

# HACIA UNA RECONSTRUCCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR RIESGO A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA \*

1

## Resumen

La aplicación jurisprudencial del supuesto de la responsabilidad por riesgo contenido en el artículo 2356 del Código Civil colombiano presenta particular complejidad. La jurisprudencia ha oscilado entre interpretaciones que se inclinan por mantener un apego por la teoría de la responsabilidad subjetiva y otras que, atendiendo a la realidad del riesgo y las múltiples situaciones que lo representan o expresan, se apartan de la tesis tradicional para postular la existencia en el mencionado supuesto de responsabilidad de un verdadero criterio de imputación objetivo.

El estudio realiza un recorrido jurisprudencial a través de las sentencias de la Corte Suprema para identificar los elementos de juicio en la calificación de las actividades riesgosas, las variables en la determinación del referido supuesto de responsabilidad y explicar el recurso a las presunciones para permitir la inversión de la carga de la prueba.

**Palabras clave:** Responsabilidad civil, riesgo, culpa, presunciones, inversión de la carga de la prueba

\* .....

La autora agradece a la auxiliar de investigación York Mape, auxiliar de investigación del Grupo de Estudio de Derecho Privado y Propiedad Intelectual, por su acompañamiento en la búsqueda y la clasificación de las sentencias, así como en el examen de estas bajo la guía de la autora del capítulo.

## Abstract

The jurisprudential application of the assumption of risk liability contained in the Article 2356 of the Colombian Civil Code is particularly complex. Jurisprudence has oscillated between interpretations that tend to stay attached to the theory of subjective responsibility, and others that, considering the reality of risk and multiple situations that represent or express it, depart from the traditional thesis in order to propose the existence of a true criterion for objective imputation in the said assumption of liability.

The study presents a jurisprudential study of the sentences of the Supreme Court to identify elements of judgment in the classification of risky activities and variables to determine the aforementioned assumption of liability, as well as to explain the recourse to presumptions in order to allow the allocation of the burden of proof.

**Keywords:** Civil liability, risk, blame, presumptions, reversal of the burden of proof.

## Consideraciones preliminares

El problema central que se aborda en el presente capítulo consiste en la reconstrucción de lo que la jurisprudencia colombiana entiende por actividad riesgosa o peligrosa y los efectos que le atribuyen, en cuanto a la operatividad del supuesto normativo contenido en el artículo 2356 del Código Civil colombiano. De esta manera, ha sido necesario hacer un recorrido jurisprudencial a través de las sentencias de la Corte Suprema que se han considerado las más representativas en medio de los vaivenes jurisprudenciales en la imputación del daño generado por riesgo de la actividad, tomando en cuenta las dificultades para entender el mencionado texto normativo en una época caracterizada por la proliferación de daños atribuibles al desarrollo de la ciencia y la tecnología.

En relación con el examen de las sentencias que se adelanta en el presente capítulo, cabe advertir que si bien no se reportan todas las sentencias en honor al espacio dedicado al tema en el libro, sí se ha cuidado; sin embargo, de que las sentencias cuyo sentido y cuyos argumentos se examinan reflejen los lineamientos y las inclinaciones de la jurisprudencia colombiana frente al problema abordado, con lo cual se ha tratado de evidenciar la importancia de la labor del juez en la

•Hacia una reconstrucción de la responsabilidad objetiva por riesgo...•

determinación de la tipología del supuesto de responsabilidad. El mencionado estudio permite identificar los rasgos de la actividad riesgosa o peligrosa que se encuentran en la base de la imputación de la responsabilidad, así como sus efectos en términos de una imputación o de una exoneración de la responsabilidad.

Respecto al supuesto de la responsabilidad por culpa, que se encuentra contemplado en el artículo 2341 del mismo cuerpo legal, es necesario partir de la distinción entre la *peligrosidad de la conducta* y la *peligrosidad de la actividad*: a la primera le corresponde un análisis de la conducta en términos de culpa, en tanto que la segunda conlleva una indagación sobre el grado de peligrosidad que se encuentra ínsito en la actividad misma y se sustenta en un criterio objetivo<sup>1</sup>. Sin embargo, aunque no se aborda el examen de la bipolaridad del sistema de responsabilidad a través de la jurisprudencia colombiana en cuanto estudio de la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva, en cambio, sí interesa, de manera particular, la referencia a dicha polaridad, es inevitable, para los fines de un examen de la trayectoria jurisprudencial respecto al supuesto de responsabilidad por actividades riesgosas o por el uso de bienes riesgosos, a fin de procurar identificar las dificultades, si las hay, que se impone la propia jurisprudencia para afirmar la vigencia de la responsabilidad objetiva, y, preferiblemente, quedar en una posición de favor a los planteamientos que caracterizan la responsabilidad por culpa.

Cabe partir en el presente estudio de dos premisas. La primera, conforme a la cual el ordenamiento colombiano en materia de la responsabilidad civil ha sido influenciado por las nuevas tendencias de la responsabilidad civil, de las cuales da cuenta el derecho comparado; lógicamente, porque se trata de una institución cuya característica<sup>2</sup> consiste en adecuarse a los embates producidos por las nuevas

<sup>1</sup> Massimo Franzoni, *La responsabilità oggettiva*, t. II (Padua: Cedam, 1988), 142.

<sup>2</sup> Sin desconocer los desarrollos alcanzados por la responsabilidad civil, no debe olvidarse que el debate entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva tiene lugar ya en el siglo XIX, y es en este sentido como corresponde remitirse al aporte de la doctrina francesa; en particular, a Jossierand, quien a finales de ese siglo defendía la tesis de la responsabilidad por riesgo creado para quien se es inmediatamente responsable, por razones de equidad, y sin que para ello sea necesario analizar el plano subjetivo o el rubro de actividad de los daños causados por el hecho de las cosas de las que uno se sirve. Para el jurista francés, el deber de resarcir tales daños se concreta en una obligación que nace ex lege, en cabeza de quien genera el riesgo. Para el autor, el daño “[...] debe ser asumido por aquel que lo ha creado, al margen de todo derecho de propiedad o de otro derecho real sobre la cosa [...]. El riesgo, noción concreta y de orden esencialmente práctico, debe ser asumido por el individuo que dispone de la cosa y ejerce el gobierno de esta...”. Jean Louis Jossierand, *De la responsabilité du fait des choses inanimées* (Paris: Arthur Rousseau éditeur, 1897), 89, 125. Se atribuye a la

circunstancias sociales y económicas; y dentro de este marco, el desarrollo de la ciencia y la tecnología<sup>3</sup> ha jugado un papel trascendental en la mejora de la vida de los individuos, por las facilidades que ofrece la vida moderna; pero, al mismo tiempo, ha dado lugar a un incremento de riesgos de daños. En Colombia, el régimen codicístico del siglo XIX de la responsabilidad civil se mantiene intacto y su adecuación a las nuevas circunstancias ha tenido lugar a partir de las últimas décadas del siglo XX, por la intervención de la legislación especial<sup>4</sup>, la cual identificó algunas actividades para las que dispuso un régimen de responsabilidad objetiva con criterios de imputación diversos; también, por la vía de la interpretación jurisprudencial, que, como se abordará en el presente capítulo, muestra una producción interesante en su número y ondulante en sus lineamientos frente al criterio de imputación para aplicarse en los casos de actividades riesgosas.

---

tesis de Josserand la vinculación de la responsabilidad objetiva con la responsabilidad por los daños causados por las cosas, en tanto que para lo demás sigue vigente en el derecho francés la doctrina de la responsabilidad por culpa. Geneviève Viney, *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin. Introduction a la responsabilité*. 2.a ed. (París: Librairie Générale des Droit et de Jurisprudence, 1995), 84. En el sentido de señalar que la responsabilidad civil ha sido la institución que, desde un primer momento, se ha constituido en el instrumento que ha ofrecido protección jurídica a los nuevos bienes o intereses, Stefano Rodotà, "Modelli e funzioni della responsabilità civile", *Rivista Critica di Diritto Privato* (1984): 605. Por su parte, destacando que la doctrina estadounidense de la segunda parte del siglo XX, en materia de torts, orienta su crítica contra la doctrina de la responsabilidad por culpa, Francesco Busnelli, "Nuove frontiere della responsabilità civile", *Jus* n.º 23 (1976): 41.

<sup>3</sup> El desarrollo de la ciencia y la tecnología ha impactado en todas las relaciones humanas; es así que se habla de la sociedad postindustrial, de consumo global, globalizada o del conocimiento, tecnocrónica, informatizada, interconectada, digital, multimedia, cibernética, telemática, de aldea global, de sociedad en red, de cibersociedad o de la globalización económica, lo que comporta riesgos y peligros crecientes para el individuo, la sociedad y el Estado. Francesco Galgano, *La globalización en el espejo del derecho*. Trad. Horacio Roitman (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005), 13-85.

<sup>4</sup> El plano de la legislación especial es más elocuente, al mostrar casos de una responsabilidad objetiva como la de productos defectuosos, contemplada en el artículo 20º de la Ley 1480 de 2011, que contiene la fórmula legislativa sobre la materia contemplada en la Directiva 85/374/CEE del Consejo, del 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (1985). En este sentido, se pueden citar las sentencias de Casación Civil del 28 de julio de 2005, Exp. 00449-01, del 7 de febrero de 2007, Exp. 23162-31-03-001-1999-00097-01, [SC-016-2007]) y del 30 de abril de 2009, Exp. 25899-3193-992 1999-00629-01. En esta línea de supuestos de responsabilidad objetiva se encuentra, igualmente, la Ley 430 del 16 de enero de 1998, cuyo artículo 6º establece la responsabilidad por desechos y residuos peligrosos (1998). En otros casos, la responsabilidad derivada del transporte de personas (artículo 1003 Código de Comercio) y el transporte aéreo 1827, 1842, 1880, 1886 y 1887 del Código de Comercio; en este último caso, donde ni siquiera la fuerza mayor exonera.

•Hacia una reconstrucción de la responsabilidad objetiva por riesgo...•

La segunda premisa del capítulo consiste, tal como se advirtió en un trabajo precedente<sup>5</sup>, en reconocer que la jurisprudencia colombiana ofrece unos lineamientos que van marcando el camino hacia la construcción de un definido supuesto de responsabilidad objetiva por riesgo, aunque, a decir verdad, es un camino tortuoso por el predominio de un razonamiento subjetivista de la responsabilidad que difícilmente cede paso a criterios de imputación diferentes de la culpa, lo cual es corroborado por la ambigüedad de un texto normativo como el artículo 2356 del Código Civil colombiano<sup>6</sup>.

La jurisprudencia colombiana emprende, hacia finales de los años treinta del siglo XX, una interpretación novedosa para la época y para el contexto normativo, al señalar que el artículo 2356 Código Civil Colombiano prescribe un régimen de responsabilidad por desarrollo de actividades peligrosas basado en una “presunción irrefragable de culpa”<sup>7</sup> o en una presunción de responsabilidad, como se puede desprender, fundamentalmente, en los albores del siglo XX, a través de las primeras sentencias sobre actividades peligrosas en la jurisprudencia, de 1938<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Olenka Woolcott, Diego Monje, Giovanni Comandé, Ramón Peláez y Andrea Alarcón, Estudios Contemporáneos de Derecho Privado. Responsabilidad civil, propiedad, contratos y obligaciones (Bogotá: Editorial Universidad Católica, 2018). En posición contraria, Felisa Baena, “La objetivación de la responsabilidad civil en Colombia: una mirada a partir de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil–PETL. Parte 2”, 2011. [http://www.morenoqabogados.com/datas/La\\_objetivacion\\_de\\_la\\_responsabilidad\\_civil\\_en\\_Colombia\\_por\\_felisa\\_baena\\_aramburo.pdf](http://www.morenoqabogados.com/datas/La_objetivacion_de_la_responsabilidad_civil_en_Colombia_por_felisa_baena_aramburo.pdf)

<sup>6</sup> El artículo 2356 del Código Civil colombiano prevé: “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”.

<sup>7</sup> Califica la presunción como “irrefragable” y la señala como una teoría de la que se ha servido la jurisprudencia colombiana: Fabricio Mantilla, “El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano”, Opinión Jurídica 6, n.º 11 (2007), 136. Del mismo modo, véase: Fabricio Mantilla, “El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano. Reformas en el Derecho Civil Francés y Perspectivas para el Derecho Chileno”, Actualidad Jurídica (Separata Revista), n.º 16 (2007): 17-33, 22.

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia, “Sentencia de 14 de marzo de 1938. M.P. Ricardo Hinestrosa Daza”, G. J. XLVI, n.º 1938 (1938), 211-17.

