

La norma de indemnización de perjuicios causados por las actividades peligrosas (Art. 2356 C.C.)*

Fabrizio Mantilla Espinosa**

“¿(P)ero es un concepto borroso en absoluto un concepto? - ¿Es una fotografía difusa en absoluto una figura de una persona? Sí; ¿puede siempre reemplazarse con ventaja una figura difusa por una nítida? ¿No es a menudo la difusa lo que justamente necesitamos?”

Wittgenstein, Ludwig. Investigaciones filosóficas, proposición 71).

Teniendo en cuenta que nuestra jurisprudencia siempre ha interpretado el régimen de indemnización de perjuicios del art. 2356 C.C. partiendo de una teoría general y abstracta, orientaré esta conferencia hacia el objetivo de identificar algunos *problemas teóricos* (que se limitan, en últimas, a problemas de interpretaciones lingüísticas de la terminología que utiliza la Corte en el desarrollo de su teoría de la responsabilidad por actividades peligrosas), que tienen *repercusiones en la práctica*.

Antes de entrar en materia, es importante que recordemos que el significado de las palabras lo asignamos nosotros mediante el uso que hacemos de ellas dentro de una frase específica, y en un contexto lingüístico determinado (para nuestra explicación dejaremos de lado las particularidades del acto de emisión). Por ejemplo: la palabra “casa”. Por “casa” se tiene la idea de una construcción con determinadas características que, normalmente,

* Conferencia en la Universidad de Medellín. 19 de marzo de 2004. Agradezco muy especialmente al doctor Carlos Molina Betancur por su muy gentil invitación a dar esta conferencia en la Universidad de Medellín, y al doctor Andrés Ramírez, no sólo por su paciencia para escucharla hasta el final, sino, también, por su coraje de darse a la dispendiosa tarea de transcribirla.

** Profesor de la Universidad del Rosario. Abogado especialista en Derecho Privado. Maestría en Derecho Privado. Correo electrónico: fabrizio_mantilla@yahoo.fr

sirve para la habitación. Pero esta palabra no tiene un significado *per se* (casa, en principio, son cuatro letras c.a.s.a.), “casa” no sólo designa dicha construcción. El significado de la palabra depende de la frase dentro de la cual se encuentra. Así, por ejemplo, cuando alguien dice: “*Quiero comprar una casa*”, se puede referir indistintamente a una casa o a un apartamento; o “*Carlos es un amigo de la casa*”, se puede estar refiriendo a la “casa” como “familia” y no a la construcción. O, cuando en el aeropuerto, alguien le dice a una persona que llega: “*Bienvenido a casa*”, puede querer significar ciudad o país.

Igualmente, la palabra “oferta” significará algo distinto para un abogado que para un economista o para un ama de casa que sale a hacer compras. O la palabra “tutela” que, además, de sus significados propios en el lenguaje corriente tiene una gran variedad de distintos significados en el lenguaje jurídico (véase la tutela como guarda del derecho civil, la acción de tutela, y el control de tutela del derecho administrativo).

Como en los ejemplos anteriores, sucede lo mismo con la palabra “responsabilidad”; ésta se usa en frases bien distintas con significados diferentes en cada una de ellas. Por ejemplo: “este trabajo es muy difícil, tiene muchas responsabilidades”, “*Fulanito es un estudiante responsable*” y “*Perengano estaba desesperado, no era responsable de sus actos*”. (En estos ejemplos “responsabilidad” y “responsable” parecen tener un sentido descriptivo).

Nosotros, sin embargo, limitaremos nuestro análisis de la palabra responsabilidad al significado que ésta tiene dentro de algunas frases específicas como: “*el que cause daño a otro será responsable de la reparación*” o “*Fulano es responsable de los daños ocasionados a Zutano*”. (Haremos referencia únicamente a estas expresiones con tal sentido normativo).

Ahora bien, mediante la palabra “norma” haremos referencia solamente a las normas prescriptivas, es decir, a las manifestaciones de voluntad provenientes de una autoridad competente, en virtud de las cuales *se obliga a hacer algo, se prohíbe hacer algo o se permite hacer algo*.

En términos generales, la responsabilidad se puede resumir en un esquema como el siguiente: “X debe indemnizar a la víctima de un daño”.

Veamos una disposición del Código Civil:

Art. 2350 C.C. El dueño de un edificio es responsable de los daños que ocasione su ruina, acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia.

No habrá responsabilidad si la ruina acaeciere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto.

Si el edificio perteneciere a dos o más personas proindiviso, se dividirá entre ellas la indemnización, a prorrata de sus cuotas de dominio.

Si un edificio en ruinas causa un daño a una persona, el dueño del edificio tendrá la obligación de indemnizar a la víctima. Esto quiere decir que antes de que acaezca el daño, el dueño del edificio no tiene ninguna obligación frente a nadie en virtud de esta norma. Si no se ocasiona el daño, el propietario no tiene ninguna obligación y, por consiguiente, nadie tiene el derecho de crédito correlativo para exigirle algo. Es decir, mientras no acaezca la condición establecida por la norma (la ocurrencia del daño), no va a haber ninguna obligación en cabeza del sujeto normativo (el propietario) y ningún derecho correlativo en cabeza de nadie, porque no hay víctima.

Sin embargo, dichas *normas indemnizatorias* suelen encontrarse aparejadas por otras normas que prohíben ciertos comportamientos previos a la ocurrencia del daño, por ejemplo:

Art. 988 C.C. El que tema que la ruina de un edificio vecino le pare perjuicio, tiene derecho de querellarse al juez para que se mande al dueño de tal edificio derribarlo, si estuviere tan deteriorado que no admita reparación; o para que, si la admite, se le ordene hacerla inmediatamente; y si el querellado no procediere a cumplir el fallo judicial, se derribará el edificio o se hará la reparación a su costa.

Si el daño que se teme del edificio no fuere grave, bastará que el querellado rinda caución de resarcir todo perjuicio que por el mal estado del edificio sobrevenga.

En el artículo 2350, el propietario, antes del acaecimiento del daño se encuentra en *libertad* de mantener su edificio en ruinas, sin que nadie tenga un derecho en contra de él para exigirle lo contrario. Pero el artículo 988 establece que el propietario ya no tiene *libertad* de mantener el edificio en ruinas, (le está prohibido mantenerlo en ese estado), y los vecinos tienen un derecho de crédito para exigirle que lo repare o que lo derribe.

En esta hipótesis, nos encontramos entonces frente a una obligación condicionada a que acaezca el daño, la obligación de resarcir a la víctima (*norma indemnizatoria*); y una obligación anterior al acaecimiento del daño que es la prohibición de mantener un edificio en ruinas.

Veamos otra disposición similar:

Art. 2355 C.C. El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la

indemnización se dividirá entre todas ellas, a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable ésta sola.

Si hubiere alguna cosa que de la parte de un edificio o de otro paraje elevado, amenace caída o daño, podrá ser obligado a removerla el dueño del edificio o del sitio, o su inquilino, o la persona a quien perteneciere la cosa, o que se sirviere de ella, y cualquiera del pueblo tendrá derecho para pedir la remoción.

Vemos cómo el inciso primero de este artículo consagra una *norma indemnizatoria* mientras que el inciso segundo una *norma prohibitiva*.

Ahora, nuestro Código Civil trae, además, una disposición prohibitiva de alcance general:

Art. 2359 C.C. Por regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción.

Dentro de esta misma perspectiva hay que diferenciar las acciones populares, con una finalidad preventiva, de las acciones de grupo, de naturaleza indemnizatoria. (Ley 472 de 1998 arts. 2, 3 y 4, principalmente).

En conclusión, para nuestro análisis particular, podemos distinguir dos tipos de normas: Unas *indemnizatorias*, que obligan a reparar un daño, y otras prohibitivas (prohiben crear ciertos riesgos).

A parte de estas normas prohibitivas de ciertas situaciones que crean riesgos, existen normas que determinan otras prohibiciones específicas que el legislador consagró por razones de distinta índole. Por ejemplo: La ley 256 de 1996 en sus arts. 7 a 19 prohíbe todos los actos de competencia desleal, confiriéndole al competidor afectado el derecho de exigirle al infractor la remoción de los efectos de dichos actos (art. 20). Y, por otra parte, dispone que si tales actuaciones causan daños, el agente estará obligado a indemnizar a la víctima (art. 20).

