



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Magistrado ponente

SC4204-2021

Radicación n.º 05001-31-03-003-2004-00273-02

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

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

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 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, en el proceso ordinario que ella adelantó en contra de la **COOPERATIVA FINANCIERA DE ANTIOQUIA C.F.A.** y la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA “COOSEGURIDAD C.T.A”**.

ANTECEDENTES

1. En 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

demuestren en el proceso, con la correspondiente actualización monetaria.

2. En respaldo de dichas súplicas, se adujeron los hechos que a continuación se resumen:

2.1. En la fecha atrás indicada, la demandante se acercó a las instalaciones de la Cooperativa Don Matías Ahorro y Crédito, hoy Cooperativa Financiera de Antioquia CFA, situadas en la carrera 52 No. 43 – 17 de Medellín, con el fin de “*asociarse a dicha entidad*”.

2.2. Mientras estaba siendo atendida por la señora Sandra Bibiana Alzate 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, “*ante esta situación[,] optó por pararse y dirigirse a buscar la puerta de salida*”.

2.3. En el sitio también se hallaba presente el señor Rubén Alzate Henao, vigilante “*vinculado laboralmente a la COOPERATIVA DE TRABAJO DE SERVICIOS DE SEGURIDAD Y VIGILANCIA – COOSEGURIDAD*” (sic).

2.4. Apenas empezó a caminar hacia la puerta del establecimiento, la promotora de la controversia “*sintió el impacto de un disparo por la espalda*”, cayó al suelo y solo recuerda que “*fue levantada del piso y transportada en un taxi a la Clínica Soma donde le atendieron las heridas*”.

2.5. Como consecuencia del balazo que recibió, la señora Úsuga Sierra sufrió *“fractura a nivel de la lámina izquierda T1”* y *“paraplejia”* a *“nivel de C7”*, lesiones que le ocasionaron *“las siguientes graves secuelas de carácter permanente: a) deformidad física, b) pérdida funcional del órgano de la locomoción, c) perturbación funcional del órgano del sistema nervioso periférico, d) perturbación funcional del órgano de la excreción y fecal, e) perturbación funcional del órgano de la c[ó]pula y f) perturbación funcional del órgano de la sensibilidad, de conformidad con lo establecido en el dictamen m[é]dico legal nro. 202-5 del 17 de febrero de 1995”*.

2.6. Para la data del siniestro, ella contaba con 37 años de edad y *“se desempeñaba como secretaria de presidencia”* de la sociedad C.A. Mejía & Cía. Ltda., cargo por el que percibía una asignación promedio mensual de \$210.000.oo. Su contrato de trabajo fue terminado, por la causal de *“incapacidad superior a los 180 días”*.

2.7. Mediante acto administrativo identificado con el consecutivo 03234 del 2 de enero de 1995, *“el Instituto de Seguros Sociales declaró la invalidez total de la demandante, con pérdida permanente de la capacidad laboral equivalente a un 80%”*.

2.8. 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 *“afecciones morales subjetivas”* y en el *“grave perjuicio a la vida de relación o daño fisiológico”* que experimentó.

2. El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Medellín, al que por reparto le correspondió el conocimiento del asunto, admitió la demanda con auto del 18 de agosto de 2004¹, 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 militan en los folios 50 y 60 del mismo cuaderno.

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

4.1. La **COOPERATIVA FINANCIERA DE ANTIOQUIA C.F.A.** se opuso a las pretensiones elevadas, se pronunció de manera generalizada sobre los fundamentos fácticos esgrimidos por la actora y adujo, con el carácter de meritorias, las excepciones que denominó “**PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN**”, “**INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN**”, “**INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL**”, “**HECHO DE UN TERCERO**” y “**CULPA DE LA VICTIMA**”².

4.2. Por su parte, la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA – COOSEGURIDAD C.T.A.**, frente a las súplicas, 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 “**PRESCRIPCIÓN**”, “**EXISTENCIA DE FUERZA MAYOR COMO EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD**”, “**IMPOSIBILIDAD DE APLICAR LA CALIFICACIÓN DE ‘ACTIVIDAD PELIGROSA’ EN EL CASO CONCRETO, TODA VEZ QUE EL HECHO NO**

¹ Folios 46 y 46 vuelto, cd. 1.

² Folios 61 a 74, cd. 1.

SE ORIGINÓ EN LA ACTIVIDAD DE LA VIGILANCIA, POR LO QUE NO HAY LUGAR A PRESUMIR EL ELEMENTO CULPA”, “NO OCURRENCIA DE LOS ELEMENTOS NECESARIOS PARA PREDICAR LA EXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD JURIDICA CIVIL POR PARTE DE COOSEGURIDAD C.T.A.: HECHO – CULPA – NEXO CAUSAL – DAÑO”, “HECHO EXCLUSIVO DE UN TERCERO” y “CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA”³.

En escrito separado formuló la excepción previa de “CADUCIDAD DE LA ACCIÓN”⁴, que fue desestimada mediante auto ejecutoriado del 27 de mayo de 2005⁵.

5. 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 (\$186.908.249.10) y futuro (\$85.324.826.54); el daño moral, en la cantidad de \$28.350.000.00; el perjuicio fisiológico, en cuantía de \$56.670.000.00; y las costas.

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

6. Inconformes con el referido fallo, ambas partes lo apelaron. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, decidió los recursos mediante proveído

³ Folios 75 a 82, *ib.*

⁴ Folios 5 a 7, cd. 5.

⁵ Folios 8 a 10, *ib.*

⁶ Folios 148 a 169, cd. 1.

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

LA SENTENCIA DEL AD QUEM

Luego de historiar lo acontecido en la controversia, de compendiar las alzadas 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:

1. De entrada, precisó que dos eran los interrogantes a resolver: por una parte, “*si realmente la actividad bancaria es peligrosa al punto que permita aplicar la teoría de riesgo beneficio, lo cual implica una responsabilidad objetiva que impide alegar una causa extraña basada en el asalto bancario*”; y, por otra, “*si también las empresas de vigilancia deben ser consideradas civil y extracontractualmente responsables frente a la clientela del banco, para obligarlas a indemnizar los perjuicios que sufran las personas dentro de las instalaciones de la entidad bancaria durante un asalto*”.

2. 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:

2.1. Empezó preguntándose si “*¿En la jurisprudencia patria se ha estimado específicamente que la actividad bancaria es peligrosa?*”, cuestionamiento frente al que trajo a colación, en

⁷ Folios 24 a 33, cd. 7.

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 quem*, 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.

2.2. 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 financiera y bursátil misma, esto es, exclusivamente frente al desarrollo de su objeto social que se contrae fundamentalmente a la compra y venta de dinero, máxime cuando hoy en día dicha actividad se hace a través de sistemas virtuales, sin embargo, no hay 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 vista de que en sus instalaciones se manejen toda clase de valores”*.

2.3. 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 esa misma lógica, no sería descabellado admitir también que cualquier actividad mercantil donde se manejen valores en establecimientos con acceso al público, o en los vehículos de servicio público, pueda también toda esa gama de actividades considerarse peligrosas desde ese punto de vista, por el mero hecho de generar un riesgo de asalto que pone en peligro inminente la vida e integridad a los clientes reales o potenciales, debiendo ese 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 a esas personas, sin que puedan defenderse alegando una causa extraña”*.

2.4. 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’, impondría[n] una responsabilidad objetiva a ese dueño o guardián de dicha actividad mercantil, el cual se haría responsable -sin más- y por el solo hecho de beneficiarse de una actividad lucrativa, viéndose obligado a responder frente a los daños ocasionados por la delincuencia, lo que realmente resulta exagerado”*.

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

2.6. Concluyó, en definitiva, que si bien es verdad, la concentración de valores en un lugar atrae la delincuencia, *“generándose por ese solo hecho un riesgo para la clientela en particular y para la sociedad en general, no obstante, de ahí nos parece que no puede aumentarse el espectro de las actividades peligrosas, aislando a éstas de la mera peligrosidad de la cosa o de la actividad, para exacerbar inclusive las consecuencias dañinas que la delincuencia represente hacia la seguridad de los bienes y de las personas, donde cabe enlistar a la empresa misma, la cual pasa a ser también víctima potencial de la delincuencia y entonces por qué ha de responder ella simple y llanamente por los daños que esos delincuentes lleguen a ocasionar a los bienes, la integridad o la vida de su clientela o de los transeúntes que pasen por sus alrededores, cuando lo lógico es manejar esa situación como una obligación o deber de seguridad, como pasa a exponerse”*.

3. 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 espacio una 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 él.

En tal orden de ideas, dicho sentenciador observó que “[e]sa obligación o deber puede surgir no solamente frente al acreedor contractual mismo, sino frente a un potencial contratante en una relación precontractual, cuando por el riesgo que pueda implicar el escenario donde va a celebrarse el contrato, deba el empresario ofrecer medidas para por lo menos minimizar los riesgos frente a su clientela real o potencial”, supuesto que “ocurre, por ejemplo, en la actividad bancaria, cuando las personas 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 medianamente por el banco a través de vigilancia privada, sin que de dicha relación pueda surgir una obligación de resultado”.

4. Con cierta falta de conexidad, a continuación, el *ad quem*, previa alusión al artículo 73 del Decreto Ley 356 de 1994, aseveró que los contratos de vigilancia generan “obligaciones de medio y (...) no de resultado, de donde surge incuestionable que en la prestación de tal servicio no es posible asegurar un resultado en el sentido de que nada va a ocurrir a los bienes y personas que se custodian, pues la empresa de vigilancia cumple a cabalidad el contrato cuando pone a disposición de su cliente los hombres y la tecnología que hubiese contratado para la vigilancia del objeto que se le encomienda”.

5. Con apoyo en todas esas apreciaciones, el Tribunal arribó a dos conclusiones esenciales:

5.1. En primer lugar, descartó 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 vinculación de ella derivó de la convención que celebró con la otra demandada.

5.1.2. No hay prueba de que “COOSEGURIDAD” hubiese incumplido las obligaciones que de esta manera adquirió, amén que ella *“no ejercita la actividad financiera, calificada por el juez como peligrosa, sino que simplemente se comprometió a vigilar las instalaciones de la CFA, sin que de la ejecución de dicho contrato pueda surgir una especie de corresponsabilidad en la prestación de los servicios financieros, cuyo objeto social lo desarrolla única y exclusivamente la Cooperativa Financiera de Antioquia”*.

