

**SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
POR EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS,
UNA MIRADA A PARTIR DE LA TEORIA DEL RIESGO**

MÓNICA RESTREPO RUIZ

Monografía presentada para optar al título de Abogada

Asesora: Dra. Catalina Martínez Tamayo

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLIN
2006**

CONTENIDO

Pág.

INTRODUCCIÓN.....	5
1. NOCIONES GENERALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	7
1.1. ¿QUÉ PUEDE ENTENDERSE POR RESPONSABILIDAD CIVIL?	7
1.2. ALGUNAS IDEAS SOBRE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL .	8
1.2.1. El Hecho	8
1.2.2. El Nexo Causal	9
1.2.3. El Daño	12
1.2.4. La Culpa.....	14
1.3. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL.....	17
2. FUNDAMENTO Y FACTORES DE ATRIBUCIÓN	21
2.1. FUNDAMENTO LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS	21
2.2. FUNDAMENTOS POR FUERA DE LA LEY EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL.....	25
2.3. FACTORES DE ATRIBUCIÓN	25
3. FACTORES SUBJETIVOS DE ATRIBUCIÓN.....	28
3.1. EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DE LA CULPA COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	30
3.2. LA CULPA COMO REPROCHE DE UNA CONDUCTA.....	35
3.2.1. La imputabilidad	36
3.2.2. El juicio de previsibilidad	39
3.2.3. El juicio de evitabilidad	42
3.3. CONCLUSIÓN SOBRE LOS CRITERIOS SUBJETIVOS DE ATRIBUCIÓN CON RELACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS	43
4. FACTORES OBJETIVOS DE ATRIBUCIÓN.....	46
4.1. LA TEORÍA DEL RIESGO	48
4.1.1. Concepto de Riesgo.....	48
4.1.2. Historia de la teoría del riesgo.....	49
4.2. TEORÍAS DEL RIESGO: RIESGO-PROVECHO Y RIESGO-CREADO	52
4.2.1. Teoría del riesgo provecho.....	52
4.2.2. Teoría del riesgo creado	54

4.3. CRÍTICAS A LOS CRITERIOS OBJETIVOS DE ATRIBUCIÓN Y EN ESPECIAL A LA TEORÍA DEL RIESGO.....	57
4.4. LA TEORÍA DEL RIESGO Y SU APLICACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD POR EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS	60
5. POSICIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CON RELACIÓN A LOS CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN.....	64
5.1. DÉCADA DE 1990 A 1999	66
5.1.1. Fundamento de la responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas. Responsabilidad objetiva o subjetiva	66
5.1.2. ¿Existe algún desplazamiento o ampliación del “criterio de imputación” de la presunción de la culpa, a cualquiera otro de los elementos de la responsabilidad o la responsabilidad misma	74
5.2. PERÍODO DE 2000 A JUNIO DE 2005	76
5.2.1. Fundamento de la responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas. Responsabilidad objetiva o subjetiva	76
5.2.2. ¿Existe algún desplazamiento o ampliación del “criterio de imputación” de la presunción de la culpa a cualquier otro de los elementos de la responsabilidad o la responsabilidad misma?	81
5.3. ANALISIS DE LA POSICIÓN QUE ACOGE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CON RELACIÓN A LOS CRITERIO DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PARA EL CASO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS	85
6. CONCLUSIONES	88
6.1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS ES UNA CONSTRUCCIÓN DOCTRINARIA Y JURISPRUDENCIAL	88
6.2. LOS FACTORES SUBJETIVOS DE ATRIBUCIÓN RESULTAN INSUFICIENTES PARA GENERAR RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS	91
6.3. LA IMPUTABILIDAD PUEDE EN MUCHOS CASOS IMPLICAR LA AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD Y DEJAR A LA VÍCTIMA CON LA CARGA DE SUFRAGAR EL DAÑO O ACUDIR A ALGUNA OTRA INSTITUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MENOS PROVECHOSA EN MATERIA PROBATORIA.....	92
6.4. LOS DAÑOS QUE SE GENEREN CON OCASIÓN DEL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS PUEDEN SER PREVISIBLES PERO INEVITABLES Y SUELEN CARACTERIZARSE POR SUPERAR LA ESFERA DE DIRECCIÓN Y CONTROL DEL HOMBRE.....	93
6.5. LOS CRITERIOS OBJETIVOS DE ATRIBUCIÓN SE ALEJAN DE LA CULPA Y JUSTIFICAN EN MAYOR MEDIDA LA RESPONSABILIDAD CIVIL QUE SURGE POR EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS CUANDO ELLAS DEVIENEN EN RESULTADOS DAÑOSOS	95
6.6. LA TEORÍA DEL RIESGO CREADO ES IDEAL PARA JUSTIFICAR LA RESPONSABILIDAD POR EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS CUANDO CON ELLAS, SE HA PRODUCIDO UN DETRIMENTO EN CABEZA DE TERCEROS.	96

BIBLIOGRAFÍA.....100

INTRODUCCIÓN

Las actividades peligrosas se caracterizan por estar involucradas con la economía y el desarrollo de cualquier país, y es por esto que, pese a los daños que pueden ocasionar, son aceptadas por la sociedad de forma casi incuestionable y aún cuando no están reglamentadas de una manera específica en el caso Colombiano. Es precisamente esta falta de regulación normativa lo que inspiró mi motivación en el estudio de este tipo de responsabilidad y los pilares sobre los cuales apoya su razón de ser.

Cuando hacemos alusión a las actividades peligrosas estamos ocupándonos de actividades que implican riesgos invaluable, se trata de riesgos que todos corremos y respecto de los cuales podemos convertirnos en víctimas. Una vez suframos las consecuencias dañinas de estos riesgos, buscaremos que alguien asuma las consecuencias de los riesgos generados y responda por los daños producidos con ocasión de los mismos, pero en el caso de actividades peligrosas encontramos que el momento más confuso de esta institución de la responsabilidad se concentra en aquella razón que justifica que las consecuencias patrimoniales, o el menoscabo sufrido, se trasladen en cabeza de quien ha puesto en marcha el riesgo social.

Según nuestra Jurisprudencia y de conformidad con la doctrina mayoritaria, los elementos sobre los cuales se basa esta institución de la responsabilidad civil parecen estar soportados en criterios subjetivos y en consideración a la persona, pero en nada refieren a los riesgos sociales que estas actividades representan.

Este estudio pretende analizar la responsabilidad civil de actividades peligrosas desde diferentes perspectivas, hace un recuento histórico de lo que ha sido su

reglamentación en el país y finalmente propone una mirada desde la teoría del incremento del riesgo. Todo lo anterior con el fin de cuestionar la manera como actualmente estamos evaluando el tema de la responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas y si ésta se ajusta con la realidad del momento y en consideración al principio de restablecimiento económico que pretende la responsabilidad civil.

Los invito a compartir conmigo una propuesta más objetiva y a reconocer que estas actividades requieren ser evaluadas desde una nueva perspectiva, especialmente en lo que se refiere a los fundamentos sobre los cuales se construye la responsabilidad civil que de estas actividades puede derivar.

Si procuramos mirar la responsabilidad a partir de la situación de la víctima es más equitativo en términos sociales y esto desarrolla en mejor medida el principio de la responsabilidad civil de equiparar las cargas patrimoniales cuando se ha producido un resultado lesivo en cabeza de alguien que no está obligado a soportarlo, esencialmente cuando las concepciones de índole subjetivista en nada proporcionan soluciones acertadas cuando, con el desarrollo de estas actividades, se le han ocasionado daños a terceros.

1. NOCIONES GENERALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1.1. ¿QUÉ PUEDE ENTENDERSE POR RESPONSABILIDAD CIVIL?

Responsabilidad civil en un sentido general es la obligación de satisfacer cualquier daño o perjuicio, siendo así que cuando nos referimos a ella estamos haciendo alusión a la calidad que se predica respecto de un sujeto que se reputa responsable, de forma tal que éste debe rendir cuentas por sus propios actos o eventualmente, por los actos de otros, de las cosas que le pertenecen o por las cosas que tiene bajo su cuidado.

De conformidad con la definición anterior, la responsabilidad en sí misma no es un concepto “autónomo, sino un término complementario de una noción previa mas profunda: la de deber u obligación”¹; de esta forma la responsabilidad nos lleva a decir que sobre alguien recae la obligación o el deber de reparar los perjuicios causados, de tal forma que por sí sola y sin asociarla a un sujeto a quien pueda atribuírsele carece de sentido. Ésta se concreta en un vínculo directo, o indirecto según el caso, entre dos sujetos, el causante del daño – o el llamado a responder por él²- y el titular del menoscabo sufrido. La responsabilidad civil tiene un carácter esencialmente reparador³ y pretende el equilibrio patrimonial de los involucrados.

En el ámbito jurídico, y a un nivel más profundo, la responsabilidad civil es la obligación de indemnizar cualquier daño que se haya causado a otro, por el

¹ LÓPEZ MESA, Marcelo. TRIGO REPRESAS, Félix A. Tratado de la responsabilidad civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica. Tomo I. 1ª Edición, 1ª Reimpresión 2005, Buenos Aires, Argentina. Pág. 2.

² Es la figura del civilmente responsable que está llamado a responder por el hecho dañoso que ha sido producido por las personas o cosas que tenia bajo su guarda y cuidado.

³ PEIRANO FACIO, Jorge. Responsabilidad extracontractual. Tercera Edición. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1981. Pág. 24

incumplimiento de una obligación previamente acordada, o por el incumplimiento de un deber legal, como es el deber general de prudencia o el deber de no causarle daño a otros. Esta responsabilidad supone la existencia de un daño, ya sea porque el daño se concreta en un sujeto determinado o en la sociedad en general.

1.2. ALGUNAS IDEAS SOBRE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La responsabilidad civil, independientemente de la institución en que se abarque, se caracteriza por reunir como elementos el hecho, el nexo causal, el daño y, dependiendo de la escuela en que nos apoyemos, la culpa. Veamos estos elementos desde sus generalidades:

1.2.1. El Hecho

Se corresponde con la transformación de una realidad anterior⁴ y esta transformación puede ser el resultado de una conducta –sea por acción o por omisión- del hombre o por el uso o tenencia de las cosas animadas o inanimadas que por la intervención del hombre o por sí mismas han convertido esa situación anterior y se han materializado en un resultado dañoso.

El hecho no es suficiente para hablar de responsabilidad civil, y entonces es necesario retomarlo con el resultado dañoso para que adquiriera relevancia dentro del ámbito jurídico.

Algunos maestros de la doctrina consideran que es necesario calificar el hecho dañoso como “ilícito”, ya que es a partir del hecho ilícito que nace la

⁴ MARTINEZ RAVE, Gilberto. MARTINEZ TAMAYO, Catalina. Responsabilidad civil extracontractual. Undécima edición. Editorial Temis S.A., Bogotá – Colombia, 2003. Pág. 18.

responsabilidad civil, y entiéndase por éste “cuando una persona con su acción u omisión realiza conductas que están previamente prohibidas por el orden jurídico”⁵.

Realmente el carácter de ilícito no parece ser una calidad necesaria en el hecho, lo importante es verificar que el hecho que se concreta en un resultado dañoso no sea contrario al ordenamiento y esto no implica una prohibición expresa del mismo; así, podemos encontrar hechos que, sin estar propiamente prohibidos, repercuten en un resultado dañoso cuyo titular no está obligado a sufrir.

1.2.2. El Nexos Causal

Causa es el antecedente lógico por medio del cual se ha producido un efecto, es aquella razón que ha llevado a la producción del resultado dañoso.

El nexos causal es la relación necesaria, como ocurre con la causa y su efecto, que debe existir entre el hecho y el daño; éste puede resultar de un hecho dañoso o de varios hechos dañosos según el caso.

En algunas ocasiones este nexos causal está ligado a la culpa, cuando ésta es considerada el sustento material del nexos de causalidad, pero esta causalidad en sí, se refiere a un fenómeno rigurosamente objetivo, que no entra, en absoluto, en el ámbito de la psicología y de la mente del hombre⁶, toda vez que se trata precisamente de una relación causa efecto, independientemente de que se analice a partir del hecho y el daño o a partir de la culpa y el daño.

Existe en la actualidad una distinción a la que es necesario aludir: la causalidad jurídica y la causalidad física, ya que puede darse el caso en que, a pesar de no

⁵ TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil, Tomo I. Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1999. Capítulo I.

⁶ Jorge Peirano Facio. *Op. Cit.*, Pág. 407.

existir causalidad física, sí exista causalidad jurídica y en el caso contrario, puede ocurrir un evento donde existe causalidad física y no causalidad jurídica.

Causalidad física será aquella que permite establecer el vínculo o esa relación material que responde a las leyes de la naturaleza y que trata de establecer si un daño es consecuencia de un hecho anterior⁷.

La causalidad jurídica, siendo independiente de la causalidad física, hace referencia a la causa del daño que tiene relevancia jurídica⁸ y nace al momento en que el derecho retoma para sí el vínculo que existe entre el hecho y el daño. De esta forma, la causalidad jurídica permitirá establecer un vínculo, directo o no, entre el presunto responsable y el daño que se le pretende atribuir, toda vez que ese hecho dañoso se encontraba dentro del ámbito de protección de la esfera jurídica del causante, sea por imposición de la Ley o por una dirección de su voluntad.

Para establecer el nexo causal en materia de responsabilidad civil basta la causalidad jurídica, y es esta causalidad la que puede determinar esa relación necesaria entre el hecho y el daño, siendo así que se retome la causalidad física como un elemento que no siempre es necesario y en los eventos en que éste sea necesario, no será suficiente si junto a él no podemos predicar la causalidad jurídica.

El nexo causal puede ser simple o complejo. Cuando hablamos de un nexo causal simple estamos refiriéndonos a un solo vínculo de relación entre el hecho y el daño, como ocurre en los casos de responsabilidad civil extracontractual por el hecho propio consagrada en el Art. 2341 del Código Civil.

⁷ VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto A. Responsabilidad por daños (elementos), Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993. Capítulo IX, Pág. 220.

⁸ *Ibíd.*

El nexa causal será complejo cuando hay más de una relación entre el hecho y el daño. Cabe hablar de varias hipótesis, entre ellas:

- Puede darse el caso de que un solo hecho ocasione varios daños consecuenciales unos de otros.
- Un hecho puede dar lugar a otro hecho, y este último hecho será el que ocasione, en principio, el resultado dañoso.
- Varios hechos, consecutivos unos de otros, pueden llevar a un solo resultado dañoso.

De conformidad con los supuestos anteriores existe, en materia del nexa causal, algunas teorías que pretenden acercarse o determinar cuál es la condición, entre varias posibles, que constituye la causa de determinado daño. Miremos algunas de las más importantes sin adentrarnos en su construcción, ni en las críticas que se les ha hecho:

- Teoría de la equivalencia de las condiciones: se propone como causa de cierto resultado dañoso, la suma de todas las condiciones necesarias para producirlo, de forma tal que estas condiciones sean equivalentes unas de otras en la medida en que, de faltar alguna de ellas, el resultado no se hubiera producido. El resultado debe entenderse producido por cada una de las concausas, ya que cada una de ellas es la fuente de que las demás produzcan el resultado⁹.
- Teoría de la causa próxima: se plantea la necesidad de encontrar entre todas las condiciones de un hecho, una condición o antecedente relevante para establecerlo causa de tal hecho, y entre estos antecedentes no puede establecerse ninguna distinción substancial¹⁰. De conformidad con esta teoría,

⁹ Ibíd. Página 411.

¹⁰ Jorge Peirano Facio. *Ob. Cit.*, Pág. 415-416.

causa es la condición que se ha asociado última a las restantes y que temporalmente se halla más próxima al resultado¹¹.

- Teoría de la causa eficiente: según esta teoría, es eficiente aquella condición que sea más activa en la producción del daño, y suele dividirse en dos vertientes a partir del criterio valorativo que se siga, siendo básicamente un criterio de tipo cuantitativo y en oposición a lo anterior un criterio cualitativo¹².
- Teoría de la causalidad adecuada: posiblemente es la teoría más aceptada y parte de la noción que había sustentado la teoría de la equivalencia de las condiciones, pero “afirma que es preciso llegar a deducir de ese conjunto de condiciones una que posea la calidad de causa y a la cual podamos atribuirle la producción del evento”¹³. Para esta teoría, no todas las condiciones concurrentes, o concausas, pueden ser equiparadas y para lo cual resulta necesario distinguir entre la causa y la simple condición, siendo causa “solamente la condición que según el curso natural y ordinario de las cosas, es idónea para producir un resultado”¹⁴.

1.2.3. El Daño

Es el tercer elemento que se requiere para poder hablar de responsabilidad civil. Partiendo de la cronología temporal, el daño es el último elemento en aparecer como consecuencia del hecho dañoso, pero, analizando el daño desde “el punto de vista metodológico, el daño es el primer elemento, puesto que el problema de la responsabilidad civil del agente comienza recién a plantearse cuando existe un daño causado”¹⁵. Si no existe daño y a pesar de que se reúnan los demás elementos de la responsabilidad, no hay lugar a la reclamación de perjuicios.

¹¹ Marcelo López Mesa. Félix A. Trigo Represas. *Ob. Cit.*, Pág. 599.

¹² *Ibíd.* Página 601 y siguientes.

¹³ Jorge Peirano Facio. *Ob. Cit.*, Pág. 418.

¹⁴ Marcelo López Mesa. Félix A. Trigo Represas. *Ob. Cit.*, Pág. 608.

¹⁵ *Ibíd.* Pág. 393.

Cuando hablamos del daño, estamos haciendo alusión a una pérdida o un menoscabo patrimonial y moral por el cual, quien lo ha sufrido, pretende la reclamación de perjuicios. De esta forma, el daño es “la diferencia, perjudicial para la víctima, entre una situación antes de sufrir el hecho dañoso y después del mismo”¹⁶.

A partir del daño se estructura toda la reparación integral de consecuencias que pretende la responsabilidad civil, y de esta forma suelen ser clasificados entre daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales, y dentro de ellos encontramos otras tantas divisiones a las que no es necesario referirnos.

Ahora, el daño se caracteriza por estar vinculado en forma causal con el hecho generador, debe ser cierto, personal y aunque no es una posición que personalmente acoja, hay quienes consideran que no debe estar justificado¹⁷.

La certeza del daño supone una apreciación del perjuicio que en forma cierta se ha ocasionado sobre quien pretende su reclamación, debe haber una certidumbre o una suficiente probabilidad de la ocurrencia del mismo, independientemente de que sea pasada, presente o futura. De esta forma, aquellos daños que no son susceptibles de producirse en el futuro o cuya producción es apenas probable no ameritan reclamación alguna en la medida que ello equivaldría a enriquecer sin causa a la víctima¹⁸.

El carácter personal del daño supone que solo quien ha sufrido el menoscabo puede pretender su reparación, sea porque es un daño directo en relación con el hecho lesivo o sea porque es un daño de rebote o consecuencial del daño directo. De alguna forma, el carácter personal del daño pretende acomodarse a la máxima según la cual “donde no hay interés, no hay acción”, pero no resulta relevante para

¹⁶ Jorge Peirano Facio. *Ob. Cit.*, Pág. 361.

¹⁷ Véase Marcelo López Mesa. Félix A. Trigo Represas. *Ob. Cit.*, Pág. 416.

¹⁸ Marcelo López Mesa. Félix A. Trigo Represas. *Ob. Cit.*, Pág. 413.

este estudio profundizar en las distintas posibilidades que sobre el carácter personal del daño se pueden discutir.

Referirse a un daño que no debe estar justificado, nos lleva a concluir que, el daño que esté justificado, es un daño que la víctima estaría en principio obligada a tolerar¹⁹. Lo anterior sólo adquiere relevancia cuando acudimos al carácter ilícito que se predica sobre el hecho dañoso, pero el carácter ilícito del hecho no parece ser una calidad necesaria del mismo y entonces no es relevante predicar del daño la calidad de no justificado; lo importante es verificar si el hecho que se concreta en un resultado dañoso no es contrario al ordenamiento y entonces cabe la posibilidad de que se produzca un daño que a pesar de estar justificado, genere consecuencias patrimoniales sobre su causante.