La misma situación se presenta con la norma indemnizatoria que establece que la persona que conduciendo un automóvil cause un daño a otra estará obligada a resarcir perjuicios (art. 2356 C.C.), y las normas del Código de Tránsito que prohíben ciertas conductas e imponen multas (Ley 769 de 2002, art. 60 y ss., principalmente). Así, si una persona se pasa el semáforo en rojo estará obligado a pagar una multa, por el hecho de incumplir

una prohibición (la de pasarse el semáforo en rojo); y si, además, atropella a alguien tiene que indemnizar el perjuicio porque, igualmente, hay una norma que establece que si se atropella a alguien se tienen que resarcir los perjuicios.

Y en caso de responsabilidad por daños causados al medio ambiente, una cosa es la norma que obliga a la indemnización (art. 2356 C.C.)¹, y otra cosa muy distinta son las normas que prohíben ciertas conductas y establecen sanciones para los infractores (la Ley 23 del 19 de diciembre de 1973, el Decreto 2811 del 18 de diciembre de 1974 y la Ley 99 del 22 de diciembre de 1993).

Nos encontramos, pues, frente a dos clases de normas distintas, una que cumple con una finalidad indemnizatoria y otra con una finalidad preventiva.

Por lo tanto, la doctrina que argumenta una supuesta evolución de la Responsabilidad Civil hacia una finalidad preventiva² sólo refleja su *ansia de generalidad* al pretender incluir dentro de su “nueva teoría de la Responsabilidad Civil” disposiciones jurídicas de la naturaleza de las normas del Código de Tránsito y de la denuncia del edificio en ruinas (art. 988 C.C), lo cual resulta, a todas luces, criticable.

Ahora, para el tema que nos ocupa, nos ocuparemos únicamente de las *normas indemnizatorias*, y dejaremos de lado las *normas prohibitivas* con finalidad preventiva.

Respecto a la indemnización de perjuicios, nuestro legislador se limitó a redactar ciertos artículos en el Código Civil en el título XXXIV del libro Cuarto. Y la doctrina se dio a la tarea de tratar de crear una sola teoría explicativa.

Dentro de esta óptica, la jurisprudencia colombiana sostiene que existe una teoría de la Responsabilidad Civil, que se divide Contractual y Extracontractual, la cual consta de tres elementos: la culpa, el daño y un nexo causal entre estos dos⁵. La doctrina extranjera más representativa tiende a sostener la existencia de una actividad, un daño y un nexo causal entre la actividad y el daño, sin hacer referencia a la culpa.

Hay que entender que el contenido de la obligación de indemnizar (en cabeza del sujeto normativo) está determinado directamente por el daño. Indemnizar es reparar el daño y no nada más que el daño. Podemos ver entonces cómo existe una gran diferencia con los famosos “*punitive damages*” (daños punitivos o daños ejemplares) del derecho estadounidense, los cuales, bajo ciertas condiciones, permiten que se condene, a título de

sanción, a algo más que a la reparación del daño. Vemos, pues, cómo, en este supuesto, el contenido de la obligación indemnizatoria no estaría determinado por el monto mismo del daño. Así, los estadounidenses mediante una sola norma jurídica logran las dos finalidades: de prevención y de indemnización. Mientras que nosotros utilizamos dos normas distintas, *las prohibitivas y las indemnizatorias*.

Ahora bien, los dos sistemas tienen sus ventajas y sus desventajas (lo cual no analizaremos en esta oportunidad); sin embargo, y eso quiero que quede muy claro, los daños ejemplares constituyen un mecanismo de inhibición de actividades riesgosas muy eficaz y que, eventualmente, podría llegar a ser utilizado en nuestro sistema jurídico. Es más, en otro tiempo lo utilizamos; para que lo comprueben los invito a que lean las Partidas Sexta y Setena de Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio. (Por problemas de tiempo no podremos dedicarnos más al estudio comparativo de estos dos sistemas de reparación y prevención de daños).

Así que volvamos a nuestro tema. La Corte ha elaborado una teoría general de la responsabilidad civil extracontractual a partir del texto del artículo 2341 C.C. El gran error en el que se incurrió fue que nuestro máximo tribunal tomó el artículo 2341 C.C. y elaboró una teoría de la responsabilidad civil extracontractual basándose en lo que dice ese artículo, tapándose los ojos frente a otras particularidades que tienen los otros artículos de la legislación civil (los invito a que lean ustedes mismos los arts. 2346, 2347, 2348, 2349, 2350, 2353, 2354 y 2355 C.C. y evidencien las diferencias estructurales).

Leamos el texto:

Artículo 2341 C.C. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

La estructura de dicha norma es entonces: *“X debe indemnizar a la víctima de un daño causado por su acción culposa”*.

Si la teoría general, que pretende explicar todos los regímenes de responsabilidad civil, está inspirada en el texto del artículo 2341 C.C, nos veremos enfrentados a un grave problema metodológico al momento en que comencemos nuestro análisis puntual de la norma creada por nuestra jurisprudencia a partir del art. 2356 C.C. Así que, durante nuestro discurso, tendremos que hacer varias referencias al régimen de responsabilidad del art. 2341 C.C. para facilitar la comprensión (y principalmente a la noción de hecho culposo).

Por otra parte, es importante precisar que la disposición del art. 2341 C.C ya no tiene, realmente, un alcance general. En efecto, a partir de los años treinta nuestro tribunal supremo ha venido sometiendo cada vez más actividades dañosas al nuevo régimen indemnizatorio del art. 2356 C.C. Así las cosas, el régimen del art. 2341 C.C. tiene, actualmente, un alcance meramente residual: Si un daño no entra en el supuesto de hecho de las normas de indemnización por daños causados por el hecho de los edificios o por animales fieros o mansos, o por una actividad peligrosa, se aplicará el art. 2341 C.C, lo cual, en la actualidad, resulta un tanto exótico. A decir verdad, salvo ciertos casos en que se hace referencia a este artículo para justificar condenas por competencia desleal⁴ (lo cual resulta censurable dado que existe una norma específica el art. 20 de la Ley 256 de 1996), y de abuso del derecho en caso de denuncias penales⁵, no conozco muchas sentencias en donde sirva de fundamento para las decisiones.

Los grandes cambios que comenzó a sufrir la sociedad colombiana a partir de la primera mitad del siglo XX (el fenómeno de la industrialización que determinó la aparición de nuevos daños y de nuevos riesgos, y la nueva concepción ideológica sobre la intervención del Estado en los asuntos de los particulares y en sus intercambios económicos, el Estado de Bienestar), pusieron en evidencia la insuficiencia del régimen de responsabilidad del art. 2341 C.C, el cual exige que el comportamiento del sujeto normativo sea calificado como culposo. Por consiguiente, ciertos daños que no podrían ser considerados culposos o en los cuales la culpa presenta un carácter “anónimo”, no podrían ser indemnizados. Por ejemplo: El caso clásico de la caldera que explota y produce quemaduras a los trabajadores de la fábrica, donde no se podía demostrar la culpa del industrial ya que aquella cumplía con todas las medidas preventivas necesarias. La pregunta es: ¿En cabeza de quién se van a dejar los costos económicos de la reparación de los daños? ¿Del industrial o de la víctima? La jurisprudencia decidió optar por dejarlos en cabeza del primero. Sin embargo, esto nos conduce a otro problema: Cómo justificar jurídicamente esta clase de soluciones.

Dentro de esta óptica, se comenzó a “fraguar” un nuevo régimen de responsabilidad para hacer frente a las nuevas necesidades y a la nueva concepción del manejo de los riesgos dentro de la sociedad colombiana moderna. Ahora, es importante que tengamos siempre en cuenta que esta nueva “política” con respecto a los riesgos dentro de la sociedad sólo puede volverse efectiva a través de la utilización de dos figuras distintas que se encuentran íntimamente ligadas: *Los regímenes objetivos de responsabilidad* por un lado, y el seguro de responsabilidad civil, por el otro.