5.1.3. Así se estime que la actividad por ella desplegada fue peligrosa, debido a la utilización de un arma de fuego por parte de su empleado, no se comprobó que de dicha arma hubiese salido el proyectil que impactó a la actora, omisión demostrativa que desvirtúa la existencia de *“un nexo de causalidad próximo entre la conducta desplegada por la empresa de vigilancia”* y el daño experimentado por la aquí accionante.

5.2. Y en segundo término, coligió igualmente desvirtuada la responsabilidad de la COOPERATIVA FINANCIERA DE ANTIOQUIA C.F.A., toda vez que ella

cumplió el deber general de seguridad que tenía para con sus potenciales clientes, en este caso con la actora, como quiera que había *“contratado con una empresa especializada la vigilancia de sus instalaciones”*, a la que *“le estaba prohibido el registro de personas, tal y como se deduce del artículo 74 del Decreto Ley 356 de 1994 y como tácitamente se deduce de lo sentenciado por la Corte Constitucional en la C 789 de 2006”*.

Al respecto, el *ad quem* añadió que *“[e]stando entonces demostrado el daño, le correspondía a la demandante demostrar el nexo de causalidad, mismo que aquí debía surgir como cliente potencial del banco, pero éste aportó prueba de haber contratado los servicios de vigilancia privada con una empresa legalmente constituida para ello, empresa que cumplió cabalmente el contrato de vigilancia, como ya se explicó, al tiempo que también una empleada del banco hubo de activar la alarma, tal y como está consignado en las copias que se allegaron de la Fiscalía, pedidas como prueba por la demandante misma, de donde se sigue que también parece que hubo una reacción de la policía por haberse activado la alarma, pudiéndose capturar a uno de los delincuentes. Qué más podía exigírsele entonces a la CFA frente al cumplimiento de su deber de seguridad para con la demandante, si en realidad hizo lo que estaba a su alcance para brindar una mediana seguridad a la señora Norela Úsuga, por lo que el daño que se reclama obedeció única y exclusivamente a la actuación de los delincuentes, sin que deba responder la demandada CFA por los perjuicios que se le reclaman”*.

6. Al cierre, el Tribunal concluyó que *“[n]o se admite que el presente hecho pudiera ser tipificado dentro de la teoría del riesgo o de las actividades peligrosas, como que lo que cabía era gobernarlo bajo la hipótesis de la obligación o deber de seguridad bancaria para con su clientela, pero como ya se analizó, ninguna de las demandadas está llamada a responder por los daños sufridos*

por la demandante, debiéndose 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 estribo en el primero de los motivos de casación, se denunció la sentencia del Tribunal por violar directamente los artículos 2341, 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 quem*, el censor, en desarrollo del cargo, expuso los planteamientos que a continuación se resumen:

1. 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.

2. 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 atracadores.

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 (...)”.

3. La señalada defensa, para que opere, siguiendo las voces del artículo 1º de la Ley 95 de 1890, requiere que quien la alegue, “acredite 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”.

4. Al 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 las partes procesales”, lo que no aconteció.

5. El impugnante insistió en que sí, “como lo 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 **NORELA DEL CARMEN ÚSUGA SIERRA**”, esa circunstancia comportaba la

“imposibilidad de determinar que el arma de los atracadores causó las lesiones” que ella sufrió y, por lo mismo, imponía “la conclusión jurídica [de] que los daños” que la nombrada accionante experimentó, “no p[odían] ser atribuidos de manera exclusiva a dichos terceros”.

6. 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 *“[a]nte la imposibilidad de atribuírsele el resultado dañoso de manera exclusiva a un tercero, todos los sujetos que tuvieron participación en el resultado responden de manera solidaria frente a la víctima”.*

7. Sustentado en esa premisa, el impugnante dedujo que, en el presente caso, **“COOSEGURIDAD** y los sujetos que ingresaron armados a la CFA son solidariamente responsables de los perjuicios causados a **NORELA DEL CARMEN ÚSUGA SIERRA** como consecuencia de los disparos efectuados el día 5 de agosto de 1994 en las instalaciones de dicha institución”.

8. Al final, el casacionista afirmó que el *ad quem* *“incurrió en un error de diagnosis jurídica que lo llevó a aplicar indebidamente las normas y principios relativos a las causales de exoneración de la responsabilidad civil extracontractual”*, pues pasó por alto que para *“que el hecho de un tercero exonere de responsabilidad al demandado, ese hecho se debe presentar como causal única y exclusiva del daño”.*

CONSIDERACIONES

1. Es inocultable 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 echarse al olvido que, (...), el estudio de las excepciones ‘...no procede sino cuando se ha deducido o establecido en el fallo el derecho del actor, porque entonces habiéndose estudiado 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 defensa, para resolver si ésta lo extinguió. Por eso, cuando la sentencia es absolutoria, es inoficioso estudiar las defensas propuestas o deducir de oficio alguna perentoria, porque no existe el término, el extremo, es decir, el derecho a que haya de oponerse la defensa (Cas. Civ. de 30 de abril de 1937, XLV, 114; 31 de mayo de 1938, XLVI, 612).

Asunto que, por cierto, añádese ahora, más bien parece de puro sentido común: se trata tan solo de la inutilidad de entrar a valorar la consistencia y fortaleza de una defensa que se desplegó para enfrentar un ataque a la postre inofensivo; porque si la acción sencillamente no se consolidó, la defensa esgrimida para contrarrestarla pierde su razón de ser, y mal haríase entonces en pasar a definir su viabilidad⁸ (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,

⁸ CSJ, SC del 28 de noviembre de 2000, Rad. n.º 5928.

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 verá, 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.

2. 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 exclusiva e inmediata con el daño causado”* (se subraya), al punto que si *“no es la causa determinante del daño no incide en ninguna forma sobre el problema de la responsabilidad”*⁹.

La Corte, en tiempo mucho más cercano, precisó que para que *“a la intervención de un tercero puedan imprimírsele los alcances plenamente liberatorios”*, es necesaria la concurrencia de las siguientes condiciones:

- a) Debe tratarse antes que nada del hecho de una persona por cuyo obrar no sea responsable reflejo el agente presunto, vale decir que dicho obrar sea completamente externo a la esfera jurídica de este último;*
- b) También es requisito*

⁹ CSJ, SC del 25 de noviembre de 1943, G.J. t. LVI, pág. 299.

indispensable que el hecho fuente del perjuicio no haya podido ser previsto o evitado por el demandado, ya que si era evitable y no se tomaron, por imprudencia o descuido, las medidas convenientes para eliminar el riesgo de su ocurrencia, la imputabilidad a ese demandado es indiscutible, lo que en otros términos quiere significar que cuando alguien, por ejemplo, es convocado para que comparezca a juicio en estado de culpabilidad presunta 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, tan sólo, que es únicamente cuando media este supuesto que corresponde poner por entero el resarcimiento a la cuenta del tercero y no del ofensor presunto, habida consideración que si por fuerza de los hechos la culpa de los dos ha de catalogarse como concurrente y por lo tanto, frente a la víctima, lo que en verdad hay son varios coautores que a ella le son extraños, esos coautores, por lo común, están obligados a cubrir la indemnización en concepto de deudores solidarios que por mandato de la ley lo son de la totalidad de su importe, postulado éste consagrado por el artículo 2344 del Código Civil (...)"¹⁰ (se subraya).

3. Se sigue de lo anterior, la validez de la premisa en que se respaldó el censor al formular la presente acusación: para que el hecho del tercero se erija en eximente de responsabilidad, debe ser causa exclusiva del daño.

4. 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 vigilante Rubén Alzate Henao durante el asalto, hubiese impactado a la demandante” 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 alojado en la humanidad de la señora Norela Úsuga”.

¹⁰ CSJ, SC del 8 de octubre de 1992, Rad. n.º 3446.

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.

5. 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.

6. 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 Úsuga Sierra, fueron ocasionadas con arma de fuego; que al 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.

7. 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 *“la excepción de culpa exclusiva de 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.

CARGO PRIMERO

Con respaldo en el motivo inicial enlistado en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se denunció la sentencia del *ad quem* por ser directamente violatoria de los artículos 1613, 1614, 2341, 2356 y 2444 del Código Civil.

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

1. 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:

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

1.2. Y que *“si bien la 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 contratantes (caso de la demandante), la misma debía 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.

2. Enseguida precisó que la disconformidad aquí planteada, se relaciona solamente con el primero de esos fundamentos y que la misma *“versa sobre los criterios”* que el Tribunal *“tuvo en cuenta para efectos de calificar si la actividad desarrollada por la CFA era peligrosa”*, sin que comprometa *“la valoración de las pruebas recaudadas en el proceso”* relacionadas con ese aspecto del litigio, razón por la que consideró que el error cometido por el *ad quem* fue de *“subsunción normativa del supuesto demostrado”* y, por lo mismo, ocasionó el quebranto directo de la ley sustancial.

3. En opinión del casacionista, la referida connotación de actividad peligrosa, *“también se puede reconocer en los supuestos en que una persona despliega una actividad lícita 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[n] necesariamente ligada[s] a estructuras que puedan engendrar un peligro, puesto que la[s] misma[s] se pued[en] también tipificar cuando se despliega ‘un comportamiento que genera más*

probabilidades de daño' a terceros, que genera una ruptura en el equilibrio en las relaciones de convivencia 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 ejecuta"*.

4. La actividad bancaria, dijo, si bien *"no puede ser considerada a priori [como] peligrosa"*, en Colombia *"conlleva un riesgo significativo en atención a los actos delincuenciales que se suscitan 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 daños a terceros que entran en contacto directo con la misma (v.g. clientes potenciales), lo cual (...) permite calificarla en nuestro contexto social como una actividad peligrosa, dado que implica 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 las personas que entran en contacto físico con las sedes bancarias a un riesgo especial de ser objeto de actos delincuenciales, en adición al riesgo generado por la presencia de vigilantes armados al servicio de la institución financiera, situación que incrementa las posibilidades de ocasionar daños a los visitantes en virtud de una confrontación"*.

5. 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:

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

5.2. La calificación de una actividad como peligrosa, no puede estar orientada *“por un criterio de conveniencia como el que invoc[ó] el Tribunal”*, que lo condujo a violar el artículo 2356 del Código Civil, toda vez que *“[n]o se puede descalificar el carácter peligroso de una actividad pensando en que el guardián de la misma sólo podrá defenderse de un juicio de responsabilidad demostrando una causa 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 las consecuencias que de allí se deriven”*.

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

5.4. 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.

5.5. 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.

5.6. 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 más de que en el caso *sub lite*, la demandante no tenía tal condición.