## La fórmula legislativa del artículo 2356 del Código Civil colombiano y su interpretación jurisprudencial

Frente a la cláusula general de la responsabilidad por culpa que contempla el Código Civil colombiano en su artículo 2341, conforme al cual, “el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”, el codificador colombiano introdujo, además, otra norma: el artículo 2356 que a la letra señala:

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

“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 la 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”.

Si bien la redacción de la norma del artículo 2356 del Código Civil colombiano no permite inferir con nitidez que el legislador haya contemplado una regla de responsabilidad objetiva por riesgo —y desde esta lectura debe afirmarse que no existe un régimen general o especial de responsabilidad por riesgo—, también es cierto que el recorrido jurisprudencial que ha tenido la aplicación del mencionado artículo 2356 permite inferir que existen indicios claros, a diferencia de la redacción general de la norma, de que la referencia que hizo el legislador es a una actividad riesgosa o al uso de un bien riesgoso, conforme se puede desprender de los numerales enunciativos que contempla la propia norma y que delatan que el legislador no pudo haber entendido replicar o reforzar la cláusula general de la responsabilidad por culpa consagrada en el artículo 2341 del mismo cuerpo legal. La lectura de la norma que actualmente se le puede hacer, atendiendo, de manera particular, a las exigencias de las víctimas de múltiples daños generados como una consecuencia natural de este tipo de actividades, comunes y, al mismo tiempo, necesarias en la sociedad moderna, —y que en el presente capítulo se

•Hacia una reconstrucción de la responsabilidad objetiva por riesgo...•

sostiene—, y por lo cual se busca una refrendación en la propia jurisprudencia colombiana, ya había sido intuida por el propio legislador, conforme lo explica un sector de la doctrina<sup>9</sup>.

Con esta perspectiva, que permitirá destacar las variantes interpretativas de la jurisprudencia colombiana en torno al supuesto de responsabilidad contenido en el citado artículo 2356 del Código Civil, no se puede negar que el Código Civil de Colombia ha contemplado la responsabilidad por riesgo, aunque de una manera poco clara, ambigua en relación con el supuesto de responsabilidad subjetiva, tal como se desprende del propio texto normativo<sup>10</sup>, respecto al cual el desarrollo jurisprudencial oscila entre el recurso a la presunción de culpa y una presunción de responsabilidad y argumentaciones basadas en el examen de la conducta negligente del imputado.

En este sentido, la casuística que se examina en el presente capítulo tiene por objeto rescatar los elementos de juicio que emplea la jurisprudencia colombiana en torno a la responsabilidad por riesgo, para poder determinar, por una parte, si existe una regla de responsabilidad objetiva por riesgo, o, más bien, por otra, una aplicación de la regla de la culpa, sea en el sentido que se propone en la cláusula general de la responsabilidad por culpa del artículo 2341 del Código Civil<sup>11</sup>, o bien, con matices derivados de la propia argumentación jurisprudencial.

<sup>9</sup> Sobre una lectura interpretativa en el sentido de encontrar en la norma un supuesto de responsabilidad objetiva: Eduardo Zuleta Ángel, *Estudios Jurídicos* (Bogotá: Temis, 1974), 236. Una visión más reciente en esta línea: Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil* (Bogotá: Legis, 2007), 871.

<sup>10</sup> En sentido contrario, Felisa Baena, "La objetivación de la responsabilidad civil en Colombia: una mirada a partir de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil-PETL. Parte 2", 2011. [http://www.morenoqabogados.com/datas/La\\_objetivacion\\_de\\_la\\_responsabilidad\\_civil\\_en\\_Colombia\\_por\\_felisa\\_baena\\_aramburo.pdf](http://www.morenoqabogados.com/datas/La_objetivacion_de_la_responsabilidad_civil_en_Colombia_por_felisa_baena_aramburo.pdf)

<sup>11</sup> El artículo 2341 del Código Civil colombiano dispone: "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido". La norma contiene el principio general de responsabilidad por culpa, y, por tanto, el criterio de imputación consiste en la culpa, respecto a la cual se ha dado una evolución en la propia doctrina de la culpa, en el sentido de pasar de una noción subjetiva a una noción objetiva; esta última es la que prevalece en la interpretación jurisprudencial. Recuérdese que la concepción subjetiva de la culpa corresponde a una etapa clásica de la teoría de la responsabilidad civil, donde a la culpa se la relaciona con el estado anímico del sujeto, reprochable por su obrar antijurídico en perjuicio de otros sujetos. En este sentido, por ejemplo, se encuentra una definición de De Cupis: "Se puede afirmar que hay culpa cuando no se ha empleado aquella tensión de las facultades mentales que habrían permitido prever el daño previsible, al igual que aún habiéndose previsto el daño, no se ha impreso a la propia energía volitiva aquella orientación que, con la finalidad de evitarlo, habría sido necesaria". Adriano De Cupis, *Il danno* (Milán: Giuffrè, 1966), 108. En esta línea, explica Santos Ballesteros que la culpa consiste en "un estado anímico reprochable de un sujeto de derecho por su obrar antijurídico en perjuicio de otro sujeto que excita la reacción del ordenamiento jurídico para la

Si bien la jurisprudencia colombiana ha señalado en reiteradas ocasiones que la norma del artículo 2341 del Código Civil contempla el régimen de responsabilidad por hecho propio —el que, a su vez, consagra la culpa como fundamento de imputación—, y pese a que el artículo 2356 contempla la responsabilidad por hecho de las cosas aplicadas a actividades riesgosas como una excepción a la regla general<sup>12</sup>, no dejan de sorprender las líneas ondulantes de la jurisprudencia sobre la interpretación de dicha norma, como se puede observar en los apartados que siguen.

### **Caracterización de la actividad riesgosa y sus efectos para la imputación de la responsabilidad en la interpretación jurisprudencial del artículo 2356 del Código Civil colombiano**

Las premisas conceptuales abordadas en el apartado precedente permiten ingresar al análisis de la responsabilidad por riesgo en la jurisprudencia colombiana. Las actividades respecto a las cuales se plantea la discusión en torno a la aplicación del supuesto de responsabilidad contemplado en el artículo 2356 del Código Civil colombiano tienen como característica el hecho de superar el riesgo ordinario de cualquier actividad; en otras palabras, podría señalarse que hay en ellas un riesgo mayor, que hace necesaria una intervención diferente de los sujetos y la sociedad, y distinta del simple control del acto humano que se ejerce con los cuidados y las diligencias necesarias para el caso.

---

defensa del derecho ofendido". Jorge Santos Ballesteros, *Instituciones de responsabilidad civil*, t. I (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2006), 25; también, Rafael Bernard Mainar, *Curso de derecho privado romano* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2006), 377. En el derecho francés, los hermanos Mazeaud se ubican en la línea subjetivista de la responsabilidad al haberse pronunciado contra las tesis objetivistas. En este sentido, señalaron que "Establecer una responsabilidad automática es despojar a la responsabilidad de toda moral y de toda justicia". Henri Mazeaud, Leon Mazeaud y Jean Mazeaud, "Lecciones de Derecho Civil", vol. II, *La responsabilidad civil. Los cuasicontratos* (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960), 7. Por su parte, la noción objetiva de la culpa se contraponen a la denominada culpa subjetiva, por exigir un examen de la conducta del sujeto diferente, que se despoja del análisis de la conducta del agente en sus propios asuntos, que, más bien, ve la culpa como reproche de conciencia. La diferencia consiste en que la llamada culpa objetiva busca un examen en abstracto de la conducta del sujeto imputado; es decir, se valora la conducta en sí misma separándola del sujeto que la realizó, y para su determinación debe comparársela con la que habría tenido un hombre prudente y diligente, sin consideración alguna de su estado anímico o su estado de conciencia. Los hermanos Mazeaud promovieron la difusión de esta valoración de la conducta, a través de la cual se puede llegar a establecer el error de conducta. *Ibid.*

<sup>12</sup> Gilberto Martínez Rave y Catalina Martínez Tamayo, *Responsabilidad civil extracontractual* (Bogotá: Temis, 2003), 154.

•Hacia una reconstrucción de la responsabilidad objetiva por riesgo...

En esta línea de reconstrucción del supuesto de responsabilidad por riesgo en la jurisprudencia colombiana, se puede partir de una caracterización de la actividad riesgosa, y, en ese sentido, se identifica en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 3 de mayo de 1965 una definición de actividad peligrosa como “todas aquellas que el hombre realiza mediante el empleo de cosas o energía susceptibles de causar daño a terceros”<sup>13</sup>. Por su parte, la sentencia del 26 de agosto de 2010 refiere que debe entenderse como actividad peligrosa la que “[...] aunque lícita, es de las que implican riesgos de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños, [...]” (G.J. CXLII, pág. 173, reiterada en la CCXVI, pág. 504), o la que “[...] debido a la manipulación de ciertas cosas o al ejercicio de una conducta específica que lleva ínsito el riesgo de producir una lesión o menoscabo, tiene la aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que —de ordinario— despliega una persona respecto de otra”, como así lo registró esta corporación en sentencia de octubre 23 de 2001, expediente 6315<sup>14</sup>.

La doctrina colombiana<sup>15</sup> se condice con los elementos de juicio que se manifiestan en la citada sentencia para caracterizar una actividad riesgosa destacando la potencialidad dañosa de la actividad desplegada, el carácter incontrolable e imprevisible de esta, la incertidumbre de los efectos del fenómeno o la capacidad

<sup>13</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala Civil del 3 de mayo de 1965.

<sup>14</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 26 de agosto de 2010. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda, 13. Véase también la Sentencia de la Sala Civil del 30 de septiembre de 2002, Exp. 7069, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, *Revista Jurisprudencia y Doctrina* n.º 372 (2002): 2613; Sentencia de la Sala Civil del 23 de octubre de 2001, Exp. 6315, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, *Revista Jurisprudencia y Doctrina* n.º 360 (2001), 2439. Por su parte, ha sido también elocuente la jurisprudencia del Consejo de Estado al señalar, mediante sentencia del 13 de septiembre de 2001, que la actividad peligrosa se presenta “cuando rompe el equilibrio existente, colocando a las personas ante el peligro inminente de recibir lesión a su persona o en sus bienes. La inminencia de un peligro que desborda la capacidad de prevención o resistencia común de los seres humanos, son las características determinantes para definir las actividades peligrosas. No debe perderse de vista que el peligro es un concepto indeterminado y, por lo tanto, solo puede ser establecido por el juez en atención a las circunstancias particulares del caso concreto”. Consejo de Estado, Sentencia de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del 13 de septiembre de 2001. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Exp. 12487. Sin embargo, el concepto en derecho administrativo colombiano no difiere mucho de la noción del derecho privado, el cual es anterior y ha tenido mayor desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Carlos Mario Molina Betancur y Andrés Armando Ramírez Gómez, “El concepto de actividad peligrosa en el derecho administrativo colombiano”. *Opinión Jurídica* 5, n.º 9 (2006), 103-24. Álvaro Bustamante Ledesma, *La responsabilidad extracontractual del Estado* (Bogotá: Leyer, 2003), 84.

<sup>15</sup> Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, t. I (Bogotá: Legis, 2007), 859. En el sentido de especificar algunos tipos de actividades riesgosas, como el empleo de máquinas, instrumentos, aparatos, energías o sustancias que ofrecen riesgos o peligros en razón de su instalación, de su propia naturaleza explosiva o inflamable o de su velocidad, entre otras, véase: Arturo Valencia Zea, *Derecho Civil. De las Obligaciones*, t. III (Bogotá: Temis, 1998), 288.

de destrozo que tienen sus elementos como características de estas actividades. Se trata de una caracterización que, si bien ha enfrentado severas críticas en el plano del derecho comparado<sup>16</sup>, al presentarse como demasiado amplia e insuficiente para alcanzar a constituirse como un principio rector de la responsabilidad civil, paralelo al principio de la culpa, ha tratado, sin embargo, de cubrir un vacío que la preeminencia misma de la culpa, en tanto única regla de imputación de responsabilidad, develó, precisamente, en medio de una explosión de situaciones dañosas, producto de las características de la sociedad moderna<sup>17</sup>, las cuales fueron insuficientemente resueltas con su aplicación a lo largo de la historia de la responsabilidad, debido a su incapacidad para hacer frente a la necesidad indemnizatoria de víctimas de ingentes daños.

Justamente, las transformaciones que ha experimentado la sociedad en el plano de la economía en todas sus fases, desde la producción hasta el consumo de los productos y los servicios, así como el impacto de la tecnología en todas las relaciones humanas, han determinado una transformación de la responsabilidad civil, y, con ella, el surgimiento de nuevos criterios de imputación de naturaleza objetiva, los cuales no se fundan en la culpabilidad del comportamiento dañoso, sino en las circunstancias objetivas ajenas a la negligencia y a la intención de causar daños<sup>18</sup>.

