



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado Ponente

SC4420-2020

Radicación: 68001-31-03-010-2011-00093-01

Aprobado en Sala virtual de tres de septiembre de dos mil veinte

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil veinte (2020).

Se decide el recurso de casación de Neida Esther Perilla Acevedo, respecto de la sentencia de 28 de agosto de 2015, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala Civil-Familia, en el proceso ordinario promovido por la recurrente, conjuntamente con Rossvan Navas Perilla y Deivid Dario Navarro Perilla, contra Flota Cachira Limitada y Vicente González Rueda.

1. ANTECEDENTES

1.1. Petitum. Los demandantes solicitaron declarar la responsabilidad civil extracontractual de los convocados por la muerte, en accidente de tránsito, de su hijo y hermano, el adolescente Luis Ángel Navas Perilla. Como consecuencia, condenarlos a pagar los perjuicios irrogados.

1.2. Causa petendi. El fatal desenlace ocurrió el 16 de marzo de 2006, en el municipio de Piedecuesta (Santander), sector Los Santos, diagonal a la entrada del conjunto «Altamira». Por una parte, entre la buseta de servicio público SYQ-034, afiliado a Flota Cáchira Ltda., conducida por su propietario Vicente González Rueda; y, por otra, la motocicleta GKO-63A, pilotada por el causante.

La escena de los hechos fue alterada, expone la demandante. El conductor del automotor pesado lo corrió de la posición final. Esto aparece en el informe de la policía vial, donde, además, se codificó la hipótesis de la colisión como inexistente.

1.3. Los escritos de réplica. Los interpelados y la llamada en garantía, Seguros Colpatria S.A., resistieron las súplicas. Adujeron exceso de velocidad del conductor del motociclo y sin casco protector. Esto originó que perdiera el control en la curva e impactara el rodante que transitaba en sentido contrario por su carril y a moderada velocidad.

1.4. El fallo de primer grado. El Juzgado Primero Civil del Circuito de Descongestión de Bucaramanga, el 24 de septiembre de 2014, negó las pretensiones. Dejó acreditada la culpa del joven fallecido. En su sentir, invadió con la moto el carril por el cual se desplazaba la buseta.

El testimonio de Diego Armando Diaz Pimiento, quien manifestó la irrupción del vehículo de servicio público en el carril del otro rodante, lo tuvo por desvirtuado. De ser ello

cierto, en el croquis del accidente el impacto se habría graficado en la calzada de la motocicleta y señalado en la parte frontal de la buseta. Por lo mismo, aquella incrustada en la carrocería de ésta, o a lo sumo rebotado en alguno de los lados sin tener mayor distancia de desplazamiento.

El informe de tránsito no es claro del sitio donde quedó el bus. El agente advierte que fue movido. Empero, la trayectoria de la moto, su ubicación, los puntos de impacto y los fragmentos de vidrio y pintura, eran aspectos que «sin hesitación alguna permiten inferir que la culpa que originó el hecho dañoso recayó en cabeza de la víctima».

1.5. La sentencia de segunda instancia. Confirmó la anterior decisión, al resolver la apelación de los actores.

2. RAZONES DEL TRIBUNAL

2.1. Existiendo concurrencia de actividades peligrosas debía establecerse, ante todo, cuál de las conductas involucradas se había erigido en la «determinante del accidente». Y si fueron ambas, «en qué proporción». En uno u otro caso, «gravitando la presunción de culpa sobre ambos mientras la causa no se pudiera asignar a uno de ellos».

2.2. Para el *ad quem*, el «conductor de la motocicleta, Luis Ángel Navas Perilla, fue el único culpable». Se demostró que «invadió el carril por el cual se desplazaba la buseta».

Las autoridades de tránsito dieron cuenta de la colisión en la esquina delantera izquierda del vehículo pesado. En el croquis levantado, aparecía dibujada cerca de la línea central de demarcación. Los vestigios de vidrio y demás, en su mayoría, pintados en la calzada del colectivo. Y el ciclomotor ubicado 9.40 metros más adelante, en la cuneta derecha en que transitaba.

La declaración de Diego Armando Díaz Pimienta no era creíble. Se trataba de un vecino de los demandantes. En el momento del accidente ocupaba como pasajero el platón de una volqueta y detrás de la buseta. No se concibe que haya podido observar durante todo el recorrido la circulación en contravía de la misma. Su presencia en el lugar generaba duda, pues no atendió al herido ni vio al otro conductor, ni se dio cuenta de viajeros. Y entra en contradicciones acerca de la alteración de la escena de los hechos.

2.3. Frente a lo anterior, el juzgador concluye que no había manera de reconstruir el accidente de otra forma.

3. LA DEMANDA DE CASACIÓN CARGO ÚNICO

3.1. Acusa la violación de los artículos 29, 228 y 230 de la Constitución Política; 2356 del Código Civil; 37, 174, 187 y 304 del Código de Procedimiento Civil, a raíz de la comisión de errores de hecho probatorios.

3.2. Según la recurrente, el Tribunal tergiversó el «sentido» del informe policial sobre el accidente de tránsito. Conforme a su contenido, el ancho total de la vía es de 6.60 metros, sumados los 10 centímetros de cada berma y los 3.20 metros de cada carril. La «medida del punto de impacto» dibujada es de 3.34 metros, tomada desde el borde del pavimento en dirección del vehículo de servicio público. Esto quiere decir que la colisión ocurrió «cuatro centímetros (4 cm) dentro del carril por el cual se desplazaba la motocicleta». A esto se sumaba el hecho probado de la corrida del colectivo de su posición final.

3.3. El *ad quem* atribuyó la causa eficiente del accidente al exceso de velocidad, al descuido y a la imprudencia e impericia del conductor de la motocicleta. Se trata de una «apreciación subjetiva (...) alejada de la verdad procesal». En efecto, no existía ningún «registro, huella o indicio que permita efectuar esa proposición».

3.4. La movida de la buseta después de la colisión, contrario a la conclusión del juzgador, si era importante. El hecho demostrado, indudablemente, terminó afectando los elementos bajo los cuales se fijaron los puntos de colisión en el Informe de Policía de Accidentes de Tránsito.

3.5. El Tribunal, por último, dejó de apreciar las pruebas en conjunto, como lo ordena el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil. En concreto, «no valoró adecuadamente el testimonio de los señores Diego Armando Pimienta Díaz y María Flor Reatiga Carvajal».

Las consideraciones para desvirtuar al primero se alejan de sus particulares condiciones sociales, económicas, académicas y del oficio desempeñado. Además, los dichos de los declarantes si resultaban coherentes, claros, precisos y reiterativos respecto de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrió la colisión fatal.

3.6. Solicitud la recurrente casar la sentencia del Tribunal, revocar la del juzgado y acceder a lo suplicado.

4. CONSIDERACIONES

4.1. El asunto se resolverá en el marco del Código de Procedimiento Civil por ser el estatuto vigente para cuando se emitió la sentencia y se formuló el recurso de casación. Los artículos 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por la regla 624 del Código General del Proceso, en vigor a partir del 1º de enero de 2016, y 625-5, *ibidem*, ciertamente, establecen que los «recursos interpuestos (...), se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron».

4.2. La polémica planteada se cifra en el elemento causal de la responsabilidad civil extracontractual derivada del ejercicio de actividades peligrosas. Como lo expuso el Tribunal, bajo la égida de la *presunción de culpa*. Corresponde, por tanto, precisar si ese es su gobierno, cual repetidamente lo ha pregonado la Corte.

4.2.1. En lo tocante con accidentes de tránsito, el esquema de presumir el elemento subjetivo de la

responsabilidad, en estricto sentido, se encamina por la responsabilidad con riesgo u objetiva en donde el juicio de imputación subjetiva (negligencia, impericia o imprudencia), ningún papel juega, ni constituye un presupuesto en la hermenéutica del artículo 2356 del Código Civil, por cuanto no basta probar la diligencia o cuidado para exonerarse de responsabilidad.

Sobre el particular, los sistemas en el mundo occidental desgajaron, todos, un régimen fundado en la culpa, pregonado por los códigos civiles decimonónicos, elaborados para estructuras de producción esencialmente agrícolas, y previsivos de riesgos limitados, como la ruina de edificios o la propagación de incendios, los cuales poco tenían que ver con la economía industrial de la actualidad.

En el ámbito de los accidentes de tránsito, los ordenamientos modernos han optado por una de dos vías: régimen de responsabilidad fundada en la culpa o negligencia, denominándola subjetiva, o prescindiendo de ella, con el calificativo de objetiva.

El tema, en el territorio patrio, ha tenido sus propias particularidades. Inicialmente, los tribunales¹, inclusive la Corte, anclaron la responsabilidad civil por accidentes de la circulación (o en algunos casos ferroviarios), en el artículo 2341 del Código Civil, bajo el régimen de la culpa probada.

¹ TDSJ Pereira. Sentencia de 21 de octubre de 1939. En: *Revista Judicial. Órgano del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira*. Año V. Vol. III. Números 11 a 14. Pereira. Agosto de 1940. Págs. 51-64; TDSJ Bogotá. Sentencia del 14 de diciembre de 1937. En: *Justicia. Revista del Tribunal Superior de Bogotá*. Tomo VI. Número 58. Marzo de 1938. Págs. 116-130.

Empero, en tales hipótesis, la Sala muy pronto, las encausó y sentenció bajo el esquema de la «presunción de culpa», como producto de la reinterpretación del artículo 2356 del Código Civil, realizada por esta Corporación², susceptible de desvirtuar, acreditando la presencia de una causa extraña (fuerza mayor o caso fortuito, la intervención de un tercero o el hecho exclusivo de la víctima).

En la sentencia de 2 de diciembre de 1943, adoctrinó:
•En el caso del artículo 2356 el Código Civil cuya interpretación y alcance ha fijado la Corte en varias sentencias, y por lo tocante a la culpa del demandado, la presunción opera contra él, en forma que basta al demandante probar que el daño se causó por motivo de una actividad peligrosa para que su autor quede bajo el peso de la presunción legal, de cuyo efecto indemnizatorio no puede libertarse sino en cuanto demuestre fuerza mayor, caso fortuito o intervención de un elemento extrano.

Lo mismo, en fallo de 9 de septiembre de 1948: "La interpretación que se ha de dar al artículo 2356 del Código Civil no equivale ni con mucho a la admisión de la teoría del riesgo, acerca de la cual ha puesto de presente repetidamente la Sala que nuestras leyes no la acogen, aunque sí ha dicho en todos los fallos porque las actividades peligrosas llevan por su misma peligrosidad una presunción de culpa en los daños causados por su ejercicio y que el perjudicado tiene con ella la ventaja anexa a toda presunción de echar a su contrario la carga de la prueba. Claro que es lo que se presume es la culpa y no el daño y que quien demanda indemnización está obligado a probar que lo ha sufrido".

En proveido de 11 de septiembre de 1952, evocando jurisprudencia anterior, dijo: «(...) no hay que perder de

² Vid. CSJ. Civil. Sentencias de 30 de mayo de 1941; 2 de diciembre de 1941; 7 de septiembre de 1948; 11 de septiembre de 1952; 27 de septiembre de 1957; 31 de agosto de 1960; 6 de marzo de 1964; 18 de mayo de 1972; 18 de marzo de 1976; 9 de febrero de 1976; 30 de abril de 1976; 5 de septiembre de 1978; 16 de julio de 1985; 17 de julio de 1985; 26 de agosto de 1986; 25 de febrero de 1987; 26 de mayo de 1989; 18 de septiembre de 1990; 12 de abril de 1991; 17 de abril de 1991; 31 de oct. de 1991; 4 de junio de 1992; 30 de junio de 1993; 25 de octubre de 1994; 22 de febrero de 1995; 30 de octubre de 1995; 26 de febrero de 1998; 5 de mayo de 1999; 26 de noviembre de 1999; 12 de mayo de 2000; 7 de septiembre de 2001; 23 de octubre de 2001; 29 de abril de 2005; 2 de mayo de 2007; 20 de enero de 2009; 18 de dic. de 2012; 29 de julio de 2015; y 15 de sept. de 2016. Entre otras muchas.

vista que la presunción, en tales casos (los de actividades peligrosas), es sólo de culpabilidad, es decir, que al damnificado le corresponde demostrar plenamente el hecho prejudicial y la relación de causalidad entre éste y el daño que lo originó, los cuales no se presumen; probando que el hecho ocurrió y que produjo el perjuicio, la culpabilidad del agente directo o indirecto, que lo hace responsable civilmente, queda establecida por presunción legal que él debería destruir, si quiere liberarse".

Posteriormente, el 27 de septiembre de 1957, sostuvo: "El texto del artículo 2356 del CC, deja notar, como lo ha establecido la Corte, que allí se establece una presunción de culpa a cargo del agente, en caso de que el daño de que se queje el lesionado derive de hecho que por su naturaleza o por las circunstancias en que ocurrió permitan atribuirlo a negligencia del autor material, presunción que por no ser de derecho admite prueba en contrario pero cuya aducción corresponde consiguientemente a quien ejecutó la actividad que resultó dañosa. En otros términos, como corresponde, a la víctima del daño demostrar en caso de litigio, el hecho que dio ocasión a éste, el perjuicio que sufrió como resultado del hecho dañoso y la relación de causalidad entre uno y otro elemento, será el demandado quien debe comprobar que el ilícito acaeció por culpa de la víctima, o que se produjo por la intervención de un elemento extraño por fuerza mayor o caso fortuito si se aspira a que se le exponga de la obligación de indemnizar porque, se repite, la sola ocurrencia del hecho causa del daño conlleva por naturaleza la presunción de culpa a causa de su autor".