6. 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 arrasaría 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

1. Como en tiempo reciente tuvo oportunidad de advertirlo esta Sala de la Corte, “[e]s *pacífica la posición doctrinal que asume que el artículo 2356 obliga a quien realiza una actividad peligrosa a indemnizar el daño que ocasiona a terceros en razón del despliegue de esa conducta*”¹¹.

Empero esa certidumbre no comprende el concepto mismo de “*actividad peligrosa*”, toda vez que, como en dicho proveído se puso de presente, él “*no ha sido definido bajo un criterio jurídico general, sino que suele explicarse mediante ejemplos tales como la velocidad alcanzada, la naturaleza explosiva o inflamable de la cosa utilizada, la energía desplegada o conducida, entre otras situaciones cuya caracterización ha sido delimitada por la jurisprudencia*”¹².

2. Las menciones anteriores obedecen, precisamente, a lo que en el cargo que ahora se ausculta se propuso, que no es nada diferente a saber si la actividad bancaria, entendida en lo esencial, esto es, como intercambio de

¹¹ CSJ, SC 002 del 12 de enero de 2018, Rad. n.º 2010-00578-01.

¹² *Ibidem*.

dinero, comporta un peligro para las personas, en tanto que resulta atractiva para los delincuentes y, por ende, puede implicar que aquéllas, como consecuencia del actuar de estos últimos, resulten afectadas en sus derechos.

3. Esa comprensión de la acusación, impone escudriñar 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 peligrosas*”.

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

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

Son especialmente obligados a esta reparación:

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

2º) El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche;

3º) El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino (se subraya).

3.2. 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, “*imputarse*”, “*malicia*” y “*negligencia*”, laborío que habrá de efectuarse con sujeción al mandato del artículo 28 del Código Civil, según el cual “[l]as palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras”, salvo que “el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias”, caso en el cual “se les dará en éstas su significado legal”.

A voces del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, por “*imputar*”¹³ se entiende “[a]tribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reprobable”; por “*malicia*”¹⁴, entre muchas otras acepciones, “[i]ntención solapada, de ordinario maligna o picante, con que se dice o hace algo”, “[i]nclinación a lo malo y contrario a la virtud” y “[c]ualidad por la que algo se hace perjudicial y maligno”; 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

¹³ “*Imputar*. Del lat. *Imputare*. 1. tr. Atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reprobable. 2. tr. Señalar la aplicación o inversión de una cantidad, sea al entregarla, sea al tomar razón de ella en cuenta”.

¹⁴ “*Malicia*. Del lat. *Malitia*. 1. f. Intención solapada, de ordinario maligna o picante, con que se dice o se hace algo. 2. f. *maldad* (II cualidad de malo). 3. f. *Inclinación a lo malo y contrario a la virtud*. 4. f. *Interpretación siniestra y maliciosa, propensión a pensar mal. Esa es malicia tuya*. 5. f. *Cualidad por la que algo se hace perjudicial y maligno. Esta calentura tiene mucha malicia*. 6. f. *Penetración, sutileza, sagacidad. Este niño tiene mucha malicia*. 7. f. coloq. *Sospecha o recelo. Tengo mis malicias de que eso no sea así*. 8. f. desus. *Palabra satírica, sentencia picante y ofensiva. Casa a la malicia. Casa de malicia*”.

¹⁵ “*Negligencia*. Del lat. *negligentia*. 1. f. *Descuido, falta de cuidado*. 2. f. *Falta de aplicación*”.

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.

3.3. Con carácter meramente ilustrativo, el canon examinado, a continuación, indicó tres casos en los que, afirmó, tiene lugar la referida reparación: disparar imprudentemente un arma de fuego; remover las losas de una acequia o cañería, o descubrirla, sin adoptar las medidas para evitar que quien circule por allí caiga en ella; y mantener en *“estado de causar 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.

3.4. 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.

3.4.1. 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. 2356 ibídem, que mal puede reputarse como repetición de aquél [alude al artículo 2341 del Código Civil, se aclara] ni interpretarse en forma que sería absurda si a tanto equivaliese, contempla una situación distinta y la regula, naturalmente, como a esta diferencia corresponde. Así es de hallarse desde luego en vista de su redacción y así lo persuaden, a mayor abundamiento los ejemplos que aduce o plantea para su mejor inteligencia, a manera de casos en que especialmente se debe reparar el daño a que esta disposición legal se refiere, que es todo el que 'pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona'.

Exige, pues, tan sólo que el daño pueda imputarse. Esta es su única exigencia como base o causa o fuente de la obligación que en seguida pasa a imponer.

Esos ejemplos o casos explicativos corresponden, y hasta ahora sobra observarlo, a la época en que el código se redactó, en que la fuerza del hombre como elemento material y los animales eran el motor principal, por no decir único, en la industria, en las labores agrícolas, en la locomoción, todo lo cual se ha transformado de manera pasmosa en forma que

junto con sus indecibles favores ha traído también extraordinarios peligros. Innecesario expresar el protuberante contraste, por ejemplo, entre la locomoción de hoy y la de entonces. Si para aquella edad fueron escogidos ejemplos el disparo imprudente de un arma de fuego; la remoción o descubrimiento de las losas de acequia, cañería, calle o camino sin las precauciones necesarias para que no caiga el transeúnte, o el dejar en estado de causar daño la obra de construcción o reparación de acueducto o fuente a través de un camino, apenas se podrá imaginar de qué ejemplos se habría valido el legislador en disposición dictada cuando el ferrocarril eléctrico queda a la zaga del automóvil y éste parece lento ante el velívolo, y en que los caminos y las calles se atestan y congestionan por obra del paralelo crecimiento y desarrollo de la población, de la producción y del intercambio comercial.

La teoría del riesgo, según la cual al que lo crea se le tiene por responsable, mira principalmente a ciertas actividades por los peligros que implican, inevitablemente anexos a ellas y mira a la dificultad, que suele llegar a imposibilidad, de levantar las respectivas probanzas los damnificados por hechos ocurridos en razón o con motivo o con ocasión del ejercicio de esas actividades. Un depósito de sustancias inflamables, una fábrica de explosivos, así como un ferrocarril o un automóvil, por ejemplo, **llevan consigo o tienen de suyo extraordinaria peligrosidad de que generalmente los particulares no pueden escapar con su sola prudencia.** De ahí que los daños de esa clase se presuman, en esa teoría, causados por el agente respectivo, como sería en estos ejemplos el aut[omovil]ista, el maquinista, la empresa ferroviaria, etc. y de ahí también que tal agente o autor no se exonere de la indemnización, sea en parte en algunas ocasiones, sea en el todo otras veces, sino en cuanto demuestre caso fortuito, fuerza mayor o intervención de elemento extraño.

A esta situación se ha llegado en algunos países por obra de una labor jurisprudencial ardua en cuyo desenvolvimiento no han dejado de tropezar los juristas, en su camino hacia la humanización del derecho, con la rigidez de los textos legales.

Fortuna para el juzgador colombiano es la de hallar en su propio código disposiciones previsivas que sin interpretación forzada ni descaminada permiten atender al equilibrio a que se viene aludiendo o, por mejor decir, a la concordancia o ajustamiento que debe haber entre los fallos y la realidad de cada época y de sus hechos y clima.

Porque, a la verdad, no puede menos de hallarse en nuestro citado art. 2356 una presunción de responsabilidad. De donde se sigue que la carga de la prueba, onus probandi, no es del damnificado sino del que causó daño, con sólo poder éste imputarse a su malicia o negligencia¹⁶ (subrayas y negrillas fuera del texto).

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

*A todo esto, provee el art. 2356 del C. C., que se repite no es una reproducción ni repetición del art. 2341 de la misma obra; las dos disposiciones que acaban 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 y 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, por el sólo hecho de ejercerla**, y entonces solamente tres factores pueden eximir al demandado de su responsabilidad, a saber: a) Fuerza mayor; b) Caso fortuito; y c) Intervención de un elemento extraño, puede ser un descuido de la víctima, o sea, la misma culpa de quien ha sufrido la lesión o el atropello. Más así como en el caso del 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 de que se acaba hacer mérito. Los daños ocasionados por el ejercicio de una actividad peligrosa, su misma naturaleza, están pues bajo el imperio del art. 2356 citado en la forma y términos que acaban de expresarse, y la prueba se desprende en ese caso del demandante al demandado¹⁷ (subrayas y negrillas fuera del texto).*

3.4.3. En un caso de responsabilidad por la construcción de un edificio, luego de precisar que todas las

¹⁶ CSJ, SC del 14 de marzo de 1938, G.J., t. XLVI, págs. 211 a 223.

¹⁷ CSJ, SC del 31 de mayo de 1938, G.J., t. XLVI, págs. 560 a 565.

modalidades de la extracontractual son subjetivas, esto es, fundadas en la culpa del demandado, la Corporación precisó:

*Y como es fundamento de la culpa la capacidad de prever, surge la necesidad social de indemnizar el daño que arranca de actividades útiles y aun plausibles que **llevan envueltas consecuencias nocivas previsibles**, aunque no siempre evitables por los procedimientos usuales. Son riesgos cuya previsibilidad exige del empresario reserva financiera adecuada, en función indemnizatoria que restablezca el equilibrio para beneficio general.*

(...) Comúnmente sucede que de la edificación moderna en varias plantas se desprenden daños considerables para las vecinas construcciones preexistentes, de pasado más o menos remoto. Esa actividad socialmente útil, es sin embargo [,) por su naturaleza [,) peligrosa: la comprobación del daño por lo común esclarece también su causa eficiente, y la culpa del autor de la nueva obra se presume en conformidad con el artículo 2356 del Código Civil, como para toda persona que se ocupe de una actividad peligrosa¹⁸ (negritas y subrayas fuera del texto).

3.4.4. 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 hacen, a veces, tan difícil la demostración de que el demandado procedió dolosa o culpablemente, que la víctima, en casos, no podría hacer efectivo su derecho a la reparación del perjuicio sufrido, la doctrina jurisprudencial, sin abandonar el principio de la responsabilidad subjetiva que campea en el apuntado título 34, al abrigo del artículo 2536 del Código Civil, dedujo que existía 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, aunque lícita, es de las que **implican riesgos de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños**, enseñó que, en tales circunstancias, se presume la culpa en quien es agente de actividad peligrosa, de suerte*

¹⁸ CSJ, SC del 5 de abril de 1972, G.J., t. XCIII, págs. 341 a 344.

que demandada la indemnización del daño ocasionado por quien ejerce actividad de ese linaje, a la víctima le basta con demostrar: a) el daño y b) 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 tercero, o por culpa exclusiva de la víctima¹⁹ (subrayas y negrillas fuera del texto).