Como se recalca en el párrafo anterior, el carácter riesgoso de la actividad es determinado por elementos objetivos que permiten al juez ubicar la conducta del sujeto agente del daño en una esfera del examen de imputación distinta de la que es propia de la culpa; es decir, del hecho propio, que exige, en cambio, un análisis

<sup>16</sup> Precisamente, frente a la lógica compleja que sostiene la idea de una responsabilidad objetiva como principio general de responsabilidad, han surgido las respuestas de diversas tendencias de la doctrina, orientadas a defender el rol central y ordenador del criterio de la culpa. Cesare Salvi, *Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)*. Enciclopedia del Diritto, vol. XXXIX (Milán: Giuffrè, 1988), 1218. Una definición de la responsabilidad objetiva en sentido negativo en relación con la imputación por culpa se encuentra en Domenico Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, 5.ª, ed., t. II. (Turín: UTET, 1962), 809. En defensa de una lectura actualizada de un sistema bipolar de la responsabilidad civil, Francesco Busnelli, "La parabola della responsabilità civile". *Rivista Critica del Diritto Privato* (1988): 643-84.

<sup>17</sup> Con una perspectiva sociológica y examinando cómo el fenómeno del "riesgo global" determina el mundo contemporáneo, Ulrich Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*. Trad. De Walter Privitera, Carlo Sandrelli (Roma: Carocci editore, 2000), 35. Destacando que la actividad de empresa en la actualidad es generadora de daños, Renato Scognamiglio, "Rischio e impresa", *Rivista di Diritto Commerciale I*, (1967): 400.

<sup>18</sup> Giovanna Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile* (Padua: Cedam, 1996), 647.

•Hacia una reconstrucción de la responsabilidad objetiva por riesgo...•

del comportamiento causante del daño. En efecto, a diferencia de la responsabilidad por culpa, en la responsabilidad por riesgo no está en juego un examen de las precauciones adoptadas o que se debieron adoptar para prevenir el daño, y luego de ello, poder determinar la existencia de la actividad riesgosa. En otras palabras, no se requiere un examen *in concreto* de la peligrosidad de la actividad, pues dicha calificación fluye *in abstracto* de aquellos indicadores de carácter objetivo, estadísticas, intensidad o dimensión de los efectos dañosos de una determinada actividad, entre otros factores, que se van perfilando y reconociendo en la sociedad para poder determinar, incluso, hasta el grado de peligrosidad que puede acarrear el ejercicio de ciertas actividades. De esta manera, queda fuera de contexto un examen del comportamiento del agente que realiza la actividad y genera un daño en relación con las precauciones adoptadas para evitar que la cosa potencialmente peligrosa cause, efectivamente, un daño<sup>19</sup>. Sin embargo, un examen de la conducta del agente así propuesto tendría lugar solo a la luz de una fórmula legislativa, como la contemplada en el artículo 2050 del Código Civil italiano de 1942, donde el legislador dispuso la posibilidad para el imputado de responsabilidad por actividad riesgosa de exonerarse “si prueba haber adoptado todas las medidas necesarias para impedir el daño”. Lo destacable de la evolución que ha tenido la interpretación de la citada norma en la jurisprudencia italiana, como se abordará de manera especial en el capítulo siguiente, consiste en que no ha sido acogida por ella una lectura literal de la norma, pues la posible liberación de responsabilidad que contempla el legislador italiano, consistente en una singular ausencia de culpa, conocida en la doctrina como culpa levísima, no es acogida por la práctica jurisprudencial, toda vez que para el entendimiento que les han dado los jueces italianos, dicha norma admite solo la ruptura causal como fundamento de la exclusión de la responsabilidad.

Es así como una posición que se oriente por una valoración de la conducta del agente del daño, en términos de prevención del hecho dañoso, solo guardaría coherencia con la argumentación subjetivista de la jurisprudencia colombiana en torno a la imputación de la responsabilidad por riesgo, en la que se notan

<sup>19</sup> En cambio, véase una posición contraria que delega en el juez la valoración de la actividad riesgosa para cada caso concreto, cuya determinación exige, para esta visión, un “examen del comportamiento de la persona que ejecuta o se beneficia de aquella actividad, en relación con las precauciones adoptadas para evitar que la cosa potencialmente peligrosa cause efectivamente un daño”. Jorge Santos Ballesteros, *Instituciones de responsabilidad civil*, t. I (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2006), 25.

frecuentes y sustanciales referencias a la determinación de la conducta del causante del daño, valorada en términos de una violación de las diligencias debidas en el caso concreto.

En este orden de ideas, se considera que es distinto afirmar que el carácter de las actividades riesgosas no es determinado *a priori*, salvo en los casos en que el legislador lo haya dispuesto o la jurisprudencia lo haya venido señalando a través de sus pronunciamientos, toda vez que pueden ir surgiendo nuevos criterios jurisprudenciales que permitan identificar o calificar las actividades como riesgosas, atendiendo, sobre todo, a su potencialidad dañosa, debido a las características que tienen o a las cosas que involucran; sin embargo, en todos estos casos, no se debería volver al examen de la conducta desencadenante del daño analizando las medidas de prevención adoptadas en el caso, para evitar la producción del daño, debido a que la culpa no es el criterio de imputación de responsabilidad en un supuesto de responsabilidad objetiva por riesgo, pues la culpa del causante del daño no viene en consideración para la imputación de responsabilidad objetiva, y no cabe, entonces, un juicio de valor de la conducta del agente, como, en cambio, sí se requiere en un supuesto de responsabilidad por culpa. En este orden de ideas, no se entendería que la toma o no de precauciones por parte de quien realiza una actividad de instalación eléctrica sirva para definir en un caso dado si se trata o no de una actividad riesgosa. Sabido es, por ejemplo, que la electricidad, por más diligencias actuadas, tiene por sí misma la capacidad de producir un accidente<sup>20</sup>.

Conforme al planteamiento que señala una determinada actividad como riesgosa, no se niega que quien la realiza tiene también la obligación de cumplir con una serie de condiciones para su ejecución, bien sea porque lo exige la ley, o bien, porque así lo indica el sentido común, pero el cumplimiento o el incumplimiento de tales requisitos para su ejercicio no interfiere en la valoración de la naturaleza objetiva de la imputación del daño derivado de dicha actividad. En otras palabras, la determinación de si se está frente a una actividad riesgosa para efectos de ubicar el supuesto en la responsabilidad objetiva no presupone la valoración de la conducta del sujeto que realiza la actividad en el caso concreto, toda vez que este análisis conduciría el caso a un examen a la luz del supuesto de la responsabilidad por culpa. He aquí, precisamente, la confusión argumentativa que se observa en

<sup>20</sup> Giovanna Visintini, *La responsabilità civile nella giurisprudenza* (Padua: Cedam, 1967), 392, donde se insiste sobre la peligrosidad de los medios; es decir, la de las estructuras conductoras de energía eléctrica.

•Hacia una reconstrucción de la responsabilidad objetiva por riesgo...•

varias de las sentencias colombianas sobre actividades riesgosas, como se podrá observar.

En este sentido, se puede afirmar que la identificación de las actividades riesgosas no se halla circunscrita a un *numerus clausus*, sino que está abierta a la determinación legislativa o jurisprudencial en función de la potencialidad dañosa de la actividad o de las severas consecuencias dañosas que puede tener su ejercicio, para lo cual un indicador puede encontrarse en las estadísticas de los accidentes que tienen lugar en la sociedad o en la anormalidad de las consecuencias dañosas que deriven de la actividad, entre otros. Bajo esta óptica, se sindicaron como actividades riesgosas la conducción de vehículos motorizados, la explotación minera, el uso de armas de fuego, la electricidad y el uso de máquinas, entre otras, tal como fluye de la propia jurisprudencia colombiana que se reporta en este capítulo.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha señalado que “por lo común, la actividad peligrosa como toda otra, se ejerce con sujeción a los parámetros normativos. Dichas actividades podrán prohibirse en consideración a los riesgos intolerables de su ejercicio, incluso con sanciones penales o permitirse por su necesidad, utilidad o contribución al desarrollo social, técnico o científico, regulándose de manera abstracta o concreta bajo directrices de autorización, control, dirección, vigilancia y asunción de los riesgos por los peligros potenciales de lesión”<sup>21</sup>; al mismo tiempo, ha destacado el carácter especial del régimen de responsabilidad, al ser específico, singular y concreto<sup>22</sup>, con lo cual se descarta una pretensión de regla general de imputación de responsabilidad, como es el caso de la cláusula general de la responsabilidad por culpa, a pesar de que una característica de la sociedad moderna consiste, precisamente, en la pluralidad de situaciones de riesgo: una de las premisas de las que parte el presente capítulo.

De esta manera, la Corte Suprema, tomando como referencia el enunciado de algunas actividades riesgosas contempladas en el artículo 2356 del Código Civil colombiano, ha calificado como actividades peligrosas “las labores que conllevan

<sup>21</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 26 de agosto de 2010. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda. Aclaración de voto de William Namén Vargas, 57.

<sup>22</sup> En este sentido, ha precisado la Corte Suprema de Justicia que “[...] naturalmente que se trata de una responsabilidad específica, singular y concreta regida por directrices legales propias, fundamentada en el riesgo o peligro que le es consustancial e inherente”. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 26 de agosto de 2010. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda. Aclaración de voto de William Namén Vargas, 57.

al empleo de máquinas o la generación, distribución o almacenamiento de energías...”; y en la misma línea ha identificado como actividades peligrosas, “[...] la conducción de vehículos automotores terrestres, la aviación, la construcción de un edificio, la utilización de elevadores de carga, la conducción de ganado frente a los peatones, fumigaciones aéreas, utilización de explosivos, los gases residuales de las fábricas, las chimeneas de instalaciones industriales, etc. [...]”<sup>23</sup>.

Sin embargo, como se apreciará más adelante, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha dedicado particular atención a caracterizar actividades riesgosas como la electricidad, a la cual la ha calificado como peligrosa “en grado sumo”<sup>24</sup>, y cuyo manejo implica “riesgos especiales” para las personas<sup>25</sup>, además de destacar que el transporte de energía eléctrica genera “grave riesgo”<sup>26</sup>.

### La responsabilidad objetiva por riesgo a través del examen de la jurisprudencia colombiana

Se trata de identificar los casos en los que la jurisprudencia colombiana ha optado por sostener su argumentación a favor de la aplicación del artículo 2356 Código Civil Colombiano, y, dentro de dicho marco, poder determinar si existe una preferencia por mantener la culpa como único y absoluto criterio de imputación de responsabilidad, o si subsiste a modo de una envoltura subjetiva que lleva en las entrañas los gérmenes de otro criterio de imputación; o, finalmente, si la jurisprudencia permite la vigencia de la culpa como criterio de imputación para determinadas situaciones de riesgo generador de daños, junto con otras hipótesis en las cuales se acepta que el riesgo es el criterio de imputación que se encuentra en el supuesto de responsabilidad *sub examine*. En todo caso, se busca identificar los elementos de juicio según los cuales la jurisprudencia determina que existe

<sup>23</sup> En este sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 25 de octubre de 1999. M.P. José Fernando Ramírez Gómez, 6. [http://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co/lib/exe/fetch.php?media=25\\_octubre\\_1999.pdf](http://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co/lib/exe/fetch.php?media=25_octubre_1999.pdf)

<sup>24</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 16 de marzo de 1945, *Gaceta Judicial* LVIII, 668. En la misma línea, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 8 de octubre de 1992. Exp. 3446. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

<sup>25</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 5 de abril de 1962, *Gaceta Judicial*, n.º 2253-2254, 342. M.P. José Hernández Arbeláez.

<sup>26</sup> Corte Suprema de Justicia. 19 de diciembre de 2006. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, 6.

•Hacia una reconstrucción de la responsabilidad objetiva por riesgo...•

una actividad riesgosa susceptible de encuadrarse en el artículo 2356 del Código Civil colombiano.

A fin de lograr el objetivo señalado, se revisarán algunos casos que han sido seleccionados de la jurisprudencia colombiana para identificar los elementos de juicio que han permitido a los jueces decidir por el recurso a una presunción irrefragable de culpa o a una presunción de responsabilidad.