Por un lado, *los regímenes objetivos de responsabilidad* permiten poner en cabeza de una persona distinta a la víctima las consecuencias económicas de los daños causados por comportamientos que no pueden ser calificados como culposos. Y, por el otro, *el seguro de responsabilidad civil* es un excelente mecanismo para la socialización de los riesgos, ya que, en últimas, quien asume el costo de las indemnizaciones es la comunidad de los asegurados que aportan a un fondo, mediante el pago de las primas (lo cual resulta mucho más evidente en el caso de seguros obligatorios como el SOAT).

Así, cuando el daño ha sido causado por una persona asegurada, el problema de la indemnización deja de ser un asunto entre la víctima y el autor del daño para convertirse en una cuestión de repartición de riesgos.

Para poder comprender la nueva tendencia jurisprudencial tenemos que precisar que los magistrados de nuestra Corte Suprema se vieron profundamente influenciados por las soluciones adoptadas por la Corte de casación francesa (principalmente en el fallo *land'heur* del 13 de febrero de 1930, en donde la Corte francesa ‘creó’ el famoso régimen objetivo de responsabilidad por el hecho de las cosas).

La jurisprudencia francesa tomó el artículo 1384 inciso 1° del Código Civil francés y lo utilizó como excusa para justificar las condenas a indemnizar daños que no fueron causados por comportamientos culposos. Sin embargo, la famosa disposición nunca fue concebida por el legislador francés para tal finalidad. Aquella parece ser una desprevenida afirmación dentro del art. 1384 C.C. fr, que trata de la responsabilidad por el hecho ajeno. El tan citado inciso establece:

“Se es responsable no sólo por el daño que se cause por su hecho propio, sino además por el causado por el hecho de las personas por las cuales se debe responder, o por las cosas que se tienen bajo su guarda”. (Y luego el artículo enumera los casos particulares de responsabilidad por el hecho ajeno, de los padres por los hijos, de los directores de colegios, etc.).

De esta formulación normativa, la jurisprudencia francesa interpretó la norma jurídica que consagra el *‘régimen de responsabilidad por el hecho de las cosas sobre las cuales se tiene la guarda’*.

Nuestra jurisprudencia, siguiendo este mismo derrotero, comenzó a servirse del texto de nuestro art. 2356 C.C. para justificar un régimen de responsabilidad que no requiera la culpa del agente para poder condenarlo a la indemnización⁶. Sin embargo, dicho artículo es muy distinto al 1384 inc. 1 CC.fr. (el cual no fue transcrito en la codificación de Bello), no

sólo porque parte del hecho del hombre y no del hecho de la cosa, sino, además, porque hace referencias expresas a la culpa.

Veamos el artículo:

Artículo 2356 C.C. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.

Son especialmente obligados a esta reparación:

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

Como podemos ver la teoría de la 'guarda de la cosa' del derecho francés no parece tener ninguna aplicación en nuestra hipótesis particular. Y, además, las referencias expresas a la 'malicia o negligencia' parecen complicar aún más las cosas. En efecto, el art. 2356 C.C. en su inciso primero habla de malicia o negligencia, y luego comienza a enumerar ciertas actividades utilizando expresiones como 'imprudentemente', 'sin las precauciones necesarias', etc. Nos encontramos, entonces, con que el art. 2356 sí hace referencia a la culpa, mientras que el art. 1384 del Código Civil Francés no (detalle de suma importancia).

Ustedes se preguntarán ¿cómo pretende la Corte Suprema obtener resultados análogos a los de los franceses fundándose en el texto de un artículo que exige la culpa? Y yo sólo les puedo responder que nuestra Corte comenzó a buscar un artículo lo suficientemente *amplio* que permitiera cobijar distintas situaciones, y lo suficientemente *flexible* que pudiera ser interpretado en una forma tal que excluyera la culpa; pero no lo encontró, y no tuvo más opción que servirse del art. 2356 C.C, el cual parece bastante amplio (contempla varias hipótesis susceptibles de ser generalizadas) pero no es lo suficientemente flexible puesto que exige la culpa.

Actualmente, en la jurisprudencia civil, hay una cosa muy clara: no se admite la prueba de la ausencia de culpa para exonerarse de responsabilidad. El agente "no puede liberarse del todo sino en tanto pruebe el concurso exclusivo de una causa extraña que podrá consistir en la fuerza mayor, en un caso fortuito o en la intervención de un elemento no imputable al demandado y que haya determinado la consumación del accidente (...)"⁷.

Y una cosa muy confusa: El fundamento teórico de sus decisiones. La jurisprudencia ‘creó’ un nuevo régimen de responsabilidad que excluye el análisis de la culpa, pero intenta justificarlo en el texto del art. 2356 C.C. Así, termina tratando de sortear la contradicción haciendo referencia indistintamente de las nociones de presunción de responsabilidad, *presunción de causalidad, presunción de culpa y obligación legal de resultado*, sin que esto parezca obedecer a lógica alguna⁸.

Nuestro máximo tribunal quiere condenar sin hacer referencia a la culpa, pero el artículo 2356 no lo permite. Así que, de manera muy censurable, optó por bautizar como “*culposas*” ciertas actividades para hacerlas entrar en el supuesto de hecho de dicha norma. Empero, esta solución no sólo contradice abiertamente la realidad sino que, además, ha dado origen a la gran heterogeneidad existente en las motivaciones de las decisiones jurisprudenciales, y a la proliferación de teorías abstractas que pretender justificar que se llame culposa a una conducta que evidentemente no lo es. Así las cosas, la dicotomía resulta muy clara: En la parte resolutive de las sentencias vemos lo que busca la Corte y la parte motiva es la prueba fehaciente de que no saben cómo conseguirlo ya que el texto del artículo 2356 C.C no se los permite.

Dentro de esta perspectiva, antes de tratar de determinar el significado de actividad peligrosa (II), haremos una breve exposición de la manipulación interpretativa del texto del art. 2356 C.C. (I).

I. LA MANIPULACIÓN DEL TEXTO DEL ARTÍCULO 2356 C.C.

A partir de las famosas sentencias del 14 de marzo y el 31 de mayo de 1938, la Corte Suprema comienza a servirse de una *técnica de interpretación finalista* para tratar de justificar las decisiones jurídicas que pretende para las nuevas situaciones de hecho. Dichas providencias parecen haber sentado el precedente que ha dado lugar a la creación de un nuevo régimen de responsabilidad civil de origen jurisprudencial. En efecto, a partir de entonces nuestros jueces, en la parte resolutive de sus sentencias, han seguido de manera bastante regular las soluciones adoptadas por la Corte; sin embargo, en la parte motiva de sus decisiones no existe ninguna unidad. Esta situación sólo refleja la incertidumbre creada por las inconsistencias existentes en la técnica utilizada en la interpretación del texto del art. 2356 C.C.

A. La técnica interpretativa utilizada en la inteligencia del texto

En la interpretación del art. 2356 C.C, la jurisprudencia utilizó una *técnica finalista*, en virtud de la cual se parte siempre de los objetivos que se persiguen, para luego buscar una norma jurídica lo suficientemente *amplia* que nos permita hacer entrar la situación fáctica dentro de su supuesto de hecho, y lo suficientemente *flexible* que permita alcanzar finalidades que el legislador nunca previó al momento de su redacción.

Antes de entrar a analizar las interpretaciones realizadas por nuestra jurisprudencia, es importante hacer un par de comentarios sobre la excelente interpretación finalista, hecha por el profesor Alessandri Rodríguez⁹, del art. 2329 C.C. chileno (equivalente a nuestro 2356 C.C).

El autor chileno se sirve de la ambigüedad de los términos del art. 2329 C.C.ch. para inducir un “*principio general de presunción de culpa del autor de un hecho que por su naturaleza puede ser atribuido a su comportamiento culposo*”. Como sustento de su tesis, Alessandri utiliza principalmente cuatro argumentos: a) la ubicación del art. 2329 después de los artículos que consagran casos especiales de presunciones de culpa permite que aquel sea interpretado como una norma de alcance general que comprende los casos análogos que fueron omitidos; b) la forma como se describen en la norma las actividades dañosas nos da pie para concluir que éstas pueden ser consideradas como culposas, salvo prueba en contrario; c) la naturaleza misma de dichas actividades permite que racionalmente se impute el daño a la culpa del agente; y d) la necesidad de atribuirle un sentido propio a dicho artículo, ya que de lo contrario sería una mera repetición de la disposición consagrada en el art. 2314 C.C.ch. (art. 2341 C.C. colombiano).