3.4.5. 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 cosa sino en últimas la conducta del hombre, por acción o por omisión, la base necesaria para la aplicación de esa norma. Es preciso, por tanto, indagar en cada caso concreto quién es el responsable de la actividad peligrosa²⁰ (se subraya).

3.4.6. Siguiendo 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:

(...) Sostiene el demandante que las dos compañías demandadas, como empresarias de una planta de producción de ácido sulfúrico que funciona a 250 metros de distancia de la fábrica de hilazas que aquélla explota, le han causado graves perjuicios desde hace varios años a sus instalaciones, maquinaria y equipos, como consecuencia de las emanaciones permanentes de 'gases residuales en cantidad tal que equivale a 700 kilogramos por día de dióxido de azufre o anhídrido sulfuroso (SO₂), o sea un poco más de una

¹⁹ CSJ, SC del 5 de abril de 1972, G.J., t. XCIII, págs. 341 a 344.

²⁰ CSJ, SC del 18 de mayo de 1972, G.J., t. CXLII, págs. 183 a 191.

tonelada diaria de ácido sulfúrico', representada en 100 miligramos de esta nociva sustancia por cada metro cúbico de aire, cuando la proporción internacionalmente aceptada no excede de 12 a 13 miligramos.

Se trata, entonces, de aquilatar, para dilucidarla, la cuestión de si una empresa industrial tiene o no tiene el derecho de contaminar así la atmósfera en perjuicio de terceros.

(...) Quienes idearon y aún sostienen, en el terreno de la responsabilidad civil, la llamada teoría del riesgo creado, tuvieron 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 y progresivo de máquinas y fuerzas motrices, la mayoría de ellas descubiertas, o inventadas, y puestas al servicio del hombre en el transcurso del siglo XX, ha traído como secuela el factor peligrosidad, 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 aquiliana, para sustituirlo con el simplemente objetivo del riesgo creado y cuya justificación preténdese encontrar en el aforismo *ubi emolumentum ibi onus*, 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 presentan, empero, un nuevo aspecto, más actual y acaso de mayor trascendencia que el del simple riesgo: muchos de esos elementos de corriente 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, verbigracia), sino que **de hecho, por la mera circunstancia de hacerse uso de ellos, producen daños de diversa índole, aparentemente inevitables**, cuales son los ruidos ensordecedores (aviones, ferrocarriles, autobuses, motocicletas, fábricas), los olores desagradables (plantas de abonos orgánicos), las contaminaciones letales (fumigación aérea), las trepidaciones o vibraciones capaces de destruir instalaciones de diverso género (decolaje o aterrizaje de aeronaves, estallidos de dinamita u otros explosivos), las corrosiones (gases residuales de ciertas fábricas), el humo que afecta la salud humana y deteriora equipos y enseres

(chimeneas de instalaciones industriales), para no citar sino algunos ejemplos.

Independientemente de la reglamentación que el Estado dé a estas actividades, socialmente útiles y aún 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, entonces, husmear las fuentes de la responsabilidad civil para encontrar una solución justa, y ésta se halla dentro del ámbito del principio romano naeminem laedere, fundamento clásico e insustituible de la responsabilidad aquiliana.

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

Los derechos que integran la primera de estas dos clases constituyen, como se deja dicho, la regla general. Nadie puede hacer uso de ellos, ciertamente, en perjuicio de terceros. La ley no los ha reconocido o conferido como facultad que permita atentar 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 so pretexto de usar de un derecho cuyo ejercicio no implique ineludiblemente daño ajeno, no está ejerciéndolo, sino abusando de él. Por lo consiguiente, incurre en hecho ilícito el que cree o aparenta estar usando legítimamente un derecho de que en realidad no está sirviéndose dentro del límite que ordinariamente tienen los derechos: naeminem laedere, no dañar a otros. Si este hecho ilícito es cometido dolosa y culposamente, 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 indicada, quedan los derechos de hacer uso de máquinas y fuerzas motrices. Y es palmar que muchos elementos, por el solo hecho de ser utilizados, producen daños que afectan 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 sustancias explosivas, no podrían actuar sin producir humos ni ruidos. 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.

Esta especie de daño, empero, escapa a dominio del derecho civil mientras no se trate, lo que es poco frecuente, de agente y víctima determinados. La contaminación ambiental es por lo común un fenómeno de etiología colectiva y, consiguientemente, anónima, incapaz de generar un vínculo jurídico entre sujetos concretos.

Mas, cuando quiera que la lesión causada por la contaminación ambiental sea imputable a persona determinada y la sufra una víctima también determinada, allí surge la cuestión de la responsabilidad civil, por la razón apodíctica de que si bien es verdad que numerosas máquinas y fuerzas motrices producen daños en sí mismos, se puede sin embargo procurar que no los causen a determinadas víctimas. Así, el decolaje y aterrizaje de aeronaves, por ejemplo, implican de suyo la producción de gases, trepidaciones y ruidos más o menos insoportables; pero si los aeropuertos se construyen en lugares prudentemente retirados de los perímetros urbanos, tales fenómenos no afectan a persona alguna. Igualmente, una fábrica de abonos orgánicos, o de ácidos tóxicos o nocivos difícilmente podría funcionar sin que de sus instalaciones escapen desagradables olores; más a ningún particular afectarán éstos, si la planta de elaboración o los depósitos de materia prima se sitúan en despoblado, o si se toman determinadas y precisas precauciones técnicas que neutralicen los olores dichos. Así, en fin, las chimeneas de las instalaciones industriales dejan escapar frecuentemente humos venenosos y en ciertos casos hasta letales; sin embargo, ubicándolas adecuadamente, 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 lo es menos que esos inconvenientes sólo deben ser sufridos por la víctima cuando ellos no sobrepasen lo que es considerado como ordinario o normal; los inconvenientes extraordinarios, precisamente por resultar excesivos, no están autorizados y por ello constituyen injusto ataque al derecho de otros, que por tanto, compromete la responsabilidad civil del agente.

Cuando los empresarios no realizan todo lo que humana y técnicamente debe ejecutarse para evitar los perjuicios que a terceros pueda causar el funcionamiento de una fábrica, y los daños se producen, la incuria de aquéllos en el desarrollo de la actividad compromete su responsabilidad, por la muy obvia razón de que al ejercitar su propio derecho no se comportan como un hombre avisado, prudente y razonable.

En el campo del derecho civil, se repite, nadie puede, salvo muy contadas excepciones expresamente previstas en la ley, ejercitar una actividad cualquiera, por lícita que sea, dañando a los demás, amparándose en el pretexto de que, a pesar de suponer normalmente un daño colectivo a corto o largo plazo, es útil o necesaria 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 la culpa exclusiva de la propia víctima²¹ (se subraya).

3.4.7. En tiempo mucho más reciente, la Corte puntualizó:

En efecto, a la vera de la responsabilidad civil disciplinada en las normas generales, coexisten regímenes singulares para determinadas categorías, dentro de éstas las atañederas al ejercicio de actividades peligrosas ‘que implican riesgos de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños,...’ (G.J. CXLII, pág. 173, reiterada en G.J. CCXVI, 504) considerada su ‘aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que -de ordinario- despliega una persona respecto de otra’ (sentencia de octubre 23 de 2001, Exp. 6315), su ‘apreciable, intrínseca y objetiva posibilidad de causar un daño’ (cas. civ. 22 de

²¹ CSJ, SC del 30 de abril de 1976, G.J., t CLII, págs. 111 a 131.

febrero de 1995, exp. 4345) y, por consiguiente, su idoneidad potencial 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 da attività pericolose, Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile, vol. XVIII, Turín, UTET, 1998, p. 88*).

Trátase de ‘*actividades dañosas o riesgosas que no se prohíben*’ (Pietro TRIMARCHI, *Instituzioni di diritto privato, p. 147*), por cuya ‘*peligrosidad intrínseca o relativa a los medios de trabajo empleados*’ (Giovanna VISINTINI, *Tratado de la Responsabilidad Civil, t. 2, trad esp. Aida KELMELMAJER DE CARLUCCI, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 978 ss*), es decir por los riesgos y peligros que las caracteriza per se se disciplina el deber legal de resarcir los daños causados²² (se subraya).

3.4.8. Con más proximidad, observó:

(...) Sabido es que quien por sí o a través de sus agentes causa a otro un daño, originado en culpa suya, está obligado a resarcirlo, 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 culposo imputable al accionado y el nexo causal entre éstos.

Empero, cuando la fuente del daño es una actividad susceptible de ser calificada como peligrosa, la jurisprudencia patria, con sustento en el artículo 2356 del Código Civil 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 que el ejercicio de aquellas coloca a los asociados en inminente riesgo de ser lesionados, así su autor la ejecute con la diligencia que ella exige. Busca, pues, este sistema ‘favorecer a las víctimas de aquellos accidentes en que el hombre, utilizando en sus propias labores fuerzas de las que no puede tener siempre absoluto control y por tanto capaces 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 llevare

²² CSJ, SC del 18 de septiembre de 2009, Rad. n.º 2005-00406-01.

a cabo con pericia y observando toda la diligencia que ella exige' (sentencia del 4 de junio de 1992, G.J. No. CCXVI, pág.395)²³ (se subraya).

3.4.9. En uno de los más recientes pronunciamientos emitidos sobre la materia, se dijo:

Las anteriores precisiones conceptuales ponen de presente que la determinación de si una actividad -sin cosas o con cosas, inactivas o en movimiento- es peligrosa lo dicta por lo general la razón natural, esa capacidad del hombre de juzgar rectamente (sindéresis), la que, además, bien puede apoyarse en conceptos técnicos y demás elementos de juicio, cada vez más importantes dada la complejidad tecnológica que día a día se acrecienta, para arribar sólidamente a dicha calificación. No es por consiguiente una suposición a la que se llega sin más, sobre todo en los tiempos que corren y en ciertas actividades pues su índole misma, o la de la cosa con la que se despliega aquella, 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 precisiones sobre su naturaleza, composición, carácter riesgoso, etc. En procura de buscar esa particularidad no debe atenderse 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 guardián que se trata de una actividad que ofrece riesgos potenciales a terceros, generando un desequilibrio en desmedro de estos, se afana en guarecerla con vigilancia 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 es pues, aquella que, ya en su estructura ora en su comportamiento, con cosas inertes o en movimiento o raramente sin el uso de ellas, genera más probabilidades de daño de las que usualmente puede un ser humano promedio soportar y repeler, es aquella cuyos efectos se vuelven incontrolables, imprevisibles,

²³ CSJ, SC del 20 de enero de 2009, Rad. n.º 1993-00215-01.

devastadores por la multiplicación de energía y movimiento que supone o le es inherente, efectos además inciertos por su capacidad de destrozo mayor. En esta tarea, que el legislador ha delegado tácitamente al juez, pues no existe definición de lo que ha de entenderse por actividad peligrosa ni menos un catálogo de las que se tengan por tales, debe echar mano aquel de todos estos tópicos, de modo que no sea el capricho o el mero subjetivismo el criterio que predomine a la hora de encasillar una en particular dentro de esta categoría²⁴ (se subraya).