En época reciente, el 16 de julio de 1985, indicó: "Ciertamente, cuando el daño sobreviene como el resultado del ejercicio de una actividad de las consideradas peligrosas, ha de hacerse actuar la norma del citado artículo 2356 del Código Civil, evento en el cual se dispensa a la víctima de presentar la prueba de la culpa de la persona a quien se demanda en reparación, por cuanto se presume la culpa de éste".

Lo mismo, el 26 de mayo de 1989, al asentar: "en lo atinente a la responsabilidad por el daño causado por las cosas inanimadas, dentro de la cual se ha entendido la conducción de vehículos automotores, ha precisado la Corte, en numerosos y repetidos fallos, que la disposición aplicable en tales casos es el artículo 2356 del CC, el que consagra una presunción de culpabilidad, por lo que le basta a la víctima demostrar el hecho dañoso como consecuencia necesaria de la actividad peligrosa desarrollada por el demandado, encontrándose, por tanto, eximida de la carga probatoria en cuanto a la culpa".

4.2.2. De tal modo que la responsabilidad por actividades peligrosas no se ancla en un tipo de naturaleza subjetiva, construcción que carece de consistencia lógica, histórica, económica, y de coherencia jurídica a la luz de la realidad automotriz y energética.

La responsabilidad en accidente de tránsito, entre otras actividades peligrosas, si bien se ha expresado, se inscribe en un régimen de “presunción de culpa” o “culpa presunta”; realmente se enmarca en un sistema objetivo. En ninguna de tales hipótesis, el agente se exime probando diligencia o cuidado, sino acreditando causa extraña. Como en otras ocasiones también lo ha sostenido la Corte, en el sentido de imponer a quien ha causado el daño el deber de indemnizar, todo, en consonancia con la doctrina moderna³, y atendiendo a ciertos criterios del riesgo involucrado.

Entre ellos, la anormalidad de la conducta, entendida, en términos simples, como el peligro o riesgo creado por la cosa o actividad, el cual debe ser extraordinario “respecto del que normalmente supone para uno mismo y para los demás cualquier cosa o actividad”⁴.

La inoperancia del juicio de negligencia, en cuanto la adopción de medidas de precaución razonablemente exigibles, no basta para evitar daños frecuentes e intensos. Así, un riesgo considerado anormal es insuficiente para

³ BASOZABAL ARRÚE, Xavier. Ob. cit. Págs. 55-74.

⁴ MARTÍN CASALS, Miquel. *La Responsabilidad Objetiva: Supuestos Especiales versus Cláusula General*. En: CÁMARA LAPUENTE, Sergio (coord.). *Derecho Privado Europeo*. Editorial Colex. Madrid. 2003. Págs. 827 a 856.

responder desde la perspectiva de la culpa, en tanto, no funciona como indicador de imputación, precisamente, al existir casos en los cuales el comportamiento diligente no evita por completo la eventual producción de daños.

Lo atinente con la comunidad del riesgo, considerando que el daño causado no necesariamente debe emanar de una actuación negligente, sino que se produce como consecuencia de una actividad anormalmente peligrosa.

El evento *cuius commodum, eius damnum*, simetría entre el peligro de determinada actividad y el beneficio que representa, de modo que daño y provecho deben recaer sobre el responsable de la actividad; igualmente, son otros argumentos económicos en ese derrotero, como la asegurabilidad de la actividad dañosa y la capacidad económica del obligado a resarcir (*deep pocket argument*).

Por último, la justicia distributiva⁵, caracterizada no por imputar las secuelas nocivas de los actos ilícitos o de restituir a cada quien lo suyo (principio fundamental de la justicia comunitativa o correctiva), sino por distribuir las cargas accidentales (residuales), esto es, decidir a quién le compete responder por los daños ocasionados sin culpa.

4.2.3. En el régimen subjetivo, en cambio, se responde con fundamento en el reproche dirigido al autor del daño

⁵ ESSER, Josef. *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*. 1969. Págs. 69 y ss.

por haber inobservado el cuidado debido y en no eludirlo⁶. Según este modelo, no hay responsabilidad sin culpa: *no liability without fault*. El sistema se convirtió rápidamente en el predominante dentro de los ordenamientos occidentales y en los latinoamericanos, debido a razones históricas, religiosas e ideológicas.

Durante el siglo XIX, el concepto de “culpa” se edificó como contrapeso o instrumento de control de la idea liberal de emprendimiento. La responsabilidad fue considerada como un “pendiente” de la libertad y sólo debía imponerse o declararse si la persona podía ser censurada por no haber evitado el perjuicio, estando en condiciones de hacerlo⁷.

Históricamente, la lógica invitaba a las personas “malas” o “pecadoras” a pagar por los daños ocasionados, avalado por las filosofías judeocristianas, iusnaturalistas y feudalistas, sobre la base de principios teológicos que enfatizaban el remordimiento de la conciencia como juez supremo de las malas conductas de los seres humanos.

Frente a las injusticias presentadas por la absolución de perjuicios comprobados, ante la falta de reproche subjetivo, se gestaron reglas de responsabilidad objetiva, en respuesta a los desarrollos tecnológicos, armamentistas, dinámicos e industriales. Al margen de criterios de maldad, bondad, libertad, culpabilidad, amor, odio, ética, en fin, se impuso la obligación de resarcimiento.

⁶ Vide: EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*. SpringerWienNewyork. Viena. 2005. Pág. 64.

⁷ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Ob. cit.* Pág. 67.

Los riesgos para trabajadores, consumidores y terceros, por tanto, compelia buscar criterios de justicia material en favor de las victimas, en consideración a la peligrosidad de la actividad, precisamente, al no estar obligados, en linea de principio, a soportarla, y no en función de la conducta reprobable de la persona.

Como lo sostiene la doctrina, “en la época anterior a las codificaciones modernas había dominado el (...) principio, ético antes que jurídico, por el cual no se podía llamar a responder de un hecho si no se había cometido, cuando menos, con culpa, como habían predicado los iusnaturalistas del seisientos y el setecientos. La expansión del área de la responsabilidad objetiva se vincula a los caracteres de la moderna civilización industrial, basada en la utilización de medios de producción y de vida que son por sí mismos fuente de peligro para las personas y para las cosas (...), peligro que es socialmente aceptado como un componente central de nuestra civilización. El enorme aumento de las ocasiones propicias para que se causaran daños, propio de la era industrial, ha puesto la exigencia de un diverso sistema de responsabilidad por daños: quien ha sufrido un daño es justo que reciba un resarcimiento, independientemente de que el hecho que lo causó haya sido causado o no con culpa. De otra parte, quien utiliza, en las actividades productivas o en la vida privada, medios que son per se fuentes de peligro acepta, por eso mismo, la eventualidad de causar un daño a otros; debe, en consecuencia, asumir el riesgo de resarcir”⁸.

En la responsabilidad objetiva, como se observa, no anida alegar ni probar la culpa, menos por vía de “presunción”. El criterio de imputación centrado en la negligencia queda completamente descartado. Por esto, numerosos autores se refieran a la responsabilidad objetiva como una “responsabilidad sin culpa” (*responsabilité sans faute; liability without fault; objektive Haftung*)⁹.

⁸ Traducción propia del italiano. En: GALGANO, Francesco. Ob. cit. Pág. 112.

⁹ VAN DAM, Cees. Ob. cit. Pág. 297; EDWARDS, Linda L. y otros. Ob. cit. Pág. 316; KEETON, W. Page/DOOBS, Dan/KEETON, Robert E./OWEN, David G. Ob. cit. Pág. 134.

El concepto de “*presunción de responsabilidad*” en el ejercicio de actividades peligrosas, como las derivadas del transporte terrestre, ha sido acuñado por la Corte¹⁰. En estricto sentido, se trata de una “*presunción de causalidad*”, ante el imposible lógico de la “*presunción de culpa*”.

Si la exoneración del demandado, como es conocido, deviene únicamente por la ruptura del elemento causal, ante la presencia de una causa extraña¹¹, el requisito de la culpa no resulta consustancial en un sistema de responsabilidad objetiva¹².

El artículo 2356¹³ del Código Civil, en consecuencia, se orienta por una presunción de responsabilidad. De ahí, como lo tiene sentado la Sala, la culpa no sirve para condenar ni para exonerar¹⁴. Demostrado el hecho peligroso, el daño y la relación de causalidad entre aquel y este, la liberación de indemnizar deviene de la presencia de un elemento extraño. Se trata, entonces, de una actividad guiada por la responsabilidad objetiva.

Este criterio ha sido sostenido también, desde la sentencia de 14 de marzo de 1938, cuando la Sala de

¹⁰ Cfr. CSJ. Civil. Sentencias de 14 de marzo de 1938; 14 de mayo de 1938; 14 de febrero de 1955; 22 de febrero de 1995; 29 de julio de 2015; 30 de septiembre de 2000; y 18 de diciembre de 2012.

¹¹ BARROS BOURIE, Enrique. Ob. cit. Pág. 448.

¹² GALAND-CARVAL, Suzane. Ob. cit. En: KOCH, Bernhard A./KOZIOL, Helmut (eds.). Ob. cit. Pág. 138.

¹³ “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”.

¹⁴ CSJ. Civil. Sentencia de 14 de abril de 2008: “La culpa no es elemento necesario para estructurar la responsabilidad por actividades peligrosas, ni para su exoneración”.

Casación Civil¹⁵ hincó los primeros lineamientos sobre los cuales hoy se sustenta la "teoría del riesgo", o "responsabilidad por actividades peligrosas", exponiendo:

"El artículo 2356 (...) contempla una situación distinta y la regula, (...) exige pues tan solo que el daño pueda imputarse. Esta es su única exigencia como base o causa o fuente de la obligación que en seguida pasa a imponer".

"(...) [L]a 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. Un depósito de sustancias inflamables, una fábrica de explosivos, así como un ferrocarril o un automóvil, por ejemplo, llevan consigo o tiene de suyo extraordinaria peligrosidad de que generalmente los particulares no pueden escapar con su sola prudencia. 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 otros veces, sino en cuanto demuestre caso fortuito, fuerza mayor o intervención de elemento extraño.

"(...).

"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

¹⁵ G.J. T. XLVI, pág. 211 a 217. Se recuerda, se trata de la sentencia del joven Arnulfo Echeverry Botero, hijo de Rosendo Echeverry y Lucrecia Botero, quien "[...] iba a la izquierda de u compañero, en sendas bicicletas, en la tarde del domingo 29 de septiembre de 1929 por la carretera de Nacederos hacia la ciudad de Pereira, cuando en la misma dirección apareció detrás de ellos un automóvil conducido por el señor Pablo Villegas. [...] el joven Arnulfo [...] comenzó a zigzaguear cambiando de linea transversalmente, y cuando ya casi estaba contra el automóvil, en momentos en que Villegas lo desviaba para evitar el choque, Arnulfo impensadamente cayó al suelo y la rueda derecha del auto le pasó por encima, de resultas de lo cual esa noche murió".

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 (...)" (se destaca).

El anterior precedente fue reiterado en sentencias de 31 de mayo y 17 de junio de 1938, 24 de junio de 1942, 31 de agosto de 1954, 14 de febrero de 1955, 27 de febrero de 2009 (expediente 000013), y reafirmada el 24 de agosto de 2009 (radicado 01054), expresando esta última:

"(...) 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.

"(...)

"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) (...)" (se destaca).

Si bien la Sala, luego¹⁶, enfatizó que la responsabilidad derivada del ejercicio de actividades peligrosas recaía en una "presunción de culpa", frente a la expresión literal del artículo 2356 del Código Civil, según el cual, en línea de principio, •*todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta*•, cierto es, ninguno de los fallos que pregonan la comentada presunción permite al demandado, para exonerarse de la obligación de reparar, probar la diligencia y cuidado. Por el contrario, para el efecto, en todos se exige una causa extraña, la fuerza mayor o el caso fortuito, la intervención de un tercero o el hecho exclusivo de la víctima.

¹⁶ CSJ. Civil. Sentencia de 26 de agosto de 2010 (expediente 00611). La decisión retrotrajo la preavución de responsabilidad, ubicándola contradictoriamente como presunción de culpa en actividades peligrosas, categorización que *prima facie* resulta funesta, injusta, inequitativa e infortunada hoy, en un escenario totalmente diferente, plenamente industrializado, y con mayor razón en la actual estructura constitucional, y sobre todo, ante el inusitado avance de las actividades ejecutadas por el hombre con ayuda de máquinas o con elementos que implican el ejercicio de actividades peligrosas en forma masiva que amplian la potencia de la fuerza muscular humana o los alcances de la inteligencia humana, y en condiciones históricas de creciente desarrollo técnico y mecánico, impensado hace décadas (energías eléctricas, atómicas y nucleares; motores de todo tipo, calderas, armas, explosivos, contaminantes, maquinismo, transportes de todo tipo, construcción, sustancias inflamables, excavaciones, minería, etc.).

Por esto, recientemente, la Sala reiteró que los menoscabos derivados del ejercicio de actividades peligrosas no suponían la culpa del agente, sino la «presunción de responsabilidad». Como se señaló:

"En cuanto atañe al tipo de responsabilidad civil descrita en la acusación, la misma corresponde a la prevista en el artículo 2356 del Código Civil, esto es, la originada por el ejercicio de actividades peligrosas, la cual consagra una presunción de responsabilidad que opera en favor de la víctima por el daño causado producto de una labor riesgosa; aspecto que la releva de probar la imprudencia o negligencia en el acaecimiento del accidente.

