

## LAS PRESUNCIONES EN EL CONTEXTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

2

### Resumen

La responsabilidad civil ha recibido un tratamiento exhaustivo desde el punto legal y jurisprudencial respecto a las diversas categorías que la integran, bien sean estas de carácter precontractual, contractual, post-contractual o extracontractual, y en relación con la responsabilidad civil extracontractual, respecto a la voluntariedad que le asiste al autor del daño, es posible identificar lo que tradicionalmente se conoce como responsabilidad subjetiva, derivada de la culpa, de cuyo contenido se ocupa el artículo 2341 del Código Civil colombiano y por otra parte, el de la responsabilidad objetiva, que proviene del despliegue de actividades peligrosas, en los términos del artículo 2356, no obstante que, en este último evento, persiste la idea de darle un alcance diferencial, lo que genera cierto grado de perplejidad por la ausencia de unanimidad en torno a la adecuada categorización del presupuesto sobre el cual se funda la responsabilidad allí prevista, puesto que ésta ha oscilado entre la denominada presunción de responsabilidad, la presunción de culpabilidad y más recientemente, en la denominada responsabilidad objetiva; posturas que muy a pesar de contar con una argumentación diferencial en su contenido, a la postre pareciera ser que llevan al mismo resultado y que se traduce

en eximir de la carga de la prueba a quien padeció el daño irrogado con motivo del despliegue de la actividad, para que sea el que la ejecuta, el llamado a acreditar el motivo de exculpación, y para comprenderlo, se hará una aproximación jurisprudencial a dicho tratamiento.

**Palabras clave:** Responsabilidad civil, carga de la prueba, presunciones, eximentes de prueba.

### Abstract

Civil liability has received exhaustive treatment from the legal and jurisprudential perspectives regarding its various categories, being these of pre-contractual, contractual, post-contractual or extra-contractual nature. In relation to extra-contractual civil liability, regarding the voluntariness presented by the author of the damage, it is possible to identify what has been traditionally known as subjective responsibility, derived from guilt, which is dealt with in the Article 2341 of the Colombian Civil Code, and, on the other hand, objective liability, which comes from the performance of dangerous activities, under the terms of the Article 2356. Nevertheless, in this last case, there persists the idea of treating it in a differential manner, which generates some perplexity due to the lack of unanimity regarding the adequate categorization of the presumption on which said responsibility is based, given that it has oscillated between the so-called presumption of responsibility, presumption of guilt and, more recently, the so-called strict liability. These are positions that, despite using a differential argument in their content, in the end seem to lead to the same result, which translates into exempting from the burden of proof those who suffered the damage caused by the performance of the activity, so that the one who executes it has to prove the reason for exculpation. To explain this aspect, the chapter presents a jurisprudential approach to said treatment.

**Keywords:** Civil liability, the burden of proof, presumptions, exemptions from proof.

### Consideraciones preliminares

La responsabilidad civil constituye uno de los aspectos que mayor trascendencia tienen en los sistemas jurídicos, por ser la que de manera frecuente precia la

•Las presunciones en el contexto de la responsabilidad civil y su aplicación •

necesaria intervención de la administración de justicia, en la medida en que las relaciones jurídicas en las cuales se mueve la sociedad constituyen fuente generadora de ese tipo de responsabilidades<sup>73</sup>, y, por ello, el tratamiento exhaustivo que desde los puntos de vista legal y jurisprudencial se les suele otorgar a las diversas categorías que la integran, bien sean estas de carácter precontractual, contractual, poscontractual o extracontractual; soportadas toda ellas, en la libertad<sup>74</sup>.

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico colombiano, en relación con la específica modalidad de la responsabilidad civil extracontractual, en torno a la voluntariedad que le asiste al autor del daño del que se deriva la responsabilidad como fuente de obligaciones, es posible identificar lo que tradicionalmente se conoce como *responsabilidad subjetiva*, derivada de la culpa, y de cuyo contenido se ocupa el artículo 2341 del Código Civil; también, por otra parte, la responsabilidad objetiva, que proviene del despliegue de actividades peligrosas, en la forma como, en efecto, lo consideró, en su momento, la Corte Suprema de Justicia<sup>75</sup>, no obstante que en este último evento persiste la idea de darle el alcance del artículo 2356 del Código Civil, de una presunción de culpabilidad, como, en efecto, se explicó en el capítulo anterior, y en cuyo contenido se hizo una aproximación al análisis del tratamiento que por vía jurisprudencial se le ha otorgado a esta, y que genera cierto grado de perplejidad por la ausencia de unanimidad en torno a la

<sup>73</sup> Al respecto Javier Tamayo Jaramillo, citando, para el efecto, a ROGER DALCQ, señala que "JOSSEAND resumía así su concepto sobre la responsabilidad civil: "No hay en el mundo actual nada más complejo y más viviente: bajo la acción de la vida moderna, siempre más mecánica y siempre más intensa, la responsabilidad tiende a ocupar el centro del derecho civil, es decir, del derecho en su totalidad; en cada materia, en todas las direcciones, siempre terminamos en ella, en el derecho público como en el derecho privado, en el dominio de las personas como en el de los bienes; en todos los instantes y en todas las situaciones, se convierte en el punto neurálgico común a todas las instituciones [...]". De la responsabilidad civil, De las presunciones de responsabilidad y sus medios de defensa (Bogotá: Editorial Temis, 1986), 16.

<sup>74</sup> En este sentido, se ha indicado que: "[...] La libertad se constituye, de ese modo, en uno de los postulados esenciales del derecho natural y **es el principio que hace posible la atribución de responsabilidad, porque solo el reconocimiento de aquélla permite que el daño sufrido por la víctima dé lugar a una acción reparatoria en contra de la persona que lo produjo. [...] De ahí que en los sistemas de derecho occidentales cada quien deba responder por el daño que produzca, a menos que haya una razón jurídica para atribuirlo a una causa extraña o a un tercero.**

**Las libertades permiten a cada quien desarrollar su propio plan de vida, y en la medida en que una persona se beneficia de la convivencia deberá soportar recíprocamente los costos que surgen de esas relaciones, es decir que tendrá que reparar los daños que ocasiona. [...]**". CSJ SC Sentencia de fecha diciembre 18 de 2012, radicación número 2006-00094 M.P. Ariel Salazar Pinzón. (Negrillas fuera de texto).

<sup>75</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia del 24 de agosto de 2009, Sala de Casación Civil. M.P. William Namén Vargas, referencia 2001-1054.

adecuada categorización del presupuesto sobre el cual se funda la responsabilidad prevista en el referido artículo 2356. En este orden de ideas,

se ha dicho que la responsabilidad civil colombiana es por regla general culpabilista. Esto quiere decir que para poder atribuir la conducta a una determinada persona natural o jurídica no solo se debe establecer la conducta, el daño y el nexo causal, sino el actuar culposo del agente como factor de imputación de la conducta, es decir su dolo o su negligencia. Esta regla general encuentra excepciones, por ejemplo, en creaciones jurisprudenciales colombianas que han diseñado distintos factores de imputación tales como las del riesgo creado y las actividades peligrosas, en las que la determinación del dolo o la negligencia pasa a segundo plano, ya sea porque exista una responsabilidad objetiva o una presunción de culpa.<sup>76</sup>

Pues bien, en el entendido de que el mencionado artículo 2356 ha calificado como actividades peligrosas las señaladas en dicha disposición, debemos afirmar que las allí previstas responden a un título meramente enunciativo, soportado en el contexto que rodeaba el momento en el cual fue expedida esa normativa decimonónica; y que, a la luz de las nuevas realidades que caracterizan nuestra sociedad, el espectro se ha ampliado significativamente, como quedó demostrado en el capítulo primero. Esto, por cuanto, al decir de la Corte Suprema de Justicia colombiana, se extienden a “[...] labores que conllevan al empleo de máquinas o la generación, distribución o almacenamiento de energías...” y, por tanto, se han 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>77</sup>.