Las daños que devienen del ejercicio de actividades peligrosas pueden ser un claro ejemplo de lo anteriormente anotado, en la medida en que estas actividades no están prohibidas por el orden jurídico pueden entenderse como hechos lícitos y cuyos daños la víctima se vería en principio obligada a soportar. Los daños derivados del ejercicio de actividades peligrosas están justificados en la realización de actividades permitidas, pero se colige de nuestro ordenamiento que, a pesar de ser actividades permitidas, no deben ser toleradas por las víctimas cuando con ellas se han producido lesiones a terceros.

1.2.4. La Culpa

Aunque hay quienes ubican este elemento subjetivo como elemento esencial, lo cierto es que puede presentarse o no y por esto algunos doctrinantes cuestionan su importancia dentro de los elementos que es necesario reunir para hablar de responsabilidad civil.

¹⁹ Ibíd. Pág. 416.

Hablar de culpa implica un juicio de reproche sobre la conducta del sujeto y este juicio se corresponde con un factor subjetivo por medio del cual se establece un nexo causal entre el hecho y la conducta de la persona a quien se le atribuye su realización; es un calificativo a la conducta o el hecho por medio del cual se ha transformado una realidad anterior, y con ello podemos concluir que se trata de un elemento psicológico que supone una relación interna del sujeto que comete el hecho dañoso.

La culpa cobija, en materia civil y retomándola desde un sentido amplio, tanto el dolo como la culpa –que en materia penal suele diferenciarse-, sea porque se actuó de forma intencional y con el fin de causar el daño (conocer y querer el resultado dañoso) o porque a pesar de no querer el resultado, no se tomaron las medidas y precauciones necesarias para evitarlo.

Este elemento se predica de los comportamientos – activos y por omisión – que representan la violación de una obligación previamente acordada o de un deber legal, sea porque se actuó con la intención de causar el daño, de forma negligente, imprudente o sin la pericia requerida.

De alguna forma las características anteriores parecen presuponer en el agente una capacidad de comprensión y conocimiento sobre las circunstancias fácticas en que desarrolla cierta actividad y por esto hay quienes sostienen que no puede enmarcarse el obrar de los inimputables – como ocurre en el caso de los dementes y los menores de diez años- dentro de las conductas culposas.

Ahora, la imputabilidad es la posibilidad de referir un acto cualquiera a la actividad de una persona²⁰ y a partir de ella puede hacerse un juicio de reproche sobre la conducta del sujeto, en la medida que es ahí donde se acomodan los elementos

²⁰ Jorge Peirano Facio. *Ob. Cit.*, Pág. 21.

de previsibilidad y evitabilidad del daño. De esta forma el juicio de reproche se compone de dos juicios, un juicio de previsibilidad y un juicio de evitabilidad.

El juicio de previsibilidad “consiste en un test por el que se pregunta sí el sujeto que ocasionó el daño pudo prever o no las consecuencias de su conducta activa u omisiva”²¹; pero es necesario precisar que habrá culpa, no sólo cuando el sujeto debió prever el resultado dañoso que podría derivarse de cierta actividad, sino también a partir de las reglas de la experiencia o cuando era razonable la previsibilidad bajo las circunstancias particulares.

El juicio de evitabilidad, por su parte, “es una operación posterior al juicio de previsibilidad, según el cual no hay culpa cuando la previsión no va acompañada de la posibilidad de evitar el resultado dañoso, ni sobre el sujeto recaiga un deber de evitarlo en el caso particular mediante la adopción de medidas necesarias para ello”²². En otras palabras, este juicio se construye a partir de la constatación de que se disponía de los medios necesarios para impedir el resultado dañoso y a pesar de ello, el sujeto cuya conducta se cuestiona, no lo hizo, o bien porque recae sobre el sujeto un deber especial de evitar el resultado mediante la previa adopción de medidas necesarias para ello.

Así entonces, la valoración de la culpa en el agente se corresponde con un menosprecio de la conducta exigida por las circunstancias concretas y puede enmarcarse dentro de alguno de los siguientes supuestos:

- Puede hablarse de una culpa por negligencia, donde la conducta del agente es propiamente omisiva en la medida que no se tomaron las precauciones necesarias para evitar el daño.

²¹ REGLERO CAMPOS, Fernando. La Responsabilidad Civil en el Siglo XXI, Congreso Internacional, Memorias, Culpa y riesgo en los modernos sistemas de responsabilidad.

²² *Ibíd.*

- Existe también culpa por imprudencia, donde el agente asume una conducta positiva de la cual debía abstenerse o que se ha realizado de forma precipitada.
- La culpa por impericia, es aquella que se concreta en la falta de capacidad técnica para el ejercicio de actividades que requieren un mínimo de conocimiento.
- También podrá hablarse de culpa por la inobservancia de los reglamentos que prescriben ciertas actividades.

Es de precisar que la culpa tiende a desaparecer como elemento de la responsabilidad civil, y su aceptación o no se corresponde más con la teoría que se acoja, siendo así que para los subjetivistas, la culpa es un elemento indispensable para hablar de responsabilidad civil mientras que para quienes apoyan las teorías objetivas, la culpa en ocasiones podrá ser elemento de la responsabilidad, pero no es requisito indispensable para su configuración.

Sobre este elemento de la responsabilidad profundizaremos en el tercer capítulo de esta monografía cuando, estudiados los factores de atribución subjetivos, analicemos si se corresponde o no con el fundamento de la responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas.

1.3. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

De conformidad con la definición inicialmente anotada sobre responsabilidad civil, los elementos que la componen y partiendo de las tesis clásicas, existe en materia de responsabilidad civil una dualidad referente a dos tipos de instituciones en materia de responsabilidad civil, siendo éstas la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. Así entonces, se ha considerado que las

diversas nociones que abarca la responsabilidad civil pueden ser enmarcadas dentro de alguna de ellas.

Para estas tesis clásicas la *responsabilidad contractual* resulta de la trasgresión a un vínculo obligacional previamente acordado, de esta forma, la responsabilidad civil contractual “tiene su origen en el daño surgido por el incumplimiento de las obligaciones contractuales”²³, sea porque se generó un daño a partir del incumplimiento de la obligación convenida, o por el cumplimiento parcial, defectuoso o tardío de la misma.

Por su parte, la responsabilidad *civil extracontractual* se concreta a partir de la violación del deber legal, siendo éste el deber general de prudencia y de no causarle daños a terceros, toda vez que se realizó un hecho dañoso y del cual surge la obligación de indemnizar. El hecho dañoso, en sí mismo y sin necesidad de caracterizarlo como ilícito es el que da surgimiento a este tipo de responsabilidad, sea porque el agente causante del daño actuó de forma dolosa o culposa, o sea por la aplicación de una responsabilidad netamente objetiva en donde nada importa la conducta del agente.

La responsabilidad civil extracontractual se caracteriza por enmarcarse en alguno de los siguientes tipos de responsabilidad de conformidad con el origen del daño que se pretende resarcir: la responsabilidad por el hecho propio²⁴, la responsabilidad por el hecho ajeno²⁵, la responsabilidad por el hecho de las cosas²⁶ y la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas.

²³ Javier Tamayo Jaramillo. *Ob. Cit.*, Capítulo I.

²⁴ Referida en el Art. 2341 del Código Civil Colombiano.

²⁵ Referida en los Art. 2347, 2348 y 2349 del Código Civil Colombiano.

²⁶ Realmente la responsabilidad civil por el hecho de las cosas no se consagra en Colombia como un principio general, a ella refieren de forma separada los Art. 2350, 2351, 2355 con relación a las cosas inanimadas y los Art. 2353 y 2354 con relación a las cosas animadas.

Hay quienes enmarcan la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas dentro de la modalidad de responsabilidad por el hecho de las cosas, en la medida que se cree que el ejercicio de actividades peligrosas se corresponde con el uso de cosas que pueden ser potencialmente peligrosas y para lo cual no basta la simple actividad del hombre, siendo entonces este tipo de responsabilidad aquella que surge por “el hecho de las cosas utilizadas en actividades peligrosas”²⁷. En alguna medida, y tal como se propone, “las actividades por sí mismas no pueden generar responsabilidad sino cuando se vincula una cosa, que resulta ser la causante del daño”²⁸, toda vez que “no es la actividad, de por sí peligrosa, la que origina la peligrosidad; es la cosa utilizada en esa actividad la que ocasiona el daño”²⁹.

Otros, en cambio, consideran que la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas puede aplicarse a “quien ejerce una actividad peligrosa con cosas o sin ellas”³⁰, toda vez que, “la actividad está referida al sujeto que actúa y no a una cosa que por sí misma o por una fuerza externa desplaza una cierta energía o movimiento”³¹ y se plantean como ejemplos de actividades peligrosas que no requieren propiamente el uso de cosas, el movimiento de personas en masa³², la parasicología³³ y la actividad bancaria³⁴.

Habiéndonos ubicado en estos extremos de la responsabilidad civil, es necesario precisar que no es del caso profundizar en la dualidad anterior por cuanto nuestro código civil colombiano expresamente consagra y diferencia ambos tipos de responsabilidad en el “Libro cuarto de las obligaciones en general y de los contratos”.

²⁷ Gilberto Martínez Rave. Catalina Martínez Tamayo. *Ob. Cit.*, Pág. 146.

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ Javier Tamayo Jaramillo. *Ob. Cit.*, Tomo II, Pág. 322.

³¹ *Ibíd.* Pág. 324.

³² *Ibíd.*

³³ *Ibíd.*

³⁴ *Ibíd.*

Aún así, consideré pertinente iniciar este estudio a partir de las nociones generales de la responsabilidad civil y sus instituciones para adentrarnos en el fundamento de la responsabilidad civil extracontractual que surge por el ejercicio de actividades peligrosas.

De lo anterior, podemos concluir que, cuando nos referimos a la responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas, estamos haciendo alusión a aquellos eventos cuya responsabilidad deriva de la producción de un hecho dañoso y no del incumplimiento o cumplimiento tardío o defectuoso de una obligación previamente establecida; es aquella que da lugar a la indemnización de un perjuicio o daño y cuyo afectado no está obligado a sufrir, siendo así como lo establece la doctrina y la jurisprudencia a partir de la interpretación que se le ha dado al Art. 2356 del Código Civil Colombiano, ubicado en el capítulo XXXIV de la responsabilidad común por los delitos y las culpas.

2. FUNDAMENTO Y FACTORES DE ATRIBUCIÓN

La problemática actual, y en especial la que se estudia en esta monografía, se concentra en el fundamento de la responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas ya que aunque es cierto que no hay claridad sobre lo que debe entenderse por actividad peligrosa, menos claro resulta entender de donde surge esta responsabilidad y por qué hay lugar a responder cuando a ella se recurre para la reclamación de perjuicios.

2.1. FUNDAMENTO LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS

Pueden ser muchas las razones para atribuir responsabilidad civil en cabeza de un sujeto determinado, pero resulta especialmente importante determinar su fundamento en la medida que “quien pretende de otro una reparación por los daños que éste le haya causado, debe fundamentar su pretensión en una razón suficiente que lo legitime para ello, pues de otra manera su reclamación sería arbitraria y resultaría indigna de protección jurídica”³⁵.

Cuando hacemos alusión al fundamento legal estamos enmarcándonos en aquel sustrato normativo sobre el cual se apoyan la doctrina y la jurisprudencia para referirse a la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas.

El artículo 2356 del código civil colombiano es, en teoría, el sustento legal de toda la construcción jurisprudencial y doctrinaria del momento sobre la responsabilidad generada en el ejercicio de actividades peligrosas, pero tras una lectura del

³⁵ Marcelo López Mesa. Félix A. Trigo Represas. *Ob. Cit.*, citando a REGLERO CAMPOS, Fernando. Tratado de responsabilidad civil, cit, P. 46, N° 4.

artículo que a continuación transcribo encontraremos algunas imprecisiones con relación a la interpretación que se le ha dado y en las cuales más adelante me detendré.

“ART. 2356. 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:

- 1º) El que dispara imprudentemente un arma de fuego;
- 2º) 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;
- 3º) 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.”

El artículo 2356 es el fundamento legal de toda la responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas pero encontramos en él que nada se dice sobre el ejercicio de actividades peligrosas, y únicamente refiere al daño “imprudente” que pueda serle imputable al causante del mismo.

No existe en el artículo 2356 una definición clara sobre la cual puedan apoyarse la doctrina y la jurisprudencia para referir en sus estudios y decisiones al ejercicio de actividades peligrosas y aunque los ejemplos que retoma el artículo 2356 no son taxativos, parecen corresponderse más con la responsabilidad civil extracontractual a que se hizo mención anteriormente por el hecho propio o por el hecho de las cosas.

De alguna forma el uso de armas es de por sí una actividad peligrosa pero de conformidad con el artículo debe, en principio, probarse un actuar imprudente sobre quien se pretende la acción indemnizatoria y es por ello que bajo la

literalidad del artículo citado y con el ejemplo que se menciona, se está haciendo alusión a la responsabilidad civil extracontractual cuyo origen deriva del daño realizado por el hecho propio o por el hecho de las cosas, referidas en los artículos 2341, 2347, 2348 y 2349 del Código Civil Colombiano, pero no se corresponde con una responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas, propiamente tal.

Realmente hablar de actividades peligrosas en apoyo del artículo 2356 genera muchas imprecisiones, pero, la realidad actual y el desarrollo industrial en que nos hemos visto inmersas gran parte de las sociedades modernas nos lleva a vernos obligados a regular aquellos casos en que las víctimas no tienen porque sufrir las consecuencias de los daños que le han sido ocasionados y cuyo resultado deriva del uso de cosas o del ejercicio de actividades que de alguna forma representan un mayor grado de peligrosidad.

Después de la revolución industrial con la llegada del maquinismo, los movimientos comerciales y empresariales soportados en una tecnología que constantemente tiende al desarrollo, el uso de bombas atómicas y el empleo de elementos químicos potencialmente peligrosos se generó una nueva preocupación en la responsabilidad civil: La definición de lo que se considera actividad peligrosa y el fundamento sobre el cual se genera o no responsabilidad en cabeza de quien ejerce la actividad o el propietario de la cosa que causó el daño o perjuicio.

A pesar de las dificultades que de entrada encontramos en el artículo anteriormente anotado, no tiene sentido hoy pretender darle al Art. 2356 la misma aplicación que se le da al Art. 2341 referido a la responsabilidad por el hecho propio y según el cual, la culpa del agente causante del daño debe probarse; tampoco sería razonable considerar darle aplicación a este artículo de conformidad con la responsabilidad por el hecho de las cosas en la medida que este tipo de responsabilidad ya ha sido regulada en el Código Civil y hace

innecesaria la existencia y aplicación del Art. 2356, toda vez que no es menester reiterar en una responsabilidad que ya ha sido regulada y que resulta lo suficientemente clara, de conformidad con los artículos que la invocan.

Así entonces, las actividades peligrosas representan hoy una de las mayores preocupaciones para la sociedad y constituyen además un interés particular para la responsabilidad civil en la medida que se trata de actividades útiles para el desenvolvimiento de nuestras sociedades, pero que se caracterizan por los riesgos que su uso representa y por su potencialidad en la producción de daños.

La jurisprudencia y la doctrina se vieron entonces obligadas a construir toda una teoría sobre el ejercicio de actividades peligrosas, de forma tal que las personas que sufrieran daños causados por el ejercicio de actividades peligrosas no se vieran desprotegidas, y para efectos de su aplicación se apoyaron en el Artículo 2356 del Código Civil.

Sabiamente la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia y los estudios doctrinarios de las últimas décadas se han ocupado de cobijar con sus construcciones, aquellos casos donde el perjuicio generado deviene del ejercicio de actividades peligrosas con el fin de proteger a las víctimas, toda vez que éstas no están obligadas a cargar con los perjuicios que le han sido causados con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas o con ocasión del uso de cosas que pueden representar un mayor grado de peligrosidad para la sociedad.

Ahora bien, siendo el caso de la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas una cuestión que supera la regulación normativa, es necesario desplazarnos al fundamento y los factores de atribución de la responsabilidad civil. Siendo así, este trabajo es un acercamiento a las diferentes perspectivas sobre las cuales se puede abordar el tema y en especial una mirada desde la teoría del incremento del riesgo.

2.2. FUNDAMENTOS POR FUERA DE LA LEY EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

Cuando nos preguntamos por el fundamento de la responsabilidad civil, estamos investigando la razón por la cual cierto sujeto está obligado a reparar el daño causado.

En la medida en que no existe un fundamento legal sobre el cual podamos apoyarnos para justificar la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas es necesario buscar explicaciones fuera del marco legal; para eso podemos enmarcarnos dentro las construcciones teóricas y doctrinarias que se han hecho a través de la historia y sobre lo cual es preciso aclarar que existen múltiples soluciones.

Continuando en la lectura de esta tesis, encontraremos algunas de las teorías que hoy en día se discuten y los factores de atribución que las caracterizan, especialmente en lo que refiere a la teoría del incremento del riesgo. Explicaremos los factores de atribución y la manera como éstos son la base de construcción del fundamento de la responsabilidad civil.

2.3. FACTORES DE ATRIBUCIÓN

Cuando hacemos referencia a los factores de atribución estamos recogiendo el soporte que la Ley, o en este caso la jurisprudencia y la doctrina, “*toman en consideración para atribuir jurídicamente la obligación de indemnizar un daño, haciendo recaer su peso sobre quien en justicia corresponde.*”³⁶

³⁶ Roberto A. Vásquez Ferreyra. *Ob. Cit.*, Pág. 193.

Hay quienes consideran que el factor de atribución es lo que “en un momento histórico y en una sociedad determinada, el orden jurídica como la circunstancia o situación por la cual un sujeto de derecho debe asumir la reparación del daño”³⁷, lo que en cierta forma se corresponde con posiciones ideológicas y políticas legislativas.

Así, factor de atribución deberá entenderse como aquella razón suficiente por medio de la cual se justifica que el daño que ha sufrido una persona se traslade económicamente a otra³⁸ y será entonces el equivalente al fundamento del deber de reparar el daño causado.

Una vez se tenga claro cuál es el factor de atribución, éste nos permitirá identificar quién, y por qué razón, está llamado a reparar.

Los factores de atribución en sí mismos suelen enmarcarse dentro de dos categorías generales, siendo éstas, los factores objetivos y los factores subjetivos.

Los factores subjetivos de atribución de responsabilidad se corresponden con el criterio tradicionalmente aceptado, y parten del análisis de la conducta del autor del perjuicio, sea porque se actuó con culpa –negligencia, impericia, imprudencia- o porque en el sujeto puede advertirse un actuar doloso.

Recurrir a los criterios subjetivos como único criterio de atribución supone que los daños sean soportados por quien los ha sufrido cuando no pueda reprocharse la conducta del agente lesionador. Lo anterior se debe a que, a falta de culpa en el actuar del sujeto dañador y no habiéndose regulado un sistema de traslación de las consecuencias diferente al sistema de responsabilidad subjetiva, ese daño que

³⁷ GHERSI, Carlos Alberto. Teoría general de la reparación de daños. Editorial ASTREA, Buenos Aires, 3ª edición, 2003. Capítulo III, Pág. 125.

³⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida y PARELLADA, Carlos. Responsabilidad civil. Capítulo VIII. Los factores subjetivos de atribución. Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1997. Pág. 141.

injustamente ha sido sufrido por la víctima no ha sido injustamente causado por el sujeto dañador³⁹, toda vez que no puede predicarse culpa sobre él. Se dice que es “injustamente sufrido, cuando es inequitativo que lo soporte la víctima con independencia de cualquier juicio de reprochabilidad de la conducta de aquel de cuya esfera ha nacido la fuerza dañadora”⁴⁰, en contraposición al daño que “es injustamente causado cuando se lo produce por una conducta imputable a título de culpa o dolo”⁴¹.

