

Sobre la imputabilidad del daño en materia de responsabilidad por las actividades peligrosas

A propósito de las teorías propuestas en los salvamentos de voto de la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 4 de octubre de 2001

Ref: 11.365*



Fabrizio Mantilla Espinosa**

Horacio Perdomo Parada***

El régimen de la responsabilidad es probablemente la disciplina jurídica que más cambios ha sufrido en las últimas décadas. En efecto, los avances tecnológicos y científicos, y los nuevos riesgos que éstos conllevan, han hecho aparecer insuficiente el régimen general de responsabilidad concebido por el legislador del siglo XIX.

En este proceso de adaptación de las normas jurídicas existentes a las nuevas necesidades sociales, la jurisprudencia ha tenido el papel protagónico. Las técnicas interpretativas de la ley, y en especial la famosa "*interpretation déformante*" de la norma jurídica, han permitido a la jurisprudencia colombiana *crear* a partir de las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico un verdadero régimen de responsa-



* El 7 de diciembre de 1989 dos albañiles murieron electrocutados al hacer contacto el andamio con el que trabajaban con los cables de alta tensión. Fue presentada la demanda por responsabilidad extracontractual de la Empresa de Energía de Bogotá, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Mediante providencia del 17 de agosto de 1995 el juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, argumentando la culpa exclusiva de las víctimas. Fue interpuesto el recurso de apelación y el Consejo de Estado, mediante sentencia del 4 de octubre de 2001, revocó la sentencia apelada y condenó a la Empresa de Energía de Bogotá a indemnizar el 50% de los daños y perjuicios sufridos por los demandantes, argumentando la concurrencia de la actividad de la entidad pública con la culpa de las víctimas. Un consejero de Estado y un conjuer se apartaron de la decisión negando la responsabilidad de la entidad pública, sustentando su posición mediante las teorías que analizamos a continuación.

** Catedrático de la Universidad del Rosario.

*** Abogado rosarista especialista en responsabilidad extracontractual.

bilidad acorde con las necesidades sociales y en armonía con las disposiciones de nuestro sistema jurídico¹.

El régimen de la responsabilidad por las actividades peligrosas es el más claro ejemplo de este proceso de evolución del derecho colombiano. En efecto, partiendo de lo dispuesto en el artículo 2356 del Código Civil, la jurisprudencia colombiana ha llegado a elaborar un régimen especial de responsabilidad que no se encuentra cimentado sobre la noción de culpa y que ha permitido equilibrar los altos riesgos y los grandes beneficios que son la consecuencia de la utilización de los avances tecnológicos en la sociedad.

Ahora bien, recientemente han aparecido ciertas tendencias doctrinales que pretendiendo aplicar las teorías sobre el nexo causal de la doctrina francesa, han llegado a desnaturalizar completamente el régimen colombiano de la responsabilidad por las actividades peligrosas, quitándole, a su vez, toda utilidad práctica.

Para poder analizar dichas teorías, antes que todo hay que precisar la noción de responsabilidad por las actividades peligrosas (1) para después poder determinar la forma correcta de analizar el vínculo causal existente entre la actividad peligrosa y el daño (2).

1. LA NOCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS

El derecho debe, dentro de los límites de su objeto y de su competencia, buscar las soluciones idóneas para resolver los problemas que se presentan dentro de un grupo social determinado. Las soluciones dadas a dichos problemas son justificadas mediante construcciones jurídicas, las cuales pueden ser de dos clases:

- * *La exposición de motivos.* Ésta es una justificación de hecho del resultado deseado, la cual se sirve de razones morales, económicas, sociales, etc.
- * *La teoría.* Es una construcción intelectual, una abstracción, destinada a justificar el resultado deseado, por medio de la utilización de conceptos generales.

