

*Cuadernos de Análisis Jurídico*  
ISSN 0716-727 X

DIRECTOR RESPONSABLE

Carlos Peña González  
Decano de la Escuela de Derecho  
Universidad Diego Portales

EDITOR

Carlos Pizarro Wilson

EDITOR DE LA PRODUCCIÓN

Marcelo Rojas Vásquez

Ediciones Universidad Diego Portales  
República 105, Santiago de Chile  
Teléfono: 6762640 Fax: 6762641  
correo electrónico: fundacion.fueyo@udp.cl

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

## CUADERNOS DE ANÁLISIS JURÍDICO

Colección Derecho Privado

I

### TEMAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

CARLOS PIZARRO W.  
EDITOR

CLAUDIA BAHAMONDES O.  
RODRIGO BARCIA L.  
IÑIGO DE LA MAZA G.  
GONZALO FIGUEROA Y.  
ANDRÉS JANA L.  
CHRISTIAN LARROUMET  
FABRICIO MANTILLA E.  
CARLOS PEÑA G.  
CARLOS PIZARRO W.  
MAURICIO TAPIA R.  
FRANCISCO TERNERA B.



Ediciones  
Universidad Diego Portales  
Escuela de Derecho

## LA INTERPRETACIÓN *CONTRA LEGEM* DEL ARTÍCULO 2.356 DEL *CÓDIGO CIVIL* COLOMBIANO\*

*Fabrizio Mantilla Espinosa\*\**

*Francisco Ternera Barrios\*\*\**

### RESUMEN

En este artículo sobre responsabilidad civil extracontractual los autores abordan el análisis de la disposición consagrada en el art. 2.356 del *Código Civil* colombiano y su interpretación actual por parte de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. La jurisprudencia colombiana, mediante una interpretación finalista de la norma legal del *Código Civil* del vecino país, ha conseguido llegar a soluciones muy diferentes a las adoptadas en nuestro Derecho con base en la disposición consagrada en el art. 2.329 de nuestro *Código Civil*, el cual es prácticamente idéntico al art. 2.356 del *Código Civil* colombiano. Este estudio de Derecho extranjero resulta de gran interés para el jurista chileno, deseoso de ahondar en las diferentes técnicas de adaptación de los textos jurídicos a los cambios socioeconómicos sufridos en otro de los países latinoamericanos que adoptaron el *Código Civil* de Andrés Bello.

Las normas legales que rigen la responsabilidad civil extracontractual han tenido que adaptarse a las nuevas necesidades de la sociedad moderna. En este proceso la jurisprudencia ha tenido un papel protagónico. En efec-

---

\* *Código Civil*, artículo 2.356. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.

Son especialmente obligados a esta reparación:

1. El que dispara imprudentemente un arma de fuego.
2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche.
3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino.

\*\* Profesor de la Universidad del Rosario. Abogado especialista en Derecho Privado.

\*\*\* Catedrático de la Universidad del Rosario. Abogado especialista en Derecho Privado.

to, mediante la aplicación de las *técnicas finalistas de interpretación de la ley*, ésta ha logrado mantener vigente la mayor parte de las disposiciones creadas por el legislador del siglo XIX<sup>1</sup>.

La principal herramienta utilizada por la jurisprudencia para adaptar los textos legales a la nueva realidad socioeconómica, es la técnica interpretativa conocida como la *interpretation déformante*. En la utilización de esta técnica se parte siempre de los objetivos que se persiguen, para, luego, buscar una norma jurídica lo suficientemente *amplia* que permita hacer entrar la situación fáctica dentro de su supuesto de hecho, y lo suficientemente *flexible* que permita alcanzar finalidades que el legislador nunca previó al momento de su redacción.

El artículo 2.354 del C.C. es el mejor ejemplo de la posibilidad de utilizar la *interpretation déformante* como mecanismo de adaptación de las normas jurídicas. La flexibilidad de su texto permite, perfectamente, excluir la noción de culpa de sus condiciones de aplicación; sin embargo, su supuesto de hecho es demasiado limitado y sólo permite su aplicación en los casos de daños causados por animales fieros.

Ahora bien, los grandes riesgos introducidos en la sociedad por los adelantos tecnológicos, la dificultad para establecer un comportamiento culposo detrás de los daños ocasionados, y la influencia de la concepción del Estado de Bienestar<sup>2</sup> exigieron la adopción de un nuevo régimen especial de responsabilidad que permitiera alcanzar los nuevos objetivos de solidaridad colectiva y de equilibrio de riesgos dentro de la sociedad moderna.

En este orden de ideas, una nueva interpretación del artículo 2.356 del C.C. fue considerada por la jurisprudencia como la mejor opción. En efecto, la *amplitud* de su supuesto de hecho permite cobijar múltiples y variadas situaciones fácticas; sin embargo, la *rigidez* de su texto no permite cumplir a cabalidad con los objetivos perseguidos por la jurisprudencia.

Por esta razón, el artículo 2.356 del C.C. no ha podido servir como verdadero fundamento legal a las decisiones jurisprudenciales que consa-

gran la responsabilidad por las actividades peligrosas, sin considerar la prueba de la ausencia de culpa del agente como causal de exoneración.

A raíz de este problema interpretativo, tanto la doctrina como la jurisprudencia colombianas han ido elaborando, de forma completamente desordenada, complicadas y abstractas teorías explicativas de las decisiones jurisprudenciales; teorías que han creado graves errores conceptuales alrededor de las nociones de *culpa* y de *responsabilidad objetiva*.

Para poder entender la elaboración jurisprudencial del régimen especial de responsabilidad por las actividades peligrosas es necesario:

- I. Analizar las manipulaciones interpretativas que ha sufrido el artículo 2.356 del C.C., y
- II. Precisar su fundamento jurídico dentro de la teoría de la responsabilidad objetiva, mirando más allá del texto de la norma legal.

# I. LA MANIPULACIÓN DEL ARTÍCULO 2.356 DEL CÓDIGO CIVIL

Dentro de este proceso de adaptación de las normas jurídicas, la jurisprudencia francesa encontró en el inciso primero del artículo 1.384 del C.C. francés<sup>3</sup>, el pretexto ideal para darle sustento legal a las nuevas soluciones que le exigía la nueva realidad social. En efecto, la *amplitud* de su supuesto de hecho permite una aplicación a múltiples clases de daños: *todos aquellos causados por las cosas que se tienen bajo su guarda*. Y la *flexibilidad* de su texto permite, perfectamente, prescindir de la noción de culpa: *se es responsable por el daño que se cause*. De esta forma, la jurisprudencia francesa creó el *régimen de responsabilidad por el hecho de las cosas*.

Ahora bien, este régimen especial de responsabilidad no tiene base legal en el Derecho colombiano<sup>4</sup>, pues nuestro artículo 2.347 del C.C. (equivalente al art. 1.384 del C.C. francés) carece de dicho inciso, por omisión de Andrés Bello, en el momento de la redacción del *Código Civil* chileno.

Por esta razón, los juristas colombianos se vieron forzados a buscar dentro del articulado de nuestro *Código Civil* una disposición que sirviera de

<sup>1</sup> Sobre la interpretación finalista recomendamos consultar: Arturo VALENCIA ZEA y Álvaro ORTIZ MONSALVE, *Derecho Civil*, Bogotá, Ed. Temis, 2000, tomo I: Parte general y personas, p. 110 y ss.; François GENY, *Méthode d'Interpretation*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1932; Jean-Luc AUBERT, *Introduction au Droit*, Paris, Ed. Armand Colin, 1995, p. 119 y ss. y Christian LARROUMET, *Introduction à l'Étude du Droit Privé*, Paris, Ed. Economica, 1995, p. 165 y ss.

<sup>2</sup> "La concepción del Estado de Bienestar muestra la toma de conciencia por parte de la sociedad, de que ella es un todo que no puede remitirse a nada distinto que a ella misma, y que le corresponde repartir entre sus miembros los riesgos que sufren sus asociados, según los principios de la transferencia y la distribución", en Michel TERESTCHENKO, *Philosophie politique*, Paris, Ed. Hachette, 1994, tome I: Les Fondamentaux, p. 149.

<sup>3</sup> Este artículo, en su inciso primero, dispone: "Se es responsable no sólo por el daño que se cause por su hecho propio, sino además por el causado por el hecho de las personas por las cuales se debe responder, o por las cosas que se tienen bajo su guarda".

<sup>4</sup> En nuestro sistema jurídico no existe una disposición legal que sirva de fundamento a un régimen de responsabilidad por el hecho de las cosas 'en general'. Nuestro *Código Civil* se limita a consagrar algunos regímenes especiales por el hecho de ciertas cosas (arts. 2.350 y 2.354 del C.C.).

sustento legal a nuestro propio régimen especial de responsabilidad. El artículo 2.356 del C.C. fue, entonces, el elegido para servir a dicha finalidad<sup>5</sup>.

Antes de analizar la interpretación actual de dicho artículo, hecha por la jurisprudencia y la doctrina colombianas (B), es indispensable explicar la interpretación inicial de la que éste fue objeto (A).

### A. La interpretación inicial

Esta primera interpretación fue el resultado de los aportes hechos tanto por la doctrina chilena (1) como por la escuela colombiana (2).

#### 1. La técnica interpretativa de Alessandri Rodríguez

Si bien es cierto que la idea de servirse del artículo 2.356 del C.C. para estructurar un régimen especial de responsabilidad, no puede atribuírsele al autor chileno<sup>6</sup>, es innegable que a éste se le debe el primer análisis coherente y lógico del artículo 2.329 del C.C. chileno (2.356 del C.C. colombiano), como sustento legal del nuevo régimen especial de responsabilidad.

Alessandri Rodríguez hace una interpretación finalista del artículo 2.329 del C.C. chileno (2.356 del C.C. colombiano), sirviéndose de la técnica de *razonamiento por inducción seguido de deducción*<sup>7</sup>. De esta forma, logró hacer entrar dentro del supuesto de hecho de dicho artículo múltiples situaciones fácticas, para, luego, deducir un principio general acorde con las finalidades perseguidas.

Veamos uno a uno los argumentos del autor chileno:

<sup>5</sup> En el *Código Civil* francés no existe un artículo equivalente a nuestro art. 2.356 del C.C. El origen de éste, según el doctor Pérez Vives, "fueron las Siete Partidas, que para 1853, le inspiraron [a Andrés Bello] el artículo 2493 del proyecto de aquel año, textualmente igual a nuestro art. 2356", véase ALVARO PÉREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*, Bogotá, Ed. Temis, 1954, volumen II, parte primera, p. 204.

<sup>6</sup> Al respecto la doctrina más autorizada sostiene "...autores colombianos y chilenos, están de acuerdo en que el mérito del descubrimiento de esta fórmula es atribuible al doctor Eduardo Zuleta Ángel, quien mediante sus ponencias en la Corte Suprema de Justicia logró introducir el innovador criterio", JAVIER TAMAYO JARAMILLO, *De la responsabilidad civil*, Ed. Temis 1996, tomo II, volumen segundo, p. 54. Ver, también, PÉREZ VIVES (n. 5), p. 185 y ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil*, Santiago, Imprenta Universal, 1981, p. 300.

<sup>7</sup> "El razonamiento por inducción seguido de deducción permite obtener un principio general de solución, para una categoría determinada de situaciones, que sólo fueron contempladas por el legislador como casos particulares", AUBERT (n.1), p. 121.

#### 1. La colocación del art. 2329 [2.356 del C.C. colombiano]

Este artículo se encuentra justo después de los casos particulares de presunciones de responsabilidad (arts. 2.320 a 2.328).

"Esta colocación y la frase inicial del referido artículo permiten sostener que el Código después de señalar esos casos, quiso dictar una regla que comprendiese los demás análogos que pudiesen haberse omitido"<sup>8</sup>.

#### 2. La redacción misma del art. 2.329

"El empleo de la forma subjuntiva *pueda*, ...no da la idea de algo que necesariamente *debe ser* sino de algo que *puede ser*. ...El legislador no da por establecido que el daño provenga de dolo o culpa, ni obliga a repararlo sólo en caso de probarse uno u otra. Partiendo de la base de que hay daños que pueden provenir de malicia o negligencia de una persona, dice que cuando el daño sea de aquellos que puedan tener este origen, cuando *pueda* imputarse a esta causa..., éste debe repararlo, con lo cual da a entender que mientras no se establezca lo contrario, pesa sobre él esa obligación"<sup>9</sup>.

#### 3. Los ejemplos que contiene

"Todos suponen la ejecución de un hecho demostrativo de culpa por sí sólo. ...Tales hechos son por su naturaleza demostrativos de culpa: si sobreviene un daño es racional atribuirlo a ella"<sup>10</sup>. Es importante resaltar que Alessandri es muy claro cuando afirma la existencia de hechos *demostrativos* de culpa; sin hacer referencia, en ninguna parte, a supuestos hechos *constitutivos* de culpa.

#### 4. La necesidad de que el art. 2.329 no sea un precepto desprovisto de sentido

"El Código no necesitaba decir nuevamente que el daño causado por dolo o culpa debe ser reparado por su autor; ya lo había dicho en el art. 2.314 [2.341 del C.C. colombiano]"<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ (n. 6), p. 293.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> *Ibid.*

Como podemos apreciar, Alessandri, mediante la utilización de una excelente técnica interpretativa, logró *estirar* al máximo el texto del artículo 2.329, para poder establecer un régimen especial de responsabilidad: *El de la presunción de culpa del autor de un hecho que por su naturaleza pueda ser atribuido a su comportamiento culposo*<sup>12</sup>.