En este mismo orden de ideas, formarían parte de esa categoría, la de las actividades consideradas riesgosas, la manipulación de la electricidad —a la cual ha calificado como peligrosa “en grado sumo”<sup>78</sup>, y cuyo manejo implica “riesgos

<sup>76</sup> Lina María Céspedes Báez & Angélica María Gutiérrez, “La responsabilidad civil por actividades peligrosas: una forma de establecer el nexo entre personas jurídicas privadas y violaciones de derechos humanos en Colombia”. *Vniversitas*, 125 (2012), 170, en: <http://www.redalyc.org/html/825/82528730006/>

<sup>77</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia del 25 de octubre de 1999, Sala de Casación Civil. 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>78</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia del 16 de marzo de 1945, Sala de Casación Civil, *Gaceta Judicial* LVIII, 668. En la misma línea, la sentencia del 8 de octubre de 1992. Exp. 3446. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, de la misma corporación.

especiales” para las personas<sup>79</sup>—, y el transporte de energía eléctrica, que genera “grave riesgo”<sup>80</sup>, tal como fue precisado en el capítulo precedente.

Sin embargo, ese consenso en torno a tal categorización, no es el mismo que se pregona en torno al tipo de presunción que se deduce del contenido del artículo 2356, por cuanto esta ha oscilado entre la denominada presunción de responsabilidad, la presunción de culpabilidad y, más recientemente, en la denominada responsabilidad objetiva, posturas que, muy a pesar de contar con una argumentación diferencial en su contenido, a la postre parecen llevar al mismo resultado, lo que se traduce en eximir de la carga de la prueba a quien padeció el daño irrogado con motivo del despliegue de la actividad, para que sea quien la ejecuta el llamado a acreditar el motivo de exculpación.

Hechas esas consideraciones, el problema que se ha de abordar en este capítulo es determinar: *¿Cuáles son el contenido y el alcance de la presunción consagrada en relación con el despliegue de las actividades consideradas peligrosas, en relación, a su vez, con la producción de la prueba que se debe realizar en el proceso donde se pretende la reparación?*

Para resolver dicho problema, debemos afirmar que, muy pese a habersele dado el carácter de presunción de culpa, parece desprenderse de su contenido una especie de presunción de responsabilidad, y, en otros casos, una verdadera responsabilidad objetiva.

Sin embargo, al ser el común denominador de las posturas adoptadas, la calificación que de presunción se les da —y en el entendido de que ellas se han estructurado como una especie de ficción legal, a través de las cuales se infiere, a partir de un enunciado, una consecuencia jurídica, y que, en principio, suele eximir de la carga de la prueba a quien se beneficia de tal contenido—, a la luz del despliegue de las actividades peligrosas, esas posturas generan un desconcierto que propicia toda suerte de inquietudes en torno al contenido y el alcance de esa modalidad de responsabilidad, pese a que en todos los casos, no obstante operar un relevo de la carga de probar los efectos expansivos de esta, se comporta de manera diferente, como se demostrará en el presente capítulo.

<sup>79</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia del 5 de abril de 1962, Sala de Casación Civil. M.P. José Hernández Arbeláez, publicada en Gaceta Judicial, Números 2253-2254, 342.

<sup>80</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia del 19 de diciembre de 2006, Sala de Casación Civil. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, 6.

Es dentro de todo este contexto donde procederemos a verificar el tratamiento que se le ha dado a la responsabilidad desde el punto de vista legal y jurisprudencial, con énfasis en el aspecto probatorio, para proseguir el análisis realizado en el capítulo precedente. Luego examinaremos el tratamiento en general que de las presunciones se hace, para verificar la causalidad en el ámbito probatorio y poder, con base en ello, extractar al final algunas conclusiones, orientadas a explicar las variables que desde la propia actividad probatoria ofrece la postura que en torno al tipo de presunción que se pretenda deducir del contenido del mencionado artículo 2356 se trate, lo que permite proponer, desde la órbita del Estado social de derecho y la nueva concepción que se tiene del derecho procesal en este, una fórmula alternativa por virtud de las facultades oficiosas que ostenta el juez, como director del proceso, para disponer, entre otras cosas, que pruebe el que se encuentre en mejores condiciones para hacerlo.

Para lograr tal resultado, debemos indicar que los métodos generales de análisis, síntesis, inducción y deducción y el método específico del diseño bibliográfico o documental constituyen la metodología que se siguió, y que, a partir del análisis teórico de las diversas posturas existentes en torno al tema materia de estudio, permitió una aproximación descriptiva de esta modalidad especial de responsabilidad civil extracontractual y su relación con la actividad probatoria.

## **La responsabilidad civil derivada de actividades peligrosas en Colombia**

### *Fundamento y definición*

Conforme al contenido del artículo 2356 del Código Civil colombiano, se ha afirmado que la causación del daño no es precisamente por el uso que se hace de las cosas: lo que acontece en la práctica “Es que con ellas se ocasiona el daño. Como dice el doctor Jorge Cardozo Isaza, es más apropiada llamarla ‘responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas ejecutadas mediante empleo de cosas’. A la postre, no es la cosa la que causa el perjuicio, sino quien las utiliza”<sup>81</sup>.

En ese sentido se debe, entonces, afirmar, como, en efecto, lo hace el maestro Cardozo Isaza que “Es la actividad peligrosa la que hace presumir la culpa en quien utilizando la cosa ocasiona el perjuicio. El fundamento de la presunción

<sup>81</sup> Guillermo Cardona Hernández, *Curso de obligaciones* (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2001), 127, citando, para el efecto, a Jorge Cardozo Isaza, *Apuntes sobre obligaciones* (Ediciones Jurídicas Wilches, 1986), 218.

•Las presunciones en el contexto de la responsabilidad civil y su aplicación •

estriba entonces en la clase de actividad que se ejecuta con el concurso de la cosa<sup>782</sup>.

El maestro Valencia Zea precisaba que se consideran actividades peligrosas las que:

[...] tienen su origen en el uso de toda suerte de vehículos, máquinas y nuevas energías como ocurre con los automóviles, ferrocarriles, naves aéreas, marítimas y fluviales, la electricidad, al construcción de obras, etc.<sup>83</sup>.

Pues bien, si se toma como punto de partida esa definición, y en el entendido de que el uso de algunos objetos que fabrica el hombre tienden a potenciar la fuerza que comúnmente este tiene, resulta propicia, para efectos del presente análisis, la definición propuesta por el maestro Tamayo Jaramillo, quien señala que:

[...] peligrosa es toda actividad que, una vez desplegada, su estructura o su comportamiento generan más probabilidades de daño, de las que normalmente está en capacidad de soportar por sí solo, un hombre común y corriente. Esta peligrosidad surge porque los efectos de la actividad se vuelven incontrolables o imprevisibles debido a la multiplicación de energía y movimiento, a la incertidumbre de los efectos del fenómeno, o a la capacidad de destrozo que tiene sus elementos<sup>84</sup>.

Esta modalidad de responsabilidad ha adquirido particular importancia a propósito del desarrollo de las tecnologías, pues, a la postre, es la capacidad de inventiva del hombre la que ha permitido la inclusión dentro de su cotidiana actividad de nuevos elementos que no solo mejoran su calidad de vida, sino que, a su vez, incrementan su capacidad productiva; y es, precisamente, dentro de este último escenario donde el accionar de las cosas que hace el sujeto es el que pone en riesgo a la propia sociedad.