"La concepción de la presunción legal de responsabilidad que dimana del anotado precepto 2356, es un texto situado en la órbita del riesgo creado, provecho, o beneficio, riesgo empresarial, creación o exposición al peligro; o en el ámbito de una forma de responsabilidad objetiva.

"Lo antelado fluye no solo de la interpretación sistemática de la preceptiva ejisdem, por el hecho de las cosas inanimadas o sin ellas, sino también, muy sólidamente de las sentencias de 14 de marzo y 31 de mayo de 1938, G. J. T. XLVI, pags. 216, 2^a, y 561, 2^a, doctrina jurisprudencial en la cual, con rigor se asienta que en el precepto ibidem, se halla una presunción de responsabilidad a favor de la víctima, más no, una presunción de culpa; descartando, por tanto, que baste alegar para exonerarse, ora la ausencia de culpa, o ya la conducta diligente o cuidadosa para ponerse a salvo".

En suma, si bajo la égida de la presunción de culpa el juicio de negligencia o descuido resulta inoperante, en tanto, el demandado, para liberarse de la obligación de reparar, no puede probar la ausencia de culpa o diligencia o cuidado, se impone, por razones de justicia y de equidad, interpretar el artículo 2356 del Código Civil, en el sentido de entender que contempla una presunción de

responsabilidad. De ahí, quien se aprovecha de una actividad peligrosa con riesgos para otros sujetos de derecho, éstos, al no estar obligados a soportarlos, deben ser resarcidos de los menoscabos recibidos.

Por supuesto, en los términos de la disposición, el problema no es de suponer la «malicia o negligencia», sino de «*imputar*», dice la norma, tales cuestiones, no de «*desvirtuar*», según es connatural a las presunciones. Aceptar lo contrario implicaría para el damnificado el deber de probar la conducta antijurídica, el daño y el nexo causal, y luego, la imputación como presupuesto de la culpabilidad.

Para aliviar la carga de quien no está obligado a soportar el ejercicio de una actividad riesgosa y evitar así revictimizarlo, le compete acreditar, como circunstancias constitutivas de la presunción de responsabilidad, el hecho peligroso, el daño y la relación de causa a efecto entre éste y aquél (analizando y demostrando tanto la causalidad material como la jurídica). Si el demandado para liberarse de la obligación de reparar no puede alegar ausencia de culpa o diligencia y cuidado, sino una causa extraña (fuerza mayor o caso fortuito, hecho de un tercero o la conducta exclusiva de la víctima), la suposición del elemento subjetivo carece totalmente de sentido.

4.2.4. Ahora, existiendo roles riesgosos, no hay lugar a una responsabilidad con culpa probada o de neutralización de culpas, sino de una participación concausal o

concurrencia de causas¹⁷. Esto, por cuanto una actividad peligrosa no deja de serlo por el simple hecho de ser protagonista con otra acción de la misma naturaleza.

Sobre el punto ha dicho la Sala que "Si bien en un principio la doctrina de esta Corte resolvió el problema de las concusas o de la concurrencia de actividades peligrosas, adoptando diversas teorías como la "neutralización de presunciones"¹⁸, "presunciones reciprocas"¹⁹, y "relatividad de la peligrosidad"²⁰, fue a partir de la sentencia de 24 de agosto de 2009, rad. 2001-01054-01²¹, en donde retomó la tesis de la intervención causal²².

"Al respecto, señaló:

"(...) La (...) graduación de 'culpas' en presencia de actividades peligrosas concurrentes, [impone al] (...) juez [el deber] de (...) examinar a plenitud la conducta del autor y de la víctima para precisar su incidencia en el daño y determinar la responsabilidad

¹⁷ En este caso, nada obstante para del mismo modo aludir a la existencia de presunción de causalidad en forma concordante con Henry Mazeaud; pero no puede entenderse que se trate de presunción de culpa. Es decir, da lugar a presumir la existencia del nexo causal, el cual podría quedar a la deriva con la presencia de causa extraña.

¹⁸ Tenía aplicación en los eventos de responsabilidad donde se habla de presunción de culpa, es decir, cuando se ejerce una actividad riesgosa. Dicha teoría afirmaba que las presunciones se aniquilaban, para dar paso a la culpa probada (CSJ SC 5 de mayo de 1999, rad. 4978). Durante su implementación, un sector de la doctrina se oponía a la misma, por "... carecer de fundamento normativo, toda vez que el hecho de haberse causado el daño por la intervención encontrada de dos cosas riesgosas no puede provocar una mutación normativa, es decir, pasar del riesgo como factor de imputación, a la culpa probada (...)" (PIZARRO, Ramón Daniel, "Responsabilidad por riesgo creado y de empresa. Contractual y extracontractual", t. II. Buenos Aires. La Ley, 2006, pp. 274-277).

¹⁹ En este evento, las presunciones de culpa por quienes desarrollan labores riesgosas no se neutralizan, sino que permanecen incólumes. Significaba que cuando una de las partes era la que sufría el daño, la presunción subsistía en contra de quien no lo padeció, quien podrá destruir la presunción probando la incidencia del hecho de la víctima en la producción del evento dañoso (CSJ SC 26 de noviembre de 1999, rad. 5220). Su crítica radicaba en que "... la solución de apoyaba en una falsa idea de la responsabilidad civil, cuya esencia se fundamenta en la idea de indemnización y no de pena, por tal motivo no se podía determinar la responsabilidad según la culpa del ofensor o la víctima (...)" (PEIRANO PACIO, Ramón Daniel. "Responsabilidad extracontractual", 3^a ed. Bogotá. Temis, 1981, pág. 442).

²⁰ Se tiene en cuenta el mayor o menor grado de peligrosidad de la actividad o mayor o menor grado de potencialidad dañina (CSJ SC 2 de mayo de 2007, rad. 1997-03001-01). Su censura consistía en que dicha tesis se preocupaba más por establecer qué labor era más riesgosa en relación con otra, dejando de lado considerar cuál de ellas había causado el daño.

²¹ Reiterado en sentencias de 26 de agosto de 2010, rad. 2005-00611-01, y 16 de diciembre de 2010, rad. 1989-000042-01.

²² Teoría que en todo caso había sido acogida originariamente por esta Corte en sentencia de 30 de abril de 1976, G.J. CLII, n°. 2393, pág. 108.

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 (...)".

"Así las cosas, la problemática de la concurrencia de actividades peligrosas se resuelve en el campo objetivo de las conductas de víctima y agente, y en la secuencia causal de las mismas en la generación del daño, siendo esa la manera de ponderar el quantum indemnizatorio"²³.

En tal caso, entonces, corresponde determinar la incidencia del comportamiento de cada uno de los agentes involucrados en la producción del resultado, para así deducir a cuál de ellos el daño le resulta imputable desde el punto de vista fáctico y, luego, jurídico. Como se dijo en el precedente antes citado, valorar la "*(...) conducta de las partes en su materialidad objetiva y, en caso de encontrar probada también una culpa o dolo del afectado, establecer su relevancia no en razón al factor culposo o doloso, sino al comportamiento objetivamente considerado en todo cuanto respecta a su incidencia causal*".

4.2.5. En esa línea de pensamiento, se impone reafirmar, en materia del ejercicio de actividades peligrosas, la responsabilidad objetiva. Su fundamento es la

²³ CSJ. Civil. Sentencia SC2107 de 12 de junio de 2018.

presunción de responsabilidad, y no la suposición de la culpa, por ser ésta, según lo visto, inoperante. Además, atendiendo que la jurisprudencia de la Sala también se ha orientado a reaccionar de manera adecuada "(...) ante los daños en condiciones de simetría entre el autor y la víctima, procurando una solución normativa, justa y equitativa (...)"²⁴.

Lo dicho aquí, tiene que ver con las actividades peligrosas que en nuestro ordenamiento siguen la égida de la multicitada regla 2356 del C.C., mas no, en relación con otras hipótesis o modalidades de responsabilidad, como por ejemplo, las relacionadas con la médica u otras clases vehiculadas por una auténtica responsabilidad subjetiva o con culpa probada u otras especies (la penal, disciplinaria, etc.).

4.3. Sentado lo que precede, pasa la Corte a dar respuesta al único cargo formulado en el ámbito de la responsabilidad objetiva.

4.3.1. Los errores de hecho en casación se refieren a la materialidad y objetividad de los distintos medios de convicción. Los primeros se presentan cuando se omite apreciar las pruebas visibles en el proceso o se valoran sin existir realmente. Los segundos conllevan su constatación física y suceden en los casos en que se tergiversan por adición, cercenamiento o alteración. También se relacionan con la apreciación de la demanda o su contestación.

²⁴ *Idem.*

Requieren para su estructuración que sean evidentes, manifiestos, perceptibles a los sentidos. Además, trascendentales, en el entendido que hayan determinado la decisión final en una relación necesaria de causa a efecto.

Las faltas, por supuesto, deben referirse a cada elemento de juicio en particular. Si a fin de verificarlas se confrontan con otras pruebas para mostrar incoherencias, concordancias, exclusiones y conclusiones, los problemas serían de raciocinio. Y si se confuta la legalidad del medio, la cuestión atañería a su diagnosis jurídica.

4.3.2. Los yerros de derecho probatorios, justamente, comprenden las polémicas de raciocinio y de diagnosis. Presuponen, como paso ineludible, la apreciación acertada de las pruebas en los campos material y objetivo.

4.3.2.1. En el plano legal, acaecen cuando se violan los preceptos que disciplinan la petición, admisión, decreto, práctica, asunción y valoración de las pruebas. A la par, las normas que involucran su contradicción o conducencia.

Según la Corte, cuando se «exige, para demostrar un acto o un hecho, una prueba especial que la ley no reclama; o cuando viendo la prueba en su exacta dimensión no le atribuye a ella el mérito que la ley le asigna para demostrarlo; o, en fin, cuando se lo niega por estimar que el medio fue ilegalmente producido cuando así no sucedió»²⁵.

²⁵ CSJ. Civil. Sentencia de 19 de octubre de 2000 (exp. 05442), reiterada en fallos de 25 de febrero de 2008 (exp. 006835), y de 17 de mayo de 2011 (exp. 00345).

4.3.2.2. Relacionado con la valoración de las pruebas en conjunto, ocurren en los casos en que se contrariaran los dictados de la lógica, de la ciencia y de la experiencia, que son las reglas de la sana crítica (artículos 187 del Código de Procedimiento Civil y 176 del Código General del Proceso).

Con ello se pretende lograr, tiene explicado la Sala, «plena coherencia (...), de modo que se tengan en cuenta las necesarias conexiones, concordancias o discrepancias entre esos diversos componentes; y (...) se tenga "por derrotero únicamente las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia (...) aplicables a un determinado caso"»²⁶.

Lo dicho, claro está, mediante la conjugación de los métodos analítico y sintético. El primero, consistente en el estudio de lo fijado de cada prueba. El otro, traducido en el análisis del todo con la parte. De esa manera, el muestrario probatorio permite sacar las inferencias respectivas.

4.4. En el caso, la recurrente denunció la comisión de errores de facto, precisamente, relacionados con el elemento causal. En su sentir, contrariamente a la conclusión del Tribunal, el causante del accidente fue el conductor del colectivo y no el de la motocicleta, el ahora fallecido. Sin embargo, algunos yerros hacen alusión a la contemplación jurídica de las pruebas. La Corte, interpretando con amplitud la acusación, obvio, a partir de su mismo

²⁶ CSJ. Civil. Sentencia de 25 de mayo de 2004 (exp. 07127), citando CCLXI-999.

contenido objetivo, los estudiará como corresponde y conforme a su orden lógico.

4.4.1. Ante todo, el asociado con la importancia de la alteración de la escena de los hechos, la corrida de la buseta de la posición final, que es de derecho. Esto, al enlazarse en conjunto con la prueba documental sobre la representación del accidente. El resultado, como se verá, incidirá en el yerro de hecho denunciado sobre la tergiversación del «sentido de dicha prueba documental».

Lo primero a advertirse es que el Tribunal en ninguna parte, en forma expresa, dejó fijado si el vehículo pesado fue o no movido después de la colisión. Ello, sin embargo, aparece elucidado implícitamente de manera afirmativa. De hecho, para no ir más lejos, el agente de tránsito, Luis Peñuela, hizo la observación en la prueba documental.

Se trata de un hecho indiciario de responsabilidad. Si el colectivo no fue el determinante del accidente, ninguna explicación habría para correrlo, a no ser que la estrellada haya sucedido en el costado del motociclo. En el contexto probatorio, empero, el error es inexistente, pues el *ad quem* tuvo por contraprobado el hecho con medios indirectos.

Conforme a la prueba documental, concluyó que la colisión ocurrió en la parte de la vía correspondiente a la dirección de la buseta. Por una parte, el punto de impacto se localizó en la zona frontal izquierda de la misma. Por otra, la mayoría de partículas de vidrio y pintura propias del

choque no estaban en el carril de la motocicleta. Como todo ello no aparece rebatido, significa, amén de seguir amparado por la presunción de legalidad y acierto, que el razonamiento del sentenciador no es equivocado.