El examen de las sentencias que han sido identificadas para detectar los criterios utilizados por los magistrados, referidos a las actividades riesgosas y la aplicación de los supuestos de responsabilidad consagrados en el Código Civil nos permite advertir, en primer lugar, que la casuística que evidencia la problemática se concentra, de manera notoria, en los accidentes que derivan de la conducción vehicular. Esta circunstancia es sintomática de la peligrosidad de la actividad involucrada, y de que respecto a ella no se duda en proponer la aplicación del supuesto de responsabilidad por riesgo. Justamente, los sistemas jurídicos han dispensado un tratamiento particular a ese tipo de daños, al delegarlo a la legislación especial para crear un régimen de indemnización más efectivo en relación con la responsabilidad civil, como se ha dado en el caso francés<sup>27</sup> y en otros sistemas que han introducido sistemas de indemnización automática, como el seguro obligatorio por accidentes de tránsito (SOAT). Por otro lado, se le considera un supuesto más de responsabilidad por riesgo, contemplado en el propio Código Civil, y que, generalmente, se nutre de la interpretación jurisprudencial, como es el caso del derecho italiano, entre otros<sup>28</sup>. En otros casos, el legislador ha logrado prever un claro supuesto de responsabilidad objetiva por riesgo, como ha sido la opción del codificador peruano, y, recientemente, el argentino; de esta manera, se

<sup>27</sup> A medida que se multiplicaron los accidentes de tránsito en Francia, la norma de la responsabilidad por el hecho de las cosas, contemplado en el Código Civil francés, no fue suficiente. La jurisprudencia jugó un papel fundamental para impulsar la intervención del legislador en la materia. De esta manera, se llegó a la Ley del 5 de julio de 1985, tendiente a la mejora de la situación de las víctimas de accidentes de la circulación y a acelerar los procedimientos de indemnización; <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068902>. La ley despertó un debate sobre su autonomía respecto al derecho común de la responsabilidad civil, de manera que surgieron posiciones a favor y en contra. Francois Chabas, *Le droit des accidents de la circulation après la réforme du 5 juillet 1985* (París: Litec, 1987), 145; Cristian Larroumet, *L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation: l'amalgame de la responsabilité civile et de l'indemnisation automatique* (París: Dalloz, 1985), 237.

<sup>28</sup> Comandé, et al., Estudios contemporáneos de Derecho Privado.

separa de la regla general de la imputación por culpa<sup>29</sup>. Así, el derecho ha tratado de dar respuesta a la necesidad de un planteamiento diferente respecto a la imputación subjetiva para los daños derivados de las actividades riesgosas; con mayor razón, si se toma conciencia de que la sociedad de los tiempos actuales se halla en permanente evolución, y, sobre todo, impulsada por el indetenible desarrollo de la ciencia y la tecnología, factores que, por sí mismos, comportan un riesgo de mayor o menor envergadura, pero, en todo caso, suficiente para generar daños.

Sin embargo, no tienen menor relevancia, en términos de peligrosidad, otras situaciones distintas de la conducción vehicular, como es el caso de la electricidad, de los bienes que funcionan con electricidad —como las máquinas que la utilizan en diversas áreas de la actividad humana—, sustancias tóxicas, actividad minera, cilindros de gas, medicamentos, entre otros, tal como ya se refirió. Desconocer esta nueva realidad de los daños, la cual alcanza a visibilizarse por el predominio de actividades y bienes riesgosos en la sociedad, solo puede significar que se opta por desatender la situación de las múltiples víctimas de estos daños, que son propios de la sociedad moderna.

### *Las actividades riesgosas y la imputación objetiva del daño: idoneidad potencial de daño*

Las actividades riesgosas por sí mismas representan un peligro para los individuos que las realizan, así como para terceros que pueden encontrarse en el entorno; en esa medida, tienen una potencialidad dañosa. Es cierto que el sujeto que realiza la actividad puede desplegar una conducta intachable desde el punto de vista del cuidado debido, el conocimiento sobre el ejercicio de la actividad o el funcionamiento del bien peligroso, pero nada de ello podrá anular la eventualidad de la producción de un daño<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> El Código Civil y Comercial de la Nación argentina prevé en el artículo 1757 una norma novedosa para el derecho argentino, desde el punto de vista legislativo, aunque la doctrina y la jurisprudencia impulsaron su dación desde hace años. De esta manera, la norma referida dispone bajo el subtítulo "Hecho de las cosas y actividades riesgosas: -Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención". Ministerio de Justicia, *Código Civil y Comercial de la Nación*, (Buenos Aires: Infojus, 2014), 274. Con anterioridad, el Código Civil peruano de 1984 dispone en su artículo 1970 que "aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo".

<sup>30</sup> En este sentido, ilustra Giovanna Visintini remitiéndose a la Casación italiana, cómo la jurisprudencia ha destacado que la noción de actividad peligrosa se debe a su notable potencialidad de daño a terceros, mientras

•Hacia una reconstrucción de la responsabilidad objetiva por riesgo...•

Sin embargo, para este tipo de actividades o el uso de ciertos bienes se exige la adopción de ciertas medidas de seguridad, con el fin de reducir el peligro, lo que, generalmente, es dispuesto por los diversos estamentos del Estado, bajo la consideración de que el desarrollo de dichas actividades beneficia a toda la colectividad; pero el peligro que comportan demanda una serie de requisitos que deben cumplirse *ex ante*, debido, precisamente a un control general que lleva a cabo el Estado buscando evitar la proliferación de daños. En este contexto de las actividades riesgosas, adquiere especial relevancia el recurso a los seguros, lo que se plantea, incluso, como una de las condiciones para el ejercicio de este tipo de actividades<sup>31</sup>.

La tesis de la responsabilidad objetiva por riesgo plantea que quien causa un daño mediante una actividad riesgosa o el empleo de un bien riesgoso responde aun si obró conforme a la diligencia debida o el estándar medio de diligencia<sup>32</sup>. Cabe recalcar lo aseverado en esta última parte, toda vez que para la responsabilidad por riesgo resulta intrascendente el examen de la culpa del agente del daño; tanto es así que resulta irrelevante, para los fines de exoneración de

---

una actividad inocua, que se torne peligrosa por la conducta de quien la ejerce, comporta solo la responsabilidad según la cláusula general de la imputación por culpa. Giovanna Visintini, *Tratado de la responsabilidad civil*. Trad. Aída Kemelmajer (Buenos Aires: Astrea, 1999), 422. Con relación al derecho colombiano, Olenka Woolcott, Diego Monje, Ramón Peláez, Giovanni Comandé y Andrea Alarcón, *Estudios contemporáneos de derecho privado. Responsabilidad civil, propiedad, contratos y obligaciones* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2018).

<sup>31</sup> La doctrina destaca que se asiste a un fenómeno de objetivación y casi de “despersonalización” de la responsabilidad civil, en el cual ya no es la culpa el fundamento de la imputación de responsabilidad, y es, precisamente, en este punto central donde resulta fácil reconocer la relación entre el seguro y la responsabilidad civil. Giuseppe Fanelli, “I problema fondamentali dell’assicurazione della responsabilità civile per i rischi della strada con particolare riferimento al progetto governativo”. *Rivista di diritto commerciale*, N.º (1966): 9-10, 347. En el sentido de destacar que el seguro ha tenido un papel decisivo en el proceso de revisión crítica del tradicional sistema de la responsabilidad, en el cual la responsabilidad sin culpa figuraba como la excepción a la regla de la culpa: Guido Alpa, *Istituzioni di diritto privato* (Turín: UTET, 2001); Stefano Rodotà, *Il problema della responsabilità civile* (Milán: Giuffrè, 1964), 16.

<sup>32</sup> La idoneidad potencial para lesionar los derechos y los intereses tutelados por el ordenamiento jurídico, más allá de la diligencia o del cuidado exigible y de los parámetros corrientes, constituye la característica de las actividades peligrosas. Luigi Corsaro, *Voce: Responsabilità da attività. Pericolose. Digesto delle discipline privatistiche*. Vol. XVII (Turín: UTET, 1998), 82-89. Constituyen “actividades dañosas o riesgosas que no se prohíben”; es decir, están permitidas por la ley, Pietro Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, (Milán: Giuffrè, 1998), 147. Se trata de actividades caracterizadas por su “peligrosidad intrínseca o relativa a los medios de trabajo empleados”; es decir, por los riesgos y los peligros que las caracteriza *per se*, se disciplina el deber legal de resarcir los daños causados. Visintini, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, 978.

responsabilidad, que se invoque y se pruebe la diligencia<sup>33</sup>. Sin embargo, el proceso de la responsabilidad civil ha sido lento, pero seguro, hacia el afianzamiento del supuesto de la responsabilidad objetiva por riesgo, conforme ha acontecido en otras experiencias jurídicas. En otros casos, como el colombiano, la jurisprudencia parece persistir en su fe en la tradición subjetivista de la responsabilidad para recurrir a toda presunción que sea necesaria, a fin de no apartarse de alguna referencia a la culpa como fundamento de imputación, aun en los casos de actividades riesgosas. Sin embargo, cabe indagar, al respecto, si la jurisprudencia colombiana se mantiene realmente en una línea subjetivista, o si solo adopta la nomenclatura de la culpa para resolver en el fondo con una vocación objetiva de la responsabilidad, y, en tal sentido, se trataría en los hechos de la aplicación de una presunción de responsabilidad.

Sabido es que en los supuestos de la responsabilidad por culpa, el sujeto que realiza una determinada actividad controla su conducta, y, precisamente, una falla en el control, sea de pericia, de prudencia o de diligencia, podrá acarrear como resultado un evento dañoso que le será imputable a título de culpa<sup>34</sup>. La nota característica en todos los casos de imputación subjetiva reside en la posibilidad de controlar la conducta, lo que está ausente en las actividades riesgosas<sup>35</sup>, situación que no tiene lugar, generalmente, en los casos de las actividades riesgosas; es decir, una relación entre controles y cuidados y producción del daño, lo cual explica que, respecto a ciertas actividades, toda diligencia quede fuera de la determinación de la responsabilidad civil, la misma que se establece en virtud del criterio de imputación objetivo.

<sup>33</sup> En este sentido, ha señalado Alessandri que "la responsabilidad objetiva prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido". Arturo Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil* (Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1981), 92. Juan Camilo Noreña, *Derecho Civil: La teoría del riesgo*. [www.uniderecho.com/leer\\_tarea\\_Derecho-Civil\\_11\\_1066.html](http://www.uniderecho.com/leer_tarea_Derecho-Civil_11_1066.html)

<sup>34</sup> Cesare Salvi, *Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)*. Enciclopedia del Diritto, vol. XXXIX, (Milán: Giuffrè, 1988), 1219-20.

<sup>35</sup> Una perspectiva tradicional de la responsabilidad civil, generalmente adoptada en los enunciados generales de los códigos civiles, empero distante de cuanto fluye de las reglas operativas de la jurisprudencia, Adriano De Cupis, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile* (Milán: Giuffrè, 1980), 206. Una lectura actualizada del vigente sistema de imputación de responsabilidad que rescata el principio o regla general de la imputación por culpa, sin desconocer la bipolaridad, Francesco Busnelli, "Nuove frontiere della responsabilità civile", *Jus*, N.º 23 (1976): 41-79.

•Hacia una reconstrucción de la responsabilidad objetiva por riesgo...•

### *Actividad riesgosa y el recurso a las presunciones en la jurisprudencia colombiana*

De acuerdo con lo ya señalado en cuanto a los elementos de juicio que emergen de la jurisprudencia para catalogar una determinada actividad como riesgosa, se hace referencia a la “potencialidad dañosa” de dicha actividad<sup>36</sup>.

Dicha potencialidad dañosa ha determinado a los jueces a recurrir, para el juicio de responsabilidad, a las llamadas presunciones de culpa; en especial, por parte de los partidarios de las tesis subjetivistas de la responsabilidad, lo que ha constituido una especie de respuesta a los planteamientos de las tesis de la responsabilidad objetiva por riesgo, y, a la vez, ha conducido a un ablandamiento del rigor de la imputación por culpa, en el sentido de mejorar la situación probatoria de la víctima del daño. En efecto, con el recurso a las presunciones de culpa se ha logrado, por una parte, descargar a la víctima de la prueba de la culpa del causante del daño, ya que esta se presume y pesa sobre el demandado el deber de probar la ausencia de culpa o la ruptura causal para liberarse de la responsabilidad<sup>37</sup>. Por otra parte, en los casos en que la jurisprudencia se ha referido a una llamada presunción irrefragable o irrefutable de culpa, se invierte la carga de la prueba de la culpa y el demandado solo puede liberarse de responsabilidad probando la ruptura causal, sin poder alegar ni probar la ausencia de culpa a través de la prueba de la diligencia debida, toda vez que solo se admite como prueba liberatoria la ruptura causal. Si bien la jurisprudencia se expresa en términos de culpa en casos a los que se ha aplicado dicha presunción, lo cierto es que, en el fondo, este tipo de presunciones corresponde a lo que la doctrina y la jurisprudencia han considerado las presunciones de responsabilidad, solo que, para seguir respetuosos al llamado de las tesis subjetivistas, se opta en varios casos por el *nomen* de “presunción irrefragable de culpa”<sup>38</sup>. Dichas presunciones han permitido a las víctimas de

<sup>36</sup> Véase Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 14 de marzo de 2000. M.P. Manuel Ardila Velásquez.