¹ Sobre las técnicas interpretativas y la evolución jurisprudencial de la teoría de la responsabilidad, consultar con ventaja: Philippe Jestaz, *Le Droit*, ed. Dalloz, *Connaissance du Droit*, 1992, pp. 49 y ss.; Jean-Luc Aubert, *Introduction au Droit*, ed. PUF *Que sais-je?*, 1993, pp. 54 y ss.; Jean-Louis Gazzaniga, *Introduction Historique au Droit des Obligations*, Ed. PUF, 1992, pp. 212 y ss.; Javier Tamayo Jaramillo, *De la responsabilidad civil*, tomo I, Vol. 2, Ed. Temis, 1996, pp. 39 y ss.; y Libardo Rodríguez, *Derecho administrativo*, Ed. Temis, 1994, pp. 374 y ss.

En este estudio nos limitaremos a analizar los motivos que han justificado las decisiones jurisprudenciales (A) y el alcance de la teoría de la responsabilidad por las actividades peligrosas (B), dejando de lado las teorías doctrinales creadas para explicar su naturaleza jurídica².

A. La exposición de motivos

La jurisprudencia del Consejo de Estado es muy clara cuando expone las razones de sus decisiones. Algunos ejemplos:

" (...) cuando la responsabilidad se presume por el ejercicio (sic) de la utilización de cosas peligrosas o que en sí mismas representan un gran riesgo para los demás, como sucede, por ejemplo, con la utilización de vehículos automotores, armas oficiales de dotación, redes de conducción de energía, etc., el que las utiliza o ejerce para provecho o beneficio suyo le impone a los demás una carga excepcional que no tienen por qué soportar y si los daña debe resarcirlos (restablecimiento que se impone como una solución de equidad) (...) "

(Sentencia proferida el 19 de diciembre de 1989, Exp. 6.754).

"Ubicándose el caso dentro del régimen de responsabilidad objetivo (sic) por riesgo excepcional, derivado del ejercicio de actividades peligrosas (vehículos automotores, armas de dotación oficial, conducción de energía eléctrica) el factor de imputación, como lo dice la jurisprudencia, es el riesgo grave que excede los inconvenientes inherentes a la prestación del servicio y, por consiguiente, los administrados se ven expuestos a la contingencia del riesgo creado por el Estado; por tanto el que genera ese tipo de riesgo debe soportar las consecuencias del hecho que acaece, siempre y cuando se demuestre también el daño y la relación de causalidad (...)".

(Sentencia proferida el 31 de mayo de 2001, Exp. 12782).

La doctrina más representativa sigue la misma orientación. Por ejemplo:

"Cosas o actividades de esa naturaleza son peligrosas por sí mismas, aunque el agente no incurra en culpa al utilizarlas. Quien para su provecho las emplea, y ese uso produce el daño que se temía, es justo que se obligue a indemnizar a la víctima de los daños que ha sufrido"³.

² Sobre este punto tan controversial en la doctrina colombiana aconsejamos ver el resumen hecho por Javier Tamayo Jaramillo, *op. cit.*, pp. 60 y ss. Sin embargo, queremos precisar que no compartimos la explicación dada por este autor mediante su teoría de la "culpa probada".

³ Citación de Francisco Ruiz hecha por Javier Tamayo Jaramillo, *op. cit.*, p. 110.

Como podemos ver, tanto la jurisprudencia, como la doctrina colombiana y extranjera más autorizada, están de acuerdo con el proceso de adaptación de la responsabilidad a las nuevas condiciones de la sociedad y a los nuevos riesgos que de éstas surgen. El derecho positivo colombiano toma en cuenta las ideas de solidaridad colectiva y de riesgo social para así equiparar las cargas sociales en cuanto a la asunción de riesgos y a la indemnización de perjuicios.

Sin embargo, aún se pueden ver en la doctrina opiniones que van en contra de esta evolución. Analicemos la posición del doctor Ricardo Hoyos Duque expuesta en su salvamento de voto de la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 4 de octubre de 2001.

El doctor Hoyos Duque sostiene:

"(...) estimo que hay riesgos que deben ser asumidos socialmente y que sólo cuando la actividad no se mantiene dentro de unos márgenes técnicos de seguridad habrá lugar a dicha responsabilidad.