Nuestra Corte siguió la misma vía de Alessandri Rodríguez, pero le hizo dos precisiones:

La primera: En vez de hablar de ciertos comportamientos que normalmente son culposos, indujo una categoría general y abstracta, las *actividades peligrosas*.

La segunda: Excluyó la prueba de la ausencia de culpa como causal de exoneración de responsabilidad por parte del demandado. (Admitiendo solamente la prueba de la causa extraña).

Ahora bien, como se excluye la prueba de la ausencia de culpa de las causales de exoneración, y el art. 2356 C.C habla expresamente de culpa, nuestra jurisprudencia optó por deformar la noción de culpa para así lograr calificar como culposas ciertas conductas que, a todas luces, no lo son.

Hagamos un pequeño paréntesis para tratar de determinar qué es la culpa. La culpa, antes que todo, es una palabra y como tal su significado depende de los diferentes usos que se hagan de ésta. Para nuestros intereses específicos nosotros nos limitaremos al contexto de las indemnizaciones de perjuicios del derecho civil.

Veamos qué establece el Código:

Artículo 63 C.C. La ley distingue tres especies de culpa y descuido:

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplearen sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

Este artículo nos dice que se considera culposa aquella conducta que se aparta de la de un sujeto hipotético denominado el buen padre de familia. Además, el legislador se sirve de expresiones como *comportamiento de modo impropio, negligencia, imprudentemente, sin las precauciones necesarias, cuidado, prudencia, descuido, falta de diligencia, etc.*

Vemos, pues, cómo “culpa” no es una expresión *descriptiva* que se limita a enunciar meras situaciones de hecho ni a dar cuenta de atributos o características propias de cierta clase de comportamientos, sino una palabra que se usa para expresar un *juicio de valor* sobre una conducta concreta que es desaprobada, censurada, considerada reprochable por la sociedad. Por esta razón, las normas que sancionan la indemnización de perjuicios causados por dichos comportamientos tienen, en gran medida, una finalidad disuasiva.

La sociedad colombiana, en general, y los juristas y jueces, en particular, llaman culposo al comportamiento específico, determinado y circunstanciado que de acuerdo con sus costumbres, creencias, su *forma de vida*, censuran, desaprueban y desean inhibir.

Ahora bien, no se puede entender la culpa sin mirar las situaciones específicas que la jurisprudencia considera como culposas. Así, se estimó culposa la conducta del conductor de un furgón que, sin licencia de conducir y en avanzado estado de embriaguez, colisionó contra un automóvil que se encontraba debidamente parqueado en zona urbana¹⁰, el comportamiento de la empresa administradora de un peaje que omitió realizar las obras necesarias para mantenerlo debidamente iluminado en la noche¹¹, *el error técnico* de la persona que temerariamente interpone una denuncia por estafa en un asunto de clara naturaleza civil¹² y la equivocación del empleado bancario que realizó consignaciones en la cuenta de un cliente, las cuales dieron lugar a la sindicación de este último por peculado, y a su detención preventiva¹³.

Para determinar el carácter culposo de una conducta específica, además de las consideraciones subjetivas (el reproche social) es necesario hacer algunas consideraciones objetivas, a saber *la comparación con el sujeto hipotético* (en principio el buen padre de familia) y la exigencia de cierta capacidad de reflexión por parte del agente causante del daño (art. 2346 C.C).

La culpa, como juicio de valor, no puede entonces definirse de forma general, sino en cada caso específico, lo cual depende de circunstancias particulares y de la *forma de vida* de la sociedad colombiana de 2004.

Pero esto no debe sorprendernos tanto, lo mismo sucede con todos los juicios de valor. No tiene ningún sentido tratar de definir lo bello, lo feo o lo simpático en su “estado puro”; lo único que podemos hacer es determinar qué cosas particulares consideramos bellas, feas o simpáticas. La belleza, la fealdad, la simpatía o la culpa no pueden ser entendidas como un ingrediente de todas las cosas bellas, feas, simpáticas o culposas. (Y como no son ingredientes no pueden existir de forma general, por separado de las cosas bellas, simpáticas o culposas).

Ahora, nuestra jurisprudencia y doctrina son muy dadas a tratar de definir la culpa de forma general y absoluta. Hasta el momento sólo he encontrado un fallo que no pretende dar ninguna definición de culpa, limitándose a reconocer que ésta sólo existe en cada caso concreto considerado culposo. Valdría la pena que lo consultaran: C.S.J. Cas. Civ. 4/09/1962. M. R Enrique Coral Velasco. G. J., números 2261, 2262, 2263 y 2264 p. 19.

B. Las contradicciones en que incurre la Corte Suprema de Justicia

En su afán por tratar de calificar como culposas conductas que no tienen esta calidad (para así hacerlas entrar en el supuesto de hecho del art. 2356 C.C), nuestra Corte se sirve de distintas teorías contradictorias e infructuosas.

Dentro de esta perspectiva, podemos identificar las tres principales teorías explicativas:

1) La teoría de la obligación legal de resultado:

“[...] [L]a culpa continúa siendo el fundamento de la responsabilidad consagrada en el art. 2356. Sólo que, cuando se ejerzan actividades peligrosas, el daño indica la violación de una obligación legal determinada (obligación de resultado), es decir, indica culpa; pero ya sabemos que en tal evento la imputación de culpa no se destruye con la demostración de que se ha cumplido con el deber general de prudencia y diligencia”¹⁴.

Esta teoría al tratar de explicar dicho régimen especial de responsabilidad extracontractual, a través de una analogía con la teoría clásica de la responsabilidad objetiva en materia contractual, conlleva dos graves inconsistencias: Por una parte, confunde las nociones de *deber jurídico general* y *obligación*. En efecto, para que exista una obligación, en sentido estricto, se necesita que las partes estén determinadas, es decir, que exista un deudor en cuyo patrimonio se encuentre un elemento pasivo, y un acreedor en cuyo patrimonio se encuentre el derecho del crédito correlativo. Mientras que el supuesto *deber jurídico general* pesaría sobre todas las personas que desarrollan actividades peligrosas, sin que pudiéramos afirmar la existencia de un verdadero derecho correlativo en cabeza del resto de miembros de la comunidad, antes de la ocurrencia del daño.

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

2) La teoría de la presunción de culpa:

[E]l artículo 2356 C.C. establece una presunción de culpa, *juris et de jure*, es decir, que producido el daño, demostrado el nexo de causalidad entre éste y el acontecimiento, se

presume la culpa de quien ejerce la actividad peligrosa. Si no se puede desvirtuar el hecho presumido, o sea la culpa, la presunción es *juris et de iure*¹⁵

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

Ahora, normalmente se suele afirmar que la “presunción de culpa” sólo se puede desvirtuar mediante la prueba de la causa extraña; sin embargo, esto tampoco es cierto. La culpa es una calificación subjetiva del comportamiento del agente, y la prueba de la causa extraña sólo sirve para romper el nexo causal. Explicamos nuestra afirmación: Cuando se afirma que un comportamiento es culposo se está sosteniendo “*Fulano, usted actuó mal*”, y si Fulano logra probar la causa extraña estará diciendo “*yo no causé el daño {fue Mengano o tal cosa}*”. Vemos cómo la prueba de la causa extraña no está encaminada a demostrar que el agente actuó bien (sin culpa) sino que su actuación culposa o inculpable no causó el daño.

3) La teoría de las actividades culposas en sí mismas:

“Insistir en que la responsabilidad por actividades peligrosas se fundamenta en una culpa presunta, implica un absurdo insostenible. (...) [L]a actividad productora del daño aumentaba en tal forma los peligros de producirlo, que quien la creó es culpable por ese simple hecho. [L]a responsabilidad por actividades peligrosas se fundamenta en una culpa probada consistente en crear más peligro del que normalmente están en capacidad de soportar los demás individuos que viven en sociedad. [...] [L]a ley, en forma expresa, considera como culposas determinadas conductas, lo que no significa que probadas dichas conductas la culpa se presume. ¡No! La conducta es en sí misma la culpa probada¹⁶.”