Los factores objetivos de atribución pretenden dejar a un lado la conducta del llamado a resarcir el daño y se corresponden con un número abierto de elementos posibles⁴²; estos criterios objetivos se acomodan a posiciones más modernas que visualizan la realidad de las sociedades actuales y para ello, se toman en cuenta valoraciones de tipo sociales, económicas y políticas.

Es precisamente el elemento culpa –en su sentido amplio- el centro de discusión de las corrientes subjetivistas y objetivistas para efectos de establecer la responsabilidad civil derivada del ejercicio de actividades peligrosas, pero lo cierto es que los factores de atribución no pueden en estricto sentido separarse como polos absolutos, toda vez que en ocasiones podremos encontrar que se recurre a unos y otros de forma conjunta y en otros eventos podremos encontrar que se les retoma de forma excluyente.

No profundizaremos más en el tema, precisamente porque los capítulos que siguen pretenden indicar una mirada a partir de los criterios subjetivos y objetivos de atribución.

³⁹ *Ibíd.* Página 187-188.

⁴⁰ *Ibíd.* Pág. 187.

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² Roberto A. Vásquez Ferreyra. *Ob. Cit.*, Pág. 196.

3. FACTORES SUBJETIVOS DE ATRIBUCIÓN

Como anteriormente se anotó, factor de atribución deberá entenderse como aquella razón suficiente por medio de la cual se justifica que el daño que ha sufrido una persona se traslade económicamente a otra⁴³ y será entonces el equivalente al fundamento del deber de reparar el daño causado.

Factor subjetivo de atribución será aquel que toma en cuenta la reprochabilidad de la conducta del llamado a responder, toda vez que sobre él existe una conducta que, no solo ha implicado un resultado dañoso, sino que además puede ser calificada de culposa o dolosa.

Los factores subjetivos de atribución han sido tradicionalmente sostenidos por las corrientes subjetivistas y éstas se apoyan en la conducta del llamado a responder para otorgar responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas; lo anterior no supone la exclusión de los demás elementos de la responsabilidad aunque éstos sí pierden importancia cuando sobre el presunto responsable no puede predicarse un actuar reprochable ya que a falta de culpa, no habrá responsabilidad.

De esta forma, “la teoría de la culpa afirma que no basta que un sujeto de derecho sufra un daño injusto en su patrimonio o en sus bienes, para que el autor del mismo esté obligado a repararlo; es menester que ese daño provenga de un hecho doloso o culpable; sin dolo o culpa no hay responsabilidad”⁴⁴.

⁴³ Aida Kemelmajer de Carlucci. Carlos Parellada. *Ob. Cit.*, Pág. 141.

⁴⁴ Jorge Peirano Facio. *Ob. Cit.*, Pág. 75.

A partir de una culpa como fundamento de la responsabilidad deberá la víctima o quien ha sufrido el perjuicio, probar que aquel a quien pretende se le declare responsable, obró de forma dolosa o culposa, so pena de no recibir la reparación requerida. Es así como encontramos que, de conformidad con las teorías subjetivistas, los daños ocasionados deberán ser soportados por quien los sufre, salvo que éstos sean atribuibles a una conducta culpable de quien los causó⁴⁵.

Sostienen estas escuelas que el elemento culpa resulta relevante y definitivo para poder hablar de responsabilidad civil, ya que sólo a partir de ella podrá generarse la obligación de reparar. Se trata de una responsabilidad civil por culpa que se basa en el principio general de la imputación subjetiva y para lo cual debe acreditarse la existencia de culpa por parte de quien ejerce la conducta, que para el caso de nuestro estudio es el ejercicio de cierta actividad peligrosa.

A partir de lo anterior encontramos que para estas teorías no puede haber responsabilidad si sobre el agente llamado a responder no puede predicarse la intención de causar el daño – dolo o culpa intencional- o un proceder negligente, imprudente o sin la pericia requerida.

Este factor de atribución de responsabilidad es netamente subjetivo, se vincula con el agente causante del daño y se reprocha de él la conducta –sea por acción o por omisión- que ha repercutido en un resultado dañoso; la culpa se corresponde con el título de imputación de la responsabilidad⁴⁶ y los demás elementos pierden relevancia cuando no hay lugar a predicar en el agente un actuar culposo.

Realmente la definición de culpa genera imprecisiones ya que el ordenamiento colombiano, al igual que muchos otros⁴⁷, retoma la culpa no solo como elemento de la responsabilidad civil extracontractual, sino como fundamento de la misma y a

⁴⁵ Fernando Reglero Campos. *Ob. Cit.*

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ Así, por ejemplo, lo establecen los códigos de Chile y Francia.

pesar de lo anterior las normas en nada definen lo que debe entenderse por culpa ni los elementos que se deben reunir para poder configurarla.

La culpa en materia de responsabilidad civil extracontractual se predica de los comportamientos activos y omisivos que, una vez desplegados, han derivado en un resultado dañoso y representan la violación del deber legal de no causar daños a terceros o el deber general de prudencia.

No existe unanimidad en lo que refiere al significado de la culpa, pero en alguna medida se han intentado algunos acercamientos y como lo proponen algunos doctrinantes, “incurrimos en culpa cuando no nos conducimos como los demás cuando ellos se conducen de una manera social, cuando no nos comportamos como lo hacen los buenos padres de familia”⁴⁸, y posteriormente proponen entender por culpa “un error de conducta tal, que no lo habría cometido una persona cuidadosa situada en las mismas circunstancias externas que el autor del daño”⁴⁹.

3.1. EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DE LA CULPA COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La teoría de la culpa tal como anteriormente fue planteada se vio en la obligación de superar las dificultades reales que viven las sociedades modernas en la medida que, entendida esta teoría desde su noción pura, resulta inaplicable a las necesidades cotidianas de la vida.

Estas escuelas subjetivistas han sido criticadas especialmente por la dificultad que genera en muchas ocasiones la prueba de la culpa del autor del daño, especialmente dentro del marco del ejercicio de actividades peligrosas. Realmente

⁴⁸ MAZEAUD, Henry y Léon. TUNC, André. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1962. Pág. 69.

⁴⁹ *Ibíd.*, Pág. 85.

se trata de un problema probatorio ya que estas actividades llevan inmerso en su ejercicio un porcentaje de riesgo mayor que no está directamente relacionado con la conducta del hombre sino que se relacionan más con el uso de fuerzas y cosas que fluyen con el sólo ejercicio de la actividad y que superan la esfera de control del hombre y las posibilidades de predicar en el agente dañador un actuar culposo.

Las posiciones subjetivistas se vieron en la obligación de interpretar nuevamente los textos legales que, aun aferrados a la culpa, resultaban insuficientes para permitir la finalidad de la responsabilidad civil, cual es la de restablecer el equilibrio económico entre el causante del daño y la víctima.

Las opciones a que dio lugar una nueva interpretación del sistema subjetivo de atribución de responsabilidad pueden claramente identificarse en el sistema de presunción de culpa, la transformación de la responsabilidad extracontractual en responsabilidad contractual y el afinamiento de la noción de culpa en sí misma considerada⁵⁰, entre otras. Solo nos referiremos al sistema de la presunción de culpa toda vez que es, en nuestra jurisprudencia, el sistema acogido por excelencia.

El sistema de presunción de culpa surge como respuesta a las críticas y dificultades mencionadas y para lo cual las escuelas subjetivistas plantearon un nuevo modelo aplicable al caso de actividades peligrosas, siendo éste el de la “presunción de culpa”. Según el sistema de presunción de culpa, una vez probado el hecho y el daño, habrá una presunción de culpabilidad sobre el agente, quien podrá en algunas ocasiones desvirtuar la presunción por medio de la prueba de la debida diligencia y cuidado y en otras ocasiones podrá únicamente desvirtuarla

⁵⁰ Jorge Peirano Facio. *Ob. Cit.*, Pág. 139.

con la prueba de una causa extraña: fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo de un tercero o hecho exclusivo de la víctima⁵¹.

Bajo el supuesto señalado habrá responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas si se reúnen los siguientes elementos: el hecho como realización de una actividad peligrosa, el daño y el nexo causal entre los dos anteriores. La culpa y el nexo subjetivo que se deriva del actuar culposo y el daño, se presumen.

Lo anterior resulta en alguna medida cuestionable toda vez que, si se trata de una presunción de culpa, siempre deberá en principio ser establecida por el legislador, cosa que para el caso Colombiano no ocurre, según la literalidad del Art. 2356 de nuestro Código Civil.

Aunque en algún momento ya lo mencionamos, el Art. 2356 es en nuestro derecho el fundamento legal de la responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas y vale la pena volver a transcribirlo para mencionar las dificultades que presenta en materia de presunciones.

“ART. 2356. 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:

- 1º) El que dispara imprudentemente un arma de fuego;
- 2º) 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;

⁵¹ Es conveniente aclarar que la presunción de culpa que sólo puede desvirtuarse mediante la prueba de una causa extraña es lo que algunos autores llaman y conocen como presunción de responsabilidad y a la cual nos referiremos más adelante.

3º) 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.”

Leyendo el artículo encontramos que nada dice sobre “presunción” de culpa y atribuir esta característica a la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, cuando la literalidad legal nada formula, resulta inadecuado. Para hablar de presunciones, y en este caso de una presunción de culpa que resulta del ejercicio de actividades peligrosas, es necesario que el legislador haya establecido la presunción para el caso concreto.

Observado el artículo y una vez concluido que nada propone en materia de presunciones, los jueces deberían abstenerse de acudir a esta figura en la medida que el establecimiento de las presunciones es una función que corresponde al Legislador y que la Jurisdicción no puede atribuirse.

Ahora, en caso de tratarse de una presunción de culpa habría lugar a desvirtuarla por medio de la prueba de diligencia y cuidado pero, en caso de que sólo exonere una causa extraña, ya no estaremos ubicados dentro del marco subjetivo de la culpa sino dentro del marco del nexo causal, propio de las teorías intermedias que apoyan como fundamento del ejercicio de actividades peligrosas la presunción de responsabilidad y que por sí misma también resulta problemática.

Tal como lo expone Peirano Facio en alguna de sus obras “el concepto de responsabilidad se integra en el sentir de la mayoría de la doctrina francesa con tres elementos fundamentales: la culpa, el daño y el nexo causal... Si somos consecuentes con el significado de los términos debemos afirmar que al presumir la responsabilidad es preciso presumir, naturalmente, todos sus elementos. Sin embargo, es notorio que éste no es el sentido en que se entiende la expresión

presunción de responsabilidad; nadie ha pretendido jamás que esta presunción exonere a la víctima de probar el daño o el nexo causal”⁵².

Presumir a alguien responsable es terminológicamente inadecuado en la medida que si hablamos de un responsable –así sea presunto- estamos entendiendo que todos y cada uno de sus elementos –hecho, daño, culpa y nexo causal- ya han sido probados; se le atribuye la calidad de “responsable” a aquel sobre quien pueden predicarse los elementos que componen la responsabilidad y en la medida que presumir responsabilidad implica suponer no uno de sus elementos sino todos y cada uno de ellos, se estaría dejando a la víctima libre de probar el daño o el nexo causal. Lo anterior carece de sentido, toda vez que como mínimo el daño debe probarse para iniciar la reclamación de perjuicios sobre quien se reputa responsable, y en caso tal de que se reclame a falta de daño, estaríamos ya en el campo del enriquecimiento sin causa.

Realmente no se profundizará en estos problemas terminológicos y probatorios en la medida que no resulta relevante para este estudio. Lo importante es dejar claro porqué la culpa no es un criterio suficiente para atribuir responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas a pesar de los intentos que se han procurado para evitar que el criterio de atribución se traslade a otros campos más objetivos y es entonces conveniente pasar a analizar la culpa como reprochabilidad de la conducta humana y los problemas que esto representa para fundamentar la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas.

⁵² Jorge Peirano Facio. *Ob. Cit.*, Pág. 140

3.2. LA CULPA COMO REPROCHE DE UNA CONDUCTA

Reprochar una conducta es censurar los actos que de alguna forma han llegado a un resultado lesivo y ello supone, en materia de responsabilidad civil, analizar la imputabilidad, la previsibilidad y la evitabilidad del daño que ha derivado de esa conducta que se cuestiona.

Ahora, el juicio de reproche puede ser evaluado a partir de una conducta en abstracto o a partir de una conducta en concreto. Son modelos de apreciación de la conducta por medio de los cuales, en un caso determinado, se juzga si el sujeto que ha sido llamado a responder pudo prever o no la dañosidad de la conducta desplegada.

La valoración en abstracto, en términos generales, es aquel juicio por medio del cual ha de tomarse en consideración la previsibilidad general de un sujeto modelo tipo; la valoración en concreto, por su parte, es aquella por medio de la cual se compara el proceder del sujeto llamado a responder en las circunstancias concretas del caso y en consideración a la persona que desplegó la actividad.

Como ya lo señalamos, la culpa como tal no está definida de forma explícita en nuestro ordenamiento pero, de conformidad con nuestras normas, existe un patrón de conducta sobre el cual puede apoyarse el juicio de reproche a que hicimos mención.

En el derecho Colombiano se acoge el criterio de una culpa objetiva o, de conformidad con los hermanos Mazeaud y André Tunc, un error de conducta en abstracto⁵³, que compara la conducta específica con una conducta patrón, siendo

⁵³ Véase Henry y Léon Mazeaud. André Tunc. *Ob. Cit.*, Pág. 75.

ésta última la de un hombre prudente o cuidadoso, conocido más en nuestro derecho civil como el buen padre de familia.

A partir de la conducta patrón se analiza si un hombre prudente o un buen padre de familia situado en las mismas condiciones del sujeto cuya conducta se cuestiona, hubiese actuado en igual forma y para lo cual es necesario considerar únicamente los elementos externos al caso concreto, como lo son el tiempo, el modo y el lugar. La valoración de la culpa en el agente se corresponde con un menosprecio de la conducta exigida por las circunstancias concretas, y la conducta que se reprocha será comparada con el patrón de conducta anteriormente anotado. Esta culpa podrá ser calificada por negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de los reglamentos que prescriben ciertas actividades, según el caso.

Ahora miremos en que consiste cada uno de los componentes de imputabilidad, previsibilidad y evitabilidad aunque en alguna oportunidad de este estudio hayan sido mencionados. Adicionalmente, una vez miremos cada uno de estos elementos iremos observando como éstos resultan insuficientes para configurar la culpa como criterio de atribución en el ejercicio de actividades peligrosas.

3.2.1. La imputabilidad

Para que el daño pueda ser atribuido a título de culpa en cabeza de un sujeto determinado es necesario que éste pueda ser calificado de imputable.

La imputabilidad es la posibilidad de referir un acto cualquiera a la actividad de una persona⁵⁴, siendo así que al imputar se le está otorgando a una persona la

⁵⁴ Jorge Peirano Facio. *Ob. Cit.*, Pág. 21.

autoría de un hecho y sus consecuencias⁵⁵. Esta atribución de responsabilidad puede ser física o jurídica.

La imputabilidad física referirá únicamente a la autoría material del hecho y por sí sola no será relevante en el mundo jurídico para generar responsabilidad.

La imputabilidad jurídica por su parte y, acogiendo la imputabilidad física, será aquella según la cual el sujeto dañador deberá no sólo conocer, sino comprender las consecuencias de su conducta⁵⁶.

De conformidad con lo anterior, la imputabilidad jurídica admite un grado de comprensión en el agente causante del daño y no basta que el causante del daño sea autor material del mismo; para que la conducta del sujeto lesionador pueda ser tenida como culpable, será necesario que éste hubiese estado en condiciones de conocer y valorar su conducta para efectos de poder prever y evitar el resultado dañoso⁵⁷.

Que el agente conozca y valore sus conductas implica que este puede determinarse libremente y ello nos lleva a excluir los comportamientos de los menores de diez años y de los dementes, toda vez que ellos, de conformidad con nuestro sistema legal⁵⁸, han sido considerados inimputables por la falta de discernimiento y comprensión que tienen sobre sus actos y las consecuencias que con ellos pueden generar. Los menores de diez años y los dementes no son sujetos capaces de comprender las actuaciones que realizan y a pesar de que pueden realizar actividades peligrosas, no serán llamados a responder por el ejercicio de ellas cuando éstas han repercutido en un resultado dañoso.

⁵⁵ Marcelo López Mesa. Félix A. Trigo Represas. *Op. Cit.*, Pág. 644.

⁵⁶ Gilberto Martínez Rave. Catalina Martínez Tamayo. *Ob. Cit.*, Pág. 217.

⁵⁷ Marcelo López Mesa. Félix A. Trigo Represas. *Ob. Cit.*, Pág. 644.

⁵⁸ Tal como lo establece el Código Civil Colombiano en su Art. 2346 al referir que los dementes y los menores de diez años no tienen capacidad de cometer delito o culpa y que, en consecuencia, no son responsables jurídicamente por los daños que causen.

Lo anterior resulta cuestionable en la medida que a pesar de que los dementes y los menores de diez años se consideren personas no aptas de cometer culpa en el ejercicio de las actividades que desarrollan, si pueden realizar actos que obtengan la calidad de peligrosos y para lo cual entonces la víctima se vería obligada a sufrir las consecuencias del daño sufrido. Estaríamos hablando de casos en los que, al no predicarse culpa en el agente dañador, no habría lugar a reparar y persistiría el desequilibrio económico ocasionado entre el causante del daño y la víctima que ha sufrido el menoscabo, cosa que precisamente la responsabilidad civil pretende evitar a través de la aplicación de sus instituciones.

En caso tal de que el agente dañador sea calificado de inimputable, los demás elementos de la reprochabilidad de la conducta –previsibilidad y evitabilidad- no serán analizados, ya que el inimputable, a pesar de haber causado el daño, por la falta de culpa, no se verá obligado a indemnizar. En este caso, la responsabilidad civil recaerá sobre las personas que tengan el deber de cuidar y vigilar del inimputable, pero podrán exonerarse de responsabilidad manifestando que a pesar de haber adoptado todas las precauciones para evitar la producción del resultado, no pudieron evitarlo y por ende los perjuicios ocasionados con el daño recaerán sobre la víctima⁵⁹.

Es posible que los daños sufridos puedan ser reparados por medio de alguna otra institución, como es la responsabilidad por el hecho propio en el caso de las personas que tengan bajo su guarda y cuidado a los inimputables, pero realmente la razón del daño fue el ejercicio de la actividad peligrosa y no la mala vigilancia o cuidado.

⁵⁹ BORRELL MACIA, Antonio. Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil. Estudio del artículo 1902 del Código civil y breves comentarios sobre los artículos 1903 a 1910 del propio cuerpo legal. Segunda Edición. BOSCH, Casa Editorial, Urgel, 51 bis, Barcelona, 1958. Pág. 21.

Lo anterior supone aplicar la institución correcta, cual es la responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas y el régimen probatorio que ésta cobija, según el cual el llamado a responder sólo podrá exonerarse con la prueba de alguna causa extraña. En caso de aplicarse una responsabilidad por el hecho propio encontraremos que el régimen probatorio sería menos beneficioso para la víctima en la medida que el llamado a responder podría exonerarse alegando que se tomaron todas las precauciones debidas y que a pesar de haberlas tomado, el daño no pudo evitarse; esto hará que todas las consecuencias del daño recaigan sobre la víctima.

Por lo anterior y por las razones que seguiremos viendo mas adelante, la culpa resulta insuficiente como criterio de atribución de responsabilidad en el caso del ejercicio de actividades peligrosas pero es necesario seguir analizando los demás elementos que le son propios al juicio de reprochabilidad de la conducta, ya que una vez tengamos el elemento imputabilidad en cabeza del agente dañador podremos pasar a analizar los elementos de previsibilidad y evitabilidad del daño de conformidad con la teoría de la culpa como criterio de atribución.

3.2.2. El juicio de previsibilidad

Es aquel “test por el que se pregunta sí el sujeto que ocasionó el daño pudo prever o no las consecuencias de su conducta activa u omisiva”⁶⁰; habrá culpa no sólo cuando el sujeto debió prever el resultado dañoso que podría derivarse de cierta actividad, sino también a partir de las reglas de la experiencia o cuando era razonable la previsibilidad bajo las circunstancias particulares.