3.5. Aunados los elementos atrás identificados con base en el propio texto del inciso 1º del artículo 2356 del Código Civil, los ejemplos que el precepto contiene y la jurisprudencia, se establece, en definitiva, que los rasgos caracterizadores de las actividades peligrosas son los siguientes:

3.5.1. 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).

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

3.5.3. 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).

3.5.4. La peligrosidad de la conducta debe alterar las condiciones en que se encuentra la víctima, de tal modo que

²⁴ CSJ, SC 5686 del 19 de diciembre de 2018, Rad. n.º 2004 00042-01.

no pueda impedir el daño con el uso normal de sus propias fuerzas o de los mecanismos de evitación que tiene a su alcance.

3.6. Al respecto, son pertinentes las siguientes precisiones:

3.6.1. Cuando la norma en cita exige que el daño “*pueda imputarse a malicia o negligencia*” 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.

3.6.2. 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 comportan surge únicamente de su funcionalidad, premisa de la que escapan 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 daño.

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, sí ostentan esa connotación.

Es indiferente, entonces, para la determinación de las actividades peligrosas, que en su realización el autor utilice 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 superan 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 inmanentes 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 para quienes las utilizan, que podemos minimizar si nos asimos 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 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 (asiéndose 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.

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

4.1. Tanto de la premisa general contenida en el inciso 1º del artículo 2356 del Código Civil, como de los ejemplos contemplados en la norma y de los parámetros fijados por la jurisprudencia, se extracta, 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 transeúnte 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 las descubre en calle o camino” o el encargado de la “construcción o reparación” del “acueducto o fuente”, es decir, el autor mismo de la conducta.

4.2. 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 forzoso colegir que la primera actividad no tendría la connotación de tal, esto es, se repite, de peligrosa.

4.3. 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 Código Civil, 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 *“malicia o negligencia”*.

4.4. 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.

4.5. 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 está 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 atrás advertidas.

4.6. 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 delincuencia, 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.

4.7. Más aún, esa ajenidad de la conducta, por sí sola, como ya se explicó, impediría atribuir el daño experimentado por la víctima a la “*malicia o negligencia*” 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.

4.8. 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 ésta tenga la connotación de peligrosa.

5. En ningún error, por lo tanto, incurrió el *ad quem* al hacer actuar las normas señaladas como violadas en el cargo, particularmente, los artículos 2341 y 2356 del Código

Civil, 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 ese solo hecho un riesgo para la clientela en particular y para la sociedad en general, no obstante, de ahí nos parece que no puede aumentarse el espectro de las actividades peligrosas, aislando a éstas de la mera peligrosidad de la cosa o de la actividad, para exacerbar inclusive las consecuencias dañinas que la delincuencia represente hacia la seguridad de los bienes y de las personas*” (negrillas y subrayas fuera del texto), pues, ciertamente, como viene de analizarse, en los términos de la última de las disposiciones atrás citadas, la conducta desplegada por el agente debe ser, en sí misma, *peligrosa*.

6. 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.

7. 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:

1. El Tribunal, con el fin de “*absolver a la codemandada **COOSEGURIDAD***”, afirmó que en el litigio no se recaudó prueba alguna de la que pueda establecerse que “*el proyectil que impactó a la señora **NORELA DEL CARMEN ÚSUGA SIERRA** 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 vigilancia*”, tema éste que también fue propuesto como cimiento del tercer cargo.

2. La vía directa es el camino apropiado para la presente acusación, como quiera que ella no platea ninguna discordia con las “*las 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 hechos 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 fue posible probar de qué arma provino el proyectil que impactó a la señora ÚSUGA, esto es, si el proyectil provino del arma operada por el empleado de COOSEGURIDAD o de una de aquellas disparadas por los dos sujetos que ingresaron a las instalaciones de la COOPERATIVA FINANCIERA DE ANTIOQUIA*”.

3. 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 partícipe indeterminado de un grupo de personas debidamente determinado”*.

4. Ajustado al caso concreto, el impugnante aseveró que se imponía al Tribunal *“concluir de conformidad con las normas que se denuncian como violadas, que el daño experimentado por la señora **NORELA DEL CARMEN ÚSUGA SIERRA** 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 físicamente causó el daño, o (ii), descartar que su actividad peligrosa fue la que ocasionó el daño”*.

Con tal base estimó que si los perjuicios sufridos por la citada accionante, *“fueron causados por un autor no determinado, el cual formó parte de un conjunto de sujetos debidamente determinados que dispararon sus armas de fuego”*, en este caso, la empresa de vigilancia convocada al juicio y los atracadores, la conclusión a que debió arribarse era *“la afirmación 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”*.

5. 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, en pro de lo 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 Múrtula de Lafuente, en relación con quienes reprodujo a espacio sus obras, en las que fijaron tal postura.

6. En definitiva aseveró que “[l]a regla de imputación antes mencionada implica que, habiéndose demostrado que una de las actividades peligrosas que se desplegaron de forma concomitante 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 logre acreditar quién fue el autor del hecho dañoso o hasta que uno de los miembros del conjunto demuestre que él no pudo haber sido quien causó ese daño”.

Y precisó que el *ad quem* “erró al considerar que la falta de identificación del proyectil que causó el daño a la demandante implicaba que no fuera posible afirmar el nexo de causalidad jurídico o de imputación entre la actividad peligrosa desplegada por **COOSEGURIDAD** y el daño sufrido por ella, cuando en atención a los hechos que el Tribunal tuvo por establecidos, la regla jurídica aplicable consiste en afirmar la causalidad en relación con todas las actividades peligrosas desplegadas durante los hechos”.

7. Al cierre, reprochó al sentenciador de segunda instancia haber incurrido “en un error de diagnosis jurídica que lo llevó a aplicar indebidamente las normas y principios relativos al nexo de causalidad jurídico o de imputación y a la responsabilidad solidaria en aquellos eventos en que un daño es causado por un autor desconocido que forma parte de un grupo plenamente identificado”, yerro que representa el quebranto “de los artículos 2341, 2343, 2344 y 2356 del Código Civil”.

CONSIDERACIONES

1. 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 el daño, por otra.

2. Con ese propósito, atribuyó a dicho sentenciador la violación directa de los artículos 2341, 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 *“el nexo de causalidad jurídico o de imputación entre el hecho y el daño, en relación con todos los miembros de ese grupo”*.

3. Siendo ese el planteamiento del censor, debe advertirse desde ya, la 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 en 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, *motu proprio*, 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 instancia, sin que, por lo tanto, pueda dejarse a esta Corporación la carga de definir o desentrañar los alcances del reproche, lo que le está vedado debido al carácter eminentemente dispositivo de la casación.

Así las cosas, sustentar debidamente cada acusación, reclama de su proponente explicar y demostrar las trasgresiones de la ley en las que la respectiva autoridad judicial pudo haber incurrido al dictar el fallo controvertido, por lo que los argumentos que esgrima, no pueden quedarse en meras generalizaciones, o afianzarse en la totalidad de lo acontecido en el litigio, o aludir globalmente a lo probado en el proceso, o reprochar de forma abstracta las decisiones adoptadas, actitudes todas que tornan frustránea la acusación que en tales condiciones se formule, puesto que ‘...‘el recurrente, como acusador que es de la sentencia, está obligado a proponer cada cargo en forma concreta, completa y exacta para que la Corte, situada dentro de los límites que demarca la censura, pueda decidir el recurso sin tener que moverse oficiosamente a completar la acusación planteada, por impedírsele el carácter eminentemente dispositivo de la casación (G.J. t. CXLVIII, pág. 221)’” (CSJ, auto del 28 de septiembre de 2004)²⁵ (se subraya).

4. Dejándose de lado lo anterior, en procura de dar una respuesta de fondo al reproche escudriñado, se encuentra que los artículos 2341, 2343 y 2356 del Código Civil asignan el deber de reparación que contemplan, el primero, al que “*ha cometido el delito o culpa*”, el segundo, al

²⁵ CSJ, SC 15437 del 11 de noviembre de 2014, Rad. n.º 2000-00664-01.

que “hizo el daño y sus 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 subrayar más arriba (...) las líneas teóricas seguidas por la codificación francesa, recordamos la acertada observación de G. VIANEY en punto a que la responsabilidad extracontractual, tal como se encuentra concebida y regulada en el Código, es asunto de neta estructura individualista y, por consiguiente, interindividual. Si existe o no deber de indemnizar y cuál sea la cuantía de tal deber es algo que solamente interesa al causante del daño y al perjudicado. Es, por tanto, un asunto que se ventila exclusivamente entre ellos*²⁶ (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.

5. 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.

²⁶ Díez-Picazo, Luis. “Derecho de Daños”. Civitas, Madrid, 1990, pág. 160.

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

5.1. 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 más personas, supuesto en el cual todos los partícipes responderán solidariamente por el perjuicio ocasionado.

Se trata, pues, ello es toral, 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 su titularidad, le corresponde a quien ha sufrido un 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 única persona, sino que en su producción han concurrido o participado varias. En este evento cada una de ellas será solidariamente responsable del perjuicio proveniente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones legales, pues sobre el particular el artículo 2344 del Código Civil 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 2355²⁷ (negrillas 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

²⁷ CSJ, SC del 2 de noviembre de 1982, G.J., t. CLXV, págs. 263 a 269.

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 accionados 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.