## 2) Precisiones de la escuela colombiana

A partir de 1935 nuestra Corte Suprema de Justicia comienza a elaborar un régimen especial de responsabilidad basándose en el texto del artículo 2.356 del C.C.<sup>13</sup>. De esta forma, fue concebida la teoría de la responsabilidad por las actividades peligrosas.

El primer punto sentado por los juristas colombianos es la noción misma de *actividad peligrosa*, como concepto general y abstracto que permite agrupar dentro de una sola categoría lo que Alessandri se limitó a denominar "hechos que por su naturaleza puedan atribuírsele a la culpa de su autor".

El segundo punto sentado por nuestra jurisprudencia, consiste en la afirmación de que la prueba de la ausencia de culpa, por parte del agente, no lo exime de responsabilidad.

Las sentencias más representativas, en este aspecto, son las proferidas el 14 de marzo y el 31 de mayo de 1938, las cuales sostienen:

"En el artículo 2356 del C.C. no puede menos de hallarse una presunción de responsabilidad.

...Entendiendo de la manera aquí expuesta nuestro art. 2356, se tiene que al autor de un hecho no le basta alegar que no tuvo culpa ni puede con esta alegación ponerse a esperar que el damnificado se la compruebe, sino que para excepcionar eficazmente ha de destruir la

<sup>12</sup> Tal interpretación, por lo demás, no viola el texto legal, ni siquiera lo fuerza. Son sus propios términos los que permiten atribuírsela. A lo sumo, podrían estimarse ambiguos, y, en la duda, nadie negará que es preferible inclinarse por la interpretación que más beneficios reporta al interés general y que mejor tienda a realizar la justicia entre los hombres, fin primordial del derecho", (n. 6), p. 300.

<sup>13</sup> Hay que anotar que desde fines del siglo XIX nuestro tribunal supremo estableció algunas presunciones de culpa, en las que se menciona el art. 2.356 del C.C.; sin embargo, el fundamento jurídico entonces utilizado fue el art. 1.604 del C.C. que rige la responsabilidad contractual. La verdadera referencia al art. 2.356, como fundamento de un régimen especial de responsabilidad, sólo comienza a hacerse a partir de 1935. Al respecto ver PÉREZ VIVES (n. 5), p. 185 ss. y TAMAYO JARAMILLO (n. 6), p. 53 y ss.

referida presunción demostrando uno al menos de estos factores: caso fortuito, fuerza mayor, intervención de elemento extraño"<sup>14</sup>.

De esta forma, la jurisprudencia colombiana, mediante la nueva interpretación del art. 2.356 del C.C., pretendió llegar a resultados análogos a los obtenidos por la jurisprudencia francesa, mediante la interpretación hecha del inciso primero del art. 1.384 del C.C. francés<sup>15</sup>.

Esta interpretación jurisprudencial, sin embargo, es bastante criticable, pues nuestro art. 2.356 del C.C. hace referencia expresa a la *malicia o negligencia* (léase culpa). Y esta calificación subjetiva, que exige el legislador del comportamiento del agente, nos impide hacer esta clase de interpretaciones que prescinden de la noción de culpa como condición para poner en cabeza del sujeto normativo la obligación de resarcir los perjuicios sufridos por la víctima.

Distinta es la situación en el Derecho francés, ya que la *flexibilidad* del inciso primero del art. 1.384 del C.C. (el cual no exige ninguna calificación subjetiva) le permitió a la jurisprudencia llegar a utilizarlo como fundamento del régimen de responsabilidad sin culpa.

Ahora bien, el pretender fundar sobre el texto de nuestro artículo 2.356 del C.C. un régimen especial de responsabilidad, equivalente al existente en el Derecho francés, es olvidar completamente las diferencias existentes entre los dos textos legales. Y el pretender burlar la exigencia de la culpa, haciendo referencia a complejas y contradictorias teorías sobre la culpa, es contradecir de forma directa la disposición legal.

Esta incoherencia no es más que la consecuencia del intento de "transplantar" las soluciones adoptadas en los derechos extranjeros al Derecho colombiano, sin antes entrar a examinar si nuestro ordenamiento jurídico pudiese llegar a servirles de sustento legal.

Esta primera interpretación *contra legem* del artículo 2.356 del C.C. no sólo ha conducido a la jurisprudencia a elaborar un régimen de responsabilidad sin fundamento legal sino, además, en su afán de adaptarlo a la ley, ha terminado por deformarlo completamente.

<sup>14</sup> CSJ, Cas. Civil, 14/03/38 M.P. Ricardo Hinestrosa Daza, en *Gaceta Judicial*, t. XVI, pp. 216 y 561. Véase, también: CSJ, Cas. Civil, 31/05/38 M.P. Liborio Escallón, en *Gaceta Judicial*, t. XVI, pp. 561 y 562.

<sup>15</sup> Es innegable que el fallo Jand'heur, del 13 de febrero de 1930, de la Corte de Casación francesa tuvo una influencia determinante en la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal. Respecto al fallo Jand'heur, véase HENRI CAPITANT, François TERRÉ et Yves LEQUETTE, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile*, Paris, Ed. Dalloz, 2001, tome 2, p. 254 y ss.

## B. La interpretación actual

Actualmente, en nuestra jurisprudencia, en materia de responsabilidad por las actividades peligrosas, existe algo muy claro: *la prueba de la ausencia de culpa no exonera de responsabilidad al agente*. Y algo muy confuso: *la justificación de dichas soluciones*.

Lo que está muy claro, es que la prueba de la diligencia, de la pericia, del proceder avisado, no exonera de responsabilidad al agente. En efecto, el agente

"no puede liberarse del todo sino en tanto pruebe el concurso exclusivo de una causa extraña que podrá consistir en la fuerza mayor, en un caso fortuito o en la intervención de un elemento no imputable al demandado y que haya determinado la consumación del accidente..."<sup>16</sup>.

Lo confuso es la justificación de dichas soluciones. Nuestra jurisprudencia utiliza indistintamente las nociones de *presunción de responsabilidad*, *presunción de causalidad*, *presunción de culpa* y *obligación legal de resultado*, para sustentar sus decisiones<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> CSJ, Cas. Civ. 08/10/1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Jurisprudencia y Doctrina 12/1992, p. 1.157. Ver también CSJ, Cas. Civ. 08/10/1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Jurisprudencia y Doctrina 12/1992, p. 1.157: "...presunción de cuyo efecto indemnizatorio no puede liberarse del todo sino en tanto pruebe el concurso exclusivo de una causa extraña...", CSJ, Cas. Civ. 05/05/1999. M.P. Jorge A. Castillo Rugeles. Jurisprudencia y Doctrina 06/1999, p. 894: "...inútil será por 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".

<sup>17</sup> Véase, por ejemplo, CSJ, Cas. Civ. 04/06/1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Jurisprudencia y Doctrina 09/1992, p. 623; CSJ, Cas. Civ. 08/10/1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Jurisprudencia y Doctrina 12/1992, p. 1.157; CSJ, Cas. Civ. 23/10/2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Jurisprudencia y Doctrina 12/2001, p. 2.439 y ss.

Es más, la Corte Suprema llega hasta mezclarlas en una misma sentencia, por ejemplo, "...todas las actividades de esa especie, llamadas peligrosas, aparejan la existencia de una obligación de resultado consistente en vigilar dicha actividad..."

...habría que puntualizar que gravita sobre quien realiza actividades de esta especie, la *presunción de ser responsable* del daño causado con ocasión de su ejercicio.

...cuando el daño alegado encuentra su venero en la convergencia de sendas actividades peligrosas, pues, en tal supuesto, las respectivas *presunciones de culpa* que cobijan a los implicados, pueden aniquilarse mutuamente...". CSJ, Cas. Civ. 05/05/1999. M.P. Jorge A. Castillo Rugeles. Jurisprudencia y Doctrina 06/1999. (el destacado es nuestro).

"...el artículo 2356 del Código Civil implica la existencia de una *obligación legal de resultado* que consiste en vigilar dicha actividad..."

Si bien es cierto que desde un punto de vista socioeconómico, las decisiones adoptadas son convenientes (1), no por esto dejan de ser *contra legem*, ni las teorías explicativas son menos incoherentes (2).

### 1. La conveniencia de las soluciones adoptadas

Es innegable que una simple presunción de culpa, al aceptar la prueba en contrario, no permitiría cumplir con los objetivos de solidaridad colectiva y de equilibrio de riesgos dentro de la sociedad, pues detrás de la mayoría de los daños, causados en el ejercicio de una actividad peligrosa, no existe ningún comportamiento culposamente imputable a su autor. Por esta razón, mediante la prueba de la ausencia de culpa podrían exonerarse de responsabilidad la mayor parte de los autores de daños causados en el ejercicio de dichas actividades.

### 2. La incoherencia de las teorías explicativas

La doctrina colombiana, en su afán de hacer entrar las decisiones jurisprudenciales dentro del molde del art. 2.356 del C.C. ha terminado por desfigurar completamente la noción de culpa, que dicho texto exige como condición para obligar al agente a resarcir los perjuicios sufridos por la víctima.

En este orden de ideas, el doctor Pérez Vives sostiene la existencia de una culpa probada, en los siguientes términos:

"...la culpa continúa siendo el fundamento de la responsabilidad consagrada en el art. 2356. Sólo que, cuando se ejerzan actividades peligrosas, el daño indica la violación de una obligación legal determinada (obligación de resultado); es decir, indica culpa; pero ya sabemos que en tal evento la imputación de culpa no se destruye con la demostración de que se ha cumplido con el deber general de prudencia y diligencia"<sup>18</sup>.

La tesis del doctor Pérez Vives al tratar de explicar este régimen especial de responsabilidad extracontractual, partiendo de los postulados de la teoría de la responsabilidad objetiva en materia contractual, es susceptible de dos críticas principales:

"...la ley *presume la culpa* de quien beneficiándose de la correspondiente actividad de la que dicha cosa es instrumento, tiene sobre ella un poder efectivo de vigilancia, gobierno y control...". CSJ, Cas. Civ. 22/02/1995. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Jurisprudencia y Doctrina 08/1995, p. 880. (el destacado es nuestro).

<sup>18</sup> PÉREZ VIVES (n. 5), p. 200.

## La confusión de las nociones de deber jurídico y obligación

Para que exista una verdadera obligación, en sentido estricto, se necesita que las partes estén determinadas. Es decir, que exista un deudor en cuyo patrimonio se encuentre un elemento pasivo, que tenga como contrapartida un elemento activo del patrimonio de un acreedor<sup>19</sup>.

## La confusión de las nociones de incumplimiento y culpa

El incumplimiento es una noción objetiva: el no haber realizado la conducta prescrita por la norma; mientras que la culpa tiene una connotación subjetiva: el haber procedido de forma negligente o imprudente, actuando de manera distinta de como lo hubiese hecho un buen padre de familia en las mismas circunstancias. Por consiguiente, el incumplimiento no implica, necesariamente, una culpa; aquel es una cuestión meramente objetiva que no aporta nada a la valoración subjetiva relativa, propia de los juicios de valor.

El doctor Tamayo Jaramillo intenta justificar las decisiones jurisprudenciales de la siguiente forma:

"Insistir en que la responsabilidad por actividades peligrosas se fundamenta en una culpa presunta, implica un absurdo insostenible. ...la actividad productora del daño aumentaba en tal forma los peligros de producirlo, que quién la creó es culpable por ese simple hecho. ...la responsabilidad por actividades peligrosas se fundamenta en una culpa probada consistente en crear más peligro del que normalmente están en capacidad de soportar los demás individuos que viven en sociedad"<sup>20</sup>.

A pesar de lo atractiva que puede resultar, a primera vista, la teoría del eminente jurista<sup>21</sup>, ésta presenta, sin embargo, dos importantes inconsistencias:

<sup>19</sup> El deber general e indeterminado, sancionado por el art. 1.382 [2.341 del C.C. colombiano] no constituye una obligación en el sentido propio y estricto del término; ya que al cobijar indistintamente a todas las personas, éste no grava, en particular, el patrimonio de ninguna de ellas". BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de Droit Civil*, Paris, Ed. Sirey, 1922, tome 1, p. 59. Véase, también, lo dicho por: AUBERT (n. 1), p. 189 y Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, *Le Fait Juridique*, Paris, Ed. Armand Colin, 1997, p. 111; Christian LARROUMET, *Les Obligations. Le Contrat*, Paris, Ed. Economica, 1998, p. 593; Henri CAPITANT, "Sur l'Abus des Droits", en *RTD civ.*, 1928, p. 371 y ss. y Eugène GAUDEMET, *Théorie Générale des Obligations*, Paris, Ed. Sirey, 1965, p. 391.

<sup>20</sup> TAMAYO JARAMILLO (n. 6), pp. 66 y 68.

## La deformación completa de la noción de culpa como valoración

En efecto, "toda valoración es una medición y, por consiguiente, está sujeta a una doble relación: es *relativa*, porque se aplica a un objeto determinado; y es *comparativa* porque resulta de una comparación entre este objeto y otro distinto"<sup>22</sup>. En estos términos es definida por la ley (art. 63 del C.C.), y siempre ha sido aceptada como tal, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina colombiana. Es más, el mismo doctor Tamayo en otra parte de su tratado escribe:

"La conducta o hecho del agente, consiste en una transformación de la realidad exterior. En cambio, la culpa es un elemento meramente subjetivo que conlleva al agente a comportarse como no lo haría un hombre prudente o avisado"<sup>23</sup>.

Ahora bien, sostener, como lo hace el doctor Tamayo, que en materia de actividades peligrosas "la conducta es en sí misma la culpa probada"<sup>24</sup>, excluye completamente esta doble relatividad y, por ende, toda valoración. En este orden de ideas, la culpa sería la simple transformación de la realidad exterior, sin entrar en análisis subjetivos; es decir, la conducta en sí misma. Y una valoración en sí misma, sin su posición de "relación con", pierde toda su significación; esto sería tanto como sostener que se es "rico en sí mismo", o "enemigo en sí mismo", o "tío en sí mismo", o "norte o sur en sí mismos".