<sup>37</sup> La doctrina se ha referido a la prueba de la culpa como una “prueba diabólica”. Alberto Spota, “Responsabilidad objetiva y responsabilidad presumida: Cuestión en la Locación de Obra”, *Revista del derecho comercial y de las obligaciones*, N.º 49-54 (1976): 66.

<sup>38</sup> Fabricio Mantilla, “El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano”, *Opinión Jurídica*, vol. 6, N.º 11 (2007): 136.

daños por actividades riesgosas tener éxito en sus pretensiones, considerando que la carga de la prueba de la culpa era sumamente onerosa<sup>39</sup>.

Atendiendo a la importancia que ha tenido el recurso a las presunciones en la responsabilidad civil, lo cual se puede apreciar en la jurisprudencia colombiana respecto a la imputación por actividades riesgosas, se ha considerado pertinente dedicar a su estudio un capítulo en este libro, que abordará el tema con la perspectiva procesal, examen que aportará claridad sobre el reiterado recurso a las presunciones en el área de la responsabilidad por riesgo en Colombia, al mismo tiempo que permitirá entender su vigencia dentro del marco de la institución objeto de análisis. Por su parte, el presente capítulo se aboca a la manera como la jurisprudencia colombiana recurre a dichas presunciones para aportar soluciones a los casos de la responsabilidad por riesgo.

Autonomía del supuesto de responsabilidad por riesgo y la construcción de un régimen especial: presunción de responsabilidad y la “extraordinaria peligrosidad”

Precisamente, en el sentido de destacar la autonomía del supuesto de responsabilidad previsto en el citado artículo 2356, en relación con el supuesto de la responsabilidad por culpa del artículo 2341 del Código Civil, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 14 de marzo de 1938<sup>40</sup> constituye un hito, por establecer la tesis de la responsabilidad objetiva para los casos de actividades riesgosas dentro del marco del artículo 2356 del Código Civil, y precisó, entre otros aspectos, que el citado artículo 2356 “[...] mal puede reputarse como repetición de aquél [...]”, refiriéndose a la cláusula general de responsabilidad por culpa.

La sentencia recayó sobre un caso de accidente vehicular. La víctima iba en bicicleta y fue atropellada por un automóvil; al pasarle este por encima, con la rueda derecha le ocasionó la muerte. La corte destacó los ejemplos de situaciones de riesgo que se encuentran enunciadas en el citado artículo 2356, para afirmar en el caso la aplicación de la teoría del riesgo, en cuya virtud, “[...] al que lo crea se le tiene por responsable, mira principalmente a ciertas actividades por los

<sup>39</sup> En este sentido: Gilberto Martínez Rave y Catalina Martínez Tamayo, *Responsabilidad civil extracontractual* (Bogotá: Temis, 2003).

<sup>40</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 14 de marzo de 1938, Sala de Casación Civil. M.P. Juan Francisco Mujica. *Gaceta Judicial* T. XLVI, N.º 1934.

•Hacia una reconstrucción de la responsabilidad objetiva por riesgo...•

peligros que implican, inevitablemente anexos a ellas y miran a la dificultad, que suele llegar a la imposibilidad, de levantar las respectivas probanzas los damnificados por los hechos ocurridos en razón o con motivo o con ocasión de ejercicio de esas actividades [...]”. Citó, entre los bienes o las actividades comprendidas por la norma en referencia, un depósito de sustancias inflamables, una fábrica de explosivos, un ferrocarril o un automóvil, a los cuales calificó de “extraordinaria peligrosidad”, y de los que, generalmente, los particulares no pueden escapar con su sola prudencia. En esta tónica, la sentencia precisa que “de ahí que los daños de esa clase se presuman causados por el agente respectivo [...] y de ahí también que el agente o autor no se exonere de la indemnización [...] sino cuando demuestre caso fortuito, fuerza mayor o intervención de un elemento extraño”<sup>41</sup>.

En otras palabras, la sentencia reconoció que el mencionado artículo 2356 contiene una presunción de responsabilidad, de la cual se desprende que la carga de la prueba no la tiene la víctima, sino quien causó el daño; por tanto, este último debe aportar la prueba de la ruptura causal para liberarse de responsabilidad.

De esta manera, se reconoce la presencia de un régimen especial de responsabilidad en relación con el principio general de la responsabilidad por culpa, en el cual se tiene al riesgo como criterio de imputación que da lugar a una presunción de responsabilidad<sup>42</sup> una vez probados el daño y la relación causal. Lo que, en cambio, no se comprende en la sentencia es el sentido que atribuye al deber jurídico de cuidado y diligencia que pesa sobre el agente responsable, toda vez que su valoración no viene al caso para determinar la responsabilidad objetiva por riesgo; en cambio, sí debe ser considerado en un momento *ex ante*, por quien desarrolla este tipo de actividades, precisamente, para evitar que sucedan, y con tal fin, el sujeto que las ejercita debe, naturalmente, controlar los procesos de la actividad, e, incluso, protegerse a través de la contratación de seguros o de medidas que puedan hacer frente a las indemnizaciones una vez ocurrido el daño derivado de la actividad riesgosa.

<sup>41</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 14 de marzo de 1938, Sala de Casación Civil. M.P. Juan Francisco Mujica, *Gaceta Judicial*, T. XLVI, N.º 1934.

<sup>42</sup> En este mismo sentido se encuentra la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 18 de abril de 1939, *Gaceta Judicial* XLVIII, 165. Así también, véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 14 de febrero de 1955, *Gaceta Judicial* LXXIX, 479-84.

La sugerencia que parece desprenderse de la sentencia bajo examen es que el artículo 2356 contiene en su base una obligación de custodia sobre el guardián de la cosa<sup>43</sup>, lo cual debe descartarse, toda vez que el desenlace de la solución del caso a favor de la indemnización indica que basta el carácter riesgoso de la actividad generadora del daño para haber dado lugar a la presunción de responsabilidad, sin admitir como prueba en contrario el hecho de haber obrado con cuidado o diligencia.

A la luz de una lectura moderna del artículo 2356, y atendiendo a las exigencias de la vida contemporánea del uso y el desarrollo de las actividades riesgosas, pues son imprescindibles para el normal desenvolvimiento de las actividades humanas, no corresponde recurrir a los planteamientos subjetivistas, como el considerar que la norma contiene un deber de custodia a cargo del guardián de la cosa, un deber de diligencia a su cargo, lo cual trastocaría la esencia de la responsabilidad objetiva por riesgo. En parte, parece haberlo entendido así la Corte en 1938, a pesar de la insoslayable y comprensible remisión a la referida obligación de cuidado, atendiendo a la época en que se dicta la sentencia y el lugar central de la culpa como único fundamento de imputación de responsabilidad.

En esta misma línea de sostener la existencia de una presunción de responsabilidad se ubica la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 24 de junio de 1942<sup>44</sup>, pronunciada en un caso en el que un trabajador del Municipio de Medellín se cayó de un andamio desde una altura considerable, lo cual le ocasionó la muerte. El demandado no pudo demostrar ninguno de los fundamentos de ruptura causal, y, por tanto, fue declarado responsable.

A la mencionada sentencia hito de 1938, le sucedieron varias décadas, a lo largo de las cuales la jurisprudencia se apartó de la tesis de la responsabilidad objetiva por riesgo y optó por una posición que plantea soluciones indemnizatorias a la víctima de daños generados por actividades peligrosas, articulada

<sup>43</sup> Como se señaló en una de las notas iniciales del capítulo, a partir de Josserand se relaciona la responsabilidad objetiva con la responsabilidad por los daños causados por las cosas en Francia; en lo demás, permanece vigente la doctrina de la responsabilidad por culpa. Geneviève Viney, *Traité de Droit Civil sous la direction de Jacques Ghestin. Introduction a la responsabilité*. 2e édition. (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1995), 84.

<sup>44</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia del 24 de junio de 1942. M.P. Liborio Escallón. Reconoce también una presunción de responsabilidad en el artículo 2356 del Código Civil, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 14 de febrero de 1955, *Gaceta Judicial* LXXIX, 479-84.

•Hacia una reconstrucción de la responsabilidad objetiva por riesgo...•

con base en una llamada *presunción de culpa o culpa presunta*, como se puede apreciar en el siguiente apartado del presente capítulo.

Sin embargo, en 2009, la Corte Suprema de Justicia retoma en su argumentación: la tesis de la responsabilidad objetiva por riesgo, para la cual la prueba del daño y la relación causal generan una presunción de responsabilidad sobre quien ejerce dicha actividad, y ante ello solo le queda al demandado la prueba de la ruptura causal para liberarse de responsabilidad. La sentencia del 24 de agosto de 2009<sup>45</sup> constituye un hito jurisprudencial que destaca por la claridad con la que se asume posición frente al problema de la indemnización de daños derivados de actividades riesgosas.

El pronunciamiento recae en un caso de colisión de vehículos, de donde resulta la pérdida de uno de ellos. La corte afirma la tesis según la cual el riesgo o el peligro que representan la actividad desplegada por quien causa un daño son suficientes para activar el deber de reparar. De esta manera, se descarta el recurso a toda clase de presunción, sea de culpa o de responsabilidad. En otras palabras, esta sentencia intentó romper la cadena de presunciones de culpa que hasta el momento servía de anclaje a la jurisprudencia colombiana para permanecer en una imputación subjetiva apoyada en una “presunción irrefragable de culpa”, sin admitir la prueba de la ausencia de culpa, sino solo la ruptura causal para fines de exoneración de responsabilidad.

La sentencia de 2009 se destaca por declarar, sin atavíos subjetivistas, la tesis de la responsabilidad objetiva por riesgo que abriga el artículo 2356 del Código Civil. El riesgo de la actividad o del bien utilizado en la generación del daño constituye, para esta tesis, el criterio de imputación de responsabilidad. Sin embargo, puede plantearse una observación a la posición de la corte, toda vez que la presunción de responsabilidad surge naturalmente en estos casos con la actuación de un criterio de imputación objetivo, como es el riesgo, en el sentido de que, probados el daño y la relación causal, se presume la responsabilidad, la misma que se desvirtúa con la prueba de una ruptura causal. De esta manera, al operar una presunción de responsabilidad<sup>46</sup>, el demandado solo podrá liberarse de esta con el concurso exclusivo de la causa extraña, que podrá consistir en la fuerza

<sup>45</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia del 24 de agosto de 2009. M.P. William Namén Vargas.

<sup>46</sup> Explica que la presunción legal de culpa en las actividades riesgosas evolucionó a una presunción de responsabilidad: Obdulio Velásquez, *Responsabilidad civil extracontractual*, 2ª. Ed. (Bogotá: Temis, 2013), 561.

mayor, en un caso fortuito o en la intervención de un elemento no imputable al demandado.

La sentencia parece retomar una línea de afirmación de la responsabilidad objetiva por riesgo que pone en una mejor situación a la víctima de los daños en términos de la carga de la prueba, sentido que se observó con claridad en la sentencia de la corte del 14 de marzo de 1938<sup>47</sup>, la misma que le sirve de apoyo a la corte para su decisión, y aunque esta incurrió en serias contradicciones en la argumentación, su desenlace fue favorable a la víctima, al disponer la responsabilidad sobre quien realiza la actividad riesgosa generadora del daño. Una diferencia que salta a la luz entre la sentencia de 2009 y la de 1938 es que la de 2009 prescinde de toda referencia o apoyo en las presunciones, y muestra una preferencia por declarar abiertamente la imputación objetiva por el riesgo de la actividad generadora del daño.

El planteamiento de la sentencia de 2009 constituye *per se* un paso a favor de la afirmación de la responsabilidad objetiva por riesgo de la actividad; sin embargo, lo que parecía haber sido un avance en el posicionamiento claro de la responsabilidad objetiva en la interpretación jurisprudencial del artículo 2356 del Código Civil terminó por representar no más que una ráfaga de luz argumentativa en medio de los vaivenes jurisprudenciales de la responsabilidad por actividades riesgosas que le sucedieron, y los cuales retomaron el curso de la presunción de culpa —irrefragable, si se quiere—, como lo evidencia la sentencia del 26 de agosto de 2010<sup>48</sup>, entre otras, y que se examinará más adelante.

Riesgos previsibles y riesgos imprevisibles: la aplicación de la presunción de culpa/  
responsabilidad

Tal ha sido, y aún lo es, el peso de la tradición subjetiva de la responsabilidad que la jurisprudencia colombiana retoma la línea de la imputación por culpa para las actividades riesgosas, mas no lo hace a la luz del tradicional supuesto normativo del 2341 del Código Civil, sino que, manteniéndose dentro del marco del artículo 2356 del mismo código, referido a las actividades riesgosas, recurre a la

<sup>47</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 14 de marzo de 1938, Sala de Casación Civil. M.P. Juan Francisco Mujica, *Gaceta Judicial* T. XLVI, N.º 1934.