4.4.2. Comprobada la inexistencia del anterior error, no obstante, la corrida de la buseta, esto trae como consecuencia que la comentada prueba documental no fue tergiversada. El plano e informe del accidente de tránsito, entonces, quedaría elaborado de acuerdo con la alteración de la escena de los hechos. Aun así, la recurrente se vale de su contenido para hacer ver que la colisión ocurrió cuatro centímetros dentro del carril de la motocicleta, medidos a partir de la línea demarcadora. No obstante, desde esa perspectiva el error es inexistente.

Las líneas de separación, según el Manual de Señalización Vial adoptado mediante la Resolución 1050 de 2004 del Ministerio de Transporte (vigente para la fecha de los hechos), «deben encontrarse siempre presentes en toda vía bidireccional con ancho de calzada de 5,5 m o más. En calzadas con anchos inferiores a 7,3 m se debe marcar el eje central con una sola linea continua amarilla para vías rurales y ancho inferior a 6,5 m para vías urbanas». Y de acuerdo al mismo documento, el ancho de la linea que debe estar presente no puede ser inferior a 12 centímetros.

Según el artículo 2º de la Ley 769 de 2002²⁷, es necesario sustraer la medida de la berma, pues esta no hace parte de la calzada para vehículos. El lugar del impacto se fijó a los 3.34 metros, medidos luego de la cuneta, esto es, a 3.24 metros a partir del fin de la berma. Se recuerda que el ancho de ésta es de 10 centímetros y del carril 3.20 metros. En total, 3.30 metros.

De acuerdo con el croquis, el ancho total de la vía es 6.60 metros. Y conforme al Manual de Señalización Vial, el ancho de la línea continua amarilla de separación de flujos que debe existir no puede ser inferior a 12 centímetros. Esto significa que el sitio del impacto, contrario a la tesis de la recurrente, no ocurrió en la calzada de la motocicleta. A lo sumo, correspondía a la linea de demarcación de los carriles o en el espacio que pertenecía a dicha línea.

Por lo mismo, la motocicleta conducida por la víctima, al momento de la colisión, se desplazaba a una distancia de 3.16 metros respecto del borde del pavimento o de 3.26 metros desde la berma. El artículo 94 de la Ley 769 de 2002, exige que “[l]os conductores de bicicletas, triciclos, motocicletas, motociclos y mototriciclos (...) [d]eben transitar por la derecha de las vías a distancia no mayor de un (1) metro de la acera u orilla y nunca utilizar las vías exclusivas para servicio público colectivo”.

²⁷ «Berna: Parte de la estructura de la vía, destinada al soporte lateral de la calzada para el tránsito de peatones, semovientes y ocasionalmente al estacionamiento de vehículos y tránsito de vehículos de emergencia».

4.4.3. La suposición de las pruebas sobre «registro, huella o indicio» que permite atribuir la causa eficiente del accidente al conductor de la motocicleta, el causante, se descarta por completo. Según lo que se acaba de discurrir, en el proceso sí existían pruebas para arribar a la conclusión que radica la causa en la víctima.

4.4.4. Lo analizado hasta el momento es suficiente para negar la prosperidad del cargo. Inclusive en el evento de haberse incurrido en error de derecho al apreciarse en conjunto o «adecuadamente el testimonio de los señores Diego Armando Pimiento Díaz y María Flor Reátiga Carvajal».

La Corte tiene sentado que «(...) cuando la sentencia se basa en varios motivos jurídicos, independientes, pero cada uno con fuerza suficiente para sustentar la decisión jurisdiccional, no es difícil descubrir que si la censura en casación es ineficaz para desvirtuar todos los soportes del fallo, porque permanece en vigor alguno que le mantiene su firmeza en derecho, el recurso no es susceptible de prosperar, aún en el supuesto de que fueran destruidos los motivos restantes de la sentencia acusada». ²⁸

En todo caso, respecto del testimonio de Diego Armando Diaz Pimiento, sus particulares condiciones sociales, económicas, académicas y del oficio desempeñado, no son de contemplación jurídica, sino de contenido objetivo. Fuera de esto, las razones para demeritarlo son

²⁸ CSJ. Civil. Sentencia de 3 de junio de 2014, expediente 00218, reiterando sentencia 134 de 27 de junio de 2005 y G. J. Tomos LXXXVIII-596 y CLI-199.

distintas a sus particularidades sociales y personales. El Tribunal le restó mérito por existir motivos de sospecha y no ser creíble. Como nada de ello aparece confutado, debe seguirse que la valoración del Tribunal es acertada.

Lo propio debe decirse de la declaración de María Flor Reátega Carvajal. Si su versión resulta coherente, clara, precisa y reiterativa con el otro testigo, que fue desvirtuado, entonces, no habría forma de darle credibilidad. El deponente con el cual se dice que la testigo, en general, es coincidente, en realidad resulta inconsistente.

La posición en la volqueta que se transportaba, en su platón, y detrás de la buseta, no garantiza la suficiente visibilidad. Fuera de esto, como el accidente ocurrió en el carril del colectivo, en la parte de adelante, hacia el lado izquierdo, no podía aseverar con certeza que el vehículo pesado invadió el carril de la motocicleta. Y es diciente su aseveración, por contrariar las reglas de la experiencia, pues de ser así habría provocado otro accidente previamente, que durante todo el recorrido el automotor al que seguían, la buseta, siempre iba en contravía.

4.5. El cargo, en consecuencia, no se abre paso.

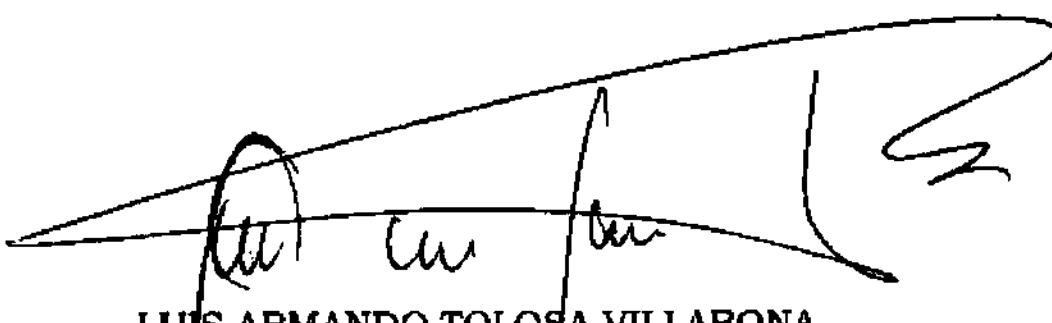
5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la

Ley, no casa la sentencia de 28 de agosto de 2015, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala Civil-Familia, en el proceso ordinario promovido por Neida Esther Perilla Acevedo, Rossvan Navas Perilla y Deivid Darío Navarro Perilla, contra la Flota Cáchira Limitada y Vicente González Rueda.

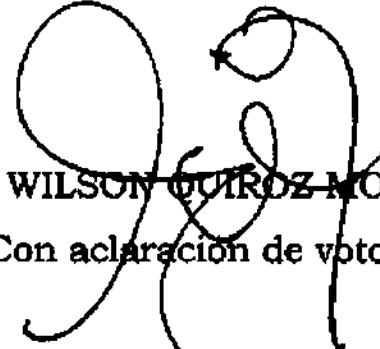
Las costas en casación corren a cargo de la demandante recurrente. En la liquidación, incluyase la suma de seis millones de pesos (\$6'000.000), por concepto de agencias en derecho.

**Cópíese, notifíquese y cumplido lo pertinente,
devuélvase el expediente a la oficina de origen.**

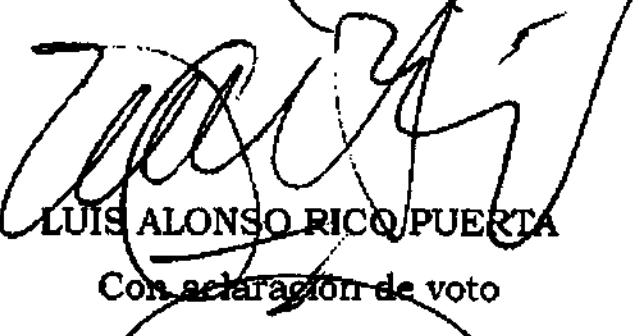

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

(Presidente de la Sala)

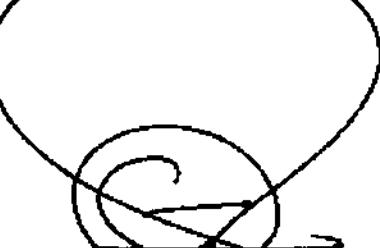

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO
con acuerdo del voto


AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

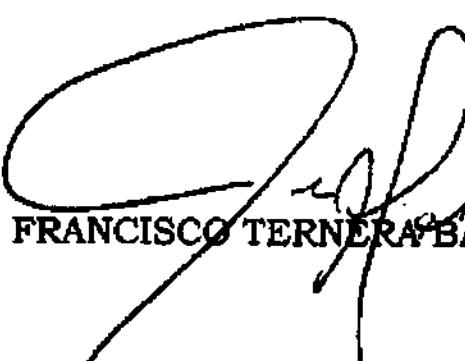
Con aclaración de voto


LUIS ALONSO RICO PUERTA

Con aclaración de voto


OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Con aclaración de voto


FRANCISCO TERNERÁ BARRIOS



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Radicación n.º 68001-31-03-010-2011-00093-01

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque comparto el sentido de la decisión adoptada por la Sala, me permito plantear, de forma por demás respetuosa, algunas consideraciones para ilustrar mi disenso con respecto a ciertos apartes de la motivación con la que fueran despachados los cargos de la demanda de casación.

1. Elementos de la responsabilidad civil extranegocial.

Acorde con el artículo 2341 del Código Civil, «*el 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*». Del texto de la norma transcrita, sobre la cual se edifica la responsabilidad civil extranegocial en nuestro ordenamiento, puede extraerse que la estructuración de esta especial fuente de las obligaciones supone la presencia de tres elementos concurrentes, a saber: (i) un comportamiento, activo u omisivo, que –por regla– debe ser jurídicamente reprochable, a título de dolo o culpa; (ii) un perjuicio indemnizable, padecido por la víctima; y, (iii) el necesario nexo de causalidad entre una y otra cosa.

Ciertamente, la responsabilidad civil no puede abrirse paso sin la acreditación de un detrimiento en la esfera patrimonial o extrapatrimonial de la víctima, el que, además, debe estar vinculado (fáctica y jurídicamente) al actuar del obligado, porque a nadie puede imponérsele la carga de soportar las consecuencias de hechos dañosos que no le sean imputables.

También es innegable la necesidad de que exista un comportamiento, mediato o inmediato, del responsable. Y además (salvo en los eventos de responsabilidad objetiva), esa conducta debe ser calificada, para establecer si fue conscientemente encaminada a causar daño, o si proviene de la imprudencia, la negligencia, la impericia, la violación de reglamentos, entre otros supuestos que viabilizan el reproche al proceder del agente.

En ese sentido, la Sala tiene decantado lo siguiente:

«Las libertades permiten a cada quien desarrollar su propio plan de vida, y en la medida en que una persona se beneficia de la convivencia deberá soportar recíprocamente los costos que surgen de esas relaciones, es decir que tendrá que reparar los daños que ocasiona. Luego, no es por cualquier consecuencia imprevisible o incontrolable que se deriva de nuestros actos por lo que estamos llamados a responder, sino únicamente por aquéllos que realizamos con culpa o negligencia. Lo contrario supondría tener que convivir en una sociedad en la que haya que resarcir cualquier resultado dañoso por la simple razón de que uno de nuestros actos intervenga objetivamente en su causación, aun cuando escape a nuestra responsabilidad y se encuentre más allá de nuestro control. Es por ello, precisamente, por lo que en nuestra tradición jurídica solo es responsable de un daño la persona que lo causa con culpa o dolo, es decir con infracción a un deber de cuidado; lo cual supone siempre una valoración de la acción del demandado por no haber observado los estándares de conducta debida que de

el pueden esperarse según las circunstancias en que se encontraba.

Junto con el concepto de culpa, la idea de justicia correctiva ha sido uno de los pilares sobre los cuales se ha construido el concepto de atribución de responsabilidad en el derecho occidental, consistiendo ella en el restablecimiento de la igualdad que ha sido rota por el hecho lesivo. La justicia correctiva apareja una relación obligatoria entre el responsable y la víctima porque aquél ha causado un daño mediante la infracción de un deber, en tanto que ésta tiene derecho a ser restablecida a la situación anterior» (CSJ SC, 19 dic. 2012, rad. 2006-00094-01).

2. La culpa en los distintos regímenes de responsabilidad civil extranegocial.

Partiendo del criterio general de responsabilidad subjetiva referido, el Título XXXIV del Libro Cuarto del Código Civil desarrolló distintos regímenes de «Responsabilidad Común por los delitos y las Culpas», que doctrinaria y jurisprudencialmente han sido clasificados en tres grupos: *(i)* la responsabilidad por el hecho propio; *(ii)* por el hecho de las personas que están bajo el cuidado o dependencia de otro; y, *(iii)* por el hecho de las cosas animadas o inanimadas. A ellos cabe adicionar una cuarta categoría, que por sus contornos diferenciales no puede entremezclarse con las demás: la responsabilidad derivada del ejercicio de actividades peligrosas.

Partiendo de esta distinción, es pertinente realizar las siguientes precisiones:

2.1. Responsabilidad por el hecho propio.

En tratándose de responsabilidad por el hecho propio, también conocida como directa (artículo 2341 del Código Civil¹), la víctima tiene la carga de acreditar todos los elementos constitutivos del vínculo obligacional cuyo reconocimiento se reclama, para que, de ese modo, se pueda dictar una sentencia condenatoria.