La afirmación de que la conducta misma del agente es la culpa, excluye, por una parte, *la relatividad del objeto de la apreciación*, pues la calificación se está haciendo a una categoría predeterminada, ensimismada y, general, de conducta, y no a la conducta particular, específica, determinada y circunstanciada de un individuo. Y, por otra parte, *la comparación*, ya que la culpa quedaría reducida a la mera realización de la conducta, y no a la forma como ésta fue

<sup>21</sup> Esta misma teoría parece ser defendida también por FLOUR et AUBERT (n. 19), pp. 83 y 84.

<sup>22</sup> ARTHUR SCHOPENHAUER, *Le Fondement de la Morale*, Paris, Ed. Le livre de Poche, 1991, p. 97. Consultar al respecto Frédéric NIETZSCHE, *La Volonté de Puissance*, Paris, Ed. Gallimard, 1947, tomo I, p. 100 y ss.

<sup>23</sup> JAVIER TAMAYO JARAMILLO, *De la responsabilidad civil*, Ed. Temis, 1999, tomo I, p. 176.

<sup>24</sup> Su frase completa es: "...la ley, en forma expresa, considera como culposas determinadas conductas, lo que no significa que probadas dichas conductas la culpa se presume. ¡No! La conducta es en sí misma la culpa probada", TAMAYO JARAMILLO (n. 25), p. 266.

"¡Es que no soy culpable! -exclamó K-. Se equivoca. ¿Cómo se puede culpar a un hombre así? Tanto tú como yo, como seres humanos, no podemos ser culpables a priori". FRANZ KAFKA, *El proceso*, Bogotá, Ed. Cometa de Papel, 1997, p. 191.

realizada; es decir, de manera distinta de como habría actuado un buen padre de familia o, en general, un sujeto hipotético de comparación.

Resulta bastante paradójico defender el carácter subjetivo de la culpa y sostener al mismo tiempo, como lo hace el doctor Tamayo<sup>25</sup>, la existencia de conductas culposas en sí mismas.

### La hipertrofia de la noción de culpa

Al aplicarse la calificación de culposa a categorías generales de conducta, y no a una conducta particular e individual, estamos haciendo entrar dentro de este supuesto gran parte de los comportamientos cotidianos de la mayoría de los miembros de la sociedad. Vemos, pues, cómo dicha teoría, al excluir el juicio de valor, extiende la calificación de "culposas" a categorías absolutas de conductas comunes y corrientes (como conducir un automóvil o utilizar una máquina) que no merecen ningún reproche social, y que el sistema jurídico no pretende, de ninguna manera, inhibir.

Por último, citaremos la explicación dada por el doctor Parra Quijano:

"...el artículo 2.356 del C.C. establece una presunción de culpa, *juris et de jure*, es decir, que producido el daño, demostrado el nexo de causalidad entre éste y el acontecimiento, se presume la culpa de quien ejerce la actividad peligrosa.

Si no se puede desvirtuar el hecho presumido, o sea la culpa, la presunción es *juris et de jure*"<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Véase TAMAYO JARAMILLO (n. 23), p. 174 y ss. y compararlo con lo dicho en TAMAYO JARAMILLO (n. 6), p. 254 y ss.

Algunos doctrinantes franceses también han intentado objetivar la noción de culpa para así tratar de utilizarla como fundamento de los regímenes especiales de responsabilidad; sin embargo, mediante esta "nueva noción de culpa", lo que han pretendido es buscar un fundamento único para todos los regímenes de responsabilidad civil. Ahora bien, muy distinta es la posición del doctor Tamayo, para quien existe una culpa subjetiva para el régimen general (art. 2.341 del C.C.) y otra objetiva para el régimen especial (art. 2.356 del C.C.).

Sobre la culpa objetiva en la doctrina francesa, véase M.M. MAZEAUD et François CHABAS, *Leçons de Droit Civil. Obligations*, Paris, Ed. Montchrestien, 1991, p. 438 y ss.; FLOUR et AUBERT (n. 19), p. 82 y ss. y Alain BÉNABENT, *Les obligations*, Paris, Ed. Montchrestien, 1997, p. 322, quien afirma de forma categórica: "La culpa se ha vuelto una noción puramente objetiva, compuesta únicamente por un comportamiento de hecho, jurídicamente calificado como anormal, sin que haya lugar a tomar en cuenta la psicología del autor".

<sup>26</sup> Jairo PARRA QUIJANO, *Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones*, Ediciones Librería del Profesional, tomo IV, p. 151.

Una presunción de culpa que no admite prueba en contrario no es más que un juego de palabras para poder excluir la culpa del régimen especial de indemnización de perjuicios. En efecto, la culpa se excluye en la acción: el demandante no tiene que probarla. Y se excluye en la excepción: el demandado no puede, tampoco, argumentarla. Pregunta: ¿en dónde se encuentra, entonces la culpa? ¿En dónde se hace el juicio de valor? Respuesta: no se hace, en ningún momento y en ningún caso. Está excluido. "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"<sup>27</sup>.

Vemos cómo las decisiones jurisprudenciales excluyen todo análisis subjetivo del comportamiento del agente (la culpa), y tratan de utilizar el texto del art. 2.356 del C.C. para darles sustento legal; sin embargo, han fallado en su intento, ya que dicho texto hace referencia expresa al elemento subjetivo, al exigir la malicia o negligencia del agente. Por esta razón, las teorías doctrinales que intentan justificar estas decisiones, basándose en el texto de dicho artículo, sólo obtienen por resultado una deformación completa de la noción de culpa, privándola así de todo su contenido. En este orden de ideas, la culpa, en materia de responsabilidad por las actividades peligrosas, quedó reducida a un simple cascarón vacío que sólo ha servido para disfrazar un verdadero régimen de responsabilidad objetiva de origen jurisprudencial.

## II. MÁS ALLÁ DEL ARTÍCULO 2.356 DEL CÓDIGO CIVIL

La jurisprudencia colombiana, al excluir toda consideración subjetiva sobre el comportamiento de la persona que causa un daño en ejercicio de una actividad peligrosa, ha eliminado la noción de culpa de dicho régimen especial de responsabilidad. Y un régimen de responsabilidad que no toma en

<sup>27</sup> Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Les Obligations*, Paris, Ed. Cujas, 1998, p. 49.

"Una presunción de culpa, sostenía Henri Capitant, se tiene que poder desvirtuar mediante la prueba de la ausencia de culpa; si no ésta deja de ser una presunción de culpa". René RODIERE, *La Présomption de Responsabilité du Fait des Choses Inanimées*. In *Mélanges Ripert*, Paris, Ed. Pichon, 1950, p. 189.

Al respecto el profesor Larroumet sostiene: "...las presunciones absolutas o de derecho son mucho más que simples reglas de prueba de un derecho o de una situación jurídica. Estas constituyen verdaderas reglas substanciales imperativas...", LARROUMET (n. 1), p. 337. Véase, también, Arturo VALENCIA ZEA y Álvaro ORTIZ MONSALVE, *Derecho Civil*, Ed. Temis, 1998, tomo III: De las obligaciones, p. 261.



consideración ningún análisis subjetivo del comportamiento del agente, limitándose a exigir meros elementos objetivos (el hecho del agente, el daño y el nexo causal), se llama régimen objetivo de responsabilidad.

Como el texto del artículo 2.356 del C.C. no puede servir de fundamento a este régimen especial de responsabilidad, el análisis de éste debe hacer abstracción de los elementos exigidos por dicho artículo, y limitarse a determinar su fundamento, partiendo de las soluciones jurisprudenciales (A); para luego intentar buscarle un nuevo sustento legal (B).

#### A. La insuficiencia del texto del artículo 2.356 del Código Civil

Como pudimos comprobarlo, el texto del artículo 2.356 del C.C. consagra un régimen subjetivo de responsabilidad; es decir, un régimen que exige un análisis subjetivo del comportamiento del agente como condición para poder comprometer su responsabilidad. Por lo tanto, mediante la utilización de una *técnica interpretativa finalista*, lo máximo que se podría llegar a deducir de dicha formulación normativa es la existencia de una presunción de culpa; presunción susceptible de ser desvirtuada mediante prueba en contrario<sup>28</sup>.

Ahora bien, el régimen de la responsabilidad por las actividades peligrosas excluye la culpa del agente de sus elementos constitutivos. Por esta razón, a pesar de que la jurisprudencia colombiana haya partido del texto del artículo 2.356 del C.C. para construir el régimen especial de responsabilidad, dicho texto resulta actualmente inapropiado para fundar el régimen de responsabilidad de origen jurisprudencial, ya que éste prescinde de uno de los elementos esenciales exigidos por el texto legal.

Desde esta óptica, resulta indispensable hacer algunas precisiones sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad por las actividades peligrosas (1), para, luego, poder analizar sus características principales como régimen de responsabilidad objetiva (2).

#### 1. La naturaleza jurídica de la responsabilidad por las actividades peligrosas

Con la aparición de los regímenes objetivos de responsabilidad, de origen legal o jurisprudencial, la doctrina tuvo que darse a la tarea de buscar nuevas razones que expliquen el por qué una persona tiene que responder por los daños que causó, aun, si su comportamiento no es moralmente reproachable.

<sup>28</sup> Ésta fue la conclusión a la que llegó ALESSANDRI RODRÍGUEZ (n. 6.), p. 291 y ss., en su análisis del art. 2.329 del C.C. chileno.

En este orden de ideas, la doctrina francesa ha elaborado múltiples teorías explicativas, principalmente dentro del supuesto del régimen francés de la responsabilidad por el hecho de las cosas<sup>29</sup>.

Ninguna de las teorías francesas, sin embargo, puede explicar satisfactoriamente el régimen colombiano de la responsabilidad por las actividades peligrosas, pues los dos regímenes parten de supuestos completamente distintos. En efecto, el régimen francés parte de la noción de *cosa* (independientemente de la actividad del hombre)<sup>30</sup> para elaborar su teoría, mientras que el Derecho colombiano parte de la noción de la actividad desempeñada por el hombre.

Ahora bien, como las cosas no pueden ser responsables, el Derecho francés tuvo que crear la noción de *guarda de la cosa* para así poder vincular, de forma indirecta, una persona como "responsable" por el daño causado por una cosa<sup>31</sup>. Asimismo, ha tenido que aceptar la existencia de un verdadero *deber jurídico de garantía* en cabeza de la persona que fue designada para responder (llamada *guardián*), por el mero hecho de tener sobre la cosa los poderes de uso, de dirección y de control. Por esta razón, dicho régimen de indemnización de perjuicios no consagra, en sentido estricto, un verdadero régimen de responsabilidad civil, pues no exige un vínculo causal entre la actividad de una persona y el daño sufrido por otra<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Véase el resumen de dichas teorías, hecho por TAMAYO JARAMILLO (n. 6), p. 18 y ss.

<sup>30</sup> "la ley, en aplicación de la presunción que ésta establece, no distingue si la cosa que ha causado el daño era o no accionada por la mano del hombre". Fallo Jand'heur, 13 de febrero de 1930. Corte de Casación francesa. CAPITANT, TERRÉ et LEQUETTE (n. 15), p. 256.

Esta precisión explica de forma clara como, en el Derecho francés, existe una diferencia estructural fundamental entre el régimen general de responsabilidad por culpa (arts. 1.382 y 1.383 del C.C.), y el régimen especial sin culpa (art. 1.384 inc. 1). En efecto, mientras que el primero, parte del *hecho personal, de la actividad humana*; el segundo, lo hace del mero *hecho de la cosa*.

<sup>31</sup> "A la persona designada para indemnizar a la víctima no se le hace ninguna imputación del hecho. El daño pudo haber sido causado o no por su actividad... no existe un vínculo necesario de causalidad entre la actividad del guardián responsable y la realización del daño. Todo lo que se exige es que el daño haya sido el hecho de la cosa, es decir, la existencia de un nexo causal entre la realización del daño y la intervención de la cosa...". Christian LARROUMET et Françoise BÉNAC-SCHMIDT, *Responsabilité du Fait des Choses Inanimées. Répertoire Civil*, Recueil Dalloz, 1989, p. 10.

<sup>32</sup> "El guardián no aparece como un verdadero responsable, al cual se le imputa una actividad determinada, sino, más bien, como un simple garante del hecho de la cosa. De esta misma forma, sobre el guardián de un animal, sobre el comitente y sobre el propietario de un edificio sólo pesa una obligación de garantía. ...la mera constatación de que la obligación no ha sido cumplida permite obligarlos a indemnizar a la víctima". *Ibid*.

"La obligación de garantía de la seguridad de los terceros, que incumbe al guardián por el hecho de tener un poder de uso, de dirección y de control de la cosa, o del animal

Completamente distinta es la situación en el Derecho colombiano, ya que tanto el régimen general de responsabilidad por culpa (art. 2.341 del C.C.) como el régimen especial sin culpa, por las actividades peligrosas, parten del mismo supuesto: *la actividad humana que causa un daño*.

Por lo tanto, no parece haber ningún fundamento para designar, de forma indirecta, como responsable a una persona por medio de la calificación de *guardián de la cosa o de la actividad*. En nuestro régimen especial el responsable es determinado de forma directa; el daño puede imputársele a título de efecto de su actuación. El responsable es el que desempeña la actividad que causa un daño, el que actúa; es decir, el *agente*<sup>33</sup>. Y no un supuesto *guardián*<sup>34</sup> como lo pretenden nuestra jurisprudencia y doctrina.