<sup>48</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de agosto de 2010. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

•Hacia una reconstrucción de la responsabilidad objetiva por riesgo...•

presunción de culpa para los casos de daños derivados de un *riesgo previsible*; así lo califica en esta oportunidad. En ese sentido lo entendió la corte en la sentencia del 5 de abril de 1962<sup>49</sup>, en un caso de daños ocasionados a un inmueble por la construcción de un edificio vecino. De esta manera, la jurisprudencia introduce una variable a la responsabilidad objetiva por riesgo contemplada en el artículo 2356 del Código Civil, y si bien en 1938 había reconocido la imputación objetiva por riesgo, esta vez la corte incorpora un nuevo elemento de juicio para la imputación por riesgo dentro del marco de dicha normativa, consistente en los *riesgos previsible*s, noción que aparece en esta sentencia, y para lo cual se recurre a una presunción de culpa sobre quien ejerce la actividad que causó el daño. En efecto, la corte considera la construcción una actividad técnica, y como las actividades relacionadas con las matemáticas han logrado un gran avance, debido a lo cual “[...] hay siempre la posibilidad de prever y prevenir las consecuencias perjudiciales que de la obra se puedan derivar, de manera que cuando se trata de trabajos de tal naturaleza, los daños por ellos producidos se deben presumir causados por una falta *in agendo* o *in abstinendo* imputable a la persona por cuya cuenta la obra se efectúa”.

Precisamente, se desprende de la mencionada sentencia que la edificación moderna es una actividad socialmente útil, pero, al mismo tiempo, de naturaleza peligrosa, y respecto a la cual “[...] la comprobación del daño por lo común esclarece también su causa eficiente, y la culpa del autor de la nueva obra se presume de conformidad con el artículo 2356 del Código Civil”. Sin embargo, llama la atención que al haber contemplado la corte una presunción de culpa en quien realizó la actividad riesgosa, al mismo tiempo precise que “[...] salvo prueba de culpa exclusiva de la víctima, de intervención de elemento extraño, o de fuerza mayor, surgen las condiciones de la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual o aquiliana, en que el sujeto al pago de la indemnización ha de ser, ante todo, el autor directo del daño”.

<sup>49</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia del 5 de abril de 1962. *Gaceta Judicial*, N.º 2253-2254, 342. M.P. José Hernández Arbeláez. Sobre la categoría de los llamados riesgos imprevisibles se puede tener un ejemplo en aquellos que se producen a pesar de todos los cuidados adoptados, en este sentido véase, Olenka Woolcott, Tania Vivas y Tary Cuyana Garzón, *El problema de las transfusiones de sangre y la transmisión del VIH. Realidad y respuestas del Derecho para la protección del paciente* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017); Olenka Woolcott, “La indemnización de las víctimas de riesgos médicos allende los límites tradicionales de la responsabilidad civil”, *Revista Criminalidad*, vol. 57, N.º 1 (2015): 61-74.

Como se puede apreciar, las mencionadas causales de exclusión de la responsabilidad a las que alude la Corte no incluyen la prueba de la ausencia de culpa, en razón de lo cual la presunción de culpa consistiría en una denominada *presunción irrefutable de culpa*<sup>50</sup>, en el sentido de no admitir la prueba de la diligencia debida para exonerarse de responsabilidad, razonamiento que contradice la esencia de la presunción de culpa y de consecuencia: se estaría, en realidad, frente a una máscara de culpa con un contenido de responsabilidad objetiva por riesgo, lo que, en los hechos, aplica la corte en la sentencia bajo examen.

Sobre esta dicotomía en el plano de la liberación de responsabilidad que despierta el supuesto de la responsabilidad por riesgo, vale la pena dirigir la mirada a cuanto se ha propuesto al respecto en el derecho italiano, como bien se tendrá la oportunidad de examinar en el presente libro, y respecto a lo cual, se puede señalar, por el momento, que la situación difiere de la postura asumida por el derecho colombiano, fundamentalmente, si se parte de la perspectiva formal del texto normativo correspondiente al supuesto de responsabilidad que atrae la atención en el presente estudio.

En efecto, el Código Civil italiano dispone de una hipótesis de responsabilidad objetiva por riesgo en el artículo 2050 CC, por el cual quien causa daño en el desarrollo de una actividad peligrosa está obligado al resarcimiento, “si no prueba haber adoptado todas las medidas idóneas a evitar el daño”. El tenor de la norma italiana ha permitido calificarla de responsabilidad objetiva intermedia, respecto a la responsabilidad objetiva, que encuentra su único límite en la ruptura causal. La mencionada norma contiene en su texto la posibilidad de que el demandado se libere de responsabilidad probando también la ausencia de culpa; es decir, probando haber adoptado todas las medidas que la técnica ofrece para la reducción del peligro. Sin embargo, en los hechos —o sea, conforme se revela en la casuística jurisprudencial—, se evidencia que el demandado por daños derivados de actividad riesgosa solo se exonera con la prueba de alguna ruptura causal. En este sentido, la doctrina italiana señala que la norma implica que se ha querido renunciar a sancionar las negligencias que bien pueden haberse dado en concreto,

<sup>50</sup> Se ha referido a las presunciones irrefutables de culpa Christian Larroumet, *Derecho Civil. Introducción al estudio del derecho privado* (Bogotá: Legis-Universidad del Rosario, 2006), 388. Véase también, Fabricio Mantilla Espinosa, “La norma de indemnización de perjuicios causados por las actividades peligrosas (art. 2356 Código Civil Colombiano)”, *Opinión Jurídica*, vol. 3, N.º 6 (2004): 101-24.

•Hacia una reconstrucción de la responsabilidad objetiva por riesgo...•

y al ser, en la mayor parte de los casos, debidas a los dependientes, y no al titular de la actividad; más bien, se ha querido fundar una responsabilidad que vincule el riesgo introducido y la utilidad conseguida<sup>51</sup>.

La presunción de culpa con efectos de presunción de responsabilidad, o presunción rotunda

La jurisprudencia es reiterativa al invocar la presunción de culpa en la aplicación del artículo 2356 del Código Civil, o en señalar que la referida norma la contiene; sin embargo, en la argumentación, solo se admite que para exonerarse de responsabilidad cabe exclusivamente la prueba de una ruptura causal —es decir, cualquiera de las causales de liberación que son propias de los supuestos de responsabilidad objetiva, sea el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de la víctima o el hecho de un tercero—.

En esta línea se pueden ubicar gran parte de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia. Así, por lo general, los casos de accidentes de tránsito por colisión de vehículos evidencian esta posición. A propósito, se puede citar la sentencia del 4 de junio de 1992 recaída en un caso de colisión de una camioneta perteneciente a una empresa contra un vehículo cuya conductora falleció como consecuencia del accidente. La corte ha establecido que “[...] cuando el daño tiene origen en una actividad susceptible de ser considerada como peligrosa, apoyándose en el artículo 2356 del Código Civil, la jurisprudencia ha implantado un régimen conceptual y probatorio cuya misión no es otra que la de favorecer a las víctimas de ciertos accidentes en que el hombre, utilizando en sus propias labores fuerzas de las que no puede tener siempre absoluto control [...], de hecho había colocado a los demás asociados bajo el riesgo inminente de recibir lesión aunque la actividad de la que se trate, caracterizada entonces por su peligrosidad, se llevare a cabo con pericia y observando toda la diligencia que ella exige”<sup>52</sup>.

Luego, en la misma sentencia se pone de relieve que la doctrina jurisprudencial ha deducido “[...] que existe una presunción de culpa en quienes se

<sup>51</sup> Véase la propuesta dogmática de Pietro Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva* (Milán: Giuffrè, 1961), 48, 275. En esta línea, también Demetrio De Martini, “Responsabilità per danni da attività pericolosa e responsabilità per danni nell’esercizio di attività pericolosa”. *Giurisprudenza Italiana*, vol. 2 (1973): 963-90.

<sup>52</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 4 de junio de 1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, *Gaceta Judicial* CCXVI-395, 10.

dedican al ejercicio de actividades peligrosas [...]”. Reafirma la sentencia que dicha responsabilidad descansa en la existencia de culpa del demandado, aunque esta sea presunta, y admite su exculpación demostrando que el daño ocurrió por una fractura causal. Como se puede apreciar, se mantiene la línea de sostener declaradamente la existencia de una presunción de culpa que no admite la prueba de la ausencia de culpa para la liberación de responsabilidad, lo que se traduce, en esencia, en una presunción de responsabilidad.

Por otro lado, destaca la aplicación extensiva de la referida presunción de responsabilidad al abrigo del mencionado artículo 2356 a la persona jurídica de la cual depende el conductor que con su vehículo causó el daño, bajo el argumento de que, si bien le es aplicable la responsabilidad por hecho del dependiente, lo alcanza también la presunción de culpa, debido a su condición de “guardián de la actividad”, refiriéndose con dicha expresión a quienes en ese ámbito tengan un poder efectivo de uso, control o aprovechamiento respecto al artefacto mediante el cual se realiza dicha actividad. En este sentido, dice la Corte, “[...] se extiende inexorablemente respecto de todos aquellos a quienes pueda tenérseles como responsables de la actividad en cuyo desarrollo se produjo el evento causante del daño [...]”<sup>53</sup>.

La presunción de culpa en los daños generados por la electricidad —riesgo especial— En indiscutible que la electricidad es un bien riesgoso<sup>54</sup> por propia naturaleza, que su potencialidad dañosa es elevada, toda vez que su funcionamiento es una fuente o un motor para el movimiento de la industria, de maquinaria, de aparatos, y su generación, su transformación, su transmisión y su distribución, en todo lo cual se refleja su elevada potencialidad dañosa<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> Ibid., 14.

<sup>54</sup> La calidad de peligrosa de la electricidad fue reconocida en la jurisprudencia colombiana en la sentencia del 16 de marzo de 1945, al referir que la electricidad “es una de aquellas en que opera la consecuencia probatoria práctica de hacer comparecer a dicho demandado en situación de culpabilidad presunta, de forma tal que le basta al actor demostrar que el perjuicio se causó por motivo de la generación, transformación, transmisión y distribución de energía eléctrica, para que el responsable de esos quehaceres quede bajo el peso de la ameritada presunción legal”. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de marzo de 1945. *Gaceta Judicial* LVIII, 668. En el caso, la corte se vale del recurso de la culpabilidad presunta.

<sup>55</sup> La Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 23 de junio de 2005 precisó que “generar, conducir y distribuir energía eléctrica son actividades que la jurisprudencia ha calificado como peligrosas”. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 23 de junio de 2005. M.P. Edgardo Villamil Portilla.

•Hacia una reconstrucción de la responsabilidad objetiva por riesgo...•

A pesar de las características anotadas, y que, de una u otra manera, son asumidas por la jurisprudencia, no fluye de esta última una posición clara que determine la existencia de una responsabilidad objetiva por riesgo. En efecto, predomina el recurso a la presunción irrefragable de culpa, con la cual se supera, en parte, un enfoque inicial que perseveró en la aplicación de una responsabilidad por culpa aun en estos casos<sup>56</sup>.

En tal sentido, la sentencia de casación del 8 de octubre de 1992<sup>57</sup> se pronunció en el caso de un menor, víctima de un cable electrificado de la empresa que provee de energía a la zona del accidente, y a quien, luego de pisarlo, le produce la muerte. La corte destaca que el manejo de energía es una actividad riesgosa, razón por la cual la culpa se presume en quien ejecuta dicha actividad, y el hecho de que la actividad tenga la calidad de riesgosa determina involucrar como responsable a la entidad que materialmente realizó los trabajos, así como a la entidad que es propietaria de todas las redes eléctricas del departamento, tal como acotó la corte. Al respecto, precisó la sentencia que “aún cuando la electricidad es uno de los puntales del progreso humano y motor por excelencia de asombrosos avances tecnológicos, inevitable es reconocer que se trata al propio tiempo de un elemento cuyo aprovechamiento implica riesgos especiales para las personas...”, donde la actividad se caracteriza por su peligrosidad.

De los argumentos expuestos, se puede desprender que de la sola titularidad de un bien riesgoso, como es la electricidad, deriva la presunción de culpa sobre la empresa titular de la actividad del servicio de venta y distribución de energía eléctrica, aunque haya sido otro el sujeto que manipuló el cableado, tal como aconteció en el caso y con autorización de la empresa electrificadora. Vale destacar que la sentencia atribuye al artículo 2356 del Código Civil el alcance de contener una presunción de culpabilidad, lo que da lugar a un régimen especial

<sup>56</sup> La referencia al enfoque inicial que tuvo la jurisprudencia frente a los daños derivados de la energía eléctrica se realiza con base en los argumentos de la sentencia del 28 de febrero de 1956, recaída en un caso de electrocución y carbonización de la víctima con una línea eléctrica caída y que está conectada con una cerca de alambre por el piso, en inmediaciones de la casa de la víctima, “[...] lo cual bastaría para afirmar la culpa de la entidad demandada sin recurrir a la presunción que se aplica cuando se trata de actividades denominadas peligrosas”. Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de febrero de 1956. M.P. Agustín Gómez Prada, *Gaceta Judicial* N.º 2163-2164, 98.

