

ArvxorEsmamoooAxcMensæsxzo
Ma■stradoponente

SC4204-2021

RadiçaciÖn zi.º 73734-28-749-2005-56017

(Aprobado en sesion virtual de veintisiete de enero de dos mil veintiuno)

Bogotá, D. C. , veintidós (22) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).-
00tõ

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la demandante, señora NORELA DEL CARMEN ÚSUGA SIERRA, frente a la sentencia proferida el 15 de mayo de 2015 por el Diana Carolina Salazar Mejía del Felipe Santiago Cárdenas Muñoz de Medellín, Felipe Santiago Cárdenas Muñoz, en el proceso ordinario que ella adelantó en contra de la COOPERATIVE FINANCIERS DE ANTIOQUIA C.P.A. y la " COOPERATIVE DE TRABAJO ASOCIADO DE VIGILAJSCIA Y SEØURIDAD PRIVADA "COOSEØURIDAD C.T.A".

ANTECEDENTES .

Err el libelo introductorio, que obra en los folios 36 a 45 del cuaderno No. 1, se solicitó, en síntesis, declarar la responsabilidad civil y solidaria de las accionadas, por los daños sufridos por la actora en hechos ocurridos el 5 de agosto de 1994; y que, en tal virtud, se condene a aquéllas a pagarle a ésta, los perjuicios materiales, en las modalidades de daño emergente y lucro cesante, así como los morales y los fisiológicos o a la vida de relación, en las cuantías que se

N "

' Radicación n.º 0500 1-3 1-03-26419-80-269-2007-62147

demuestren en el proceso, con la correspondiente actualización monetaria.

En respaldo de dichas suplicas, se adujeron los hechos que a continuación se resumen:

En la fecha atras indicada, la demandante se acercó a las instalaciones de la Laura Fernanda Gómez Vélez y Crédito, hoy Laura Fernanda Gómez Vélez de Antioquia CFA, situadas en la carrera 52 No. 43 — 17 de Medellín, con el fin de "aeooiarye a dicha entidad".

Mientras estaba siendo atendida por la señora Laura Fernanda Gómez Vélez Blandón, secretaria tesorera de la entidad financiera, se hicieron presentes en el lugar dos sujetos que portaban armas de fuego; en eso, uno de ellos le apuntó a dicha empleada, momento en el que la accionante, 'nnte eyta yituación , optó por para rte y dirigiroe a buycar la puerta de valida".

En el sitio también se hallaba presente el señor Felipe Santiago Cárdenas Muñoz, vigilante "Nncufndo /nbornlmente n fo COOPERATIVA DE TRABAJO DE SERVICIOS DE SEGURIDAD Y VIGILANCIA — COOSEGURIDAO' (sic).

Apenas empezó a caminar hacia la puerta del establecimiento, la promotora de la controversia "sintiõ et impacto de un disparo por la eypalda", cayó al suelo y solo recuerda que "je levantada del piso y transportada en un taxi a la Sebastián Andrés Mejía Ríos donde le atendieron fay heridns".

2

00Y6

Radicación n.º 0500 1-3 1-03-46373-50-573-2014-70638 00273 02

Como consecuencia del balazo que recibió, la señora Juan Sebastián Londoño Giraldo sufrió “fractura a meet de la fóminn izquierda T1” y “paraplejia” a “niuel de CT”, lesiones que le ocasionaron “lay yiguienteB graves zecuelay de carácter permonente: a) deforniidad fiyica, b) pérdida funcional del órgano de la focomoción, c) perturbnción Jncionnf del òrgano del yiyteina nerrioso perifórico, d) perturbación funcional del órgano de la excreción y fecal, e) perturbnción Jncionaf ãel órgnno de la c[õ]pula y perturbación Jncionnf del órgano de la yenyibilidad, de conformiidad con lo eotablecido en el dtctnmen m[é]dico ■egal nro. 20823-38-141-2014-39144 del 1T de febrero de 199a”.

Para la data del siniestro, ella contaba con 37 altos de edad y “se deyernpeñaba como yecretaria de preyidenciã’ de la sociedad C.A. Mejía & Cía. Ltda. , cargo por el que percibía una asignación promedio mensual de 82 10.000.oo. Su contrato de trabajo fue terminado, por la causal de ‘incapacidad superior a low 180 díay”.

Mediante acto administrativo identificado con el consecutivo 03234 del 2 de enero de 1995, ‘el Instituto de l3eguoy lSocialy declaró la invalidez total de la demandante, con pérãida permnnente ãe la capacidad laboral equivnlente n itr 80%”.

Los perjuicios que ella padeció fueron patrimoniales y extrapatrimoniales. Los primeros, representados en los gastos en que incurrió y en los que, en el futuro, deberá asumir para enfrentar las consecuencias del daño por ella padecido, los cuales detalló seguidamente; y los segundos, en las “afecoioney morales zub)etivay” y en e1 “grave perjuicio a la vida de relación o dnño fiyiológico” que experimentó.

Radicación n.º 0500 1-3 1-03 003 13146-18-956-2033-61434

2. Juan Sebastián Londoño Giraldo del Circuito de Medellín, al que por reparto le correspondió el conocimiento del asunto, admitió la demanda con auto del 18 de agosto de 2004', que notificó personalmente a los apoderados judiciales de las convocadas, en diligencias cumplidas los días 4 y 19 de noviembre siguientes, recogidas en las actas que militar en los folios 50 y 60 del mismo cuaderno.

Cada una de las accionadas replicó por aparte el escrito introductorio.

La COOPERATIVA FINANCIERA DE ANTIOQUIA

C.F.A. se opuso a las pretensiones elevadas, se pronunció de manera generalizada sobre fundamentos fácticos esgrimidos por la actora y adujo, con el carácter de meritorias, las excepciones que denominó “P2tSSCRfPCIÓN DE

Por su parte, la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE VIGILANCIA Y HEGURIDAD PRIVADA — COOSEOURIDAD C.T.A., frente a las suplicas, manifestó atenerse a lo que resulte probado; dijo no constarle los hechos alegados, salvo los tocantes con la presencia en el lugar del suceso, del celador vinculado con ella; y propuso como defensas de fondo las que designó como “PRESCRfPCJÓ2V",

1 Folios 46 y 46 vuelto, cd. 1.

Folios 6 1 a 74, cd. 1.

O0'F7

Radicación n.º 0500 1-3 1 03 87434-21-793-2009-69003 23646-33-142-2005-68075

En escrito separado formuló la excepción previa de “CADUCIDAD DE LA ACCIÓN” , que fue desestimada mediante auto ejecutoriado del 27 de mayo de 20055.

Agotado el trámite de la instancia, el juzgado de conocimiento le puso fin con sentencia del 26 de abril de 2012, en la que negó el acogimiento de las excepciones esgrimidas por las demandadas; declaró la responsabilidad civil de éstas; y las condenó solidariamente a pagar a la accionante, por perjuicios materiales, el lucro cesante en las modalidades de consolidado (\$720.766.969-97-739-2024-89819) y futuro (63218-34-771-2003-84730.54); el daño moral, en la cantidad de \$393.206.421-43-508-2009-79303.00; el perjuicio fisiológico, en cuantía de \$219.234.767-15-611-2001-17965.00; y las costas.

Adicionalmente, negó los valores reclamados por concepto de daño emergente6.

Inconformes con el referido fallo, ambas partes lo apelaron. Juan Sebastián Londoño Giraldo del Felipe Santiago Cárdenas Muñoz de Medellín, Felipe Santiago Cárdenas Muñoz, decidió los recursos mediante proveído del

^ folios 75 a 82, ib.

Folios 5 a 7, cd. 5.

Folios 8 a 10, ib.

° Folios 148 a 169, cd. 1.

Radicación n. 19022-71-150-2033-27767 03-64738-94-630-2018-96092 15699-88-217-2026-65530

15 de mayo de 2015, en el que revocó el de primera instancia, declaró probada la excepción de “culpa exclusiva de uii tercero en favor de amboy demnndndos” y condenó en las costas de segunda instancia a la gestora del juicio7.

LASENTENCIADELXDQUÆÆf

Luego de historiar lo acontecido en la controversia, de compendiar las alzas y de reconocer la satisfacción de los presupuestos procesales, la citada autoridad, para arribar a las decisiones que adoptó, expuso los argumentos que pasan a compendiarse:

De entrada, precisó que dos eran los interrogantes a resolver: por una parte, “¿y realmente la actividad bancaria es peligrosa al punto que permite aplicar la teoría de riesgo beneficioso, lo cual implica una responsabilidad objetiva que impide alegar una causa externa basada en el aumento del riesgo?”; y, por otra, “¿si también hay empleo de riesgo inherente de ser considerada civil y extrínsecamente responsable frente a la clientela del banco, para obligarlo a indemnizar los perjuicios que sufran las personas dentro de la instalación de la entidad bancaria durante su asalto”.

Tras referirse en términos generales a la responsabilidad civil y a la derivada de las actividades peligrosas, el Tribunal abordó la primera de esas problemáticas, en torno de la cual apuntó:

Empezó preguntándose si “¿En la jurisprudencia patria se ha estimado específicamente que la actividad bancaria es

' Folios 24 a 33, cd. 7.

007

Radicación n.º 05001 -3 1 -03 -51580-69-256-2002-80478

“actividad P”, cuestionamiento frente al que trajo a colación, en primer lugar, un fallo de la Sala, en el que conceptuó sobre qué se entiende por este tipo de actividades y, en segundo término, otro en el que, a decir del ad quo, se admitió que la gestión bancaria es peligrosa, solamente en el caso del pago de cheques falsos, previsto en el artículo 1391 del Código de Comercio.

Con tal base puntualizó que, en criterio de esta Corporación, en tratándose del sector bancario, la aludida condición sólo tiene cabida “frente a la actividad bancaria y básicamente respecto de la compra y venta de dinero, más bien cuando hoy en día dicha actividad se hace a través de sistemas virtuales, sin embargo, no insisto en el registro en la Jurisprudencia colombiana, de haberse aceptado la actividad bancaria como peligrosa frente al hecho o contingencia de crear un riesgo por atraer a la delincuencia en riesgo de que en sus instalaciones se manejen todo tipo de valores”.

Estimó “exagerado” e “inconveniente” aceptar que esas solas circunstancias, intercambio de dinero y atracción de la delincuencia, permitan colegir que “la actividad bancaria es peligrosa, pues en esta misma lógica, no sería descabellado admitir también que cualquier actividad mercantil donde se manejen valores en establos/ecimintos con acceso al público, o en los vehículos de servicio público, pueda también toda esta gama de actividades considerarse peligrosas desde este punto de vista, por el mero hecho de generar un riesgo de asalto que pone en peligro inminente la vida e integridad de los clientes reales o potenciales, debiendo este guardián o creador de dicha actividad comercial (llámense guardianes del servicio público del transporte y establecimientos de comercio en general), reparar los daños que causen los maleantes y a esas personas, y en que puedan defenderse alegando una culpa exteña”.

Puso de presente los frecuentes atracos que acontecen en vehículos de servicio público, en las tiendas de barrio o en pequeños establecimientos de comercio, hechos que, a la luz de “la teoría del ‘riesgo beneficio’ impondrán una responsabilidad objetiva a este dueño o guardián de decir actividad mercantil, el cual se hará responsable -sin más- y por el solo hecho de beneficiarse de una actividad lucrativa, riéndose obligado a responder frente a los daños ocasionados por la delincuencia, lo que realmente resulta exagerado”.

En refuerzo de los reparos precedentes, reprodujo la opinión de un tratadista foráneo.

Concluyó, en definitiva, que si bien es verdad, la concentración de valores en un lugar atrae la delincuencia, “generándose por este hecho un riesgo para la clientela en particular y para la sociedad en general, no obstante, de hecho hoy parece que no puede aumentarse el espectro de las actividades peligrosas, ni dando a éstas de la mera peligrosidad de la cosa o de la actividad, para exacerbar inclusive la consecuencia dañina que la delincuencia represente hacia la seguridad de los bienes y de las personas, donde cabe señalar a la empresa misma, la cual pasa a ser también víctima potencial de la delincuencia y entonces por qué imputar de responder ella y finalmente por los daños que estos delincuentes lleguen a ocasionar a los bienes, la integridad o la vida de su clientela o de los transeúntes que pasan por sus alrededores, cuando lo lógico es manejar esta situación como una obligación o deber de seguridad, como para exponerse”.

0378

Radicación n.º 0600 I -3 1 03 003 34551-29-504-2007-56342

Fincado en que el sistema jurídico de la responsabilidad civil en Colombia es subjetivo y que sólo en casos excepcionales y especificados expresamente por la ley, es dable deducir una responsabilidad objetiva, el Tribunal, a reglón seguido, se refirió a la responsabilidad contractual y destacó la necesidad de diferenciar la naturaleza de las obligaciones adquiridas, si de medio o de resultado, tras lo cual reprodujo a espaldas la sentencia de la Corte, relativa al deber de “seguridad” que surge en cierta clase de contratos, precisando los casos en que aflora como un compromiso genérico del deudor y aquellos en que deviene como una carga específica de éste.

En tal orden de ideas, dicho sentenciador observó que “el deber puede surgir no solamente frente al acreedor contractual mismo, sino frente a la potencia cotratante en una relación precontractual, cuando por el riesgo que pueda implicar el escenario aún va a celebrarse el contrato, deba el empresario ofrecer medidas para por lo menos minimizar el riesgo frente a su cliente real o potencial”, supuesto que “ocurre, por ejemplo, en la actividad bancaria, cuando las personas que se acercan a las instalaciones del banco a informarse sobre los productos que se ofrecen y los requisitos para acceder a sus servicios, debiendo ellos ser protegidos médicamente por el banco a través de una relación precontractual, sin que de dicha relación pueda

yurgir unn obfi9nción ãe resultado”.

Con cierta falta de conexidad, a continuaci3n, e1 ad quem, previa alusi3n at art3culo 73 del Diana Carolina Salazar Mej3a 356 de 1994, asever3 que los contratos de vigilancia generan “obfipnciones de medio y (...) no de reoulta3o, de donde yurge incuestionnb/e que en la prestaci3n de tal yervicio no en poyible

osegurar un resultado en et sentido de que nodn un ri ocurrir ri tos bienes y peroona3 que se cunto3ian, puey la empresa de ingilancia cumple a cabalidad el contrato suando pone ri disposici3n ãe yu cliente lou honibrey y la tecnologia que hubiese contratado para la riptfnnia del ob)eto que ye le encomiendn”.

Con apoyo en todas esas apreciaciones, el Tribunal arrib3 a dos conclusiones esenciales:

En primer lugar, descart3 la responsabilidad de la cooperativa de vigilancia demandada, por las siguientes tres razones:

5. 1. 1. El reclamo de la actora fue extracontractual y la vinculaci3n de ella deriv3 de la convenci3n que celebr3 con la otra demandada.

No hay prueba de que “COOSEGURIDAD” hubiese incumplido las obligaciones que de esta manera adquiri3, am3n que ella “no ejercita Pct actividad /rtnciero, calificada por el juez como peligrosa, strio que yirnpemente ye coriiprometi3 a vigilar fay instafnciones de la CFA, sin que de la e)ecuci3n de dicho contrato pueda nurgir una eopecie de correypnyabilidad em la preytaci3n de los servic:tos nnncieros, cuyo ob)eto social lo desarrolla unich y exclusivamente la Mar3a Paula Quintero Restrepo de Antioquia”.

Asi se estime que la actividad por ella desplegada fue peligrosa, debido a la utilizaci3n de un arma de fuego por parte de su empleado, no se comprob3 que de dicha arma hubiese salido el proyectil que impact3 a la actora, omisi3n demostrativa que desvirtua la existencia de “un nexo de cauyalidad pr3ximo entre la conductn deoplegado pOT la empresa ãe Ngifnncin” y el dano experimentado por la aqu3 accionante.

008Û

Radicaci3n n.º 0500 1-3 1-03-56338-53-996-2030-40598

Y en segundo t3rmino, coligi3 igualmente desvirtuada la responsabilidad de la COOPERATIVA FINANCIERA DE ANTIOQUIA C.F.A. , toda vez que ella cumpli3 el deber general de seguridad que ten3a para con sus potenciales clientes, en este caso con la actora, como quiera que hab3a “contrntndo con Etna etnprea eypespecializada la Ny3fnnin de Sins tnstn/nciones”, a la que “le eytaba rohibido e■ regiztro de personas, tal y como ze deduce del articulo Td del Sebasti3n Andr3s Mej3a R3os 353 de 1994 y como t3citnmente ye deduce de lo sentencindo QOr la Felipe Santiago C3rdenas Mu3oz eat la C 7'89 de 2006”.

Al respecto, el ad quem a3adi3 que “[e]stnndo entonces deinontrado el da3o, le correypnd3a a la demandante 3mostrar el nexo de cauyalidad, mismo que aqu3 ãeb3a yurgir conio cfiente potencia■ del banco, pero 3yte aport3 prueba de hnber contrntdo low yeruicioy de riqifnnia privada con una empreBa fe9nfmente conytituida para ello, empresa que cumpli3 cnbnlmente e■ contrato de ri9i/nncin, como ya we explic3, al tiempo que tarnbi3n una einpleada del bonco Bobo de activar la a■arma, tal y coino eyt3 conyignado en lay copiy que ye n■fe9nron de la Fiscnf3n, pediday cotno prueba por la demandante inisma, de donde we yigue que tatnbi3n parece qtie hubo unn reacci3n de la polic3a por haberse activado la alarrtia, pudi3n3ose capturar a uno de los delinouentes. Que m3s pod/n exig3rye entonces a la CFA frente al ouinplimiento de su deber de seguridad para con ■a dernnndnte, st en realidad hizo lo que eytaba n so alcance para Grinder una medtnnn seguridad n la ye3iora Norela Uyu9a, por lo que el ãa3o que se reclama obedeci3 t3nica y exclusiunmente n la nctunci3n de loy delincuentey, min que deba responder la demandada CFA Or loy perjuioy que se le recfnmnn”.

Al cierre, el Tribunal concluy3 que “■n]o se admite que e/ preyente hecho pudiera yer tipificado ãentro ãe la teor3a del rieygo o

de las actividades peligrosas, como que lo que cabía era gobernarlo bien) o la hipótesis de la obfusión o deber de seguridad bancaria para con su cliente, pero como ya se analizó, ninguna de las demandadas está llamada a responder por los daños sufridos por la demandante, asíéndole en su favor reconocer la excepción de culpa exclusiva de un tercero”.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Contiene tres cargos, todos con alcances meramente parciales, frente a la sentencia impugnada, que la Corte, por las razones que en su momento expondrá, resolverá empezando por el último y, continuando, con las dos iniciales, en el mismo orden de su formulación.

CARGO TERCERO

Con estribos en el primero de los motivos de casación, se denunció la sentencia del Tribunal por violar directamente los artículos 234 1, 2343, 2344 y 2356 del Código Civil; 1º de la Ley 95 de 1890; y 96 del Código Penal, Ley 599 de 2000.

Luego de advertir que, en consonancia con la indicada naturaleza del quebranto normativo reprochado, no combate, sino que admite, las conclusiones fácticas del ad querido, el censor, en desarrollo del cargo, expuso los planteamientos que a continuación se resumen:

Su discrepancia con el fallo cuestionado se refiere, en concreto, al reconocimiento que en él se hizo de la excepción de “culpa de un tercero”, en favor de ambas demandadas.

Radicación n.º 0500 1 3 1 03-42213-91-346-2031-86223

El sentenciador de segunda instancia concluyó la imposibilidad de establecer quién disparó el proyectil que lesionó a la demandante, pues en el proceso no pudo determinarse si el mismo provino del arma de fuego accionada por el celador de la institución bancaria o de la que utilizaron los atacadores.

Así las cosas, mal podía esa autoridad atribuir la autoría del hecho a los delincuentes, sin que, entonces, se hubiere configurado el “{...} ‘hecho de un tercero’ o [la] ‘culpa exclusiva de un tercero como evento eximente de responsabilidad (...)”.

La señalada defensa, para que opere, siguiendo las voces del artículo 1º de la Ley 95 de 1890, requiere que quien la alegue, “necite i) que la actuación del tercero fue la causa exclusiva del daño; ii) que las consecuencias del hecho fueron irresistibles e imprevisibles no obstante las previsiones observadas y la diligencia desplegada y iii) que el tercero es una persona jurídicamente desvinculada del demandado”.

A1 margen de si el tercero debe o no ser identificado, es lo cierto que su actuación “exonera de responsabilidad únicamente cuando se presenta como la causa exclusiva del daño”, exigencia que descarta todas las hipótesis de mera “incidencia causal” y que, aplicada en el caso sub lite, impide la configuración del mecanismo exceptivo reconocido por el ad quem, pues para que ello hubiese sido factible, era “indispensable acreditar que el proyectil que (. . .) hirió [a la actora] y que causó sus perjuicios, provino del arma disparada por un tercero ajeno a este proceso y que no tenía ninguna relación de dependencia con la parte procesal”, lo que no aconteció.

i3

El impugnante insistió en que sí, “con lo que reconoció el Tribunal en las consideraciones probatorias que sustentan la sentencia impugnada, en el proceso no se logró acreditar de qué arma provino el proyectil que impactó a la señora NOR LE DCL CARI4Efi UKUCA SZRRRA”, esa circunstancia comportaba la “irreversibilidad de determinar que el arma fue atacada en común las lesiones” que ella sufrió y, por lo mismo, imponía “In conclusión jurídica [de] que los daños” que la nombrada accionante experimentó, “no podían ser atribuidos de manera exclusiva a dichos terceros”.

En pro de su tesis, el recurrente reprodujo dos fallos de la Corte, uno alusivo a los requisitos para que el hecho de un tercero se erija como fenómeno liberatorio de responsabilidad, y el otro tocante con la concurrencia de culpas del demandado y del tercero, que lo llevaron a concluir que "la imposibilidad de atribuírle el resultado dañoso de manera exclusiva a un tercero, todo lo que tuvo que tuvieron participación en el resultado responden de manera solidaria frente a la víctima".

Sustentado en esa premisa, el impugnante dedujo que, en el presente caso, "COOPAFI y URTAD y los sujetos que ingresaron a la CPA son solidariamente responsables de los perjuicios causados a NORZUELA DNS PAFI N TFFI AGA /EJRA contra consecuencia de los disparos efectuados el día 11 de agosto de 1994 en las instalaciones de dicha institución".

Al final, el casacionista afirmó que el ad quem "incurrió en un error de diagnóstico jurídica que no llevó a aplicar indebidamente las normas y principios relativos a la causalidad de

Radicación n.º 0500 I -3 I -03-90355-50-795-2016-83592

exoneración de la responsabilidad civil extracontractual", pues pasó por alto que para "que el hecho de un tercero exonere de responsabilidad al demandado, este debe ser de naturaleza causal única y exclusiva del daño".

CONSIDERACIONES

Es inculcable la incoherencia del fallo del Tribunal, pues miradas las motivaciones que lo sustentan, pareciera que el fracaso de la acción obedeció, en principio, a que no halló acreditados los elementos estructurales de la responsabilidad reclamada respecto de ninguna de las demandadas. No obstante, esa Corporación al resolver, optó por declarar probada la excepción de "culpa exclusiva de un tercero", determinación que no tenía cabida en ese supuesto.

Al respecto, debe memorarse:

No puede en el punto de partida al oírse que, (...), el estudio de las excepciones "... no procede yino cuando ya han deducido o establecido en el fallo el derecho de la parte actora, porque entonces habiéndose establecido el fondo del asunto y establecido el derecho que la parte actora invoca, es necesario, de oficio algunas veces, a petición del demandado en otras, ... confrontar el derecho con la realidad, para resolver si ésta lo extingue. Por eso, cuando la sentencia es absoluta, es inoficioso estudiar las defensas y propuestas o deducir de oficio alguna perentoria, porque no existe el término, el extremo, es decir, el derecho que la parte actora opone a la defensa (Cay. Civ. de 30 de abril de 1937, XLV, 1 14; 31 de mayo de 1938, XLVI, 612).

Isonto que, por cierto, añádele a lo anterior, in y bien parece de sentido común: se trata tan sólo de la inutilidad de entrar a valorar la consistencia y fortaleza de una defensa que se desplegó para enfrentar un ataque a la parte inofensiva; porque la acción sencillamente no se consumó, la defensa

Radicación n.º 0500 I -3 I -03-45214-67-154-2018-53285 78232-18-261-2008-58563

segrima para contrarrestarla pierde su razón de ser, y Laura Fernanda Gómez Vélez entonces en pagar a definir su fin (se subraya).

Pese a ser ello así, es lo cierto que, en el presente asunto, como viene de registrarse, el sentenciador de segunda instancia acogió la aludida excepción meritoria, de lo que se sigue que en aras de obtener el quiebre de su fallo, lo primero que le correspondía hacer al censor era resquebrajar tal determinación, que es el objetivo del cargo de que ahora se trata, lo que explica por qué su estudio se hace primero.

Ahora, es del caso aclarar desde ya que tal análisis y la decisión que se adopte en frente de esta acusación, habida cuenta de los principios de individualidad y autonomía de los diversos cargos que se propongan en casación, no compromete en nada la resolución de los dos restantes reproches que, como se verb, se refieren a cuestión bien distinta, esto es, a la concurrencia de los elementos propios de la acción ejercida, en lo que atañe a cada una de las demandadas.

Independientemente de si la responsabilidad extracontractual reclamada está estructurada en la culpa probada o en la presunta, el hecho de un tercero puede operar como eximente de responsabilidad, cuando “aparezca evidentemente vinculado por una relación de causalidad excluyente e inmediata con el daño causado” (se subraya), al punto que si “no es la Causa ya determinante del daño no incide en ningún forma sobre el problema de la responsabilidad”.

" CSI, SC del 28 de noviembre de 2000, Rad. n.º 5928.

" CSI, SC del 25 de noviembre de 1943, G.J. t. LVI, pág. 299.

Radicación n.º 05001 31 03 003 2004-OO273-02

Felipe Santiago Cárdenas Muñoz, en tiempo mucho mas cercano, precisó que para que “la intervención de un tercero puedan influir en el alcance plenamente liberatorio”, es necesaria la concurrencia de las siguientes condiciones:

a) Debe tratarse antes que nada del hecho de una persona por cuyo obrar no sea reproducible reflejo el agente presunto, vale decir que dicho obrar sea completamente externo a la esfera jurídica de este último; b) También es requirido indispensable que el hecho fuente del perjuicio no han podido ser previsto o evitado por el demandado, ya que si se trata de un hecho que no se evitaba, por imprudencia o descuido, las medidas convenientes para eliminar el riesgo de su ocurrencia, la imputabilidad a este demandado es indiscutible, lo que en otro término quiere significar que cuando alguien, por ejemplo, es convocado para que comparezca a Micro en el Estado de culpabilidad presenta por el ejercicio de una actividad peligrosa, y dentro de ese contexto logra acreditar que en la producción del daño tuvo injerencia causal un elemento extraño puesto de manifiesto en la conducta del tercero, no hay exoneración posible mientras no suministre prueba concluyente de ausencia de culpa de su parte en el manejo de la actividad; c) Por último, el hecho del tercero tiene que ser causa exclusiva del daño, aspecto obvio acerca del cual no es necesario recabar de nuevo sino para indicar, ten yólo, que es únicamente cuando media este supuesto que corresponde poner por entero el resarcimiento a la cuenta del tercero y no del ofensor presunto, habiéndose considerado que si por fuerza de ley se atribuye la culpa de los daños a catalogarse como concurrente y por lo tanto, frente a la víctima, lo que en verdad hay son varios coautores que a ella se les atribuyen, es por lo común, está obligado a cubrir la indemnización en concepto de deudores solidarios que por mandato de la ley lo son de la totalidad de su importe, puesto/ado éste consagrado por el artículo 2344 del Código Civil (...)" (se subraya).

Se sigue de lo anterior, la validez de la premisa en que se respaldó el censor al formular la presente acusación:

I* CSI, SC del 8 de octubre de 1992, Rad. n.º 3446.

para que el hecho del tercero se erija en eximente de responsabilidad, debe ser causa exclusiva del daño.

Es igualmente cierto que el Tribunal, refiriéndose a los hechos base de la acción, estimó que “no hay prueba de que el arma que disparó el asaltante fue la que se utilizó durante el asalto, hubiese participado a la delindecia” y que al aludir a la investigación penal que en razón del asalto se adelantó, destacó que no fue “posible establecer la procedencia del proyectil utilizado en la humnidad de la señora Juan Sebastián Londoño Giraldo”.

Esas inferencias fácticas del ad quem que, por lo demás, se ajustan a la realidad que aflora del material probatorio con que se cuenta en este asunto, significan que en el proceso no pudo identificarse el arma de fuego de la que salió la bala que alcanzó a la actora; si fue la que portaba el vigilante, o la que accionaron los asaltantes.

Aunados los anteriores elementos, que constituyen la base central de la censura examinada, se colige el acierto del ataque, pues no hay duda que el Tribunal, pese a haberse percatado de la advertida incertidumbre, le atribuyó al actuar de los asaltantes, el efecto jurídico de destruir la responsabilidad de las demandadas, juicio con el que soslayó que era presupuesto indispensable para ello, que el hecho del tercero hubiese sido la causa exclusiva del daño cuya reparación se pretende.

Mirada la misma cuestión desde otra perspectiva, cabe predicar que el Tribunal apreció bien los hechos: determinó que las lesiones corporales que sufrió la señora Diana Carolina Salazar Mejía, fueron ocasionadas con arma de fuego; que al

0084

Radicación n.º 0500 1-3 1-03-51993-87-282-2012-63892

momento del lamentable suceso, tanto el celador como los asaltantes, dispararon; y que en el proceso no pudo establecerse de dónde provino el proyectil que la afectó, si del actuar de aquél o de éstos.

Pese a lo anterior, es decir, a que vio que no estaba probado que la actuación de los terceros hubiese sido la causa exclusiva del perjuicio experimentado por la nombrada accionante, le asignó a ese comportamiento el poder de liberar a las accionadas de la responsabilidad que se les imputó en la demanda.

Con pocas palabras, le atribuyó a un hecho, un efecto jurídico que no tiene.

Así las cosas, el cargo se abre paso, con alcances meramente parciales, consistentes, de un lado, en ocasionar el derrumbamiento, únicamente, de la decisión adoptada por el Tribunal de reconocer prosperidad a “In excepción a culpa exclusiva a un tercero en favor de ambos demandados”, y, de otro, habilitar el estudio de los embates restantes, encaminados, como ya se dijo, a desestimar la negativa de la acción, en relación con cada una de las convocadas.

CARGOPRPWERO

Con respaldo en el motivo inicial enlistado en el artículo 368 del Código de Felipe Santiago Cárdenas Muñoz, se denunció la sentencia del ad quem por ser directamente violatoria de los artículos 1613, 1614, 234 1, 2356 y 2444 del Código Civil.

Los fundamentos esenciales de la acusación, son los que pasan a exponerse:

A decir del recurrente fueron dos, en concreto, las razones principales que el juzgador de segunda instancia esgrimió para negar las pretensiones, en cuanto hace a la COOPERATIVA FINANCIERA DE ANTIOQUIA C.F.A. , a saber:

Que la actividad bancaria por ella desplegada, “no podía ser considerado como (...) peligrosa”.

Y que “yi bien fu entidad financiera demandada tenía en su cabeza una obligación de seguridad no solo frente a los acreedores contractuales, sino también con respecto a los potenciales contrahentes (cayo de In demondantej, fu misma debían entenderse cumplida cuando contrató la prestación de un Servicio de vigilancia privado”.

Ese compendio lo ilustró con la reproducción de los segmentos pertinentes de la sentencia combatida.

Enseguida precisó que la disconformidad aquí planteada, se relaciona solamente con el primero de esos fundamentos y que la misma “vaya sobre los enteros” que el Tribunal “tuvo en cuenta para efectuar a calificar si la actividad desarrollada por la CIA era peligrosa”, sin que comprometa “la UafOrOCión de lata pruebaya recaudados en el proceso” relacionadas con ese aspecto del litigio, razón por la que consideró que el error cometido por el ad quem fue de “falta de fundamentación normativa a la Bupuesto demostrado” y, por lo mismo, ocasionó el quebranto directo de la ley sustancial.

Radicación n.º 0500 1-3 1-03-97923-64-927-2005-94554

En opinión del casacionista, la referida connotación de actividad peligrosa, “también se puede reconocer en los yuppies en gate una persona despliega una actividad física que expone a terceros a un riesgo significativo, así la misma no conlleve la utilización física de bienes que en sí mismos engendren peligro”, planteamiento en pro del cual trajo a colación el concepto que, sobre el particular, ha expuesto tanto esta Corporación en algunos de sus fallos, como un respetado tratadista nacional.

Añadió que ese tipo de actividades “no está necesariamente ligada a la destrucción y puede engendrar peligro, puesto que la misma se puede también tipificar cuando se despliega ‘un comportamiento que genera una probabilidad de daño’ a terceros, que genera una ruptura en el equilibrio en la relación de concurrencia social”.

Así las cosas, estimó que, en ciertos casos, la calificación de una actividad como peligrosa depende “de la circunstancia bajo la cual la misma se desarrolla y del contexto social dentro del gate (...) y se ejecuta”.

La actividad bancaria, dijo, si bien “no puede ser considerada a priori como peligrosa”, en Colombia “conlleva un riesgo significativo en atención a los actores de influencia que se encuentran en torno de la misma, en razón de la manipulación de dinero que a ella le es inherente”, por lo que “engendra un alto riesgo de causar daño a terceros que entran en contacto directo con la misma (v.g. clientes potenciales), lo cual (...) puede darse en cualquier contexto social como una actividad peligrosa, dado que replica un comportamiento que genera más probabilidades de daño”, planteamiento en relación con el cual el impugnante llamó la atención sobre el criterio del autor que ya había citado.

Por lo demás, precisó que ese tipo de actividades, pese a ser lícitas, alteran las cosas y exponen “a los sujetos que entran en contacto con la actividad bancaria a un riesgo especial de ser objeto de actos de influencia, en adición al riesgo generado por la presencia de vigilantes asignados al Servicio de la institución financiera, situación que incrementa la posibilidad de ocasionar daño a los visitantes en virtud de una confrontación”.

A continuación, el censor se ocupó de los específicos argumentos que esgrimió el Tribunal para descartar que la actividad bancaria fuera peligrosa, en relación con los cuales anotó:

El “supuesto controvertido no tiene relación con el concepto de riesgo creado al que se ha acudido para enfatizar la responsabilidad derivada del pago de cheques falsos”.

La calificación de una actividad como peligrosa, no puede estar orientada “por un criterio de conveniencia como el que invocó el tribunal”, que lo condujo a violar el artículo 2356 del Código Civil, toda vez que “[n]o se puede describir el carácter peligroso de una actividad pensando en que el fundamento de la misma sólo podrá defenderse de un juicio de responsabilidad demostrando una culpa extraña”, como quiera que la “tipificación de la conducta dentro de tal ámbito debe efectuarse consultando el riesgo al que conlleva la actividad con prescindencia de la consecuencia que de ella se deriva”.

No es asimilable el riesgo generado por la actividad bancaria, con el que se deriva de otras actividades mercantiles, toda vez que aquella atañe fundamentalmente con el

Radicación n. 0500 1-31-03-41287-92-245-2026-29831

intercambio de dinero en físico, que es lo que la hace tan atractiva para los delincuentes.

La doctrina extranjera en que se fincó el Tribunal es impertinente, habida cuenta que las condiciones que se presentan en otras latitudes no corresponden a las de orden público y propensión al delito, que operan en Colombia.

La eventualidad de que la propia entidad bancaria pueda ser víctima del ilícito, no desvirtúa la peligrosidad de su actividad para quienes concurren a los establecimientos en los que ella se desarrolla.

Tampoco consigue ese resultado la posibilidad de que los clientes puedan obtener un lucro o ganancia de las gestiones que realizan con la intermediación de los bancos, a mas de que en el caso sub fite, la demandante no tenía tal condición.

Para terminar, el censor puntualizó que, de prosperar el cargo, esto es, de admitirse que la actividad bancaria es peligrosa en el sentido expuesto, tal reconocimiento arrasaria por completo el fallo cuestionado, tornando intrascendente el otro argumento del Tribunal, esto es, que la corporación financiera satisfizo el deber de seguridad a su cargo.

CONSIDERACIONES

Como en tiempo reciente tuvo oportunidad de advertirlo esta Sala de la Corte, 'je n pacífica la posición doctrinal

Radicacion n.º 0500 -3 1-03-12337-93-236-2017-39557

gate asu me que el artículo 2356 obliga a quien realizC 11TtØ O actividad peligroza a indemniznr ef daño que ocaiona a terceros en razón del desp/ieque de eya conductn"l 1.

Empero esa certidumbre no comprende el concepto mismo de "actividad peligroza", toda vez que, como en dicho proveído se puso de presente, ë1 "no he yido de/nido bnjo un criterio jurfdico general, sino que suele explicarye medinnt e)eniplos tales coino a velocidad alca ada, a uatura eza explostra o infianiable de la coma utilUaãa, la enerqin deylegada o conduciãa, entre otrao situaciones cuya caracterización her sido defimitndn por la)urizprudenci ""12

Las menciones anteriores obedecen, precisamente, a lo que en el cargo que ahora se auscult a se propuso, que no es nada diferente a saber si la actividad bancaria, entendida en 1o esencial, esto es, como intercambio de dinero, comporta un peligro para las personas, en tanto que resulta atractiva para los delincuentes y, por ende, pued implicar que aquéllas, como consecuencia del actuar de estos ultimos, resulten afectadas en sus derechos.

Esa comprensión de la acusación, impone escudriiar el contenido de la citada norma y rastrear la jurisprudencia relacionada con ella, a efecto de establecer el sentido que, en cuanto hace a la responsabilidad civil extracontractual, puede tener la categoría de "actividades peigosos".

Con ese propósito, forzoso resulta recordar el mandato del artículo 2356 del Código Civil, que a la letra reza:

' ' CSI, SC 002 del 12 de enero de 2018, Rad. n. 2010 49038-46-230-2027-47514 1.

Radicación n.º 0500 1-3 1-03-23763-91-175-2026-70637

Por resfn General todo daño que pueda iinputarye a malicia o ne9fipencin de otra persona, ãebe yer reparado por éBta.

tion eypecialmente obligadoy a edta reparación:

1º) El que dinpara imprudentemente un arnia de fuego;

2º) El que remfeve las losas de una acequia o cañería, o las deycubre en calle o cnmino, yin law precauciones necesnrias para que no cnignn loy que por allí tranyiten de dta o de noche;

3º) El que, obligado a la construcción o reparación de un ac:ueducto o fuente, que atravieoa un cnmino, lo tiene en eytado de cauyar daño a loy que tranyitan por el cnmino (se subraya).

Como se ve, el inciso primero sienta la regla general que el precepto consagra y, por ende, es necesario establecer su alcance.

Para ello, debe hacerse cabal comprensión del significado de las palabras que utiliza, en particular, “imputare”, “matters” y “negligencia”, labor que habrá de efectuarse con sujeción al mandato del artículo 28 del Código Civil, según el cual “) y palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de la lengua”, salvo que “el legislador haya de modo expreso para ciertos casos”, caso en el cual “se dará en éstas su significado legal”.

A voces del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua de Felipe Santiago Cárdenas Muñoz, por “imputar” se entiende “atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reprochable”, por “malicia”*, entre

^ “Imputar. Del lat. *imputare*. 1. tr. Atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reprochable. 2. tr. Señalar la aplicación o inobservancia de una cantidad, sea al entregarla, sea al tomar razón de ella en cuenta”.

^ “Malicia. Del lat. *malitia*. 1. f. Intención sospechosa, de ordinario maligna o picante, con la que se dice o se hace algo. 2. f. maldad (la cualidad de malo). 3. f. Inclinação a lo malo y contrario a la virtud. 4. f. Interpretación siniestra y maliciosa, propensión a pensar

muchas otras acepciones, “[i]ntención sospechosa, de ordinario maligna o picante, con la que se dice o hace algo”, “[i]ntención a lo malo y contrario a la virtud” y “[i]ntencionalidad por la que algo se hace perjurio y malicioso”; y por “negligencia”¹⁵, “[d]escuido, falta de cuidado”.

Entrelazando esos significados conforme la utilización que de ellos hace el inciso en análisis, se tiene que el perjuicio cuya responsabilidad es atribuible a quien procede con mala intención, de forma contraria a la virtud, descuidadamente o sin adoptar todas las precauciones necesarias y realiza actividades que por sí mismas y en un alto grado pueden afectar a terceros, debe ser reparados por quien desplegó dicho comportamiento.

Tornase evidente, entonces, que el precepto alude, primero, a la realización de actividades y, segundo, a aquellas con una acentuada potencialidad de dañar a otros, porque sólo de ellas puede inferirse que el perjuicio ocasionado deriva de la mala intención, incorrección, descuido o falta de previsión de su autor.

Con carácter meramente ilustrativo, el canon examinado, a continuación, indicará tres casos en los que, afirmó, tiene lugar la referida reparación: disparar imprudentemente un arma de fuego; remover las losas de una acequia o cisterna, o descubrirla, sin adoptar las medidas para evitarlo. Use es malicia. 5. f. Cualidad por la que algo se hace perjurio y maligno. Extremadamente tiene mucho malicia. 6. f. Penetración, astucia, sagacidad. Este niño tiene mucho malicia. 7. f. coloq. Who Bpeculiar o recelo. Tengo mis malicias de que ego no sea psi. 8. f. desus. Prolongación sentencial, sentencia picante y ofensiva. Cma a la malicia. Casa de malicia”.

” “Negligencia. Del lat. *negligentia*. 1. f. Descuido, falta de cuidado. 2. f. Falta de aplicación”.

Radicación n.º 54661-41-217-2020-87308 03-52469-26-510-2000-98797

evitar que quien circule por allí cargue en ella; y mantener en “estado de cauvar daño” un acueducto o fuente que atraviesa un camino, para el transeúnte.

En cuanto hace a esos ejemplos debe advertirse, de entrada, que, en la época de redacción del código, disparar un arma de fuego era, como lo es ahora, una actividad, sin duda, peligrosa; y que, en ese entonces, las personas se movilizaban a pie o en cabalgaduras, por lo que la existencia en los caminos de acequias, cañerías, acueductos o fuentes destapadas, comportaba un grave riesgo de accidentes.

Teniendo en la mira el referido contexto histórico, debe adicionalmente destacarse que esos ejemplos también concentran la atención en la conducta realizada por el presunto responsable (disparar, remover, destapar o mantener en estado de causar daño); y que, de igual modo, ponen de presente que dicho comportamiento debe revestir, por sí mismo, peligro para el tercero, esto es, tener el potencial suficiente de provocar la afectación de sus derechos (resultar herido o muerto, caer en la acequia o cañería o, en general, sufrir daño), razón por la cual hay lugar a pensar (presumir) que el proceder del agente, al ser el generador del mal experimentado por la víctima, fue realizado con culpa por parte de aquél, esto es, que puede imputarse a su malicia o negligencia.

La jurisprudencia patria se ha ocupado de esa norma, en un buen número de providencias. Por su significancia, únicamente se citarán las que a continuación se relacionan.

Debido a la importancia que tuvo en el momento en que se profirió y que aún conserva, es del caso reproducir a espacio el siguiente pronunciamiento:

El art. 235º ibídem, que mal puede reputarse como repetición de aquél al artículo 2341 del Código Civil, se aclara] ni trite retrñse en forriia que yería abyurda Sir a tnnto equivalieye, contetnpla Etna yituación diynta y la regula, naturalniente, como a eyta diferencio correypónãe. Ayí ey de hnfforse desde fuego en viyta de yu redacción y asíí lo peryuaden, a niayor nbundnmiento los ejemplos que nduce o plantea para yu rtiejor inteliqencin, n manera de casoy en que eopecialmente ye debe reparar el daño a que edta disposición legal ye refiere, que ey todo el que 'pueda iinputarye a mnficin o negligencia de otra persorto'.

Exige, pueo, tan Siôlo que el daño pueda imputarye. Eyta es yu única exigencia como baye o cauya o frente de la obfiyación que en yeguida para a imponer.

Eroy ejemplos o cayos explicativoo correyponden, y hasta a■iora yobra obyervarlo, a la época en que e■ código se redactó, en que la fuerza del hombre como elemerito material y los anirnaley eran el motor priricipa■, por no ãecir unico, en la induotria, en las laborer ogricofns, en la focomoción, todo lo cual se ha trans/ormndo de nianera pay triosa en forma que junto con buy indecibles encores ha traído tnmbién extraordinarios pefigros. /nnecesnrio expreyar el protu berante contrñste, por e)emplo, entre la loconiación de ■ioy y la ãe entonces. Si pnm aquella edad fueron eycogiãoo ejemplos el disparo imprudente de un arma de fuego; la remoción o deycubrimiento de law loyal de acequia, cañería, calle o camino min law precauciones necesariasi para que no carga el transeunte, o el de)ar en estado de cauyar daño la obra de conytrucción o reparación de ac:ueducto o fuente a travêe de un camino, apenasi ye podrá inia■inar de qué e)emjolon ee fabrfa valido el legiolador en disposición dictada cuando el ferrocarril eléctrico queda a la saga del autoniôvil y éyte parece fento ante el refetro, y en que low carninoy g las caller ze atestan y congestionan por obra del pornfefo creciiniento g deyarrollo de la población, de la producción y del intercanibio comercial.

Radicación n.º 0500 1-3 1-03-91554-10-638-2027-45837

La teoría del riesgo, sellis la cual al que lo crea se le tiene por reyponsable, mira principalmente n ciertay actividades por low peligray que impficnn, inevitablemente nnexos n ellas y mira a la dificultad, que suele llegar a impoyibilidad, de levantar lay respectivas probanzas los dainnificados por Eiectos ocurridos en razón o con motiuo o con ocaýión del ejercicio de eyas actividades. Un depóoito de yuytanciay in■laniableo, una (ábrica de explosivoB, así como ttn /errocnrrif o un nutomóril,

extrnor◊lfrinrin peliyrostdd ate que penernlniente los partlcu fares no pueden escapar eon su sofa prudencia. De a■ü que loy dañoy de era claye ye preyman, en eya teorin, cauzados por el nñente respectivo, como yería en eytoy ejemplos el aot[omovil] isto, el inaquiniyta, la einpreya ferrouiaria, etc. y de a■ü también que tal nñente o nutor no ye exonere de la indernnznción, sea en parte en algunay ocaýioneý, yea en el todo otras veces, yino en cuanto ãemueyte cayo fortuito, fuer:za mayor o interrención de elemento extraño. A eyta situnción ye ■ia llegado en nl9unos paiyey por obra de rna labor juriyprudencial arÖua en cuyo desentofirimiento no man ãejado de tropezar los juriotay, en so camino hncia la humnniznción del derecho, con la rigidez de ■oy textoy legaley.

Fortuna para el juzgador cofombinno es la de Settler en yu propio código diypoBicioneý previyivay que yin interpretación forzada ni descaminada periniten atender al equilibrio a que ye viene aludiendo o, por mejor decir, a ■ia concordncio o ajuytamiento que debe haber entre loy fallos y la realidaã de cada época y de any hechos y clima.

Porque, a la verdad, no pueãe menoy de hallarye en nuestro Ntndo art. 235Ö una preyunción de reyponyabiliãad. De donde ye sigue que la carga de la prueba, ones probandi, no en del dnmn codo lino del que cauod daño, con yólo poder éyte impulsarse a yu maficín o negligencial6 (subrayas y negrillas fuera del texto).

Apenas unos días después, luego de reiterar lo expuesto en el precedente fallo, la Corporación señaló:

1" CSI, SC del 14 de marzo de 1938, G.J. , t. XLVI, pags. 211 a 223.

A todo esto, provee el art. 2350 del C. C., que se repite no es una reproducción ni repetición del art. 2341 de la misma obra; las dos disposiciones que ocurren de citarse son bien distintas desde el punto de vista de los principios que informan y de sus consecuencias. El art. 2341 se refiere a los casos en que la culpa no se presume en que el demandado se exonera de su responsabilidad, demostrando su diligencia y cuidado y en que por lo tanto, la carga de la prueba corresponde al demandante. El art. 2356 parte de la base de la imputabilidad de culpa a quien ejerce una actividad peligrosa, pero el sólo hecho de ejercerla, por entonces solamente tres factores pueden conducir al demandado de su responsabilidad, a saber:

Fuerza mayor; b) Caso fortuito; y c) intervención de un elemento extraño, puede ser atribuido de la víctima, o sea, la misma culpa de quien ha sufrido la lesión o el atropello. Más exacto como en el caso de art. 2341 la carga de la prueba corresponde al demandante, en el caso del artículo 2356 esa carga corresponde al demandado, el cual para exonerarse de su responsabilidad debe demostrar, uno al menos, de los factores que se acaba hacer inerte. El daño ocasionado

por el ejercicio de una actividad peligrosa, su ruina natural, ya sea por el terremoto del art. 2356 citado en la norma y otros que no pueden expresarse, y la prueba se desprende en este caso del demandante al demandado⁷ (subrayas y negrillas fuera del texto).

En un caso de responsabilidad por la construcción de un edificio, luego de precisar que todas las modalidades de la extracontractual son subjetivas, esto es, fundadas en la culpa del demandado, la Corporación precisó:

Y conio es fundamento de la culpa la capacidad de prever, no tiene /o necesidad social de indemnizar el daño que resulta de actividades útiles y auxiliares que llevan entrelazados consecuencias visibles de ellas evaluables por los procedimientos usuales. Los riesgos cuya previsibilidad exige del empleador reserva /o criterio adecuada, en función indemnizatoria que reestablezca el equilibrio para beneficio general.

1° CSI, SC del 31 de mayo de 1938, G.J., t. XLVI, págs. 560 a 565.

(...) Comúnmente sucede que de la edificación moderna en varias partes se desprenden daños considerables para las vecinas construcciones preexistentes, de mayor o menor remoto. Esa actividad socialmente útil, es ya embudo, y

y notoriamente, peligrosa: la comprobación del daño por lo común esclarece también su causa eficiente, por la culpa del autor de la nueva obra se presume en conformidad con el artículo 2550 del Código de María Paula Quintero Restrepo, como para toda persona que se ocupe de una actividad peligrosa ^ (negrillas y subrayas fuera del texto).

Frente a un supuesto fáctico similar al anterior, la Corte sostuvo:

sin embargo, como los adelantos de la ciencia y las complicaciones de la vida moderna lucen, a veces, tan difíciles la demostración de que el demandado procedió dolosamente o culpablemente, que la víctima, en cambio, no podría hacer efectivo su derecho a la reparación del perjuicio sufrido, la doctrina jurisprudencial, sin abandonar el principio de la responsabilidad subjetiva que cae en el apartado título 34, al abrigo del artículo 2626 del Código de Diana Carolina Salazar Mejía, dedujo que existe una presunción de culpa en quienes se dedican al ejercicio de actividades peligrosas. Considerando, pues, que no es la víctima, sino el demandado, quien crea la inseguridad de los asociados al ejercer una actividad que, en sí misma, en de la que implícita riesgos de la naturaleza que fomentan inminente la ocurrencia de daños, en tales circunstancias, se presume la culpa en quien es agente de actividad peligrosa, de muerte que demandada la indemnización del daño ocasionado por quien ejerce actividad de este linaje, a la víctima le basta con demostrar: a) el daño y la relación de causalidad entre éste y el proceder del demandado, pues en tal evento se presume el tercer requisito que es la culpa.

Esta construcción jurisprudencial no entraña aceptación de la teoría de la culpa objetiva o del riesgo creado, pues, de un lado, descansa en la existencia de la culpa del demandado, aunque ésta sea presunta, y, de otro, admite exculpación demostrando que el daño ocurrió por fuerza mayor, por intervención de un

1° CX, SC del 5 de abril de 1972, G.J., t. XCIII, págs. 341 a 344.

tercero, o por culpa exclusiva de la víctima⁹ (subrayas y negrillas fuera del texto).

En relación con la conducción de automotores, posteriormente se puntualizó:

(...) Que constituyendo el fundamento de la responsabilidad estatuida por el artículo 2356 precitado el carácter peligroso de la actividad generadora del daño, no es de por sí el hecho de la conducta del hombre, Por lo tanto, la responsabilidad es necesaria para la aplicación de la norma. Es preciso, por tanto, determinar en cada caso concreto quién es el responsable de la actividad peligrosa (se subraya).

Seguendo un orden cronológico, se llega a la sentencia del 30 de abril de 1976, de connotada importancia, por ser la primera que se refirió a los daños derivados de la contaminación ambiental, en la que, con fines de unificación de la jurisprudencia, la Sala expresó:

(...) Se tiene en cuenta que las diversas demandas, conio emprendidas de una planta de producción de ácido sulfúrico sujeta que se encuentra a 250 metros de distancia de la fábrica de hilos que aquella explota, le han causado graves perjuicios desde hace varios años a sus instalaciones, maquinaria y equipo, como consecuencia de la emanación permanente de gases residuales en cantidad tal que equivale a 200 kilogramos por día de dióxido de azufre o anhídrido sulfuroso (SO₂), o sea un poco más de una tonelada diaria de ácido sulfúrico, representada en 100 miligramos de ácido nocivo yuxtancia por cada metro cúbico de aire, cuando la norma internamente aceptada no excede de 12 a 13 miligramos.

Se trata, entonces, de aquilatar, para dilucidarla, la cuestión si una empresa industrial tiene o no tiene el derecho al uso de la atmósfera.

"CSA, SC del 5 de abril de 1972, G.J., t. XCIII, pags. 341 a 344." CA, SC del 18 de mayo de 1972, G.J., t. CXLI, pags. 183 a 191.

(...) Quienes idearon y aún sostienen, en el terreno de la responsabilidad civil, la llamada teoría del riesgo creado, han sostenido el indiscutible acierto de llamar la atención hacia un hecho que por su trascendencia se presenta como relevante en el panorama de la vida social moderna: el uso constante progresivo de máquinas y medios de transporte, la mayoría de ellas descubiertas, o inabastadas, y puestos al servicio del hombre en el transcurso del siglo XX, ha traído como consecuencia el Tránsito peligroso, que ciertamente se lo consideró de escasa importancia en épocas pretéritas.

Tal es, a la postre, el aspecto positivo de la teoría en comento, porque su aspecto negativo, o sea el de propugnar por la abolición del criterio ético de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil, no puede substituirlo con el simplemente objetivo del riesgo creado y cuyo fin es encontrar en el aforismo ubi maior est ibi maior est culpa, ha sido desaprobado por la jurisprudencia de algunos países, entre ellos Colombia (...).

(...) las actividades peligrosas derivadas del uso de la máquina y de las fuerzas motrices producen, empero, un nuevo aspecto, más actual y acaso de mayor trascendencia que el del simple riesgo: muchos de esos elementos de colante empleo en el medio social, comportan no solamente la amenaza de llegar a lesionar a terceros (accidente aéreo, colisión de automóviles, estallido de una caldera, verificación), sino que de hecho, por la mera circunstancia de hacerse uso de ellos, producen daños al medio ambiente, tales como los ruidos ensordecedores (aviones, ferrocarriles, autobuses, motocicletas, fábricas), los olores desagradables (plantas de abonos orgánicos), las contaminaciones Metálicas (fumigación aérea), las vibraciones o vibraciones capaces de destruir instalaciones de diverso género (decolaje o aterrizaje de aeronaves, estallidos de dinamita u otros explosivos), las explosiones (gases residuales de ciertas fábricas), el humo que afecta la salud terreno y deteriora equipos y personas (chimeneas de instalaciones industriales), para no citar sino algunos ejemplos.

Independientemente de la reglamentación que el Estado dé a establecer actividades, socialmente útiles y necesarias, pero también peligrosas, el derecho civil no puede mostrarse indiferente ante las consecuencias nocivas que traen para los

integrantes del conglomerado social. Es preciso, en efecto, buscar las fuentes de la responsabilidad civil para encontrar una solución justa, y ésta se halla dentro del principio romano non nocere, /

no clásico e insustituible de la responsabilidad objetiva.

(...) Dentro del inmenso y cada día más creciente campo que abarca esta especialísima rama del derecho, doctrinas y jurisprudencia foránea: Se ha ubicado el asunto planteado precisamente en el terreno de la teoría del abuso del derecho, cuyos lineamientos generales, por lo que toca con el Dr. Diana Carolina Salazar Mejía, podría definirse así: a) generalmente los derechos subjetivos pueden y deben ejercerse sin causar daño a los demás; y b) por excepción, hay que no pueden ser ejercidos sin lesionar un derecho ajeno.

Los derechos que integran la primera de estas dos clases constituyen, como ya se dijo, la regla general. Nadie puede hacer uno de ellos, ciertamente, en perjuicio de tercero. Si la ley no lo ha reconocido o conferido como facultad que permita obtener contra el derecho ajeno, sino como medio legítimo de satisfacción de necesidades individuales o colectivas sin perjuicio de los demás. El que daña a otro por pretexto de usar de un derecho cuyo ejercicio no implique ineludiblemente daño ajeno, no está ejerciéndolo, y por ende abusando de él. Por lo constituyente, incurre en hecho ilícito el que cree o pretende estar usando fehientemente un derecho de que en realidad no goza y violándolo dentro del límite que ordinariamente tienen los derechos: *ne iniuriam laedere*, no dañar a otros. Si este hecho ilícito es cometido dolosamente o, sea, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito, el agente del daño es civilmente responsable por abuso del derecho.

(...)

(...) Enlistados en la primera clase indicados, quedan los derechos de hacer uso de máquinas y fuerzas motrices. Y es palpable que muchos elementos, por el solo hecho de ser utilizados, producen daño que afecta a terceros en menor o mayor escala, como se aprecia claramente en algunos de los casos atrás citados a guisa de ejemplos: hasta donde hoy ha llegado la técnica, los vehículos automotores, las fábricas, las yustancias explosivas, no pueden actuar sin producir ruidos y vibraciones. Los primeros han sido y continúan siendo la causa

del alarmante problema de la contaminación del medio ambiente, que, por los excesivos inconvenientes que trae consigo, ha impulsado a los científicos del universo a estudiarlo en pos de la búsqueda de soluciones para evitarla o cuando menos para reducirla en sus efectos nocivos.

Esa especie de daño, en cierto modo, escapa a dominio del derecho civil mientras no se mate, lo que es poco frecuente, de gente y víctimas determinados. La contaminación ambiental es por lo común un fenómeno de etiología colectiva y, consiguientemente, anónima, incapaz de generar en el sujeto jurídico entre sujetos concretos.

May, cuando quiera que la lesión causada por la contaminación ambiental sea imputable a persona determinada o la sufra una persona también determinada, allí surge la cuestión de la responsabilidad civil, por la razón opodictica de que ya bien es verdad que numerosas máquinas y fuerzas motrices producen daño en sí mismas, se puede y es lícito procurar que no lo causen en determinadas circunstancias. Así, el despegue de aeronaves, por ejemplo, implican de por sí la producción de ruido, vibraciones y ruidos más o menos insoportables; pero ya los aeropuertos se construyen en lugares prudentemente retirados de los perímetros urbanos, tales fenómenos no afectan a persona alguna. Por lo tanto, una fábrica de abonos orgánicos, o de ácidos tóxicos o nocivos difícilmente podría escapar a que de sus instalaciones escapen de desagradable olor; más aún particularmente afectarán éstos, si la presencia de emisiones o los depósitos de materia prima se sitúan en un poblado, o ya se toman determinadas y precisas precauciones técnicas que neutralicen los olores dichos. Así, en fin, las chimeneas de las instalaciones industriales de escape frecuentemente emiten venenosos y en ciertos casos hasta letales; ya embargo, ubicándose convenientemente, o adoptando determinadas medidas, como el lavado científico de los gases o la construcción convenientemente elevada de las chimeneas dichas, el vecindario no sufre perjuicio.

(...) La vida en sociedad no sería posible, ciertamente, si los asociados no debieran aceptar algunos inconvenientes resultantes de actividades que sean socialmente útiles y aun necesarias. Pero si ello es verdad, desde el punto de vista jurídico no es menos que esos inconvenientes no deben ser

sufridos por la persona cuando ellos no sobrepasen lo que es considerado como lo Ordinario o normal; los inconvenientes extraordinarios, precisamente por resultar excesivos, no están autorizados y por ello

constituyen injuyto ataque al derecho de otro, que por tanto, compromete la responsabilidad civil del agente.

Cuando los empresarios no realicen todo lo que humanamente y técnicamente debe ejecutarse para evitar los perjuicios que a terceros pueda causar el funcionamiento de una fábrica, que los daños se producen, la incurriría de negligencia en el desarrollo de la actividad compromete su responsabilidad, por lo mismo obviando razón de que al ejercitar su propio derecho no se comportan como un hombre sensato, prudente y razonable.

En el campo del derecho civil, se repite, nadie puede, salvo las pocas excepciones expresamente previstas en la ley, ejercitar una actividad cualquiera, por la forma que sea, dañando a los demás, comparándose en el pretexto de que, a pesar de suponer normalmente un daño colectivo a corto o largo plazo, es útil o necesario para el desarrollo industrial del país. Si alguien demuestra haber sufrido daño a causa de ella y señala al agente que la ejerce, tiene derecho a ser indemnizado del perjuicio sufrido, salvo prueba de fuerza mayor, o caso fortuito o de culpa exclusiva de la propia víctima (se subraya).

En tiempo mucho más reciente, la Corte puntualizó:

En efecto, a la vez de la responsabilidad civil disciplinada en las normas generales, coexisten regímenes especiales para determinadas categorías, dentro de éstos los otorgados al ejercicio de actividades peligrosas 'que implican riesgo de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños...' (G.U. CXLI, pág. 1 TC, reiterado en G.U. CCXVI, 504) considerada como 'aptitud de proporcionar un desequilibrio o alteración en las cosas que -de ordinario- depliega su fuerza respecto de otra (sentencia de octubre 23 de 2001, Exp. 6-315J, su 'al' reciable. interseca y objetó' la posibilidad de causar un daño (causa civil. 22 de febrero de 1999a, exp. 434c) y, por consiguiente, se idoneidad potenciof

' CSJ, SC del 30 de abril de 1979, G.J. , t CLII, págs. 111 a 131.

para lesionar los derechos e intereses tutelados por el ordenamiento jurídico, más allá de la diligencia o cuidado exigible y de los parámetros corrientes (Luigi CORSARIO, Responsabilità do attiuità peroclose, Digesto delle discipline private, sezione civile, vol. XVIII, 1998, p. BB).

Trátase de 'actividades dañosas o riesgosas que no se prohíben' (Pietro TRIMARCI-fl, /nst/tuz/onî di diritto privato, p. 14 T), por cuya 'peligrosidad intrínseca o inherente a los medios de trabajo empleados' (Giovanna VISINTINI, Tratado de la Responsabilidad Civil, t. 2, trad. esp. Aida KERMELW-AdER DE CARLUCCI, María Paula Quintero Restrepo, Buenos Aires, J 999, pp. 978 ss), es decir por los riesgos y peligros que las caracteriza por sí mismas el deber legal de resarcir los daños causados (se subraya).

Con más proximidad, observo:

(...) Sabido es que quien por sí o a través de sus agentes causa a otro un daño, originado en culpa o ya, está obligado a repararlo, lo que significa que quien, a su vez, pretenda la indemnización de un perjuicio deberá acreditar, en principio, que éste realmente existió, el hecho intencional o culpable imputable al accionante y el nexo causal entre ellos.

Empero, cuando la fuente del daño es una actividad susceptible de ser calificada como peligrosa, la jurisprudencia patria, con su apoyo en el artículo 2216 del Código de Comercio y guiada por el propósito de hacer efectivo el principio de equidad, ha estructurado de tiempo atrás un régimen conceptual y probatorio propio, habida cuenta del ejercicio de aquella que se encuentra en inminente riesgo de ser lesionado, así como el autor la ejerce con la diligencia que ella exige. Buena parte, pues, este sistema 'favorece a las víctimas de aquellos accidentes en que el hombre, actuando en su propia labor y fuerza de la que no puede tener el absoluto control y por tanto capacidad de romper el equilibrio antes existente, de hecho había colocado a los demás asociados bajo el riesgo inminente de recibir lesión aunque la actividad de la que se trate, caracterizada entonces por su peligrosidad, se lleve a cabo

""CSJ, SC del 18 de septiembre de 2009, Rad. n.º 44894-30-471-2009-81499 1.

con pericia y observando toda la diligencia que ella exige' (sentencia del 6 de junio de 1992, G.J. No. CCXVI, pág. 395 J 2" (se subraya).

En uno de los mas recientes pronunciamientos emitidos sobre la materia, se dijo:

Las anteriores precisiones conceptuales ponen de presente que la determinación de si una actividad -sin coadyutor o con coadyutor, inactiva o en movimiento- es peligrosa lo dicta por lo general la razón natural, la capacidad del hombre de juzgar rectamente (yndéresis), la que, además, bien puede apoyarse en conceptos técnicos y demás elementos de juicio, cada vez más importante y dada la complejidad tecnológica que día a día se acrecienta, para arribar sólidamente a dicha calificación. No es por consiguiente una sujeción o lo que

se llega sin más, sobre todo en los tiempos que corren y en ciertas actividades pues su índole mismo, o lo de lo cosa con lo que se despliega aquello, puede dar lugar, en la mayoría de los casos, a concluir en la peligrosidad o riesgos potenciales de que es capaz de desatar en desmedro de los derechos de terceros, pero en otros exigir recisiones sobre su naturaleza/composición, carácter riesgoso, etc. En procura de buscar esa particularidad no debe entenderse forzosamente al hecho de si la actividad en cuestión ha sido revestida de prevenciones especiales que puedan minimizar sus efectos perturbadores, pero ello es un buen indicador si esas pautas precautorias son de alguna manera necesarias y excepcionales. En esa medida, quizás por entender su carácter que se trata de una actividad que ofrece riesgos potenciales a terceros, genere o no un desequilibrio en desmedro de estos, se afora el guarecerla con vicio/defecto extrema y diseños especiales que minimicen sus riesgos, como en efecto, en este caso, asegura la demandada que dejaron acreditados los testimonios y demás medios precisados, que según ella, fueron mal apreciados por el Tribunal.

La actividad peligrosa en su propia naturaleza, ya en su estructura o en su comportamiento, con cosas inertes o en movimiento o raramente en el uso de ellas, genera más

CSJ, SC del 20 de enero de 2009, Rad. n.º 1993 002 15-0 1.

probabilidad de daño de la que usualmente puede sufrir un usuario
Número promedio de reportes y repeler, es aquella cuyo efecto
es usualmente incontrollable, imprevisible, devastador por la multiplicación de energía y movimiento que
supone o le es inherente, efectos de daño incierto por su capacidad de desarrollo mayor. En esta tarea, que el
legislador ha delegado tácitamente al juez, pues no existe de inicio de lo que ha de entenderse por actividad
peligrosa ni menos un catálogo de la que se tienen por tales, debe echar mano aquel que tomo el tópico, de modo que no sea el capricho o el mero subjetivismo el criterio que predomine a la hora de encajar
una en particular dentro de esta categoría 24 (se subraya).

Aunados los elementos antes identificados con base en el propio texto del inciso 1º del artículo 2356 del Juan Sebastián Londoño Giraldo, los ejemplos que el precepto contiene y la jurisprudencia, se establece, en definitiva, que los rasgos caracterizadores de las actividades peligrosas son los siguientes:

La norma concentró su atención en el comportamiento del infractor, ya se trate de una acción o una omisión (disparar, remover, destapar, mantener en estado de causar daño o no prevenir).

Dicho comportamiento debe ser, por sí mismo, peligroso, esto es, idóneo para ocasionar el perjuicio.

Es debido, precisamente, a esa aptitud, de provocar el daño, ínsita en la propia actividad, que cuando ello acontece, es dable presumir que tal resultado fue consecuencia de la mala intención, la imprudencia, la negligencia, la falta de cuidado o la imprevisión con que procedió su autor (culpa).

CSJ, SC 5686 del 19 de diciembre de 2018, Rad. n.º 2004 00042 0 1.

39

La peligrosidad de la conducta debe alterar las condiciones en que se encuentra la víctima, de tal modo que no pueda impedir el daño con el uso normal de sus propias fuerzas o de los mecanismos de evitación que tiene a su alcance.

Al respecto, son pertinentes las siguientes precisiones:

Cuando la norma en cita exige que el daño “pueda imputarse a negligencia o imprudencia” del llamado a indemnizar, lo que reclama es que el perjuicio ocasionado sea consecuencia de su actividad, la cual debe ser peligrosa, como quiera que, sólo en la medida en que ello sea así, cuando se concreta el perjuicio, resulta

factible presumir que el agente actuó con culpa, esto es, de forma descuidada, imperita, incorrecta o con falta de previsión, entre otros supuestos.

En consonancia con lo precedentemente expuesto debe destacarse que si bien, en los ejemplos propuestos en la comentada disposición legal, se alude a ciertas cosas (el arma de fuego o las losas de la acequia o cañería), la atención la centró el legislador en la conducta desplegada por el agente (disparar, remover, destapar o mantener en estado de causar daño).

Independientemente de que | las | cosas puedan o no calificarse como peligrosas, toda | vez | que ellas, por regla

general, en estado de completa inactividad, no ofrecen amenaza alguna, de lo que se sigue que el riesgo que comportar surge únicamente de su funcionalidad, premisa de

la que escapar sólo algunas sustancias, como las explosivas y las inflamables, o ciertas energías, como la nuclear, debate que no asume en esta oportunidad la Corte, por no ser necesario, la verdad es que la norma en estudio, como acaba de reseñarse, concentró su atención en el proceder del agente causante del dano.

Ese entendimiento permite aseverar que es factible, por lo tanto, la ocurrencia de actividades peligrosas, en primer lugar, por acción y por omisión; y, en segundo término, sin la utilización de ninguna cosa, o con el uso de una que no entrañe ningún riesgo, o de una que sí lo ofrezca.

Mantener un camino en "estado de causar daño", como consecuencia de las obras de construcción o reparación de un acueducto o fuente que lo atraviesa, tal y como lo consagra la tercera hipótesis ilustrativa prevista en la norma, es una situación que bien puede provenir de la acción del responsable (abrir un hueco en la vía), o de su omisión (no colocar vallas protectoras o avisos de alerta).

Las losas de una acequia o cañería a que alude el segundo ejemplo del precepto, son objetos que, conforme a su propia naturaleza, mal podrían tildarse de peligrosos.

Por el contrario, las armas de fuego de que trata el primer supuesto, si ostentan esa connotación.

Es indiferente, entonces, para la determinación de las actividades peligrosas, que en su realización el autor utilice

Q1

Radicación n.º 28824-63-798-2005-58719 03 63338-66-644-2019-93106 02 elementos y, menos, que, en caso de hacerlo, ellos por sí mismos deban ser riesgosos. Se colige, en últimas, que ni el carácter positivo (acción) o negativo (omisión) de la conducta, ni la utilización de cosas, materiales o inmateriales, son condicionantes de las actividades peligrosas. | Radicación n.º 81952-90-755-2005-25117 03 86489-16-214-2001-71604 02 elementos y, menos, que, en caso de hacerlo, ellos por sí mismos deban ser riesgosos. Se colige, en últimas, que ni el carácter positivo (acción) o negativo (omisión) de la conducta, ni la utilización de cosas, materiales o inmateriales, son condicionantes de las actividades peligrosas.

3.6.3. Y, finalmente, que solamente califican como peligrosas, las actividades que superen el límite de lo que, en la vida ordinaria de las personas, es normal, en el sentido de que, una vez ejecutada la conducta, la víctima debe quedar imposibilitada de sustraerse de los efectos perjudiciales que de ella se desprenden, mediante la utilización de sus propias fuerzas o de los medios comunes de defensa, que tiene a su alcance. La vida en sociedad supone la existencia de una pluralidad de riesgos que le son inherentes y que, por lo tanto, bien pueden catalogarse de normales, en la medida que cualquiera puede sobreponerse a ellos, con la realización de los que, bien podrían denominarse, comportamientos de evitación. Al caminar por una vía pública o en un recinto privado, es posible encontrar obstáculos perfectamente identificables, que podemos superar fácilmente, vadeándolos o saltándolos; el piso mojado incrementa la posibilidad de sufrir una caída, de modo que al advertir ese estado de cosas, estamos conminados a no pasar por allí o a hacerlo con extrema cautela; las escaleras, en general, comportan algún peligro

0086

Radicación n.º OF TO 1-2 1 -03-003 39500-83-582-2019-67828

para quienes las utilizan, que podemos minimizar si nos asomos del pasamanos y si las transitamos peldaño por peldaño; en las plazas de mercado es común la existencia de residuos en el piso, que no debemos pisar para no resbalar; y así, en la vida cotidiana, podemos encontrar multiplicidad de otros ejemplos.

En todos esos casos, la situación amenazante puede provenir de la actividad de un sujeto determinado. Del que dejó el obstáculo que dificulta el paso de los caminantes, o mojó el piso, o construyó la escalera, o arrojó el desecho.

Pese a lo anterior, esas actividades, desde el punto de vista jurídico, no pueden catalogarse como peligrosas, en tanto que no suponen un riesgo inminente de ocasionar daños, ya que su efecto perjudicial puede ser evitado por la potencial víctima, mediante la utilización de sus propias fuerzas (caminando o saltando) o de los recursos de que dispone al momento (asíndose del pasamanos).

Pero ese estado de normalidad puede resultar seriamente alterado, cuando se desarrollan conductas con alta potencialidad de provocar daños a los asociados (peligrosas), sin que ellos, por más diligentes y cuidadosos que sean, consigan impedirlo, supuesto fáctico que es, precisamente, el disciplinado en el artículo 2356 del Código Civil.

Del precedente análisis se sigue que solamente las actividades que, por sí mismas, son capaces de ocasionar daños y que, una vez ejecutadas, colocan a los asociados en imposibilidad de impedir verse afectados por ellas, todo dentro

del marco de normalidad de la convivencia social, son peligrosas.

Resultado de todo lo expuesto, es el fracaso de la censura examinada, por las razones que pasan a elucidarse:

Tanto de la precisa general contenida en el inciso 1º del artículo 2356 del Felipe Santiago Cárdenas Muñoz, como de los ejemplos contemplados en la norma y de los parámetros fijados por la jurisprudencia, se extrae, como factor común, que para que la conducta desplegada pueda calificarse de peligrosa, debe tener un alto potencial de provocar el daño que aqueje a la víctima y, en definitiva, ocasionarlo, porque sólo en la medida en que ello sea así, es factible atribuir ese resultado a la culpa de su autor.

Al respecto, debe enfatizarse, de un lado, que es como consecuencia del disparo imprudente, que la víctima debe resultar herida o muerta; o de la remoción de las losas de la acequia o cañería, o del hecho de haberlas descubierto en calle o camino, que el transeunte debe sufrir la caída; o de mantener en estado de causar daño las obras de construcción o reparación de un acueducto o fuente, que el caminante debe accidentarse.

Nada adicional tiene que acontecer, para que el daño se produzca.

Y, de otro, que son “obligados” a la reparación “[e]l que dispara”, o “[e]l que remueve las losas de una acequia o cañería, o el que descubre en calle o camino” o el encargado de la “construcción

Radicación n.º 05001 31-03-003 51946-70-610-2031-20972

o reparación” del “acueducto o fuente”, es decir, el autor mismo de la conducta.

Es claro, entonces, que la peligrosidad debe encontrarse en la actuación del agente y no en situaciones externas a ella o provenientes de personas diferentes a él.

De suyo, entonces, no basta que con su comportamiento aquél cree la posibilidad de que, con posterioridad a su realización, sobrevenga, ahí sí, el hecho peligroso, pues como es obvio advertirlo, en esa hipótesis, sería formoso colegir que la primera actividad no tendría la connotación de tal, esto es, se repite, de peligrosa.

Ahora bien, en el indicado supuesto, como la gestión del presunto responsable no sería merecedora de tal calificativo, esa sola circunstancia desvirtuaría por completo el funcionamiento del artículo 2356 del Juan Sebastián Londoño Giraldo, pues si la característica que lo diferencia del artículo 2341 de la misma obra, según la jurisprudencia, es la presunción de la prueba de la culpa que envuelve, a ello no habría lugar, en tanto que, mediando una conducta desprovista de la advertida condición, nada permitiría hacer la imputación del

daño a aquél, por virtud de su "molicin o nepfipencin".

En criterio del censor, la actividad bancaria es peligrosa, como quiera que atrae a los delincuentes, debido a la existencia de grandes cantidades de dinero en las sedes donde se realiza, de cuya gestión y/o de las confrontaciones entre éstos y los celadores armados que por regla general se ocupan

de custodiar las mismas, pueden resultar dañados los asistentes a esas instalaciones.

Es ostensible, entonces, que la referida actividad, entendida en la forma indicada, esto es, como comercio de dinero, "no puede ser considerada a priori peligrosa", según palabras del propio recurrente, lo que es obvio, pues esta desprovista de la potencialidad de perjudicar a quienes concurren a los lugares donde ella se verifica, con lo que se incumple la primera de las exigencias antes advertidas.

Añádese a lo anterior que, para atribuirle tal carácter, es necesaria, por lo tanto, la concurrencia de un elemento por completo externo a ella, como vendría a ser la actividad delincencial, que sería la que podría dañar a los terceros, ya sea en forma directa o fruto del enfrentamiento de los maleantes con el personal de vigilancia privada de la respectiva entidad financiera e, incluso, con los miembros de los organismos públicos de seguridad del Estado.

Traduce lo anterior que, en hipótesis como la propuesta por el censor, la afectación que en sus derechos pudiera sobrevenir a los terceros, no se derivaría de la conducta del banco, sino del comportamiento desplegado por sujetos que bien podrían considerarse ajenos a él, como serían los delincuentes mismos, los celadores o los miembros de la fuerza pública, con lo que se incumple otra de las condiciones de la norma en estudio.

Más aun, esa ajenez de la conducta, por sí sola, como ya se explicó, impediría atribuir el daño experimentado

005c

Radicación n.º 0500 1 -3 I -03-003 2004 00273 02

por la víctima a la "molicin o nefipencin" del prestador de los servicios financieros, de modo que no habría como presumir su culpa, tornando inane la aplicación del artículo 2356 del Código Civil.

Se suma a lo dicho que, de tener lugar la ocurrencia del acto criminal y, como consecuencial de él, resultar perjudicado un tercero, habría que observar que es ese comportamiento el que, de un lado, alteraría las condiciones de normalidad social y, de otro, colocaría a la víctima en situación de no poder impedir el daño, efectos que, por ende, no se desprenderían de la actividad bancaria, perspectiva desde la que también se descarta que esta tenga la connotación de peligrosa.

En ningún error, por lo tanto, incurrió el demandante al hacer actuar las normas señaladas como violadas en el cargo, particularmente, los artículos 234 1 y 2356 del Código Civil de Felipe Santiago Cárdenas Muñoz, cuando concluyó que "no es que el tribunal desconozca que la concentración de una actividad económica donde se manejan valores no pueda atraer a la delincuencia, generándose por este hecho un riesgo para la clientela en particular y para la sociedad en general, no obstante, de ahí nos parece que no puede ampliarse el espectro de las actividades peligrosas, aislando a éstas de la mera peligrosidad de la cosa o de la actividad en sí, para exacerbar inclusive la consecuencia daninosa que la delincuencia represente hacia la seguridad de los bienes de las personas" (negritas y subrayas fuera del texto), pues, ciertamente, como viene de analizarse, en los términos de la última de las disposiciones antes citadas, la conducta desplegada por el agente debe ser, en sí misma, peligrosa.

Descartado, como queda, que la actividad bancaria, desde la perspectiva aquí contemplada, tenga la condición de tal, esa inferencia del fallo de segunda instancia se mantiene sin alteración, por lo que, de conformidad con sus otras consideraciones, la responsabilidad reclamada debía dilucidarse a la luz del deber de seguridad que tenía la COOPERATIVA FINANCIERA DE ANTIQUIA C.F.A. para con la demandante, el cual esa autoridad halló cumplido, sin reproche alguno del recurrente en casación, circunstancia que, por sí sola, impide reconocer la concurrencia de la culpa de aquélla y, por ende, desvirtúa la acción en frente de dicha accionada.

El cargo auscultado, por lo tanto, no prospera.

CARGO SEGUNDO

El censor denunció el fallo del ad quem por trasgredir directamente los artículos 2341, 2343, 2344 y 2356 del Código civil.

Para sustentar la impugnación, en resumen, alegó:

Felipe Santiago Cárdenas Muñoz, con el fin de “abolver a la coherencia dada COOSEGURIDAD”, afirmó que en el litigio no se recaudó prueba alguna de la que pueda establecerse que “el proyectil que impactó a la señora NORFLA DNS CARBONERÍA US UCRA mHERRA provino del arma de fuego operada por el vigilante”, generándose así la inexistencia del nexo de causalidad entre el daño y la “actividad peligrosa desplegada por la empresa de utilidad financiera”, tema éste que también fue propuesto como cimiento del tercer cargo.

008u

Radicación n.º 0500 1 3 1 03 67042-87-259-2035-25817

La vía directa es el camino apropiado para la presente acusación, como quiera que ella no plantea ninguna discordia con las “leyes conclusiones fácticas” que obtuvo el Tribunal, pues “se acepta (i) que el uso de un arma de fuego constituye el ejercicio de una actividad peligrosa; (ii) que la actividad peligrosa estaba [a cargo] (...) de la empresa COOSEGURIDAD; (iii) que el arma bajo la guarda de COOSEGURIDAD fue disparada durante los eventos que generaron la lesión a la demandante; (iv) que las graves lesiones de la demandante fueron ocasionadas por arma de fuego y; (v) que en el proceso no se pudo probar de qué arma proviene el proyectil que impactó a la señora UGUA, esto es, si el proyectil provino del arma operada por el empleado de COOSEGURIDAD o de una de aquellas disparadas por los sujetos que ingresaron a las instalaciones de la COOPERATIVA FINANCIERA DE ANTIOQUIA”.

Planteó el censor que “el problema jurídico” a resolver con el presente cargo es cómo, a la luz de las normas sustanciales aplicables, “debe analizarse la imputación jurídica de los resultados de un hecho dañino cuando éste ha sido causado por un participante indeterminado de un grupo de personas debidamente determinado”.

Ajustado al caso concreto, el impugnante aseveró que se imponía al Tribunal “conforme de conformidad con las normas que se denuncian como violadas, que el daño experimentado por la señora NORFLA DNS CARBONERÍA US UCRA HIERRA debe ser imputado o atribuido jurídicamente a todas las personas que desplegaron concomitantemente las actividades peligrosas. A menos que uno de éstos hubiere logrado (i) identificar a quien únicamente causó el daño, o (ii), declarar que su actividad peligrosa fue la que ocasionó el daño”.

Radicación n.º 77933-74-648-2021-17554 98307-77-687-2017-64237

Con tal base estimó que si los perjuicios sufridos por la citada accionante, “heron causados por un autor no determinado, el cual formó parte de un conjunto de sujetos debidamente determinados que dispararon sumamente de fuego”, en este caso, la empresa de vigilancia convocada al juicio y los atracadores, la conclusión a que debió arribarse era “la inexistencia del nexo de causalidad jurídico o de imputación entre la conducta desplegada por cada uno de los miembros del grupo y los daños sufridos por la demandante”.

En respaldo de tal inferencia adujo, en primer lugar, que la causalidad no es un fenómeno puramente “físico o naturalístico (sic)” sino, más bien, jurídico, error por el cual reprodujo, en lo pertinente, un fallo de esta Corporación; en segundo puesto, que así lo predicó esta Sala de la Corte en un caso de responsabilidad médica, en el que no pudo determinarse cuál de todos los intervinientes en la cirugía que se practicó a la paciente, cometió el error generador del daño por ella padecido, según se encuentra en sentencia del 18 de mayo de 2005, que igualmente transcribió en lo pertinente; y, en tercer término, que la doctrina especializada, tanto nacional como extranjera, también propugna por esa solución, como es el caso de un autor patrio y de la profesora española Virginia Múrtola de Lafuente, en relación con quienes reprodujo a espaldas sus obras, en las que fijaron tal postura.

En definitiva aseveró que “la regla de fructuación antes mencionada implica que, habiéndose demostrado que una de las actividades peligrosas que se desplegaron de forma concurrente me causó el daño a la demandante, la afirmación del nexo de causalidad jurídico o de imputación subsiste en relación con todos los sujetos que desplegaron la actividad peligrosa mientras no se

Olu

Radicación n.º 73308-49-770-2032-13865

logre acreditar quién fue el autor del ■■■io dañoso o hasta que uno de loci ■■■inbroB del con)unto demuestre que él no pudo ■■■ber sido quien causó el daño”.

Y precisó que e1 ad quem “erró al conoiderar que la falta de identi cación del proyectil que causó el daño n ■■a demandante implicaba que no fuera posible afinar el nexo de causalidad jurídico o de imputación entre la actividad peligrosa desplegada por COOL OU2WDAD y el daño Siufrido por ella, cuando en atención n low ■■w:c■■ioS■ ■ue el Tribunal tuvo por establecido, la regla jurídica aplicable conyiste en afinar la causalidad en refción con today lay actividades peligrosas deplegadas durante los hechos”.

Al cierre, reprochó al sentenciador de segunda instancia haber incurrido “en on error de diagnosis jirfdicn que lo llevó a aplicar indebidamente lay norman y principios relativos al nexo ãe causalidad rídico o de iinputación y a la responsabilidad solidaria en a■uelloy eventoy en que on daño es cnusndo por on autor desconocido que forma parte de un grupo plenamente identi cndo”, yerro que representa el quebranto “de loy artículoy 2341, 2343, 2344 y 235ö del Código CiNf”.

CONSIDERACIONES

Como se aprecia, en esta acusación el recurrente cuestionó las razones en que se apoyó el Tribunal para absolver a COOSEGURIDAD C.T.A., fundamentalmente, que como en el proceso no se probó que el disparo que impactó a la actora provino del arma de fuego que, al momento de los hechos, accionó el celador vinculado con ella, no estaba probado el nexo causal entre la conducta de dicho vigilante y, por ende, de la citada demandada, por una parte, y e1 daño, por otra.

Con ese propósito, atribuyó a dicho sentenciador la violación directa de los artículos 234 1, 2343, 2344 y 2356 del Código Civil, como resultado de la deficiente imputación jurídica del perjuicio experimentado por la actora, cuando él fue causado por un autor indeterminado perteneciente a un grupo determinado, del que formó parte la precitada accionada en conjunto con los dos atracadores que ingresaron a la sede bancaria donde tuvieron ocurrencia los hechos base de la acción, como quiera que en tal supuesto debía reconocerse “ed nexo de causalidad jurídico o de iinputación entre el decir y el dano, en relción con todos loy miembros de eye grupo”.

Siendo ese el planteamiento del censor, debe advertirse desde ya, 1a notoria vaguedad de la acusación, puesto que en ella no se precisó el fundamento normativo de la imputación jurídica en que se cimenta, esto es, cuál de las normas denunciadas como quebrantadas la contempla, o si de todas ellas en conjunto se desprende, caso em el cual tenía que explicarse su acoplamiento con tal fin, omisión que impide a la Corte identificar con plenitud la transgresión directa denunciada, pues para ello tendría que escoger, mofu propio, el o los preceptos respectivos, complementación que, por el carácter dispositivo del recurso, no le es permitida.

Refiriéndose a la debida sustentación de los cargos que se propongan en casación, esta Sala tiene decantado:

Como mínimo, de los planteamientos del impugnante debe inferirse en dónde radica y cómo se produjo el yerro atribuido al sentenciador de instncin, yin que, por lo tnnto, pueda de_arse a esta Corporación la carga de definir o deyenraíiar

0101

Radicación n. º 0500 1 -3 1 -03-89038-60-374-2024-91663

los alcances del reproche, lo que le está uedado debido al carácter eminentemente dispositivo de la casación.

Así las cosas, sustentar debidamente cada acusación, reclama de su proponente ex:olicar ij demostrar ■■as trasgresiones de la ley en las que la respectiva autoridad judicial pudo Water incurrido al dictar el [allo controuertido, por lo que ■■os c/rgurnen■■os que esgHma, no pueden quedarse en meras generalizaciones, o afliartzarse en ia totalidad de ■■o ncontecido en el litigio, o aludir globalmente n /o probado en el proceso, o reprochar de forma abstracta las decisiones aäoptaday, actitudes today que tornan fruytrãnea la ncusación que en tales; condiciones se formule, pueyto que ‘.. ’el recurrente, como acuyador que ey de la sentencia, esté obfipodo n proponer cada cargo en #ormn concreta, completa

y exacta para que la Corte, situada dentro de los límites que de nacara la censura, pueda decidir el recurso sin tener que moverse o fícticiamente a completar la acusación planteada, por inpeñarlo el carácter eminentemente dispositivo de la censura (G.U. t. CXLVIII, pág. 221)” (CA, art to del 28 de septiembre de 2004 ¹³ (se subraya).

Dejándose de lado lo anterior, en procura de dar una respuesta de fondo al reproche escudriñado, se encuentra que los artículos 234 1, 2343 y 2356 del Código Civil asignan el deber de reparación que contemplan, el primero, al que “he cometido el delito o culpa”, el segundo, al que “hizo el daño y yuy herederos”, y, el último, como se analizó al estudiarse el cargo precedente, a quien realizó la actividad peligrosa generadora del perjuicio, previsiones que, en líneas generales, aluden, como es lógico entenderlo, a un agente determinado.

En palabras de autorizada doctrina:

Al yubrayar nian arriba (...) las fineas teóricas yeguidas por **la** codificación francesa, recordemos la acertada observación de

“o CSJ, SC 15437 del 11 de noviembre de 2014, Rad. n.º 2000 81022-68-701-2034-66801 1.

G. VIANOS en punto a que la responsabilidad extracontractual, tal como se encuentra concebida y regulada en el Código, es ayunto de neta estructura individualista y, por consiguiente, interindividual. ii existe o no deber de indemnizar y cuál sea la cuantía de tal deber en algo **que** oolamente interesea al causante del daño p al perjudicado. As, por tanto, un asunto **que** se ventila excluyivamente entre ellos”⁶ (se subraya).

Así las cosas, propio es colegir que las hipótesis previstas en las referidas normas, son por completo extrañas a la expuesta por el recurrente que, como se vio, refiere a un autor indeterminado, sin que, entonces, pueda estimarse que dichos preceptos se ocupan de tal supuesto.

Queda, como única opción, el artículo 2344 ibídem, del siguiente tenor:

Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355.

Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso.

En relación con dicha norma, es pertinente el siguiente análisis:

Una primera aproximación al precepto deriva de su propio contenido literal e indica que ella versa sobre la coautoría en la comisión del hecho dañoso, esto es, cuando el mismo es realizado por dos o mas personas, supuesto en el cual todos los partícipes responderán solidariamente por el perjuicio ocasionado.

” Díez-Picazo, Luis. “Derecho de Danos”. Civitas, Madrid, 1990, pág. 160.

010<

Radicación n. 25342-57-807-2032-53609

Se trata, pues, ello es total, de un sólo hecho realizado por varios sujetos.

Al respecto, tiene dicho la Corte:

(...) Como norma general, **la** acción de responsabilidad delictual y cuasidelictual, por el aspecto activo o de titularidad, le corresponde a quien ha sufrido el daño y, por el aspecto pasivo, debe intentarse contra el autor del mismo.

Con todo, puede acontecer que el daño no se haya cometido

por una persona, sino que en su producción han concurrido o participando varias. En este evento cada una de ellas será solidariamente responsable del perjuicio proveniente del mismo delito o cuasidelito, salvo excepciones legales, pues sobre el particular el artículo 2344 del Juan Sebastián Londoño Giraldo establece la regla siguiente: 'Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355' (negritas y subrayas fuera del texto).

Ese fue el caso de que se ocupó la Corte en la sentencia del 18 de mayo de 2005, memorada por el propio recurrente. Se trató de un acto quirúrgico realizado por diversos profesionales de la salud y asistentes de distinto nivel, en la que se dejó una compresa en la cavidad abdominal de la paciente, sin que pudiera establecerse cuál de los intervinientes cometió dicho error. Adelantada la acción solamente contra uno de los médicos intervinientes y la clínica donde se verificó dicho procedimiento, se condenó a los acusados tanto en la sentencia de primera como de segunda instancia, fallo este último que la Corte no casó en virtud del recurso extraordinario propuesto por los demandados.

" CSI, SC del 2 de noviembre de 1982, G.J. , t. CLXV, pags. 263 a 269.

Como uno de los reproches con los que se sustentó la tercera acusación, fundada en la causal primera de casación, consistió, según el resumen que de él hizo la Sala, en "haber por acreditado, mediante el citado derivado -referencia alusiva al médico accionado, se aclara- que el '...renunció directa y personalmente el hecho culpable acusado', por haber sido la persona que, en la intervención quirúrgica realizada a la señora (...), el 7 de julio de 1992, dejó en su cavidad abdominal la compresa que le originó la complicación de yalud que hicieron necesaria una segunda operación. Así mismo, suponer que '...tuvo acceso al vientre de la paciente para que pudiera haberla atendido'", la Corporación se pronunció al respecto, en los siguientes términos:

(...) En punto a la responsabilidad derivada al médico (...), protegida en otro aparte del cargo, porque en opinión del acusador no existe prueba que lo identifique como autor personal y directo del hecho culpable sobre el cual se fundaba la responsabilidad imputada, en consecuencia, al definir el papel que jugaron los demandados en el evento generador del daño cuya reparación se pretendió, el Tribunal observó que la señora (...) llegó a la institución demandada, donde fue atendida por su dueño y director, el Dr. (...), quien la programó para la cirugía en la que debía extirparse la vesícula biliar, cedió a la solicitud de los servicios del doctor (...), bajo cuya dirección se efectuó el procedimiento quirúrgico mencionado, y dentro de cual actuó como primer ayudante.

Advertió que al culminar la operación '...se dejó una compresa; a la vez, se dejó en el vientre de la paciente', elemento que desencadenó una serie de consecuencias nefastas en su estado de salud, por lo cual debió ser intervenida de nuevo y falleció posteriormente, notando que '...No fue tu culpa, entonces, el cuidado que corresponde después en la actividad quirúrgica ni siquiera el que hubiere desplegado una persona común y corriente colocada en las mismas condiciones externas, porque a la vez habría tenido la debida precaución de revisar la cavidad en la que se practicó la operación, lo cual

000

Radicación n.º 0500 1-3 1-03-24188-89-235-2005-63803

más y si se trataba de la intervención a una persona obedece a como lo afirma el señor director del acto quirúrgico'. Y añadió: '...Desde luego, que este descuido provino de todo el equipo que intervino en la operación, pero de manera más censurable de parte de quienes actuaron como director y primer auxiliar, pues si a éste correspondía también la supervisión de la actividad del resto de personal interviniente'.

El hecho generador de la responsabilidad radicada en el punto de criterio, como puede verse, se produjo durante el acto quirúrgico ejecutado por un grupo de profesionales de la medicina, especialistas en diferentes ramas y, junto con otro personal auxiliar, que simultáneamente intervinieron en esta fase del tratamiento del padecimiento que aquejaba a la señora (...), que es lo que doctrinariamente se considera 'equipo médico', hipótesis en la que, valga anotar, la tendencia de la doctrina actual es hacer notar, en principio, la responsabilidad sobre todo del equipo como tal, entendiendo que se trata de una responsabilidad '...in solidum — consorcial — en muro común',

conjunción o colectiva, exigible al grupo o eñtipo como tal' (Laura Fernanda Gómez Vélez, 'La reypnnyabilidad Civil del Médico' págsi. 326 a 331 J.

En el cayo, la imputnctón de responsabilidad al facultativo demandado, provino de su eoparticipación en la acción productora del daño, corno mtemfiro del equipo médico gate cuerpo extraño al cerrar la cavidad abdominal de la paciente, grupo a todos cuyoy integrantes atribugó el sentenciador el cortiportamiento culpoyo generador del perjuicio, al setialar que '...eyte descuido -ye refiere a no tener lu precaución de revisar la región en la que ze practicó la operoción- proximo de todo el equipo que intervino en la operación hecho que además juzgó ináy reprocliable respecto de '...quienes actunron corno director y primer auxiliar', ey decir, de loy doctores (...) y (...), por tener a su cargo '...la supervisión de la nctiuidnd del resto de personal interviniente'.

En decir, partiendo del hecho indiscutido de que a la paciente ze le dejó una compreya en yu vientre al realizar el procedimiento qitirúr9tco mencionado, y con abstracción de la persona que materialmente la introdujo en él, lo que ye le reprochó al citado #ncuftntivo, p en general, a todos los

parttlcpez def acto qutNrpico, (ue no ha■'er tenido el cuidado de examinar la cavidad doride se verí_ficó, para conytatar que no quedara en ella ningiín cuerpo extraño, omisión que se consideró de mayor entiäad respecto del citado pro(esional y de quien preyidiò la interrenctón, por tener a yu cargo la vigifnncia äel quehacer de low deináo, ■uego yr era fue la conducta culposa que ye le endilgõ, para äevaytarla tenía el recitrrente que comprobnr que no incurrió en la falta que ye le imputó, porque no tenía a su cargo nin9uno de los deberey de conducta de coyo abnndonno se deogajó, nada de lo cual ocurrió, puesto que sit disentimtento a eve respecto we forjó nfrededor del papel que jugó en el acto médico -primer ayudante-, que por lo deniây, fue dediqnnmente constatado por el sentenciador, y en la suposición de law prueban que deinoytraran que fue la persona '... .que de)ara äentro del rientre de la pñctente, la compreoa que, pooteriorinente, se encnpSitlÓ... ' y que tu no, '...durñnte la interrencción quirúrgica (...) acceso at vieníre de la paciente, para que pudiern Amber nffí äe)adO la compTena que motivó la reinterrencción de la yeñora', eyfuerzo que obviamente resulta Caro, porque st la culpa por nesfipencin de la cual ye le yindicó, no provino de haber sido quien directainente introdujo y de)ó en el abdomen de la víctima e■ e■lemento en cuestión, el juicio del fallador a eve respecto permnanece indeinne, porque en definitivn y debião a■ deyenfoque äel ataque, quedô libre de reclaino!^ (negrillas y subrayas fuera del texto).

De suyo, en todos 1os casos de coautoria, se està en frente de un sôlo hecho dañoso realizado por varios sujetos, razón por la cual todos los intervinientes estãn llamados a responder solidariamente, por el perjuicio que de tal comportamiento colectivo se derive.

Asi las cosas, es claro que este primer supuesto contemplado en la norma que se analiza, no corresponde al del proceso, caracterizado, segñin lo dejõ sentado el Tribunal y lo admitiõ el propio recurrente, en la realización de dos

o" CSI, DC del 18 de mayo de 2005, Rad. n. 144 15.

Radicación n.º 0500 1-3 1-03-34866-22-221-2033-39779

actividades peligrosas independientes, ejecutadas por agentes diferentes: una, e1 o los disparos que at momento del atraco de la entidad financiera accionada, realizaron los atracadores con miras a perpetrar el ilícito; y, otra, e1 o los disparos efectuados por el vigilante Diana Carolina Salazar Mejía, al servicio de COO SEGURIDAD C.T.A., para impedir o contrarrestar la labor de los delincuentes.

Esa pluralidad de hechos descarta, per fee, la coautoría de los intervinientes, pues no se tratõ de un ùnico comportamiento realizado por diversos agentes, que como viene de analizarse, es la figura explícitamente consagrada en la disposición legal de que se trata.

La otra hipótesis que la jurisprudencia ha colegido contemplada en el comentado precepto, corresponde al supuesto en el que el daiño es consecuencia de la agregación de diversas culpas que, por lo tanto, concurren o contribuyen en su producción.

María Paula Quintero Restrepo, desde vieja data, tiene por sentado que:

En numeroos ocasiones la jurisprudencia ha definido el alcance del concurso activo de la culpa en la causación de los daños irrogados a otro, en el sentido de declarar la responsabilidad en solidum de todos aquellos cuya conducta culpable o negligente ha contribuido a la producción de los daños, por lo cual no pueden ser recibidos a exculparse alegando la conducta únicamente censurable de uno de los coparticipes. Tal doctrina tiene con toda claridad de normas legales, como lo articulan los artículos 2341 y 2344 del Código Civil de la Dra. Laura Fernanda Gómez Vélez, cuya aplicabilidad depende, entonces, de una simple regla de precisión de los hechos, o saber: si el daño ya fue producido por la conducta culpable a que se pretende atribuir, no hay responsabilidad; pero si esa conducta obra como

causa única o concurrente, dicha responsabilidad queda con plenas (subrayas y negrillas fuera del texto).

Precisamente en la sentencia citada en el punto 5.1., respecto de la coautoría del hecho dañoso, la Corporación igualmente contempló este otro supuesto a que ahora se alude, así:

(...) Efectos, cuando en la producción del daño han actuado varias personas, generalmente todas ellas son o serán responsables, por tal virtud, la víctima o acreedor, a su opción, puede demandar a cualquiera de ellos por el total de los perjuicios. Sobre el particular tiene sentado la jurisprudencia de la Corporación que 'la posible culpa concurrente de varios, a quien por serlo no se puede juzgar aquí, no exonera de responsabilidad del daño; apenas lo hace solidariamente responsable del mismo por el término del artículo 2344 del Código Civil, respecto del cual ha dicho la Corte: 'Cuando hoy de por medio varios responsables de un accidente, la obligación de resarcir los perjuicios es solidaria, lo que quiere decir que esos perjuicios se pueden reclamar de uno cualquiera de los responsables, según lo preceptúa el artículo 2344 del Código Civil'. Felipe Santiago Cárdenas Muñoz, en armonía con el artículo 171. El que efectúe el pago se subroga en la acción contra el otro u otros responsables, según el artículo 179 y siguientes (LXX, pág. 31 y LXXII, pág. 80). Sendo, pues, solidaria la responsabilidad, la parte demandante podía demandar el resarcimiento del daño contra todos los responsables o contra cualquiera de ellos' (casación civil del 4 de julio de 1997; c/único/7ub/interdicción) ^ (negrillas y subrayas fuera del texto).

Con mayor proximidad en el tiempo, observó:

(...) lo anterior significa que la solidaridad legal que consagra el artículo 2344 del C.C. es por la cual se ata a varias personas conductas que han concurrido a la realización del daño para la cual se les vincula como concurrentes responsables, solidaridad

SC del 13 de diciembre de 1968, G.J., t. CXXIV, págs. 406 a 413. SC del 2 de noviembre de 1982, G.J., t. CLXV, págs. 263 a 269.
G0

0105

Radicación n.º 0500 1-3 1-03-58061-89-615-2021-92084

sujetos que deben responder civilmente a la

tiene por único objeto garantizarle a ella la reparación integral de los perjuicios; es en tal virtud que le otorga la posibilidad de reclamar de todos o de cada uno de ellos el pago de la correspondiente indemnización, y para el efecto cuenta entonces con varios patrimonios para hacerla efectiva, de acuerdo con lo que más convenga a sus intereses (negrillas y subrayas fuera del texto).

En tiempo muy reciente predicó:

Y en efecto, y habido en que el artículo 2344 del Código Civil de la Dra. Carolina Salazar Mejía siesta un principio de solidaridad pasiva cuando en el resultado dañoso ha intervenido conjuntamente en forma de causa (es decir el punto de vista jurídico la conducta de uno o no de uno o más personas, sin que al efecto se requiera que dicha intervención sea coetánea o simultánea, pues lo decisivo es que 'los distintos comportamientos concurren en la lesión del mismo interés' en frase de Felipe Santiago Cárdenas Muñoz que la Sala tomó para aplicar la

solidaridad pasiva en obligados a título contractual y extracontractual (ICI 72-2002 de 11 de septiembre de 2002, rad. 64GO)

En síntesis, si un resultado dañoso puede ser atribuido a diferentes causas -la conducta del demandado y el hecho de un tercero-, desde el punto de vista de la responsabilidad civil el primero queda obligado a indemnizar (...)º2 (negritas y subrayas fuera del texto).

Se trata, pues, del concurso, en la producción del daño, de una multiplicidad de culpas atribuibles a diferentes sujetos, de cuya concatenación o agregación allora el perjuicio, al punto que su ocurrencia, por una parte, no tiene lugar por

º CSI, SC del 10 de septiembre de 1998, Rad. n.º 5023.

^" CSJ, SC 5686 del 19 de diciembre de 2018, Rad. n.º 11264-66-988-2012-20129.

la realización de una sola o de algunas de conductas concurrentes y, por otra, exige la verificación de todas.

En ese caso, el pleno de los agentes intervinientes responde solidariamente, por lo que la víctima puede dirigirse contra todos, algunos o uno solo de ellos, lo que explica que cuando la acción se dirige únicamente contra ciertos responsables, la Corte se refiera a los restantes como terceros, en el sentido de que son extraídos al respectivo proceso, y que haya predicado que la responsabilidad de éstos no exonera a quien si fue demandado.

Se impone, además, advertir que el supuesto analizado es bien distinto, en primer lugar, de la intervención causal en el resultado dañoso del hecho de la propia víctima, que según el grado de influencia en la producción de daño, puede implicar, cuando es total, la liberación del accionado y, cuando es parcial, la reducción de la indemnización, en los términos del artículo 2357 del Código Civil; y, en segundo puesto, de la culpa exclusiva de un tercero, que también conduce a la absolución del convocado.

Con base en la totalidad de las especificaciones que se dejan consignadas, resulta forzoso colegir que el caso sub lite tampoco corresponde a la intervención concurrente de culpas diversas en la producción del dano que, como viene de analizarse, la jurisprudencia patria también ha identificado en las previsiones del artículo 2344 del Código Civil, puesto que el perjuicio padecido por la gestora de este asunto litigioso no fue resultado de la agregación de las actividades peligrosas atribuidas, de un lado, a los asaltantes de la oficina de entidad 62

0106

Radicación n.º 17173-52-899-2019-41232-0027s-02

financiera demandada y, de otro, al celador que custodiaba esas instalaciones, atribuciones precisadas, sino, lo que es bien distinto, a la realización de una u otra, pero no de ambas y, mucho menos, actuando entrelazadas en el grado de implicancia que ya se estableció.

Dable es admitir que del precepto en análisis se infiere un tercer supuesto, consistente en las actividades grupales, consensuadas o espontáneas, generadoras de daños, si bien que pueda establecerse cuál, en concreto, de los comportamientos individuales con potencialidad de producirlos que las componen, fue el que los ocasionó.

Ello acontece, por ejemplo, cuando un grupo de personas determinado agrede con puños y patadas a un sujeto lesionándolo, no siendo viable comprobar quién o quiénes propinaron los golpes determinantes de las heridas; o cuando una turba de personas en desarrollo de un mitin, queman un vehículo particular que encuentran a su paso, ignorándose la persona que le prendió fuego; o cuando un conjunto de niños juega a arrojar piedras o dardos y daña a alguien que pasa por el lugar, desconociéndose cuál de ellos lanzó el objeto que afectó a la víctima; o cuando un colectivo de cazadores dispara sus armas de fuego en procura de obtener una presa e impacta a alguien que se encuentra en la zona, resultando imposible identificar de dónde provino el proyectil.

A1 efecto, debe destacarse que la actividad grupal de que se trata, puede o no ser fruto del acuerdo previo de los intervinientes. Factible es que el primero de los acontecimientos atrás expuestos, derive de la convención antelada de los miembros del grupo o darse espontáneamente, como en los casos de linchamiento de un delincuente aprehendido en flagrancia por los moradores de un lugar. El segundo, denota la ausencia de una voluntad concordante al respecto. El tercero, también puede acaecer por la conducta de menores que ocasionalmente se encuentran en un parque. El último, por el contrario, supone consenso.

Lo que sí es indispensable, es que cada comportamiento individual engendre culpa o peligro y, sobre todo, que la actividad generadora del daño, sea grupal o colectiva.

Al respecto, debe señalarse que el artículo 830 del Código Civil alemán consagra que “■c}uando uorias personas han causndo un daño medinte una ncción ilícito comctido en coniu, cada una de ellay es responsnbfe Set daño. Lo miymo rige cuando no ze puede deterniinar quién de entre variosi partícipes he cauyado el daño por en nccióri” (se subraya); y que, en relación con dicho precepto, autorizada doctrina ha observado:

La yegunda sofución ez entetider qite en los cayos de daño y cauyado y por miembros de on grupo, au n cuando no Maya coautoría, hey que resnrctr salvo que ye pruebe que algunos de elloy no pudiernn yer cauyaiitesi de ellosi, so/ución del parágrafo 82O de la BGB, para la c:ual la doctrina g la)urioprudencia afemann estabfecen dos requisiitoB de apfción. fs necesrio que caãa ono de low eventualesí cauyantez del daño, ãe ■iaberlo sido e(ectivamente, hubiese yido reyponoable, bien por culpa o bien por riesgo; y, nun9ue no se exigen eyeciale yncuerdos de ro/untndes en relación con la conducta peligrosa, ey neceario que cada rna de lay singulareo acoioien de loy posibley dañantey haia {ormodo parte de on ncaecimiento unitnrío desde el punto de vista eopacial-temPoral”^ ^ (se subraya).

”º Pantaleón Prieto, Fernando. Comentado por Sebastián Andrés Mejía Ríos, Luis. Ob. Cit., pag. 166.

0107

Radicación n.º 0500 1-3 1-03-75885-13-564-2003-91966

En el ámbito espaiiol, esos condicionamientos han sido avalados en los siguientes términos:

Todoy eytoy datoy podríon permitir obtener boy unn regla en uirtud de fa cual cuando un Nano hays yido cauS;ado o haya sido originado en law actividades de on grupo o coniuuto de perzonay, la reyponyabilidad por los dañioo compete a todoy yolidariamente, a menoy que cada ono de elloy se exonere probando la inexistencin de on memo de causalidad o de ucta imputnción en relación con él.

Como ■ia yido oeñialado, para que la regla pueda yer aplicada ey meneyter una yituación de carácter espacio-temporal en la cual concurren unoy deterinadoy grupoy o número y de perzonay a ■a eventual producción de loy daño y, Gjiñ9ue no ey preciso que existnn especiale y acuerdoy de voluntades ni expreyoy ni táctoy, ni en refnción cori cada actución partic:ular, ni con fa producción del resiffndo, nunque st que la singular ncción de caãa uno de ■oo ãañantey haia (orinado parte de on acaecimiento unitario desde el punto de viyta espacio-temporal. Ex preciyo, ademáo, que las condiciones de imputnción yubjetiva u objetiva ze ãen respecto de todos elloy, de manern que yr la re:Sponyabilidad tiene yu origen en la culpa pffeda encontrarye c:ulpa de todos y que si la responsablilidad tiene so origen en ef riesgo, todoy hmm contribuido n crenrfCE4 (se subraya).

Juan Sebastián Londoño Giraldo Ángel Yagüez, a quien se atribuye uno de los estudios mas completos sobre el tema, luego de hacer un recorrido por las diversas legislaciones y sistemas juridicos, de recopilar las opiniones de diversos autores y de memorar uno de sus anteriores trabajos, expresó:

‘Todas estos cortsiderociones nos l■euar a sugerir, como fundamento técnico de la sofición jurisprudenciof de In responsabilidad civil de todoy low miembros del grupo, uria doctrina que podría denoinarye ‘de la ae■itndad colecli peliprona’ o ‘del peligro origi do por unn coleeti tdad’.

La idea podría formularse así: cuando un grupo de personas

^o Díez-Picazo, Luis. Ob. Cit. , págs. 167 y 168.

desarrolla, bien en sí misma, bien de manera espontánea, una actividad como consecuencia de la cual se causan daños a un tercero, todos los co-actores del colectivo quedan solidariamente obligados a reparar el mal causado si no puede acreditarse quién es su autor
ÓFCCÉO.

La apoyatura técnica de esta solución tendría que ser la creación por parte del colectivo de un riesgo para terceros. Aquí radica la ilicitud o antijuricidad. Por dar lugar al riesgo, y los autores quedan sujetos a la responsabilidad de sus consecuencias. El hecho de disparar con descuido o de tirar piedras con peligro (el descuido y el peligro vendrán acreditados por la circunstancia de que el daño fue causado) constituyen ya el ilícito común - de ahí la responsabilidad de

Queda en pie, desde luego, el problema arduo de esta solución

-la relación de causalidad-, pues es evidente que del actuar de todos necesariamente no den en forma directa el daño que con seguridad sólo uno produjo. Pero no encontramos mayor dificultad para que el requisito del nemo causari pueda ser objeto de una laxa interpretación -o incluso de una genuina presunción-, pues fórmulas jurídicas tanto o más atrevidas que ésta ya vienen viniendo por los tribunales de los países cuyo Derecho está más firmemente amargado en la doctrina de la culpa.

En el pro de este artificio dogmático jugarían razones de innegable fundamento jurídico o socioológico: in statu de culpa al perjudicado la prueba diabólica acerca de quién fue el autor efectivo o directo; obviamente a que conduce la circunstancia de que si el autor directo es conocido hay que dar lugar al reconocimiento de que el cambio no lo haya cuando con muy pequeña semejanza cualquiera de varios haya podido ser el agente del daño, etcétera.

Contempladas las cosas desde el punto de vista de los miembros del grupo, habrá lugar a un juicio de reproche suficiente para justificar la solución apuntada en el hecho de que ellos se hubiesen prestado voluntariamente, en provecho propio o con ánimo de intención de causar algún daño -e incluso solo por razón de la simple ligereza en el comportamiento-, a una acción entrañadora de peligrosidad se encarga

0108

Radicación n.º 0500 1 -3 1 -03 003 67235-34-434-2034-74904

de acrecentar el resultado producido. Y, por Otra parte, hoy parece extraordinariamente sugestiva la noción que la sentencia del Tribunal de Casación francés, de 5 de Julio de 1957, hace al fenómeno de la 'excitación mutua'. No es de cabella, sino al contrario, fruto de una observación, la idea de que con frecuencia el calor puesto en el desarrollo de una actividad colectiva (cazar, lanzar piedras en la conocida diversión in/antil, jugar al fútbol, etc.) es causa de un ardor creciente que a menudo desemboca en la pérdida de la noción del alcance de lo que se está haciendo. fíjese, baste, a nuestro entender, para justificar el Juicio de reproche, en último término benigno -pues se repara sólo dinero-, que únicamente la responsabilidad civil.

Queda, eso sí, un último reparo: la exclusión de responsabilidad de aquel de los miembros del grupo que acreditarse no haber sido el causante del daño. Si, según nuestra sugerencia, la razón de ser de la responsabilidad de los miembros del grupo radica en su actuación peligrosa común, parece que siempre tendrían que responder todos, pues todos también -por hipótesis- participaron por igual en la creación del riesgo.

Ahora bien, esta exclusión podría justificarse en razón al principio de personalidad de la pena (trasladada al campo del derecho civil) y a la consideración de justicia superior y a la que explican la tendencia a la reparación de la víctima. En definitiva, se iría al fondo mismo del supuesto de hecho, pues el problema que venimos planteando sólo se resuelve -en teoría y en la práctica- cuando se desconoce el autor directo del daño, por lo que se haya producido en el desarrollo de una actividad semejante por parte de uno o más.

Podría nuycitarse la cuestión sobre la solución a adoptar cuando la víctima es uno de los miembros del grupo. Pues bien, a nuestro entender, y si es víctima de un delito, la misma actividad que aquella de la que el daño se derivó, habrá de

jugar la causa de justificación que conocemos como consentimiento de la víctima, consistente en este caso en la aceptación de riesgos, al igual que sucede en la práctica de un deporte. Lo que excluye la responsabilidad de los demás participantes (se subraya).

De Ángel Yangüez, Ricardo. Tratado de Diana Carolina Salazar Mejía. Ciertas, Madrid, 1993, págs. 876 a 878.
07

Es a este tipo de actividades, a las que se refirió la autora española citada por el recurrente, quien desde los albores de su investigación, tras reconocer que “[d]e hecho, las actividades colectivas; son generadoras de perjuicio y que pueden ser más potencialmente más graves que el daño causado individualmente, pues la actuación de uno puede reforzar el efecto perjudicial de la del otro al calor de la actividad del grupo y del propio anonimato que ésta puede ofrecer a la acción individual/ de cada una cualquiera de sus miembros”⁶, definió el marco de la misma:

En el ámbito del Derecho de Daños, cuando en la producción del daño han colaborado varios sujetos de una forma u otra, se afirma con razón que éste le es imputable a todos ellos como coautores y responder de forma individual, pues queda acreditada la relación causa-efecto entre el perjuicio y la acción a través del acuerdo del resultado feso (PANTALEÓN PRIETO [198] NJ, p. 43156-12-794-2010-32517 2). En este sentido hay que recordar el art. 1107 CC, que dice que en caso de dolo el deudor responderá de todos los daños y perjuicios que con conocimiento se deriven de los hechos de culpa. Así, por ejemplo, ‘A’ y ‘B’ se ponen de acuerdo para lesionar a ‘C’ y con este fin lanzan piedras contra él, el daño derivado de la lesión puede imputarse a ambos, tanto si en Debido a la piedra que lanzó ‘A’ y ‘B’, como si sólo uno de ‘A’ o ‘B’, o bien no se sabe realmente quién lanzó la piedra que efectivamente causó la lesión. El problema en estos casos será la forma de distribuir el importe del daño entre ellos, pero no la imputación, pues todos ellos han contribuido a causarlo de una forma u otra.”⁷

Con esta base, concreto la temática de su trabajo, al señalar:

Pero ¿qué es lo que ocurre cuando el daño ha sido causado por alguien que pertenece a un conjunto más o menos amplio de personas, cuando no es posible determinar cuál de ellas es la

“mxw. indert.com. Lluís Lafuente, Virginia. “Confianza alterada y el deber de información del consumidor de daños en la responsabilidad civil”. Laura Fernanda Gómez Vélez para el Análisis del Derecho. N° 4 — 2020 — ISSN 1695-739X, pag. 3.

“i. indert.com. M. Lluís Lafuente, Virginia. Ob. Cit., pag. 3.

Radicación n. 49475-64-991-2011-19659 003 20698-35-110-2014-56261

verdad es que ante el daño y no existe acuerdo previo sobre la producción del resultado lesivo? De acuerdo con las reglas generales del Derecho de daños es posible condenar a reparar a quienes hayan tenido alguna vinculación acreditada con las circunstancias en las que se produjo el daño, ante la conciencia, insuficiencia o imposibilidad de la prueba para individualizar al autor material por parte de la víctima. 8

Luego de advertir las soluciones que leyes especiales han dado a situaciones puntuales (caza, ordenación de la edificación y sociedades profesionales), así como las que se derivan del régimen de la responsabilidad directa extracontractual (por el hecho ajeno, por otros y de la administración), o las que surgen de “[l]os obligaciones de garantía y los deberes de prevención que pesan sobre el deudor contractual” (responsabilidad del arrendatario, de los hosteleros, las derivadas de la asistencia a “un espectáculo deportivo o de otra índole” y de los transportistas); y de mencionar la existencia de “ciertos mecanismos de compensación, a través de fondos de garantía y seguros públicos, que actúan ante graves problemas o casos que un Estado social debe enfrentar” (“víctimas del terrorismo o de las personas contagiadas por el virus VIH y VHC”), concentró su atención en la respuesta jurisprudencial a los “casos de responsabilidad civil”.

Con tales bases, arribó a sus propias conclusiones, entre las cuales se destaca:

En los supuestos de responsabilidad objetiva o por riesgo es necesario para responsabilizar a todos los partícipes que concurrido en la producción del daño el perjudicado pruebe que la conducta o acción de cada uno de ellos ha aumentado de forma concreta el riesgo de la lesión del bien jurídico, más allá de lo que se considera el riesgo permittido por la propia actividad, lo que se ha denominado (originalmente) resultado /esivo. Sólo así podrá

www. indret.com. Murtula Lafuente, Virginia. Ob. Cit. , pág. 3.

establecerse un lazo suficientemente estrecho entre el partícipe y el supuesto daño que fue víctima de la imputación del daño, separándolo del resto de personas que tienen una postura neutral frente al resultado lesivo (CYPIONKA 1985), p. T2-T3 (se subraya).

Los hermanos Mazeaud, en síntesis, admiten la responsabilidad de todos los intervinientes en los casos de coautoría y de pluralidad de culpas que contribuyen en la producción del daño, pero la niegan expresamente en el supuesto del autor indeterminado, salvo que se trate de actividades grupales o colectivas. Al señalar los requisitos para que opere la responsabilidad "be c'zôn iino por la totalidad", expresan:

Concretamente ahora, como nos da a conocer la jurisprudencia actual al menos, los casos en que cada uno de los autores de una o varias culpas se encuentran obfipados en la reparación íntegra de un mismo daño. Para que acontezca así, la culpa de cada cual debe haber sido la causa de todo el daño; sin ella, el daño no se habría producido, de suerte que cada uno de los culpables soporta la responsabilidad de todo. Resulta suficiente con aplicar ese criterio.

Primer requisito: una culpa cometida por cada uno. Para que la culpa de cada uno sea la causa de todo el daño, el primer requisito, apenas parece necesario indicarlo, consiste en que cada uno haya cometido una culpa.

(...)

Segundo requisito: culpas dañosas. Para que la culpa de cada uno sea la causa de todo el daño, no resulta suficiente con que cada uno haya cometido una culpa; es indispensable además que la culpa cometida por cada uno haya causado el daño.

En consecuencia, si un daño es causado por un individuo que forma parte de un grupo, sólo que sea posible determinar cuál es el miembro del grupo que la cometido la culpa dañoso, no cabría

www. indret.com. Felipe Santiago Cárdenas Muñoz te, Virginia. Ob. Cit. , pág. 22.

OIIO

Radicación n.º 0500 1 3 1 03-21329-59-277-2003-94807

condenar a todos los miembros del grupo, aunque todos ellos se vuelvan culpables de una falta; y menos todavía declararlos responsables solidariamente o unos por otros.

Aquí, el Tribunal del Sena, por sentencia del 8 de enero de 1912 (...), se negó finalmente a condenar a unos jugadores de fútbol porque uno de ellos, que permaneció indeterminado, habría fumado un cigarro en una calle, roto un cristal y lesionado a una persona; aun cuando todos los jugadores hubieran cometido una culpa por jugar en la calle, uno solo habría cometido la culpa dañoso: el lanzamiento del balón contra el cristal; todos no podían responder de eso.

Este requisito de la culpa OBJETIVA ha dado lugar a grandes dificultades en materia de accidente y de culpa. El caso típico es el siguiente: dos cazadores disparan simultáneamente; en tercero es herido, pero lo demuestran, por un solo plomo; se comprueba que ambos han sido imprudentes, pero resulta imposible probar contra uno u otro que sus municiones, o una de ellas, han alcanzado a la víctima. ¿Qué resolverá el principio, por severa que pueda parecer la solución, que negarse ciertamente a condenar a los cazadores. Ninguno de ellos debe responder de las culpas del otro, y no está probado que cualquiera de ellos haya causado el daño. Tal es la solución admitida por la Corte de cassación. Sin embargo, se impone una solución

contraria cuando la culpa de los cazadores ha causado el daño; lo cual puede admitirse cuando han cometido una culpa común en la organización de la cacería. En verdad, no podría reiterarse sin precisar la naturaleza de DEMOGUE, según el cual 'hay responsabilidad del grupo en este obrado de nioneru milposa, incluso si uno y sólo de los miembros ha causado el acto 'material'. Por lo demás, esto cabe hablar de responsabilidad del mismo grupo sólo que si constituye una zona moral y si el daño ha sido causado en su nombre. Pero los que organicen una cacería o cacen eliot mismos en condiciones peligrosas son desde luego responsables del accidente que de ello resulte, incluso si ese accidente es provocado directamente por el disparo de uno de los participantes. En la hipótesis frecuente en que los tiradores concurren conjuntamente en condiciones imprudentes, deben ser considerados responsables in solidum, no como tiradores, sino en tanto que cazadores u orgnizndoreH° (negritas y subrayas fuera del texto).

*" Mazeaud, Henry y Léon. Tunc, André. "Laura Fernanda Gómez Vélez y Práctico de a Laura Fernanda Gómez Vélez y Corifrncfun". Juan Sebastián Londoño Giraldo, Volumen II. María Paula Quintero Restrepo, Laura Fernanda Gómez Vélez-América, 1993, págs. 177 a 180.

Se sigue de lo expuesto que, contrariamente a lo que quiso dar a entender el recurrente, la más autorizada doctrina foránea, tampoco admite la responsabilidad solidaria en los casos de la realización de una pluralidad de conductas potencialmente idóneas para provocar el daño irrogado a un tercero, cuando han sido realizadas independiente por distintos agentes, sin existir un factor de conexidad entre ellas, como sería que correspondan a un "acontecimiento unitario desde el punto de vista espacio-temporal", o a una "actividad colectiva peligrosa"; o a un "peligro originado por una colectividad", o a acciones individuales que aumentan "el riesgo de lesión del bien jurídico, más allá de lo que se considera el riesgo permitido por la propia actividad, favoreciendo de esta forma el resultado lesivo".

Llegados a este punto, es corolario obligado de los razonamientos que anteceden, la imposibilidad del Tribunal de haber numerado directamente los preceptos señalados por el censor, en tanto que ninguno de ellos, como ya se coligió, contempla la situación fáctica en que se soporta la presente acción judicial, toda vez que, se trata, diversos, independientes y, si se quiere, contrapuestos, fueron los comportamientos desplegados por los asaltantes y por el celador que, al momento de los hechos, se encontraba vinculado laboralmente con la empresa de vigilancia privada accionada, ya identificados, lo que impide considerar que tales sujetos actuaron como coautores de un mismo hecho dañoso; o que las conductas que por aparte realizaron, entrelazadas, contribuyeron en la producción del daño experimentado por la aquí accionante; o que adelantaron una

72

0111

Radicación n. 03001 31 03-003 2004 00273 02

actividad grupal o colectiva en las condiciones que se dejaron especificadas.

Rotundo es, por consiguiente, el naufragio de la acusación examinada.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

La prosperidad del cargo tercero propuesto en casación, de alcances netamente parciales, según ya se explicó, trae como consecuencia que deba suprimirse del fallo del nd cyiem, el reconocimiento de la "excepción de culpa excusión de un tercero en favor de amboy demandadoz".

Ahora bien, el desacierto de las otras acusaciones con las que se sustentó el recurso extraordinario, traduce el fracaso de la acción, por lo que habrán de negarse la totalidad de las pretensiones incoadas en la demanda con la que se dio inicio a este asunto litigioso.

Se mantendrá la condena en costas de segunda instancia, adoptada por el Tribunal, corrigiendo el valor de las agencias en derecho, que totaliza la suma de \$626.749.977-62-759-2013-40162.00.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Laura Fernanda Gómez Vélez de Justicia, en Sala de Juan Sebastián Londoño Giraldo, administrando justicia en nombre
73

de la Republica y por autoridad de la ley, CAGA la sentencia del 15 de mayo de 2014, proferida por el Sebastián Andrés Mejía Ríos del Felipe Santiago Cárdenas Muñoz de Medellín, Laura Fernanda Gómez Vélez, en el asunto que se dejó plenamente identificado al inicio de este proveído; y, actuando en sede de segunda instancia, RESUELVE:

Primero: “REVOCAR la sentencia del 26 de abril del 2012, proferida por el legado Adento al (...) Felipe Santiago Cárdenas Muñoz del Circuito de Medellín, en el trámite de este procedimiento ordinario y, en su lugar (. . .)”, se niega la totalidad de las pretensiones Incoadas en la demanda con la que se promovió el mismo.

Segundo: “Se condena en costas de segunda instancia a la parte demandante y como nyencíns en derecho se fija la suma de” 83.38039-96-224-2017-45401.00, “en favor de los demandados, en razón de \$173.666.678.000 para cada uno”.

Tercero: Sin costas en casación, por la prosperidad del recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y, en oportunidad, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

FRANCISCO BARRIOS
Presidente Sala

0112

Radicación n.º 0500 1-3 1-03-89321-88-720-2033-70093 00273 02

ALVAROFE

AROLDOWIL
ARCIARESTREPO

ROZMINSALVO

%SOI

OCTAVIO AUGIERO DUQUE

ARMA IDO SA BABONA

7S

0113

República de Colombia

LUISARMANDOTOLDSAVILLABONA
Magistrado

Raicaiazi: 0001-31-03-003-004-0073-02
SALVAMENTODEVOTO

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la mayoría, en esta ocasión me aparto de la adoptada. Si la sentencia del Tribunal fue desestimatoria y a esa misma conclusión llega la Corte en el fallo sustitutivo, ya de entrada se aprecia incoherencia al casar el fallo del Tribunal. Paradójico, el recurrente gana la casación, empero, pierde el proceso. Los errores de juzgamiento, de existir, serían intrascendentes, y desde esa perspectiva, entonces, no ha debido casarse el fallo impugnado.

En todo caso, considero que el quiebre de la providencia atacada se imponía pero no para revocar el fallo estimatorio de primera instancia, sino para confirmarlo, disponiendo el reconocimiento de las correctas indemnizaciones para que la reparación fuera integral.

Los hechos. La pretensora, se recuerda, ingresó a las instalaciones de la entidad financiera demandada para solicitar información sobre servicios bancarios. Una vez, accedió, se presentó un atraco. Aquella, en el cruce de disparos entre los delincuentes y el vigilante de la compañía de seguridad contratada, sufrió lesiones incapacitantes de consideración.

Solicitada la responsabilidad, las interpeladas la negaron. Ambas demandadas adujeron, entre otras cosas, hecho de un tercero y culpa de la víctima.

Felipe Santiago Cárdenas Muñoz halló la obligación de reparar y condenó al pago del lucro cesante consolidado y futuro, y los perjuicios morales y a la vida de relación. Negó, sin embargo, lo correspondiente al daño emergente.

La decisión anterior fue revocada por el Tribunal. En su entender, la prestación de los servicios bancarios no se clasificaba como actividad peligrosa, aunque sí, la actividad financiera. Los daños causados a los usuarios de tales servicios, clientes y no clientes, al interior de las instalaciones, simplemente, derivaban del incumplimiento de una obligación de seguridad. La responsabilidad, por tanto, no salía adelante. La entidad había contratado la vigilancia y los hechos eran atribuidos a la 'actuación de los delincuentes'. Y aunque los disparos de un arma de fuego envolvían peligros, cierto era, en el plenario no se acreditó de cuál arma salió el disparo que impactó a la víctima.

En los tres cargos en casación la demandante recurrente denuncia la violación directa de la ley sustancial. En el primero, considera que el Tribunal se equivocó al no tener en cuenta que el intercambio de dinero físico, por sí, engendra riesgos para quienes, como ella, entraban en contacto con sedes bancarias, en tanto, se verían expuestos a1 accionar de las armas de los delincuentes y del vigilante. En el segundo, estima que, si la manipulación de armas de fuego constituía una actividad peligrosa, ante la pluralidad de partícipes, los delincuentes y el vigilante, el hecho, mientras no se lograra determinar la persona que lo ejecutó, el juzgador ha debido imputarlo jurídicamente a todos los protagonistas. Y en el tercero, señala que si no quedó acreditado de donde salió el proyectil que se alojó en su humanidad, el at-que-erró al atribuir los hechos a un tercero.

En el estudio del cargo primero no había lugar a volver a insistir que, en punto de los daños causados en el ejercicio de una actividad peligrosa, el elemento culpa se presume. Antes se imponía elucidar si, respecto de los servicios bancarios, la atención al público o a los usuarios, constituía una actividad peligrosa. Si la Corte concluyó que no, esto, por sí, relevaba analizar los elementos de una responsabilidad que de manera alguna clasificaba como riesgosa.

Si la respuesta era positiva, ahí sí cabía hablar de dichos requisitos. Empero, no bajo la presunción de culpa, sino en el ámbito de la responsabilidad objetiva. Recientes

3

pronunciamientos, inclusive sin aclaración o salvedad de voto, han sostenido que se trata es de una presunción de responsabilidad. Y eso es lo que se debe desvirtuar, pero en el campo del elemento causal.

La causa viene a edificar uno de los soportes de la responsabilidad civil. La categoría alude al motivo, al origen, a la fuente, a '(...) aquello que se considera como fundamento u origen de algo (...) motivo o razón por la cual1.

El nexo causal, en el campo de la responsabilidad, es la acción u omisión de un sujeto de derecho que engendra un resultado dañoso y que permite atribuir este último a aquélla. Es una cuestión distinta del reproche subjetivo o culpa, y no puede confundirse con la causa. Son dos categorías de diverso orden y naturaleza. La relación causal, implica el enlace existente entre la conducta, el acto o hecho del sujeto y el resultado material y jurídico, el dano o mengua patrimonial para efectos de la responsabilidad civil.

La doctrina igualmente ha distinguido entre culpa y causa. Precisamente los PETL2, Principios de Sebastián Andrés Mejía Ríos de la Felipe Santiago Cárdenas Muñoz o Principios of Juan Sebastián Londoño Giraldo, a propósito de la causalidad adoptan en el capítulo tercero todo lo relacionado con la causa y la concurrencia de las mismas, distinguiéndola de la culpa.

1 RAE, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario esencial de la lengua española. 22 ed. Madrid: Espasa, 2006 p. 298.

2 Principio de Felipe Santiago Cárdenas Muñoz, del colectivo de juristas: European Group on Diana Carolina Salazar Mejía, Viena, mayo del 2005).

Radicación: 36803-34-530-2025-16176

Precisamente a propósito de la causa y sus diferentes hipótesis, señalan:

“Capítulo 3. Relación de causalidad

“Sección 1. La conditio sine qua non y sus límites

“Art. 3:101. Conditio sine qua non

“Una actividad o conducta (en adelante, actividad) es causa del daño de la víctima si, de haber faltado tal actividad, el daño no se hubiera producido.

“Art. 3:102. Causas concurrentes

“En caso de una pluralidad de actividades, si cuando una de ellas hubiere causado el daño por sí sola al mismo tiempo, se considerará que cada actividad es causa del daño de la víctima.

“Art. 3:103. Causas alternativas

“(1) En caso de una pluralidad de actividades, si cada una de ellas ha sido suficiente por sí sola para causar el daño, pero es dudoso cuál de ellas efectivamente lo ha causado, se considera que cada actividad es causa en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber causado el daño de la víctima.

“(2) ii, en el caso de una pluralidad de víctimas, es dudoso que una actividad haya causado el daño de una víctima concreta, pero es probable que no haya causado daño a todas las víctimas, se considera que la actividad es causa del daño sufrido por todas las víctimas en proporción a la probabilidad de que pueda haber causado el daño a una víctima concreta.

“Art. 3:104. Causas potenciales

“(1) Si una actividad ha acarreado un daño a la víctima de modo irreversible y de inmediato, toda actividad posterior que por sí misma hubiere causado el mismo daño debe ser ignorada.

“(2) No obstante, deberá tenerse en cuenta una actividad posterior si conlleva un daño adicional o agravado.

“(Si la primera actividad ha causado un daño Continuo y la actividad posterior también lo hubiere causado más tarde, ambas actividades deben ser consideradas como causa del daño continuado a partir del momento en que concurran.

“Art. 3:105. Causalidad parcial incierta

En el caso de una pluralidad de actividades, si es seguro que una de ellas ha causado todo el daño o una parte determinable del mismo, se presume que aquellas que probablemente han contribuido (minimamente) a causarlo lo han causado en partes iguales.

“Art. 3:106. Casos inciertos en la esfera de la víctima

María Paula Quintero Restrepo tiene que cargar con la pérdida sufrida en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber sido causada por una actividad, acontecimiento o cualquier otra circunstancia perteneciente a su propia esfera”.

El tema de la culpa, es tratado por los PETL en forma autónoma en el título tercero al abordar la responsabilidad por culpa, incluyéndola como requisito de esta responsabilidad y definiéndola en el artículo cuarto, en

0J15

relación con los criterios de intención, culpa o diligencia en la conducta del agente, es decir, por el elemento subjetivo, sin confundirla con la causa, por cuanto en la responsabilidad subjetiva: “una persona responde con base en la culpa por la función intencional o negligente del estándar de conducta exigible”.

La «culpa», por tanto, corresponde a un «factor de imputación (...) de carácter subjetivo». Supone la violación de deberes de diligencia y cuidado asumidos por una persona

«en una relación de alteridad para con otra u otro o», no respecto de sí mismo, ni contra su propio interés⁴. De ahí que no existe un deber jurídico de la víctima frente al agente, en cuya virtud esté obligada a prevenir o reducir el daño tanto como le sea posible*.

Precisado lo anterior, en la resolución del cargo segundo ha debido tenerse en cuenta que a la actora se le causó un daño que ella estaba obligada a soportar. Ingresó a la sede de la entidad financiera sana y salió con las consecuencias lamentables. No obstante, la decisión mayoritaria, al negar sus pretensiones, no solo le impone cargar con los daños de terceros, sino que la revictimiza.

Lo primero a advertirse es que la acusación no adolece de ningún defecto técnico. Las normas denunciadas

" VISINTINI, Giovanna. •Tratado de la Juan Sebastián Londoño Giraldo•. Felipe Santiago Cárdenas Muñoz. Juan Sebastián Londoño Giraldo. Felipe Santiago Cárdenas Muñoz, 1999, pag. 292. SANTOS BRIZ, Jaime.

•La responsabilidad civil•. Derecho sustantivo y Derecho procesal, séptima edición, Laura Fernanda Gómez Vélez S.A., Madrid, 1993. Pág. 118.

^ DE CUPIS, Antonio. •Juan Sebastián Londoño Giraldo de to Juan Sebastián Londoño Giraldo• 2dª. Edición. Sebastián Andrés Mejía Ríos, S.A. México, 1975, págs. 278 y s.s.

* SOTO NIETO, Francisco. 'En llamada compensación de culpas'. Revista de Felipe Santiago Cárdenas Muñoz, Madrid, mayo de 1968. Tomo LII.

como violadas son pertinentes al caso. En particular, el artículo 2356 del Código Civil, porque como seguidamente se verá, inclusive como ya se barruntó en el número anterior, el asunto lo gobierna la responsabilidad objetiva o por riesgo, cuya caracterización en el derecho nacional realizó adelante. Prueba de ello es que la mayoría de la Sala se adentró al estudio de fondo, en dirección de esa norma, solo que con una argumentación que no responde a la realidad actual.

La entidad financiera demandada desplazó en su sede a un vigilante armado. Esta sola circunstancia sirvió para que el Tribunal asentara el cumplimiento del deber de seguridad. Si bien el punto no fue confutado en las censuras, no habla que hacerse por ser enteramente cierto, pero esto no era suficiente para sostener la decisión. Lo que soslayó el Tribunal fue analizar la naturaleza de la actividad contratada para cumplir dicha prestación, indudablemente, peligrosa. La manipulación de armas de fuego, en efecto, tiene esa connotación. Es uno de los ejemplos enunciativos contenidos en la disposición 2356 del C.C. para establecerla.

Desde esa óptica, el caso planteaba una responsabilidad objetiva. La connotaba la manipulación de armamento, las lesiones de la actora al interior del establecimiento, precisamente, producto de cruce de disparos. En el plano naturalístico, los elementos de la citada responsabilidad se encontraban cumplidos: el hecho reprochable, el daño y la relación de causalidad entre este y aquella. Empero, como la respuesta del Tribunal fue otra, los errores allí inculcando aparecían estructurados.

Nada distinto a lo ocurrido, por supuesto, debía demostrar la precursora. La carga de la prueba del elemento extraño, como es la fuerza mayor o el caso fortuito, el hecho de la víctima o la intervención de un tercero, correspondía blandirla a quien contrató la actividad peligrosa para cumplir la obligación de seguridad o al encargado de ejecutarla. En particular, a la entidad financiera y a la compañía de seguridad.

La exoneración de responsabilidad, por tanto, no podía fundarse en la ausencia de prueba del arma de fuego de donde salió el proyectil que impactó a la demandante. La prueba de ese hecho solo era requisito para examinar si constituía o no una causa extraña, inclusive, en el evento de acreditarse que el disparo provino de las armas de los delincuentes. Como nada al respecto se demostró, esto significa que, en el marco de la responsabilidad objetiva, la presunción de causalidad se mantuvo incólume.

En lo demás, en el ámbito de la actividad peligrosa con la cual se cumplía la obligación de seguridad, no había forma de equiparar el actuar de los asaltantes con el del vigilante. El rol de este último no era propiamente el de delincuente, sino el de proteger los bienes de la entidad financiera y velar por la seguridad de las personas que ingresaban a su establecimiento a solicitar servicios.

Si bien, frente a lo anterior, no había lugar a hablar de coautoría en la comisión del hecho dañoso, para así predicar

que todos los partícipes eran llamados a responder solidariamente por el mismo hecho, ese no fue el error que se le imputó al Tribunal. Consistió, según en la recurrente, en 'considerar que la falta de identificación del proyectil que causó el daño en la demandante implicaba que no era posible afinar el nexo de causalidad jurídico'.

En ninguna parte se discute la ausencia de prueba del aludido hecho. Esto, al margen de otras consideraciones de la recurrente, ciertamente, inconsistentes, era suficiente para quebrar el fallo confutado. La acreditación de dicha circunstancia, cual se dijo, en cabeza de las convocadas, no de la demandante, solo se erigía para auscultar si era o no constitutiva de una causa extraña. El error se estructuró al hacer actuar el Tribunal las normas sobre exoneración de responsabilidad, no obstante, a sabiendas de la inexistencia de

prueba del rompimiento del nexo causal.

El otro argumento de la mayoría para negarle prosperidad al cargo se hizo derivar de la imposibilidad de la "agregación de diversas culpas", distinta a la de la víctima, en la producción del daño. El razonamiento deviene impertinente. Fuera de tratarse de un caso donde se encuentra involucrada una actividad riesgosa, supuesto en el cual para nada juega el elemento subjetivo, las conductas de los sujetos involucrados, por lo discurre en el punto anterior, no se encuentran en el mismo grado de ejecución.

El cargo tercero, en efecto, prosperaba, porque si no se pudo acreditar de dónde provino la bala que causó las

lesiones a la demandante, el hecho no podía imputarse a un tercero. La fundamentación, sin embargo, debía ser otra, y las consecuencias igualmente de otro temperamento.

Relacionado con lo primero, se supone que los elementos de la responsabilidad se encontraban estructurados, incluido el nexo causal, solo que ese elemento en concreto resultó roto bajo la supuesta existencia de un elemento extraño. Su Hilaris procedía a lo último, no como lo sostiene la mayoría, claro está, en la hipótesis de la responsabilidad objetiva que se ha identificado.

Si no se podía declarar fundado el eximente de responsabilidad, consistente en el hecho de un tercero, la condena que se había espetado en primera instancia debía mantenerse. El juzgador colegiado, por tanto, incurrió en el error que se le imputa y la Corte contribuye a avalarlo. Pese a reconocerse que era "inocultable la incoherencia del Tribunal", la mayoría de la Sala edificó el razonamiento en la duda. [Pareciera —dice— que el fracaso de la acción obedeció, en principio, a que no hubo acreditado: los elementos extraños de la responsabilidad reclamada respecto de ninguna de las demandas".

La prosperidad del cargo, en consecuencia, no podía tener los alcances parciales atribuidos. Menos en contra de quien resultó exitoso en casación. Como ya se dejó sentado, la demandante salió airosa en sede extraordinaria, pero perdedora en el trámite de las instancias.

Olid

Radicación: 11593-15-427-2015-10950

Era una oportunidad valiosísima para optimizar la hermenéutica de la regla 2356 del Código Civil, precisando su verdadero sentido y alcance para disipar las dudas, dada la creciente dinámica del proceso de su adjudicación a distintos ámbitos de la vida diaria donde está llamado a gobernar por el creciente aumento de actividades riesgosas en el mundo contemporáneo por los procesos de industrialización, robotización y tecnologización sin precedentes.

Después de una centuria, ese precepto, pareciera enigmático y contradictorio en el pensamiento de la Sala, explicable, al no abordarse con la rigurosidad que la labor hermenéutica demanda frente a nuevos acontecimientos, y muchas veces, sin razón, se le hace exégesis, divorciando su contenido jurídico de la realidad práctica y diaria. Esto es grave porque ese proceder se traduce en injusticias para impartir soluciones equitativas y reparadoras en cada uno de los casos analizados por la jurisdicción y que reclamar a gritos su subsunción sin prejuicios.

Como ya lo anticipé, en esta ocasión la Corte insiste en su análisis, y como en otra aclaración de voto lo expuse y, en algunos salvamentos sobre la cuestión, nuevamente y en forma errada, entremezcla el riesgo y la culpa como un criterio de imputación híbrido para justificar una lectura equívoca de esa formulación normativa, al amparo de un método gramatical que, a todas luces es insuficiente, a la hora de fijar la interpretación correcta de la norma. De ese modo se fusionan erróneamente las reglas 2341 y 2356 del C. C., o

lo que es lo mismo, la responsabilidad subjetiva y la objetiva, bajo un agregado inconcebible.

Los errores en el proceso interpretativo, además incidieron con trascendencia a la hora de determinar si la actividad bancaria en este caso se regía por el régimen de responsabilidad reclamado y en el análisis del agente extraño estudiado. También con menos importancia, la conducta de la víctima frente al riesgo. Esa forma de subsunción normativa, impiden un adecuado entendimiento de las premisas fácticas, ante la falta de

claridad conceptual, cuestión que repercute también en un desdén por la doctrina jurídica que estudia el derecho de daños.

La confusión y la anarquía creada se evidencia al tratar en el mismo texto culpa y riesgo, si se analiza el siguiente texto del fallo:

“Cuando la norma en cita exige que el daño “pueda imputarse a malicia o negligencia” del llamado O indemnizante, lo que realmente es que el perjuicio ocasionado sea consecuencia de su actividad, la cual debe ser peligrosa, como quiero que, sólo en la medida en que ello sea así, cuando se concreta el perjuicio, resulta factible presumir que el agente actuó con culpa, esto es, de forma descuidada, imperita, incorrecta o con falta de previsión, entre otros supuestos”.

Ilógicamente se vinculó el daño a la culpa del titular, relegando el carácter riesgoso de la actividad a una función instrumental o de medio, retornando el estudio de la disposición a desuetas tesis jurisprudenciales y doctrinarias que sitúan esta responsabilidad en el hecho o en la subjetividad del hombre, por fortuna abandonadas por gran

0119

Radicación: 54872-98-105-2004-72265

parte de la doctrina y de los sistemas judiciales globales, para dar paso a la otra, la del riesgo creado, que responde naturalística, fenomenológica, sociológica y jurídicamente de manera puntual a la cuestión reparatoria cuando se trata de fenómenos que nada tienen que ver con el elemento culpa.

Por supuesto, no se trata de repudiar los sistemas de responsabilidad subjetiva. Estos tienen su vigencia en los tipos o modelos reparatorios donde deben estar ubicados, como por ejemplo, en la responsabilidad penal o en la de los galenos; empero, en asuntos relacionados y adjudicables a la luz de la regla 2356, los procesos hermenéuticos son completamente diferentes y hasta dispares.

La disposición 2356 del C.C., emblemática en el derecho local, demanda un estudio más serio. En ese norte, urge el empleo de otros cánones interpretativos, el lógico, el teleológico y el histórico objetivo, los cuales, resultar de capital importancia. Esto, debido a la especial temática de la regulación, su propósito y en particular para comprender por qué el Código de Bello innovó y no siguió el lenguaje de su análogo francés en la materia, el artículo 1384 inciso primero.

Memórese, consagra ese precepto: “On est responsable son oeulement du dommage que/ on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes

dont on doit répondre, or des choses que l'on a ou qui sont
gates”

Es decir, ‘Se es responsable, no solamente del daño que causa por hecho propio, pero también del que es causado por el hecho de las personas de las que se debe responder, o por las cosas que estén bajo su guarda’.

Esa redacción original generó en Francia a finales del siglo XIX y comienzos del XX dificultades interpretativas. El riesgo, según esas opiniones, no era un componente de la proposición legal. Empero, en afrenta a la tesis del hecho propio o del hombre, fundada en la culpa que explica la regla en el primer segmento, se construyó una doctrina alrededor de la cosa riesgosa, a partir del último sector del inciso trasuntado: “(...) ou des choses que l'on a ou qui sont sous sa garde”, ante la posibilidad de que una cosa cause daño, y por lo tanto, infiriendo este texto, la existencia de responsabilidad, a partir de la teoría del riesgo creado, “por el hecho de las cosas” o “por el riesgo de la cosa”, dado el peligro intrínseco y normal por su uso. De modo que no es el hecho del hombre propiamente tal, sino el surgimiento de la obligación de custodia, de guarda o de seguridad del propietario, detentador o usuario de la cosa, ante el riesgo que engendre, edificando una responsabilidad, luego caracterizada como objetiva.

FRANCIA, CÓDIGO CIVIL FRANCIS. Madrid: Felipe Santiago Cárdenas Muñoz. 2005, p. 608. FRANCIA, CÓDIGO CIVIL FRANCIS. Madrid: Diana Carolina Salazar Mejía. 2005, p. 608.