### *Evolución de la responsabilidad derivada de las actividades peligrosas en Colombia*

Hemos afirmado que la nueva realidad en la que se mueven las relaciones jurídicas hizo necesaria la inserción de un tipo de responsabilidad especial, pues, al decir del maestro Valencia Zea, se soportaba en la necesidad de mejorar la situación de

<sup>82</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil, sentencia del 3 de mayo de 1965.

<sup>83</sup> Arturo Valencia Zea, Álvaro Ortiz Monsalve, *Derecho civil —De las obligaciones—* Tomo III, (Bogotá: Editorial Temis, 1998), 235.

<sup>84</sup> Tamayo Jaramillo, *De la responsabilidad*, 113.

las víctimas, en la medida en que, en la práctica, a estas se les tornaba imposible la acreditación de la culpa en el desarrollo de tales actividades; y, en efecto, indicó el referido maestro que la primera tesis planteada por la Corte Suprema de Justicia consistió en precisar que los daños causados por las empresas ferroviarias y de energía eléctrica debían ser reparadas con fundamento en el artículo 1604 del Código Civil, en la medida en que dicha norma “[...] regula cuestiones relativas a la responsabilidad contractual, la solución consistía en reglamentar casos de responsabilidad extracontractual con normas de la responsabilidad contractual. Solución eminentemente práctica, humana u equitativa”<sup>85</sup>. Esta postura se evidenció en las sentencias: “a) [...] de diciembre de 1929, que condenó a una empresa ferroviaria a pagar el valor de un camión que fue estrellado por una locomotora, b) en 1932 se condenó a una compañía de energía eléctrica a pagar los perjuicios sufridos por una persona a consecuencia de una descarga eléctrica que le produjo una invalidez absoluta [...]. c) en general la misma doctrina se sentó en las sentencias de 1933 y 1936”<sup>86</sup>; se reafirmaba en ellas la necesidad de que todas las empresas involucradas en tal tipo de actividades debían probar la diligencia y el cuidado.

Sin embargo, fue el profesor Eduardo Zuleta Ángel, en Colombia, quien le dio una nueva dimensión a la responsabilidad extracontractual, tomando como base para su análisis si las previsiones contenidas en el artículo 2356 eran una repetición del artículo 2341; su conclusión fue que esta última consagra que está obligado a reparar el daño quien ha cometido dolo o culpa, enmarcándola dentro del escenario de los hechos propios, en tanto que la primera se refiere a daños que puedan imputarse a malicia o a negligencia, y opera en las actividades que ofrecen especiales peligros, a lo que se sumaba otra diferencia concreta, en el sentido de que en los supuestos del artículo 2341 la víctima debía probar el dolo o la culpa del autor del daño, en tanto que en la contenida en el 2356, la víctima tan solo tenía que probar el daño y su imputabilidad material a un sujeto, sin que fuera necesario probar la culpa del autor de dicho daño, pues se estaba en presencia de una presunción de responsabilidad, y entonces aparecían en el escenario jurisprudencial las denominadas presunciones en este tipo de contextos, y

<sup>85</sup> Valencia Zea, *Derecho civil*, 236.

<sup>86</sup> *Ibíd.*, 236.



fue esta la tesis que se plasmó en la sentencia del 14 de marzo de 1938, a la que aludiremos posteriormente<sup>87</sup>.

No obstante lo anterior, el sistema de presunciones estructurado por la corte con base en la nueva interpretación que le dio al artículo 2356 del Código Civil:

[...] terminó generando una enconada controversia en nuestro país. Al punto de encontrarnos hoy ante juristas que -como enemigos antagónicos- se han ubicado en polos diametralmente opuestos en tal discusión, defendiéndose por algunos incluso, que una reinterpretación “conforme a los tiempos” como la que soporta actualmente la ampliación de las “actividades peligrosas”, alcanzaría también para reinterpretar el artículo 2356 del Código Civil y crear desde allí una presunción: para unos cimentada en un elemento subjetivo como lo es la culpa o la imprevisión del agente, mientras que para los restantes basada en algo meramente objetivo como lo es el riesgo<sup>88</sup>.

Lo anterior permite, entonces, inferir que dentro de la Corte Suprema se han generado dos tendencias al respecto: 1) la de los tradicionalistas, que defienden la teoría de la culpa y 2) la de los progresistas objetivistas, que sostienen la teoría del riesgo; muy a pesar de esto, “Lo más curioso de la situación es que las soluciones adoptadas en las partes resolutivas de los fallos son, prácticamente, las mismas, con independencia de la teoría que sostenga el magistrado ponente”<sup>89</sup>.

Atendiendo a las anteriores consideraciones, se tiene que, en punto de la evolución de la responsabilidad civil por el hecho de las cosas, se enmarca en tres grandes etapas:

<sup>87</sup> Debemos en este punto indicar que en un muy importante artículo del profesor Luis Felipe Botero Aristizábal, titulado “El oscuro origen de las actividades peligrosas en derecho colombiano: ¿es necesaria una relectura del artículo 2356 del Código Civil?”, en *Responsabilidad Civil, Seguros y Filosofía del Derecho, en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo* (Bogotá: Editorial Biblioteca Jurídica Diké, Pontificia Universidad Javeriana, Tomo I, 2011), 427-451, cuestiona tal interpretación, soportado en un interesante estudio del profesor chileno Javier Barrientos Grandón, para concluir que “Las conclusiones del profesor Barrientos son incuestionables y confirmaron nuestras dudas sobre las interpretaciones que se le han hecho por la jurisprudencia y doctrina patrias sobre el artículo 2356 del Código Civil” (p. 434). Véase sobre la calificación de algunos productos riesgosos, el caso de los medicamentos, Paola Fonseca y Olenka Woolcott, “Los medicamentos y la información: implicaciones para la imputación de la responsabilidad civil por riesgo de desarrollo en Colombia”, *Revista Criminalidad*, vol. 60, N.º 1 (2018): 79-93.

<sup>88</sup> David Alejandro Castañeda Duque, *Presunción de responsabilidad culpabilidad o carga dinámica de la prueba* (Medellín: Ediciones Editora Señal, 2015), 19, quien cita para el elemento subjetivo la sentencia del 26 de agosto de 2010, con ponencia de Ruth Martina Díaz, en tanto que, para el elemento meramente objetivo, cita la del 24 de agosto de 2009, con ponencia de William Namén, a las que aludiremos posteriormente.

<sup>89</sup> Fabricio Mantilla Espinosa & Pizarro Wilson Carlos, “La responsabilidad civil por actividades peligrosas: aplique primero y explique después”, en *Responsabilidad Civil, Seguros y Filosofía del Derecho, en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo*, (Bogotá: Editorial Biblioteca Jurídica Diké, Pontificia Universidad Javeriana: 2011), 338.

[...] primera, la de la culpa probada (culpa aquiliana) segunda, la de la presunción de culpa (se admitía prueba en contrario y el carácter liberatorio de la causa ignota); tercera la de la presunción de responsabilidad (solo vale la prueba de la fuerza mayor o de la causa extraña, no imputable al guardián)<sup>90</sup>.

Pues bien, lo importante para significar hasta este momento, y siendo consecuentes con algunas de las consideraciones esbozadas en el capítulo anterior, es que la interpretación de esa disposición fundada en las presunciones, por virtud de lo señalado por el máximo órgano de cierre de nuestra jurisdicción ordinaria, radica, primordialmente, en privilegiar desde el punto de vista probatorio la posición, por demás desfavorable, en la que se encontraría la víctima, pues pensar que esta tuviera que demostrar la culpa de quien con motivo del despliegue de la actividad peligrosa puso en riesgo a la comunidad, y le causó un correlativo daño, lo deja en desigualdad, por cuanto estas, como bien se ha indicado, tienen como característica que superan el riesgo ordinario de cualquier actividad, lo cual supone que hay en ellas un riesgo mayúsculo, que hace necesaria una intervención distinta del simple control del acto que se ejerce con la diligencia necesaria; y es ese grado de complejidad el que, para el caso de la víctima, por virtud del principio del *onus probandi*, lo pone en un escenario de *prueba diabólica*; es decir, de difícil consecución, por lo cual la fórmula más apropiada era la del efecto que se le otorga por vía de interpretación que hace la corte a las presunciones, que se comportan como eximentes de prueba, y de cuyo contenido nos ocuparemos a continuación.

## Las presunciones y su tratamiento en el ordenamiento jurídico colombiano

### *Naturaleza jurídica*

Lo primero que debemos afirmar es que las presunciones en ningún caso son medios de prueba<sup>91</sup>, y si bien son tratadas en el ámbito probatorio, como acontece,

<sup>90</sup> Álvaro Pérez Vives, "Teoría general de las obligaciones", vol. II, parte 1, *De las fuentes de las obligaciones* (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2011), 174.

<sup>91</sup> En este sentido, el maestro Jairo Parra Quijano, al analizar este tema, indica que: "Si se piensa un poco en la presunción del párrafo 2º. del artículo 762 del C.C., se llegará a la conclusión de que las presunciones no son medios de prueba, ya que una de las funciones que cumplen es eximir de prueba". Jairo Parra Quijano, *Tratado de la prueba Judicial —indicios y presunciones— Tomo IV* (Bogotá: Ediciones Librería del profesional, 2005), 303.

por ejemplo, en nuestro Código General del Proceso<sup>92</sup>, es, precisamente, porque su estructura se asimila a los indicios, en la medida en que permiten inferir un resultado a partir de la configuración de las condiciones que consagra la norma, y por ello, más allá de comportarse tales presunciones como prueba, a la postre, tienen el carácter de eximentes de esta, pues relevan de la carga de probar a quien pretenda beneficiarse de los efectos jurídicos que la respectiva disposición consagra, aun cuando desde ya debemos señalar que ese relevo probatorio no es del todo absoluto.

Muy a pesar de afirmarse, como ya se hizo, que las presunciones no son medio de prueba, se han esbozado algunas tesis en pro de considerarlas como tales: así lo reseña el maestro Parra Quijano, al indicar que:

Este no es un tema pacífico en la doctrina, por el contrario, es de los más controvertidos:

A) Algunos autores consideran las presunciones judiciales (de hombre) como medios de prueba. Estos autores confunden los indicios con las presunciones judiciales y de ahí surge el criterio, (Gorphe, Guasp).

B) otros autores, consideran que también son medios de prueba las presunciones iuris tantum. Ugo Rocco, sostiene que de la definición de presunción que ha elaborado valiéndose del artículo 2727 del C.C. italiano, se puede inferir que es ella también un medio de prueba, [...].

C) Hay autores que consideran que las presunciones iuris et de iure, como medios de prueba. [...]<sup>93</sup>.

Pues bien, si se trata de justificar su presencia en el Código General del Proceso —como también, en el derogado Código de Procedimiento Civil colombiano (artículo 176)—, en la Sección Tercera, Capítulo I del Título único de pruebas, podemos afirmar que ello obedece, precisamente, a que las presunciones se comportan como eximentes de prueba, pues, en la práctica, lo que con ellas se busca es relevar de la actividad probatoria a quien pretende beneficiarse de los efectos consagrados en la disposición donde se halla contenida esta, y, con ello, atemperar el rigor del principio de la carga de la prueba.

<sup>92</sup> Ley 1564 de 2012, artículo 166: “Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados. El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice”.

<sup>93</sup> Parra Quijano, *Tratado*, 202-3.

Ahora bien, muy a pesar de que las presunciones se estructuran de manera similar a los indicios, se tiene que la diferencia opera porque:

Alsina define al indicio como todo “rastros, vestigio, huella, circunstancia y en general todo hecho conocido o mejor dicho debidamente comprobado, susceptible de llevarnos por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido”<sup>94</sup>, siendo la presunción la consecuencia que se obtiene por el establecimiento de caracteres comunes en los hechos. De tal manera, indicio y presunción son dos conceptos independientes pero que se complementan.

En sentido semejante Devis Echandia dice que “se entiende por indicio un hecho conocido (o una circunstancia de hechos conocida) del cual se induce otro hecho desconocido mediante una operación lógica basada en normas generacionales de experiencia o en principios científicos o técnicos especiales [...]”<sup>95</sup>.

En ese orden de ideas, la presunción ha sido concebida, al decir del maestro Devis Echandia, como “un juicio lógico del legislador o del juez, en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho [...] con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que le indican cuál es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos”<sup>96</sup>. De ahí que se entienda por “presumir (*praesumere*), suponer una cosa cierta sin que esté probada o sin que nos conste [...]”<sup>97</sup>.

### *Clasificación de las presunciones*

Tomando como punto de partida la definición anterior, podemos, entonces, identificar las siguientes modalidades:

#### Presunciones jurídicas

Se caracterizan por encontrarse insertas en disposiciones legales, y son de dos clases:

<sup>94</sup> Hugo Alsina, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, t. II* (Buenos Aires: Cía. Argentina de editores, 1942), 519.

<sup>95</sup> Roberto Vásquez Ferreyra, *Prueba de la culpa médica* (Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1995), 134-5.

<sup>96</sup> Hernando Devis Echandia, *Teoría General de la Prueba Judicial, t. I.* (Bogotá: Editorial Temis, 2002), 677.

<sup>97</sup> *Ibid.*, 694.

- a. **Presunción legal (*Praesumptio Juris Tantum*):** su principal característica radica en que admite prueba en contrario; como ejemplo tenemos la presunción de buena fe, prevista en el artículo 769 del Código Civil Colombiano, y la del artículo 762 de la misma normativa, que establece dicha modalidad de presunción, cuando de la buena fe y la posesión se trata, respectivamente.
- b. **Presunción de derecho (*Praesumptio Juris et de iure*):** que no admite prueba en contrario.

### Presunciones del hombre

Son estas las pretensiones que, si bien no están consagradas en norma jurídica, son adoptadas por el hombre a través de su cotidiana actividad, por virtud de las reglas de experiencia, y pueden, con el tiempo, convertirse en una presunción legal. La función procesal que pueden llegar a cumplir radica en que pueden servirle de guía al operador jurídico para valorar las pruebas<sup>98</sup>.

En este sentido, las presunciones del hombre, llamadas también *judiciales*, son, a criterio de Jorge Peyrano, “aquellas que el juez forma un juicio lógico partiendo de los indicios, que son hechos probados o de público conocimiento, a partir de los cuales, mediante una operación lógica, deduce la existencia de otro hecho inferido o indicado”<sup>99</sup>.

Lo anterior reafirma, en consecuencia, que “Las presunciones legales son las que se encuentran preestablecidas en la ley habiendo realizado a priori el juicio lógico el legislador. Las presunciones legales, si bien es frecuente que así sea, no necesariamente deben estar fundadas en la experiencia pudiendo basarse en razones de política legislativa.”<sup>100</sup>.

## Las presunciones en el contexto de la responsabilidad civil

Si se tratare de justificar el carácter de presunción que se le dio al artículo 2356 del Código Civil, ello se hizo, precisamente, para diferenciarlo del contenido del

<sup>98</sup> Ramón Antonio Peláez Hernández, Manual para el manejo de la prueba 4.a Ed. (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2015), 322.

<sup>99</sup> Jorge Peyrano, Tácticas en el proceso civil (Santa Fe, Argentina, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1983), 76.

<sup>100</sup> Vásquez Ferreyra, Prueba, 136, citando, para el efecto, a Atilio Alterini.

artículo 2341 de la misma normativa, por cuanto es claro que en las hipótesis sobre las cuales se soporta el despliegue de las actividades peligrosas la víctima se encuentra en una verdadera posición de indefensión para demostrar la culpa del infractor, y, ¿qué mejor mecanismo para equilibrar esa dificultad que hacer uso del eximente de prueba? Tal vez, fue también porque para la época durante la cual se erigió en su contenido dicha presunción, el principio del *onus probandi* —carga de la prueba— era de un rigor extremo, pues se soportaba en la idea de que le correspondía probar el hecho a quien lo alegara.

Dicho lo anterior, podemos, entonces, precisar el alcance de tales presunciones en el ámbito de la responsabilidad a partir de las siguientes categorías, a las que alude, de manera indiscriminada, la jurisprudencia.

### *La presunción de responsabilidad*

Este tipo de presunción tiene como particularidad que su ámbito de aplicación está dado por el riesgo que se crea con motivo del uso del elemento que propicia el despliegue de la actividad considerada peligrosa.

En Colombia, como lo dijimos inicialmente, fue la sentencia del 14 de marzo de 1938, el caso conocido con el nombre del “Joven Arnulfo”, con ponencia de Ricardo Hinestrosa, la que estableció la presunción de responsabilidad que se origina en contra del sujeto de una actividad peligrosa<sup>101</sup>; y pese que la corte no casó la sentencia del tribunal que exoneró de responsabilidad civil al demandado sobre la base de la cosa juzgada, pues el caso inicialmente fue conocido por la jurisdicción penal que sobreseyó la causa, en todo caso, “las consideraciones

<sup>101</sup> Caso que se presentó el 29 de septiembre de 1929. Arnulfo y un compañero iban en bicicleta por la carretera de Nacederos, hacia la ciudad de Pereira, cuando en la misma dirección apareció detrás de ellos un automóvil conducido por el señor Pablo Villegas. Por el temor de ser atropellado, el joven Arnulfo comenzó a zigzaguar cambiando de línea transversalmente, y cuando ya casi estaba contra el automóvil, Arnulfo cayó al suelo y la rueda derecha trasera del automóvil le pasó por encima y le produjo la muerte.

En ese entonces se afirmó que el artículo 2356 no era una repetición del artículo 2341, pues los ejemplos aludidos en la primera de las disposiciones “corresponde a la época en que el Código se redactó, en que la fuerza del hombre como elemento material y los animales eran el motor principal, por no decir el único en la industria, en las labores agrícolas, en la locomoción; todo lo cual se ha transformado de manera pasmosa, en forma que junto con sus indecibles favores han traído también extraordinarios peligros”. Esta misma tesis se aplicó en la sentencia proferida el 18 de mayo de 1938, con motivo de las chispas arrojadas por una locomotora y que incendiaron poteros sembrados de trigo, y respecto a lo cual dijo la corte: “Hay que reconocer que una locomotora alimentada con carbón produce chispas”, tesis que fue mejor precisada en la sentencia del 31 de mayo de 1938, para reafirmar la imposibilidad de que fuera admitida la prueba de la ausencia de culpa.

•Las presunciones en el contexto de la responsabilidad civil y su aplicación •

hechas en la mentada sentencia de casación son un mero obiter dicta<sup>102</sup>, sentencia, cuyo análisis se realizó en el capítulo I.

Postura similar fue la acogida en la sentencia del 31 de mayo de 1938, cuando se afirmó que:

Quien ejercita actividades en el manejo de máquinas de la industria humana es responsable del daño que por obra de ellas se cause y, por lo mismo, le incumbe para exonerarse de esa responsabilidad, demostrar la fuerza mayor, el caso fortuito o la intervención de un elemento extraño que no le sea imputable, de que es ejemplo frecuente la culpa de la víctima.

Obsérvese que la presunción de responsabilidad se soporta en la peligrosidad que supone el ejercicio de la actividad considerada riesgosa; en otras palabras, por el riesgo que lleva implícito el uso de la cosa, por lo cual han sido varias las consideraciones esbozadas por la Corte Suprema de Justicia en relación con el contenido del artículo 2356 del Código Civil, la que al respecto ha indicado, como, en efecto, lo hizo en fallo del 18 de abril de 1939, que:

Los ejemplos que allí se mencionan son ilustrativos y se refieren a hechos en que el daño aparece en la cosa misma, por cierta peligrosidad que en ella se transparenta. La Corte ha sostenido la doctrina de que conforme a la disposición del artículo 2356 del C.C., existe una presunción de responsabilidad en contra del agente respectivo, en los casos de daños causados por ciertas actividades que implican peligros, inevitablemente anexos a ellas, responsabilidad por la cual no se exonera de la indemnización, sino en cuanto se demuestre caso fortuito, fuerza mayor o intervención de elementos extraños<sup>103</sup>.

Siguiendo esa misma línea, en la sentencia del 14 de febrero de 1955, la corte excluyó expresamente la posibilidad de aplicación de una presunción de culpa en el artículo 2356 expresando que:

[...] el criterio de peligrosidad de una actividad no dice relación a la aplicabilidad de la presunción de culpa a la que aluden los artículos 2347 y 2349 del Código Civil porque aquel género de actividades caen bajo el dominio de la presunción de

<sup>102</sup> Luis Felipe Botero Aristizábal, "El oscuro origen de las actividades peligrosas en derecho colombiano: ¿es necesaria una relectura del artículo 2356 del Código Civil?". En Responsabilidad Civil, Seguros y Filosofía del Derecho, en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo (Bogotá: Editorial Biblioteca Jurídica Diké, Pontificia Universidad Javeriana, 2011), 438.

<sup>103</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Gaceta Judicial XLVIII, 165. Sentencia del 18 de abril de 1939.

responsabilidad —no de culpa— que se halla configurada por el artículo 2356 del Código Civil. Más claro: no por el hecho de afirmar que una actividad no es peligrosa, se puede desconocer la existencia de la culpa consignada en los artículos citados por el recurrente. La doctrina y la jurisprudencia han anotado las diferenciaciones precisas entre estas dos situaciones jurídicas: en la primera, la prueba de la propia conducta diligente no es causal eximente de responsabilidad civil; es necesario que el demandado demuestre el caso fortuito, la fuerza mayor o un hecho extraño, dentro del cual se halle la culpa exclusiva de la víctima como causal única del perjuicio. En la segunda, le basta al demandado ofrecer la demostración de su diligencia para exonerarse de la responsabilidad, y desde luego, esa exoneración tiene ocurrencia si demuestra cualquiera de los extremos antes anotados para la presunción de responsabilidad. Es bueno advertir que la locución ‘presunción de peligrosidad’ no tiene perfil técnico, porque lo que se presume es la responsabilidad por actividad peligrosa<sup>104</sup>.

Por último, señalemos que este tipo de presunción se ha equiparado a la presunción irrefragable de culpa. En este sentido, se afirma que:

Nuestra jurisprudencia suele servirse de la teoría de la presunción irrefragable de culpa con el fin de excluir el juicio de valor respecto del agente y, a la vez, mantener la palabra “culpa” en su argumentación<sup>105</sup>.

### *La presunción de culpa*

Esta tendencia se soporta sobre la base de que la responsabilidad por las actividades peligrosas es subjetiva y no guarda origen en el riesgo creado, como lo planteó la presunción de responsabilidad, sino en la “presunción rotunda de que el agente obró con improvisación<sup>106</sup>, y en cuyo contenido, además de reiterar el criterio de encuadrar el despliegue de actividades peligrosas en el ámbito de la

<sup>104</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de febrero de 1955, Gaceta Judicial LXXIX, 479-84.

<sup>105</sup> Fabricio Mantilla Espinosa, “El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano”. Revista Opinión Jurídica, vol. 6, N.º. 11 (2007): 129-150, 136. Sobre una posible aplicación de la presunción de culpa por infracción a derechos de propiedad intelectual, véase Germán Flórez y Olenka Woolcott, Protección del derecho de autor. Implicaciones del TLC entre Colombia y Estados Unidos (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015) y Olenka Woolcott y Karen Cabrera, “Las infracciones al derecho de autor en Colombia. Algunas reflexiones sobre las obras en internet y la influencia de nuevas normativas”, Revista Chilena de Derecho, vol. 42, N.º 2 (2018): 502-29.

<sup>106</sup> David Alejandro Castañeda Duque, Presunción de responsabilidad culpabilidad o carga dinámica de la prueba (Medellín: Ediciones Editora Señal, 2015), 21, citando, para el efecto, el fallo del 26 de agosto de 2010 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.



•Las presunciones en el contexto de la responsabilidad civil y su aplicación •

*presunción de culpabilidad* en cabeza de su ejecutor o del que legalmente es su titular, en condición de guardián jurídico de la cosa, escenario en el cual se protege a la víctima relevándola de demostrar quién tuvo la responsabilidad, y cuyo análisis se desplegó, de igual manera, en el capítulo precedente, y de cuyo contenido merece la pena resaltar que:

El ofendido únicamente tiene el deber de acreditar la configuración o existencia del daño y la relación de causalidad entre este y la conducta del autor, pudiéndose exonerar solamente con la demostración de la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o la intervención de un tercero.

Este estudio y análisis ha sido invariable desde hace muchos años y no existe en el momento actual razón alguna para cambiarlo, y en su lugar acoger la tesis de la responsabilidad objetiva, **porque la presunción de culpa que ampara a los perjudicados con el ejercicio de actividades peligrosas frente a sus victimarios les permite asumir la confrontación y el litigio de manera francamente ventajosa, esto es, en el entendido que facilita, con criterios de justicia y equidad, reclamar la indemnización a la que tiene derecho. [...]**.

(Sentencia del 26 de agosto de 2010, expediente 00611). (Negrilla fuera de texto).

Por su parte, en reciente pronunciamiento, se señaló que:

Tratándose del ejercicio de actividades peligrosas, la Sala en desarrollo de lo previsto en el artículo 2356 del Código Civil, tiene decantado que la responsabilidad se juzga al abrigo de la “[...] presunción de culpabilidad [...]”. Cualquier exoneración, por tanto, debe plantearse en el terreno de la causalidad, mediante la prueba de un elemento extraño (fuerza mayor o caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima)<sup>107</sup>.

Lo anterior, muy a pesar de las marcadas diferencias entre las que se pueden mover estas dos categorías, como quedó evidenciado en el contenido de los anteriores pronunciamientos:

En Colombia las altas Cortes no han tenido una posición clara al respecto y han demostrado hondas confusiones entre los dos conceptos. En repetidas ocasiones se ha referido a la presunción de culpa con los elementos de una verdadera presunción de responsabilidad y viceversa. [...] teniendo en cuenta que a la responsabilidad por

<sup>107</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia del 26 de abril de 2016, Sala de Casación Civil, radicado SC12994-2016. M.P. Margarita Cabello Blanco, para reafirmar la postura adoptada en las sentencias: del 6 de octubre de 2015. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, radicado, 2005-00105; la del 18 de diciembre de 2012. M.P. Ariel Salazar Ramírez, radicado 00094, y la del 26 de agosto de 2010. M.P. Ruth Marina Díaz, radicado 00611, de la misma corporación.

actividades peligrosas se le ha aplicado hasta el momento el régimen de presunción de culpa con una única posibilidad de exoneración, la causa extraña. Es decir hay una evidente confusión con las características de la presunción de responsabilidad<sup>108</sup>.

### *Responsabilidad objetiva*

En 2009, la corte cambió la jurisprudencia esbozada hasta ese momento en relación con el régimen de responsabilidad por actividades peligrosas, e indicó que cuando se trata de este tipo de actividades, ya sean concurrentes o no, el régimen que debe tener el juez en cuenta es el de la responsabilidad objetiva<sup>109</sup>.

En ese sentido, debemos afirmar que tal tipo de responsabilidad se soporta sobre la base de que en ningún caso, tratándose de actividades peligrosas, su ejercicio no se encuentra gobernado por presunción alguna, sino que es el riesgo o el peligro que esas actividades comportan lo que determina tal responsabilidad<sup>110</sup>, postura que fue explicada con suficiencia en el capítulo precedente, muy a pesar de su transitoriedad, pues luego se acogió, en 2010, la de la presunción de culpa; merece destacarse de esta lo siguiente:

[...] La responsabilidad “objetiva” (Responsabilità Oggettiva, Responsabilité objective, Strict liability, Objektive Haftung, Gefährdungshaftung), por oposición a la “subjettiva” describe hipótesis de imputabilidad sin culpa, donde la culpabilidad carece de relevancia para estructurarla remitiéndose a factores objetivos como el

<sup>108</sup> Paula Ordoñez Vasco, Responsabilidad civil por actividades peligrosas (actualidad de las teorías subjetiva y objetiva), (Universidad Javeriana, Bogotá Colombia. Tesis para optar el título de abogado, 2010), 32, citando, para el efecto, el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de diciembre de 2004, expediente número 7459. M.P. César Julio Valencia Copete, que demuestra claramente la confusión que existe entre los dos conceptos al equipararlos: “Culpa exclusiva de la víctima que, como nos lo ha enseñado la jurisprudencia y la doctrina, constituye causal que rompe la presunción de culpa o de responsabilidad, contenida en el artículo 2356 del C.C.” (negrillas fuera de texto).

<sup>109</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. William Namén Vargas. Sentencia: 2001-1054, del 24 de agosto de 2009, en cuyo contenido se dijo: “[...] en un comienzo, se consideró que la responsabilidad por actividades peligrosas ex artículo 2356 del Código Civil, comporta una presunción de responsabilidad en contra del autor, después, dijo que de esta dimana una presunción de culpa: luego una presunción de peligrosidad, pasando a un sistema de responsabilidad por ‘riesgo’ o ‘peligrosidad’ de la actividad, para retornar a la doctrina de la ‘presunción de culpa’.

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

<sup>110</sup> Castañeda Duque, Presunción, 88.

riesgo o el peligro, la capacidad de asumir los costos de evitación o de reparar la lesión, fundándose en la situación del sujeto respecto de las cosas, su posición o relación con sus congéneres o el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa permitida por su utilidad social, verbi gratia, la custodia de una cosa, la propiedad sobre ésta, el uso de un animal o el riesgo. La locución se utiliza también —en forma menos extendida, ciertamente— para designar la responsabilidad “estricta”, “absoluta”, “de derecho” (de droit) o “pleno derecho” (de plein droit), por la simple causación del daño, incluso, descartando el juicio de imputación al contenerse en la descripción fáctica del precepto, ubicándolo por su acaecimiento, a diferencia de la “subjetiva”, donde la culpa, “presunta” o “probada”, y el dolo constituirían los criterios de calificación en el caso concreto [...].

### **La actividad probatoria en el contexto de la responsabilidad por actividades peligrosas**

Hemos afirmado que, por regla general, las presunciones se comportan como un eximente de prueba, y que, soportado eso en lo señalado por la corte, se traduce en un régimen especial probatorio, en la medida en que:

La jurisprudencia nacional, apoyándose en la normación legal contenida en el artículo 2356 del C. Civil ha admitido un régimen conceptual y probatorio propio de las actividades denominadas como peligrosas, después de advertir que el ejercicio de una actividad de dicha naturaleza coloca a los asociados en eminente peligro de recibir lesión, aunque se ejecutó observándose por su autor toda la diligencia que ella exige, El referido régimen especial consiste sustancialmente en que, cuando el daño se cause en ejercicio de una actividad peligrosa se dispensa a la víctima de aportar la prueba, con frecuencia difícil de la imprudencia o descuido de la persona a la que se demanda la reparación; es decir, que en tal evento se presume la culpa de ésta por ser ella quien con su obrar ha creado la inseguridad de los asociados [...] <sup>111</sup>.

Lo anterior, para significar que adquieren relevancia las exenciones probatorias desde la perspectiva misma de la actividad probatoria que se debe desplegar en el proceso, en cuyo escenario:

[...] las cargas probatorias varían dependiendo de qué factor de imputación sea el escogido para determinar la responsabilidad. Así, se sabe que la responsabilidad por

<sup>111</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de julio de 1985. M.P. Humberto Murcia Ballén. Revista Jurisprudencia y Doctrina, vol. XIV, N.º 165 (1985): 751-57.

culpa establece una tarea probatoria más exigente para la víctima, en la medida en que debe comprobar la negligencia o el dolo del agente dañino, mientras que cuando se asumen otros factores de imputación, como en el caso de las actividades peligrosas, la carga probatoria disminuye por obra de una serie de presunciones. Estas distinciones son esenciales, no solo porque aumentan o alivianan la tarea probatoria, sino porque dependiendo de qué factor de imputación se le asigne a una actividad específica, se pueden observar efectos disuasivos de la misma, o que impulsan a la adquisición de seguros o de medidas de análisis del riesgo, entre otro<sup>112</sup>.

Todo esto, para significar que tratándose del despliegue de actividades peligrosas, por virtud de la presunción a la que hemos aludido, y sin importar la categoría en la cual esta se mueva, lo que acontece en la práctica es un relevo de prueba, en relación con la acreditación de la culpabilidad, pese a que el demandante no queda eximido del todo de la carga de probar, toda vez que este debe probar el hecho que sirve de base al razonamiento, lo cual, visto con la perspectiva de esas actividades, impone como necesaria la acreditación del daño, para deducir el nexo que tiene este con el ejercicio de la actividad peligrosa que causó dicho daño, y es a partir de tal acreditación como se genera, para quien despliega la actividad considerada peligrosa, la carga de probar la existencia de un factor extraño, para que no se derive la consecuencia procesal que se desprende de la presunción.

Pues bien, en la medida en que la decisión judicial que declare responsable a una persona se debe soportar en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, como bien lo señala el artículo 164 del Código General del Proceso que desarrolla el principio de la necesidad de la prueba<sup>113</sup>, supone que, acreditados los presupuestos inicialmente referenciados, y sin que exista prueba alguna que exima de la responsabilidad del hecho en cabeza de quien desplegó la actividad peligrosa, deberá el juez fallar en su contra.

#### *Efectos de la presunción prevista en el artículo 2356 del C.C.*

Visto desde la órbita de la postura que en torno al tipo de presunción por la que se opte cuando de aplicar el artículo 2356 del C.C. se trate, se generan unas

<sup>112</sup> Lina María Céspedes Báez, & Angélica María Gutiérrez, La responsabilidad, 172.

<sup>113</sup> Peláez Hernández, Manual, 63.

consecuencias probatorias diferentes, por cuanto si el análisis se hace desde la denominada presunción de culpabilidad, además de la posibilidad de exonerarse de la responsabilidad a través de la acreditación de la causa extraña, se hace extensiva aquella a la demostración de la diligencia prudencia o cuidado tenido por quien cumple la labor, en tanto que, visto desde la órbita de la presunción de responsabilidad, solamente se exime de ésta cuando se acredite la presencia de una causa extraña, sin que tenga incidencia alguna con el tema de prueba la diligencia o cuidado.

En este último aspecto se tiene que:

La jurisprudencia es unánime: probado el vínculo de causalidad entre la actividad peligrosa y el daño, el demandado solo puede exonerarse demostrando una causa extraña, la cual puede estar constituida por una fuerza mayor, o caso fortuito, el hecho exclusivo de un tercero, o el hecho exclusivo de la víctima. Así las cosas, nuestra jurisprudencia se ha equiparado desde el punto de vista probatorio a las llamadas “presunciones de responsabilidad” o de “pleno derecho”; en la actualidad, al demandado no le basta demostrar ausencia de culpa, pues solo rompiendo el vínculo de causalidad se libera de la obligación de reparar<sup>114</sup>.

En el mismo sentido, el maestro Valencia Zea la califica como una responsabilidad de pleno derecho<sup>115</sup>.

*Alternativas frente a la acreditación de la responsabilidad derivada de actividades peligrosas en el Código General del Proceso*

Muy a pesar de las acaloradas discusiones que en torno a la naturaleza de presunción que se deduce del contenido del artículo 2356 —y de la cual dio cuenta el análisis efectuado tanto en el capítulo precedente, así como lo señalado hasta este momento—, se tiene que tal interpretación obedeció, sin duda, a la necesidad de eximir de prueba a la víctima, pues carecía de sentido pretender aplicar de manera indiscriminada, para este tipo de eventos, el clásico *onus probandi*, traducido como que quien alega el perjuicio debe probar la culpa del victimario, y que responde al modelo del Estado de derecho; no obstante, al existir consenso

<sup>114</sup> Tamayo Jaramillo, De la responsabilidad, 59.

<sup>115</sup> Valencia Zea, De las responsabilidades, 235.

generalizado de que, por tratarse de actividades peligrosas, resulta por demás obvio que al ser quien despliega tal actividad quien tiene la esfera de dominio sobre sus actos, debe trasladarse a este la carga de la prueba, pues la víctima queda en condición de indefensión frente a ese accionar, y carecería de sentido que, además, deba probar.

Pues bien, dentro de la esfera principialística que rodea el derecho procesal en el contexto del actual de Estado social de derecho, es posible fijar otro tipo de interpretación, pues si se toman como base los principios sobre los cuales se erige ese modelo de organización, conforme al artículo 1° de la Constitución Política colombiana, y que se integran por el respeto a la dignidad humana, la solidaridad, el trabajo y la prevalencia del interés general, emerge una nueva visión del derecho procesal, que al decir de la misma Corte Constitucional, supuso su constitucionalización<sup>116</sup>, y en cuyo ámbito de aplicación la prueba también adquirió el carácter de derecho fundamental<sup>117</sup>; ello, a su vez, impone un nuevo rol o papel no solo a las partes, sino al juez, en relación con la prueba; precisamente, porque, al estar en presencia de un derecho de carácter fundamental, debe dar aplicación, a su vez, al imperativo señalado en el artículo 228 de la Carta Política, que le indica

<sup>116</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-131, del 26 de febrero de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño, en cuyo contenido dicha corporación se refirió a esta categoría de la siguiente manera:

117.2. Uno de los espacios en los que mayor incidencia ha tenido el constitucionalismo es el derecho procesal. En la tradición del positivismo formalista el derecho procesal estaba desprovisto de una vinculación sustancial con lo que era materia de litigio; se agotaba en una ritualidad cuya configuración se realizaba fundamentalmente en la instancia legislativa; era ajeno a propósitos que lo conectaran con los fines estatales y la protección de las garantías que lo integraban solo se brindaba en esas actuaciones y bajo los estrechos parámetros de protección establecidos por el legislador. Así, no llamaba a interés el hecho de que, en materia de derechos, la sustancia que se tenía entre manos se desvaneciera ante las ritualidades y formalidades de unos procedimientos que las más de las veces se explicaban por sí mismos y que perdían puntos de contacto con lo que era objeto de controversia.

Pero esa dimensión del derecho procesal ha sido superada pues el constitucionalismo **ha rescatado las garantías** centenariamente elaboradas como contenidos del derecho procesal para vincularlas inescindiblemente a la realización de las normas sustanciales. Las ha dotado de una teleología que no se explica a partir del solo rito o procedimiento sino en relación directa con las normas jurídicas que consagran los efectos jurídicos que las partes pretenden. **Las ha redimensionado para darles ahora el carácter de facultades irrenunciables, históricamente consolidadas y positivizadas; esto es, para advertir en ellas derechos fundamentales.** [...]” (Negrillas fuera de texto).

<sup>117</sup> Ramón Antonio Peláez Hernández, La prueba ilícita desde la perspectiva de la regla de exclusión y su aplicación en el proceso civil (publicación Colección Tesis Doctorales, Número 9, Universidad Externado de Colombia, 2017), 125, citando, para el efecto, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, del 28 de junio de 2005, expediente 7901 M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, en cuyo contenido se precisa en cuanto a calificar a la prueba como un verdadero derecho de ese carácter.

a al juez, que cuando de administrar justicia se trate, deberá tener presente que el fin último del procedimiento es hacer efectivo el derecho sustancial.

Para este último propósito, goza el juez, dentro del nuevo marco normativo previsto en la Ley 1564 de 2012, de dos instrumentos de los que puede hacer uso por su propia iniciativa, en aras de garantizar una verdadera igualdad material que, en materia de responsabilidad civil derivada de actividades peligrosas, sin duda, se vería fracturada si se pretende que sea la víctima quien pruebe los hechos desplegados por quien ejecutó la actividad peligrosa. Esos instrumentos son el decreto oficioso de pruebas y la carga dinámica de la prueba.

#### El decreto oficioso de pruebas

Se encuentra previsto en el artículo 170 de la Ley 1564 de 2012, y, sin duda, permite que el juez, desde los mismos actos procesales de introducción, despliegue la iniciativa probatoria para decretar las pruebas que permitan evidenciar la forma como acontecieron los hechos de los que se derivó el perjuicio a la víctima, como resultado de la actividad peligrosa.

#### La carga dinámica de la prueba

Se trata de una herramienta de vital importancia en el contexto de las actividades peligrosas, pues, conforme al contenido señalado en el artículo 167 inciso segundo de la mencionada ley, puede el juez, también de manera oficiosa, disponer que pruebe la parte que esté en mejores condiciones para hacerlo<sup>118</sup>, así en principio no tenga esta la carga de la prueba, para lo cual el mismo ordenamiento precisa indicar, a título meramente enunciativo, los eventos en los que puede el operador jurídico considerar dicho traslado, y dentro de los que se encuentran los siguientes:

- a. Por la cercanía al elemento material probatorio.
- b. Por tener bajo su poder el objeto de prueba.
- c. Por circunstancias técnicas especiales.
- d. Por haber participado directamente en la comisión de los hechos.

<sup>118</sup> Esta postura es la indicada también por Castañeda Duque, Presunción, 109, y que se ajusta a los nuevos principios del proceso y de la prueba en el contexto del Estado social de derecho.

- e. Por las condiciones de indefensión, desigualdad o inferioridad en la que se encuentre la parte que debe probar.

Obsérvese, por tanto, que son las tres últimas hipótesis contenidas en la norma las que permiten que, en efecto, se disponga que pruebe quien causó el daño, producto de la actividad peligrosa, en el sentido de acreditar, en caso de ser necesario, que este fue provocado por una causa extraña.

### Consideraciones finales

Si bien la responsabilidad derivada del contenido del artículo 2356 del C.C. fue estructurada inicialmente bajo las consideraciones sobre las cuales se fundaba la contenida en el artículo 2341, desde 1938 la Corte Suprema de Justicia concluyó que el artículo 2356 estableció un régimen especial para el tratamiento de ciertas actividades que, al ser consideradas peligrosas, consagraba un régimen soportado en una presunción, que solo puede ser desvirtuada por una causa extraña.

Lo anterior conllevó que, al ingresar las presunciones al escenario propio de la responsabilidad civil extracontractual, estas se movieran de manera indistinta en lo que la corte había denominado, en algunos casos, como presunción de responsabilidad, y en otros, de culpabilidad, y también como presunción irrefragable de culpabilidad, que en la práctica se traduce en una presunción de responsabilidad.

Dicha posición fue apoyada a lo largo del siglo XX, pero vino a ser revaluada en 2009, de manera transitoria, cuando la Corte Suprema de Justicia empezó a cuestionarse si el sistema aplicable debía ser el de presunción de culpa o de responsabilidad o el de la responsabilidad objetiva, para concluir que este último favorecía y protegía integralmente a la víctima. Esto, por cuanto la persona que causaba algún perjuicio en el ejercicio de una actividad considerada peligrosa está obligada a repararlo, a menos que se demostrara exclusivamente algún factor extraño, y se descartara, en todo caso, algún eximente de responsabilidad fundado en la diligencia y el cuidado.

Esta postura genera, a su vez, unas consecuencias de orden probatorio muy importantes, pues, muy a pesar de que las presunciones se soportan en el relevo de la prueba para quien busca beneficiarse de los efectos que la disposición consagra —en el caso del afectado, con el ejercicio de la actividad peligrosa—, se debe orientar solo a acreditar el daño, ello supone que se traslada el *onus*



*probandi* al demandado, quien solamente quedaría exonerado de esta bajo dos variables: 1) con la perspectiva de la presunción de responsabilidad, en caso de que acredite una causa extraña derivada de una fuerza mayor, un caso fortuito, culpa de la víctima o de un tercero, en tanto que si se soporta en 2) la presunción de culpabilidad, se ampliaría el espectro probatorio a la demostración por cuenta de este último de una eventual diligencia y cuidado.

Es decir que si se mueve el debate dentro del escenario de la responsabilidad subjetiva, la víctima tendrá que probar el hecho, el daño y el nexo de causalidad entre estos, y el causante del daño puede exonerarse de responsabilidad probando bien sea diligencia y cuidado al momento en que realizó la actividad, así como la destrucción del nexo causal por medio de una causa extraña, en tanto que si se ubica dentro de la responsabilidad objetiva soportada en la presunción de responsabilidad o de causalidad, el causante del daño solo puede exonerarse probando la existencia de un factor extraño, y queda en manos de la víctima únicamente la prueba del hecho y el daño, sin tener que probar ningún tipo de causalidad.

Con posterioridad al pronunciamiento de 2009, la corte retomó la categoría de presunción de culpabilidad, pero enfatizando en que solo se desvirtúa por la demostración de causa extraña, lo cual genera perplejidad, pues, muy a pesar de moverse dentro de una aparente responsabilidad subjetiva, en el fondo se trata de una responsabilidad objetiva, o, si se quiere, de una presunción irrefragable de culpabilidad, que solamente puede ser desvirtuada a través de la demostración de la causa extraña, lo que a la postre nos lleva, de igual manera, al escenario procesal de relevar de la carga de la prueba a quien sufrió el perjuicio.

Estas posturas jurisprudenciales si bien han agudizado el debate desde la órbita del derecho sustancial, vista con la perspectiva procesal, tienen un mismo significado, pues a la postre se traducen en eximir de la carga de la prueba a la víctima que fue del despliegue de la actividad peligrosa realizada por el victimario, por lo cual el trasfondo del debate debe superar el carácter de presunción que en su momento se les dio a los efectos consagrados en el artículo 2356 del Código Civil, para que se dé aplicación a la carga dinámica de la prueba, que, como nueva tendencia en el ámbito probatorio, faculta al juez para disponer a cuál de las partes le queda más fácil probar a partir de los criterios fijados por el inciso segundo del artículo 167 del Código General del Proceso.