Como uno de los reproches con los que se sustentó la tercera acusación, fincada en la causal primera de casación, consistió, según el resumen que de él hizo la Sala, en “[t]ener por acreditado, sin estarlo, que el citado demandado -referencia alusiva al médico accionado, se aclara- fue quien ‘...realizó directa y personalmente el hecho culposo 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 complicaciones de salud que hicieron necesaria una segunda operación. Así mismo, suponer que ‘...tuvo acceso al vientre de la paciente para que pudiera haberla allí dejado’”, la Corporación se pronunció al respecto, en los siguientes términos:

(...) En punto a la responsabilidad derivada al médico (...), protestada en otro aparte del cargo, porque en opinión del acusador no existe prueba que lo identifique como autor personal y directo del hecho culposo sobre el cual se fundamenta la responsabilidad endilgada, cumple memorar que 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 extirpársele la vesícula biliar, acto para el cual contrató los servicios del doctor (...), bajo cuya dirección se realizó el

procedimiento quirúrgico mencionado, y dentro del cual actuó como primer ayudante.

Advirtió que al culminar la operación ‘...se dejó una compresa en el vientre de la paciente’, elemento que desencadenó una serie de consecuencias nefastas en su estado de salud, por las cuales debió ser intervenida de nuevo y falleció posteriormente, anotando que ‘...No se tuvo, entonces, el cuidado que corresponde desplegar en la actividad quirúrgica ni siquiera el que hubiera desplegado una persona común y corriente colocada en las mismas condiciones externas, porque aún ésta habría tenido la elemental precaución de revisar la cavidad en la que se practicó la operación, mucho más si se trataba de la intervención a una persona obesa como lo afirma el galeno 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 a éstos correspondía también la supervisión de la actividad del resto de personal interviniente’.

El hecho generador de la responsabilidad radicada en el citado galeno, como puede verse, se produjo durante el acto quirúrgico ejecutado por un grupo de profesionales de la medicina, especialistas en diferentes ramos, junto con otro personal auxiliar, que simultáneamente intervinieron en esa 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 gravitar, en principio, la responsabilidad sobre todo el equipo como tal, entendiendo que se trata de una responsabilidad ‘...in solidum – consorcial ‘en mano común’, conjunta o colectiva, exigible al grupo o equipo como tal’ (Eugenio Llamas Pombo, ‘La responsabilidad Civil del Médico’ págs. 326 a 331).

*En el caso, la imputación de responsabilidad al facultativo demandado, provino de su **coparticipación** en la acción productora del daño, como **miembro del equipo médico que realizó la intervención quirúrgica** en la cual se dejó un cuerpo extraño al cerrar la cavidad abdominal de la paciente, grupo a todos cuyos integrantes atribuyó el sentenciador el comportamiento culposo generador del perjuicio, al señalar que ‘...este descuido -se refiere a no tener la precaución de revisar la región en la que se practicó la operación- provino de todo el equipo que intervino en la operación’, hecho que además juzgó más reprochable*

respecto de ‘...quienes actuaron como director y primer auxiliar’, es decir, de los doctores (...) y (...), por tener a su cargo ‘...la supervisión de la actividad del resto de personal interviniente’.

Es decir, partiendo del hecho indiscutido de que a la paciente se le dejó una compresa en su vientre al realizar el procedimiento quirúrgico mencionado, y con abstracción de la persona que materialmente la introdujo en él, lo que se le reprochó al citado facultativo, y en general, a **todos los partícipes** del acto quirúrgico, fue no haber tenido el cuidado de examinar la cavidad donde se verificó, para constatar que no quedara en ella ningún cuerpo extraño, omisión que se consideró de mayor entidad respecto del citado profesional y de quien presidió la intervención, por tener a su cargo la vigilancia del quehacer de los demás, luego si esa fue la conducta culposa que se le endilgó, para devastarla tenía el recurrente que comprobar que no incurrió en la falta que se le imputó, porque no tenía a su cargo ninguno de los deberes de conducta de cuyo abandono se desgajó, nada de lo cual ocurrió, puesto que su disentimiento a ese respecto se forjó alrededor del papel que jugó en el acto médico -primer ayudante-, que por lo demás, fue fidedignamente constatado por el sentenciador, y en la suposición de las pruebas que demostraran que fue la persona ‘...que dejara dentro del vientre de la paciente, la compresa que, posteriormente, se encapsuló...’ y que tuvo, ‘...durante la intervención quirúrgica (...) acceso al vientre de la paciente, para que pudiera haber allí dejado la compresa que motivó la reintervención de la señora’, esfuerzo que obviamente resulta vano, porque si la culpa por negligencia de la cual se le sindicó, no provino de haber sido quien directamente introdujo y dejó en el abdomen de la víctima el elemento en cuestión, el juicio del fallador a ese respecto permanece indemne, porque en definitiva y debido al desenfoque del ataque, quedó libre de reclamo²⁸ (negrillas y subrayas fuera del texto).

De suyo, en todos los casos de coautoría, se está en frente de un sólo hecho dañoso realizado por varios sujetos, razón por la cual todos los intervinientes están llamados a

²⁸ CSJ, SC del 18 de mayo de 2005, Rad. n.º 14415.

responder solidariamente, por el perjuicio que de tal comportamiento colectivo se derive.

Así las cosas, es claro que este primer supuesto contemplado en la norma que se analiza, no corresponde al del proceso, caracterizado, según lo dejó sentado el Tribunal y lo admitió el propio recurrente, en la realización de dos actividades peligrosas independientes, ejecutadas por agentes diferentes: una, el o los disparos que al momento del atraco de la entidad financiera accionada, realizaron los atracadores con miras a perpetrar el ilícito; y, otra, el o los disparos efectuados por el vigilante Alzate Henao, al servicio de COOSEGURIDAD C.T.A., para impedir o contrarrestar la labor de los delincuentes.

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

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

La Corte, desde vieja data, tiene por sentado que:

*En numerosas ocasiones la jurisprudencia ha definido el alcance del concurso activo de las culpas en la causación de los daños irrogados a otro, en el sentido de declarar la responsabilidad in solidum de todos aquellos cuya conducta culposa o negligente haya **contribuido** a la producción de*

esos daños, por lo cual no pueden ser recibidos a exculparse alegando la conducta igualmente censurable de sus copartícipes. Tal doctrina fluye con toda claridad de normas legales, como los artículos 2341 y 2344 del Código Civil, cuya aplicabilidad depende, entonces, de una simple regla de apreciación de los hechos, a saber: si el daño se hubiere producido sin la conducta culposa a que se pretende atribuir, no hay responsabilidad; pero si esta conducta obra como causa única **o concurrente**, dicha responsabilidad queda configurada²⁹ (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:

(...) Entonces, cuando en la producción del daño han actuado varias personas, generalmente todas ellas son solidariamente responsables y, por tal virtud, la víctima o acreedor, a su arbitrio, 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 del tercero, a quien por serlo no se puede juzgar aquí, no exonera de responsabilidad del daño; apenas lo haría solidariamente responsable del mismo a términos del artículo 2344 del Código Civil**, respecto del cual ha dicho la Corte: 'Cuando hay 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, en armonía con el 1571. El que realiza el pago se subroga en la acción contra el otro u otros responsables, según el artículo 1579 y siguientes (LXX, pág. 317 y LXXII, pág. 810). Siendo, 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 1977; aún no publicada)³⁰ (negrillas y subrayas fuera del texto).

Con mayor proximidad en el tiempo, observó:

²⁹ CSJ, SC del 13 de diciembre de 1968, G.J., t. CXXIV, págs. 406 a 413.

³⁰ CSJ, SC del 2 de noviembre de 1982, G.J., t. CLXV, págs. 263 a 269.

(...) Lo dicho anteriormente significa que la solidaridad legal que consagra el artículo 2344 del C.C. y por la cual se ata a varias personas cuando **todas ellas concurren a la realización del daño**, sin importar la causa eficiente por las que se les vincula como civilmente responsables, solidaridad legal que se presenta **ante la concurrencia de varios sujetos que deben responder civilmente frente a la misma víctima por los daños que a ésta le han irrogado**, tiene por único objeto garantizarle a ella la reparación íntegra 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 intereses³¹ (negrillas y subrayas fuera del texto).

En tiempo muy reciente predicó:

Y en efecto, sabido es que el artículo 2344 del Código Civil sienta un principio de solidaridad pasiva cuando en el resultado dañoso **ha intervenido causalmente en forma activa desde el punto de vista jurídico la conducta (facere o non facere) de dos o más personas**, sin que al efecto se requiera que dicha intervención sea coetánea o simultánea, pues lo decisivo es que **‘los diversos comportamientos concurren en la lesión del mismo interés’** en frase de De Cupis que la Sala tomó para aplicar la solidaridad pasiva en obligados a título contractual y extracontractual (SC172-2002 del 11 de septiembre de 2002, rad. 6430)

(...)

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 (...)**³² (negrillas y subrayas fuera del texto).

Se trata, pues, del concurso, en la producción del daño, de una multiplicidad de culpas atribuibles a diferentes

³¹ CSJ, SC del 10 de septiembre de 1998, Rad. n.º 5023.

³² CSJ, SC 5686 del 19 de diciembre de 2018, Rad. n.º 2004-00042-01.

sujetos, de cuya concatenación o agregación aflora el perjuicio, al punto que su ocurrencia, por una parte, no tiene lugar por 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 extraños al respectivo proceso, y que haya predicado que la responsabilidad de éstos no exonera a quien sí 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 daño 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 financiera demandada y, de otro, al celador que custodiaba esas instalaciones, atrás 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.

5.3. Dable es admitir que del precepto en análisis se infiere un tercer supuesto, consistente en las actividades grupales, consensuadas o espontáneas, generadoras de daños, sin 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.

Al 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 varias personas han causado un daño mediante una acción ilícita cometida en común, cada una de ellas es responsable del daño. Lo mismo rige cuando no se puede determinar quién de entre varios partícipes ha causado el daño por su acción” (se subraya); y que, en relación con dicho precepto, autorizada doctrina ha observado:

La segunda solución es entender que en los casos de daños causados por miembros de un grupo, aún cuando no haya coautoría, hay que resarcir salvo que se pruebe que algunos de ellos no pudieran ser causantes de ellos, solución del parágrafo 830 de la BGB, para la cual la doctrina y la jurisprudencia alemana establecen dos requisitos de aplicación. Es necesario que cada uno de los eventuales causantes del daño, de haberlo sido efectivamente, hubiese sido responsable, bien por culpa o bien por riesgo; y, aunque no se exigen especiales acuerdos de voluntades en relación con la conducta peligrosa, es necesario que cada una de las singulares acciones de los posibles dañantes haya formado parte de un acaecimiento unitario desde el punto de vista espacial-temporal”³³ (se subraya).

³³ Pantaleón Prieto, Fernando. Comentado por Díez-Picazo, Luis. *Ob. Cit.*, pág. 166.