"(...) socialmente se ha aceptado asumir ese riesgo, en razón de los beneficios generales que esa actividad proporciona, siempre que el mismo permanezca reducido a los menores límites, a través de mecanismos eficaces de seguri-

dad, de acuerdo con los avances tecnológicos disponibles."

La posición del doctor Hoyos Duque es muy respetable, pero se encuentra en franca oposición con el principio mismo de la existencia de un régimen especial de responsabilidad.

Antes que todo hay que partir del supuesto de la existencia de un régimen general de responsabilidad, cuyos principios se encuentran consagrados en los artículos 2341 y siguientes del Código Civil. Este régimen general dispone que la persona que haya sufrido un daño tendrá derecho a una indemnización, cuando éste haya sido causado por el comportamiento culposos de otra persona (o por la falla en la prestación del servicio, para utilizar la terminología propia del derecho administrativo).

Ahora bien, el régimen especial de la responsabilidad por las actividades peligrosas fue creado para suplir las insuficiencias a las cuales se enfrentaba el régimen general en razón de los nuevos riesgos creados a raíz de los avances tecnológicos.

En el derecho colombiano este régimen especial fue concebido para proteger a los miembros de la comunidad de los daños de

gran magnitud que pueden producirse en el desarrollo normal de las actividades consideradas como peligrosas.

Dicho en otros términos, el supuesto de hecho del régimen especial es la actividad que como tal es considerada como peligrosa. El limitarlo a los casos en que "*la actividad no se mantiene dentro de los márgenes técnicos de seguridad*" sería quitarle todo su fundamento ideológico y su utilidad práctica, ya que éste dejaría de proteger a las personas por los daños que se produzcan por las actividades peligrosas propiamente dichas, y sólo entraría a aplicarse en caso de mal manejo, de errores, de faltas, de culpas (llámese como quiera) en el desempeño de la actividad peligrosa.

Si el daño es causado por la actividad peligrosa, en su desempeño normal o anormal, y no le es imputable al ciento por ciento a una causa extraña, quien ejerció dicha actividad es responsable y debe indemnizar a la víctima. Ahora bien, el determinar en qué porcentaje el daño le es imputable a la actividad peligrosa depende del análisis hecho por el juez en el caso particular, a luz de los principios que rigen la teoría de la causalidad.

B. El alcance de la teoría de la responsabilidad por las actividades peligrosas

Por medio de la utilización del régimen de la responsabilidad por las actividades peligrosas, el derecho colombiano ha conseguido resultados similares a los obtenidos por el derecho francés, a través del régimen de responsabilidad por el hecho de las cosas (a). Sin embargo, las teorías que sustentan estos dos regímenes son muy diferentes (b).

a) Los resultados obtenidos

Antes que todo, y bien vale la pena repetirlo, este régimen especial permite indemnizar los daños ocasionados por aquellas actividades que traen consigo riesgos de gran magnitud. Esas actividades introdujeron a la cotidianidad de la vida en sociedad grandes riesgos a los que el hombre otrora no se encontraba expuesto y que pueden ocasionar daños que en la mayoría de los casos no pueden ser imputados a ningún comportamiento culposos.

Tal régimen especial de responsabilidad no solamente libera a la víctima de la carga de probar el comportamiento culposos del causante del daño, sino que además la prueba de la ausencia de culpa en el ejercicio de la actividad

peligrosa no exonera de responsabilidad.

Sin embargo, como bien lo precisan Starck, Roland y Boyer, "la existencia de una culpa probada, es decir, de un hecho personal, no excluye la posibilidad de una demanda en justicia en virtud de lo dispuesto en el artículo 1384 inciso primero del Código Civil"⁴ [artículo 2356 del Código Civil colombiano].

Por otra parte, como bien lo explica el profesor Larroumet, "(...) no se puede pasar por alto un factor que ha tenido una importancia considerable en el desarrollo de la responsabilidad por el hecho de las cosas [*y por las actividades peligrosas, en el derecho colombiano*]: el seguro de responsabilidad civil. (...) si el nacimiento de la responsabilidad por el hecho de las cosas favoreció la conclusión de contratos de seguros de responsabilidad, el desarrollo del seguro de responsabilidad ha favorecido, a su vez, la extensión de la responsabilidad por el hecho de las cosas"⁵.