Radicación: 84403-42-382-2020-46961

Se trató de una respuesta a la dinámica social industrial de la época. Juan Sebastián Londoño Giraldo impulsó esa conceptualización. María Paula Quintero Restrepo de Casación Francesa en 1927 en el caso "land Heur c. María Paula Quintero Restrepo: sete" aceptó esa tesis del riesgo creado atestando un duro golpe al régimen subjetivista, adaptando el texto al momento histórico. Con acierto Josserand explica:

'La concepción subyacente podría baytar en una sociedad en que las relaciones sociales comerciales e industriales estuvieran poco desarrollados, en un pueblo de agricultores y guerreros; no está ya a la medida de nuestra sociedad moderna, más compleja, más emprendedora, en la que las relaciones jurídicas se identifican con, los riesgos se multiplican y revisten las más variadas formas'.

Las dificultades interpretativas se trasladaron a otros ordenamientos como el argentino en su similar versión, el artículo 1113, que implicó una exigente labor explicativa para incluir los supuestos de la cosa y las actividades riesgosas en contraposición de la teoría del hecho del hombre.

Ahora, como lo sostiene la doctrina de ese país es evidente que no se puede prescindir generalmente de la conducta de la persona. Ocurre que la misma no se torna irrelevante o insustancial respecto del dano ocasionado, pues la cosa riesgosa ya no es dócil para el hombre, este 'ha obrado, pero la cosa ha ido más allá de su función'.

' JOSSERAND, LOUIS. Teoría general de las obligaciones. María Paula Quintero Restrepo. 1950. p. 410.

PIZARRO, Ramón. Responsabilidad por riesgo creado y de la empresa. Tomo

II. María Paula Quintero Restrepo. Juan Sebastián Londoño Giraldo. 2006. p. 31.

012

Empero, esa problemática generada por la estructura gramatical francesa, no es posible predicarla del caso colombiano. La disposición patria, cuenta con una estructura diversa, separada de la del 234 1 del C.C., y con una identidad propia que no mezcla el hecho puro del hombre con el riesgo en la regla 2356 del C.C. En efecto, contrario a lo expresado por la Corte en el caso de que disido, como en otra serie de interpretaciones el precepto presenta un elemento común, con los ejemplos que singulariza la norma respecto del régimen general, la contingencia del daño.

En efecto, nótese, la norma dispone:

"Por regla general todo dolo que pueda imputarse a alguien o

negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta

"Son especialmente obligados a esta reparación: "J. 6/ que dispara imprudentemente una arma de fuego. "2.

Al que remueva las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan las que por allí traspasaban y se caen a 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 se observa los ejemplos no se refieren al daño materializado propiamente, sino a un estado de latencia del mismo generado por la actividad humana riesgosa frente al mundo instrumental como disparar, utilizar artefactos o elementos peligrosos, remover o manipular cosas como por ejemplo las losas o cualquiera otra como un avión o un supersónico, construir, edificar, fabricar, experimentar, contaminar y todo lo que tenga que ver con el ingenio

Radicación: 33976-83-454-2035-97322 1-03-89426-59-979-2031-61242

humano para el desarrollo tecnológico, urbanístico, industrial, etc. Disparar imprudentemente, descubrir las losas sin las precauciones necesarias para que transeúntes no caigan y la construcción en estado de causar dano, presupone que el dano puede ocurrir o no, de ocurrir lo primero la reparación se activa, se desestima en caso de que se evite o no acaezca. Se trata del riesgo, del peligro, por supuesto, con los ejemplos del siglo XIX, utilizados por el genio de Sebastián Andrés Mejía Ríos, para hacer entender en forma didáctica esa responsabilidad por riesgo, pero con un texto alejado y descontaminado de los problemas del art. 1384 del C.C. francés, en el cual, si podrían generarse misturas, embrollos, mezclas impuras, amalgamas y aleaciones contradictorias.

Nuestro texto, a diferencia del francés se encamina exclusivamente por el (...) ou des choyeu que f'on ri sous sa garde", por el riesgo, por el peligro, por la responsabilidad objetiva; pero jamás o de ningún modo por "(...)On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre", porque el hecho del hombre, se gobierna en nuestro Código, exclusivamente en el art. 234 1 del C.C, como epicentro de la responsabilidad subjetiva o con culpa probada. Pero el 2356 ejtísdem, alude exclusivamente a la responsabilidad por riesgo, y de esa manera, el genio de María Paula Quintero Restrepo, solucionó claramente el problema, porque en esta regla no introduce, construcción alguna para la responsabilidad subjetiva, asentada en la culpa.

De modo que las interpretaciones jurisprudenciales de la Sala han estado asentadas en hermenéuticas alejadas de la propia esencia de nuestro Código, la han confundido con el María Paula Quintero Restrepo en el punto, es decir, han repudiado el propio 2356 del C.C., para creer que se debe interpretar según la confusa construcción gramatical y teórica, que aparece en el primer inciso del art. 1384 del C. C. francés, y es ahí, donde está el equívoco, y el gravísimo error de la sentencia de la que disido, al separarse de nuestra propia arquitectura jurídica y del pensamiento luminoso de Bello, quien al advertir el problema del 1384 francés, le excluyó esas ambivalencias, para plasmar en forma clara un texto autónomo, que únicamente permite efectuar una adjudicación normativa para la responsabilidad con riesgo, pero no para la equívoca fusión de dos tipos de responsabilidad que se repudian frente al mismo hecho o a la misma cosa, por afrentar los propios principios de identidad y de no contradicción, pero especialmente la regla ontológica y axiológica de la justicia. Las dos formas de responsabilidad, no caben a la vez, por parte alguna, en el 2356 citado.

Según la sociología jurídica lo importante para el concepto de riesgo "es exclusivamente que el posible daño sea algo contingente; esto es, eventual". En esa medida, la realización del daño según la formulación normativa del artículo 2356 se ata únicamente y exclusivamente al curso causal

LUHMANN, Niklas. Sociología del riesgo. Sebastián Andrés Mejía Ríos de Grutter y Co. 1992. p. 34.

Radicación: 0500 1 -3 1 -03-51003-27-997-2005-16488

que el riesgo tome, no a la culpa. Hablar de contingencia en el contexto de la norma es hablar del riesgo, así de sencillo. Aspecto este último frente al cual valga reiterar no ha existido nunca en la jurisprudencia de la Corte discusión alguna ante las posiciones subjetivistas.

La apreciación del binomio riesgo-dano es inescindible. Si se crea un riesgo, se le denomina así porque puede producir un dano. No hay riesgo sin la probabilidad de un dano. Aquél es condición de este. Por ende, en tanto el riesgo implica la contingencia de la realización de un dano, el razonamiento en torno a la importancia de la culpa se torna elemental. Se evalúa si el riesgo se realizó, si el desenlace fatal tuvo ocurrencia, no si la culpa del titular intervino. En suma, la ocurrencia del perjuicio determina que fue causada por el riesgo que le es correlativo, más no determina, como lo entiende la Corte, que el actuar del titular fue culposo. Esa errada interpretación es contraria a la originalidad del art. 2356 y no comprende la importancia de ese texto en el mundo contemporáneo industrializado y consumista, donde todos somos apenas, parte de una máquina para el capitalismo devorador.

Lo preocupante del análisis de la sentencia es su determinación irreflexiva de retornar a la tesis del hecho del hombre, mientras los sistemas foráneos quieren abandonarla apelando a interpretaciones forzadas de sus reglas internas que carecen de elementos para inferir directamente la teoría del riesgo.

0122

Nuestra norma en cambio no tiene problemas en cuanto a su construcción gramatical. Además de hacer del elemento riesgo su característica esencial y dinámica pues actualiza la norma en el tiempo, comporta las hipótesis de la responsabilidad por el uso de cosas riesgosas (numeral 1) y de actividades riesgosas (numerales segundo y tercero). En fin, enmarca plenamente la teoría de la responsabilidad por el riesgo creado.

Es innegable que existen referencias a elementos conductuales. Se trataba, en el caso colombiano, de una sociedad agrícola y artesanal, distinta a la ya avanzada comunidad europea industrializada. En el día a día los primitivos riesgos la conducta del hombre ayudaban a explicar los ejemplos en pro de la relevancia y centralidad del riesgo.

Dejar de lado el papel protagónico del riesgo por palabras de tinte subjetivas es negar el propósito de la norma. La genialidad de Bello consistió en que visualizó y solucionó para nuestro derecho, la problemática que en la sociedad, el avance de la ciencia, la tecnología y la industria podía generar, de mantenerse una regulación sustentada en la culpa o estructurada con la precariedad gramatical del texto 1384 francés, que compelió que la Corte de Casación francesa interviera desde 1927 para señalar que en el 1384 del C. C. francés también existía una responsabilidad POR RIESGO.

Radicación: 0500 1-31-03-49099-33-219-2008-13384

El legislador colombiano del siglo XIX con Bello, como artífice, atendiendo al contexto social e histórico de su momento pero sin dejar de lado la inatajable futura modernidad, incorporó una norma entroncada en un componente dinámico, el riesgo, que en lo sucesivo sería el elemento determinante de la responsabilidad, el cual se sincroniza en armonía con la dinámica social cambiante, a tal punto que permite explicar hoy de la mejor manera la responsabilidad por daños en situaciones, donde muchas veces, ni siquiera la conducta del hombre interviene, como en el ejemplo de los vehículos autónomos.

La equívoca interpretación de la norma trajo consigo que la Corte le restara mérito a la cuestión central, el análisis del riesgo, y cómo este se puede presentar como fundamento tanto por 1) los daños producidos por cosas que intervienen activamente y que por su naturaleza son riesgosas o peligrosas; 2) los daños causados por el riesgo de la actividad en donde se utilizan cosas que por su naturaleza no son peligrosas pero en el contexto su potencialidad de daño aumenta; y 3) Los daños causados por actividades riesgosas sin intervención de cosas. Esta última, la llamada a regular la relación jurídica demandada.

A partir de ese dislate, para desestimar que el gobierno de la responsabilidad en este caso estuviera dado por el artículo 2356 del Código Civil realizó tres consideraciones completamente desacertadas:

Centró el laborio en si era dable calificar la actividad como peligrosa como quiera que atrae a los delincuentes, debido a la existencia de gran cantidad de dinero en las sedes donde se realiza, de gestión por o de las confrontaciones entre éstos y los celadores armados que por regla general se ocupan de custodiar las mismas, pueden resaltar daños a esas instalaciones“.

Afirmó que era “obvio” descalificarla como tal “pues está desprovista de la potencialidad de producir a quienes concurren en los lugares donde ella se verifica”.

Y añadió, 3. Que como en el caso para considerarla como peligrosa era necesario “la concurrencia de un elemento por completo externo a ella, como tendrían ser la actividad de influencia, que sería la que podría dañar a los terceros, ya sea en forma directa o fruto del entamamiento de los momentos con el personal de vigilancia privada de la respectiva entidad /nunció (...) la afectación que en sus derechos pudiera

sobrevenir a los terceros, no se derivaría de la conducta del banco, sino del comportamiento desplegado por sujetos que bien podrían considerarse ajenos a él, como serían los delincuentes mismos, los celadores o los miembros de la fuerza pública, con lo que se incumpliría otra de las condiciones de la norma en estudio.

En respuesta, lo primero que debe advertirse es que si bien el casacionista denomina como peligrosa la actividad del banco en varios apartes, precisa que a priori no se puede considerar como tal, e hizo explícito que la razón de ser de su

012 ›

Radicación: 99894-77-317-2023-86312

reparo se centró en que el despliegue de la actividad bancaria creaba un riesgo de robo, sin la necesidad de la utilización de cosas que comporten peligro. Así lo expuso:

En opinión del casacionista, la referida caracterización de actividad peligrosa, “también se puede reconocer en los supuestos en que una persona despliegue una actividad lícita que expone a terceros a un riesgo significativo, es la misma no conoce la utilización física de bienes que en sí mismos no generan peligro”, planteamiento en pro del cual trajo a colación el concepto que, sobre el particular, ha expuesto tanto esta Corporación en algunos de sus fallos.

Complementó que ese tipo de actividades “(...) no están necesariamente ligadas a estructuras que pueden generar un peligro, puesto que incluso se encuentran también cuando se despliegan un comportamiento que genera más grobamente de dolo a terceros, que genera una entera serie de efectos de los riesgos de comportamiento social”.

Así las cosas, estimó que, en ciertos casos, la calificación de una actividad como peligrosa depende “de las circunstancias bajo las cuales la misma se desarrolla y del contexto social dentro del que (...) se ejerce”.

La actividad bancaria, dijo, si bien “no puede ser considerada a priori [como] peligrosa”, en Colombia “conlleva riesgos. Aquí va a tener atención a los actos demeritales que se suscitan en torno a la interna, en

razón de la manipulación de dinero que a ella le es inherente”, por lo que “en presencia de un riesgo de daños en terceros que en un caso concreto directa o indirectamente (v.g. clientes potenciales), lo cual (...) permite caracterizar en nuestro contexto social como una actividad peligrosa, dado que implica un comportamiento que genera más probabilidad de daños”.

De acuerdo con el cargo, el casacionista argumentaba que la actividad ejercida por el banco era riesgosa y que éste, consistía en el robo que se podía presentar por el manejo de dinero, lo cual podía desencadenar en lesiones a los visitantes de la entidad.

En ese orden de ideas, erró la Corte en abordar el caso desde el carácter peligroso de la actividad y no del riesgoso, aunque ciertos juicios puedan servir en ambas materias. En efecto, si bien toda actividad peligrosa es riesgosa, no toda actividad riesgosa es peligrosa. Riesgo y peligro, conceptual y fenomenológicamente presentan diferencias.

Así, según el diccionario de la María Paula Quintero Restrepo de la Lengua española por peligro se entiende el riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal; y por riesgo, la contingencia o proximidad de un daño.

En la voz de Laura Fernanda Gómez Vélez

Al punto que la distinción riesgo-seguridad, la distinción riesgo-peligro ha sido conformada de manera asimétrica. En ambos casos, el concepto de riesgo caracteriza un estado de cosas complejo al que normalmente nos enfrentamos, pero lo menos en la

0125

Radicación: 0500 1-31 -03-23984-55-520-2019-48617

sociedad moderna. Juan Sebastián Londoño Giraldo funge solamente como un concepto de reflexión cuyo fin es aclarar la contingencia de los hechos o estado de las cosas que caen bajo el concepto de riesgo¹¹.

De acuerdo con lo anterior, la noción de peligro implica un aumento en la probabilidad de que el daño asociado al riesgo se realice, es decir que la contingencia esté decantada aún más por la situación adversa. Por eso para calificar que una actividad comporta peligro este orden de ideas ha auido “al riesgo, al peligro inherente a la actividad, al desequilibrio y multiplicación de factores y en consecuencia, la necesidad de control de estas en procura de impedir sus efectos, entre los tópicos más usuales”.

Lo dicho no implica de ninguna manera que solo los daños originados en el ejercicio de actividad peligrosa sean los regulados por el artículo 2356. No. El fundamento de la responsabilidad de acuerdo con esa regulación es el riesgo creado y en ese orden de ideas las actividades riesgosas primeramente son las llamadas a ser gobernadas por la disposición. Sin duda, de existir riesgo-peligro la responsabilidad se acentúa por la naturaleza misma del antecedente, pero solo eso. La actividad peligrosa, es una de las tantas formas de expresión de lo riesgoso.

El examen de la Corte debió empezar por definir si la actividad bancaria en este caso era riesgosa, mas no peligrosa. Dicha labor como ocurre para ese tipo de actividades se ha delegado tácitamente al juzgador al no

existir un catálogo legal definido, quien debe en cada caso en concreto evaluar la cuestión y decidir conforme a razones objetivas.

Para resolver la cuestión, se debe retornar al fundamento de la responsabilidad por actividades riesgosas, el riesgo creado. Según la doctrina “quien es dueño o titular de cosas riesgosas, o realiza actividades que, por su naturaleza o por sus circunstancias generan riesgos a terceros, debe como contrapartida, responder por los daños; que originan”.

De esa manera “una actividad es riesgosa cuando por su propia naturaleza (esto es, por sus características propias, ordinarias y normales), o por las circunstancias de su realización genera una significativa probabilidad de riesgo o peligro para terceros, conforme a lo que regularmente sucede según el curso normal y ordinario de las cosas. Se tratan de actividades que por lo general son consentidas por la utilidad social que representan y que no causan daño a terceros”¹².

Conforme a la doctrina el carácter riesgoso no se determine solamente por la naturaleza propia de la actividad, pues el riesgo puede ser circunstancial. Además, se calificará como tal si por las circunstancias de la realización de la actividad emerge un probable riesgo para terceros según el normal curso de los acontecimientos.

¹² PIZARRO, Ramón. Responsabilidad civil por riesgo creado y de la empresa. Tomo I. María Paula Quintero Restrepo. Laura Fernanda Gómez Vélez. 2006. p. 61.

Desde el riesgo en el 2356, se despeja la problemática que la jurisprudencia plantea en torno a cuáles riesgos son los que definen a una actividad como riesgosa y cuya realización genera responsabilidad. Se trata de aquellos donde la actividad al ponerse en marcha según el acontecer del mundo pueda generar daño o una significativa probabilidad de afectación de un derecho subjetivo. Más allá, todo es especulativo pues “existen demasiados casos de improbabilidad que pueden provocar que algo salga mal, por lo que su consideración en un cálculo racional se hace imposible”^{1*}.

También es insuficiente la referencia efectuada por la Corte en torno a si la víctima puede evitar los efectos perjudiciales de la actividad. Desde la perspectiva del riesgo, si en el plano fáctico la conducta de la víctima en un evento normal de los acontecimientos puede frustrar la realización del riesgo, este en realidad nunca lo fue porque probablemente no podía desencadenar en el daño. Como en el caso de quien sale a caminar y se

crucía con alguien que viene en sentido contrario, no puede considerarse que el chocarse sea un riesgo de esa decisión pues con probabilidad no ocurre en un curso normal de los acontecimientos.

Las circunstancias que califican a la actividad como riesgosa se integran a la misma desde el punto de vista jurídico. Por ende, su estudio no puede hacerse al margen de

los hechos en concreto, como si se tratara de un suceso externo. Asociadas a la actividad se evalúan en contexto como un todo y las consecuencias de su ejercicio no se particularizan sino que se miran como secuelas directas de la actividad en conjunto.

Así las cosas, la respuesta a la pregunta si la actividad bancaria es riesgosa, se torna positiva por el riesgo circunstancial. No hay duda que es probable que en el desarrollo de la actividad se presenten riesgos que si bien no le son consustanciales, por las circunstancias en que la misma se ejecuta probablemente se generan. Esta referencia es a la captación de dinero y su circulación en masa sí propicia que el actuar delincencial se fije en tratar de apropiarse de las sumas y en consecuencia, pueden haber enfrentamientos armados para lograr ese propósito.

La historia de esta actividad siempre ha estado expuesta al acecho de los ladrones. Desde el lejano oeste, pasando por los grandes robos de bancos en Europa y aun en esta región ese riesgo ha existido. La notoriedad del riesgo se corrobora si se aplica el criterio de medidas controladoras, según apuntó la Sala, en otra oportunidad:

"En procura de buscar esa particularidad no debe atenderse forzosamente al hecho de que la actividad en cuestión ha sido revestida de precauciones especiales que puedan minimizar sus efectos perturbados, pero ello es un buen indicador si esas pautas precautorias son de alguna manera necesarias y excepcionales. En esa medida, quizás por entender su naturaleza que se trata de una actividad que ofrece riesgos potenciales a terceros, generando un desequilibrio en desmedro de ellos, se

afana en guarecerla con vigilancia extrema y dispositivos especiales que minimicen sus riesgos (...)"^.

Es evidente que en la actividad analizada se utilizan cajas fuertes, sistemas antirrobo, cámaras de seguridad, vidrios de seguridad, seguridad privada; a las personas se les exige consentimiento para desistirse de llamar a la policía en sus desplazamientos con sumas de dinero. Todo esto apunta a la existencia del riesgo que no reconoció la Corporación.

Así las cosas, ante la calificación de la actividad bancaria en este caso como riesgosa, el daño producido por la realización del riesgo debía gobernarse por el artículo 2356 con prescindencia de la culpa por tratarse de un régimen objetivo.

Finalmente respecto al tercer razonamiento que coincide con el análisis que se efectuó en las instancias y en esta sede frente al agente extraño-hecho del tercero, resulta que es consecuencia también de la indebida conceptualización y estudio del régimen.

Los agentes extraños deben reunir como características las de imprevisibilidad, irresistibilidad y ajenidad. De entrada este último se mira ausente. Al estimarse el robo y los enfrentamientos armados para obtener el botín como riesgos de la actividad, de suyo se concluye que no es extraño pues se asocia a la actividad ejercida por la demandada.

" CSJ SC de 19 de diciembre de 2018, radicado 35695-10-184-2006-60752.

Con acierto así lo resuelve la doctrina.

"El suceso debe ser totalmente ajeno al riesgo o inicio de la cosa o de la actividad desplegada. El caso interior o íntimo (conexo o inherente al riesgo de la cosa) no puede ser computado a tales fines, pues está dentro del riesgo propio o específico de la cosa o de la actividad desorrollada y no es, por ende, extraño o ajeno al responsable"! ^.

La respuesta dada por la Corte desde el régimen general de la responsabilidad con sustento en la culpa no fue acertada. La actividad riesgosa demandaba la aplicación del subsistema previsto en el 2356 en su originalidad

e integridad y, el quiebre del fallo. Luego, ante la configuración del daño por la realización del riesgo y el nexo causal, debía abrirse paso la responsabilidad, pues no se configuró ningún eximente que resquebrajara aquel vínculo.

En los anteriores términos dejo sentada mi discrepancia sobre la decisión adoptada.

Fecha, tit supra

VILLABONA
Magistra

' PIZARRO. Op. Cit., p. 296.