Esta teoría pretende desconocer abiertamente el significado que tiene de la palabra culpa en materia de indemnizaciones de perjuicios recurriendo a categorías predeterminadas de actividades culposas. En efecto, sostener que la conducta misma del agente es la culpa excluye, por una parte, *la relatividad del objeto de la apreciación*, ya que la calificación se está haciendo a una categoría predeterminada, ensimismada y general de conducta, y no a la conducta particular, específica, determinada y circunstanciada de un individuo; y, por otra parte, *la comparación*, ya que la culpa quedaría reducida a la mera realización de la

conducta, y no a la forma como ésta fue realizada; es decir, de manera distinta de como habría actuado un buen padre de familia o, en general, un sujeto hipotético de comparación.

Vemos cómo dicha teoría, al excluir el juicio de valor, extiende la calificación de “*culposas*” a categorías absolutas de conductas cotidianas (como conducir un automóvil o utilizar una máquina) que no merecen ningún reproche social, y que el sistema jurídico no pretende, de ninguna manera, inhibir.

En suma, todas las teorías doctrinales utilizadas para justificar las decisiones jurisprudenciales en la materia sólo obtienen por resultado la deformación completa del significado de la palabra culpa. Así, dentro de esta óptica, la culpa, en materia de responsabilidad por las actividades peligrosas, quedó reducida a un simple cascarón vacío que sólo ha servido para disfrazar un verdadero régimen objetivo de indemnización de perjuicios, creado por la jurisprudencia contradiciendo abiertamente el texto del art. 2356 C.C.

Adicionalmente, nuestra jurisprudencia y doctrina han pretendido elaborar una teoría de la responsabilidad por actividades peligrosas, partiendo de postulados teóricos desarrollados por la doctrina francesa para el régimen francés de la responsabilidad por el hecho de las cosas (art. 1384 inc. 1 Código Civil francés). Esta tendencia, sin embargo, sólo ha traído como resultado la introducción de más incoherencias y contradicciones en las justificaciones de las decisiones judiciales. La cuestión es: Si los franceses ya pensaron ¿para qué vamos a pensar nosotros? Es más fácil importar sus teorías al derecho colombiano, cambiando las palabras. Así, en vez de hablar de “hecho de la cosa” hablemos de “actividad peligrosa”.

Empero, estas adaptaciones en bloque no son posibles. Explicamos nuestra afirmación: El derecho francés y el derecho colombiano parten de supuestos distintos para construir sus regímenes objetivos de indemnización de perjuicios. El derecho francés parte de la noción de cosa (independientemente de la actividad del hombre) para elaborar su teoría; mientras que el derecho colombiano parte de la noción de la actividad desempeñada por el hombre.

Ahora bien, como las cosas no pueden ser responsables, el derecho francés tuvo que crear la teoría de la *guarda de la cosa*, para así poder vincular, de forma indirecta, una persona como “responsable” por el daño causado por una cosa. Completamente distinta es la situación en el derecho colombiano, ya que el art. 2356 C.C. parte de un supuesto completamente diferente: *La actividad humana que causa un daño*. Por lo tanto, en materia de indemnizaciones de perjuicios causados por actividades peligrosas, no hay razón alguna para hablar ni de guardas ni de guardianes de cosas o de actividades. No existe

ningún fundamento para designar de forma indirecta, como responsable a una persona por medio de la calificación de *guardián de la cosa o de la actividad*. En este régimen especial de indemnización de perjuicios, el responsable es determinado de forma directa, el daño puede imputársele a título de efecto de su acción. El responsable es aquel que desempeña la actividad que causa un daño, el que actúa; es decir *el agente*¹⁷. Y no un supuesto *guardián*¹⁸ como lo pretenden nuestra doctrina y jurisprudencia. ¿Puede llegar a sostenerse que uno guarda su actividad? Yo tiendo a pensar que esto implica una gran contradicción.

Y en cuanto a la teoría de *“role passif”* de la cosa, hay que precisar que ésta fue creada, por la doctrina francesa, con el fin de excluir de la presunción de causalidad las cosas inertes o que no hayan tenido contacto con la víctima.

Y como la inercia y el ejercicio de una actividad son dos conceptos antinómicos, el pretender *“transplantar”* dicha teoría al régimen indemnizaciones de perjuicios causados por actividades peligrosas resulta absurdo.

Por esta razón, las teorías elaboradas por la doctrina francesa partiendo de la noción cosa que causa un daño no son más que simples “galicismos” que no tienen ninguna relación con la norma de indemnización de perjuicios causados en el ejercicio de actividades peligrosas.

II. EL SIGNIFICADO DE ACTIVIDAD PELIGROSA

Como ya lo he enunciado desde el principio de la exposición, la Corte consideró que los daños causados en el ejercicio de ciertas actividades ameritaban ser sustraídos del campo de aplicación del art. 2341 C.C. para ser sometidos a un régimen de responsabilidad más severo (que no admita la prueba de la ausencia de culpa como causal de exoneración).

En este orden de ideas, nuestro máximo tribunal sostiene:

“Tomando como punto de partida los ejemplos que trae el art. 2356, los cuales se explican para la época de expedición del código, la jurisprudencia de la Corte y la doctrina particular, analógicamente y en consideración a casos concretos, ha venido calificando como actividades peligrosas, las labores que conllevan al empleo de máquinas o la generación, utilización, distribución o almacenamiento de energías. En este orden, han señalado como actividades peligrosas, entre otras, la conducción de vehículos automotores terrestres, la aviación, la construcción de un edificio, la utilización de elevadores de carga, la conducción de ganado frente a los peatones, fumigaciones aéreas, utilización de explosivos, los gases residuales de las fábricas, las chimeneas de instalaciones industriales, etc. [...].

Como podemos ver, se escogieron ciertas actividades, se sustrajeron del campo de aplicación del régimen del art. 2341 C.C, se sometieron a un régimen más severo, se calificaron con el adjetivo “peligroso”, y se creó una abstracción. El problema es saber cuáles actividades se someterán al régimen del art. 2341 C.C. y cuáles al del art. 2356 C.C.

Antes de entrar a analizar este punto, es importante que hagamos dos precisiones sobre el sentido de la peligrosidad con respecto a la culpa:

Primera precisión: La calificación de actividad peligrosa se hace de forma absoluta y no de forma relativa. La culpa se determina en un caso específico (Fulanito en tal ocasión manejó de forma imprudente); mientras que la actividad peligrosa es genérica, el que maneje un carro, con o sin las precauciones necesarias, cumpliendo o incumpliendo los reglamentos de seguridad. Manejar vehículos automotores, transportar energía eléctrica, utilizar ciertas máquinas, son categorías de actividades que, cuando ocasionan daños, se someten al régimen objetivo de responsabilidad. La peligrosidad se predica entonces de categorías de actividades y no de actividades particulares circunstanciadas.

Segunda precisión: La actividad peligrosa no requiere de un juicio de valor, la actividad del agente no se compara con la de un sujeto hipotético, y no se le acusa como reprochable, censurable por la sociedad (y por el juez). Y lo que es aún más importante, no se quieren evitar, inhibir. Nadie pretender evitar la conducción de automotores, la aviación o la utilización de energía eléctrica.

Habiendo hecho ese par de precisiones podemos volver a nuestra interrogación: ¿Cuáles actividades serán consideradas peligrosas? Lo cual nos lleva necesariamente a tratar de buscar el sentido de la peligrosidad: ¿Qué es una actividad peligrosa?

A. El sentido de la peligrosidad

La Corte toma distintas conductas que son completamente heterogéneas: Transportar ganado (aunque ésta debería entrar en el supuesto de hecho del art. 2353 C.C), transportar energía, la aviación, manejar un carro, etc. Y todas las mete dentro del mismo molde, dentro de la misma categoría llamada “actividades peligrosas”. ¿Qué es entonces una actividad peligrosa?

Las actividades que, en la vida diaria calificamos como peligrosas, son muchas: jugar un partido de rugby, caminar con tacones demasiado altos, correr por la calle con un paraguas

abierto, etc. Sin embargo, en el lenguaje particular de la indemnización de perjuicios del derecho civil, la palabra peligroso tiene un significado específico. El problema es ¿cuál es el común denominador que vamos a buscar para todas estas actividades? ¿Cuál es la esencia de la peligrosidad?