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

Todos estos datos podrían permitir obtener hoy una regla en virtud de la cual cuando un daño haya sido causado o haya sido originado en las actividades de un grupo o conjunto de personas, la responsabilidad por los daños compete a todos solidariamente, a menos que cada uno de ellos se exonere probando la inexistencia de un vínculo de causalidad o de una imputación en relación con él.

Como ha sido señalado, para que la regla pueda ser aplicada es menester una situación de carácter espacio-temporal en la cual concurren unos determinados grupos o números de personas a la eventual producción de los daños, aunque no es preciso que existan especiales acuerdos de voluntades ni expresos ni tácitos, ni en relación con cada actuación particular, ni con la producción del resultado, aunque sí que la singular acción de cada uno de los dañantes haya formado parte de un acaecimiento unitario desde el punto de vista espacio-temporal. Es preciso, además, que las condiciones de imputación subjetiva u objetiva se den respecto de todos ellos, de manera que si la responsabilidad tiene su origen en la culpa pueda encontrarse culpa de todos y que si la responsabilidad tiene su origen en el riesgo, todos hayan contribuido a crearlo³⁴ (se subraya).

Ricardo De Ángel Yagüez, a quien se atribuye uno de los estudios más completos sobre el tema, luego de hacer un recorrido por las diversas legislaciones y sistemas jurídicos, de recopilar las opiniones de diversos autores y de memorar uno de sus anteriores trabajos, expresó:

*‘Todas estas consideraciones nos llevan a sugerir, como fundamento técnico de la solución jurisprudencial de la responsabilidad civil de todos los miembros del grupo, una doctrina que podría denominarse **‘de la actividad colectiva peligrosa’** o **‘del peligro originado por una colectividad’**. La idea podría formularse así: **cuando un grupo de personas desarrolla, bien concertadamente, bien de manera espontánea, una actividad como consecuencia***

³⁴ Díez-Picazo, Luis. Ob. Cit., págs. 167 y 168.

de la cual se causa daño a un tercero, todos los componentes del colectivo quedan solidariamente obligados a reparar el mal causado si no puede acreditarse quién fue su autor directo.

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 antijuridicidad. Por dar lugar al riesgo, sus 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 vendrían acreditados por la circunstancia de que el daño se causó) constituyen ya el ilícito común - de ahí la responsabilidad de todos.

*Queda en pie, desde luego, el problema arduo de esta solución -la relación de causalidad-, pues es evidente que del actuar de todos peligrosamente no deriva de forma directa el daño que con seguridad **sólo uno** produjo. Pero no encontramos mayor dificultad para que el requisito del nexo causal pueda ser objeto de una laxa interpretación -o incluso de una genuina presunción-, pues fórmulas jurídicas tanto o más atrevidas que ésta ya vienen siendo puestas en juego por los tribunales de los países cuyo Derecho está más firmemente arraigado en la doctrina de la culpa.*

*En pro de este artificio dogmático jugarían razones de innegable fundamento jurídico o sociológico: injusticia de atribuir al perjudicado la **prueba diabólica** acerca de quién fue el autor efectivo o directo; absurdo a que conduce la circunstancia de que si el autor directo es conocido haya lugar al reconocimiento y que en cambio no lo haya cuando con muy fundada verosimilitud cualquiera de varios haya podido ser el agente del daño, etcétera.*

*Contempladas las cosas desde el punto de vista de los miembros del grupo, habría 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 atisbos de intención de causar **algún** daño -e incluso solo por razón de la simple ligereza en el comportamiento-, a una acción cuya peligrosidad se encarga de acreditar el resultado producido. Y, por otra parte, nos parece extraordinariamente sugestiva la alusión que la sentencia del Tribunal de Casación francés, de 5 de junio de 1957, hace al fenómeno de la 'excitación mutua'. No es*

*descabellada, sino al contrario, fruto de fina observación, la idea de que con frecuencia el calor puesto en el desarrollo de una actividad colectiva (cazar, lanzar piedras en la conocida diversión infantil, 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. Razón bastante, a nuestro entender, para justificar el juicio de reproche, en último término benigno -pues se repara **sólo** dinero-, que fundamenta la responsabilidad civil.*

*Queda, eso sí, un último reparo: la exclusión de responsabilidad de aquel de los miembros del grupo que acreditare 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- participan por igual en la **creación del riesgo**.*

Ahora bien, esa exclusión podría justificarse en razón al principio de personalidad de la pena (trasladada al campo del Derecho civil) y a consideraciones de justicia superiores a las que explican la tendencia a la reparación de la víctima. En definitiva, sería ir al fondo mismo del supuesto de hecho, pues el problema que venimos planteando sólo se suscita -en teoría y en la práctica- cuando se desconoce el autor directo del daño, por mucho que éste se haya producido en el desarrollo de una actividad semejante por parte de dos o más.

*Podría suscitarse la cuestión sobre la solución a adoptar cuando la víctima es uno de los miembros del grupo. Pues bien, a nuestro entender, si esa víctima desarrolla 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 **recíproca aceptación de riesgos**, al igual que sucede en la práctica de un deporte. Lo que excluiría la responsabilidad de los demás participantes³⁵ (se subraya).*

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

³⁵ De Ángel Yangüez, Ricardo. Tratado de Responsabilidad Civil. Civitas, Madrid, 1993, págs. 876 a 878.

*actividades colectivas son generadoras de perjuicios que pueden ser si cabe potencialmente más graves que los causados 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 cualquiera de sus miembros*³⁶, 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 responden de forma individual, pues queda acreditada la relación causa-efecto entre el perjuicio y su acción a través del acuerdo del resultado lesivo (PANTALEÓN PRIETO [1983], p. 411-413). En ese 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 conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento. Así, si 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 es debido a las piedras que lanzan ‘A’ y ‘B’, como si sólo son las de ‘A’ o las de ‘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 alcance del daño entre ellos, pero no su imputación, pues todos ellos han contribuido a causarlo de una forma u otra.*³⁷

Con tal base, concretó 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 verdadera causante del 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 resarcir a cuantos hayan tenido alguna vinculación acreditada con las circunstancias en las cuales se produjo el daño, ante la carencia, insuficiencia o imposibilidad de la prueba para individualizar al autor material por parte de la víctima?*³⁸

³⁶ www. indert.com. Múrtula Lafuente, Virginia. “Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil”. InDret. Revista para el Análisis del Derecho. N° 4 – 2020 – ISSN 1698-739X, pág. 3.

³⁷ www. indret.com. Múrtula Lafuente, Virginia. Ob. Cit., pág. 3.

³⁸ www. indret.com. Múrtula Lafuente, Virginia. Ob. Cit., pág. 3.

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]as **obligaciones de garantía y los deberes de protección 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 ayudas públicas, que actúan ante graves problemas a los que un Estado social debe hacer frente*” (“*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 causalidad incierta**”.

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 han concurrido en la producción del daño que 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 permitido por la propia actividad, favoreciendo de esta forma el resultado lesivo. Sólo así podrá establecerse un lazo suficientemente estrecho entre el partícipe y el supuesto dañoso que justifique la imputación del daño, separándolo del resto de personas que tienen una postura neutral frente al resultado lesivo (CYPIONKA [1985], p. 72-73)*³⁹ (se subraya).

Los hermanos Mazeaud, en síntesis, admiten la responsabilidad de todos los intervinientes en los casos de

³⁹ www. indert.com. Múrtula Lafuente, Virginia. Ob. Cit., pág. 22.

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 “**de cada uno por la totalidad**”, expresan:

Concretemos ahora, colocándonos en la perspectiva de la jurisprudencia actual al menos, los casos en que cada uno de los autores de una o varias culpas se encuentran obligados a 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, sin que sea posible determinar cuál es el miembro del grupo que ha cometido la culpa dañosa, no cabría condenar a todos los miembros del grupo, aunque todos ellos se hayan vuelto culpables de una falta; y menos todavía declararlos responsables solidariamente a unos por otros.

Así, el Tribunal del Sena, por sentencia del 8 de enero de 1912 (...), se negó fundadamente a condenar a unos jugadores de fútbol porque uno de ellos, que permaneció indeterminado, habría lanzado el balón 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 había cometido la culpa dañosa: el lanzamiento del balón contra el cristal; todos no podían responder de eso.

*Este requisito de la culpa dañosa ha dado lugar a grandes dificultades en materia de accidentes de caza. El caso típico es el siguiente: dos cazadores disparan simultáneamente; un tercero es herido, por lo demás, quizá, por un solo plomo; se comprueba que ambos cazadores han sido imprudentes, pero resulta imposible probar contra uno u otro que sus municiones, o una de ellas, han alcanzado a la víctima. ¿Qué resolver? En principio, por severa que pueda parecer la solución, hay que negarse ciertamente a condenar a los cazadores. Ninguno de ellos debe responder de las culpas del otro, y no está probado que su culpa haya causado el daño. Tal es la solución admitida por la Corte de casación. 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 afirmación de DEMOGUE, según el cual ‘hay responsabilidad **del grupo si éste ha obrado de manera culposa**, incluso si uno sólo de los miembros ha causado el acto ‘material’. Por lo demás, no cabe hablar de responsabilidad del mismo grupo más que si constituye una persona moral y si el daño ha sido causado en su nombre. Pero los que organicen una cacería o cacen ellos mismos en condiciones peligrosas son desde luego responsables del accidente que de ello resulte, incluso si ese accidente es provocado más directamente por el disparo de uno de los participantes. En la hipótesis frecuente en que los dos tiradores **cacen conjuntamente** en condiciones imprudentes, deben ser considerados responsables in solidum, no como tiradores, sino en tanto que cazadores u organizadores⁴⁰ (negrillas y subrayas fuera del texto).*

6. 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 “acaecimiento unitario desde el punto de vista espacial-temporal”; o a una “actividad colectiva peligrosa”; o a un “peligro originado

⁴⁰ Mazeaud, Henry y Léon. Tunc, André. “Tratado Teórico y Práctico de a Responsabilidad Civil Delictual y Contractual”. Tomo Segundo, Volumen II. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1993, págs. 177 a 180.

por una colectividad”; o a acciones individuales que aumentan “el riesgo de la 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”.

7. Llegados a este punto, es corolario obligado de los razonamientos que anteceden, la imposibilidad del Tribunal de haber vulnerado 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 itera, 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 actividad grupal o colectiva en las condiciones que se dejaron especificadas.

8. 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 *ad*

quem, el reconocimiento de la “*excepción de culpa exclusiva de un tercero en favor de ambos demandados*”.