Esa pauta general ha sido deducida y desarrollada por la jurisprudencia de esta Corporación, que –de antaño– ha sostenido que

•(...)*en tratándose de culpa extracontractual el actor tiene a su cargo la demostración plena de todos los factores necesarios para llevar a la conciencia del juzgador una convicción de tal naturaleza que determine lógicamente una condenación. Deberá demostrar el daño, la culpa y la relación causal entre los dos primeros elementos. Acreditado el daño, resultaría excesiva la exigencia, además de que este sea posible científicamente, sobre todo cuando esta imposibilidad resulta de una afirmación presentada por el reo como un medio para eximirse de toda responsabilidad. Otra cosa sería si se tratase de un hecho físicamente imposible, pues entonces la prueba testimonial de que ocurrió sería inidónea y consiguientemente inadmisible en forma absoluta por el juez»*(CSJ SNG, 4 oct. 1945, G.J. LIX, pág. 1135. Resaltado intencional).

2.2. Responsabilidad por el hecho ajeno.

En esta clase de responsabilidad, consagrada en el precepto 2347 del Código Civil, se puede inferir una presunción de culpa en contra de quienes tienen personas a cargo, que se desvirtúa, conforme se consagró en el texto

¹Corresponde también a un supuesto de responsabilidad por el hecho propio el consagrado en el artículo 2346 del Código Civil: «Los menores de diez años y los dementes (sic) no son capaces de cometer delito o culpa; pero de los daños por ellos causados serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores o dementes, si a tales personas pudieren imputárseles negligencia».

legal, en tanto se acredite que «con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho», esto es, si se demuestra diligencia y cuidado.

Al respecto, la Corte ha expuesto lo siguiente:

«(...) atendiendo a razones prácticas de inocultable conveniencia social que para la jurisprudencia nacional han sido de vieja data motivo de particular consideración (G. J. LVII, pág. 29, y CLII, pág. 74), algunas personas son tenidas por civilmente responsables de los daños que con culpa otras ocasionan a terceros, en la medida en que existan de por medio lazos de dependencia familiar, educativa, profesional o empresarial que por su naturaleza les permitan a las primeras, de hecho o por derecho y aun de manera apenas ocasional, dirigir la actividad de las segundas, ello en el entendido que si a alguien se le imputa responsabilidad de esta clase en concepto de agente indirecto del perjuicio cuya indemnización se reclama, es debido a la "culpa" que revela la deficiente orientación o el control insuficiente de conductas ajenas que son de su incumbencia. Dicho en otras palabras, cumple en este ámbito papel de significativa importancia un principio general de responsabilidad por el hecho de otro que compromete a todo aquél que, bajo su autoridad y por ende dando lugar así a una situación genérica de dependencia, instrumenta la actividad de ese "otro" en procura de alcanzar objetivos que relacionados o no con la obtención de ventajas económicas, son en todo caso de su interés, principio que en consecuencia, a la vez que tiene un contenido conceptual de notable amplitud ante el cual es forzoso descalificar interpretaciones simplistas aferradas al tenor literal de los Arts. 2347 y 2349 del C. Civil, obliga a apreciar con prudente criterio la noción de "dependencia" junto con los restantes elementos que condicionan la responsabilidad refleja, toda vez que se trata de imponerle a alguien -valga insistir- el deber jurídico de satisfacer una prestación resarcitoria derivada de un daño que otra persona ha ocasionado.

(...) En el supuesto del que viene hablándose, como acontece en todos los demás que integran el cuadro normativo de la responsabilidad común por culpa civil extracontractual, pesa sobre la víctima que reclama indemnización la carga de suministrar prueba acabada del daño y su valor, así como también de los hechos que permiten entrar en funcionamiento el factor atributivo de la responsabilidad indirecta. Le compete, pues, justificar a

cabalidad su demanda contra quien es demandado a título de guardián o superior del agente directo del ilícito en cuestión, lo que equivale a demostrar el nexo de dependencia que une a estos dos sujetos, habida cuenta que en eventos de esta estirpe "...fuera de la relación causal que muestra la imputabilidad física, ha de establecerse el vínculo de subordinación o imputabilidad jurídica, pues si la razón de ser del reclamo es un daño, partiendo de tal dato es preciso llegar a verificarlo como causado por quien dependía del sujeto a quien se demanda, y en fin de cuentas por este último..." (Fernando Hinestrosa. Obligaciones, Sección Segunda, Cap. IX Núm. 6.), y hoy en día se tiene por aceptado en línea de principio, que tratándose de la responsabilidad del principal -comitente o empresario- debida al hecho de sus dependientes o encargados por razón y en la medida de la presunción de culpa que consagra el inciso quinto del Art. 2347 del C. Civil, esa relación de dependencia, más que el producto de conceptos de derecho abstractos tomados de disposiciones legales del orden laboral como las que en el caso en estudio cita el casacionista, es una situación de hecho en la cual, para su adecuada configuración en vista de la finalidad que se propone alcanzar aquella regla de la codificación civil, basta con que aparezca, caracterizado de modo concluyente desde luego en términos probatorios, que en la actividad causante del daño el dependiente, autor material del mismo, puso en práctica una función determinada para servicio o utilidad del principal, y además, que en el entorno circunstancial concreto y con respecto al desempeño de dicha función, haya mediado subordinación del dependiente frente al principal, toda vez que si no existe una razonable conexión entre la función y el hecho dañoso o si en este último no se descubre aquella implementación de la actividad ajena en interés del empresario de quien por reflejo se pretende obtener la correspondiente reparación, es evidente que el sistema de responsabilidad que se viene examinando no puede operar y para la víctima desaparece, al menos como prerrogativa jurídicamente viable, esa posibilidad de resarcimiento» (CSJ SC, 15 mar. 1996, rad. 4637).

Y más recientemente, señaló la Sala:

**La responsabilidad civil por el hecho ajeno se erige entonces a consecuencia de haber faltado el llamado por ley a responder, al deber jurídico concreto de vigilar, elegir y educar; lo que en el fondo constituye una garantía que ofrece la ley a los damnificados en aras de esa debilidad a que antes se hacia referencia.*

Responsabilidad que actúa en la medida en que se encuentre cabalmente definida o acreditada la responsabilidad civil del directamente responsable.

Se encuentra ese sistema consagrado en el artículo 2347 del C.C. al establecer, como principio general, la regla de que toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado. Y en tratándose de los padres, con la modificación introducida por el decreto 2820 de 1974, establece aquel artículo que estos son responsables solidariamente del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa. Hijos menores que, en concordancia con lo que se dispone en el artículo 2346 del Código Civil, deberán ser aquellos que tengan entre diez años y dieciocho años, edad en que termina el deber de cuidado, por la mayoría de edad alcanzada por el vigilado.

En el sistema del código civil, el último inciso del mencionado artículo 2347, no aplicable al caso presente según luego se explicará, establece que esa responsabilidad de, entre otros, los padres, cesa "si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho", lo que equivale a indicar que el tema de la prueba en esta codificación, y referida a la responsabilidad civil por el hecho ajeno, se enfoca en la acreditación plena de la diligencia en la custodia y educación a cargo de los padres y naturalmente frente al preciso evento dañoso. Pero esa prueba de haber cumplido con la vigilancia y educación del menor no consiste, como el cargo parece insinuarlo, en presentar indicios contingentes o pruebas indirectas que den lugar a que se vistumbre la apariencia de que, en efecto, en el pasado ha recibido el pupilo adecuada vigilancia y educación. La labor de quien deba acreditar la observancia de ese deber jurídico concreto de vigilancia no consiste en demostrar ser un "buen parent de familia", sino en haber cumplido ese deber en el momento en que el evento dañoso acaece. O en no haber podido cumplir, a pesar de la autoridad de que goza» (CSJ SC 22 may. 2000, rad. 6264).

La mencionada codificación, en su artículo 2348, también contempla un caso de responsabilidad por el hecho ajeno, pero esta vez pareciera invocar la necesidad de acreditación de una especial culpa. Así, cuando los padres

responden por algún daño causado por sus hijos menores, proveniente de la «mala educación o de hábitos viciosos que les han dejado adquirir», es posible inferir que no hay, en puridad, una presunción de culpa (como en el supuesto anterior), sino que ésta se debe probar, pero circunscrita a esa deficiente instrucción o desenfrenos mencionados.

Pero ello obedece a que ese tipo de responsabilidad no se finca en el deber de vigilancia que, *per se*, tienen los padres respecto de sus hijos menores, sino en un fenómeno que sobrepasa la culpa *in vigilando* (que, *v.gr.*, es trascendente en el supuesto del canon 2349²), y se incrusta en una conducta decantada de indebida enseñanza y formación de los niños, niñas y adolescentes.

2.3. Responsabilidad por el hecho de las cosas, tanto animadas como inanimadas.

En torno a este tipo de responsabilidad, se observa igual cimiento en la culpa, aunque con distintos enfoques legales respecto de su demostración y de las causas eximentes. Verbigracia, en tratándose de la ruina de edificios, la imputación se prevé en cuanto «se hayan omitido las reparaciones necesarias, o por haber saltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia», y si bien seguidamente se establece que «no habrá responsabilidad si la ruina acaeciere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto» (artículo 2350, Código Civil), no parece

² «Los 'empleadores' responderán del daño causado por sus 'trabajadores', con ocasión de servicio prestado por éstos a aquéllos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los 'trabajadores' se han comportado de un modo imprudente, que los 'empleadores' no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recayerá toda responsabilidad del daño sobre dichos 'trabajadores'».

lógico entender que la exoneración esté circunscrita a esos eventos de causa extraña, pues de haber realizado las obras de mantenimiento necesarias o de haber efectuado el cuidado promedio aludido, se estaría en un supuesto de diligencia, que del mismo modo eximiría. Así, en esa hipótesis habría una presunción de culpa, la cual decae ante la prueba de que el dueño del edificio obró con diligencia y cuidado.

En igual sentido, se permitiría la dispensa del propietario o persona que se sirva de un animal doméstico por daños causados por éste, pues la normativa señala que dicha responsabilidad surge a menos que «la soltura, extravío o daño no pueda imputarse a culpa del dueño o del dependiente, encargado de la guarda o servicio del animal» (artículo 2353, *ejusdem*).

Vale anotar que, al estudiar la situación regulada en el precepto recién citado, la Sala advirtió que –como se viene sugiriendo– en estos supuestos hay una presunción de culpa, pero negó la posibilidad de exoneración mediante la prueba de la diligencia y cuidado:

- a) *Los daños causados por un animal, aún después que se haya soltado o extraviado comportan una presunción de culpabilidad para su dueño o para la persona que de él se sirve;*
- b) *La referida presunción únicamente releva a quien la invoca del deber de probar la culpa del dueño o guardián del animal, porque el daño y la relación de causalidad con el hecho perjudicial debe probárlos en todo caso;*
- c) *Dichos dueño y guardián no pueden exonerarse de la referida presunción de culpabilidad limitándose a afirmar o a demostrar ausencia de culpa de su parte en la ocurrencia del daño;*

d) Tal exoneración o reducción, según el caso, de la obligación de resarcir el perjuicio, de acuerdo con el claro texto del art. 2353 sólo tiene cabida en forma total, si el dueño o el guardián demuestran plenamente un hecho positivo y concreto consistente en que el daño causado por el animal obedece a fuerza mayor o caso fortuito o culpa exclusiva de un tercero, y en forma parcial, cuando también medió culpa de la propia víctima o de un tercero y en proporción a la influencia determinante que estos hayan tenido en la ocurrencia del daño (art. 2357). Es obvio que si el perjuicio se produjo como consecuencia de culpa exclusiva del damnificado, el dueño o guardián del animal quedan exonerados totalmente de responsabilidad» (CSJ SC, 11 mar. 1976, G.J. CLII, pág. 64).

No obstante, en mi criterio, cuando la citada norma indica que no habrá responsabilidad si «la soltura, extravío o daño no puede imputarse a culpa del dueño o del dependiente, encargado de la guarda o servicio del animal» (resaltado intencional), lo que hace es consagrar, con claridad, que la ausencia de culpa exonera.

Cosa distinta sucede cuando esa responsabilidad deviene del hecho del animal fiero, del que no se reporta utilidad, dado que en esos supuestos la responsabilidad «será siempre imputable al que lo tenga; y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oido» (artículo 2354, *id.*), lo cual permite entender que la ausencia de culpa no absuelve en este específico evento, como si lo permite en el supuesto anterior.

2.4. Responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas.

En tratándose del ejercicio de actividades peligrosas, es decir, aquellas cuya potencialidad de causar un daño deja de

ser azarosa, como ocurre con cualquier acto humano, para constituirse en probable o –incluso– inevitable³, la culpa también participa como elemento estructural de este régimen de responsabilidad civil, en tanto la imputación se realiza por «malicia o negligencia», aspectos todos denotativos de un juicio de reproche subjetivo.

Los ejemplos que establece el canon 2356 del Código Civil dan cuenta de ello, en tanto se refieren a quien «dispara imprudentemente un arma de fuego», «remueve las losas (...) sin las precauciones necesarias (...), y al que, estando obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño (...)»⁴ (resaltado intencional).