La doctrina siempre ha tratado de definir la peligrosidad tratando de determinar su esencia (los remito a que consulten todos los libros de nuestros autores nacionales sobre la materia). Ahora, la tendencia mayoritaria habla de la probabilidad de causar daños, lo que implicaría que sólo serían consideradas peligrosas (y sometidas al régimen del art. 2356 C.C.) aquellas actividades que implican un alto riesgo de causar perjuicios. Pero, veamos que no sólo todas las actividades que tienen probabilidades de causar daños no son consideradas peligrosas, sino que, además, algunas actividades que tienen muy bajas probabilidades de causar daños son consideradas peligrosas por la jurisprudencia.

No todas las actividades que tienen altas probabilidades de causar daños son peligrosas. Ejemplo: caminar por la calle no es una actividad peligrosa; sin embargo, correr, caminar con un paraguas o andar en patines parecen aumentar las probabilidades de causar daños, y aun así no son consideradas (afortunadamente) actividades peligrosas sometida a la norma del art. 2356 C.C. ¿Habría entonces que someter a este severo régimen especial de indemnización de perjuicios todas las actividades que implican altas probabilidades de causar daños? Esperamos que nuestro tribunal supremo considere que no²⁰.

Ahora bien, el cálculo de probabilidades es una operación matemática que mide, mediante un porcentaje, la frecuencia relativa de ciertos hechos. Por lo tanto, si éste fuera el único criterio para determinar la peligrosidad no sólo se tendría que establecer porcentualmente la frecuencia con la que determinadas actividades causan daños, sino que, además, habría que determinar claramente el margen a partir del cual se considerarían “peligrosas”; lo cual no parece realizarse en nuestro país. Sin embargo, en el lenguaje ordinario, “probable” parece significar que se tienen “[...] buenas razones para creer que se verificará o sucederá”²¹. Lo cual tampoco nos aclara mucho la situación. ¿Quién tiene esas buenas razones? ¿Qué son buenas razones? Y ¿en qué momento se toman en consideración? Así las cosas, ¿podríamos sostener que la probabilidad es un criterio “objetivo” para determinar la peligrosidad?

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

En conclusión, la probabilidad no nos explica la peligrosidad. Entonces ¿cómo definirla? ¿Qué es una actividad peligrosa? Esta pregunta se encuentra mal formulada. ¿Qué es una actividad peligrosa? Es una pregunta que no se puede responder, ya que está encaminada a buscar la esencia de la peligrosidad, es decir, aquella cosa común a todas las actividades peligrosas, que las explica y permite definir las a todas juntas. Mientras que la heterogeneidad de dichas actividades parece sugerirnos que la jurisprudencia decidió sustraerlas del campo de aplicación del art. 2341 C.C. por razones diversas.

Si no podemos responder a la pregunta ¿qué es una actividad peligrosa?, formularemos dos preguntas diferentes que sí podamos responder:

La primera: ¿Cuáles son las actividades peligrosas? Ya las vimos, la jurisprudencia las enumera; sin embargo, no existe una lista taxativa, lo cual implica que la categoría se encuentra “abierta” y permite la inclusión de nuevas actividades (o la sustracción).

La segunda: ¿Cuál es el criterio para determinar la peligrosidad? La respuesta a esta pregunta no puede ser categórica. Además de la probabilidad, nuestra Corte Suprema parece haber tomado en cuenta diversos criterios para someter ciertas categorías de actividades al régimen objetivo del art. 2356 C.C. En este orden de ideas, podemos mencionar las consideraciones relativas a la magnitud de los daños que pueden causar ciertas actividades, y al alto grado de sensibilidad que algunos daños despiertan en la sociedad colombiana (como los relativos a los accidentes aéreos), a los costos que implican ciertos daños, y a las políticas para repartirlos de forma eficiente entre de los distintos miembros de la comunidad, y al interés de inducir ciertos comportamientos de algunos de aquellos, principalmente, en lo concerniente a la asunción y distribución de los costos de prevención. Ahora, las políticas institucionales respecto a dichos costos pueden, a su vez, depender de diversos factores, tales como la capacidad económica de los implicados, la posibilidad fáctica de tomar las medidas preventivas específicas, razones de orden político, entre muchos otros.

Por ejemplo, en términos muy generales, podemos afirmar que el hecho de someter una actividad al régimen objetivo de responsabilidad del art. 2356 C.C, pone en cabeza del agente un alto riesgo de asumir los costos de las posibles indemnizaciones, lo cual podría inducirlo a tomar medidas preventivas específicas y contratar con una compañía aseguradora para trasladar dicho riesgo. En los casos de actividades peligrosas en las cuales el legislador exige un seguro obligatorio, la transferencia y distribución de riesgos es evidente.

Yo sé que ustedes en este momento se están planteando otras preguntas: ¿Cuál es la seguridad que esto nos ofrece? ¿Cómo vamos a saber si tal actividad pueda llegar a ser considerada peligrosa por el juez que conoce mi caso?

Veamos, la peligrosidad es una *categoría de contenido variable*, lo cual permite superar los dos grandes obstáculos que se presentan en la aplicación de las normas jurídicas con respecto a los cambios sociales: *la relativa ignorancia de los hechos nuevos y la relativa indeterminación de las finalidades que persigue la norma*. De esta forma, nuestra jurisprudencia realiza su labor interpretativa partiendo de las actividades reconocidas tradicionalmente como *peligrosas* y buscando en las nuevas situaciones similitudes concernientes tanto a los supuestos fácticos como a los objetivos que se persiguen con la aplicación de la norma.

Ahora, el precio que se tiene que pagar por esta flexibilidad es la falta de certeza. Pero esto tampoco es tan grave; para poder disminuir los riesgos de la falta de certeza, la jurisprudencia debe tener siempre muy en cuenta dos cosas:

La primera: La peligrosidad sirve para calificar categorías de actividades (manejar, usar ciertas máquinas, construir y demoler edificios, etc.) y no actividades específicas. Esto nos evita que algunas actividades se consideren peligrosas en ciertos casos y en otros no. Por ejemplo considerar como peligrosa la actividad del agente que conduce un Mercedes Benz, pero no la del que conduce un Renault 4.0 calificar como peligrosa la actividad sólo cuando el agente tiene un seguro de responsabilidad civil.

La segunda: La previsibilidad. Debe haber regularidad en los fallos. La Corte debe, en principio, seguir declarando las peligrosas las mismas actividades. El precedente tiene que ser estable, y el cambio sólo puede justificarse por un cambio en la *forma de vida* de la sociedad colombiana o por una nueva finalidad genérica y determinada que se persiga.

A manera de conclusión, precisemos que la actividad peligrosa parece, entonces, no ser nada distinto a una *noción funcional* que cumple con la mera finalidad práctica de “justificar” el hecho de que la jurisprudencia decida sustraer categorías de actividades del campo de aplicación del art. 2341 C.C. para someterlas al régimen objetivo de responsabilidad del art. 2356 C.C.

B. Las deformaciones analógicas en que incurre la jurisprudencia en la utilización del adjetivo “peligroso”

Como hemos podido ver, el adjetivo *peligroso* tiene un sentido específico dentro del lenguaje particular de las indemnizaciones de perjuicios extracontractuales del derecho civil. Sin embargo, esta misma palabra es utilizada en el lenguaje ordinario con sentidos diferentes. Ahora bien, la interpretación analógica tendiente a aplicarle las consecuencias jurídicas del régimen de indemnización de perjuicios a aquellas actividades denominadas peligrosas en el lenguaje ordinario conduce a la deformación de la noción de *actividad peligrosa* y, por ende, a graves incoherencias en la aplicación del régimen de indemnización del art. 2356 C.C.

Explico mi afirmación: Vimos que en materia de indemnizaciones de perjuicios extracontractuales en el derecho civil, se denominan *peligrosas* algunas categorías de actividades que, por diversas razones, la jurisprudencia decidió sustraerlas del campo de aplicación de la norma responsabilidad por culpa (art. 2341 C.C); mientras que, en el lenguaje ordinario, se suele denominar peligrosa una actividad particular “que tiene riesgo o puede ocasionar un daño”²², ya sea a terceros o al agente mismo.