Por consiguiente, las teorías sobre la *guarda* y sobre el *papel pasivo de la cosa*<sup>35</sup> no son más que simples "galicismos" completamente ajenos a nuestro régimen de responsabilidad por las actividades peligrosas<sup>36</sup>.

Ahora bien, aun partiendo del mismo supuesto: *la actividad humana que causa un daño*, nuestro sistema jurídico ha establecido dos regímenes distintos de responsabilidad; uno fundado sobre la culpa del agente y otro sobre el mero hecho de éste, calificado como *peligroso*. Así, cuando la actividad dañosa puede ser calificada como peligrosa, no es necesario hacer ninguna apreciación sobre el carácter culposo o no del comportamiento del agente.

instrumento del daño, es independiente de toda apreciación del carácter culposo o no de su comportamiento". Christian LARROUMET et Françoise BÉNAC-SCHMIDT, *Responsabilité du Fait des Animaux. Répertoire Civil*, Recueil Dalloz, 1993, p. 2.

<sup>33</sup> Para la Real Academia Española *agente* (del latín *agere*, hacer) es "el que obra o tiene virtud de obrar. ...la persona animal o cosa que realiza la acción del verbo... Persona o cosa que produce un efecto", *Diccionario de la lengua española*, Madrid, 1984, tomo I, p. 38.

<sup>34</sup> *Guardián* es "la persona que guarda una cosa y cuida de ella", en REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (n. 33), pp. 707-708.

<sup>35</sup> La teoría del *rôle passif* de la cosa, fue creada, por la doctrina francesa, con el fin de excluir de la presunción de causalidad las cosas inertes o que no hayan tenido contacto con la víctima. Y como la inercia y el ejercicio de una actividad son dos conceptos antinómicos, el pretender "transplantar" dicha teoría al régimen de la responsabilidad por las actividades peligrosas, resulta completamente absurdo. Al respecto, consultar FABRIZIO MANTILLA ESPINOSA y HORACIO PERDOMO PARADA, "Sobre la imputabilidad en materia de responsabilidad por las actividades peligrosas", en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, volumen 4, número 1, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, p. 121 y ss. Consultar, también, los comentarios sobre el fallo de la Cour de Cassation, 2ème Chambre Civile, 25 octobre 2001 de Prat, Carine, Dalloz, 2002, p. 1.450 y ss. y Patrice JOURDAIN, RTD civ., 2002, pp. 108-109.

<sup>36</sup> En algunos fallos nuestra Corte Suprema sostiene abiertamente que en el régimen de responsabilidad del art. 2356 C.C. se parte de la noción de actividad y no de la noción de cosa; sin embargo, a renglón seguido, el máximo tribunal hace alusión a la noción de guarda. Véase: CSJ, Cas. Civ. 18/05/1972. M.P. Ernesto Gamboa Álvarez. GJ, números 2.352 a 2.357, p. 183 ss.

En el lenguaje corriente se entiende por peligroso algo "que tiene riesgo o puede ocasionar un daño"<sup>37</sup>. Y por peligro debe entenderse la "circunstancia de existir posibilidad, amenaza u ocasión de que ocurra una desgracia o contratiempo"<sup>38</sup>. Si bien es claro que a partir del momento en que un daño fue causado por una actividad ésta bien podría ser calificada como peligrosa, no es menos cierto que existen ciertas actividades que conllevan grandes riesgos; es decir, que implican grandes probabilidades de causar daños. Éstas son las únicas actividades que pueden ser calificadas, validamente, como peligrosas<sup>39</sup>.

No obstante lo anterior, la mera referencia a la probabilidad no permite explicar de forma satisfactoria el sentido de la peligrosidad. En efecto, por un lado, no todas las actividades que tienen altas probabilidades de causar daños son consideradas *peligrosas* y, por otro lado, no todas las actividades consideradas *peligrosas* conllevan altas probabilidades de causar daños.

Por un lado, existen ciertas actividades que frecuentemente causan daños (como la conducción de automóviles y la manipulación de explosivos), las cuales han sido consideradas *peligrosas* por nuestra jurisprudencia; empero, esto no nos permite concluir que siempre que una actividad conlleva altas probabilidades de causar daños será *peligrosa*. Así, por ejemplo, caminar no es considerada una actividad *peligrosa* y, por ende, si en su desarrollo se causan daños, su resarcimiento se someterá al régimen del art. 2.341 del C.C.; empero, correr, caminar con un paraguas o andar en patines parecen aumentar las probabilidades de causar daños y, aun, así no son consideradas (afortunadamente) actividades *peligrosas* sometidas al régimen del art. 2.356 del C.C. ¿Habría entonces que someter a este severo régimen especial de indemnización de perjuicios todas las actividades que implican altas

<sup>37</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (n. 33), tomo II, p. 1.035.

<sup>38</sup> María MOLINER, *Diccionario de uso del español*, Madrid, Ed. Gredos, 1998, tomo II, p. 620, o el "riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal", en REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (n. 33), p. 1.035.

<sup>39</sup> En el Derecho francés algunos doctrinantes sostienen una posición similar a la nuestra: "Georges Ripert había propuesto limitar el art. 1384 inc. 1, a las meras cosas peligrosas... La agravación de la responsabilidad que impone el texto se vería entonces justificada por los riesgos particulares que conlleva la cosa peligrosa, y por la mayor vigilancia que se le impone al guardián. Esta argumentación no convenció; se le objetó argumentando que si la cosa, cualquiera que fuese, causó el accidente, fue, precisamente, porque era peligrosa. Sin embargo, este argumento no es decisivo, puesto que, de lo que aquí se trata es de saber si, antes del accidente, se puede razonablemente prever que tal cosa o tal otra presenta riesgos serios de causar un daño". MALAURIE et AYNÈS (n. 27), p. 104. Ver también, lo dicho por FLOUR et AUBERT (n. 19), p. 224 y ss.

probabilidades de causar daños? Esperamos que nuestro tribunal supremo considere que no<sup>40</sup>.

Por otro lado, existen algunas actividades que conllevan una muy baja probabilidad de causar daños, es decir, que en su desarrollo se causan daños con muy poca frecuencia, y aun así son consideradas *peligrosas* por la jurisprudencia; por ejemplo, la aviación.

Ahora bien, si la alta probabilidad de causar daños no explica completamente la calificación de *peligrosa*, ¿cuáles serían, entonces, los otros criterios tenidos en cuenta por nuestra jurisprudencia para determinar la *peligrosidad* de las distintas actividades?

La respuesta a esta pregunta no puede ser categórica: además de la probabilidad, nuestra Corte Suprema parece haber tomado en cuenta diversos criterios para someter ciertas categorías de actividades al régimen objetivo del art. 2.356 del C.C. En este orden de ideas, podemos mencionar las consideraciones relativas a la magnitud de los daños que pueden causar ciertas actividades, y al alto grado de sensibilidad que algunos daños despiertan en la sociedad colombiana (como los relativos a los accidentes aéreos); el interés de inducir ciertos comportamientos de algunos miembros de la comunidad, principalmente, en lo concerniente a la asunción y distribución de los costos de prevención e indemnización para ciertos riesgos. Ahora, las políticas institucionales respecto a dichos costos pueden, a su vez, depender de diversos factores tales como la capacidad económica de los implicados, la posibilidad fáctica de tomar las medidas preventivas específicas, razones de orden político, entre muchos otros<sup>41</sup>.

La actividad peligrosa parece entonces no ser nada distinto a una *noción funcional* que cumple con la mera finalidad práctica de "justificar" el hecho de que la jurisprudencia decida sustraer categorías de actividades del campo de aplicación del art. 2.341 del C.C. para someterlas al régimen objetivo de responsabilidad del art. 2.356 del C.C.

<sup>40</sup> Sin embargo, nuestra jurisprudencia ha llegado a considerar *peligrosa* la conducción de bicicletas; lo más insólito es que dicha calificación no se hizo respecto de la conducta del agente, sino de la conducta de la víctima Véase: CSJ, Cas. Civ. 17/07/1985. M.P. Humberto Murcia Ballén. GJ, número 2.419, p. 152 y ss.

<sup>41</sup> En términos muy generales, podemos afirmar que el hecho de someter una actividad al régimen objetivo de responsabilidad del art. 2.356 del C.C., pone en cabeza del agente un alto riesgo de asumir los costos de las posibles indemnizaciones, lo cual podría inducirlo a tomar medidas preventivas específicas y contratar con una compañía aseguradora para trasladar dicho riesgo. En los casos de actividades peligrosas en las cuales el legislador exige un seguro obligatorio, la transferencia y distribución de riesgos es evidente. Sobre el análisis económico de los costos de los riesgos y los costos de las medidas de precaución recomendamos consultar: Robert COOTER y Thomas ULEN, *Derecho y Economía*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2002 p. 384 y ss.

Ahora, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia siempre se ha referido a la noción *peligrosidad* como justificativo de sus decisiones. Sin embargo, hay que tener muy presente que, por tratar de sustentarlas en el texto del art. 2.356 del C.C., éstas siempre terminan haciendo referencia a la noción de culpa, sin tener en cuenta que

"existe una imposibilidad fundamental de conciliar una responsabilidad objetiva y una responsabilidad fundada sobre la culpa dentro de una misma institución, la cual, para ser coherente, tiene que ser unitaria"<sup>42</sup>.

Dentro de esta óptica, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

"La teoría del riesgo, según la cual al que lo crea se le tiene por responsable, mira principalmente a ciertas actividades por los peligros que implican, inevitablemente anexos a ellas..."<sup>43</sup>.

"Considerando, pues, que no es la víctima, sino el demandado, quien crea la inseguridad de los asociados al ejercer la actividad que, aunque lícita, es de las que implican riesgos de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños..."<sup>44</sup>.

"Si peligrosa es la actividad que, debido a la manipulación de ciertas cosas o al ejercicio de una conducta específica que lleva insito el riesgo de producir una lesión o menoscabo, tiene la aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que —de ordinario— despliega una persona con respecto a otra..."<sup>45</sup>.

La jurisprudencia del Consejo del Estado sobre la materia es mucho más diáfana y se encuentra más depurada de referencias a la culpa, como

<sup>42</sup> LARROUMET et BÉNAC-SCHMIDT (n. 31), p. 10.

<sup>43</sup> Cas. Civil, marzo 14 de 1938, GJ, núm. 1934, p. 215. M.P. Ricardo Hinestrosa Daza. Sin embargo, como ya lo habíamos explicado, la Corte mezcla la *peligrosidad* con la culpabilidad afirmando que "(...) en las actividades caracterizadas por su *peligrosidad*, (...) el hecho dañoso lleva en sí los elementos de negligencia o malicia", *ibid*.

<sup>44</sup> Cas. Civil, abril 26 de 1972, GJ, núm. 2.352 a 2.357. M.P. Germán Giraldo Zuluaga, p. 174. Y como concesión al régimen subjetivo, a renglón seguido, sostiene "...en tales circunstancias se presume la culpa", *ibid*.

<sup>45</sup> CSJ, Cas. Civ. 23/10/2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Jurisprudencia y doctrina 12/2001, p. 2.439. Y concluye afirmando: "...la presunción de culpa... únicamente puede predicarse en aquellos casos en que el daño proviene de un hecho que la razón natural permite imputar a la incuria o imprudencia del autor", *op. cit.*, p. 2.440.

fundamento del régimen de responsabilidad por las actividades peligrosas<sup>46</sup>.

Así, por ejemplo, el Consejo de Estado es muy claro cuando afirma:

"Ubicándose el caso dentro del régimen de responsabilidad objetivo [sic] por riesgo excepcional, derivado del ejercicio de actividades peligrosas (vehículos automotores, armas de dotación oficial, conducción de energía eléctrica) el factor de imputación, como lo dice la jurisprudencia, es el riesgo grave que excede los inconvenientes inherentes a la prestación del servicio y, por consiguiente, los administrados se ven expuestos a la contingencia del riesgo creado por el Estado; por tanto el que genera ese tipo de riesgo debe soportar las consecuencias del hecho que acaece, siempre y cuando se demuestre también el daño y la relación de causalidad..."<sup>47</sup>.

"...en los eventos de daños producidos por cosas o actividades peligrosas (armas de fuego, conducción de vehículos automotores, redes de energía eléctrica) se produce más que una presunción de falta..., una presunción de responsabilidad"<sup>48</sup>.

Por lo tanto, tiene toda la razón el profesor Vidal Perdomo cuando sostiene:

"Si bien el andamiaje de la responsabilidad civil ha reposado en la culpa, hasta la aparición de la teoría de las actividades peligrosas y del riesgo creado, y se ha destacado en algunos derechos el criterio subjetivo de la legislación como una valoración ético-jurídica de la actuación de las personas, al hacerse el traslado de conceptos hacia el campo administrativo se habla de "responsabilidad objetiva". El significado que quiere darse es el de la posibilidad de que la administración sea condenada con abstracción de que su comportamiento merezca reproche subjetivo. Las nociones de responsabilidad por riesgo, de igual-

dad ante las cargas públicas, de falta del servicio, contribuyen a objetivizar esa responsabilidad"<sup>49</sup>.

Así, pues, resultan claras las similitudes entre el régimen de responsabilidad administrativa<sup>50</sup> y el régimen especial de responsabilidad civil: *Una actividad calificada como peligrosa*, establecen las mismas consecuencias jurídicas: *el daño causado en ejercicio de dicha actividad debe ser resarcido por el agente*. Y en los mismos términos: *La víctima no necesita probar el comportamiento culposo del agente; ni éste último puede exonerarse de responsabilidad probando la ausencia de culpa*. Y con las mismas limitaciones: *sólo la fuerza mayor y el hecho exclusivo de la víctima o de un tercero, exoneran de responsabilidad al agente*.

Ahora bien, la jurisprudencia administrativa fundamenta abiertamente dicho régimen de responsabilidad en la noción de peligrosidad<sup>51</sup>; mientras que en materia civil, la jurisprudencia y la doctrina siguen haciendo alusión a una supuesta culpa, para así tratar de hacer entrar el régimen de responsabilidad de origen jurisprudencial, dentro del estrecho supuesto del art. 2.356 del C.C.

Desde esta óptica, el doctor Tamayo Jaramillo sostiene:

"Si conservamos la idea de culpa es por respeto al derecho escrito que es la base de nuestro orden jurídico..."

<sup>49</sup> Jaime VIDAL PERDOMO, *Derecho Administrativo*, Bogotá, Ed. Temis, 1997, pp. 271-272.

En este mismo sentido se encuentra orientada la posición de Jacques Moreau cuando sostiene: "...la posición del Consejo de Estado, cuando aplica el sistema de responsabilidad sin culpa, parece explicarse mediante la noción de riesgo. Es, precisamente, porque la administración ha creado ciertos riesgos excepcionales, exponiendo así a sus agentes por razones del servicio, que en caso de accidentes, estos últimos son indemnizados sin necesidad de probar una falta del servicio. Es en razón de los riesgos especiales, para los terceros, que implican las 'cosas peligrosas' o 'los métodos peligrosos', que las víctimas pueden obtener el resarcimiento a partir del momento en que puedan demostrar el daño anormal y especial, y el vínculo de causalidad", en Jacques MOREAU, *La Responsabilité Administrative. Que sais-je?*, Paris, Ed. PUF, 1986, pp. 106-107.

<sup>50</sup> Es importante tener en cuenta que, en materia de responsabilidad objetiva del Estado, junto al régimen por riesgo (por los bienes públicos, situaciones y métodos peligrosos) existe un segundo régimen objetivo que se fundamenta en la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas. Sobre el fundamento de estos dos regímenes de responsabilidad objetiva, y sobre su falta de reconocimiento expreso, por la jurisprudencia colombiana, recomendamos consultar el estudio de Gustavo QUINTERO NAVAS, "Regímenes de responsabilidad del Estado: breve reflexión a partir del Derecho francés", en *Revista Foro Universitario*, Pasto, 21 de noviembre de 2000, p. 34 y ss.

<sup>51</sup> Véase: Libardo RODRÍGUEZ, *Derecho Administrativo. General y colombiano*, Bogotá, Ed. Temis, 2000, p. 404 y ss.

<sup>46</sup> Al respecto, el doctor Tamayo Jaramillo sostiene: "...la jurisprudencia administrativa, permanentemente, acude a los principios que regulan la responsabilidad civil para estructurar la responsabilidad estatal... La única analogía que no es posible es la del fundamento mismo de la responsabilidad, pues el derecho civil requiere seguir ligado al concepto de culpa, ya que a ella se refiere expresamente el art. 2356, mientras que el derecho administrativo puede hablar de una responsabilidad objetiva, pues el art. 90 de la Constitución no menciona la falla como presupuesto de la responsabilidad estatal", en Javier TAMAYO JARAMILLO, *La responsabilidad del Estado*, Bogotá, Ed. Temis, 1997, pp. 76-77.

<sup>47</sup> C.E. sec. Tercera 31 de mayo de 2001. Exp. 12.782.

<sup>48</sup> C.E. sec. Tercera 16/06/2001 Exp. 10.024 Jurisprudencia y Doctrina 09/1997, p. 1.253.

Aunque en forma reiterada la jurisprudencia y la doctrina nacionales hayan condenado la teoría del riesgo como fundamento de responsabilidad por actividades peligrosas, lo cierto es que ella, así haya sido por vía doctrinal o filosófica, ha sido inspiradora de nuestra jurisprudencia<sup>52</sup>.

Es importante recordar que resulta imposible justificar una solución jurídica con base en el texto de un artículo con el cual ésta se encuentra en manifiesta contradicción, con el pretexto de respetar el derecho escrito.

En pocas palabras, ni el art. 2.356 del C.C. sirve de fundamento para un régimen de responsabilidad que excluye la culpa del agente, ni la noción de peligrosidad (criterio objetivo) sirve para explicar la noción de culpa (criterio subjetivo)<sup>53</sup>.

Con todo, la noción de *peligrosidad* como fundamento para un régimen de responsabilidad sin culpa no está exenta de críticas ni de inconvenientes<sup>54</sup>. A ésta se le imputa, principalmente, la dificultad para precisar cuándo una actividad es peligrosa, y la gran inseguridad jurídica que implica el no saber a priori si el daño causado por cierta actividad va a ser o no cobijado por el régimen especial de responsabilidad. Sin embargo, la jurisprudencia colombiana, de vieja data, ha venido definiendo, de manera constante y previsible, aquellas actividades que ameritan ser sometidas al nuevo régimen objetivo de responsabilidad (como la utilización de armas, la conducción de vehículos automotores, la conducción de energía eléctrica, etc.)<sup>55</sup>;

estableciendo un valioso derrotero que no sólo sirve de guía a los jueces sino, además, da una relativa seguridad jurídica a la comunidad, en lo referente a la determinación de aquellas actividades que entrarían dentro del supuesto del régimen de responsabilidad sin culpa.

Por otra parte, la noción de peligrosidad no sólo permite restringir, de entrada, la aplicación de un régimen de responsabilidad sin culpa a cierta clase de daños (los causados en el ejercicio de ciertas actividades), sino que, además, es lo suficientemente flexible para permitir su adaptación a los cambios económicos y sociales.

Muy distinto es el caso del régimen por el hecho de las cosas del Derecho francés, pues éste cobija, en principio, todos los daños causados por *todas las cosas*, aún las más anodinas. Esta aplicación extensiva de un régimen de responsabilidad tan severo ha llevado a la doctrina a tratar de elaborar, sin mayores resultados, mecanismos correctivos<sup>56</sup> que permitan excluir, a posteriori, ciertas cosas que sería absurdo incluir dentro del supuesto de hecho del inciso primero del art. 1.384 del *Código Civil* francés.

Por esto mismo se pueden ver, actualmente, dentro de la doctrina francesa contemporánea, opiniones sobre la pertinencia de una intervención del legislador con el fin de restringir el campo de aplicación de dicho régimen de responsabilidad sin culpa<sup>57</sup>.

CSJ, Cas. Civ. 08/10/1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Jurisprudencia y Doctrina 12/1992, pp. 1.157 y 1.158, C.S.J. Cas. Civ. 30/09/2002. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Jurisprudencia y Doctrina 12/2002, p. 2.613 y ss. En lo referente a daños causados por la utilización de ciertas máquinas: CSJ, Cas. Civil. 31/05/38 M.P. Liborio Escallón. GJ, t. XVI, pp. 561-562. Respecto a la fumigación de cultivos con sustancias tóxicas: CSJ, Cas. Civ. 20/08/1987. M.P. Héctor Marín Naranjo. G.J., número 2.427 p. 136 ss. Sobre la construcción de edificios: CSJ Cas. Civ. 27/04/1990. M.P. Héctor Marín Naranjo. G.J., número 2.439 p. 158 y ss. y CSJ, Cas. Civ. 5/04/1962. M.P. José Hernández Arbeláez. G.J., números 2.253-2.254, p. 341 y ss. Respecto a daños causados por elevadores: CSJ, Cas. Civ. 1/10/1963. M.P. Gustavo Fajardo Pinzón. G.J., números 2.268-2.269, p. 161 y ss. Y en lo que respecta a la demolición de inmuebles: CSJ, Cas. Civ. 8/05/1979. M.P. Guillermo Ospina Fernández. G.J., números 2.310, 2.311 y 2.312, p. 95 y ss.

<sup>56</sup> Como las cosas inertes, excluidas de la presunción de causalidad mediante la utilización de la teoría del *rôle passif* de la cosa. Al respecto consúltese MANTILLA ESPINOSA y PERDOMO PARADA (n. 35), p. 124 y ss.

<sup>57</sup> Véase, por ejemplo, LARROUMET et BÉNAÏ-SCHMIDT (n. 31), p. 8 cuando sostienen: "...la responsabilidad del art. 1384 inciso 1, no tiene actualmente limitaciones, ni en cuanto a las cosas que pueden ser consideradas como causa del daño, ni en cuanto a los daños cuya reparación es regida por dicho texto. Es una verdadera pena que este artículo tenga un campo de aplicación tan amplio; pero en el estado actual de nuestro derecho positivo, nuestra posición no puede ser más que una simple recomendación para que el legislador intervenga en la materia". Consúltese, también, FLOUR et AUBERT (n. 19), p. 224 y ss. y L. CHARBONNIER, "Fallait-il Cantonner l'arrêt Desmarest?", en *Chronique*, Dalloz, 1985, p. 20, quienes proponen un retorno, de la jurisprudencia, a la noción de cosa peligrosa. Y Boris

<sup>52</sup> JAVIER TAMAYO JARAMILLO, De la Responsabilidad Civil, Ed. Temis, 1999, tomo II, p. 265.

<sup>53</sup> En nuestra jurisprudencia civil aún se hacen afirmaciones como: "En Colombia, a pesar de la utilización más o menos esporádica del término 'riesgo'..., la Corte Suprema ha insistido en que la responsabilidad civil extracontractual prevista en el *Código Civil* viene impregnada de las tesis subjetivas que entronizan la culpa como criterio fundamental de la responsabilidad". CSJ, Cas. Civ. 22/05/2000. M.P. Jorge Santos Ballesteros. Jurisprudencia y Doctrina 07/2000, p. 1.138.

<sup>54</sup> Al respecto véase MALAURIE et AYNÈS (n. 27), p. 104 y MANTILLA ESPINOSA y PERDOMO PARADA (n. 35), p. 120.

<sup>55</sup> Véase CSJ, Cas. Civ. 25/10/1999. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Jurisprudencia y Doctrina 12/1999, p. 2.227.

Recomendamos consultar, sobre la utilización de vehículos automotores terrestres: CSJ, Cas. Civil. 14/03/38 M.P. Ricardo Hinestrosa Daza, G.J., t. XVI, p. 211 ss.; CSJ, Cas. Civil. 18/03/1976. M.P. Germán Giraldo Zuluaga, G.J., N° 2.393, p. 67 ss.; CSJ, Cas. Civ. 04/06/1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Jurisprudencia y Doctrina, 09/1992, p. 619 y ss., CSJ, Cas. Civ. 22/02/1995. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Jurisprudencia y Doctrina 08/1995, p. 873 y ss.; CSJ, Cas. Civ. 05/05/1999. M.P. Jorge A. Castillo Rugeles. Jurisprudencia y Doctrina 06/1999 pp. 984 y 985, CSJ, Cas. Civ. 23/10/2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Jurisprudencia y Doctrina 12/2001 pp. 2.439 y 2.440. Respecto a la conducción y suministro de energía eléctrica:

# 1) El régimen objetivo de responsabilidad por las actividades peligrosas

Como ya lo hemos analizado, el régimen de responsabilidad por las actividades peligrosas excluye de sus elementos, toda consideración subjetiva sobre el comportamiento del agente. Es por esto, precisamente, que la culpa de aquél no tiene que probarse en la demanda ni tampoco es aceptada la demostración de su ausencia, como causal de exoneración.

En este orden de ideas, al excluirse toda calificación subjetiva<sup>58</sup> del comportamiento del agente, dicho régimen de responsabilidad restringe sus elementos a aquellos meramente objetivos<sup>59</sup>: el hecho del agente, el daño y el nexo causal. Si se presentan estos tres elementos el agente será responsable.

Ahora bien, para poder entender la estructura de nuestro régimen especial de origen jurisprudencial, hay que definir, antes que todo, las características comunes a todos los regímenes objetivos de responsabilidad (a), para, luego, sí poder abordar el estudio de las particularidades del régimen por las actividades peligrosas (b).

## a. Características de los regímenes objetivos de responsabilidad

La mejor forma de analizar las características de los regímenes objetivos de responsabilidad es mediante una comparación con aquellas propias de los regímenes subjetivos de responsabilidad.

## Regímenes subjetivos de responsabilidad

Como regla de fondo, dichos regímenes exigen la existencia de: un daño, un hecho calificado del agente y un nexo causal. La calificación de la conducta del agente es una valoración axiológica, subjetiva y comparativa llamada culpa o dolo (art. 63 del C.C.).

En materia probatoria, dichos regímenes permiten dos modalidades:

- *El régimen por culpa probada.* Para que el agente sea considerado responsable, el demandante debe probar: el daño sufrido, el hecho culposo del agente y el nexo causal. Ejemplo: art. 2.341 del C.C.

STARCK, Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Obligations. Responsabilité Délictuelle*, Paris, Ed. Litec, 1991, p. 307 y ss., quienes abogan por la teoría de la garantía.

<sup>58</sup> Subjetivo: "Se aplica por oposición a 'objetivo', a lo que se refiere al sujeto que piensa, siente, etc.; y no a lo exterior a la mente de él. Se dice de lo que depende de cada sujeto y no es igual para todos", en MOLINER (n. 38), tomo II, p. 1.136. "Perteneciente o relativo al sujeto, considerado en oposición al mundo exterior. Relativo a nuestro modo de pensar o de sentir, y no al objeto en sí mismo", en REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (n. 33), tomo II, p. 1.265.

<sup>59</sup> Objetivo: "Perteneciente o relativo al objeto en sí y no a nuestro modo de pensar o de sentir", en REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (n. 33), tomo II, p. 966.