3. La culpa (y su prueba) en la responsabilidad por actividades peligrosas.

A pesar de lo que se afirma en esta providencia, es indiscutible que la jurisprudencia –salvo dos excepciones puntuales⁵– reconoce la culpa (entendida como juicio de reproche conductual) como un elemento estructurante de la

³ En los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil, elaborados por el European Group on Tort Law, se usa un criterio más estricto al definir una actividad «normalmente peligrosa» como aquella que «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» (artículo 5:101). Ello se justifica en tanto, en esa propuesta doctrinal, la responsabilidad por esas actividades es objetiva, de modo que hace necesario excluir las actividades «objeto de uso común», como la conducción de automóviles.

Como se explicará posteriormente, en nuestro medio se usa un criterio menos severo para calificar una actividad como peligrosa, pero se mantiene –tícitamente– el rigor de un juicio de responsabilidad objetivo para quien, desarrollándola, causa daño a otros.

⁴ Nótese que en la enunciación hay mención directa a un actuar imprudente, no preavido o descuidado, lo que permite advertir la presencia de culpa en cimiento de este tipo de responsabilidad.

⁵ Sentencias CSJ SC, 24 ago. 2009, rad. 2001-01054-01, reiterada en CSJ SC 2107-2018, 21 jun., a las que me referiré luego.

responsabilidad civil, inclusive cuando ella deriva del ejercicio de actividades que pueden considerarse peligrosas.

Pero, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de responsabilidad aquiliana directa, el precedente consolidado de la Sala de Casación Civil coincide en señalar que a la víctima de la actividad peligrosa no puede exigirsele la prueba del obrar culpable del convocado. Esta línea de pensamiento se desarrolló a partir del paradigmático fallo CSJ SC, 14 mar. 1938, G. J. t. XLVI, pág. 215, citado a folio 18 de la providencia objeto de estas líneas.

Valga anotar que esta postura fue posteriormente morigerada en sentencia CSJ SNG, 15 jun. 1944, G.J. t. LVII, pág. 851:

•Es cierto que, en materia de responsabilidad civil extracontractual, como en los demás campos de controversia judicial, domina el principio de que actor incumbit probatio. Lo que significa que el actor debe suministrar la prueba de la obligación que le atribuye al demandado. De consiguiente el actor en las acciones de responsabilidad por culpa delictual y quasi-delictual está generalmente obligado a dar la prueba de la culpa.

Pero tal regla tiene a veces sus excepciones, cuando las circunstancias en que se ha realizado el hecho de donde se deduce la responsabilidad, revelan la existencia de una culpa. Son los hechos culposos de que habla Josserand, en donde él, y con él la doctrina francesa, ven la existencia de culpas virtuales, cuya prueba directa y específica no se le exige al demandante.

(...) Entre nosotros, como en Francia, la culpa es el fundamento de toda responsabilidad; la responsabilidad objetiva es de excepción y solo tiene realidad cuando la ley la autoriza. Sin abandonar el concepto de culpa, sobre el que nuestro código también edifica toda la teoría de las obligaciones extra-contrato, y antes bien, apoyándose firmemente en él, no es difícil sostener la doctrina

misma de los hechos por sí mismos culposos. Con ella apenas se cambia el juego de la prueba de la existencia de la culpa, en favor del demandante, y para libertarlo de una obligación generalmente casi imposible de cumplir, de mantener en aquellos rigidamente el principio actor incumbit probatio.

Todo depende de la manera como se haya realizado el daño. Como cuando la víctima ha sido completamente ajena a la ejecución del hecho, consumado a virtud de actividades de manifiesta índole peligrosa, en relación con terceros. El manejo de un avión, de un automóvil, etc., requiere extremado cuidado y diligencia, o de lo contrario ocasionaría una catástrofe.

¿Cómo exigirle al transeúnte o al pasajero desprevenido, víctima del accidente, que acredite cuál fue el detalle culposo preciso que ocasionó la caída del avión o produjo el choque automovilístico (sic)? En tales casos el origen de la culpa lo conocerá mejor el autor del hecho. Luego es él quien debe arrostrar la carga de la prueba de su inculpabilidad, respecto de un hecho que aparentemente ha violado las reglas de la solidaridad social y la obligación de darle seguridad a terceros en ejecución de actos que conllevan manifiesto peligro».

Sin embargo, la posibilidad de que el convocado, probando su diligencia, se desembarazara de la responsabilidad que le fue endilgada, desapareció de la jurisprudencia⁶, que –no sin ciertas vacilaciones– terminó decantándose por desterrar el debate de la responsabilidad por actividades peligrosas del escenario de la culpabilidad, para fijarlo en el de la causalidad.

⁶ Pese a que, paradójicamente, la Corte se apartó de la teoría del riesgo, sobre la que se edificó el citado fallo CSJ SC, 14 mar. 1938, G. J. t. XLVI, pág. 213. Así, por vía de ejemplo, en sentencias de 10 de agosto de 1941 y 16 de marzo de 1945 se señaló, en su orden, lo siguiente: «Esta Corte tampoco ha aceptado, ni podría aceptar la teoría del riesgo porque no hay texto legal que la consagre ni jurisprudencialmente podría llegarse a ella. 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 la culpabilidad, que por lo ya dicho es opuesta y contraria a la del riesgo creado», y «La Corte no ha seguido la tesis del riesgo creado; pero si ha reconocido la anécdota presunción de culpa en las actividades peligrosas. Ha hallado, pues, tan solo una presunción legal, así como la posibilidad de destruirla en que están las presunciones de esta clase; y dentro de nuestras leyes y siguiendo a los autores, ha reconocido el alcance del caso fortuito, atendido por aquéllas y citado por éstas en primer lugar entre los elementos exculpatorios».

Por citar solo un caso, en CSJ SC, 22 feb. 1995, rad. 4345, la Sala reconoció que

•Siguiendo una larga tradición jurisprudencial (...) preciso es tener muy presente que ante situaciones semejantes a las descritas, donde por hipótesis el daño, sin ser efecto inmediato y directo de una culpa probada atribuible a determinado sujeto a título personal, lo es de la intervención causal de una actividad en la cual, por los peligros que en potencia le son inherentes, quien la lleva a cabo debe extremar en grado sumo las precauciones en la advertencia de tales riesgos y en los cuidados para evitarlos, el ordenamiento positivo en este ámbito puesto de manifiesto en el principio normativo que del texto del artículo 2356 del Código Civil se desprende, encuentra fundamento bastante para comprometer a ese empresario e imponerle la respectiva obligación de reparar, atendida la posibilidad con que contaba de controlar apropiadamente la actividad en cuestión y, por consiguiente, de custodiaria de modo indemne para los demás, obrando con la diligencia requerida a fin de suprimir la eventualidad de perjuicios como el que, a pesar de esa misión de guarda, vino a ocurrir con menoscabo injusto para la persona o los haberes de un tercero y que, por ende, atestigua de suyo la manera impropi a o ineficiente como ese cometido se puso en práctica por el responsable.

Dicho en otras palabras, si es postulado de valor axiomático el que el orden civil que liga a los seres humanos en sociedad, según lo señalara Domat en afortunada síntesis, no los obliga solamente a no perjudicar a nadie mediante sus propias acciones, sino también a actuar con todo lo que se posee de modo tal que nadie tampoco pueda resultar víctima de un daño que no esté obligado en derecho a soportar, forzoso es admitir que actividades que por su virtualidad especial para engendrar daños participan del género que, por vía de ilustrativos ejemplos, identifica el artículo 2356 del Código Civil, implican 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 atendida actividad se sirve o reporta beneficio, luego si en la realización de un daño se demuestra que tuvo influencia causal caracterizada un hecho de la índole de los que viene haciéndose mérito en estas consideraciones, en términos de ley ello es suficiente para tener por probada, por vía de una presunción que

establece aquella disposición, la infracción de la obligación determinada de guarda recién aludida.

La causalidad basta para tener por establecida la culpa en aquellos casos en que, atendidas la naturaleza propia de la actividad y las circunstancias precisas en que el hecho dañoso se realizó, la razón natural permite imputar este último a la incuria o imprudencia de la persona de quien se demanda la reparación, e inútil será por lo tanto que este último, guardián de la actividad y demandado en el proceso, intente establecer que observó la diligencia debida; su defensa, entonces, no puede plantearse con éxito en el terreno de la culpabilidad sino en el de la causalidad, rindiendo la prueba de la causa extraña del perjuicio, originada en el caso fortuito o en la fuerza mayor, en el hecho de la víctima o en el hecho de un tercero.

Ahora, al mostrarse de acuerdo con la suficiencia del vínculo causal entre la conducta de quien despliega una actividad peligrosa y el daño padecido por la víctima para hacer surgir la obligación de indemnizar, pareciera que la Corte hubiera dado un giro, al menos implícito, hacia la responsabilidad objetiva; y así se reconoció, con el propósito de explicitar esa posición, en CJS SC, 24 ago. 2009, rad. 2001-01054-01:

“[...] Entendidas las expresiones “malicia o negligencia” como sinónimas de doño 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 ibidem, 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 eximirla 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 presume, 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 exonerá 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».

Aunque prontamente la Corte se apartó de la tesis de la responsabilidad objetiva, para retornar al precedente consolidado, que gravita -como viene diciéndose- alrededor de la culpa, así:

«(...) debe precisarse, que la sentencia de casación de 24 de agosto de 2009 (...) contiene una rectificación doctrinaria, tal como aparece en su motivación y la parte resolutiva, circunscrita exclusivamente al punto relativo al tratamiento jurídico equivocado que le dio el Tribunal al aspecto atinente a la "concurrencia de culpas" en el ejercicio de actividades peligrosas, mas no frente a la doctrina tradicional de la Sala referente a que éstas se examinan bajo la perspectiva de una responsabilidad "subjetiva" y no "objetiva".

La Corporación de modo reiterado tiene adoptado como criterio hermenéutico el de encuadrar el ejercicio de las actividades peligrosas bajo el alero de la llamada presunción de culpabilidad en cabeza de su ejecutor o del que legalmente 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 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 francamente ventajosa, esto es, en el entendido que facilita, con criterios de justicia y equidad, reclamar la indemnización a la que tiene derecho.

La interpretación judicial de la Sala que se ha consignado en innúmeros fallos de la Corte, emana del 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 menoscabo en otras personas o en el patrimonio de éstas.

Lo anterior es demostrativo, se reitera, de que no es el mero daño que se produce ni el riesgo que se origina por el despliegue de una conducta calificada como actividad peligrosa la que es fuente de la responsabilidad civil extracontractual de indemnizar a quien resulta perjudicado, sino que es la presunción rotunda de haber obrado, en el ejercicio de un comportamiento de dichas características con malicia, negligencia, desatención incuria, esto es, con la imprevisión que comporta de por si la culpa.

En adición, no debe pasarse por alto que desde un principio el artículo 2341 del Código Civil se encarga de iniciar el estudio del tema a partir del Título XXXIV del Código Civil, bajo la denominación de "responsabilidad común por los delitos y las culpas", o sea, la que tiene como su fuente el dolo o las diversas clases de "culpas", desarrollo con el que destaca como elemento esencial el postulado de la culpabilidad, situación que como es natural acepta salvedades que se construyen cuando se presentan hechos diferentes a los que normalmente tienen ocurrencia, como serían la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima.

Además, no es posible dejar de destacar que es la propia normatividad prevista en el Código Civil, respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación, la que gobierna la materia examinada y a la que forzosamente ha de aplicarse el brocardico latino "lex non omitti incaute, sed quia dictum noluit", es decir, no es, que la ley haya omitido regular el punto sino que no fue su voluntad que fuera dicho, de donde se concluye que si la intención del legislador hubiera estado encaminada a dejar por fuera el elemento culpa de la responsabilidad extracontractual por el ejercicio de actividades peligrosas, sin duda alguna y muy seguramente habría efectuado tales precisiones conceptuales explícitas en el texto del ya referido artículo 2356 ibidem.

En suma, no se puede desconocer el postulado propio de la culpa que se halla insrito en la norma ya citada que es clara, inequívoca y contundente en determinar que la indemnización o el reconocimiento del monto de los daños padecidos tiene como causa el ejercicio de una actividad peligrosa como la de conducción de energía eléctrica, sin incurrir en desconocimiento de la voluntad expresa de la ley» (CSJ SC, 26 ago. 2010, rad. 2005-00611-01).

Sin embargo, la mención a la culpa, pese a ser inequívoca, pareciera no trascender de la órbita formal, pues tanto en la providencia recién citada, como en las que se profirieron con posterioridad, continuó sosteniéndose que «quien ejerce actividades de ese género es el responsable del daño que por obra de ellas se cause y por lo mismo le incumbe para exonerarse de esa responsabilidad, demostrar la fuerza mayor, el caso fortuito o la intervención de un elemento extraño que no le sea imputable», tal y como ocurriría si la responsabilidad fuera objetiva.

Consciente de esta problemática, más recientemente se advirtió que

«(...) la supuesta incongruencia que algunos autores aseguran haber detectado al interior de esa teoría consiste en que si la única manera de eximirse de la responsabilidad es demostrando fuerza

mayor, caso fortuito, o culpa exclusiva de la víctima; entonces no tiene sentido discurrir sobre una posible presunción de culpa, dado que para desvirtuarla no es suficiente la prueba de la diligencia y cuidado.

Pues bien, en verdad que tal señalamiento no deja en evidencia ninguna inconsistencia al interior de la teoría subjetiva, dado que no son pocas las ocasiones en las que la prueba de la debida diligencia y cuidado sólo puede obtenerse mediante la verificación de una causa extraña.

Precisamente, en tratándose de actividades peligrosas, suele ocurrir que la prueba de la diligencia es tan difícil, que usualmente se exige al demandado que demuestre con precisión cómo fue que el accidente ocurrió a pesar de haber empleado el debido cuidado. De manera que, en el fondo, la carga de la prueba de la diligencia se traduce en la demostración de que el daño se produjo por un hecho que no tiene ninguna relación con el ámbito de cuidado del presunto responsable.

No es, entonces, que la observancia del deber de cuidado no sea suficiente para refutar la presunción de culpa, sino que la demostración de ese hecho es de tal rigor en esta especie de actividades que, por obra de la presunción legal, se forma en la mente del sentenciador la convicción de que el perjuicio se causó con culpa de su autor; de manera que únicamente la prueba de la causa extraña resulta idónea para corroborar la ausencia de culpa del demandado.

Lo anterior, obviamente, es muy distinto a afirmar que debido a que solo el elemento extraño es una causal eximente de responsabilidad, entonces haya que inferir, de modo necesario, que la culpa del autor no es un factor determinante para la imputación de responsabilidad, o lo que es lo mismo, que esa responsabilidad abedezca a factores estrictamente objetivos. Es más, el solo examen de los hechos dentro del nexo de causalidad no es tan "objetivo" como a simple vista pareciera serlo, toda vez que le es inherente un juicio de reproche que, en últimas, tiene un fuerte componente subjetivo en la libertad del responsable.

El rompimiento del nexo de causalidad no puede interpretarse de manera abstracta y desligada de la conducta del agente, sino que su demostración es signo inequívoco de la ausencia de culpa. Ello indica que la culpa no solo es el fundamento sino el límite de la

responsabilidad civil, porque más allá de ella solo puede existir la causa extraña» (CSJ SC, 19 dic. 2012, ya citada).

La visión del asunto contenida en dicha providencia se traduce en una verdad inobjetable: si no existe nexo causal entre el daño y el actuar del demandado, resulta indudable que en ese evento no pudo mediar culpa o dolo de su parte, dado que, finalmente, a nadie puede atribuirse falta alguna por un hecho que no tiene ninguna relación con su conducta.

Pero, en últimas, al insistir en que la absoluta diligencia, *per se*, no exonera de responsabilidad, a menos que confluya con una causa extraña, la culpa volvió a ocupar un rol absolutamente marginal en el análisis de esta particular forma de responsabilidad civil, dando así la espalda a la configuración normativa ya explicada. Tanto es así que, recientemente, la Sala recogió varias de las inquietudes que despierta la aludida tesis, diciendo:

«Es bien sabido que nuestra jurisprudencia explicó desde la primera mitad del siglo anterior que el artículo 2356 del Código Civil consagra una presunción de culpa, de suerte que para la prosperidad de la pretensión indemnizatoria sólo se requiere que esté probado en el proceso el daño y el nexo causal entre éste y la conducta del agente.

(...) Tal como ha sido planteada hasta el momento, la teoría es inconsistente porque: 1) Se dice que la norma contiene una presunción, pero su redacción no tiene la forma lógica de una presunción legal (si-entonces); 2) No se ha explicado por qué la presunción de culpa no admite prueba en contrario mediante la demostración de la diligencia y cuidado; 3) Si sólo exonera la causa extraña, debe explicarse su diferencia con la responsabilidad objetiva; 4) Si no es responsabilidad objetiva, debe explicarse por qué sólo exonera la causa extraña; 5) Si la culpa es irrelevante, debe explicarse por qué sigue acudiéndose

a la incorrección de la conducta en concreto para resolver los problemas de coparticipación o de exposición de la víctima al daño; 6) No existe un criterio jurídico general que permita clasificar una actividad como peligrosa, por lo que este instituto queda sumido en el casuismo y la indeterminación. (CSJ SC002-2018, 12 ene., resaltado intencional).

Para salvar esas dificultades, en esa misma providencia CSJ SC002-2018, 12 ene., se propuso una novedosa (y muy técnica) lectura del dilema comentado, que por vías interpretativas diversas mantiene una presunción de culpa, *iuris et de iure*, en cabeza de quien causa un daño en desarrollo de una actividad que pueda calificarse como peligrosa:

•Con relación a las presunciones, el artículo 66 del Código Civil dispone: "Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias. Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisible la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias".

En un sentido similar, el artículo 166 del Código General del Proceso (176 C.P.C.) establece: "Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados. El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice".

Estos enunciados normativos señalan reglas de conformación sintáctica de las presunciones legales, las cuales modifican las leyes sustanciales al tener por probados algunos de sus elementos fácticos estructurales. Las presunciones tienen la forma léxica de un condicional que vincula un antecedente y un consecuente. Es

decir que poseen dos expresiones gramaticales: i) Los antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción, y ii) El hecho presunto que de ellos se deduce. Una vez probados los antecedentes o hechos presumibles se tendrá por probado el consecuente o hecho presunto.

El hecho que hay que desvirtuar es el presunto o consecuente y no el presumible o antecedente ("se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley..."), pues se entiende que éste tuvo que quedar demostrado para que pudiera operar la presunción, de suerte que si el antecedente no se demuestra, simplemente no hay lugar a hablar de presunción ni hay necesidad de desvirtuarla porque ésta no logra configurarse.

Los elementos fácticos del artículo 2356 son el daño y la posibilidad de imputarlo a malicia o negligencia de otra persona: "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta".

El hecho presumible es la posibilidad de imputar el daño al demandado (por haber creado el riesgo previsto en una regla de adjudicación), y una vez demostrada esta imputación habrá que dar por probada la culpa que menciona ese enunciado normativo, pues al no requerir demostración es un hecho presunto⁷. Ahora

⁷ «Los hechos con relevancia jurídica pueden ser operativos o probatorios. Los hechos operativos son los sucesos de la realidad que dan origen a las distintas situaciones jurídicas, generalmente no tienen la connotación de litigiosos porque se dan como existentes por las partes, y cumplen la función de contextualizar el entramado fáctico que subyace a la controversia. Los hechos probatorios coinciden con el supuesto de hecho descrito en la proposición normativa y constituyen el tema de la prueba o conjunto de sintagmas (constituyentes sintácticos máximas) que integran el enunciado fáctico. El núcleo sintáctico del sintagma es la palabra que determina las propiedades estructurales de la expresión, a seis los elementos fácticos de la proposición normativa que deben quedar demostrados ("dulce" - "que pueda imputarse"). Los constituyentes adjuntos ("a malicia o negligencia de otra persona") no son requisitos obligatorios del enunciado o expresión jurídica, pues no hay necesidad de probarlos (elemento neutro), aunque pueden ser complementos aclaratorios en el lenguaje natural. Como la proposición normativa (art. 2356) no exige la demostración de los constituyentes adjuntos, la consecuencia práctica es presumirlas o dertas por probadas (por transformación deletiva del aforamiento básico o entramado sintáctico subyacente), aunque en la estructura patente o superficial su forma lexicográfica no se manifiesta como una implicación material (si-entonces). Lo anterior demuestra que la interpretación gramatical de la ley (art. 27 C.C.) no se agota en el análisis superficial de la proposición normativa en el "lenguaje natural" (gramática recursiva), sino que es necesario examinar la estructura profunda y sus componentes transformacionales en el nivel de sentido jurídico (lenguaje regular o gramática libre de contexto). Acerca de la distinción entre la estructura patente o superficial y la estructura latente o aforamiento de las oraciones, y sus subcomponentes transformacionales, ver Noam CHOMSKY y George MILLER. El análisis formal de los lenguajes naturales. Madrid: Alberto Corazón Editor, 1972. pp. 87 y ss. (Original en inglés de 1963); Noam CHOMSKY. Lingüística cartesiana. Madrid: Gredos, 1969. pp. 78-110. (Original en inglés de 1966); Para la simplificación de las gramáticas de mayor o menor complejidad en la jerarquía de Chomsky mediante la eliminación de elementos indeseables o innecesarios, ver John F. HOPCROFT y otros. Teoría de autómatas, lenguajes y computación 3^a ed. Madrid: Pearson, 2007. pp. 218 y ss. Elena JURADO

bien, la pregunta fundamental es si se trata de una presunción que admite prueba en contrario (*iuris tantum*) o si no admite prueba que la desvirtúe (*iuris et de iure*).

Cuando el artículo 2356 exige como requisito estructural el "daño que pueda imputarse a malicia o negligencia", está señalando que no es necesario demostrar la culpa como acto (la incorrección de la conducta por haber actuado con imprudencia), sino simplemente la posibilidad de su imputación. Luego, como la culpa no es un núcleo sintáctico del enunciado normativo, la consecuencia pragmática de tal exclusión es el rechazo de su prueba en contrario. Por consiguiente, se trata de una presunción *iuris et de iure*, como se deduce del artículo 66 antes citado, lo que explica que el demandado no pueda eximirse de responsabilidad con la prueba de su diligencia y cuidado.

De lo anterior se concluye que la responsabilidad por actividades peligrosas tiene que analizarse, por expreso mandato legal, en el nivel de la categorización de la conducta del agente según haya tenido el deber jurídico de evitar la creación del riesgo que dio origen al daño (riesgo + daño); pero no en el ámbito de la mera causación del resultado lesivo como condición suficiente (sólo daño), pues no se trata de la responsabilidad objetiva que se rige por el criterio del deber absoluto de no causar daños; ni mucho menos en el nivel que exige la demostración de la culpabilidad como requisito necesario (daño + riesgo + culpa o dolo), pues no se trata de la responsabilidad bajo el criterio de la infracción de los deberes de prudencia o previsibilidad de los resultados».

Y más adelante, en la sentencia que viene citándose, la Corte puntuó:

«Dependiendo del nivel de exigencia que consagra la proposición normativa para valorar el comportamiento de las personas según las reglas de adjudicación (que señalan deberes de evitación de riesgos o establecen una posición de garante o de guardián de la cosa o actividad), o los patrones de conducta (que permiten medir la prudencia en cada situación específica), habrá lugar a responsabilidad objetiva o estricta; a responsabilidad por actividades peligrosas (o por culpa presunta); a responsabilidad

ANILIA. *Teoría de automatas y lenguajes formales*. Universidad de Extremadura: 2008, pp. 24 y s.s.» (referencia propia del texto citado).

por culpa o infracción de deberes objetivos de diligencia y cuidado; o a responsabilidad por dolo.⁸

ii) La menos exigente de todas es la responsabilidad objetiva, en la que sólo se atiende al hecho de haber causado un daño a un bien jurídico ajeno que el ordenamiento civil considera merecedor de indemnización. En esta especie de responsabilidad no es necesario probar que el demandado tenía un deber abstracto de evitar producir riesgos, o un deber concreto de actuar con prudencia en una situación específica; ni es posible eximirse de responsabilidad desvirtuando tales situaciones. El deber que se asigna en este tipo de responsabilidad es un deber absoluto de simple acto: no causar daños con relevancia jurídica. Es decir que el que causa un daño lo paga, sin más consideraciones o miramientos. Por supuesto que el demandado podrá eximirse de responsabilidad si prueba que no fue él quien ocasionó el daño que pretende atribuirse sino una tercera persona, la víctima o un hecho de la naturaleza cuyas consecuencias no tenía el deber jurídico de evitar, es decir, que estaban más allá de su esfera de control o decisión (fuerza mayor).⁹

Lo anterior conduce a una conclusión evidente: la responsabilidad objetiva, en la que sólo se atiende a la realización de los daños y no a la creación de riesgos, no es ni puede ser una responsabilidad por riesgos; simplemente es una responsabilidad por haber causado un daño, sea la conducta que lo generó riesgosa o no, es decir sin entrar a valorar si el agente tuvo o no la posibilidad de crear, controlar o prever el riesgo: basta que haya ocasionado el daño para que se le imponga la obligación de indemnizarlo. De ahí que pretender fundar la responsabilidad estricta o por mera causación en la "teoría del riesgo creado" no es más que una ostensible impropiedad conceptual.

ii) En la responsabilidad por actividades peligrosas no sólo existe un deber de no lesionar los bienes jurídicos ajenos, sino que el daño debe haber sido el resultado de la creación de un riesgo por el autor; sin que sea necesario entrar a analizar la incorrección

⁸ «Para distinguir las categorías jurídicas (modelos aburacos) se emplea el cálculo matemático de las formas de Spencer Brown, quedando el nivel menos exigente en el extremo más superficial (superior-derecha) del lado marcado» (referencia propia del texto citado).

⁹ «El caso fortuito, que en el derecho prenuclear se identificaba con la irresistible voluntad de Diós (según Heinzeck) y en el derecho moderno se equiparó a los daños imprevisibles generados por la conducta del agente, no cumple ninguna función en las eventadas en que los deberes de prudencia son irrelevantes. En los tipos de responsabilidad que se rigen por el deber absoluto de no causar daños (objetivos), o de evitabilidad de los riesgos (actividades peligrosas), y prescinden del criterio de previsibilidad de las consecuencias, el caso fortuito entendido como resultado imprevisible de la creación de riesgos propios, no es ni puede ser una causa extraña eximiente de responsabilidad civil» (referencia propia del texto citado).

del comportamiento en concreto por violación a los deberes de prudencia. Lo importante es establecer si el demandado tuvo la posibilidad de evitar crear el riesgo a la luz de las normas que adjudican deberes de actuación o establecen una posición de garante o de guardián de la cosa o actividad: la exigencia de previsibilidad (no de previsión) se predica del riesgo creado y no del daño ocasionado. La pregunta que hay que resolver en este caso es si el daño se produjo por la creación de un riesgo que el ordenamiento jurídico desaprueba en retrospectiva.