<sup>57</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 8 de octubre de 1992. Exp. 3446. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. *Gaceta Judicial* (2017): 670. En esta sentencia se reconoce que la electricidad es uno de los puntales del progreso humano y motor por excelencia de asombrosos avances tecnológicos.

de responsabilidad para los daños que derivan de la ejecución de una actividad riesgosa, presunción que solo se desvirtúa con la prueba de la culpa de la víctima, fuerza mayor, caso fortuito o intervención de un tercero.

La sentencia se refiere a la electricidad como generadora de “riesgos especiales”, y con ello se mantiene en la tónica de lo sentenciado en otras ocasiones para los denominados “riesgos previsibles”<sup>58</sup>; es decir, se apoya en una presunción de culpa para descargar a la víctima de la prueba de este elemento subjetivo y aceptar solo la ruptura causal como fundamento para liberar de responsabilidad. Ante ello, se puede observar que si se está ante un riesgo de particular magnitud e importancia, susceptible de desencadenar accidentes, como en el caso, correspondería proveer a las víctimas una solución indemnizatoria nítida desde la responsabilidad objetiva, sin tener que recurrir a una valoración subjetiva de la conducta del responsable.

Algunos años después de la sentencia de 1992, se dictó la sentencia del 26 de agosto de 2010<sup>59</sup>, recaída también en un caso de electrocución. La víctima se encontraba en una finca cercada con alambres que transmitían electricidad. Cabe destacar que si bien la sentencia recae en un caso de actividad riesgosa, fue posterior a la sentencia de 24 de agosto de 2009<sup>60</sup>, sobre un caso de colisión de vehículos, cuyo mérito fue interpretar la norma del artículo 2356 del Código Civil en el sentido de una responsabilidad objetiva por riesgo.

La citada sentencia de 2010 representó un viraje al estado anterior al pronunciamiento de la sentencia del 24 de agosto de 2009, a la que se pudo considerar un paso determinante hacia la responsabilidad objetiva por riesgo. En otras palabras, la sentencia de 2010 recuperó la aplicación de la presunción de culpa para fines de una imputación de responsabilidad por actividades riesgosas, y en este sentido precisó que “la Corporación de modo reiterado tiene adoptado como criterio hermenéutico el de encuadrar el ejercicio de las actividades peligrosas bajo el alero de la llamada presunción de culpabilidad en cabeza de su ejecutor o del que legalmente es su titular, en condición de guardián jurídico de la cosa,

<sup>58</sup> Véase Corte Suprema de Justicia, sentencia del 5 de abril de 1962, *Gaceta Judicial*, Números 2253-2254, 342. M.P. José Hernández Arbeláez.

<sup>59</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de agosto de 2010. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda. Aclaración de voto de William Namén Vargas, 45-63.

<sup>60</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia del 24 de agosto de 2009. M.P. William Namén Vargas.

•Hacia una reconstrucción de la responsabilidad objetiva por riesgo...•

escenario en el que se protege a la víctima relevándola de demostrar quién tuvo la responsabilidad en el hecho causante del daño padecido y cuyo resarcimiento reclama por la vía judicial, circunstancia que se explica de la situación que se desprende de la carga que la sociedad le impone a la persona que se beneficia o se lucra de ella y no por el riesgo que se crea con su empleo. El ofendido únicamente tiene el deber de acreditar la configuración o existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y la conducta del autor, pudiéndose exonerar solamente con la demostración de la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o la intervención de un tercero”<sup>61</sup>.

La corte ha señalado que la interpretación judicial de la sala, referida a la presunción de culpa, “emana del texto mismo del artículo 2356 del Código Civil cuando dispone que ‘por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta’, lo que significa sin lugar a dudas que los calificativos de la conducta del actor enmarcan dentro del sentido más amplio de lo que debe entenderse por el accionar culposo de una determinada persona en su vida social y en las relaciones con sus semejantes cuando excediendo sus derechos y prerrogativas en el uso de sus bienes o las fuerzas de la naturaleza causa menoscabo en otras personas o en el patrimonio de éstas”<sup>62</sup>. En esta línea, la corte niega que sea el daño producido o el riesgo que se origina por una conducta calificada como actividad peligrosa lo que es fuente de la responsabilidad; en cambio, afirma que es la “presunción rotunda de haber obrado en el ejercicio de un comportamiento de dichas características con malicia, negligencia, desatención incuria, esto es, con la imprevisión que comporta de por sí la culpa”<sup>63</sup>.

Si bien la corte en el presente caso es enfática en destacar que no fue voluntad del legislador dejar por fuera la culpa en la responsabilidad por actividades peligrosas, y que, más bien, ese elemento está ínsito en la norma, al mismo tiempo reconoce que la misma norma del Código Civil es clara e inequívoca en determinar que la causa de la indemnización descansa en la actividad peligrosa, como la conducción de energía eléctrica.

.....  
<sup>61</sup> Ibid., 14.

<sup>62</sup> Ibid., 16.

<sup>63</sup> Ibid.

Conforme se puede desprender del recorrido jurisprudencial que constituye la realidad aplicativa de la norma en cuestión, el recurso a una llamada presunción rotunda o irrefragable de culpa solo constituye una ficción de culpa para servir de fundamento en el *nomen* a la imputación de responsabilidad<sup>64</sup>, pero, en el fondo, existe un pronunciamiento a favor de la víctima del daño. En efecto, se trata de una responsabilidad objetiva con el ropaje de una presunción irrefragable o absoluta de culpa; en otras palabras, el pronunciamiento, en realidad, apunta hacia una responsabilidad objetiva, conforme se desprende de las precisiones que hacen las sentencias para indicar que solo cabe liberarse de responsabilidad con la prueba de una ruptura causal.

La crítica que se plantea en el párrafo precedente encuentra apoyo en el voto aclaratorio del magistrado Namén Vargas, formulado a la misma sentencia de 2010. En tal sentido, Vargas cuestiona la postura asumida por el criterio mayoritario de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en torno al tratamiento de la responsabilidad civil por actividades peligrosas, y, específicamente, en lo referente a la tesis de la culpa presunta. El magistrado se aparta de dicha tesis por la cual la presunción de culpa está ínsita en la norma del artículo 2356 del Código Civil, y destacó que los cambios que afronta la sociedad deben reflejarse armónicamente en el ordenamiento jurídico. En efecto, el derecho integra el elemento sociológico que es la vida humana, y es tan importante que impacta directamente en la aplicación de la norma positiva<sup>65</sup>. De esta manera, Vargas considera que “la supuesta presunción de culpa por el mero ejercicio de una actividad peligrosa, carece de todo fundamento lógico y normativo”<sup>66</sup>, y de esta manera concluye que la mencionada norma contiene un supuesto de responsabilidad objetiva por riesgo, como es el caso de la electricidad, respecto a la cual la presunción de culpa “no parece convincente, máxime si la actual tendencia universal es la responsabilidad objetiva”.

<sup>64</sup> En el sentido de considerar un mito que la culpa sea el presupuesto esencial de la responsabilidad, como igual de prejuiciosas son las razones de carácter moralista o lógico que se aducen en su apoyo: Renato Scognamiglio, *Responsabilità civile. Scritti giuridici, Scritti di diritto civile* (Padua: Antonio Milani, 1996), 325.

<sup>65</sup> El derecho está integrado por conducta humana, normas y valores. Carlos Fernández Sessarego, *Derecho y Persona* (Buenos Aires: Astrea, 2015); Miguel Reale, *La teoría tridimensional del derecho* (Valparaíso: Edeval, 1978).

<sup>66</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia del 24 de agosto de 2009. M.P. William Namén Vargas, 51.

•Hacia una reconstrucción de la responsabilidad objetiva por riesgo...•

Con posterioridad, en 2014, la Corte Suprema de Justicia se pronuncia en otros casos de daños generados por la electricidad. Se persiste en la línea de sostener una imputación por culpa presunta debido a la actividad riesgosa, respecto a la cual la parte demandada solo se libera de responsabilidad con la prueba de la ruptura causal, y donde no es dable excusarse ni exonerarse con la probanza de una conducta diligente<sup>67</sup>.

Así, en un caso resuelto por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 28 de abril de 2014, la víctima, al pasar muy cerca de una grúa con la cual trabajadores de una empresa de servicios eléctricos llevaban a cabo labores de traslado de lugar de un poste eléctrico que servía de soporte a las redes de conducción de energía eléctrica, sufrió los efectos de una descarga eléctrica que le produjo la muerte. La corte, apoyándose en jurisprudencia reiterada, destaca que se trata de un caso de actividad riesgosa que da lugar a una presunción de culpa sin posibilidad de invocar para la defensa el hecho de haber obrado con la debida diligencia, toda vez que solo cabe para los fines liberadores de la responsabilidad la prueba de la ruptura causal, que no se dio en el caso.

En otro caso, consistente en la caída de un cable de alta tensión de las redes pertenecientes a una finca, lo cual ocasionó un incendio en la propiedad de la demandante, la corte dictó la sentencia del 16 de mayo de 2014<sup>68</sup>, no casó la sentencia del tribunal, que declaró la responsabilidad por actividad riesgosa y precisó, además, que deben concurrir los elementos constitutivos de la responsabilidad, entre los cuales mencionó “el hecho cometido por una persona, en forma dolosa o culposa”, referencia que despierta cuestionamientos, toda vez que la concurrencia de dicho elemento subjetivo no es presupuesto de una responsabilidad por riesgo. En efecto, la corte replicó la decisión del tribunal por haber encontrado probada la culpa de la empresa demandada (Electrificadora del Caribe), debido a un inadecuado mantenimiento de las “redes eléctricas” y la relación causal, consistente en un defectuoso empalme de los cables eléctricos, lo

<sup>67</sup> En el sentido de destacar la tesis de la presunción de culpa generada por el artículo 2356 del Código Civil colombiano, y que no cabe excusarse con la prueba de haber actuado con la diligencia debida, se pronunció también la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 8 de septiembre de 2011, Ref: Exp. 73449-3103-001-2006-00049-01. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

<sup>68</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia del 16 de mayo de 2014. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

que produce, a su vez, un falso contacto entre los conductores que recalientan las líneas, hasta producir chispas, y luego, incendios.

Como se observa, en aquella ocasión la corte no recurrió a la presunción de culpa para sostener la imputación por riesgo de la actividad, sino se remitió al tradicional criterio de imputación subjetivo, a una valoración subjetiva de la conducta; en otras palabras, a una culpa probada, para los fines de la atribución de la responsabilidad, y sin que obstara para ello la existencia de una actividad riesgosa, que en el caso se concreta en la caída de un cable de alta tensión de las redes eléctricas del cual se desprenden daños a la propiedad.

Notoriamente, la imputación por culpa sigue siendo, para la jurisprudencia colombiana, el criterio imputación predominante en la atribución de responsabilidad por actividades riesgosas: de manera especial, lo evidencia el último caso de los citados, en el cual la actividad riesgosa es la electricidad, y respecto a la cual se destacó la conducta negligente de la demandada, consistente en la falta de mantenimiento de las redes eléctricas. Asimismo, se puede apreciar que, a juicio de la corte, no hubo necesidad de recurrir directamente a la tesis de la presunción de culpa, a diferencia de otras oportunidades —o sea, la generalidad de los casos de actividades riesgosas<sup>69</sup>—, si bien respecto a la prueba liberadora de responsabilidad, la corte fue enfática en sostener que no se configuró la fuerza mayor ni caso fortuito con capacidad suficiente de destruir la relación de causalidad.

En la línea subjetivista por la que transcurre la jurisprudencia colombiana se encuentran algunos fallos que destacan, unos más que otros, la referencia a la cláusula general por culpa, consagrada en el artículo 2341 del Código Civil, aun para algunos casos de actividades riesgosas, y respecto a las cuales se destaca el

<sup>69</sup> Esta misma tesis de la presunción de culpa ha prevalecido en la jurisprudencia sobre la responsabilidad por accidentes de tránsito. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 18 de mayo de 1972. M.P. Ernesto Gamboa Álvarez; Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 18 de marzo de 1976. M. P. Germán Giraldo Zuluaga; Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de abril de 1976. M.P. Humberto Murcia; Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 5 de septiembre de 1978. M.P. Zambra Álvarez; Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 16 de julio de 1985. M.P. Horacio Montoya Gil; Corte Suprema Justicia. Sentencia del 17 de julio de 1985. M. P. Humberto Murcia Ballén; Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 29 de agosto de 1986. M.P. José Alejandro Bonivento Fernández; Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 25 de agosto de 1988. M. P. Rafael Romero Sierra; Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 4 de junio de 1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss; Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de junio de 1993. M.P. Héctor Marín Naranjo; Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de octubre de 1995. M. P. Nicolás Bechara Simancas; Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 26 de noviembre de 1999. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno; Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 23 de octubre de 2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 8 de abril de 2014. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

•Hacia una reconstrucción de la responsabilidad objetiva por riesgo...•

deber de cuidado y el cumplimiento de estándares conductuales. La alusión a un supuesto de responsabilidad por culpa no va hecha respecto a fallos de la jurisprudencia de antaño, lo que se entendería por la ubicación temporal del razonamiento en torno a la imputación de la responsabilidad civil sobre bases absolutamente subjetivistas, sino a fallos recientes recaídos en casos de actividades riesgosas, como el caso de daños derivados de escaleras mecánicas.

A propósito, el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia del 5 de agosto de 2014 recayó en un caso en el cual la víctima rodó por las escaleras eléctricas de un almacén comercial. A pesar de que la demanda hizo énfasis en que las escaleras no cumplieran con los mínimos de seguridad establecidos, se recalca que “el solo hecho de tener unas escaleras en un almacén constituye una creación de peligro, que exige un mayor grado de cuidado de quien está a cargo de ellas”<sup>70</sup>. Llama la atención que la corte haya construido su razonamiento sobre el caso en elementos de juicio que sustentan el supuesto de la responsabilidad por culpa, contenido en el artículo 2341 del Código Civil, respecto al cual destacó la Corte el hecho de que está edificado sobre la idea de libertad, y sobre cuya base llega a descartar, en el caso, la configuración de un comportamiento imprudente o negligente por parte de la empresa demandada a la cual se le atribuyó la causa del daño, y destacando la presencia de la culpa exclusiva de la víctima y, por ende, la inexistencia de responsabilidad, precisó que “...no es por cualquier consecuencia imprevisible o incontrolable que se deriva de nuestros actos por lo que estamos llamados a responder, sino únicamente por aquéllos que realizamos con culpa o negligencia”<sup>71</sup>.

Si bien el desenlace del caso se resuelve en una ruptura causal, los argumentos invocados por la corte en el desarrollo de su razonamiento traslucen un enfoque subjetivista de la responsabilidad, según el cual se llega a hacer énfasis en la ausencia de una conducta negligente del demandado en el caso antes citado, y hasta se llega a invocar la cláusula general de la responsabilidad por culpa para la evaluación de la conducta del demandado. En una perspectiva como la anotada, de valoración de los casos de daños por actividades riesgosas, se observa el sabor

<sup>70</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 5 de agosto de 2014. Radicación N° 05266 31 03 002 2002 00010 01. M.P. Margarita Cabello Blanco.

<sup>71</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 5 de agosto de 2014. Radicación N° 05266 31 03 002 2002 00010 01. M.P. Margarita Cabello Blanco, p. 24.

netamente subjetivista por el cual discurre la jurisprudencia, aunque la solución de los casos se resuelva, por lo general, en el examen de una de las rupturas causales<sup>72</sup>.

### Consideraciones finales

El supuesto de responsabilidad contemplado en el artículo 2356 del Código Civil colombiano contiene una regla de responsabilidad por riesgo. Si bien el problema surge a partir de la aplicación jurisprudencial a lo largo de décadas, es necesario destacar que la norma se refiere al riesgo como un fundamento diferente de imputación de responsabilidad en relación con el principio general de la responsabilidad por culpa.

Es cierto que el legislador colombiano del siglo XIX se vio marcado por la influencia que corresponde a la época sobre el predominio de la responsabilidad subjetiva, circunstancia que permite entender la fórmula ambigua entre la culpa y el riesgo, del mentado artículo 2356. No obstante, a pesar de dicha influencia, no puede negarse la autonomía que tiene la norma en relación con el artículo 2341 del mismo código, el cual contiene la regla de la responsabilidad por hecho propio, al referirse en sus numerales a situaciones que comportan un grado de riesgo para la generación de daños. En esta línea, la práctica cada vez mayor de actividades que comportan en sí mismas un riesgo ha dado lugar a un incremento de los daños que en el sistema colombiano han sido afrontados desde la aplicación del referido artículo 2356 del Código Civil. No ha sido pacífica la solución de estos casos desde que la jurisprudencia colombiana muestra pasos adelante para el reconocimiento de una real imputación objetiva de la responsabilidad y retrocesos, con predominio de estos últimos, en el sentido de recuperar una línea de interpretación subjetiva de la responsabilidad, para no perder la conexión con el principio de la culpa como criterio principal de imputación de responsabilidad.

En ese orden de ideas, el recurso a las presunciones de culpa ha representado el *modus operandi* ordinario de los jueces para atribuir una responsabilidad por

<sup>72</sup> En otros casos, la corte ha sido aún más enfática en postular el concurso de la culpa para que tenga lugar la responsabilidad a la que se refiere el artículo 2356 del Código Civil. Así, en un caso de accidente de tránsito, se ha destacó la presencia de una presunción de culpa, respecto a la cual ha llegado a señalar la corte que se podrá exonerar con las causales de exoneración de culpa y que actuó con todas las medidas de cuidado y diligencia para evitar el daño causado, y la carga de la prueba corresponde al agente del daño: Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 18 de mayo de 1972. M. P. Ernesto Gamboa Álvarez.

•Hacia una reconstrucción de la responsabilidad objetiva por riesgo...•

riesgo bajo un razonamiento de culpa, traducido en el incumplimiento del deber de custodia o de diligencia, el que no encuentra explicación lógica en un contexto de actividad riesgosa; más aún, si al demandado no se le permite de norma su exculpación con la prueba de la ausencia de culpa.

Dicho planteamiento lo que traduce es una posición de *confort* en tratar de mostrar que prevalece el criterio de imputación subjetivo aún en una realidad: la del riesgo, que exige una posición de claro favor para las víctimas del daño, y, al mismo tiempo, una coherencia en los argumentos que abriga la teoría de la responsabilidad por riesgo, para, más bien, posibilitar una adecuada y transparente alocaión del riesgo en los sujetos que se encuentran en la posibilidad de tomar las medidas necesarias para evitarlos, y en caso de que se produzcan, poder facilitar la indemnización a la víctima, lo que, en cambio, se ve imposibilitado en el estado actual de la imputación de responsabilidad por riesgo, al abrigo del artículo 2356 del Código Civil de Colombia.

La interpretación jurisprudencial ha tendido a preservar —al menos, en el formato— el criterio subjetivo de imputación, aunque en el fondo subyace el convencimiento de que los casos de responsabilidad por riesgo no pueden tomar otro camino sino el de una responsabilidad objetiva. Este sentir se desprende de la reiterada posición en las sentencias respecto a permitir la exoneración de responsabilidad solo con la prueba de una de las causales de la ruptura causal. Con esta actitud por parte de la jurisprudencia colombiana frente a los casos señalados, se perenniza una incertidumbre frente a los casos de daños producidos con ocasión de un riesgo, respecto a los cuales, si bien el recurso a las presunciones se ha orientado a no permitir que el demandado pruebe la ausencia de culpa, queda siempre abierta la puerta para dicha posibilidad, que se condice con la clásica teoría de la imputación por culpa.

Como se ha podido comprobar, la línea reconstructiva que se desprende de la jurisprudencia colombiana revela su distanciamiento de otras experiencias jurídicas que, como la europea u otras experiencias latinoamericanas —el caso peruano o el argentino, para citar algunos—, llegan a identificar en el riesgo otro gran criterio de imputación capaz de abarcar múltiples situaciones de daños; algunas, incluso, como la que se incorpora en el documento europeo de armonización europea de la responsabilidad (PETL), alcanzan a reconocerle la categoría de un principio paralelo al de la culpa para los fines de la determinación de la

imputación de responsabilidad, con la pretensión de abarcar diversas situaciones de responsabilidad objetiva, y rompiendo de esta manera la continuidad de la tradición que hace ya tiempo erigía la culpa como el único fundamento de atribución de la responsabilidad.

En efecto, los tiempos actuales son otros, novedosos y complejos, y la responsabilidad civil sigue empeñada en acompañar las necesidades de reparación a las víctimas de los daños en honor a la función que la determina: la de compensar los daños fundamentalmente. En esta línea, las tendencias objetivadoras de la responsabilidad prosiguen su camino emancipador de la culpa y logran alcanzar plasmación legislativa, que en sistemas como los de base escrita, determinan la seguridad de su aplicación, lo cual constituye una prueba más de que la discusión iniciada en el siglo XX en torno a la opción o no por una tesis de responsabilidad por culpa o una tesis objetiva sigue abierta; corresponde a los estudiosos continuar el trabajo esclarecedor de cuánto resulta de la jurisprudencia y cuánto va innovando el legislador, bien sea en el plano nacional o en el internacional.

Por su parte, si bien el Código Civil colombiano mantiene una norma ambigua sobre la responsabilidad por riesgo, como lo es el artículo 2356, la jurisprudencia ha sido fluctuante y ha inclinado la balanza para interpretar que en la mencionada norma se contiene una regla de responsabilidad objetiva por riesgo solo para algunas actividades riesgosas, las que ha ido identificando la casuística jurisprudencial, y ha descartado un campo general de aplicación de la mencionada regla de responsabilidad. En efecto, el presente estudio pone en evidencia que existe una regla de responsabilidad objetiva por riesgo, surgida de la jurisprudencia, aun cuando no se encuentre definida en el texto legislativo.

De acuerdo con lo que se desprende de la aplicación del supuesto de responsabilidad que ha sido objeto de análisis a través de un recorrido jurisprudencial, se observan avances y retrocesos en cuanto a una definición de la responsabilidad objetiva por riesgo, frente a lo cual, a su vez, se observa cierto temor por declarar la responsabilidad objetiva por el riesgo, no obstante tratarse del criterio de imputación a que alude el supuesto en referencia.

Sin embargo, existen luces que se desprenden de la propia jurisprudencia, en cuanto a qué entender por actividad peligrosa, sobre si el artículo 2356 del Código Civil colombiano propone un supuesto de responsabilidad autónomo en relación con la cláusula general de la responsabilidad por culpa, consagrada en el artículo

•Hacia una reconstrucción de la responsabilidad objetiva por riesgo...•

2341 del mismo cuerpo legal, sobre si cuando se habla del riesgo como criterio de imputación se habla de un riesgo previsible o de un riesgo imprevisible, sobre si en estos casos de actividades riesgosas solo cabe exonerarse de responsabilidad con la prueba de la ruptura causal, y en esta línea acompañan una serie de argumentos que, si bien no traslucen un panorama claro para la afirmación de una responsabilidad objetiva por riesgo, en cambio, sí permiten entrever que se van forjando y asentando los pilares de un supuesto de responsabilidad objetiva por riesgo, que exige presencia en el medio jurídico colombiano como respuesta a las exigencias de indemnización de las víctimas de este tipo de actividades, hoy cada vez más frecuentes, por las condiciones actuales del desarrollo de las actividades de producción de bienes y servicios.

Corresponde recordar que si bien el legislador del Código Civil colombiano tuvo una opción nítida por un régimen de responsabilidad subjetiva, la jurisprudencia revela unas dificultades para aceptar tranquilamente en la actualidad semejante afirmación, y, más bien, es reveladora de las pugnas que se dan para optar por permanecer atada a la tradición subjetivista. En el ordenamiento colombiano, se puede afirmar que se destaca, en cambio, la opción de la legislación especial por una responsabilidad objetiva, como lo es el supuesto de la responsabilidad del productor, producto, a su vez, de una revolución institucional de la propia responsabilidad civil que se observa en el derecho comparado, y que tras unas aproximaciones jurisprudenciales en el derecho colombiano durante la década de 2000, se logra plasmar recién con toda claridad en el Estatuto del Consumidor, aprobado por la Ley 1480 de 2011.

Conforme se puede desprender del recorrido jurisprudencial que constituye la realidad aplicativa de la norma en cuestión, el recurso a una llamada presunción rotunda o irrefragable de culpa solo constituye una ficción de culpa para servir de fundamento en el *nomen* a la imputación de responsabilidad, pero en el fondo existe un pronunciamiento a favor de la víctima del daño. En efecto, se trata de una responsabilidad objetiva con el ropaje de una presunción irrefragable o absoluta de culpa; en otras palabras, en realidad, el pronunciamiento apunta hacia una responsabilidad objetiva, conforme se desprende de las precisiones que hacen las sentencias para indicar que solo cabe liberarse de responsabilidad con la prueba de una ruptura causal.