- *El régimen por culpa presunta.* Para que el agente sea considerado responsable, el demandante debe probar: el daño sufrido, el hecho del agente y el nexo causal. El carácter culposo del hecho del agente se presume; sin embargo, éste siempre podrá exonerarse probando en contrario. "Una presunción de culpa debe obligatoriamente ceder ante la prueba de la ausencia de culpa"<sup>60</sup>. Ejemplo: art. 2.353 del C.C.

## Regímenes objetivos de responsabilidad

Como regla de fondo, dichos regímenes exigen la existencia de: un daño, un hecho del agente y un nexo causal. En este supuesto se excluye toda consideración subjetiva sobre la conducta del agente<sup>61</sup>. Al excluirse la calificación culposa, de sus condiciones, su fundamento jurídico no obedece a consideraciones morales y, por ende, toda referencia a la culpa resulta inocua.

Varias teorías permiten explicar la naturaleza jurídica de los distintos regímenes de responsabilidad sin culpa, a saber: la garantía, el riesgo provecho, la peligrosidad, etc.; no obstante, ninguna de éstas tiene vocación de aplicación general, pues la justificación de cada régimen objetivo de responsabilidad obedece a sus características específicas.

En el *Código Civil* colombiano se encuentran varios artículos que pueden ser interpretados en este sentido: 2.348, 2.350, 2.354 y 2.355<sup>62</sup>; nuestra jurisprudencia, sin embargo, se encuentra absurdamente arraigada a la noción de culpa y, dentro de esta óptica, intenta subjetivar todas sus decisiones.

Los doctores Hernán Guillermo Aldana Duque y Héctor Marín Naranjo, lo explican de forma magistral cuando sostienen:

"...cómo puede ser posible que el precepto en cuestión se adentre en el ámbito de la responsabilidad objetiva pero que, al mismo tiempo, halle su fundamento en la culpa. Semejante avenimiento es un imposible lógico y jurídico.

...Cómo es posible que de derecho..., se presuma la conducta negligente o imprudente de alguien. ¿Cómo decir, lo hace el fallo anterior, que en la culpa se puede incurrir de una forma automática? Una apreciación semejante, en buen romance, no puede significar cosa dis-

<sup>60</sup> LARROUMET et BÉNAC-SCHMIDT (n. 31), p. 8.

<sup>61</sup> "Por otro lado, la culpa de la víctima o de un tercero presenta una gran importancia como causal de exoneración de la responsabilidad del guardián [agente], pero valga la pena aclarar, que en algunos casos se exige dicha culpa y en otros basta con el mero hecho no culposos de éstos", en LARROUMET et BÉNAC-SCHMIDT (n. 31), p. 4.

<sup>62</sup> Véase al respecto: VALENCIA ZEA y ORTIZ MONSALVE (n. 27), p. 219 y ss.

tinta a que se es culpable por el simple o mero hecho de actuar. Y, siendo así, ¿dónde queda el aspecto subjetivo -la negligencia o la imprudencia del comportamiento-? ¿En razón de qué el obrar entonces no resulta examinado más que por sus resultados o por su trazado exterior? En el caso que se analiza, por tener un animal fiero es por lo que creemos que, con toda evidencia, es preferible llamar a las cosas por su nombre y de tal manera no tropezar con la mayúscula incongruencia bajo la que gravita la sentencia so pena de mantener a ultranza, un soporte subjetivo de la responsabilidad que, si bien es admisible en otros supuestos, no se encuentra en la norma enjuiciada. El llamar las cosas por su nombre representa, en nuestro sentir, que en el caso del artículo 2354 del C.C., la responsabilidad es, con exactitud, de carácter objetivo<sup>63</sup>.

Por esto mismo, es imperioso que nuestra jurisprudencia abandone la fórmula *presunción de culpa*<sup>64</sup>, y adopte una que exprese la autonomía de fondo de dichos regímenes de responsabilidad. En este orden de ideas, las expresiones más correctas son: *responsabilidad de pleno derecho*<sup>65</sup> o, simplemente, *responsabilidad objetiva*.

La expresión, comúnmente utilizada, *presunción de responsabilidad* también es desafortunada, pues incita a pensar que, en estos casos, se trataría de una simple regla de prueba y no de una verdadera regla de fondo. En efecto, si todos los elementos de la responsabilidad (el hecho dañoso, el daño y el nexo causal) se encuentran presentes, no hay nada que presumir; la responsabilidad se aplica (la obligación a la reparación nace), no se presume<sup>66</sup>.

Los regímenes de responsabilidad objetiva tienen autonomía de fondo; autonomía que no puede seguir siendo desconocida por nuestra jurisprudencia, mediante la utilización artificial de presunciones (simples reglas de prueba), para así tratar de asimilarlos a los regímenes subjetivos de responsabilidad<sup>67</sup>.

<sup>63</sup> Aclaración de voto, CSJ, Sala Plena, 6/04/1989. M.P. Jairo Duque Pérez. GJ, número 2.436, p. 147 a 149.

<sup>64</sup> Véase, en el mismo VALENCIA ZEA y ORTIZ MONSALVE (n. 27), p. 261.

<sup>65</sup> "La responsabilidad de pleno derecho no es más que una responsabilidad sin culpa, es decir una responsabilidad objetiva", LARROUMET (n. 19), p. 605.

<sup>66</sup> Al respecto consúltese LARROUMET (n. 19), p. 607 y RODIÈRE (n. 27), p. 206.

<sup>67</sup> Una regla de fondo hace referencia al "derecho sustancial que fundamenta los derechos y las obligaciones; por oposición a las reglas que presiden la prueba de los hechos y actos jurídicos". GÉRARD CORNU, *Dictionnaire Juridique*, Paris, Ed. PUF, 1997, p. 355; véase, asimismo, LARROUMET (n. 1), pp. 164 y 337.

En materia probatoria, los regímenes objetivos de responsabilidad conllevan, generalmente, una *presunción de causalidad*<sup>68</sup>, es decir, que a partir del momento en que una actividad peligrosa tuvo una participación en la producción del daño, es considerada como su causa determinante, mientras el agente no pruebe lo contrario. Corresponderá, entonces, al agente probar que el daño sufrido por la víctima tuvo por causa determinante otro hecho distinto al ejercicio de la actividad peligrosa. Esto es lo que se conoce en doctrina con el nombre de *prueba de la causa extraña*<sup>69</sup>. Nuestra jurisprudencia ha consagrado, de forma reiterada y constante, esta solución<sup>70</sup>.

En este punto es indispensable dejar muy claro que "no hay responsabilidad civil, contractual o extracontractual, sin la relación causa-efecto entre el hecho imputable a una persona..., y el daño sufrido por otra... La responsabilidad civil implica que el daño sufrido por una persona sea causado por la actividad de otra persona"<sup>71</sup>.

Por esta razón, los *regímenes de indemnización automática*, que aseguran la reparación del daño, sin entrar a determinar cuál fue la causa de éste; limitándose, simplemente, a designar un obligado a reparar (generalmente un fondo creado especialmente para ello), están por fuera de la teoría general de la responsabilidad<sup>72</sup>.

<sup>68</sup> En materia de responsabilidad contractual, esta misma presunción se encuentra en caso de incumplimiento de las obligaciones de resultado. En este orden de ideas, "...el acreedor no tiene que probar que el hecho del deudor fue la causa del daño. Por lo tanto, este último deberá responder en todos los casos dudosos, es decir, en todos aquellos en los cuales no aparece de forma clara que éstos fueron ajenos a su actividad. Si el acreedor no obtuvo satisfacción, esta inefecución se presume imputable al deudor. Ésta es una presunción de causalidad... la misma presunción que se encuentra en los regímenes objetivos de responsabilidad extracontractual. Dicha presunción está fundada en el principio según el cual corresponde al deudor, para exonerarse de responsabilidad, aportar la prueba de la causa extraña", en LARROUMET (n. 19), p. 603.

<sup>69</sup> "...la prueba de la causa extraña tiene por efecto demostrar que el hecho que era considerado como causa del daño, no fue en realidad, la causa de éste", en Christian LARROUMET, *La Notion de Risque de Développement, Risque du XXI Siècle. In Clés pour le Siècle*, Paris, Ed. Dalloz, 2000, p. 1.598.

<sup>70</sup> Por ejemplo: "...presunción de cuyo efecto indemnizatorio no puede liberarse del todo sino en tanto pruebe el concurso exclusivo de una causa extraña...", en CSJ, Cas. Civ. 08/10/1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Jurisprudencia y Doctrina 12/1992, p. 1.157. Empero, aun se pueden ver opiniones contrarias en la doctrina: "...creemos que el demandante corre con la carga probatoria de demostrar que la actividad peligrosa ha sido la causa activa del perjuicio sufrido...". TAMAYO JARAMILLO (n. 6), p. 140.

<sup>71</sup> LARROUMET (n. 19), p. 685.

<sup>72</sup> "Hay entre el sistema de responsabilidad civil y la indemnización automática una diferencia esencial: en la indemnización automática el daño es reparado sin que sea necesario imputarlo a la actividad de una persona, mientras que en el mecanismo de la responsabilidad

Aclarado lo anterior<sup>73</sup>, podemos adentrarnos en las particularidades del régimen especial de origen jurisprudencial.

#### b. Particularidades del régimen por las actividades peligrosas

Para poder aplicar el régimen objetivo de responsabilidad por las actividades peligrosas, el demandante debe probar la existencia del daño y que la actividad del agente se encuentra dentro de una de las categorías de actividades calificadas por la jurisprudencia como *peligrosas*. Así, demostrada la peligrosidad de la actividad, se presume la relación causal entre estas dos, hasta que el agente logre demostrar que la verdadera causa determinante de dicho daño fue un hecho ajeno a su actividad, es decir, hasta que logre probar *la causa extraña*.

En lo referente al vínculo causal, nuestra jurisprudencia sostiene:

"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"<sup>74</sup>.

"...esta construcción jurisprudencial no entraña aceptación de la teoría de la culpa objetiva o del riesgo creado, pues de un lado descansa en la existencia de la culpa del demandado, aunque ésta sea presunta, y de otro, admite su exculpación demostrando que el daño ocurrió por fuerza mayor o por intervención de un tercero o por culpa exclusiva de la víctima"<sup>75</sup>.

civil hay que buscar un responsable de la actividad que originó el daño", en Christian LARROUMET, "L'indemnisation des Victimes des Accidents de la Circulation: L'amalgame de la Responsabilité Civile et de l'indemnisation Automatique", *Chronique*, Dalloz, 1985, p. 237 y ss. Aconsejamos consultar, también, André TUNC, *La Responsabilité Civile*, Paris, Ed. Economica, 1989; donde el autor explica con suma claridad, cómo la responsabilidad civil no es el único mecanismo de indemnización de perjuicios.

<sup>73</sup> Nuestra doctrina suele hacer clasificaciones diferentes, algunas bastante cuestionables. Véase, por ejemplo, Gilberto MARTÍNEZ RAVÉ, *Responsabilidad civil extracontractual*, Bogotá, Ed. Temis, 1998, p. 138 y ss.

<sup>74</sup> CSJ, Cas. Civ. 22/02/1995. M.P. Carlos Jaramillo Schloss. Jurisprudencia y Doctrina 08/1995, p. 881.

<sup>75</sup> CSJ, Cas. Civ. 04/05/1992. M.P. Carlos Jaramillo Schloss. Jurisprudencia y Doctrina 07/1992, p. 623.

"La causalidad basta para tener por establecida la culpa..., 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"<sup>76</sup>.

Como podemos ver, nuestra jurisprudencia parece confundir, por un lado, las nociones de subjetivo y objetivo y, por otro, las nociones de responsabilidad objetiva y de indemnización automática.

Por una parte, la noción de causalidad material es puramente objetiva y hace referencia a la modificación necesaria que sufre un objeto (el efecto) como consecuencia de una modificación anterior sufrida por otro objeto (la causa)<sup>77</sup>. Así, pues, la causa no es más que "la condición de origen exterior de un acontecimiento"<sup>78</sup>.

En este orden de ideas, en nuestro caso, la *causa* sería el ejercicio de la actividad peligrosa (que modifica la realidad objetiva anterior, es decir, aquella que existía antes de que la actividad comenzara a ejercerse) y el *efecto* sería el daño sufrido por la víctima como consecuencia directa de la actividad peligrosa. Ahora bien, en el régimen de responsabilidad por las actividades peligrosas, la existencia del hecho objetivo: *la relación causal*, no permite, de ninguna manera, demostrar la existencia del hecho subjetivo: *la culpa*.

En los regímenes subjetivos de responsabilidad, el hecho del agente y el vínculo causal (elementos objetivos) no son más que meros presupuestos necesarios para poder hacer la calificación subjetiva. Por tanto, sólo dentro de este supuesto, la demostración de la ausencia de causalidad tendría incidencia en la apreciación de la culpa. Así, si el agente no actuó la culpa se descarta por exclusión de materia (no hay nada que calificar). Y si la actuación del agente no fue la causa del daño, el calificar subjetivamente su conducta no presentaría ningún interés.

<sup>76</sup> CSJ, Cas. Civ. 05/05/ 1999. M.P. Jorge A. Castillo Rugeles. Jurisprudencia y Doctrina 06/1999, p. 894.

En el mismo sentido se encuentran orientadas las decisiones que se sirven de la noción de *comisión por omisión* para así tratar de encontrar *culpas* en el desarrollo de la actividad peligrosa. Véase, por ejemplo, CSJ, Cas. Civ. 30/09/2002. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Jurisprudencia y Doctrina 12/2002, p. 2.617.

<sup>77</sup> Véase al respecto ARTHUR SCHOPENHAUER, *Essai sur le Libre Arbitre*, p. 60 ss.

<sup>78</sup> ARTHUR SCHOPENHAUER, *De la Quadruple Racine du Principe de Raison Suffisante*, Paris, Ed. Vrin, 1946, p. 43.