La diferencia entre el criterio de imputación de la responsabilidad objetiva y el de la responsabilidad por actividades peligrosas radica en la distinción entre potencia y acto. En la responsabilidad objetiva sólo se mira la producción del perjuicio, es decir el acto. En la responsabilidad por actividades peligrosas se atiende, además de la producción del daño, a la potencialidad de creación del riesgo.¹⁰ Sólo entonces cobra significado la diferencia entre la responsabilidad estricta (que no toma en consideración las posibilidades de realización del riesgo según las reglas de adjudicación) y la responsabilidad por actividades peligrosas prevista en el artículo 2356 del Código Civil: «Por regla general todo daño que pueda imputarse...». «Que pueda imputarse» indica inequívocamente la potencialidad de realización del riesgo, es decir que el daño sea imputable; o lo que es lo mismo, que el riesgo que lo ocasiona esté dentro de las posibilidades de decisión, evitación o control del autor.

La proposición normativa no atude únicamente al "dario causado" (responsabilidad objetiva), ni al "que ha cometido delito o culpa" (responsabilidad por culpabilidad); sino al "dario que pueda imputarse" a la malicia o negligencia de otra persona. La importancia práctica de esta distinción se patentiza al momento de analizar la incidencia de cada uno de los intervenientes en la producción del perjuicio de conformidad con las reglas de adjudicación, o con los patrones de conducta que la víctima estaba llamada a observar para evitar exponerse al daño.

Esta diferencia diluye la confusión entre la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por actividades peligrosas; pues la distinción no radica sólo en la circunstancia externa de que las conductas cobijadas por la primera tienen que estar taxativamente

¹⁰ «La historia de las ideas jurídicas evidencia que el proceso de atribución de responsabilidad requiere hacer la distinción entre el suceso (acto) y el aspecto generador de las acciones (potencia), lo que permite mantener separadas de modo adecuado las cuestiones acerca de la realización del suceso y la imputabilidad. En: Michael QUANTE. *El concepto de acción en Hegel*. Barcelona: Antreras, 2010. p. 16» (referencia propia del texto citado).

previstas como tales por el ordenamiento positivo mientras que las segundas no lo están, sino principalmente en la configuración interna de una y otra, como ya se explicó. No aceptar esta distinción significaría reconocer que entre ambas instituciones no existe ninguna diferencia, es decir que la responsabilidad por actividades peligrosas es idéntica a la responsabilidad objetiva; y, peor aún, que los jueces pueden crear a su antojo situaciones de responsabilidad objetiva no previstas por el legislador.

*iii) El nivel de imputación que sigue en orden de exigencia de requisitos estructurales es el de la responsabilidad por culpabilidad, que además de la realización del daño, reclama que el agente haya tenido la posibilidad de crear el riesgo que lo produjo mediante la inobservancia del deber de su evitación (*imputatio facti*) más la posibilidad de adecuar su conducta a los deberes objetivos de prudencia (*imputatio iuris*). En tal caso, el artículo 2341 del Código Civil permite exonerarse de responsabilidad con la prueba de una fuerza mayor, un caso fortuito, la autoría o participación de la víctima en la creación del riesgo, o la debida diligencia y cuidado del demandado.*

Por último, existe otro criterio de imputación: el de la conducta intencional o voluntaria (que presupone libertad máxima o suprema conciencia para determinarse según los fines deseados), que no está en un nivel más exigente que el anterior,¹¹ pues el dolo no es un requisito necesario para la imputación de la culpabilidad, pero sí es una condición suficiente. Basta, para que se imponga la obligación de indemnizar, que se demuestren los mismos requisitos estructurales de la responsabilidad por culpa».

Este extenso compilado permite evidenciar, con claridad, la presencia –casi invariable– de la culpa («comportamiento ilícito que contraviene una obligación o un deber impuesto por la ley o por la costumbre»¹²) como factor de imputación subjetivo de responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas. Y no podría ser de otra forma, a menos que se admitiera, en contravía del texto legal, que la

¹¹ «Por el teorema de variancia del cálculo matemático de las formas de Spencer Brown» (referencia propia del texto citado).

¹² LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilidad civil* Ed. Legis, Bogotá, 2004, p. 122.

responsabilidad de este linaje ha de ser atribuida en forma objetiva a quien, sin más, causa un daño.

Esta culpa, además, es presunta –aunque el artículo 2536 del Código Civil no lo establezca así–, no solo por la razonabilidad de la inferencia según la cual una actividad que –por su potencialidad de causar daño– es catalogada como peligrosa sea probablemente la causa de un evento perjudicial ocurrido dentro de su esfera de influjo causal, sino también por la necesidad de aligerar la carga demostrativa de la víctima, ajena, por regla general, al conocimiento de la infracción del agente.

No obstante, esa presunción, edificada sobre sólidas bases jurisprudenciales, debe admitir prueba en contrario (mientras el legislador no disponga otra cosa). Dicho de otro modo, en mi respetuosa opinión, aún en tratándose de responsabilidad civil por actividades peligrosas, el agente puede exonerarse del deber de indemnizar acreditando suficientemente su diligencia, aunque la que se le exija sea extrema, pues quien desarrolla actos potencialmente dañinos para el conglomerado debe obrar con mayor prudencia y cuidado que el común de las personas.

Presumir la culpa de derecho, como pareciera venir haciéndolo la jurisprudencia (al decir que «quien ejerce actividades de ese género es el responsable del daño que por obra de ellas se cause y por lo mismo le incumbe para exonerarse de esa responsabilidad, demostrar la fuerza mayor, el caso fortuito o la intervención de un elemento extraño que no le sea imputable»), y como

ahora reitera, termina por tornar objetiva la responsabilidad por actividades peligrosas, muy a pesar de la amplificación del discurso para formular un entendimiento contrario.

La presunción *iuris et de iure* que, expresa o tácitamente, consagra el precedente mayoritario de la Sala, en realidad elimina la culpa del objeto de análisis¹³, pues ni tiene que demostrarla el actor, ni le reporta beneficio alguno al demandado desvirtuarla, de manera que el debate queda (de facto) reducido a los elementos puramente objetivos de la responsabilidad: el daño y el nexo de causalidad.

Ahora, no cabe duda que ‘objetivar’ el problema de la responsabilidad civil por actividades peligrosas armonizaría con las tendencias actuales en la materia, y además podría generar incentivos para que quienes despliegan ese tipo de acciones (peligrosas) maximicen sus niveles de diligencia y cuidado, en orden a menguar los costos derivados de su operación¹⁴, todo lo cual, en últimas, produciría un mayor bienestar social.

Pero esos nobles propósitos no parecieran ser suficientes para el acogimiento de interpretaciones legales que están en contradicción con los postulados orientadores del Código Civil colombiano, que –se insiste– establecen un factor de imputación subjetivo para atribuir responsabilidad a quien ejerce una actividad catalogada como peligrosa, al

¹³ «Cuando la presunción se transforma en una regla de fondo del derecho, porque no se acepta la prueba en contrario, la responsabilidad es independiente de la culpa y está ligada al riesgo». MALAURIE, Philippe y AYNÉS, Laurent. *Ornith des obligations*. Ed. Cujas, París, 1998, p. 49.

¹⁴ Cf. SHAVELL, Steven. *Economic analysis of accident law*. National Bureau of Economic Research, Cambridge, 2003.

dicir que «*todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta*», y que «*son especialmente obligados a esta reparación: 1. El que dispara imprudentemente una arma de fuego. 2. El que remueve las losas (...) sin las precauciones necesarias (...). 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 (...)*».

En suma, respetuosamente considero que la culpa no puede desterrarse del análisis de la responsabilidad civil por actividades peligrosas, y que, por lo mismo, la diligencia y cuidado exigibles a quien desarrolla una de estas actividades (por supuesto, superiores a los ordinarios) no deben ser excluidas como causales de exoneración de responsabilidad, pues el legislador no lo dispuso expresamente, como si lo hizo al regular la responsabilidad por el hecho del animal fiero del que no se reporta utilidad, o en materia de productos defectuosos, por citar dos ejemplos.

En los anteriores términos, dejo fundamentada mi aclaración de voto, con reiteración de mi irrestricto respeto por los demás integrantes de la Sala de Casación Civil.

Fecha *ut supra*,


LUIS ALONSO RICO PUERTA
Magistrado



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Sesiones CCM

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO: OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

RADICACIÓN 68001-31-03-010-2011-00093-01

Estoy de acuerdo con el sentido de la decisión, toda vez que no se demostraron los yerros de *facto* atribuidos al tribunal, lo que impedia que el cargo medrara, conforme se concluyó.

Sin embargo, como a lo largo de las motivaciones se expuso que la responsabilidad que surge de accidentes de tránsito es objetiva, debo hacer una precisión para decir que ese planteamiento, sin superar la discusión, va en contravía del criterio acogido por la jurisprudencia de la Corte desde 1938¹, el cual se basa en que el Código Civil previó un régimen subjetivo, solo que en los casos del artículo 2356 se presume la culpa del ofensor.

Siendo ello así, no hay, entonces, duda que la tesisura propuesta por el ponente es contraria al entendimiento que

¹ Sentencias de 14 de marzo y 31 de mayo de 1938; 18 de noviembre de 1940; 27 de octubre de 1947; 14 de febrero de 1955; 19 de septiembre de 1959; 14 de octubre de 1959; 4 de septiembre de 1962; 1 de octubre de 1963; 3 de mayo de 1965; 30 de abril de 1976; 20 de septiembre de 1978; 16 de julio de 1985; 23 de junio de 1988; 25 de agosto de 1988; 27 de abril de 1990; 8 de octubre de 1992; 22 de febrero de 1995; 25 de octubre de 1999; 26 de noviembre de 1999; 14 de marzo de 2000; 30 de septiembre de 2002; 19 de diciembre de 2006; 13 de mayo de 2010; 26 de agosto de 2010; 18 de diciembre de 2012, rad. 00094; 5 de junio de 2014; 6 de octubre de 2015, rad 2005-00105; 26 de abril de 2016; y 12 de enero de 2018, entre muchas otras.

de ese precepto ha hecho la Corte, quien ha dicho que el mismo contiene un régimen de responsabilidad subjetivo con presunción de culpa, comprensión que se acompaña con su contenido, según el cual «*prior regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta*», de donde se deduce que la idea del legislador no fue la de prescindir de la culpa y, de ese modo, dejar de lado el aspecto subjetivo de la responsabilidad, sino presumirlo legalmente (*iuris tantum*) en los casos juzgados a la luz de esa disposición.

Ante ese escenario, creo que es, cuando menos, impertinente hacer decir a la norma algo que no consagra y que es ajeno a su naturaleza, fisonomía y contenido, para inscribir así las actividades peligrosas en el campo de la responsabilidad objetiva.

Además, la sentencia es imprecisa porque, aunque aboga por ese régimen, en varios apartes se refiere a la necesidad de «*determinar la incidencia del comportamiento de cada uno de los agentes involucrados en la producción del resultado, para así saber a cuál de ellos el daño le resulta imputable desde el punto de vista fáctico y, luego, jurídico*» y aunque plantea dicho escrutinio en el terreno de la causalidad, en el fondo lo que hace es insistir en lo necesario que resulta evaluar la conducta subjetiva de las partes frente al hecho dañino, con lo que incurre en una grave contradicción, pues en el sistema objetivo del que, según anticipé, no participa el Código Civil, la culpa -probada o presunta- sencillamente no tiene cabida.

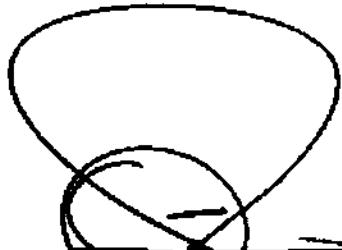
Una cosa es decir que la responsabilidad derivada de las actividades peligrosas, entre ellas la conducción de vehículos, apareja una presunción de culpa para el victimario, conforme lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de esta Corte a partir de la lectura armónica, sistemática y consistente que ha hecho del artículo 2356 del Código Civil, con la cual coincido plenamente, y otra muy diversa y, por completo, ajena a esa doctrina inveterada, es creer, como se hace en la sentencia, que ello es así porque se trata de un sistema de responsabilidad objetiva, tesisitura esta última de la que me aparto, pues, además de echar por tierra la jurisprudencia sobre la materia, incurre en una imprecisión conceptual, que, antes de dar soluciones, genera dificultades que en buena medida estaban superadas.

En ese contexto, me inclino a pensar que las reflexiones incluidas en la sentencia para sustentar la tesis de la responsabilidad objetiva están fuera del ámbito de la norma jurídica a la cual se aplican y de la regulación legal que existe en materia civil sobre actividades peligrosas, sin que el giro doctrinario propuesto mediante ese aserto tenga la solidez y el poder persuasivo requeridos para que pueda ser aceptado y por ahí derecho entre a reevaluar casi una centuria de jurisprudencia en sentido opuesto, la cual está vigente.

En últimas, creo que al tenor del artículo 2356 *idem*, sin reproche de conducta no hay sitio para hablar de responsabilidad civil.

Es por eso que aclaro el voto, aunque comparto la decisión.

Fecha, *ut supra.*,



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE
Magistrado