En el lenguaje ordinario solemos denominar peligrosas innumerables actividades como caminar sobre el piso recién encerado, utilizar tacones demasiado altos, jugar un partido de rugby, etc., actividades que, en principio, no pueden ser asimiladas a *las actividades peligrosas* del régimen de indemnización de perjuicios del art. 2356 C.C. Estos ejemplos parecen demasiado obvios, sin embargo, en nuestra jurisprudencia podemos encontrar varios casos de deformaciones analógicas de este tipo. A título de ejemplo analizaremos dos casos:

El primer caso-. Nuestra jurisprudencia y doctrina acostumbran hacer referencia al carácter *peligroso* de la actividad de la víctima para determinar la configuración de una eventual causal de exoneración, lo cual no tiene justificación alguna. En efecto, el análisis del comportamiento de la víctima sólo debe estar encaminado a establecer si aquél tuvo un papel determinante en la producción del daño, presentado las características de la causa extraña, a saber la irresistibilidad, la exterioridad y la imprevisibilidad. Ahora bien, la actividad que desempeñaba la víctima en el momento del acaecimiento del daño bien podría resultar peligrosa en el sentido ordinario de dicha palabra; sin embargo, aquello no sólo resulta, completamente irrelevante, sino que, además, se presta para confusiones.

La peligrosidad de la actividad de la víctima es irrelevante puesto que si se logra probar que su hecho fue la causa exclusiva del daño, el calificarlo de peligroso no sirve de nada. Y si se demuestra que dicho hecho fue una mera con causa, lo que hay que entrar a probar (acuerdo con el art. 2357 C.C.) es si éste fue o no culposo; poco importa si era o no peligroso.

Además, la peligrosidad de la actividad de la víctima se presta para confusiones; prueba de ello es la teoría que sostiene que la “colisión entre actividades peligrosas” ejercidas por el agente y por la víctima conllevaría la aplicación del art. 2357 C.C, el cual, en esta hipótesis, implicaría una “compensación” entre las culpas presuntas de las dos actividades peligrosas, la “neutralización” de la aplicación del art. 2356 C.C. y la aplicación la norma del art. 2341 C.C.²³

La calificación de *peligrosa* sólo sirve para someter una actividad dañosa al régimen del art. 2356 C.C, y no como causal de exoneración de responsabilidad, ni mucho menos como supuesta causal de “neutralización”. Así las cosas, sólo hay lugar a hablar de una “colisión de actividades peligrosas”, en la hipótesis en que dos (o más) personas causaron y sufrieron daños recíprocamente, en ejercicio de actividades peligrosas²⁴. En este caso, se entraría a determinar, de forma separada, la responsabilidad de cada uno de los agentes y luego, simplemente, operaría una compensación de deudas (art. 1714 C.C).

El segundo caso: En algunas sentencias nuestra Corte Suprema de Justicia ha hecho alusión a la peligrosidad de ciertas actividades dañosas ejercidas en virtud de un contrato, como la actividad médica²⁵ y la actividad financiera²⁶. Ahora, si bien es cierto que existen ciertas actividades que implican un alto riesgo de causar daños esto no justifica su calificación de *peligrosas*. Explicamos nuestra afirmación: Algunos contratos ponen en cabeza de una de las partes (o de las dos) una obligación cuya ejecución tiene altas probabilidades de causar daños a la otra parte, por ejemplo, participar en una competencia de artes marciales, reparar cierta avería de un calentador a gas, realizar una cirugía, etc.; sin embargo, dichas actividades se ejercen dentro de un marco contractual, son el objeto de una obligación contractual cuyo incumplimiento podría dar lugar a la aplicación de un régimen de indemnización de perjuicios contractuales.

Un contrato es una obra de previsión de las partes, quienes de común acuerdo determinan la existencia y el contenido de las obligaciones, las eventuales cláusulas concernientes a la responsabilidad por incumplimiento (cláusulas limitativas, exonerativas, de montos máximos), las cláusulas penales, las cláusulas compromisorias, etc. Por consiguiente,

pretender aplicar el régimen del artículo 2356 C.C. sería desconocer la existencia de un contrato entre las partes, pasar por alto el acuerdo al que llegaron en desarrollo de su autonomía privada.

En materia contractual el criterio de distinción entre los regímenes de responsabilidad objetiva y subjetiva se hace a través de la calificación en obligaciones de medios y de resultado y no a través de la teoría del riesgo (criterio utilizado en materia de indemnización por daños extracontractuales), y, en caso de que se desee proteger de forma especial a una de las partes, puede recurrirse a la consagración de normas protectoras de orden público o al mecanismo de control ejercido mediante la declaratoria de cláusulas abusivas.

Así, pues, la calificación de peligrosas para las actividades ejercidas en ejecución de un contrato debe excluirse en aras de proteger la autonomía privada y las previsiones contractuales de las partes y no, como pretende cierta doctrina, por razones de “nobleza”, “humanidad” e “importancia” de ciertas actividades tales como el ejercicio de la medicina²⁷.

A manera de conclusión final, quisiera que quedara muy claro que el tema de la responsabilidad civil extracontractual se encuentra lleno de *contradicciones en la teoría y de incertidumbre en la práctica*. En efecto, *el ansia de generalidad* por parte de nuestra Corte Suprema y la influencia perniciosa de la doctrina extranjera sólo han traído como resultado la creación de una teoría enorme en cuanto a su extensión, y absurda en cuanto a su formulación.

Espero haber logrado mi cometido: obligarlos a hacerse preguntas al respecto, y a descubrir que en responsabilidad civil, como en todos los temas jurídicos, los abogados vivimos bajo la ilusión de las falsas certezas que nos ofrecen unas cuantas teorías abstractas. Les agradezco nuevamente la atención prestada y espero tener muy pronto la oportunidad de volverme a reunir con ustedes. Muchas gracias.

NOTAS

¹ Véase: C.S.J. Cas. Civ. 30/04/1976. M.P. Humberto Murcia Bailen. G. J., número 2393 p. IIIss.

² Véase, por ejemplo: “Lo más nuevo es la integración del futuro en la responsabilidad. La responsabilidad por perturbaciones de vecindario, el crecimiento formidable del derecho ambiental, están fundamentados en esta asunción del futuro por parte de la responsabilidad. No se trata tanto de reparar el irreparable daño pasado, sino de encarrilar la perspectiva del daño futuro, el cual será frustrado, [...], por vía de disuasión”. [...], [L]a responsabilidad hoy en día adquiere una función educativa”. Frison-Roche, Marie-Anne. *Le Contrat et la Responsabilité: Consentements. Pouvoirs et Régulation Économique*. RTD civ. Paris 1998 p. 51.

³ Véase, a título de ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. 22/05/2000. M.P. Jorge Santos Ballesteros. *Jurisprudencia y Doctrina* 07/2000 p. 1138., C.S.J. Cas. Civ. 25/10/1999. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. G. J., número 2500 p. 878., C.S.J. Cas. Civ.

4/06/1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. G. J., número 2455 p. 504 ss. C.S.J. Cas. Civ. 17/07/1970. M.P. César Gómez Estrada. G. J., números 2330 a 2332 p. 55 ss., y C.S.J. Cas. Civ. 11/10/1962. M.P. Enrique Coral Velasco. G. J., números 2261, 2262, 2263 y 2264 p.101 ss.

⁴ C.S.J. Cas. Civ. 19/11/1999. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. G. J., número 2500 p. 1045 ss.

⁵ Por ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. 13/10/1988. M.R. Pedro Lafont Pianetta. G. J. 2431 p. 203 ss., y C.S.J. Cas. Civ. 5/08/1937. M.R. Juan Francisco Mújica, G. J. XLV p. 418 ss.

⁶ Véase: C.S.J. Cas. Civil. 14 / 03/ 38 M. R. Ricardo Hinestrosa Daza G. J., t. XLVI, p. 211 ss. y C.S.J. Cas. Civil. 31 / 05/ 38 M. R. Liborio Escallón. G. J., t. XLVI. p. 560 ss.