A pesar de que en la práctica la teoría colombiana de la responsabilidad por las actividades pe-

ligrosas y la teoría francesa de la responsabilidad por el hecho de las cosas obtienen resultados similares, sus regímenes jurídicos son muy distintos.

b) Particularidades de la teoría

Antes que todo es indispensable precisar que el régimen colombiano es mucho más amplio que el francés. En efecto, mientras este último se limita a los daños causados por una *cosa*, el régimen colombiano cobija los daños causados por una *actividad* que puede ser ejercida o no mediante la utilización de una cosa.

Los dos regímenes tienen sus ventajas y sus inconvenientes:

El francés ofrece la seguridad jurídica de saber que éste sólo será aplicado en un supuesto de hecho bien delimitado: en caso de daños causados por una *cosa*. Sin embargo, es evidente que no todas las cosas exponen a riesgos excepcionales que justifiquen la aplicación de un régimen de responsabilidad tan riguroso. En este aspecto el régimen francés es más amplio que el colombiano, ya que aquel se aplica a los daños causados por *todas las cosas*.



⁴ Boris Starck, Roland, Henri et Boyer, Laurent, *Obligations. Responsabilité Délictuelle*, Ed. Litec, 1991, p. 223.

⁵ Christian Larroumet, et Françoise Bénac-Schmidt, *Responsabilité du fait des Choses Inanimées. Répertoire Civil*, Recueil Dalloz, 1989, p. 6.

El régimen colombiano tiene la virtud de regir solamente aquellas actividades que puedan presentar riesgos excepcionales: las actividades peligrosas. Sin embargo, la teoría es muy criticable dada la dificultad para determinar la *peligrosidad* de la actividad, lo cual queda, en últimas, sujeto al arbitrio del juez.

Si bien es cierto que intentar definir las actividades peligrosas presenta serias dificultades, no podemos prescindir de adoptar una definición aproximativa si se quiere precisar el alcance de la teoría.

*Debe considerarse peligrosa toda actividad que, una vez desplegada, genera más probabilidades de daño, de las que normalmente está en capacidad de soportar por sí solo, un hombre común y corriente*⁶.

Precisado el alcance de este régimen de responsabilidad, podemos aventurarnos a analizar el nexo

causal que debe existir entre la actividad peligrosa y el daño, sin olvidar las particularidades del régimen especial de responsabilidad del derecho colombiano, particularidades que excluyen la aplicación literal de las teorías francesas.

2. EL VÍNCULO CAUSAL ENTRE LA ACTIVIDAD PELIGROSA Y EL DAÑO

La causalidad es la ley en virtud de la cual se producen los efectos⁷, y por causa se debe entender "la condición de origen exterior de un acontecimiento"⁸.

Sin embargo, todos los acontecimientos están determinados por múltiples condiciones de origen exterior. La labor del jurista es buscar cuál (o cuáles) de éstas tuvo un papel determinante en la producción del hecho y considerar a las restantes como simples condiciones de realización. Esto es lo que se conoce en la doctrina con el nombre de *causalidad*



⁶ Esta definición se diferencia de la propuesta por el profesor Tamayo Jaramillo, *op. cit.*, p. 113, en dos puntos:

a) Él sostiene que la *estructura* o el *comportamiento* de la actividad son los que generan más probabilidades de daño. En nuestra opinión, no es correcto hablar de la estructura o del comportamiento de la actividad, sino de las cosas a través de las cuales se ejerce la actividad peligrosa y, como ya lo vimos, el ejercicio de las actividades peligrosas no está limitado a la utilización de cosas.

b) El profesor Tamayo agrega, a renglón seguido: "*Esta peligrosidad surge porque los efectos de la actividad se vuelven incontrolables o imprevisibles debido a la multiplicación de energía y movimiento, a la incertidumbre de los efectos del fenómeno, o a la capacidad de destrozo que tienen sus elementos*". Nosotros no creemos que sea necesaria la inclusión de esta frase explicativa dentro de la definición, ya que esto le quita toda su flexibilidad.