Partiendo del juicio anterior hoy resulta casi imposible invocar la falta de previsibilidad en lo que refiere a la posibilidad de evitar el resultado dañoso, ya

⁶⁰ Fernando Reglero Campos. *Ob. Cit.*

que casi en su totalidad los eventos resultan previsibles para el hombre. Es así como propone el doctor Javier Tamayo Jaramillo una nueva forma de referirse a la previsibilidad del resultado dañoso a partir de lo que debe entenderse por imprevisto con relación a los aspectos generales de la causa extraña, pero que en este estudio resultan relevantes en materia de previsibilidad como elemento indispensable de la reprochabilidad de la conducta⁶¹.

Propone este autor que, de conformidad con nuestro ordenamiento, imprevisto puede ser entendido desde dos perspectivas: aquello que no se ha ni siquiera imaginado el causante del daño o, aquello que ocurre a pesar de que el agente dañador tomó todas las previsiones para evitar que el resultado ocurriera. Es la segunda postura la que resulta más apropiada hoy en día para hablar de imprevisibilidad, ya que será imprevisto aquello que acontece a pesar de haberse tomado todas las medidas necesarias para evitar la producción de cierto resultado y no aquello que ni siquiera ha pasado por la mente de quien ejerce la actividad.

Para hablar de previsibilidad en el ejercicio de actividades peligrosas encontramos que, a pesar de ser actividades que precisamente por la peligrosidad que envuelven pueden repercutir en resultados dañinos para terceros, este requisito puede ubicarse en dos extremos: siempre será previsible para quien ejerce la actividad peligrosa la posibilidad de que esta acaezca en un resultado dañoso o, en otros eventos, estos resultados dañinos jamás podrán enmarcarse dentro del juicio de previsibilidad por cuanto la actividad en si misma, a pesar de ser riesgosa, supera la esfera de control y dominio del hombre por la falta de conocimiento de los resultados sobre los cuales puede derivar.

Si entendemos que el resultado se produjo con ocasión del ejercicio de una actividad peligrosa y a pesar de haberse tomado todas las medidas posibles para

⁶¹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil, Tomo III. Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá – Colombia, 1999. Pág. 101.

evitarlo por cuanto era previsible que dicha actividad derivara en un resultado dañoso, no podríamos hablar de una culpa en el agente en la medida que, precisamente por tratarse de una actividad peligrosa se tomaron todas precauciones necesarias y en su sentido puro, la noción de culpa podría desvirtuarse mediante la prueba de debida diligencia y cuidado. Lo anterior excluye del todo la posibilidad de hablar de una culpa en el agente y nos lleva a eximir de responsabilidad al llamado a responder y, retomando la teoría de la culpa según la cual corresponde a quien haya sufrido el perjuicio probar la culpa del agente dañador, se deja así a la víctima con la carga de resistir los daños sufridos e impidiendo el restablecimiento económico.

Hay quienes proponen hablar de una culpa a priori⁶² o de una presunción de culpa⁶³ en el ejercicio de la actividad, toda vez que se entiende que la culpa va inmersa en la actividad por el solo hecho de su ejercicio y para lo cual solo exoneraría una causa extraña. A juicio personal, sigue siendo insuficiente el criterio de culpa como factor de atribución de responsabilidad, independiente de la situación probatoria en que se pretenda colocar a la víctima toda vez que la culpa en el ejercicio de actividades peligrosas resulta irrelevante y la interpretación de la culpa como una culpa a priori o una presunción de culpa no son lo suficientemente fuertes para seguir ceñidos al concepto de culpa como único criterio de atribución en materia de responsabilidad civil.

Partiendo del supuesto en que los resultados dañosos no eran en todo o en parte previsible para el agente causante del daño por cuanto la actividad en si misma, precisamente por ser riesgosa, supera la esfera de control y dominio del hombre por la falta de conocimiento en los resultados sobre los cuales puede derivar, también nos lleva a excluir la posibilidad de hablar de una culpa en el agente

⁶² Véase TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil, Tomo II. Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá – Colombia, 1999. Capítulo II.

⁶³ Así lo establece Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, posición que veremos más adelante.

dañador y nuevamente nos veríamos obligados a decir que la víctima cargaría con la obligación de resarcir los daños que le han sido causados, lo que impediría el restablecimiento económico.

3.2.3. El juicio de evitabilidad

Se construye a partir de la constatación de que se disponía de los medios necesarios para impedir el resultado dañoso y a pesar de ello, el sujeto cuya conducta se cuestiona, no lo hizo, o bien porque recae sobre el sujeto un deber especial de evitar el resultado mediante la previa adopción de medidas necesarias para ello.

En el ejercicio de actividades peligrosas la evitabilidad del daño resulta inadmisibles en la medida que estas actividades se caracterizan por implicar un desarrollo que supera el control de dominio del hombre y en su mayoría los daños resultan inevitables. En el caso de que no se hubieren adoptado las medidas necesarias para evitar el resultado es fácil atribuir responsabilidad a título de culpa pero, en caso de que se hubieren adoptado estas medidas y aún así la actividad recayera en un resultado dañoso, supondría reiteradamente, la exclusión de culpa en el agente dañador, por lo que la víctima se vería obligada a cargar con el daño sufrido y el principio de restablecimiento económico a que hace mención la responsabilidad civil, se vería nuevamente desatendido.

3.3. CONCLUSIÓN SOBRE LOS CRITERIOS SUBJETIVOS DE ATRIBUCIÓN CON RELACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS

Sucede que las actividades peligrosas, sean peligrosas en sí mismas o peligrosas por el uso de cosas que pueden repercutir en resultados dañosos, pueden en ocasiones derivar de un actuar doloso o culposo por parte del agente que despliega la actividad pero la culpa – en sentido amplio- no resulta suficiente para atribuir responsabilidad.

En la mayoría de los casos, los resultados dañosos que se derivan del ejercicio de actividades peligrosas presentan que, a pesar de la mayor diligencia y cuidado desplegados, estos devienen por tratarse de actividades que superan el control y la esfera de dominio del hombre y para lo cual, aún la mayor diligencia y cuidado que se haya desplegado no alcanzaría a ser suficiente para evitar el resultado.

Un criterio subjetivo de atribución resulta insuficiente para otorgar responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas en la medida que los daños que derivan de éstas superan el control del hombre y los requisitos de imputabilidad, previsibilidad y evitabilidad pierden todo su sentido. Toda actividad peligrosa, precisamente por el calificativo de “peligrosa” presenta que es previsible en alguna medida que pueda repercutir en un resultado dañoso y para lo cual, no es seguro que pueda evitarse este resultado si se compara el actuar del sujeto con un modelo abstracto pero, es también viable, que esos resultados lesivos deriven de circunstancias que en nada podía preverse y mucho menos evitarse.

Como en cada uno de los elementos de imputabilidad, previsibilidad y evitabilidad se anotó, la reprochabilidad de la conducta del sujeto dañador resulta insuficiente para justificar que se atribuya jurídicamente la obligación de indemnizar un daño partiendo del supuesto de hacer recaer su peso sobre quien en justicia

corresponde⁶⁴, quien en principio debiera ser aquel que ejerce la actividad peligrosa con independencia de la culpa que pueda predicarse en su actuar.

Un ejemplo claro de lo anterior es el evento ocurrido en Chernóbil el 26 de abril de 1986, donde

“El reactor nº 4 de la central nuclear de Chernóbil, en Ucrania, sufrió un grave accidente con fusión del núcleo que provocó la liberación de toneladas de material altamente radiactivo a la atmósfera.

La cantidad de radiactividad liberada al medioambiente fue unas 200 veces mayor que la desprendida conjuntamente por las bombas atómicas lanzadas en 1945 por Estados Unidos en las ciudades japonesas de Hiroshima y Nagasaki.

Los elementos radiactivos expulsados a la atmósfera (entre otros: yodo 131, cesio 137 y 134, estroncio 90 y plutonio 239) crearon masas de aire contaminado: la nube radiactiva. Esta, arrastrada por el viento, no sólo afectó a la zona próxima a la central sino que viajó miles de kilómetros contaminando grandes áreas de Bielorrusia, Ucrania, Rusia, amplias zonas de Asia y la mayor parte de Europa. La nube radiactiva alcanzó incluso a España, especialmente Cataluña y Baleares.

Una parte importante de las emisiones de radiactividad (un 25%) se produjo en las 24 horas que siguieron a la explosión que tuvo lugar en el reactor; el resto fue emitido en el transcurso de los nueve días siguientes que duró el intenso incendio que se declaró. En la extinción del fuego y otras tareas de urgencia en los días inmediatos al accidente, intervinieron cerca de 800.000 personas (los llamados “liquidadores”). Estos, trabajaron apenas sin protección y sin que se controlara las elevadas dosis de radiación que recibían. Como confirman los datos proporcionados por los Gobiernos bielorruso, ucranio y ruso, el accidente de Chernóbil está ya cobrándose decenas de miles de víctimas entre los liquidadores.

⁶⁴ Roberto A. Vásquez Ferreyra. *Ob. Cit.*, Pág. 193.

Según datos oficiales, más de 400.000 personas se vieron forzadas a dejar sus hogares. Otros muchos centenares de miles no han sido evacuados por falta de presupuesto. En general, la evacuación se realizó de forma ineficaz y con gran retraso. Así, la totalidad de la población en una franja de 30 km. Alrededor de la central (la Zona de Exclusión) no fue evacuada por completo hasta el 21 de mayo de 1986.

El peligro no ha pasado. Más de 100 toneladas de combustible nuclear y más de 400 kilos de plutonio (material altamente radiactivo) continúan en el interior de las ruinas del reactor accidentado. Para confinarlo y evitar la liberación de más radiactividad se tuvo que realizar una construcción de acero y hormigón de 50 metros de altura: el sarcófago. Construido apresuradamente, en condiciones muy difíciles, el sarcófago sufre de una gran debilidad estructural y está ya en condiciones lamentables. Deja escapar radiactividad de forma continuada por más de 200 m² de grietas, pero este problema es insignificante si lo comparamos con la radiactividad que se liberaría si algunas secciones del sarcófago se derrumbaran.⁶⁵ (Subrayas fuera de texto)

Este ejemplo es bastante ilustrativo en el caso de fábricas donde se producen elementos radioactivos. Algunos de estos daños parecían previsibles al momento de la realización de la actividad peligrosa pero, en efecto, otros resultados superaron las expectativas de dañosidad del evento y sus consecuencias al momento de realización de la actividad eran en todo imprevisibles e inevitables para los sujetos que desplegaban esta actividad independientemente del lucro que pudieran o no recibir de ella.

⁶⁵ <http://archivo.greenpeace.org/chernobil/chernobil.htm>

4. FACTORES OBJETIVOS DE ATRIBUCIÓN

Por factor objetivo de atribución vamos a entender aquel que no toma en cuenta la reprochabilidad de la conducta del llamado a responder, sino que se soporta en alguna otra razón por la cual se justifique que las consecuencias patrimoniales de un daño se trasladen a otra persona⁶⁶. A partir de lo anterior, encontramos que en los casos donde el criterio de atribución sea netamente objetivo, la prueba de diligencia y cuidado o la no intención de querer dañar a otro, resultan insuficientes para liberar de responsabilidad.

Cuando referimos a los factores objetivos de atribución usualmente hacemos alusión a un tipo de responsabilidad civil objetiva que prescinde de la conducta del sujeto, no mira para nada la culpabilidad de quien ha causado el daño y pretende imputar responsabilidad única y exclusivamente a partir del daño sufrido. Desde un sentido puro, la responsabilidad objetiva elimina el elemento culpa, sin que se le sustituya por algún otro criterio y parece ser entonces una responsabilidad civil automática; mientras en la responsabilidad civil sustentada en criterios subjetivos de atribución era necesario establecer la causalidad y la imputabilidad en conjunto con la previsibilidad y la evitabilidad, ahora en la responsabilidad objetiva es suficiente la acreditación del nexo causal.

Encontramos dentro de las teorías que acogen los factores objetivos de atribución que los juicios de previsibilidad y evitabilidad sobre el agente resultan irrelevantes, porque aunque la conducta del agente haya sido diligente y cuidadosa éste será responsable del daño, siempre que no haya lugar a invocar una causa extraña que rompa el nexo causal entre el hecho y el resultado dañoso.

⁶⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida/ PARELLADA, Carlos. Responsabilidad civil. Capítulo X. Factores objetivos de atribución. Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1997

Realmente una responsabilidad objetiva pretende que la víctima que ha sufrido el menoscabo no se vea desprotegida en la medida que en ocasiones el daño sufrido no puede ser atribuido a título de culpa y se pregunta ¿“quién debe sufrir las consecuencias económicas del daño en los casos en que éste se ha producido como consecuencia de la acción de un tercero, sin que a éste se le pueda imputar culpa o negligencia”?⁶⁷ . Y entiéndase que al referirnos a las consecuencias económicas no estamos dejando a un lado los daños morales o extrapatrimoniales que puedan derivar del hecho lesionador.

Partiendo de los criterios subjetivos de atribución encontramos que será la víctima quien se vea obligada a soportar el perjuicio y el principio del restablecimiento económico que pretende la responsabilidad civil no podrá lograrse pero, si se acogieran otros criterios diferentes que fueran racionales para exigir una reparación encontraríamos que podría llevarse a cabo el restablecimiento económico a partir del daño y no propiamente de la culpa.

Sí seguimos el criterio anterior y según el cual el daño es suficiente para llamar a resarcir a quien lo ha causado, llegaremos a encontrar que una responsabilidad que se sustente únicamente a partir del daño resulta insuficiente, toda vez que el daño en sí mismo no puede calificarse como aquella razón indicada por medio de la cual se justifica que el perjuicio que ha sufrido una persona se traslade económicamente a otra⁶⁸. Lo anterior explicó que se construyeran diferentes posiciones para justificar el surgimiento de esta responsabilidad, siendo así las teorías del riesgo, la equidad, la garantía legal y la desigualdad en la distribución de las cargas públicas, entre otras, y a diferencia de los criterios subjetivos que se corresponden únicamente con la culpa y el dolo.

⁶⁷ Antonio Borrell Macia. *Ob. Cit.*, Pág. 11.

⁶⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida y PARELLADA, Carlos. Responsabilidad civil. Capítulo VIII. Los factores subjetivos de atribución. Editorial Hammurabi S.R.L, Buenos Aires, 1997. Pág. 141.

De esta forma, los defensores de la objetivización de la responsabilidad civil se vieron en la obligación de impugnar el criterio de la culpa “mediante la destrucción de su fundamentación jurídica al menos en determinados ámbitos socioeconómicos, y su sustitución por criterios de orden social y moral⁶⁹”, que en nada se relacionan con juicios valorativos sobre la conducta del causante del daño.

Aunque se han acogido diferentes criterios objetivos de atribución para generar responsabilidad en el agente causante del daño, no es del caso que se estudia sobre la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas profundizar en cada uno de ellos y por lo cual sólo haremos énfasis en la teoría del riesgo, ya que es el riesgo el criterio que realmente más se acerca a la realidad para justificar que se genere responsabilidad por el ejercicio de estas actividades cuando ellas, obviamente, han trascendido en un resultado dañoso.

4.1. LA TEORÍA DEL RIESGO

4.1.1. Concepto de Riesgo

El riesgo puede entenderse como “la eventualidad posible de que un daño acaezca”⁷⁰ o “la contingencia de un daño que delimita la estructura de la responsabilidad a un factor meramente objetivo: el perjuicio, por lo tanto quien cause daño a otro está en obligación de indemnizarlo, es éste el principio básico de la responsabilidad para la teoría objetiva, y que sin buscar apoyos distintos de los estrictamente legislativos, se encuentra contenido en el artículo 1494 del Código Civil, que al contemplar las fuentes de las obligaciones establece como una de éstas, el hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona”⁷¹.

⁶⁹ Fernando Reglero Campos. *Ob. Cit.*

⁷⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida y PARELLADA, Carlos. Responsabilidad civil. Capítulo X. Factores objetivos de atribución. Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1997

⁷¹ Cita encontrada en SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo. *Estudios de responsabilidad civil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003 con referencia al mismo autor en el libro de La

El riesgo entonces pretende referirse única y exclusivamente a una responsabilidad por daños que desplaza en todo la idea de culpa como fundamento de la responsabilidad civil⁷², de forma tal que se trata de una responsabilidad objetiva según la cual basta demostrar el incremento del riesgo en la actividad y la relación de causalidad material entre el hecho del agente dañador y el perjuicio causado para que nazca la obligación de reparar.

4.1.2. Historia de la teoría del riesgo

La teoría del riesgo ha sido considerada la primera en proponer un criterio objetivo de atribución de responsabilidad y nace ante la dificultad o imposibilidad de probar la culpa del agente causante del daño, especialmente, en aquellos casos que derivaban de los accidentes de trabajo donde la noción de culpa resultaba insuficiente para que se generara responsabilidad en cabeza del empleador.

La teoría del riesgo nace en Francia con Saleilles y Josserand en 1897 y posteriormente fue construida a partir de la Jurisprudencia de la Corte de Casación de dicho país. Se trata de una nueva concepción de la responsabilidad civil que pretende sustraer la culpa como fundamento del deber de reparar para pasar a un criterio objetivo de atribución que se corresponde con el *riesgo* o con una determinada especie de conducta que se califica como actividad riesgosa⁷³.

Saleilles propuso en principio modificar la idea tradicional de culpa, de forma tal que ésta se sustrajera del campo exclusivamente subjetivo para pasarla a un

responsabilidad en el transporte aéreo de personas, tesis de grado. Universidad Externado de Colombia, 1978. Pág. 128.

⁷² SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo. *Estudios de responsabilidad civil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003. Pág. 179-242.

⁷³ Jorge Peirano Facio. *Ob. Cit.*, Capítulo IV.

campo objetivo según el cual caerá en culpa y de forma automática quien crea un riesgo, y de esta forma, habrá responsabilidad cuando se haya creado un riesgo⁷⁴.

Josserand por su parte, propuso analizar la responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas establecida en el Código Civil francés y según la cual, no se tiene en cuenta el aspecto subjetivo de la responsabilidad. Este autor propone un sistema objetivo de responsabilidad donde la responsabilidad que recae sobre el guardián se entiende establecida cuando la víctima pruebe la relación causal entre el hecho de la cosa dañina y el daño sufrido con ocasión de ella. De esta forma, “sostuvo que todo guardián de una cosa que causara algún perjuicio, resultaría responsable, hubiese o no incurrido en culpa”⁷⁵.

Análisis posteriores en la doctrina francesa concluyeron en Francia con la promulgación de la Ley de accidentes de trabajo en 1898 y según la cual el patrono tenía el deber de indemnizar a sus empleados cuando estos sufrieran menoscabos durante su desempeño laboral sin necesidad de acudir al criterio de la culpa para que prosperara la acción resarcitoria⁷⁶.

Lo cierto es que la responsabilidad sustentada en el riesgo nace a partir del maquinismo y el trabajo que se realizaba en las fábricas, pero estos casos concretos dejaban a un lado un gran número de eventos en los cuales el principio de reparación y restablecimiento económico se veían desatendidos por cuanto la culpa resultaba insuficiente para atribuir la obligación de reparar.

Con los avances de la ciencia y después de la segunda guerra mundial, la teoría de la responsabilidad civil comenzó a cambiar sus fundamentos con el fin de que ya no se estuviera hablando de culpables sino de responsables, en respuesta a una socialización del daño que pretendía que, quien se sirviera de una cosa o

⁷⁴ Manuel Guillermo Sarmiento García. *Ob. Cit.*, Pág. 179-242.

⁷⁵ Marcelo López Mesa. Félix A. Trigo Represas. *Ob. Cit.*, Pág. 760.

⁷⁶ *Ibíd.*

sacara provecho de cierta actividad, asumiera la obligación de reparar⁷⁷. Ya no se habla de una responsabilidad por culpa sino de una responsabilidad por daños.