⁷ C.S.J. Cas. Civ. 08/10/1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Jurisprudencia y Doctrina 12/1992 p. 1157.

⁸ Véase, por ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. 04/06/ 1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Jurisprudencia y Doctrina 09/1992 p. 623, C.S.J. Cas. Civ. 08/10/1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Jurisprudencia y Doctrina 12/1992 p. 1157, C.S.J. Cas. Civ. 23/10/2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Jurisprudencia y Doctrina 12/2001 p. 2439 ss.

Es más, la Corte Suprema llega hasta mezclarlas en una misma sentencia, por ejemplo: “[...] todas las actividades de esa especie, llamadas peligrosas, aparejan la existencia de una obligación de resultado consistente en vigilar dicha actividad [...]. [...] habría que puntualizar que gravita sobre quien realiza actividades de esta especie, la presunción de ser responsable del daño causado con ocasión de su ejercicio. [...] cuando el daño alegado encuentra su vengero en la convergencia de sendas actividades peligrosas, pues, en tal supuesto, las respectivas presunciones de culpa que cobijan a los implicados, pueden aniquilarse mutuamente [...]”. C.S.J. Cas. Civ. 05/05/1999. M.R. Jorge A. Castillo Rugeles. Jurisprudencia y Doctrina 06/1999. (el subrayado es nuestro). “[...] el artículo 2356 del Código Civil implica la existencia de una obligación legal de resultado que consiste en vigilar dicha actividad [...]. [...] la ley presume la culpa de quien beneficiándose de la correspondiente actividad de la que dicha cosa es instrumento, tiene sobre ella un poder efectivo de vigilancia, gobierno y control [...]”• C.S.J. Cas. Civ. 22/ 02/ 1995. M.R. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Jurisprudencia y Doctrina 08/1995 p. 880. (el subrayado es nuestro).

⁹ Alessandri Rodríguez, Arturo. De la responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil. Imprenta Universal, Santiago 1981, p. 291 ss.

¹⁰ C.S.J. Cas. Civ. 16/07/1985. M.R. Horacio Montoya Gil, G. J., número 2419 p. 139 ss.

¹¹ C.S.J. Cas. Civ. 22/02/1995. M.R. Carlos Jaramillo Schloss. Jurisprudencia y Doctrina 08/1995 p. 873 ss.

¹² C.S.J. Cas. Civ. 5/08/1937. M.P. Juan Francisco Mújica. G. J. XLV p. 418 ss.

¹³ C.S.J. Cas. Civ. 19/02/1962. M.P. Arturo C. Posada. G. J., Tomo CVI p. 148 ss.

¹⁴ Pérez Vives, Alvaro. Teoría General de las Obligaciones. Volumen II, Parte primera Ed. Temis, Bogotá, 1954, p. 200.

¹⁵ Parra Quijano, Jairo. Tratado de la Prueba Judicial. Indicios y Presunciones. Tomo IV. Ediciones Librería del Profesional, p. 151.

¹⁶ Tamayo Jaramillo, Javier. De la Responsabilidad Civil. Tomo I I Ed. Temis 1999, pp. 269, 271 y 266.

¹⁷ “Agente. [...] El que obra o tiene virtud de obrar. [...] la persona animal o cosa que realiza la acción del verbo. [...] Persona o cosa que produce un efecto.” Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Tomo I. Madrid, 1992 p.57.

¹⁸ Guardián es “la persona que guarda una cosa y cuida de ella.” *Ibidem* p. 1068.

¹⁹ C.S.J. Cas. Civ. 25/10/1999. M. R. José Fernando Ramírez Gómez. Jurisprudencia y Doctrina 12/1999 p. 2227.

Recomendamos consultar, sobre la utilización de vehículos automotores terrestres: C.S.J. Cas. Civil. 14/ 03/38 M.R. Ricardo Hinestrosa Daza G. J., t. XLVI p. 211 ss., C.S.J. Cas. Civil. 18/03/1976 M. R. Germán Giraldo Zuluaga. G.J. No. 2393 p. 67 ss, C.S.J. Cas. Civ. 04/06/ 1992. M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Jurisprudencia y Doctrina 09/1992 p. 619 ss., C.S.J. Cas. Civ. 22/02/ 1995. M.R. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Jurisprudencia y Doctrina 08/1995 p. 873 ss., C.S.J. Cas. Civ. 05/05/1999. M. R. Jorge A. Castillo Rugeles. Jurisprudencia y Doctrina 06/1999 pp. 984 y 985, C.S.J. Cas. Civ. 23/10/

- ²⁰⁰¹. M. R Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. *Jurisprudencia y Doctrina* 12/2001 pp. 2439 y 2440. Respecto a la conducción y suministro de energía eléctrica: C.S.J. Cas. Civ. 08/10/1992. M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. *Jurisprudencia y Doctrina* 12/1992 pp. 1157 y 1158, C.S.J. Cas. Civ. 30/09/
- ²⁰⁰². M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. *Jurisprudencia y Doctrina* 12/2002 p. 2613 ss. En lo referente a daños causados por la utilización de ciertas máquinas: C.S.J. Cas. Civil. 31 / 05/ 38 M.R Libono Escallón. G. J., t. XLVI, pp. 561 y 562,. Respecto a la fumigación de cultivos con sustancias tóxicas: C.S.J. Cas. Civ. 20/08/1987. M.R Héctor Marín Naranjo. G. J., número 2427 p. 136 ss. Sobre la construcción de edificios: C.S.J. Cas. Civ. 27/04/1990. M.R Héctor Marín Naranjo. G. J., número 2439 p. 158 ss. y C.S.J. Cas. Civ. 5/04/1962. M. R José Hernández Arbeláez. G. J., números 2253 - 2254 p. 341 ss. Respecto a daños causados por elevadores: C.S.J. Cas. Civ. 1/10/1963. M. R Gustavo Fajardo Pinzón. G. J., números 2268 - 2269 p. 161 ss. Y en lo que respecta a la demolición de inmuebles: C.S.J. Cas. Civ. 8/ 05/1979. M.R Guillermo Ospina Fernández. G. J., números 2310, 2311 y 2312 p. 95 ss., y C.S.J. Cas. Civ. 27/04/1972. M. P. Germán Giraldo Zuluaga. G. J., números 2352 a 2357 p. 173 ss.
- ²⁰ Sin embargo, nuestra jurisprudencia ha llegado a considerar peligrosa la conducción de bicicletas; lo más insólito es que dicha calificación no se hizo respecto de la conducta del agente, sino de la conducta de la víctima (!). Véase: C.S.J. Cas. Civ. 17/07/1985. M.R Humberto Murcia Bailen. G. J., número 2419 p. 152 ss.
- ²¹ Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Tomo II. p.1670.
- ²² Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Tomo II. p. 1562. Y por peligro se entiende el “riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal”. ídem.
- ²³ Véase al respecto: C.S.J. Cas. Civ. 23/11/1990. M.R Carlos Esteban Jaramillo Schloss. G. J., número 2443 p. 71 ss.
- ²⁴ La jurisprudencia ha llegado al extremo de considerar peligrosa la conducción de una bicicleta, por parte de la víctima, para así poder acudir a la teoría de la “neutralización”. Véase: C.S.J. Cas. Civ. 17/07/ 1985. M.R Humberto Murcia Bailen. G. J., número 2419 p. 152 ss.
- ²⁵ Véase: C.S.J. Cas. Civ. 14/11/1959. M.R Hernando Morales M. G. J., números 2217, 2218, 2219 p. 758 ss., en donde nuestro tribunal supremo hace referencia directa a la peligrosidad de la actividad y aplica el art. 2356 C.C.
- ²⁶ En el caso de responsabilidad del banco frente al cuentacorrentista por el pago de cheques falsos, la jurisprudencia hace referencia a la teoría del riesgo creado para tratar de justificar disposiciones de la naturaleza del art. 1391 C.Co. Véase por ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. 9/08/1999. M.R Jorge Antonio Castillo Rugeles. G. J., número 2500 p. 270.
- ²⁷ Jaramillo Jaramillo. Carlos Ignacio. *Responsabilidad Civil Médica*. Ed. Pontificia universidad Javeriana. Col Ensayos No. 8, Bogotá 2002. p. 62.