La hipótesis inversa, es decir, la demostración del vínculo causal, no tiene, sin embargo, ninguna incidencia en la demostración de la culpa; pues aquella sólo nos determina el objeto para que pueda ser calificado posteriormente

En los regímenes objetivos de responsabilidad, ni siquiera se entra a calificar la conducta del agente, si fue culposa o no, poco importa. El agente entra a responder si fue, simplemente, la causa del daño. Ésta es, precisamente, la hipótesis de la responsabilidad por las actividades peligrosas.

Por otra parte, las nociones de responsabilidad objetiva y de indemnización automática<sup>79</sup> son completamente distintas.

En efecto, en los regímenes de responsabilidad objetiva, el demandado se puede exonerar demostrando la ausencia de uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad. Es decir, que él no desempeñaba ninguna actividad o que ésta no era peligrosa<sup>80</sup>, que no hubo daño alguno o que el daño no fue causado por su actividad (mediante la prueba de la causa extraña). “La prueba de una causa extraña sólo es un problema de causalidad. Ésta sólo destruye el vínculo causal...”<sup>81</sup>.

La imposibilidad de exonerarse mediante la prueba de la causa extraña sólo se presenta en los regímenes de indemnización automática; ya que en éstos ni siquiera se exige el vínculo causal<sup>82</sup>.

Por lo tanto, la aceptación de la causa extraña como causal de exoneración sólo prueba que la responsabilidad por las actividades peligrosas es, efectivamente, un régimen de responsabilidad y no un régimen de indemnización automática. De lo anterior no se puede concluir, de ninguna manera, el carácter subjetivo de la responsabilidad por las actividades peligrosas; como lo pretende la Corte Suprema de Justicia<sup>83</sup>.

<sup>79</sup> Dicha confusión se puede apreciar con toda claridad en CSJ, Cas. Civ. 04/05/1992. M.P. Carlos Jaramillo Schloss. Jurisprudencia y Doctrina 07/1992, p. 623.

<sup>80</sup> En esta hipótesis entraríamos en el supuesto del régimen general por culpa art. 2.341 del C.C.

<sup>81</sup> LARROUMET (n. 19), p. 600. Y, a renglón seguido, el autor añade: “Todas las responsabilidades objetivas, tanto en materia contractual, como en materia extracontractual, son obligaciones de reparación fundamentadas en el mero vínculo de causalidad existente entre la actividad de una persona y el daño sufrido por otra..., esto demuestra por qué la causalidad no puede ser calificada dentro de la óptica de la culpa”.

<sup>82</sup> Es más, aun en estos últimos se acepta que el dolo de la víctima excluya la indemnización, por razones de orden moral. Véase Note de Christian LARROUMET, *In Cour de Cassation*. 2 ch. Civ. 10 juillet 1982, París, Dalloz, p. 454.

<sup>83</sup> CSJ, Cas. Civ. 04/05/1992. M.P. Carlos Jaramillo Schloss. Jurisprudencia y Doctrina 07/1992, p. 623.

Ahora bien, para poder entender cómo operan las diferentes causas extrañas en materia de responsabilidad por las actividades peligrosas, es indispensable hacer algunas precisiones preliminares.

En este orden de ideas, tenemos que comenzar por precisar que un cambio de un estado anterior, generalmente, se encuentra determinado por múltiples condiciones necesarias; sin embargo, las normas de indemnización de perjuicios no las pueden tomar todas en cuenta para atribuirles consecuencias jurídicas. Así, en un plano meramente normativo, mediante la aplicación de la teoría de la *causalidad adecuada*, se ha restringido la sanción jurídica sólo a algunas de las condiciones que materialmente causaron el daño. Esta teoría exige que se escoja entre dichas condiciones aquella (o aquellas) que tuvo un papel determinante en la producción del daño (única que será denominada *causa* dentro del lenguaje particular de las indemnizaciones de perjuicios del Derecho Civil), y que se considere a las restantes como meras *condiciones* de realización sin consecuencias jurídicas. El criterio utilizado para escoger la condición con consecuencias jurídicas (la causa) es el de la *previsibilidad objetiva*, el cual parte de la probabilidad que tienen dichas condiciones de causar esa clase de daños, de acuerdo con el curso normal de las cosas<sup>84</sup>.

La persona a la cual se le imputa un daño<sup>85</sup>, debe entrar a demostrar que un hecho ajeno a su actividad fue la verdadera causa de éste. Dicho hecho, ajeno a la actividad del agente, puede ser de dos suertes: *un hecho que no resulta de la actividad humana* o *un hecho que resulta de la actividad humana*. Ahora bien, en materia de exoneración de responsabilidad, nuestro ordenamiento jurídico parte del principio del “todo o nada”; es decir, que sólo acepta la exoneración del agente si dicho hecho fue la causa exclusiva del daño, y la excluye, salvo ciertas excepciones, si éste a pesar de ser determinante no fue la causa exclusiva.

#### Un hecho que no resulta de la actividad humana<sup>86</sup>

“Se llama *fuerza mayor* o *caso fortuito*, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”(art. 64 del C.C.).

<sup>84</sup> Consúltase al respecto: Gabriel MARTY, “La Relation de Cause à Effet Comme Condition de la Responsabilité Civile”, en *RTD civ.*, 1939, p. 693 ss., y Claudia LÓPEZ DÍAZ, *Introducción a la imputación objetiva*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 39 a 44.

<sup>85</sup> Ya sea porque el demandante aportó la prueba del vínculo causal (en el caso de los regímenes subjetivos) o porque existe una presunción de causalidad (en el caso de los regímenes objetivos).

<sup>86</sup> Parte de la doctrina incluye también dentro de esta causal de exoneración, actos de terceras personas; sin embargo, esta posición es errada, no sólo porque dichos supuestos

Ni la ley<sup>87</sup> ni la jurisprudencia<sup>88</sup> distinguen entre los términos *fuerza mayor* y *caso fortuito*; por tanto, éstos deben ser considerados como sinónimos.

Un hecho como los anteriormente descritos sólo puede exonerar de responsabilidad al agente en el evento en que haya sido la causa exclusiva del daño; es decir, que en este caso la exoneración parcial de responsabilidad está excluida. Esto se desprende de las condiciones exigidas por la ley para concederle carácter exoneratorio: irresistibilidad<sup>89</sup>, exterioridad<sup>90</sup> e imprevisibilidad<sup>91</sup>. Esto muestra claramente que la ley aplica con todo su rigor el principio del “todo o nada” en materia de exoneración por hechos que no resultan de la actividad del hombre. Por lo tanto, si dicho hecho fue la única causa del daño, la ley creó una causal de exoneración para el agen-

no se encuentran dentro del texto del art. 64 del C.C. sino, además, porque estos eventos son regidos por las otras dos causales de exoneración: *el hecho de un tercero* y *el hecho de la víctima*. Ahora bien, hay que precisar que la noción de fuerza mayor o caso fortuito se extiende a ciertas acciones humanas que presentan un *carácter colectivo o anónimo* (como el apresamiento de enemigos o el secuestro), y a aquellas realizadas en nombre de la *autoridad pública* (como los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público). Al respecto, consúltese FLOUR et AUBERT (n. 19), p. 256. Un ejemplo de la confusión antes mencionada en VALENCIA ZEA y ORTIZ MONSALVE (n. 27), p. 256 y ss.

<sup>87</sup> El legislador los usó, indistintamente, para referirse al mismo fenómeno en múltiples artículos del *Código Civil*. Ver, por ejemplo, 2.350, 2.254, 1.984, 1.983, 1.616, 858, 847, 128, etcétera.

<sup>88</sup> A manera de ejemplo sólo mencionaremos tres jurisprudencias, antes citadas: CSJ, Cas. Civ. 22/02/1995. M.P. Carlos Jaramillo Schloss. Jurisprudencia y Doctrina 08/1995, p. 881; CSJ, Cas. Civ. 05/05/1999. M.P. Jorge A. Castillo Rugeles. Jurisprudencia y Doctrina 06/1999, p. 894; CSJ, Cas. Civ. 04/06/1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Jurisprudencia y Doctrina 09/1992, p. 623. Además, la doctrina colombiana más representativa también comparte esta posición; véase, por ejemplo, VALENCIA ZEA y ORTIZ MONSALVE (n. 27), p. 258 y ALBERTO TAMAYO LOMBANA, *Manual de obligaciones*, Bogotá, Ed. Temis, 1998, p. 162 y ss.

<sup>89</sup> Es decir, la imposibilidad en la que se encontraba el agente de impedir el daño.

<sup>90</sup> Ésta hace referencia al carácter externo, ajeno a la actividad. Vale la pena aclarar que la actividad conlleva, en razón de su peligrosidad, grandes probabilidades de causar daños, y si éstas se concretan, el daño se entenderá ocasionado por los riesgos inherentes a la actividad misma.

<sup>91</sup> Es decir, que no se puede “conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder. Disponer o preparar medios contra futuras contingencias”. Definición de la palabra “prever” dada por la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (n. 33), tomo II, p. 1.102.

La doctrina más representativa está de acuerdo en que, de estas tres condiciones, la irresistibilidad es aquella que define la característica principal de la fuerza mayor. En efecto, “el hecho de haber previsto un evento, o la posibilidad de preverlo, no excluyen la invocación de la fuerza mayor, cuando esto no permite evitar su acaecimiento o sus consecuencias. ...si bien ésta [la exterioridad] es una condición, general de la fuerza mayor, la exterioridad no se impone, necesariamente, en situaciones marginales. Así, por ejemplo, en el caso de la enfermedad”. LARROUMET (n. 19), pp 781 y 785.

te: la fuerza mayor (exoneración total). Pero si éste no fue la causa exclusiva, la ley no permite la exoneración parcial del agente<sup>92</sup>.

Un hecho que resulta de la actividad humana

Aquí es importante hacer una diferenciación que obedece a la persona que realizó el hecho. Así, pues, éste puede ser el hecho de un tercero o el hecho de la víctima.

Hecho de un tercero<sup>93</sup>

Para ser totalmente exoneratorio, debe reunir las mismas características de la fuerza mayor: la irresistibilidad, la exterioridad y la imprevisibilidad. Es decir, debe haber sido la causa exclusiva del daño.

“...la exoneración del guardián [del agente, para el Derecho colombiano] no busca cargar al tercero con el peso de la reparación del daño, en la medida en que este último hubiera cometido una culpa, que el guardián [el agente] no cometió. Ésta no es, de ninguna manera, una cuestión de equidad..., sino una cuestión de mera causalidad...”<sup>94</sup>.

“...ya que el hecho del tercero exoneratorio de responsabilidad, es una cuestión de mera causalidad; resulta totalmente inútil, el preguntarse si este hecho debe ser culposo, o si un simple hecho no culposo permite la exoneración”<sup>95</sup>.

<sup>92</sup> El profesor Larroumet lo explica claramente, dentro del supuesto de la responsabilidad por el hecho de los animales, cuando dice: “...o hubo, efectivamente, un evento exterior e inevitable, y no se puede hablar entonces de hecho del animal, ni de responsabilidad del guardián; o dicho evento o hecho invocado careció de estas condiciones, y, por lo tanto, la responsabilidad del guardián será retenida por la totalidad”. LARROUMET et BÉNAC-SCHMIDT (n. 31), p. 10. Véase, también, TAMAYO JARAMILLO (n. 6), pp. 240-241, quien parece compartir la misma posición; sin embargo, el autor hace referencia a la no concurrencia entre la fuerza mayor y la *culpa* del agente; lo cual es un error, ya que lo que se mira no es la culpa, sino el mero hecho determinante del agente (desde el punto de vista de la causalidad).

<sup>93</sup> “...está muy claro que el hecho debe provenir de un tercero, es decir, de una persona ajena al guardián [agente], y por la cual éste no esté obligado a responder, ni en virtud de las disposiciones que rigen la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno, ni en el supuesto de la responsabilidad contractual”, en LARROUMET et BÉNAC-SCHMIDT (n. 31), p. 39.

<sup>94</sup> LARROUMET et BÉNAC-SCHMIDT (n. 31), p. 40.

<sup>95</sup> *Ibid.*

En materia de exoneración de responsabilidad por hecho de un tercero, nuestro ordenamiento jurídico aplica nuevamente el principio del “todo o nada”, es decir, que acepta la exoneración total de responsabilidad y excluye la exoneración parcial<sup>96</sup>; sin embargo, en este supuesto existe una morigeración.

#### La morigeración

El artículo 2.344 del C.C. establece la solidaridad, si en la producción de un daño hay dos o más responsables. Esto es, que la existencia de una concausa (el hecho del tercero) no permite la exoneración parcial frente a la víctima, pero les permite a los coautores, en sus relaciones internas, servirse de un recurso de repetición.

#### Hecho de la víctima

Cuando éste presenta las características de la fuerza mayor, permite la exoneración total del agente. Al igual que el hecho de un tercero, causa exclusiva del daño, el hecho de la víctima como causal de exoneración total no obedece a consideraciones de equidad, sino a consideraciones puramente objetivas; es decir, se trata de una mera cuestión de causalidad<sup>97</sup>. “Cuando el hecho de la víctima es causa exclusiva del daño, no se requiere que éste sea culposo, para que haya exoneración total del agente”<sup>98</sup>.

En esta hipótesis el principio del “todo o nada” en materia de exoneración de responsabilidad presenta una excepción.

#### La excepción

El artículo 2.357 del C.C. dispone: “la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”. Esto significa que en el supuesto del hecho de la víctima se permite la exoneración parcial de responsabilidad, si éste fue la concausa del daño, y si puede considerarse culposo.

<sup>96</sup> Es decir, la exoneración en el caso en que el hecho del tercero no presentó las características de la fuerza mayor, pero aun así fue determinante en la producción del daño.