En razón de lo anterior, posteriores estudios se esforzaron por analizar mejor la teoría del riesgo con el fin de que este criterio de atribución pudiera ser aplicado a un mayor número de casos, toda vez que el desarrollo tecnológico e industrial implicaban necesariamente la evolución de esta teoría para que ella no quedara limitada únicamente a los casos de los accidentes de trabajo.

Se plantearon nuevas teorías más complejas según la concepción de riesgo que se tuviera y para las cuales no era la conducta del agente dañador la fuente de la responsabilidad, sino el hecho de haberse creado un riesgo que había determinado la producción de ciertos daños. Se pretendía con esto que la responsabilidad dejara a un lado el aspecto subjetivo del agente lesionador para construirse –la responsabilidad- a partir de una base patrimonial u objetiva que estuviera en pro del interés social y del principio de equidad.

Así por ejemplo, Esser propone que “la responsabilidad por riesgo es responsabilidad por el resultado dañoso derivado de riesgos no completamente controlables (tenencia de animales, explotación de ferrocarriles, instalaciones de energía nuclear) cuya dificultad de dominación pudo haber inducido al legislador a prohibir su explotación o uso de no darse para su admisión un interés general predominante; pero como su explotación o uso benefician en primer lugar al empresario o al usuario, es justo que sean estos, y no la comunidad, los que soporten los riesgos específicos no controlables. Riesgos no dominables que imponen la obligación de resarcir daños que son no solamente los derivados de accidentes de explotación o uso propiamente dichos, sino también los daños ordinarios derivados de esa explotación o uso en instalaciones permitidas a las que son inherentes peligros (chispas, escapes, ruidos) para que la explotación se

⁷⁷ *Ibíd.* Pág. 781.

desarrolle, ya que la afecta entonces el principio de la responsabilidad por ataques o transgresiones lícitas”⁷⁸.

Lo anterior explica la razón por la cual el riesgo creado resulta necesario en aquellos casos que, a pesar de ser lícitos, repercuten en resultados dañosos cuyo titular —el perjudicado— no está obligado a sufrir y para lo cual se mira en preferencia la situación de la víctima y no la situación del causante del daño.

4.2. TEORÍAS DEL RIESGO: RIESGO-PROVECHO Y RIESGO-CREADO

La teoría del riesgo ha sido tratada desde diferentes perspectivas y básicamente se concreta en las tesis del riesgo provecho y del riesgo creado. Hay quienes proponen una gran variedad de tipos de riesgo, como son el riesgo de desarrollo, el riesgo social, el riesgo de la empresa y el riesgo aceptado, entre otros⁷⁹, pero sólo miraremos los dos primeros, ya que se considera que los demás tipos de riesgos pueden ser reducidos dentro de los que vamos a estudiar.

4.2.1. Teoría del riesgo provecho

De conformidad con esta tesis, la obligación de reparar el daño causado se sustenta en el provecho o beneficio económico que cierta actividad le represente al autor del hecho dañoso. Donde está el provecho está la carga del riesgo, porque todo el que crea para su beneficio un nuevo riesgo debe responder por los daños que éste cause⁸⁰, siendo así que la persona que realice una actividad que le reporta un beneficio económico se verá abocado a indemnizar a las personas

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ Véase por ejemplo URIBE GARCÍA, Saúl. La responsabilidad por riesgo. Revista Ratio Iuris No. 1 Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín, Página 29 y siguientes.

⁸⁰ PÉREZ VIVES, Álvaro. Teoría general de las obligaciones. Segunda Edición, Volumen II. De las fuentes de las obligaciones (continuación). Universidad Nacional de Colombia. Sección de extensión cultural, 1957. Pág. 415.

que resulten perjudicadas con ocasión de dicha actividad y con independencia de la culpa que pueda o no predicarse en el agente dañador; esto se corresponde con el principio romano según el cual *donde esta el beneficio está la responsabilidad*.

Un ejemplo claro en el que se evidencia lo anterior es la explotación de minas de carbón, donde las condiciones del trabajo son complejas pero socialmente aceptadas por el empleo que generan.

Esta teoría surge en principio ante la necesidad laboral de proteger a los trabajadores cuando, con ocasión del trabajo desplegado sufrían accidentes de trabajo respecto de los cuales la culpa del patrono se veía en la mayoría de los casos difícil de probar. Se pensó inicialmente que esta teoría refería únicamente a la responsabilidad civil que podía derivar de los accidentes de trabajo y solo era posible invocarlo dentro del campo laboral, pero, de analizarse la posición que la doctrina pretende sostener al explicar lo que debe entenderse por riesgo provecho, puede concluirse que existen también actividades que no están precisamente vinculadas con la relación laboral frente a la víctima, como ocurre con los daños ocasionados a las personas que se benefician con cierta actividad, como es el caso de los pasajeros que han sufrido daños con ocasión de la actividad transportadora y que no se relacionan con el causante del daño por medio de una relación de dependencia⁸¹.

Se trata de una teoría que pretende ante todo, basarse en un elemento de justicia social, en la medida que aunque “alguien debe sufrir las consecuencias, no es justo que se pretenda exonerar de ellas a quien se beneficia con el riesgo, a quien negocia precisamente con la inseguridad de los demás”⁸² y entonces “el que se aprovecha de los medios que han causado un daño y obtiene sus ventajas, es de

⁸¹ Manuel Guillermo Sarmiento García. *Ob. Cit.*, Pág. 183.

⁸² Álvaro Pérez Vives. *Ob. Cit.*, Pág. 415.

equidad que sea también él quien sufra las consecuencias de tales daños, toda vez que no sería justo que uno se llevara los beneficios y otro las pérdidas”⁸³, lo anterior, porque hoy en día el hombre realiza actividades que superan su control y voluntad, de forma que en el ejercicio de ellas puede causar daños sin la necesidad de una culpa en su actuar.

A partir de la tesis del riesgo provecho surge la teoría del riesgo profesional y hay quienes las separan. Según esta postura, la actividad que representa provecho para su autor es una “actividad calificada, que le exige a quien la ejerce determinados conocimientos sobre una ciencia o arte y por lo tanto los daños que se produzcan en ejercicio de esa actividad calificada deben ser indemnizados sin consideración alguna a la intervención o no de la culpa”⁸⁴.

4.2.2. Teoría del riesgo creado

Esta tesis pretende acrecentar el campo de aplicación de la teoría del riesgo provecho de forma tal que no se genere responsabilidad únicamente a partir del riesgo que implica un provecho para quien lo crea y sostiene que la obligación de reparar no deviene por el provecho económico que cierta actividad pueda representar para el agente dañador, sino que la responsabilidad civil deriva del ejercicio de una actividad que implica riesgos para un número de personas que no están obligadas a soportar los perjuicios que les sean causados, siendo así que “toda actividad que crea para otro un riesgo hace a su autor responsable del daño que pueda causar sin que haya lugar a investigar si hubo culpa o no de su parte”⁸⁵ o, en otros términos, “la responsabilidad fundada en el riesgo creado consiste en la obligación de reparar los hechos dañoso producidos por una actividad que se

⁸³ Antonio Borrell Macia. *Ob. Cit.*, Pág. 11.

⁸⁴ Manuel Guillermo Sarmiento García. *Ob. Cit.*, Pág. 185.

⁸⁵ *Ibíd.* Pág. 185 citando a Antonio Rocha.

ejerce en nuestro interés y bajo nuestro control”⁸⁶. Esta posición del riesgo busca entonces ser el criterio de atribución para toda la responsabilidad civil.

Cuando hacemos alusión a una responsabilidad por el riesgo creado, nos estamos refiriendo a una responsabilidad socializada y responde a la necesidad productiva del ejercicio de actividades que son peligrosas en sí mismas o por el uso de cosas potencialmente dañinas, siendo así que prevalecerá el bien común en la medida que se le atribuya responsabilidad a quien se sirva de estas cosas peligrosas con independencia del provecho económico que éstas le puedan reportar al agente dañador.

Se diferencia esta posición de la tesis del riesgo provecho en la medida que no se trata de un beneficio económico particular, sino de la consecuencia inevitable del actuar del hombre en general⁸⁷; los elementos que constituyen la teoría del riesgo creado y de conformidad con la posición de Trigo Represas y López Mesa, son los siguientes:

- “1. Su fundamento se halla en la equidad y en la justicia distributiva.*
- 2. Presupone un cierto grado de peligro (riesgo específico de circunstancias objetivas).*
- 3. La imputación no de se basa en el materialismo inevitable de que “quien rompe paga”, por lo que no equivale a la mera causación material del daño.*
- 4. Debe existir tolerancia del peligro por todos los perjudicados y el perjudicado carecer de medios para defenderse. La coacción que somete al particular a los riesgos creadores de responsabilidad se caracteriza por ser ineludible.*

⁸⁶ Jorge Peirano Facio. *Ob. Cit.*, Capítulo IV.

⁸⁷ *Ibíd.*

5. El daño sobreviene en relación interna con la fuente del riesgo (no se responde por los riesgos extraños a la explotación o al uso de la cosa calificada de peligrosa debidos a fuerza mayor o sucesos inevitables).
6. No se trata de una reparación ilimitada ni de una reparación plena. Por el contrario, se produce por lo corriente una fijación de máximos indemnizatorios⁸⁸.

A pesar de que la teoría del riesgo ha sido acogida desde diferentes perspectivas, en su mayoría los criterios objetivos de atribución se “reducen al *riesgo generado* como consecuencia de una determinada actividad, productiva o no, y sobre todo a la falta de equidad que representa el hecho de que sea el perjudicado quien haya de soportar las consecuencias dañosas de tales situaciones sin que medie una razón suficiente que justifique la imputación del daño a la víctima”⁸⁹.

⁸⁸ Marcelo López Mesa. Félix A. Trigo Represas. *Ob. Cit.*, Pág. 785.

⁸⁹ Fernando Reglero Campos. *Ob. Cit.*

4.3. CRÍTICAS A LOS CRITERIOS OBJETIVOS DE ATRIBUCIÓN Y EN ESPECIAL A LA TEORÍA DEL RIESGO

Los seguidores de la culpa como criterio subjetivo de atribución han sostenido que los elementos objetivos de atribución resultan limitados y poco equitativos por las siguientes razones:

- Con el uso de los criterios objetivos de atribución se le estaría obligando a resarcir un daño a quien no ha obrado con culpa de su parte y es lo que Planiol califica como injusticia social⁹⁰.
- Proponen que, aunque la teoría del riesgo tenga un interés social, es de precisar que la sociedad no puede entenderse sin cada uno de sus miembros y ello implica acudir primero a una tesis individualista por encima de una postura socialista, especialmente en el caso de la responsabilidad civil donde la persona se encuentra en primer plano, y darle prevaecía a un interés social puede llevar a que el individuo dude de desplegar nuevas actividades por el temor a ser declarado responsable aún cuando desplegó toda la prudencia requerida⁹¹.
- Recurrir nuevamente a un criterio diferente a la culpa supone un retroceso para la construcción histórica de la responsabilidad civil de forma que se estaría volviendo a un derecho donde habría de ajustarse a la apariencia de los hechos o la materialidad de los mismos⁹².
- Plantear una concepción del derecho de corte exclusivamente materialista resulta inexacta por cuanto el derecho no rige sólo relaciones entre patrimonios sino que busca precisamente regular las relaciones entre las personas y para

⁹⁰ URIBE GARCÍA, Saúl. La responsabilidad por riesgo. Revista Ratio Iuris No. 1 Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín, Pág. 29.

⁹¹ Henry y Léon Mazeaud. André Tunc. *Ob. Cit.*, Capítulo IV.

⁹² Marcelo López Mesa. Félix A. Trigo Represas. *Ob. Cit.*, Pág. 782.

lo cual es necesario acudir al criterio de la culpa como elemento característico de la persona⁹³.

- También proponen las corrientes subjetivistas que la teoría del riesgo supone dificultades en la calificación del riesgo como tal, lo que implica que se trabaje sobre nociones imprecisas en materia de responsabilidad civil.

Las críticas mencionadas resultan hoy en día cuestionables en la medida que la culpa como criterio de atribución puede en ocasiones ser el fundamento de la responsabilidad civil pero retomarla desde un sentido excluyente supone desproteger a la víctima en aquellos casos en que el resultado dañoso ha derivado de situaciones externas a la conducta del hombre.

La idea socialista de la teoría del riesgo pretende proteger a las víctimas en aquellos casos en que los daños derivan del uso de actividades riesgosas y sobre los cuales no hay lugar a la invocación de la culpa. Situarnos a partir del plano de la víctima y no propiamente del causante del daño resulta más equitativo en términos sociales, toda vez que el principio de la responsabilidad civil es propiamente el de equiparar las cargas patrimoniales cuando ha acaecido un resultado dañoso sobre alguien que no está obligado a soportarlo. Referir a una justicia social en términos de responsabilidad civil debe como mínimo pretender el restablecimiento económico y en aquellos casos en que la culpa resulte insuficiente es razonable acudir a otros criterios que posibiliten la maximización de este principio, sin que ello implique un temor en los agentes sociales a la apertura de nuevas empresas o el estancamiento del desarrollo tecnológico y social.

Cuando se dice que acudir a otros criterios diferentes a la culpa es un retroceso de la responsabilidad civil es en todo su sentido debatible, ya que los criterios objetivos de atribución pretenden no limitarse a la causalidad del hecho y el daño, y por ello se justifica que, quien haya causado un daño con el uso de actividades

⁹³ Henry y Léon Mazeaud. André Tunc. *Ob. Cit.*, Capítulo IV.

riesgosas pueda exonerarse mediante la prueba de alguna causa extraña; la materialidad no es suficiente, es necesario que exista cierto grado de peligro en el ejercicio de la actividad y el daño necesariamente deberá estar ligado a la fuente del riesgo.

Adicionalmente se considera que la teoría del riesgo se acomoda más a las necesidades corrientes que viven las sociedades actuales, toda vez que la realidad presente se caracteriza por un margen de desarrollo tal que el riesgo que representa un gran número de las actividades diarias no puede ignorarse en aquellas situaciones donde la culpa resulta insuficiente para generar responsabilidad en los sujetos que, sin necesidad de cuestionar su conducta, han puesto en marcha una actividad que puede representar un beneficio al interés y desarrollo social, pero también puede trascender en daños a terceros. La teoría del riesgo supone una concepción materialista por medio de la cual puedan regularse aquellas relaciones entre las personas donde el orden social y especialmente el equilibrio económico se han visto vulnerados por el ejercicio o uso de actividades que representan riesgos sociales y que en efecto, ha derivado en resultados perjudiciales. Esta tesis no pretende concentrarse únicamente en el patrimonio de las personas, lo que busca es precisamente regular el orden social de forma que las víctimas en los casos en que no quepa hablar de culpa sobre el agente dañador, no se vean desprotegidas.

Con relación a las dificultades que critican las teorías subjetivistas frente a la concepción del riesgo, encontramos que la definición de la culpa supone ceñirse a valoraciones de índole subjetivo que pueden, en ocasiones, ser mas inciertas que aquellas valoraciones del riesgo en los casos donde el riesgo puede ser evidente para la causación de daños y para lo cual resulta equitativo que, quien haya puesto en marcha el riesgo, asuma las consecuencias en que éste pueda derivar. ¿Cómo saber cuándo una actividad peligrosa es o no riesgosa? El solo calificativo de peligrosa implica que la actividad es capaz de dañar y precisamente esa

capacidad de dañar es lo que la hace riesgosa, en la medida que su ejercicio puede, con alto margen de probabilidad, resultar en la ocurrencia de un daño. No se trata de calificar todo tipo de actividad como peligrosa, porque en alguna medida esto parece ser tentativo y descalificaría la propuesta de la teoría del riesgo. Se propone que, al igual que ha ocurrido con la culpa, en cada caso concreto se analice la peligrosidad que representa determinada actividad para la producción del resultado.

4.4. LA TEORÍA DEL RIESGO Y SU APLICACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD POR EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS

En el capítulo anterior anotamos que la culpa no resulta ser un criterio suficiente de atribución para generar responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas cuando con su uso, se ha generado un resultado dañoso. Es necesario acercarnos a un criterio de atribución de responsabilidad que se acomode a la realidad y según el cual, el principio de restablecimiento económico pueda lograrse.

Comentamos que el artículo 2356 del Código civil colombiano es el sustento legal de toda la construcción jurisprudencial y doctrinaria sobre la responsabilidad generada en el ejercicio de actividades peligrosas, pero el artículo mencionado resulta limitado para generar responsabilidad civil por el ejercicio de estas actividades.

La realidad que se ha venido pronunciando en la sociedad colombiana motivó una construcción jurisprudencial y doctrinaria del tema y, no siendo posible la aplicación de un artículo que en efecto refiriera al tema de las actividades peligrosas y por medio del cual se justificara la responsabilidad que de ellas derivara, fue necesario iniciar un estudio del tema por medio del cual la jurisprudencia y la doctrina ejercieran una función interpretativa y creadora que

facilitara la aplicación del mundo jurídico a la realidad moderna. Lo anterior con el fin de que las personas que sufrieran daños causados por el ejercicio de actividades peligrosas no se vieran desprotegidas, y para efectos de su aplicación se apoyaron en el Artículo 2356 del código civil.

Tradicionalmente se ha aceptado la teoría de la presunción de culpa y en el caso colombiano existe un apego evidente en lo que respecta a la responsabilidad civil por culpa. Pocos han sido los doctrinantes que se han atrevido a justificar la responsabilidad acudiendo a otros criterios diferentes.

Cuando nos referimos a la culpa como criterio de atribución estamos ubicándonos dentro de la esfera patrimonial del causante del daño pero en lo que respecta al principio del restablecimiento económico que predica la responsabilidad civil, la culpa resulta inapropiada en los casos en que no pudiéndose predicar culpa en el agente dañador, la víctima pareciera verse obligada a soportar los daños que le han sido causados. Que la víctima cargue con los daños es el equivalente a decir que ella se haga responsable y realmente nada justifica que el titular de los daños tenga que cargar con ellos, por esto las teorías objetivas proponen mirar la responsabilidad ya no a partir del patrimonio del causante del daño sino a partir de la situación de la víctima y el menoscabo que ésta ha sufrido. Mirar la situación de la víctima por encima de la ausencia de culpa en el causante del daño, es en efecto más equitativo de conformidad con los mandatos de las Constituciones que refieren a sistemas igualitarios y sociales.

Los criterios objetivos de atribución han sido aplicados en otros ámbitos jurídicos, como ocurre en el caso laboral con los accidentes de trabajo, pero en lo que respecta a la responsabilidad civil no han tenido gran acogida. Pocas son las razones que pueden sustentar hoy la aplicación de la culpa en algunos campos de la responsabilidad civil, como es el caso de los daños que devienen del ejercicio

de actividades peligrosas, especialmente cuando no hay de por medio una relación laboral entre el causante del daño y la víctima.

Cuando hablamos de los factores de atribución de responsabilidad debemos, como mínimo, retomarlos desde una perspectiva amplia según cada caso y a los cuales se acudirá en supuestos distintos. No se trata de sostener que la culpa sea el principio general y la teoría del riesgo solo una excepción, cada uno de ellos resulta suficiente para trasladar las consecuencias dañosas de un acto al ámbito patrimonial de su creador, sea por la culpa en que incurrió o por el riesgo generado⁹⁴.

En lo que respecta al ejercicio de actividades peligrosas, donde históricamente se ha pretendido sustraer en todo la culpa del agente dañador con el fin de fundamentar la responsabilidad civil sobre bases que sean mas acordes a la realidad social, es apropiado acudir a la teoría del riesgo de forma tal que aquel que introduzca el factor riesgoso o potencialmente dañino se haga cargo de los daños ocasionados con independencia del beneficio económico que pueda otorgarle dicha actividad.

La tesis del riesgo creado es hoy la que mejor se acomoda a la realidad que viven las sociedades modernas y especialmente en lo que refiere al caso de las actividades peligrosas, ya que éstas suponen un grado de peligrosidad mayor que el común de las actividades diarias y para lo cual es necesaria la implementación de una responsabilidad que se acomode con el principio de la justicia distributiva. En la medida que toda actividad peligrosa crea riesgos, es necesario encontrar la forma de repartir esos riesgos cuando ellos han derivado en un resultado perjudicial.