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 \$3.000.000.00.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia del 15 de mayo de 2014, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, 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 Juzgado Adjunto al (...) Tercero Civil 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 agencias en derecho se fija la*

suma de” \$3.000.000.00, “*en favor de los demandados, en razón de \$1’500.000 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 TERNERA BARRIOS

Presidente de Sala

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado

Radicación: 05001-31-03-003-2004-00273-02

SALVAMENTO DE VOTO

1. 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.

2. 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. Aquélla, 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.

El Juzgado 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, devenía del incumplimiento de

una obligación de seguridad. La responsabilidad, por tanto, no salía avante. 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.

3. 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 al 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 *ad-quem* erró al atribuir los hechos a un tercero.

4. 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 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 para obrar*”⁴¹.

El nexa 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 daño o mengua patrimonial para efectos de la responsabilidad civil.

La doctrina igualmente ha distinguido entre culpa y causa. Precisamente los PETL⁴², *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil o Principles of European Tort Law*, a propósito de la causalidad adoctrinan en el capítulo tercero todo lo relacionado con la causa y la

⁴¹ RAE, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario esencial de la lengua española*. 22 ed. Madrid: Espasa, 2006 p. 298.

⁴² *Principles of European Tort Law*, del colectivo de juristas: *European Group on Tort Law*, Viena, mayo del 2005).

conurrencia de las mismas, distinguiéndola de la culpa. 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 cada una de ellas hubiera 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) Si, 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 definitivo, toda actividad posterior que por sí misma hubiera causado el mismo daño debe ser ignorada.

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

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

“Art. 3:105. Causalidad parcial incierta

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

“Art. 3:106. Causas inciertas en la esfera de la víctima

La víctima 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 relación con los criterios de intención, cuidado 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 violación intencional o negligente del estándar de conducta exigible*”.

La «*culpa*», por tanto, corresponde a un «*factor de imputación (...) de carácter subjetivo*»⁴³. Supone la violación de deberes de diligencia y cuidado asumidos por una persona «*en una relación de alteridad para con otra u otr[o]s*», no respecto de sí mismo, ni contra su propio interés⁴⁴. 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 posible⁴⁵.

4.2. Preciado lo anterior, en la resolución del cargo segundo ha debido tenerse en cuenta que a la actora se le causó un daño que no 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.

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

⁴³ VISINTINI, Giovanna. «*Tratado de la Responsabilidad Civil*». Tomo II. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1999, pág. 292. SANTOS BRÍZ, Jaime. «La responsabilidad civil». Derecho sustantivo y Derecho procesal, séptima edición, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1993. Pág. 118.

⁴⁴ DE CUPIS, Antonio. «*Teoría General de la Responsabilidad Civil*» 2dª. Edición. Editorial Bosch, S.A. México, 1975, págs. 278 y s.s.

⁴⁵ SOTO NIETO, Francisco. «*La llamada compensación de culpas*». Revista de Derecho Privado, Madrid, mayo de 1968. Tomo LII.

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.

4.2.2. 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 había 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 aquélla. Empero, como la respuesta del Tribunal fue otra, los errores *iuris in iudicando* aparecían estructurados.

Nada distinto a lo discurrido, 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.

4.2.3. 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 la recurrente, en *“considerar que la falta de identificación del proyectil que causó el daño a la demandante implicaba que no fuera posible afirmar 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.

4.2.4. 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 discurrido en el punto anterior, no se encuentran en el mismo grado de ejecución.

4.3. 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 análisis 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 yerro 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. *“[P]areciera –dice– 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 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.

5. 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 reclaman a gritos su subsunción sin prejuicios.

6. 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 intelección 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 yerros 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 dogmática jurídica que estudia el derecho de daños.

La confusión y la anarquía creada se evidencia al tratar en el mismo tamiz 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 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”.

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 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. Éstos 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.

7. 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, resultan de

capital importancia. Esto, debido a la especial temática de la regulación, su propósito y en particular para comprender porqué 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 non seulement du dommage quel'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde"*⁴⁶

Es decir, "Se es responsable, *no solamente del daño que cause 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 sous sa garde*"⁴⁷, 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

⁴⁶ FRANCIA, CÓDIGO CIVIL FRANCÉS. Madrid: Marcial Pons. 2005, p. 608.

⁴⁷ FRANCIA, CÓDIGO CIVIL FRANCÉS. Madrid: Marcial Pons. 2005, p. 608.

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.

Se trató de una respuesta a la dinámica social industrial de la época. Georges Ripert impulsó esa conceptualización. La Corte de Casación Francesa en 1927 en el caso “*Jand Heur c. Les Galeries Belfortaises*” 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 subjetiva podría bastar en una sociedad en que las relaciones sociales comerciales e industriales estuvieran poco desarrolladas, 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, los riesgos se multiplican y revisten las más variadas formas”⁴⁸.

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 daño ocasionado, pues la cosa riesgosa ya no es dócil para el hombre, este *“ha obrado, pero la cosa ha ido más allá de su acción”⁴⁹.*

⁴⁸ JOSSERAND, LOUIS. *Teoría general de las obligaciones*. Ediciones Jurídicas Europa América. 1950. p. 410.

⁴⁹ PIZARRO, Ramón. *Responsabilidad civil por riesgo creado y de la empresa*. Tomo II. Editorial Buenos Aires. La Ley. 2006. p. 31.

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 2341 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 daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta

“Son especialmente obligados a esta reparación:

*“1. El **que dispara imprudentemente una arma de fuego.***

*“2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, **sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche.***

*“3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, **lo tiene en estado de causar daño** a los que transitan por el camino”.*

8. 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 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 daño,

presupone que el daño 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 Andrés Bello, 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 mixturas, embrollos, mezclas impuras, amalgamas y aleaciones contradictorias.

Nuestro texto, a diferencia del francés se encamina exclusivamente por el “(...) *ou des choses que l'on a 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 quel'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. 2341 del C.C, como epicentro de la responsabilidad subjetiva o con culpa probada. Pero el 2356 ejúsdem, alude exclusivamente a la responsabilidad por riesgo, y de esa manera, el genio de Andrés Bello, solucionó claramente el problema, porque en esta regla no introdujo, 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 Código Civil Francés 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 yerro 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.

9. Según la sociología jurídica⁵⁰ lo importante para el concepto de riesgo *“es exclusivamente que el posible daño sea algo contingente; esto es, evitable”*. En esa medida, la realización del daño según la formulación normativa del artículo 2356 se ata única y exclusivamente al curso causal 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 aun bajo las posiciones subjetivistas.

La apreciación del binomio riesgo-daño es inescindible. Si se crea un riesgo, se le denomina así porque puede producir un daño. No hay riesgo sin la probabilidad de un daño. Aquél es condición de este. Por ende, en tanto el riesgo implica la contingencia de la realización de un daño,

⁵⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Editorial Walter de Gruyter y Co. 1992. p. 34.

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.

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.

10. 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 interviniera desde 1927 para señalar que en el 1384 del C. C. francés también existía una responsabilidad POR RIESGO.

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:

10.1. Centró el laborio en si era dable calificar la actividad como peligrosa *“como quiera que atrae a los delincuentes, debido a la existencia de grandes cantidades 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”*.

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

10.3. 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 vendría a ser la actividad delincuencia, 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 (...) 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”.

En respuesta, lo primero que debe advertirse es que si bien el casacionista denomina como peligrosa la actividad del banco en varios apartes, precisó que a priori no se puede considerar como tal, e hizo explícito que la razón de ser de su 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 connotación de actividad peligrosa, *“también se puede reconocer en los supuestos en que una persona despliega una actividad lícita 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.

Complementó que ese tipo de actividades *“(…) **no está[n] necesariamente ligada[s] a estructuras que puedan engendrar un peligro, puesto que la[s] misma[s] se pued[en] también tipificar cuando se despliega ‘un comportamiento que genera más probabilidades de daño’ a terceros, que genera una ruptura en el equilibrio en las relaciones de convivencia 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 ejecuta”.

La actividad bancaria, dijo, **“no puede ser considerada a priori [como] peligrosa”**, en Colombia **“conlleva un riesgo significativo en atención a los actos delincuenciales que se suscitan 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 daños a terceros que entran en contacto directo con la misma (v.g. clientes potenciales), lo cual (...) permite calificarla en nuestro contexto social como una actividad peligrosa, dado que implica un comportamiento que genera más probabilidades de daño”**.

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 Real Academia 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 Niklas Luhmann

*“Al igual 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, por lo menos en la sociedad moderna. La contraparte funge solamente como un concepto de reflexión cuya función consiste **en aclarar la contingencia** de los hechos o estados de las cosas que caen bajo el concepto de riesgo”⁵¹.*

11. 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 *órgano de cierre ha acudido “al riesgo, al peligro potencial inherente a la cosa o actividad, al desequilibrio y multiplicación de fuerzas y energías, a la incapacidad 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

⁵¹ LUHMANN. Op. Cit., p. 38.

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 guardián 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, ponderable 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 devienen dañosas para terceros”*⁵².

Conforme a la doctrina el carácter riesgoso no se determina 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.

⁵² PIZARRO, Ramón. *Responsabilidad civil por riesgo creado y de la empresa*. Tomo I. Editorial Buenos Aires. La Ley. 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 demasiadas causas improbables que pueden provocar que algo salga mal, por lo que su consideración en un cálculo racional se hace imposible*”⁵³.

12. 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 cruza 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

⁵³ LUHMANN. Op. Cit., p. 32.

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 delincuencia 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 aún en esta región ese riesgo ha existido. La notoriedad del riesgo se corrobora si se aplica el criterio de medidas controladoras, según apuntaló la Sala, en otra oportunidad:

“En procura de buscar esa particularidad no debe atenderse 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 guardián que se trata de una actividad que ofrece riesgos potenciales a terceros, generando un desequilibrio en desmedro de estos, se afana en guarecerla con vigilancia extrema y diseños especiales que minimicen sus riesgos (...)”⁵⁴.

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 desistir de llamar a la policía en sus desplazamientos con sumas de dinero. Todo esto

⁵⁴ CSJ SC de 19 de diciembre de 2018, radicado 2004-00042-01.

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.

13. 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, refulge 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.

Con acierto así lo resuelve la doctrina.

“El suceso debe ser totalmente ajeno al riesgo o vicio de la cosa o de la actividad desplegada. El casus interior o interno (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 desarrollada y no es, por ende, extraño o ajeno al responsable”⁵⁵.

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

⁵⁵ PIZARRO. Op. Cit., p. 296.

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, *ut supra*

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado