsable del perjuicio cuya reparación demanda.

En todo caso, nada impide, no obstante la convergencia de las dos actividades peligrosas en la producción del daño, que el actor, siguiendo las reglas generales trazadas por el artículo 2341 del Código Civil, demuestre la culpa del demandado, como aquí acontece".

Con la nueva doctrina sobre las actividades peligrosas, entonces, surge la duda de cómo sopesar las conductas de las partes que ejercen una actividad peligrosa, si es que ya no hay

presunciones de culpa que neutralizar. Y si antes se había admitido la posibilidad de graduar esas culpas, o de acudir al régimen de la culpa probada, no parece fácil explicar cuál será el camino que ahora debe emprenderse en ese tipo de eventos.

Agregase a lo anterior, que la consagración de responsabilidades objetivas no corresponde al juez -ni siquiera al de casación-, sino al legislador, máxime cuando su tratamiento supone menores posibilidades de defensa para el demandado, cuyos derechos -incluso fundamentales- no tienen porqué verse afectados por vía de interpretación judicial. Por ello que, sólo una consagración legal puede atribuir este tipo de responsabilidades, que por sus precisos contornos, han de ser del todo excepcionales y de aplicación restrictiva en materia civil, sin contar con que en el campo penal y disciplinario, han sido proscritas en forma contundente.

Muestra de lo que viene de decirse, es la cláusula de reserva de competencia que el artículo 88 de la Constitución otorgó al legislador para reglamentar aquellos casos en que se configure la responsabilidad objetiva por la vulneración de derechos e intereses colectivos. Precisamente, ese precepto suscita una reflexión obligada: si los derechos colectivos tienen una importancia superlativa en el diseño constitucional, si van de la mano de la idea de un Estado Social de Derecho y son considerados como un desarrollo de los Derechos Humanos de tercera generación, y si para ellos el propio constituyente tuvo el cuidado de exigir una regulación legal para establecer los casos de responsabilidad objetiva, difícil es explicar porqué en eventos en que se discuten asuntos de carácter patrimonial e individual -

por supuesto, de menor relevancia constitucional- puedan establecerse por vía jurisprudencial casos que configuren forma de responsabilidad.

Estoy persuadido de que siempre hay un motor de las acciones humanas: la intención, el deseo, el propósito; fines inconfesables unos, sublimes otros, impulsan los actos de los mortales. Éstos, con abstracción de la bondad de los móviles pueden obrar con toda prudencia o con máxima desidia. La verdad es que entre los hombres hay unos prudentísimos, otros pigros en extremo; esa es la naturaleza humana, a la que no puede sustraerse el derecho. La fuerza cultural de la culpa vive fuera de los tribunales, y ellos no pueden ser ajenos a ese producto sociológico.

Una coda para cerrar. La jurisprudencia relativa a la responsabilidad derivada de las actividades peligrosas había tenido un recorrido sin tropiezos, había logrado ser entronizada por la judicatura y la academia y era suficiente para dar respuesta a las problemáticas que hasta ahora se habían ofrecido, de manera que si no ha habido una variación significativa de las circunstancias, ni un movimiento cultural, técnico o legal que amerite apartarse del camino recorrido, pareciera que poca utilidad tiene cambiar de paradigma y emprender una nueva ruta que, aunque bienintencionada y admirablemente documentada, podría generar dificultades que en buena medida estaban superadas. Dejo así plasmada mi aclaración.

EDGARDO VILLAMIL PORTILLA