⁹⁴ Roberto A. Vásquez Ferreyra. *Ob. Cit.*, Pág. 196.

Siendo entonces la responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas una construcción teórica que supera los límites normativos y que especialmente puede vislumbrarse en el ámbito Jurisprudencial, nada impide que la Jurisprudencia de la Corte se separe de su tradicional apego a los criterios subjetivos de atribución y se concentre en la teoría del riesgo para justificar la responsabilidad civil que resulte del ejercicio de actividades peligrosas, más aún cuando es esta teoría la que mejor se acomoda al mundo moderno, y especialmente a nuestra sociedad colombiana.

5. POSICIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CON RELACIÓN A LOS CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN

Realmente la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia colombiana consideran, que la culpa debe entenderse como la regla principal dentro de nuestro sistema de responsabilidad civil, de forma tal que nadie es responsable sino de los daños que son el resultado de su culpa⁹⁵, siendo así que “la culpa, el perjuicio y la relación de causalidad son, pues, los tres elementos básicos sobre los cuales se ha estructurado el deber de reparar”⁹⁶, pero esto resulta inconveniente en lo que refiere a las actividades peligrosas como se mencionó en el capítulo tercero de este estudio.

La Corte Suprema de Justicia en algunas oportunidades ha acudido a la teoría del riesgo para atribuir responsabilidad y no es dable decir que siempre ha sido la culpa el criterio de atribución por excelencia.

En sentencia del 5 de agosto de 1937 dijo la Corte que “La reparación del daño se basa entonces en la idea de que quien crea un riesgo debe sufrir las consecuencias de su realización, cuando perjudica a otro, abstracción hecha de culpa cometida”⁹⁷. Y en el año 1938 cuatro sentencias de la Corte acudieron a la misma posición con el fin de aplicar la teoría del riesgo como elemento de la responsabilidad civil concretamente en lo que respecta al ejercicio de actividades peligrosas; en algunas de ellas se refieren a una presunción de responsabilidad que sólo puede desvirtuarse mediante la prueba de una causa extraña, y dejan de

⁹⁵ CUELLAR GUTIERREZ, Humberto. Responsabilidad Civil extracontractual. Librería Jurídicas Wilches. Bogotá, D.E, Colombia. 1983. Pág. 26.

⁹⁶ *Ibíd.*

⁹⁷ Manuel Guillermo Sarmiento García. *Ob. Cit.*, Pág. 193 citando Jurisprudencia de la Corte Casación de 5 de agosto de 1937. G.J.T. XLV., p. 420.

lado la concepción de culpa como criterio de atribución para generar responsabilidad⁹⁸.

Esta posición de la Corte en lo que refiere a la responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas se mantuvo hasta el año de 1946, ya que en este año la Corte negó haber adoptado en alguna época anterior una postura diferente a la concepción de culpa, y afirmó que la culpa era el fundamento de la responsabilidad civil en el sistema colombiano⁹⁹.

En sentencia del año 1954, la Corte aceptó la posibilidad de “acoger en el futuro la tesis de la responsabilidad por riesgo creado, cuando el desarrollo social en Colombia se complicara hasta el punto que la proliferación de las actividades peligrosas, de las relaciones vecinales, etc., pudieran rebasar los moldes de la responsabilidad subjetiva fundada en la noción de clásica culpa”¹⁰⁰.

Las sentencias posteriores en lo que refieren a las actividades peligrosas han sido constantes en considerar la culpa como criterio de atribución y en una investigación de la posición de la Corte durante los últimos quince años encontramos que se trata de una presunción de culpabilidad que sólo se destruye mediante la prueba de una causa extraña. La investigación jurisprudencial se divide en dos momentos básicos, la década de 1990 a 1999 y el período comprendido entre los años 2000 y junio de 2005. En cada una de estas etapas nos preguntamos cuál es el fundamento de la responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas en lo que refiere a una responsabilidad objetiva o subjetiva y, en qué casos se desplazó o amplió el criterio de imputación de la

⁹⁸ *Ibíd.* Pág. 185, citando a Antonio Rocha.

⁹⁹ Saúl Uribe García. *Ob. Cit.*, Pág. 29.

¹⁰⁰ Manuel Guillermo Sarmiento García. *Ob. Cit.*, Pág. 193 y 194, citando Jurisprudencia de la Corte: Casación de 14 de marzo de 1938. G.J.T XLVI, N° 1934, p. 211/ Casación de 31 de mayo de 1938. G.J.T. XLVI, N° 1936, p. 560/ Casación de 25 de noviembre de 1938. G.J.T. XLVII, N° 1943, p. 409/ Casación de 15 de julio de 1938. G.J.T. XLVII, N° 1940, Pág. 68.

presunción de culpa a cualquier otro elemento de responsabilidad. Miremos cada uno de estos períodos.

5.1. DÉCADA DE 1990 A 1999

5.1.1. Fundamento de la responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas. Responsabilidad objetiva o subjetiva

En la década de los noventa la Corte se sostiene en la posición tradicional que ha venido acogiendo y según la cual la culpa es el fundamento de la responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas.

Para la responsabilidad que derive del ejercicio de actividades catalogadas como peligrosas, sólo es necesario que la víctima demuestre el daño y la relación de causalidad entre éste y el proceder del demandado, porque en estos casos se presume la culpa de aquel¹⁰¹.

La presunción de culpa sólo podrá ser desvirtuada demostrando una causa extraña y no basta la prueba de diligencia y cuidado¹⁰². De esta forma se enfatiza en la necesidad del demandado de ubicarse en el terreno de la causalidad y no de la culpabilidad, para efectos de poder desvirtuar la presunción de culpa que se le imputa; así, se entiende que la causalidad es suficiente para dar por establecida la culpa en cabeza del demandado y por ello a este último le corresponde desvirtuarla.

¹⁰¹ Sentencia 005 de enero 23 de 1992, M.P. Dr. Pedro Lafont Pianetta.

¹⁰² Sentencia con referencia a Expediente No. 3382, Junio 4 de 1992, MP. Carlos Esteban Jaramillo Schloss; Sentencia 196 de Junio 4 de 1992, MP. Carlos Esteban Jaramillo Schloss; Sentencia con referencia a Expediente No. 4260 de diciembre 15 de 1994, MP. Rafael Romero Sierra; Sentencia 005 de enero 23 de 1992, MP. Pedro Lafont Pianetta.

Se pretende en la jurisprudencia de la Corte, establecer un régimen probatorio y conceptual que resulte beneficioso para la víctima cuyo daño deviene del ejercicio de actividades peligrosas, en la medida que se trata de actividades respecto de las cuales el hombre no tiene un absoluto control y que se caracterizan por ser peligrosas y susceptibles de romper el equilibrio económico. Así se establece en sentencia de junio 4 de 1992 y según la cual

“En lo que a las actividades peligrosas se refiere, por su misma posibilidad de ocasionar daños, a la víctima le basta con demostrar a) el daño, b) la relación de causalidad entre éste y el proceder del demandado, pues en el evento se presume el tercer elemento que es la culpa, la cual podrá ser desvirtuada demostrando fuerza mayor, intervención de un tercero y culpa exclusiva de la víctima.”

“En los casos de responsabilidad civil por actividades peligrosas la culpa se presume en tanto los hechos pongan al descubierto que el demandado con su actuar, ha creado la inseguridad de las víctimas, ya que es en esto en lo que radica el factor de imputación de la obligación indemnizatoria correspondiente.”¹⁰³(Subrayas fuera del texto).

La jurisprudencia de la Corte se sostiene en la teoría de la responsabilidad subjetiva como fundamento de la responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas en la medida que, aunque sólo en una ocasión se acogen otras teorías, casi en su totalidad, las sentencias de la Corte se acomodan dentro de las teorías subjetivistas para fundamentar la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas a partir de la presunción de culpa en cabeza del demandado.

¹⁰³ Sentencia con referencia a Expediente No. 3382, Junio 4 de 1992, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Miremos algunos apartes de las sentencias de la Corte y según los cuales afirmamos lo anterior. En el año 1994 se manifestó que:

“Tratándose de responsabilidad por el ejercicio de actividades consideradas peligrosas, como lo es la conducción de automotores, la doctrina y la jurisprudencia nacionales, con apoyo en el Art. 2356 del C.Civil, consideran que la culpa se presume, por lo que será suficiente, para que prospere la pretensión indemnizatoria, que el demandante demuestre la existencia del daño y que éste se produjo a causa de una actividad calificada como peligrosa, caso en el cual son obligados a reparar el daño tanto la persona que desarrolla la actividad como aquella por cuenta de la cual se ejerce ésta.”¹⁰⁴ (Subrayas fuera de texto).

En Sentencia de la Corte del año 1995 encontramos que se recogen varios criterios para fundamentar la responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas, siendo éstos la presunción de responsabilidad (responsabilidad objetiva), la culpa presunta (responsabilidad subjetiva) y el incremento del riesgo para apoyar alguna de las dos teorías anteriores. A pesar de que la Corte retoma otros elementos diferentes a la presunción de culpa, sigue siendo más enfática en la aplicación esta teoría, de forma tal que se ve así:

“La Corte ha sostenido la doctrina de que conforme a la disposición del Art. 2356 del Código Civil, 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

¹⁰⁴ Sentencia con referencia a Expediente 4260 de Diciembre 15 de 1994, MP. Rafael Romero Sierra.

exonera de la indemnización sino en cuanto se demuestre caso fortuito, fuerza mayor o intervención de elementos extraños”.

“La causalidad basta para tener por establecida la culpa en aquellos casos en que, atendida la naturaleza propia de la actividad y las circunstancias precisas en que el hecho dañoso se realizó, la razón natural permita imputar este último a la incuria o imprudencia de la persona de quien se demanda la reparación... su defensa (la del demandado), entonces, no puede plantearse con éxito en el terreno de la culpabilidad sino en el de la causalidad, rindiendo la prueba de la causa extraña del perjuicio...”

“ Visto queda que la norma tantas veces citada, después de hacer hincapié tantas veces en la necesidad de la reparación cuando casos de esa naturaleza suceden, trae algunos ejemplos que el legislador de la época tuvo como significativos de las características especiales de la referida obligación de indemnizar, dándole así entrada legal a un singular mecanismo de atribución de dicha deuda, mecanismo éste que en último término y para los fines que aquí importa tener presente consiste en imputarle el resultado lesivo, en virtud del principio de control del peligro y atendidas las características de los riesgos específicos inherentes a determinado tipo de empresa o explotación, al patrimonio de quien, pudiendo dominar la fuente de la que esos peligros surgen, no extremó las prevenciones y cuidados que le eran exigibles para impedir aquel resultado...”

“...una conducta de suyo riesgosa para terceros desprevenidos a quienes no se les advierte en forma clara la situación de peligro

así configurada, por lo que la Ley presume la culpa de quien beneficiándose de la correspondiente actividad de la que dicha cosa es instrumentos, tiene de hecho sobre ella un poder efectivo de vigilancia, gobierno y control, si dicha actividad resultó perjudicial; responsabilidad especial de la que, teniendo en cuenta sus alcances y las directrices básicas que en últimas la justifican, ha puntualizado la jurisprudencia, subrayando repetidamente el claro fundamento de equidad que la inspira dadas las dificultades que por lo común tiene la prueba positiva de la falta imputable al demandado frente a eventos dañosos del tipo de los que dejan descritos, que sin abandonar el criterio de la responsabilidad subjetiva que campea en el título XXXIV del Libro Cuarto del Código Civil, descansa sobre una presunción estricta en contra de quienes ocasionaron tal tipo de daños, considerando que no es la víctima sino el demandado quien crea la inseguridad de los asociados, de la suerte que a la primera le basta demostrar el perjuicio, la relación directa de causa efecto entre este último y la actividad peligrosa, así como también la existencia de un deber concreto de guarda respecto de este último que al empresario demandado le incumbía, mientras que la exoneración, valga repetirlo, no puede venir sino de la prueba concluyente de la causa extraña¹⁰⁵ (Subrayas fuera de texto).

En aclaración de voto de la misma sentencia encontramos que el Dr. Javier Tamayo Jaramillo, expone que la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas se fundamenta en la presunción de responsabilidad, de manera que:

¹⁰⁵ Sentencia 022 de 1995, con referencia a Expediente No. 4345 MP. Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

“El problema pues, no sólo es de prueba de la culpa sino también, y sobre todo, de prueba de causalidad, pues la presunción de responsabilidad por actividades peligrosas parte del presupuesto de que el demandante establezca la imputabilidad física del hecho, y esa imputabilidad no puede consistir en el simple contacto físico entre la cosa y el bien dañado”

“...El valor práctico de la figura de las actividades peligrosas radica en que el guardián se presume responsable, pese a que no hay imprudencia o negligencia probada de su parte...”

“...cuando la Corte concibió la presunción de responsabilidad del artículo 2356 del C.C. lo que quiso significar fue que quien disparaba un arma causándole daños a terceros, era responsable, aunque no hubiese imprudencia de su parte;... la responsabilidad estaba condicionada a la peligrosidad de la actividad y no a la imprudencia u omisión de quien la ejercía...”

“Así las cosas, forzoso es concluir que cuando al ejercer una actividad peligrosa, no se logra establecer la culpa del agente, de todas maneras hay una presunción en contra del causante del daño.” (Subrayas fuera de texto).

A pesar de la sentencia anterior y aunque se creyera que la jurisprudencia de la Corte hubiese realizado un giro al acoger otras teorías diferentes a su posición tradicional, encontramos que en sentencias posteriores que hacen parte del período estudiado, nuevamente el fundamento de la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas se desarrolla a partir de la presunción de la culpa y no de la responsabilidad. Lo anterior se observa en los siguientes apartes de jurisprudencia.

En Sentencia con referencia a Expediente No. 4260 de diciembre 15 de 1995, MP. Rafael Romero Sierra se afirma lo siguiente:

“Con apoyo en el Artículo 2356 del C.Civil la jurisprudencia y la doctrina consideran que tratándose de responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas la culpa se presume, por lo que será suficiente, para que prospere la pretensión indemnizatoria, que el demandante demuestre la existencia del daño y que éste se produjo a causa de una actividad calificada como peligrosa.”¹⁰⁶ (Subrayas fuera de texto)

Posteriormente, en Sentencias del año 1999 encontramos que se reitera lo anterior de la siguiente forma:

“Ha puntualizado la Corte, que la regla del Art. 2356 del C.C. apareja una presunción de culpa en contra de quien causa perjuicios con el ejercicio de aquellas actividades cuya ejecución entraña peligros o riesgos para las personas del entorno, responsabilidad de la cual solamente se exonera en cuanto acredite que el daño solo pudo tener por fuente cualquier suceso extraño... todas las actividades de esa especie, llamadas peligrosas, aparejan la existencia de una obligación legal de resultado consistente en vigilar esa actividad e impedir que ella, por su propio dinamismo o debido a circunstancias anormales que la rodearon en un momento dado, escape del control de quien de la aludida actividad se sirve o reporta beneficio”¹⁰⁷(Subrayas fuera de texto)

¹⁰⁶ Sentencia con referencia a Expediente No. 4260 de diciembre 15 de 1994, MP. Rafael Romero Sierra.

¹⁰⁷ Sentencia 012, con referencia a Expediente No. 4978 de mayo 5 de 1999. MP. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

“...entre las actividades que se califican de peligrosas, lo que, en lo pertinente a este caso y en materia de la responsabilidad civil que deriva de su ejercicio, significa que contra la demandada opera la presunción de culpa, cuyo respaldo legal radica en el Art. 2356 del C. Civil.”

“la responsabilidad civil que deriva del ejercicio de actividades peligrosas nos lleva a decir que contra la demandada opera la presunción de culpa conforme lo establece el Art. 2356 del Código Civil...

“...le basta a los demandantes demostrar la existencia del daño padecido y que éste se produjo con ocasión del ejercicio de la actividad peligrosa...

...La causalidad basta para tener por establecida la culpa en aquellos casos en que, atendida la naturaleza propia de la actividad y las circunstancias precisas en que el hecho dañoso se realizó, la razón natural permite imputar éste último a la incuria o imprudencia de la persona de quien se demanda la reparación, e inútil será por lo tanto, que este último, guardián de la actividad y el demandado en el proceso, intente establecer que observó la dirigencia debida; su defensa entonces no puede plantearse con éxito en el terreno de la culpabilidad sino en el de la causalidad rindiendo la prueba de la causa extraña del perjuicio... (G.J. CCXXXIV, p. 260; sentencia de 5 de Mayo de 1999, sin publicar)”¹⁰⁸.(Subrayas fuera de texto).

¹⁰⁸ Sentencia con referencia a Expediente No. 5173 de noviembre 25 de 1999, MP. Silvio Fernando Trejos Bueno.

5.1.2. ¿Existe algún desplazamiento o ampliación del “criterio de imputación” de la presunción de la culpa, a cualquiera otro de los elementos de la responsabilidad o la responsabilidad misma?

En el ejercicio de actividades peligrosas el criterio de imputación tradicionalmente aceptado por la jurisprudencia de la Corte es, aunque no siempre en forma explícita, el de la presunción de culpa sobre quien se reputa responsable por el ejercicio de una u otra actividad calificada como peligrosa.

La Corte ha venido manejando la misma corriente al establecer que la culpa del demandado se presume cuando se causa un daño en el ejercicio de una actividad peligrosa. El centro de imputación de la responsabilidad es la culpa presunta, y sólo se puede liberar o exonerar el demandado de esta responsabilidad desvirtuando la presunción de culpa y probando que existió una causa extraña.

Ahora bien, en la pregunta anteriormente analizada encontramos que el fundamento acogido por la Corte durante la década de los noventa no es otro que el de la presunción de culpa, propio de las teorías subjetivistas.

De conformidad con lo anterior podemos resaltar que el incremento del riesgo y el nexo de causalidad se corresponden con un peso adicional al criterio tradicional de presunción de culpa; de esta forma la Corte en varias ocasiones acude a ellos para apoyar la teoría que acoge. Así se observa en sentencia del año 1992 donde la Corte recoge elementos adicionales a la presunción de culpa, como es el incremento del riesgo o la inseguridad que representa el ejercicio de actividades consideradas como peligrosas:

“En los casos de responsabilidad civil por actividades peligrosas la culpa se presume en tanto los hechos pongan al descubierto que el

demandado con su actuar, ha creado la inseguridad de las víctimas, ya que es en esto en lo que radica el factor de imputación de la obligación indemnizatoria correspondiente.¹⁰⁹(Subrayas fuera de texto)

También puede observarse cómo se inscribe la Corte en la teoría de la causalidad en adición a la presunción de culpa, de forma tal que a partir de ella pueda el demandado desvirtuar la presunción de culpa que en su cabeza radica, así:

“...la responsabilidad civil que deriva del ejercicio de actividades peligrosas nos lleva a decir que contra la demandada opera la presunción de culpa conforme lo establece el Art. 2356 del Código Civil...

...le basta a los demandantes demostrar la existencia del daño padecido y que éste se produjo con ocasión del ejercicio de la actividad peligrosa...

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

¹⁰⁹ Sentencia con referencia a Expediente No. 3382, Junio 4 de 1992, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

causa extraña del perjuicio... (G.J. CCXXXIV, p. 260; sentencia de 5 de Mayo de 1999, sin publicar)”¹¹⁰. (Subrayas fuera de texto).

5.2. PERÍODO DE 2000 A JUNIO DE 2005

5.2.1. Fundamento de la responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas. Responsabilidad objetiva o subjetiva

Durante estos cinco años la posición de la Corte sigue siendo constante al acoger la teoría de la presunción de culpa para fundamentar la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas. Se intenta enfatizar en la causalidad y no en la culpabilidad pero siempre se vuelve a acoger el criterio de la culpa toda vez que ella –la culpa-, de conformidad con los argumentos de la Corte, se acredita con la casualidad misma.

Encontramos que las sentencias de la Corte siguen acogiendo su posición tradicional respecto a la presunción de culpa que radica en cabeza del demandado y para la cual solo es necesario que la víctima pruebe el daño y el nexo de causalidad entre éste y el ejercicio de la actividad peligrosa; la culpa se presume por cuanto deviene de la causalidad.

La Corte sigue manifestando que, conforme lo establece el Art. 2356 del Código Civil, en el ejercicio de actividades peligrosas existe una presunción de culpa en contra de quien despliega ciertas actividades que por su naturaleza generan peligro. Se desvirtúa esta presunción a partir de la demostración de un causa extraña que rompa el nexo causal.¹¹¹

¹¹⁰ Sentencia con referencia a Expediente No. 5173 de noviembre 25 de 1999, MP. Silvio Fernando Trejos Bueno.

¹¹¹ Sentencia con referencia a Expediente No. 7676, 12 de Julio de 2005. MP. Pedro Octavio Munar Cadena.

Se atiende la idea según la cual, en el desarrollo de una actividad peligrosa, *al incrementar un riesgo*, la culpa no debe ser probada por la víctima sino que ésta se presume. Lo único que la víctima debe probar es la existencia de un daño y que éste derivó de la conducta desplegada por el demandado.

Esta posición jurisprudencial, según la cual se presume la culpa en el ejercicio de actividades peligrosas cuando éstas han configurado un resultado dañoso, puede observarse a partir de los siguientes análisis:

“Es el relacionado con el ejercicio de una actividad peligrosa que el sentenciador le atribuyó a la Flota Mercante, inferencia sobre la cual, ciertamente, estructura la responsabilidad de dicha empresa, especie de actividad que, de su lado, el impugnante niega, es oportuno comenzar por precisar que, como de antaño lo tiene definido esta Corporación, el artículo 2356 del Código Civil contempla una presunción de culpa en contra de quien despliega ciertas actividades que por su naturaleza generan peligro, presunción de la cual no escapa quien la ejerce, tratando de demostrar diligencia y cuidado en el desempeño que le incumbe, ya que, como por sabido se tiene, se le exige, con miras a exonerarse, que demuestre una causa extraña que rompa el nexo causal”¹¹². (Subrayas fuera de texto).

“...la necesidad de probar, en casos semejantes, "el daño y la relación de causalidad entre este y el proceder del demandado", pues la actividad "habrá de orientarse por el inciso 1o. del artículo 2356 del Código Civil, en cuanto preceptúa que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de una persona, debe ser reparado por esta" (sent. cas. de 14 de marzo de 2000, Exp. No. 5177), para lo cual resulta imprescindible

¹¹² Sentencia con referencia a Expediente 7676, 12 de Julio de 2005. MP. Pedro Octavio Munar Cadena.

que el demandante asuma la demostración "además del perjuicio sufrido, [de] 'los hechos determinantes del ejercicio de la actividad peligrosa' [1], es innegable que esos hechos necesariamente tienen que ser atribuidos a quien funge como demandado, pues ahí es donde está el meollo del elemento que une al daño con la culpa, es decir, el nexo de causalidad. Por manera que si se descarta esa relación entre daño y la conducta del demandando, ningún sentido tendría hacer operar la presunción derivada del artículo 2356 del Código Civil porque ello equivale a afirmar que el imputado no cometió el hecho dañoso" (sent. cas. civ. 25 de agosto de 2003, Exp. No. 7228).

Se sigue de ello que el nexo causal entre la conducta imputable al demandado y el efecto adverso que de ella se deriva para el demandante, debe estar debidamente acreditado porque el origen de la responsabilidad gravita precisamente en la atribución del hecho dañoso al demandado. Este aspecto ha ocupado anteriormente la atención de la Corte, a cuyo propósito ha dicho que "la causalidad basta para tener por establecida la culpa en aquellos casos en que, atendida la naturaleza propia de la actividad y las circunstancias precisas en que el hecho dañoso se realizó, la razón natural permite imputar a la incuria o imprudencia de la persona de quien se demanda la reparación... su defensa, entonces, no puede plantearse con éxito en el terreno de la culpabilidad sino en el de la causalidad" (G.J. CCXXXIV, p. 260, sent. cas. civ. de 5 de mayo de 1999, reiterada en cas. civ. de 25 de noviembre de 1999, Exp. No. 5173). Así las cosas, la responsabilidad supone la inequívoca atribución de la autoría de un hecho que tenga la eficacia causal suficiente para generar el resultado, pues si la incertidumbre recae sobre la existencia de esa fuerza motora del suceso, en tanto que se ignora cuál fue la verdadera causa desencadenante del fenómeno, no sería posible endilgar responsabilidad al demandado.

...para que la pretensión de responsabilidad civil extracontractual por actividad peligrosa sea próspera, el demandante debe acreditar, además del daño cuyo resarcimiento persigue, que tal resultado tuvo por causa directa y adecuada, aquella actividad imputable al demandado y de la que sobrevino la consecuencia lesiva, de lo cual se desprende que ausente la prueba de la relación de causalidad, las pretensiones estarían destinadas al fracaso”¹¹³. (Subrayas fuera de texto).

De alguna forma se percibe en la jurisprudencia que el incremento del riesgo puede en ocasiones ser un fundamento adicional, no el único, para la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, en la medida que para la Corte:

“No hay duda que poner en actividad ciertas cosas cuya capacidad destructiva es incalculable... comporta comprometer el sosiego social y crear un riesgo que debe asumir quien las pone en actividad, sin que éste pueda replicar en su favor que agotó todos los esfuerzos posibles para evitar el daño, pues... solamente demostrando fuerza mayor o caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, logra evadir la responsabilidad que se le atribuye.

...mandatos de equidad y justicia imponen deducir que quien la más de las veces buscando su propio beneficio cree riesgos o ponga en peligro a los demás, debe asumir la obligación de indemnizar el daño que causa, imputación que se deriva del control que ejerce sobre

¹¹³ Sentencia 058 de 23 de Junio de 2005, MP. Eduardo Villamil Portilla.

dicha actividad, esto es el poder de dirección y guarda que de él se predique”.¹¹⁴ (Subrayas fuera de texto)

También se observa que existe el deber de reparar cuando se ha incrementado un riesgo que no debe ser soportado por el común de la gente, según se establece en sentencia del 13 de agosto de 2001, con referencia a Expediente No. 5993, MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, donde se dice que:

“...especialmente en el Art. 2356 según el cual quien causa daño a otro está obligado a indemnizarlo lo que lleva a mirar “ de manera especial que existe la obligación de reparar por quien asume el riesgo de ejecutar una específica y calificada conducta o manipular bienes que, per se, involucran un riesgo que el común de las personas no debe soportar, como ocurre con el transporte y conducción de petróleo, considerada como peligrosa por el riesgo inherente a la naturaleza misma de las sustancias y la potencialidad para dañar, que se les reconoce con independencia de las precauciones que se adopten en desarrollo del proceso de producción y consumo” (casación 25 de octubre 1999, exp. 5012); lo anterior se dará, salvo que haya un causa extraña llamada a interrumpir el nexo causal y a impedir que se materialice una condena de carácter pecuniario, según el caso, por ausencia jurídica de responsabilidad.” (Subrayas fuera de texto).

¹¹⁴ Sentencia con referencia a Expediente No. 7676, 12 de Julio de 2005. MP. Pedro Octavio Munar Cadena.

En otras ocasiones se hace alusión al daño, como requisito fundamental para poder iniciar cualquier acción indemnizatoria pero no se acoge como el criterio para fundamentar la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, así:

“...para que prospere la pretensión, en materia de responsabilidad civil es imperativo para la parte actora que los elementos que la estructuran se encuentren debidamente probados, entre ellos el daño, siendo éste el requisito sobre el que se apoya la columna vertebral de la responsabilidad civil y concretamente en la obligación resarcitoria a cargo de su agente (victimario), ya que sin el no puede hablarse de reparación toda vez que si no hay perjuicio no hay reparación civil.”

...Dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, el daño es un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias fijadas por el ordenamiento. Así, el punto de partida es el daño respecto a cualquier acción indemnizatoria.”¹¹⁵
(Subrayas fuera de texto).

5.2.2. ¿Existe algún desplazamiento o ampliación del “criterio de imputación” de la presunción de la culpa a cualquier otro de los elementos de la responsabilidad o la responsabilidad misma?

Nuevamente la Corte recoge como criterio de imputación la presunción de culpabilidad según la cual sólo exonera de responsabilidad una causa extraña. Ahora bien, se reitera en el incremento del riesgo y la imputación a partir de la causalidad y no de la culpabilidad, por cuanto la culpa, se repite, es presunta.

¹¹⁵ Sentencia con referencia a Expediente No. 5502 del 4 de abril de 2001, MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

El incremento del riesgo puede analizarse como un criterio adicional a la presunción de culpa en la medida que para la Corte

“...No hay duda que poner en actividad ciertas cosas cuya capacidad destructiva es incalculable... comporta comprometer el sosiego social y crear un riesgo que debe asumir quien las pone en actividad, sin que éste pueda replicar en su favor que agotó todos los esfuerzos posibles para evitar el daño, pues... solamente demostrando fuerza mayor o caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, logra evadir la responsabilidad que se le atribuye.

...mandatos de equidad y justicia imponen deducir que quien la más de las veces buscando su propio beneficio cree riesgos o ponga en peligro a los demás, debe asumir la obligación de indemnizar el daño que causa, imputación que se deriva del control que ejerce sobre dicha actividad, esto es el poder de dirección y guarda que de él se predique...”¹¹⁶. (Subrayas fuera de texto).

Por su parte, la relación de causalidad puede considerarse como ampliación del criterio de imputación de la presunción de la culpa, en la medida que en el ejercicio de actividades peligrosas es necesario probar el daño y la relación de causalidad entre este y el proceder del demandado, para lo cual el demandante debe asumir la demostración del perjuicio sufrido y de los hechos determinantes del ejercicio de la actividad peligrosa; estos hechos determinantes deben necesariamente ser atribuibles a quien se demanda en la medida que es allí, en el nexo de causalidad, donde

¹¹⁶ *Ibíd.*

puede unirse el daño con la culpa que se presume.¹¹⁷ Se atribuye responsabilidad a partir del hecho dañoso imputable al demandado y nuevamente se retoma la responsabilidad a partir de la causalidad, así,

"...la necesidad de probar, en casos semejantes, "el daño y la relación de causalidad entre éste y el proceder del demandado", pues la actividad "habrá de orientarse por el inciso 1o. del artículo 2356 del Código Civil, en cuanto preceptúa que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de una persona, debe ser reparado por esta" (sent. cas. de 14 de marzo de 2000, Exp. No. 5177), para lo cual resulta imprescindible que el demandante asuma la demostración "además del perjuicio sufrido, [de] 'los hechos determinantes del ejercicio de la actividad peligrosa' [1], es innegable que esos hechos necesariamente tienen que ser atribuidos a quien funge como demandado, pues ahí es donde está el meollo del elemento que une al daño con la culpa, es decir, el nexo de causalidad. Por manera que si se descarta esa relación entre daño y la conducta del demandando, ningún sentido tendría hacer operar la presunción derivada del artículo 2356 del Código Civil porque ello equivale a afirmar que el imputado no cometió el hecho dañoso" (sent. cas. civ. 25 de agosto de 2003, Exp. No. 7228).

Se sigue de ello que el nexo causal entre la conducta imputable al demandado y el efecto adverso que de ella se deriva para el demandante, debe estar debidamente acreditado porque el origen de la responsabilidad gravita precisamente en la atribución del hecho dañoso al demandado. Este aspecto ha ocupado anteriormente la atención de la Corte, a cuyo propósito

¹¹⁷ Sentencia 058 de 2005, 23 de Junio de 2005. MP. Eduardo Villamil Portilla.

ha dicho que "la causalidad basta para tener por establecida la culpa en aquellos casos en que, atendida la naturaleza propia de la actividad y las circunstancias precisas en que el hecho dañoso se realizó, la razón natural permite imputar a la incuria o imprudencia de la persona de quien se demanda la reparación... su defensa, entonces, no puede plantearse con éxito en el terreno de la culpabilidad sino en el de la causalidad" (G.J. CCXXXIV, p. 260, sent. cas. civ. de 5 de mayo de 1999, reiterada en cas. civ. de 25 de noviembre de 1999, Exp. No. 5173). Así las cosas, la responsabilidad supone la inequívoca atribución de la autoría de un hecho que tenga la eficacia causal suficiente para generar el resultado, pues si la incertidumbre recae sobre la existencia de esa fuerza motora del suceso, en tanto que se ignora cuál fue la verdadera causa desencadenante del fenómeno, no sería posible endilgar responsabilidad al demandado.

...para que la pretensión de responsabilidad civil extracontractual por actividad peligrosa sea próspera, el demandante debe acreditar, además del daño cuyo resarcimiento persigue, que tal resultado tuvo por causa directa y adecuada, aquella actividad imputable al demandado y de la que sobrevino la consecuencia lesiva, de lo cual se desprende que ausente la prueba de la relación de causalidad, las pretensiones estarían destinadas al fracaso."¹¹⁸ (Subrayas fuera de texto).

¹¹⁸ *Ibíd.*

5.3. ANALISIS DE LA POSICIÓN QUE ACOGE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CON RELACIÓN A LOS CRITERIO DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PARA EL CASO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS

De la investigación realizada podemos concluir que la posición de la Corte en lo referente al criterio de atribución ha sido el modelo de “presunción de culpa” a partir del cual, una vez probado el hecho y el daño, habrá una presunción de culpabilidad sobre el agente, quien podrá únicamente desvirtuarla con la prueba de una causa extraña: fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo de un tercero o hecho exclusivo de la víctima. Para algunos, lo que la Corte Suprema de Justicia llama presunción de culpa, es en otro sentir una presunción de responsabilidad.

Esta posición jurisprudencial resulta en alguna medida cuestionable toda vez que, si se trata de una presunción de culpa siempre deberá en principio ser establecida por el legislador, cosa que para el caso Colombiano no ocurre, según la literalidad de nuestras normas y conforme al Art. 2356 de nuestro Código Civil. Las presunciones deben estar expresamente consagradas en la Ley y es una función que no pueden atribuirse los jueces. Adicionalmente y como en algún momento ya se mencionó, en caso de tratarse de una presunción de culpa habrá lugar a desvirtuarla por medio de la prueba de diligencia y cuidado pero en el caso de actividades peligrosas la Corte ha establecido que únicamente exonerará una causa extraña.

En la medida que sólo exonere una causa extraña ya no estamos ubicados dentro del marco subjetivo de la culpa sino dentro del marco del nexo causal, propio de las teorías intermedias que apoyan como fundamento del ejercicio de actividades peligrosas la presunción de responsabilidad y que por sí misma también resulta dudosa ya que, presumir responsabilidad, implica presumir no uno de sus

elementos sino todos y cada uno de ellos dejando a la víctima libre de probar el daño o el nexo causal¹¹⁹.

Como ya se dijo, la culpa resulta insuficiente para justificar la responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas y es menester la aplicación de un nuevo criterio que se acomode a la realidad actual y que permita el restablecimiento económico entre aquel que ejerce la actividad y quien se ha visto afectado con ella.

La responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas es en todo, una construcción jurisprudencial y en la medida que la Jurisprudencia dio nacimiento a este tipo de responsabilidad a partir del criterio de la culpa y apoyándose en el Artículo 2356 de nuestro Código Civil, nada excluye la posibilidad de que la tradición jurisprudencial gire en pro de acomodar el derecho a las situaciones de la vida que hoy en día se presentan y con el fin de facilitar la maximización del principio de restablecimiento económico que pretende la responsabilidad civil.

Resulta tentador que la Corte, una vez se decida por desatender su apego a los criterios subjetivos de atribución en lo que respecta a la responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas, se decida por acudir a la tesis del riesgo creado. Esta postura de la responsabilidad es, como ya concluimos, la que más se aproxima a las realidades sociales que en el presente se vislumbran y posibilita la aplicación del principio de restablecimiento económico a partir de una mirada de la responsabilidad desde la posición de la víctima, especialmente en lo que respecta al ejercicio de estas actividades.

El ejercicio de actividades que impliquen riesgos que puedan devenir en resultados dañinos es una cuestión que la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia no puede ignorar y para ello debe contar con nuevos criterios de atribución que sean más equitativos y que cumplan con los preceptos

¹¹⁹ Jorge Peirano Facio. *Ob. Cit.*, Capítulo IV.

constitucionales por los que se rige nuestra sociedad colombiana. En la medida que toda actividad peligrosa crea riesgos, es preciso encontrar la forma de repartir esos riesgos cuando ellos han derivado en un resultado perjudicial y se exige para ello mirar la situación, ya no desde el patrimonio del causante del daño, sino a partir de la víctima y los daños por ella sufridos.

6. CONCLUSIONES

6.1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS ES UNA CONSTRUCCIÓN DOCTRINARIA Y JURISPRUDENCIAL

Durante varias décadas la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas ha sido asumida por nuestra doctrina y jurisprudencia como una institución de la responsabilidad civil extracontractual independiente y según la cual hay lugar a la reclamación de perjuicios cuando un hecho, en sí mismo y sin necesidad de calificarlo como ilícito, ha trascendido en un resultado lesivo.

Este tipo de responsabilidad surge de un hecho dañoso y no del incumplimiento o cumplimiento tardío o defectuoso de una obligación previamente establecida; con ella se pretende restablecer el equilibrio económico entre el causante del hecho y el titular del perjuicio en la medida que el perjuicio causado no es un menoscabo cuyo titular esté obligado a sufrir.

La base normativa a partir de la cual se construye la doctrina del momento y la jurisprudencia que viene desde 1930 ha sido el Art. 2356 del Código Civil Colombiano, pero como en varias oportunidades de este estudio se anotó, este sustrato normativo resulta insuficiente para referir a la responsabilidad civil que surge por el ejercicio de actividades peligrosas, cuando con ellas, le han sido ocasionado daños a terceros.

El Art. 2356 nada dice sobre actividades peligrosas y únicamente refiere al daño imprudente que pueda serle imputable al causante del mismo. Solamente

menciona algunos ejemplos y éstos se corresponden más con una responsabilidad por el hecho propio o por el hecho de las cosas.

En algunas oportunidades la doctrina y la jurisprudencia han pretendido estudiar este tipo de responsabilidad a partir de lo que se conoce como presunción, pero toda presunción debe estar expresamente consagrada en algún sustrato normativo y debe derivar de la voluntad del legislador, cosa que no ocurre de conformidad con el artículo anteriormente mencionado.

Las presunciones acogidas han sido básicamente la presunción de culpa y la presunción de responsabilidad, a pesar de que ningún tipo de presunción se colige del Artículo 2356, y a partir de la investigación realizada y estudiada en el capítulo anterior podemos afirmar que la posición de la Corte de los últimos años y en lo referente al criterio de atribución ha sido el modelo de “presunción de culpa”.

Tratándose de una presunción de culpa habría lugar a desvirtuarla por medio de la prueba de diligencia y cuidado pero, en el caso Colombiano encontramos que, según la línea jurisprudencial, sólo es viable la exoneración mediante la prueba de una causa extraña, y esto nos aleja del marco subjetivo del actuar reprochable del sujeto que llevó a cabo el hecho dañoso y traslada la valoración de este tipo de responsabilidad al marco del nexo causal.

Ubicándonos en el marco del nexo causal encontramos lo que algunos autores llaman presunción de responsabilidad y para lo cual cabe repetir algunas precisiones terminológicas al respecto. Cuando se presume a alguien responsable de los resultados ocasionados con el hecho que ha desplegado, se está dando por sentado que todos y cada uno de los elementos de la responsabilidad han sido probados y aunque no es necesario profundizar en las razones anteriores toda vez que ya han sido estudiadas, cabe repetir que como mínimo el daño debe probarse para iniciar la reclamación de perjuicios sobre quien se reputa responsable, y en

caso de tal de que se reclame a falta de daño, estaríamos ya en el campo del enriquecimiento sin causa. Si no existe daño y a pesar de que se reúnan los demás elementos de la responsabilidad, no hay lugar a la reclamación de perjuicios.