<sup>97</sup> “...no hay razón alguna para tratar de establecer diferencias entre el hecho, aun no culposo, de la víctima y las otras causales de exoneración, ya que si éste fue imprevisible e irresistible, debe ser considerado como la causa exclusiva del daño. En efecto, no es a título de sanción por la actitud de la víctima, que el guardián [agente] se exonera de responsabilidad. Es por esto, precisamente, que no se exige que el hecho sea culposo, es decir, que un simple hecho no culposo es suficiente”, en LARROUMET et BÉNAC-SCHMIDT (n. 31), p. 10.

<sup>98</sup> TAMAYO JARAMILLO (n. 6), p. 250.

Vemos que en este caso la ley va más allá de las meras consideraciones sobre la causalidad (cuestión objetiva), y la exoneración parcial obedece, más bien, a consideraciones de equidad (cuestión subjetiva). “Esto es así, no sólo porque el hecho de la víctima haya tenido un papel, aunque no exclusivo, en la realización del daño, sino porque existió una culpa que hay que sancionar”<sup>99</sup>.

Ahora bien, en materia de responsabilidad por las actividades peligrosas, creemos pertinente hacer un par de comentarios someros sobre cierta tendencia de la jurisprudencia y de la doctrina, en cuanto a la calificación de peligroso que se hace del comportamiento de la víctima.

Como ya lo analizamos, el agente sólo se exonera totalmente de responsabilidad cuando logra demostrar que el hecho de la víctima fue la causa exclusiva del daño sufrido por ésta. Y tendrá derecho a una exoneración parcial, cuando logre probar que el hecho de la víctima, concausa del daño, fue culposo.

Es claro que en el primer supuesto sólo se toma en cuenta la *imputabilidad material* del hecho a la actividad de la víctima; y que, en el segundo supuesto, además de dicha imputabilidad material se exige un reproche de carácter moral a esta última.

Nuestra jurisprudencia y doctrina<sup>100</sup> acostumbran a hacer referencia al carácter peligroso de la actividad de la víctima para determinar la eventual configuración de la causal de exoneración. Nosotros consideramos que esta posición es muy desafortunada. En efecto, el análisis del comportamiento de la víctima debe estar encaminado a determinar si aquél tuvo un papel determinante en la producción del daño o si, por el contrario, sólo puede considerarse como una mera condición de realización. Cosa muy distinta es la peligrosidad, la cual no implica culpa ni determina la causa del daño; ésta no es más que el criterio que permite someter los daños causados por el agente, al régimen especial de responsabilidad sin culpa.

En materia de causalidad lo que importa es la participación efectiva de la conducta en la realización del daño. Por lo tanto, el calificar la conducta de la víctima como peligrosa no tiene ninguna razón de ser. En pocas palabras, si se prueba que el hecho de la víctima fue la causa exclusiva del daño, el calificarlo de peligroso no sirve de nada. Y si se demuestra que dicho hecho fue una mera concausa, lo que hay que entrar a mirar es si éste fue o no culposo; poco importa si fue o no peligroso. Así, pues, el calificar la conducta de la víctima como peligrosa resulta completamente desafortunado.

<sup>99</sup> LARROUMET et BÉNAC-SCHMIDT (n. 31), p. 43.

<sup>100</sup> Al respecto, recomendamos ver el estudio cronológico de la jurisprudencia y el resumen de las teorías doctrinarias hecho por TAMAYO JARAMILLO (n. 6), p. 373 y ss.

Por esta razón, sólo puede hablarse de una “colisión de actividades peligrosas”, cuando hay lugar a calificar las dos (o más) conductas como peligrosas, es decir, cuando hubo dos agentes que produjeron daños: cuando hubo daños recíprocos. En este caso, se entraría a determinar, de forma separada, la responsabilidad de cada uno de los agentes y luego, simplemente, operaría una compensación de deudas (art. 1.714 del C.C.).

Es importante aclarar que no hay lugar a hacer ningún juicio de valor sobre el comportamiento de las personas implicadas en su calidad de agentes, puesto que el régimen especial de responsabilidad excluye toda apreciación subjetiva sobre el comportamiento del agente para establecer su responsabilidad; sin embargo, bien podría haber lugar a examinar la culpa en el comportamiento de las personas implicadas, en su calidad de víctimas<sup>101</sup>, dentro del supuesto del art. 2.357 del C.C., para determinar eventuales reducciones de las indemnizaciones<sup>102</sup>.

Ahora bien, al régimen de responsabilidad por las actividades peligrosas puede yuxtaponerse una responsabilidad por el hecho ajeno<sup>103</sup>, sin que esto cambie en nada las condiciones de aplicación de este primero. Explicamos nuestra afirmación: Tanto el régimen general de responsabilidad por culpa (art. 2.341 del C.C.), como el régimen especial sin culpa, por las actividades peligrosas, parten del mismo supuesto: una actividad humana que causa un daño, es decir, un hecho personal. Si las condiciones de dicho régimen de responsabilidad se cumplen el agente será responsable<sup>104</sup>.

Si el agente es responsable, “...la responsabilidad por el hecho ajeno simplemente se le yuxtapondría...”<sup>105</sup> en los supuestos de los artículos 2.347, 2.348

<sup>101</sup> “la originalidad (y el interés) de una responsabilidad de pleno derecho es simplemente el permitir la reparación del daño, sin tomar en cuenta la culpa del responsable. Sin embargo, esta particularidad no tiene incidencia alguna frente a la culpa de la víctima.”, en LARROUMET (n. 82), p. 454.

<sup>102</sup> Distinta es la posición del doctor Tamayo Jaramillo, quien partiendo de su teoría de las actividades culposas en sí mismas, logra cubrir toda la situación bajo el oscuro velo de la culpa, y así reducir las indemnizaciones mediante la aplicación automática del art. 2.357 del C.C. Ver TAMAYO JARAMILLO (n. 6), p. 410 y ss.

<sup>103</sup> “...el legislador considera como responsables a ciertas personas, por el daño causado por otras, en virtud de dos consideraciones: por una parte, la autoridad ejercida por una persona sobre otra... y, por otra parte, la insolvencia probable... del autor del daño.”, en Christian LARROUMET et Françoise BÉNAC-SCHMIDT, *Responsabilité du Fait d'autrui. Répertoire Civil*, Paris, Recueil Dalloz, 1999, p. 2.

<sup>104</sup> El hecho culposo, el daño y el nexa causa, en el supuesto del régimen del art. 2.341 del C.C. y el hecho (peligroso), el daño y el nexa causal en el supuesto del régimen por las actividades peligrosas.

<sup>105</sup> LARROUMET et BÉNAC-SCHMIDT (n. 103), p. 5.

y 2.349 del C.C. Así, pues, si una persona causara un daño, en ejercicio de una actividad peligrosa, y encontrándose dentro del supuesto de los artículos 2.347 o 2.349 del C.C., un tercero (padre, curador, director de colegio, etc.) estaría solidariamente obligado, mediante una vinculación indirecta, a la reparación del daño materialmente imputable a la conducta del primero; no obstante, dicho guardián del agente podrá exonerarse probando la ausencia de culpa.

Para terminar, es importante resaltar el papel fundamental que representa el *seguro de responsabilidad civil*, en materia de responsabilidad por las actividades peligrosas<sup>106</sup>. En efecto,

“...el seguro realiza una cierta colectivización o socialización de la responsabilidad: la persona declarada responsable de un daño, solicitará a su asegurador que asuma la indemnización. Empero, el asegurador no lo hará él mismo, sino a través de un fondo colectivo alimentado por las primas de seguros”<sup>107</sup>.

Así, pues, cuando el daño ha sido causado por una persona asegurada, el problema de la indemnización deja de ser un problema de justicia entre las dos partes, para convertirse en una cuestión de repartición de riesgos<sup>108</sup>.

El artículo 2.346 del C.C., sin embargo, consagra una excepción a este principio general al admitir la responsabilidad del guardián por el hecho de los menores de diez años y de los dementes cuando causen un daño en el ejercicio de una actividad que no pueda ser calificada objetivamente como peligrosa. Así las cosas, el guardián sería responsable, aun, sin poderse comprometer la responsabilidad del agente debido a la ausencia de la culpa, elemento de la responsabilidad del régimen general (art. 2.341 del C.C.). En esta hipótesis también quedaría excluida la posibilidad que tiene el guardián responsable de ser indemnizado sobre los bienes del autor del daño (art. 2.352 del C.C.).

<sup>106</sup> “Fue la extensión de la aplicación de las responsabilidades sin culpa la que permitió la aceptación del seguro de responsabilidad”, en TUNC (n. 72), p. 105.

En este mismo orden de ideas, en el supuesto del Derecho francés, el profesor Larroumet sostiene: “...no se puede pasar por alto un factor que ha tenido una importancia considerable en el desarrollo de la responsabilidad por el hecho de las cosas: El seguro de responsabilidad civil. ...si el nacimiento de la responsabilidad por el hecho de las cosas favoreció la conclusión de contratos de seguros de responsabilidad, el desarrollo del seguro de responsabilidad ha favorecido, a su vez, la extensión de la responsabilidad por el hecho de las cosas”, en LARROUMET et BÉNAC-SCHMIDT (n. 31), p. 6.

<sup>107</sup> TUNC (n. 72), p. 76.

<sup>108</sup> “...en el caso del seguro de responsabilidad, el asegurador no es más que un garante del responsable y, por ende, sólo estará obligado a indemnizar a la víctima del daño (...), si las condiciones de la responsabilidad del asegurado se cumplieron”, en LARROUMET et BÉNAC-SCHMIDT (n. 31), p. 6.

Ahora bien, no debemos olvidar que “(...) la responsabilidad civil descansa sobre el equilibrio entre los intereses del responsable y de la víctima. Ésta se desnaturaliza cuando se

Por estas razones, precisamente, se explica la existencia de seguros obligatorios para ciertas actividades<sup>109</sup>.

Como hemos tratado de demostrarlo a lo largo de todo nuestro análisis, el régimen jurisprudencial por las actividades peligrosas va mucho más allá de lo que lógicamente se puede deducir del texto del artículo 2.356 del C.C. Por esta razón, no podemos seguir sosteniendo que el fundamento jurídico de nuestra jurisprudencia se encuentra en dicha norma legal.

Es claro que, ante la insuficiencia de nuestras normas legales, nuestros tribunales tuvieron que darse a la tarea de crear un nuevo régimen de responsabilidad civil acorde con la nueva realidad colombiana. Por lo tanto, las decisiones jurisprudenciales que consagran el régimen especial de responsabilidad, tienen que ser interpretadas como un llamado al legislador para que adapte las normas legales a la nueva realidad social. En este orden de ideas, una reforma legislativa resulta indispensable<sup>110</sup>.

b. Un nuevo texto para el artículo 2.356 del *Código Civil*

Como solución al problema antes expuesto, nos aventuramos a proponer un nuevo texto para el art. 2.356 del C.C. Sugerimos, entonces, la adopción de una nueva norma que, por una parte, tenga un supuesto de hecho lo suficientemente *amplio* que no sólo permita cobijar las soluciones tradicionalmente adoptadas por nuestros tribunales sino que, además, deje las puertas abiertas a nuevas actividades que en el futuro ameriten ser regidas por el régimen especial de responsabilidad<sup>111</sup>. Y que, por otra parte, sea lo suficien-

temente *flexible* para que permita su eventual adaptación a las nuevas teorías que podrían entrar a justificar las futuras decisiones jurisprudenciales.

Para lograr dichos objetivos, y tratando al máximo de respetar la forma actual de la norma en cuestión, proponemos el siguiente texto para el art. 2.356 del C.C.:

Art. 2.356. Todo daño que pueda imputarse a la actividad de una persona, deberá ser reparado por ésta; tratándose de actividades tales como:

- 1) Disparar un arma de fuego;
- 2) Remover las losas de una acequia o cañería, o descubrirlas en calle o camino;
- 3) Tener en estado de causar daño, un acueducto o fuente, que atraviesa un camino.

sacrifican, deliberadamente, los intereses de una parte para beneficiar a la otra, ya sea a la víctima o al responsable. Y el hecho de que la responsabilidad esté asegurada no cambia en nada dicho principio", en Christian LARROUMET, *L'indemnisation des Victimes des Accidents de la Circulation: L'amalgame de la Responsabilité Civile et de L'indemnisation Automatique*, p. 241 y ss.

<sup>109</sup> Este es el caso del SOAT. Véase al respecto: Andrés ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, *El contrato de seguro*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 133 y ss.

<sup>110</sup> Una situación similar se presentó en el Derecho francés, a raíz del fallo Desmarest de la Sala Segunda de la Corte de Casación, del 10 de julio de 1982. En efecto, las contradicciones de dicha sentencia pusieron de manifiesto la insuficiencia del régimen de responsabilidad por el hecho de las cosas (art. 1.384 inc. 1), al momento de indemnizar los daños causados en accidentes de circulación. Esto condujo al legislador a adoptar un régimen especial de indemnización de accidentes de circulación, por medio de la ley 85-677 del 5 de julio de 1985.

<sup>111</sup> Es importante traer a colación la opinión de los doctores Valencia Zea y Ortiz Monsalve, quienes luego de enumerar las actividades tradicionalmente consideradas como peligrosas por nuestra jurisprudencia, muy acertadamente agregan: "Estas actividades son las que ofrecen especiales riesgos o peligros en nuestra civilización y a las que se ha referido nuestra jurisprudencia. Quizá en el futuro aparezcan otras explotaciones o actividades que deban gobernarse por el mencionado art. 2356". VALENCIA ZEA y ORTIZ MONSALVE (n. 27), p. 240.