A pesar de los problemas que presenta el artículo 2356 de nuestro código civil, la realidad social exigió algún tipo de regulación en la materia aún cuando no existiera norma sobre la cual apoyarse, y para tal efecto, la jurisprudencia y la doctrina nacionales se vieron en el deber de construir toda una teoría sobre la responsabilidad que podía derivar del ejercicio de actividades peligrosas en asimiento del Art. mencionado, de manera que los perjudicados con el uso y ejercicio de estas actividades no se vieran desprotegidos.

Ahora, esta construcción jurisprudencial y doctrinaria ha pasado por varios momentos de interés para nosotros, y ha cobijado diversos fundamentos de la responsabilidad que pueden enmarcarse básicamente entre los criterios objetivos y subjetivos de atribución.

El fundamento de la responsabilidad pretende explicar las razones por las cuales es dable que cierto sujeto se vea en la obligación de reparar los daños causados; estas razones suelen asociarse a los factores de atribución, y entiéndase por factor de atribución esa razón suficiente por medio de la cual se justifica que el daño que ha sufrido una persona se traslade económicamente a otra. El factor de atribución es el equivalente al fundamento de la responsabilidad.

No habiendo fundamentos normativos, fue necesario acudir a las construcciones teóricas que se han hecho al respecto y profundizar un poco más en las razones que justifiquen la responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas, especialmente cuando ellas son una construcción doctrinaria y jurisprudencial en el caso colombiano.

6.2. LOS FACTORES SUBJETIVOS DE ATRIBUCIÓN RESULTAN INSUFICIENTES PARA GENERAR RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS

Los factores subjetivos de atribución pretenden en todo momento justificar la responsabilidad a partir de la conducta desplegada por el sujeto dañador y según lo anterior quien pretenda la reparación deberá acreditar la existencia de culpa o dolo en el causante del daño, so pena de verse obligado a soportar los perjuicios sufridos.

De conformidad con los factores subjetivos de atribución, los daños ocasionados deberán ser soportados por quien los sufre, salvo que éstos sean atribuibles a una conducta culpable o dolosa de quien los causó, y la culpabilidad o no del causante del daño será valorada a partir del grado de imputabilidad, previsibilidad y evitabilidad del daño, ya que se requiere de estos tres elementos para reprochar la conducta del presunto responsable.

Reprochar una conducta es desaprobación los actos que han recaído en un resultado ofensivo y ello presume, en materia de responsabilidad civil, analizar la imputabilidad, la previsibilidad y la evitabilidad del daño que deriva de esa conducta que se cuestiona.

No hay unanimidad en lo que debe entenderse por culpa pero en lo que refiere a los elementos que la componen encontramos que parecen ser insuficientes al momento de valorar la responsabilidad que puede surgir por el ejercicio de actividades peligrosas.

6.3. LA IMPUTABILIDAD PUEDE EN MUCHOS CASOS IMPLICAR LA AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD Y DEJAR A LA VÍCTIMA CON LA CARGA DE SUFRAGAR EL DAÑO O ACUDIR A ALGUNA OTRA INSTITUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MENOS PROVECHOSA EN MATERIA PROBATORIA

La imputabilidad, entendida en su sentido jurídico como la posibilidad de referir un acto cualquiera a la actividad de una persona que debe no solo conocer, sino comprender las consecuencias de su conducta, genera algunas imprecisiones en lo que refiere al ejercicio de actividades peligrosas.

Los menores de diez años y los dementes no son sujetos capaces de comprender las actuaciones que realizan y considerándoseles inimputables, a pesar de que pueden realizar actividades peligrosas, no serán llamados a responder por el ejercicio de ellas cuando éstas han resultado dañosas.

Cuando se trata de daños que derivan del ejercicio de actividades peligrosas que han sido realizadas por inimputables, encontramos que la víctima se vería obligada a sufrir las consecuencias del daño sufrido ante la falta de culpa en el agente dañador y los demás elementos que componen la reprochabilidad de la conducta ni siquiera entrarían a ser analizados.

En el caso anterior, la institución por medio de la cual podría iniciarse la reclamación de perjuicios no sería propiamente la de actividades peligrosas, y la responsabilidad civil recaerá sobre las personas que tengan el deber de cuidar y vigilar del inimputable, pero podrán exonerarse de responsabilidad manifestando que a pesar de haber adoptado todas las precauciones para evitar la producción del resultado, no pudieron evitarlo y por ende las perjuicios ocasionados con el daño recaerán sobre la víctima.

6.4. LOS DAÑOS QUE SE GENEREN CON OCASIÓN DEL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS PUEDEN SER PREVISIBLES PERO INEVITABLES Y SUELEN CARACTERIZARSE POR SUPERAR LA ESFERA DE DIRECCIÓN Y CONTROL DEL HOMBRE

El juicio de previsibilidad, se corresponde con el test por el que se pregunta si el sujeto que ocasionó el daño pudo prever o no las consecuencias de su conducta activa u omisiva, y se entiende por imprevisto –en contraposición al juicio de previsibilidad- aquello que acontece a pesar de haberse tomado todas las medidas necesarias para evitar la producción de cierto resultado y no aquello que ni siquiera ha pasado por la mente de quien ejerce la actividad.

La previsibilidad en el ejercicio de actividades peligrosas puede valorarse de diferentes formas y encontramos que en ocasiones siempre será previsible para quien ejerce la actividad peligrosa la posibilidad de que ésta acaezca en un resultado dañoso. En este caso, y suponiendo que se tomaron todas las medidas para evitar la producción del resultado, no podría hablarse de una culpa en el agente que se reputa responsable, toda vez que si se tomaron todas las precauciones necesarias, el presunto responsable podría exonerarse de responsabilidad mediante la prueba de debida diligencia y cuidado.

En otros eventos estos resultados dañosos jamás podrán enmarcarse dentro del juicio de previsibilidad por cuanto la actividad en si misma, a pesar de ser riesgosa, supera la esfera de control y dominio del hombre por la falta de conocimiento en los resultados sobre los cuales puede derivar.

El juicio de evitabilidad, por su parte, se corresponde con la constatación de que se disponía de los medios necesarios para impedir el resultado dañoso y a pesar de ello, el sujeto cuya conducta se cuestiona, no lo hizo, o bien porque recae sobre el sujeto un deber especial de evitar el resultado mediante la previa adopción de medidas necesarias para ello.

Para el caso del ejercicio de actividades peligrosas, la evitabilidad del daño resulta rebatible por razones obvias. Estas actividades se caracterizan por superar la esfera de dirección y control del hombre, y por ello, en la mayoría de los casos, los resultados que devienen del ejercicio de ellas resultan prácticamente inevitables.

Cuando se trata de adoptar medidas necesarias para evitar la producción del resultado nos resulta fácil encontrar culpa en el agente dañador si éstas no fueron adoptadas, pero, en caso de que éstas se hubieran adoptado y aún así el daño fuere producido, nos veríamos en la obligación de exonerar de culpa al agente dañador, precisamente porque ese daño que se le pretende atribuir supera su esfera de control para poder evitarlo y ni siquiera un hombre prudente o un buen padre de familiar situado en las mismas condiciones hubiera estado en capacidad de evitar la producción de dicho resultado.

Con todo lo anterior, encontramos que las actividades peligrosas pueden en ocasiones ser el resultado de actuaciones culposas o dolosas del agente que realiza la actividad, pero no siempre la reprochabilidad de la conducta resulta suficiente para la atribución de responsabilidad por el ejercicio de estas actividades y en muchos casos la víctima podría verse con la carga de sufragar los perjuicios sufridos ante la falta de culpa en el agente dañador.

Realmente la responsabilidad que surge por el ejercicio de actividades peligrosas no puede derivar de la reprochabilidad de la conducta, ya que a pesar de la mayor diligencia y cuidado desplegados, los resultados lesivos acontecen por tratarse de actividades que superan la esfera de dirección y control del hombre. La mayor diligencia y cuidado que se haya desplegado no alcanza a ser suficiente para evitar el resultado lesivo que ha devenido por el ejercicio de actividades potencialmente peligrosas y en consideración a los criterios subjetivos de atribución la víctima cargaría con la obligación de resarcir los daños que le han

sido causados y el principio de restablecimiento económico que prima en la responsabilidad civil se vería depreciado.

6.5. LOS CRITERIOS OBJETIVOS DE ATRIBUCIÓN SE ALEJAN DE LA CULPA Y JUSTIFICAN EN MAYOR MEDIDA LA RESPONSABILIDAD CIVIL QUE SURGE POR EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS CUANDO ELLAS DEVIENEN EN RESULTADOS DAÑOSOS

En la medida que la culpa resulta limitada para justificar la responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas, es indispensable acudir a nuevos criterios de atribución que se adapten a la realidad del momento y que posibiliten el restablecimiento económico entre aquel que ejerce la actividad y quien se ha visto afectado con ella.

Los criterios objetivos de atribución son aquellos que no toman en cuenta la reprochabilidad de la conducta del llamado a responder y se soportan en otras razones para justificar que las consecuencias patrimoniales de un daño se trasladen a su causante. Ya no se tienen en cuenta los elementos de imputabilidad, previsibilidad y evitabilidad del daño y a pesar de que la conducta del agente dañador haya sido lo suficientemente cuidadosa y diligente, éste seguirá siendo responsable a no ser que pruebe una causa extraña –y la ausencia de culpa¹²⁰- como factor determinante en la producción del daño.

Estos criterios objetivos, como fundamento de la responsabilidad civil, buscan valorar las circunstancias a partir de la posición de la víctima con el fin de que esta no se vea desprotegida, ya que a partir de los criterios subjetivos encontramos que muchas veces el restablecimiento económico no puede llevarse a cabo por la falta de dolo o culpa en cabeza del agente dañador.

¹²⁰ La causa extraña operará únicamente en los casos previstos para tal efecto y será necesario acreditar la ausencia de culpa en el agente dañador. Toda causa extraña debe estar exenta de culpa.

Son muchos los criterios de atribución que resultan relevantes pero en este estudio se enfatizó en la teoría del riesgo por considerársele más apropiada para justificar la responsabilidad que deriva del ejercicio de actividades peligrosas cuando ellas, han trascendido en un resultado dañoso.

6.6. LA TEORÍA DEL RIESGO CREADO ES IDEAL PARA JUSTIFICAR LA RESPONSABILIDAD POR EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS CUANDO CON ELLAS, SE HA PRODUCIDO UN DETRIMENTO EN CABEZA DE TERCEROS

Referir a los factores objetivos de atribución, en el caso de la responsabilidad civil que surge por el ejercicio de actividades peligrosas, supone mirar los fundamentos de la responsabilidad civil en sentido amplio, ya que no se trata de acudir a estos criterios de forma excluyente. Los criterios de atribución deben mirarse según cada institución en concreto y es dable que en algunas ocasiones sea la culpa la razón suficiente por la cual se genere la responsabilidad, pero en el caso del ejercicio de actividades peligrosas es necesario acudir a otros criterios que resulten más equitativos.

La teoría del riesgo ha sido estudiada a partir de dos grandes corrientes, el riesgo provecho y el riesgo creado, pero podemos decir que casi en su totalidad los criterios objetivos de atribución que pretenden justificar la responsabilidad civil, y especialmente en el caso de actividades peligrosas, se concentran en el riesgo creado cuando la actividad ha traído con su ejercicio la producción de resultados lesivos, especialmente por lo poco justo que resulta el hecho de que sea el afectado quien se vea en el deber de soportar y cargar con los perjuicios que le han sido causados, sin que exista una razón suficiente que justifique la imputación de estos daños a la víctima.

La teoría del riesgo generado ha sido criticada en gran medida por las corrientes subjetivistas pero, valga la pena reiterarlo, acudir a la culpa como único criterio de

atribución supone desproteger a la víctima en aquellos casos en que el resultado dañoso ha derivado de situaciones externas a la conducta del hombre. Mirar la responsabilidad a partir de la posición de la víctima es más equitativo en términos sociales y desarrolla en mejor medida el principio de la responsabilidad civil de equiparar las cargas patrimoniales cuando se ha producido un resultado lesivo en cabeza de alguien que no está obligado a soportarlo.

Cuando acudimos a la figura del riesgo creado procuramos justificar la responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas en arreglo al desarrollo que viven las sociedades actuales, especialmente por el riesgo que representan gran parte de las actividades diarias; cuando el orden social y el equilibrio económico se han visto vulnerados por el ejercicio o uso de actividades que puedan catalogarse como peligrosas, es dable acudir a teorías que justifiquen en mayor medida la responsabilidad civil, especialmente cuando no pueda predicarse un actuar culposo en el agente dañador.

El riesgo resulta tan relevante que hoy puede colegirse en el ámbito laboral la manera como las ARP (Administradoras de Riesgos Profesionales) evalúan las empresas según su actividad en una escala de riesgo y, acorde con la actividad y los riesgos que dicha actividad implica, las ARP cobran una tarifa de seguro proporcional. Una cementera tiene un grado alto de exposición al riesgo mientras una oficina de asesorías no, por lo que la tarifa y las actividades de tipo preventivo que se desarrollan con cada empresa son diferentes y buscan prever y minimizar el impacto que el desarrollo de la actividad peligrosa puede tener en caso que un evento fortuito o un error humano ocurra y genere daños a terceros. Si esta teoría del riesgo creado ha sido aceptada en materia laboral, ¿por qué no puede ser acogida en el caso de la responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas, cuando ni siquiera existe una norma que regule claramente la materia?

La tesis del riesgo creado, con la propuesta de un criterio de atribución objetivo, se acomoda a la realidad del momento y posibilita la aplicación del principio de restablecimiento económico en aquellos casos dónde nada justifica que sea la víctima quien se vea en el deber de cargar con los daños que le han sido causados. Para el caso de la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas es conveniente acudir a la teoría del riesgo con el fin de que el sujeto que introduzca el factor riesgoso en el mundo social, asuma los daños que ocasione y con independencia del beneficio económico que pueda otorgarle dicha actividad.

Las actividades peligrosas se caracterizan por el riesgo social que representan en la producción de daños y es esto lo que las diferencia del común de las actividades diarias. En razón de lo anterior resulta necesaria la aplicación de factores de atribución diferentes a la culpa que permitan repartir los riesgos generados por el ejercicio de actividades riesgosas, cuando ellas, han acaecido en un resultado perjudicial.

En la medida que la responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas sea una construcción teórica, que sobrepasa las condiciones normativas y que puede percibirse en el caso Colombiano como una creación de índole jurisprudencial y doctrinario, es posible que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se aparte de su tradicional apego a la culpa como criterio de atribución de responsabilidad civil. Es posible acudir a la teoría del riesgo para justificar la responsabilidad civil que resulte del ejercicio de actividades peligrosas, necesariamente cuando con ella es viable la aplicación del derecho al mundo actual.

Es atractivo que la doctrina del momento y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se alejen de los criterios subjetivos de atribución con relación a la responsabilidad civil que surge por el ejercicio de actividades peligrosas y se

resuelvan por apoyar la teoría del riesgo creado, en la medida que es la postura del momento que en mejor medida se acomoda a las necesidades sociales y posibilita la aplicación del principio general de la responsabilidad civil de restablecer el equilibrio económico entre el afectado y quien ha ejercido la actividad afectadora.

Siendo las actividades peligrosas actividades que implican el incremento de riesgos sociales, es necesario buscar maneras equitativas que posibiliten la repartición de estos riesgos cuando ellos efectivamente se han materializado en daños a terceros. Para lograr lo anterior es necesario mirar la responsabilidad civil, ya no desde el patrimonio del causante del daño, sino a partir de la víctima y los daños por ella sufridos; esta es una discusión que debe resolver la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia y la mejor manera de lograr un cambio en su tradición subjetivista es empezar por preguntarles: ¿qué razón justifica que la víctima afectada con el ejercicio de actividades peligrosas, se vea en la posición de sufragar los daños que con ellas, le han sido causados cuando no medie culpa en cabeza del causante?, y ¿qué razones justifican la aplicación de los criterios subjetivos de atribución en el caso de la responsabilidad que surge por el ejercicio de actividades peligrosas?. No encuentro razones para seguir apegados a los criterios subjetivos de atribución cuando referimos a la responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas y pretendo manifestar con este estudio una mirada diferente y dirigida a los criterios objetivos de atribución y en especial, a la teoría del riesgo.

BIBLIOGRAFÍA

BORRELL MACIA, Antonio. Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil. Estudio del artículo 1902 del Código civil y breves comentarios sobre los artículos 1903 a 1910 del propio cuerpo legal. Segunda Edición. BOSCH, Casa Editorial, Urgel, 51 bis, Barcelona, 1958.

CUELLAR GUTIERREZ, Humberto. Responsabilidad civil extracontractual. Librería Jurídicas Wilches. Bogotá, D.E, Colombia. 1983.

GHERSI, Carlos Alberto. Teoría general de la reparación de daños. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, 3ª edición, 2003.

GHERSI, Carlos Alberto. Modernos conceptos de responsabilidad civil. Primera Edición, Biblioteca jurídica DIKE, Medellín, Colombia, 1995.

JOSSERAND, Louis. Derecho Civil Revisado y completado por André Brun. Tomo II, vol. I. Teoría General de las Obligaciones. Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cia Editores, Buenos Aires, reimpresión 1993.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida y PARELLADA, Carlos. Responsabilidad civil. Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1997.

LÓPEZ MESA, Marcelo y TRIGO REPRESAS, Félix A. Tratado de la responsabilidad civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica. Tomos I y II. 1ª Edición, 1ª Reimpresión 2005, Buenos Aires, Argentina.

MARTINEZ RAVE, Gilberto. MARTINEZ TAMAYO, Catalina. Responsabilidad civil extracontractual. Undécima edición. Editorial Temis S.A., Bogotá – Colombia, 2003.

MAZEAUD, Henry Léon y TUNC, André. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1962.

PEIRANO FACIO, Jorge. Responsabilidad extracontractual. Tercera Edición. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1981.

PÉREZ VIVES, Álvaro. Teoría general de las obligaciones. Segunda Edición, Volumen II. De las fuentes de las obligaciones (continuación). Universidad Nacional de Colombia. Sección de extensión cultural, 1957.

REGLERO CAMPOS, Fernando. La Responsabilidad Civil en el Siglo XXI, Congreso Internacional, Memorias, Culpa y riesgo en los modernos sistemas de responsabilidad.

SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de responsabilidad civil, Tomo II. Colección profesores 21, Ciencias jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C., 2005.

SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo. Estudios de responsabilidad civil, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003. Pág. 179-242.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil, Tomos I., II y III. Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá – Colombia, 1999.

URIBE GARCÍA, Saúl. La responsabilidad por riesgo. Revista Ratio Iuris No. 1, Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín, Página 29 y siguientes.

VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto A. Responsabilidad por daños (elementos), Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1993.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sentencia 005 de enero 23 de 1992, MP. Pedro Lafont Pianetta.

Sentencia con referencia a Expediente No. 3382, Junio 4 de 1992, MP. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Sentencia 196 de Junio 4 de 1992, MP. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Sentencia con referencia a Expediente No. 4260 de diciembre 15 de 1994, MP. Rafael Romero Sierra.

Sentencia 130 de 1994, MP. Eduardo García Sarmiento.

Sentencia 022 de 1995, con referencia a Expediente No. 4345, MP. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Sentencia 012, con referencia a Expediente No. 4978 de mayo 5 de 1999, MP. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

Sentencia con referencia a Expediente No. 5173 de noviembre 25 de 1999, MP. Silvio Fernando Trejos Bueno.

Sentencia 106 de noviembre 29 de 1999, MP. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

Sentencia 59 de 2000, MP. Jorge Santos Ballesteros.

Sentencia con referencia a Expediente No. 5502 del 4 de abril de 2001, MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Sentencia con referencia a Expediente No. 5993 del 13 de agosto de 2001, MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Sentencia con referencia a Expediente No. 7676, 12 de Julio de 2005, MP. Pedro Octavio Munar Cadena.

Sentencia 058 de 23 de Junio de 2005, MP. Eduardo Villamil Portilla.