⁷ *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 1992, p. 313.

La noción de *causalidad* es muy discutida en doctrina, sobre este punto recomendamos consultar a Geneviève Viney et Patrice Jourdain, *Traité de Droit Civil. Les Conditions de la Responsabilité*, Ed. LGDJ, 1998.

⁸ Arthur Schopenhauer, *De la Quadruple Racine du Principe de Raison Suffisante*, Ed. Vrin, 1946, p. 43.

adecuada (la cual se opone a la teoría de la *equivalencia de condiciones*).

En materia de responsabilidad, el ejercicio intelectual consiste en buscar la actividad que constituye el origen del daño y atribuirlo a un sujeto, es decir, imputárselo⁹.

Ahora bien, en lo concerniente a la responsabilidad por las actividades peligrosas, ciertos doctrinantes han sostenido teorías sobre el vínculo causal directamente calcadas de la doctrina francesa y por ende inaplicables al régimen colombiano (A); teorías que de ser acogidas por la jurisprudencia acabarían con la construcción lógica del sistema especial de responsabilidad colombiano quitándole, a la vez, toda utilidad práctica (B).

A. Teorías doctrinales sobre el vínculo causal inaplicables en Colombia

Antes que todo hay que recordar que el sistema colombiano, a di-

ferencia del francés, no parte del supuesto de la existencia de una cosa para aplicar el régimen excepcional de responsabilidad, sino del ejercicio de una actividad considerada como peligrosa; la cual puede desarrollarse mediante la utilización de una cosa o sin que medie cosa alguna¹⁰.

Nosotros limitaremos nuestro análisis a las actividades peligrosas realizadas mediante la utilización de una cosa, ya que es en estos casos, precisamente, que ciertos doctrinantes han intentado aplicar ciertas teorías de la doctrina francesa.

En su salvamento de voto de la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 4 de octubre de 2001, el doctor Martín Bermúdez Muñoz sostiene:

“En el presente caso es claro que, sin la presencia de las redes eléctricas, no se habría presentado el daño, lo que conduce a afirmar que ellas eran una condición *sine qua non* para que éste se hubiese

⁹ El profesor Larroumet hace una diferenciación fundamental entre la “*imputabilidad material* que corresponde al simple vínculo causa-efecto y sobre la cual reposa la teoría de la responsabilidad, la *imputabilidad psicológica*, que hace referencia al libre albedrío de las personas (dentro de la teoría de las incapacidades) y la *imputabilidad moral* que requiere un juicio de valor sobre el comportamiento de la persona, a la cual hace referencia la noción de culpa”. Clase magistral sobre la responsabilidad civil, Universidad París, II, 1999-2000.

“Hay entre el sistema de responsabilidad civil y la indemnización automática una diferencia esencial: en la indemnización automática el daño es reparado sin que sea necesario imputarlo a la actividad de una persona, mientras que en el mecanismo de la responsabilidad civil hay que buscar un responsable de la actividad que originó el daño.” Christian Larroumet, *L'indemnisation des Victimes des Accidents de la Circulation: L'amalgame de la Responsabilité Civile et de L'indemnisation Automatique*, Dalloz, Chronique, 1985, pp. 237 y ss.

¹⁰ Sobre este punto aconsejamos ver la excelente explicación dada por Tamayo Jaramillo, *op. cit.*, p. 113.

presentado. Sin embargo, ello no permite deducir que la sola 'existencia' de las redes constituya la causa jurídica del daño, pues éstas estaban ubicadas normalmente, como está plenamente evidenciado en el expediente".

El doctor Bermúdez cita como sustento de su argumentación a Flour y Aubert, quienes sostienen:

"Un sistema de responsabilidad sin culpa —o al menos sin culpa probada— sólo puede ponerse en funcionamiento mediante un *correctivo*: la aplicación de una teoría restrictiva de la causalidad. No es posible, razonablemente, responsabilizar a los guardianes de todas las cosas sin *las cuales* no habría existido el daño. En consecuencia, se le debe negar el *papel causal* a algunas de dichas cosas; es decir, eliminar ciertas condiciones del daño aun si éstas tuvieron el carácter de condiciones *sine qua non*.

"Sin embargo, el problema no está resuelto. Es necesario delimitar los casos en los cuales la cosa ha causado el daño y aquellos en los que ésta sólo tuvo un *papel pasivo*. Para ello, las sentencias se han referido a un criterio de *normalidad* o de *anormalidad*.

"La cosa que sólo tuvo un papel pasivo es aquella que por su ubi-

cación, su instalación, su utilización, tuvo un *comportamiento normal* (...). La cosa que fue la causa generadora es aquella que fue anormalmente ubicada e instalada."¹¹

El autor colombiano concluye su argumentación diciendo:

"Cuando, por el contrario, no se ha realizado el riesgo y el daño no se ha producido como consecuencia del mismo, caso en el cual estaremos hablando de que existió un 'rol (sic) pasivo de la cosa', se hace necesario examinar si su situación o ubicación eran normales, para determinar si ella puede considerarse como la *causa* del daño. Y en estos casos, la demostración de que la entidad demandada tomó las medidas necesarias para que esto no se presentara, tampoco la exonera de responsabilidad."

"En el caso donde está establecido que las redes estaban adecuadamente instaladas y cumpliendo con las correspondientes reglas de seguridad, lo que normalmente permite prever que no causarían ningún tipo de daño, resulta claro que el daño no puede considerarse jurídicamente como causado por ellas".

La posición del doctor Bermúdez es muy respetable, pero su teoría



¹¹ Jacques Flour, et Jean-Luc Aubert, *Les obligations. Le Fait Juridique*, Ed. Armand Collin, 1997, p. 266.

llega a conclusiones completamente erradas, al ser aplicada al régimen colombiano, debido a que parte de premisas falsas.

En efecto, las teorías sobre el *rôle passif* de la cosa fueron creadas por la doctrina francesa partiendo de las premisas de la teoría de la responsabilidad por el hecho de las cosas, del derecho francés, y no pueden *transplantarse* al régimen colombiano de la responsabilidad por las actividades peligrosas aun cuando éstas fueran ejercidas por medio de una cosa.

Explicamos nuestra afirmación:

El derecho francés y el colombiano parten de supuestos distintos para construir sus regímenes especiales de responsabilidad sin culpa:

El primero, basándose en el artículo 1384 inciso primero del Código Civil, toma como punto de partida de su teoría la *cosa*¹² que produce un daño, sin entrar a hacer ninguna calificación axiológica de ésta.

Como lo explicamos anteriormente, el sistema francés es, en este aspecto, más amplio que el

colombiano, puesto que somete al régimen especial *todas las cosas* (salvo algunas que tienen regímenes particulares como los establecidos en los artículos 1385 y 1386 C.C.) que causen un daño. Es decir, que a todos los daños causados por una *cosa* cualquiera (en movimiento o inerte, grande o pequeña, *peligrosa* o *no peligrosa*) se les aplica el régimen de responsabilidad sin culpa.

El derecho colombiano, por el contrario, no parte de la simple definición ontológica de *cosa* para construir su régimen especial, sino de la *cosa calificada*. El régimen de responsabilidad sin culpa no es susceptible de ser aplicado a todas las cosas sino, únicamente, a aquellas cosas por medio de las cuales se ejerza una *actividad peligrosa*.

Como podemos ver, el régimen colombiano parte de un supuesto distinto, de una etapa más avanzada del proceso intelectual, de la *cosa calificada*, que tiene una característica especial: el ser *peligrosa*. Y que cumple un papel determinado: realiza una *actividad*¹³.

Ahora bien, el sistema francés necesita ciertos *correctivos* para

¹² Para la Real Academia Española "cosa" es: "Todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta", *op. cit.*, p. 413.

¹³ "Actividad": Facultad de obrar. En actividad, en acción.

"Activo": Que obra o que tiene virtud de obrar. Real Academia Española, *op. cit.*, p. 25.

evitar la aplicación de su régimen especial de responsabilidad a situaciones que no ameritan un tratamiento particular. A esto, precisamente, se refieren Flour y Aubert (citados por el doctor Bermúdez) cuando afirman:

“Un sistema de responsabilidad sin culpa —o al menos sin culpa probada— sólo puede ponerse en funcionamiento mediante un *correctivo*: la aplicación de una teoría restrictiva de la causalidad. No es posible, razonablemente, responsabilizar a los guardianes de todas las cosas sin *las cuales* no habría existido el daño.”¹⁴

La teoría del *rôle passif* de la cosa de la doctrina francesa no es más que un simple *correctivo* que permite la inversión de la carga de la prueba del nexo causal¹⁵. Es decir, cuando en la producción del daño participó una *cosa inerte*, corresponde a la víctima probar que ésta efectivamente lo *causó*, y que no tuvo un mero papel pasivo en su producción.

Sobre el particular, Viney y Jourdain sostienen:

“La noción de ‘hecho de la cosa’ es bastante difícil de precisar. Ésta siempre tiene una intervención activa en la realización o en la agravación del daño. Sin embargo, la existencia de ese ‘hecho’ se presume cuando la cosa se encontraba en movimiento o entró en contacto con la persona o con el bien que sufrió el daño, mientras que éste debe ser probado por la víctima en los otros casos y esta prueba exige la demostración de su ‘posición anormal’ o de su comportamiento ‘anormal’.

“Para la jurisprudencia actual, la inercia de la cosa no es un obstáculo a la aplicación del artículo 1384 inciso primero, ésta sólo tiene por consecuencia privar a la víctima del beneficio de la ‘presunción de causalidad’ obligándola a probar el ‘papel activo’ de la cosa, es decir, su comportamiento o su posición anormal que crea un **peligro** para los terceros (las negrillas son nuestras).



¹⁴ Flour et Aubert, *op. cit.*, p. 266.

¹⁵ Actualmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia francesa parecen haber dejado atrás toda referencia a la teoría del *rôle passif* de la cosa, como causal de exoneración de responsabilidad.

En términos del profesor Larroumet: “(...) podemos afirmar que el papel pasivo de la cosa trae como consecuencia el privar de su contenido a la noción de causa extraña minuciosamente elaborada por la jurisprudencia. Esta consecuencia, precisamente, ha sido el origen de las críticas de la doctrina: se le reprocha, esencialmente, el permitir la exoneración del guardián mediante la simple prueba de la ausencia de culpa, lo cual va en contra de la noción de presunción de responsabilidad, presunción que sólo puede ser desvirtuada mediante la prueba de una causa extraña (...).

Un fallo de la Segunda Sala Civil del 12 de mayo de 1980 ha sido interpretado como la prueba del abandono definitivo del *rôle passif* en su función exoneratoria (...). El fallo Desmarres ha dado el golpe de gracia al “*rôle passif*” al exigir, en lo sucesivo, la prueba de la fuerza mayor para poder exonerar completamente al guardián de su presunción de responsabilidad (...).”

Christian Larroumet, et Françoise Bénac-Schmidt, *Responsabilité du fait des Choses Inanimées. Répertoire Civil*, Recueil Dalloz, 1989, pp. 44-45.

“En caso de una caída por las escaleras la víctima sólo puede invocar el artículo 1384 inciso primero contra el guardián de la escalera, si ella puede probar que la escalera estaba ‘anormalmente’ resbalosa, o mal iluminada, o era **peligrosa** (...).”¹⁶ (las negritas son nuestras)”.

Es evidente que en el derecho francés y en el colombiano el régimen especial de responsabilidad se aplica a objetos distintos. Y por esto mismo en el derecho francés se podría utilizar la teoría del *rôle passif* y las nociones de normalidad y de anormalidad para excluir ciertas cosas del campo de aplicación del régimen especial de responsabilidad. Sostener la aplicación, en el derecho colombiano, de la teoría del *rôle passif*, y su consecuente inversión de la carga de la prueba, es una verdadera *contradictio in adjecto*.

En pocas palabras, en el derecho colombiano la cosa ya está de-

sempeñando una actividad, ya es considerada como peligrosa y anormal, y si el daño lo causó el ejercicio de dicha actividad, la persona que la realiza es responsable.¹⁷

Ahora bien, esto no quiere decir, de ninguna manera, que la actividad peligrosa ejercida por medio de una cosa sea necesariamente la causa del daño. En efecto, la existencia de una causa extraña (probada, con todos sus elementos constitutivos) rompe el vínculo causal y exonera de responsabilidad al agente¹⁸. Y, en esta hipótesis, la cosa que realiza la actividad peligrosa sería entonces considerada como una mera condición *sine qua non* de la realización del daño.

La doctrina colombiana más representativa llega a las mismas condiciones que nosotros:

“(...) cuando los objetos por medio de los cuales se ejerce una actividad peligrosa en sí misma, no

¹⁶ Geneviève Viney et Patrice Jourdain, *op. cit.*, pp. 642 y ss.

En el derecho colombiano, la cosa a través de la cual se ejerce la actividad peligrosa no puede ser considerada *inerte*. La *inercia* y el *ejercicio de una actividad peligrosa* son dos conceptos antinómicos.

Ahora bien, si una cosa es *inerte* no ejerce ninguna actividad y por ende el daño que con ésta se llegase a causar no sería cobijado por el régimen especial de responsabilidad sino por el general, art. 2341 C.C.

¹⁷ Partiendo de este supuesto podemos traer a colación lo dicho por el doctor Bermúdez en su salvamento de voto en la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 4 de octubre de 2001, p. 6:

“La determinación de la relación de causalidad, en su acepción jurídica, debe hacerse, como generalmente lo ha hecho la jurisprudencia, acudiendo a la teoría de la causalidad adecuada. De acuerdo con ella, no basta la participación de la cosa en la producción del daño para que ella se considere como su causa, sino que se requiere que su intervención sea determinante en la producción de dicha consecuencia”.

¹⁸ “La prueba de una causa extraña sólo es un problema de causalidad. Ésta sólo destruye el vínculo causal (...)”.

Christian Larroumet, *Droit Civil. Les obligations. Le contrat*, Ed. Economica, 1998, p. 600.

Esta causa ajena al ejercicio de la actividad peligrosa vendría, entonces, a producir de forma necesaria el efecto (el daño, en nuestro caso).

están en movimiento, persiste la posibilidad de la responsabilidad por actividades peligrosas, siempre y cuando la víctima demuestre que a pesar de ser ella misma quien ha realizado el contacto con la actividad peligrosa, el daño realmente se produjo por la peligrosidad que encierra en sí misma la actividad que estaba en receso aparente o real.

“Si la actividad peligrosa está en movimiento, o tiene un dinamismo propio independiente de la actividad inmediata de su guardián, se puede dar la responsabilidad por actividades peligrosas, aunque la actividad esté colocada sin violar los reglamentos o normas (...).

“Sin embargo, ocurre que en la mayoría de las veces que se produce un daño con una cosa que no estaba en movimiento, pero cuya peligrosidad puede potencialmente causar el hecho, hay culpa de la víctima como causa del perjuicio”¹⁹.

Si la teoría del *rôle passif* de la cosa llegase a influenciar la jurisprudencia colombiana, toda la teoría de la responsabilidad por las actividades peligrosas perdería su justificación.

B. Las incoherencias que acarrea la teoría del *rôle passif* de la cosa

El régimen especial de responsabilidad por las actividades peligrosas está sustentado por una teoría lógica que ha permitido alcanzar en la práctica los resultados que la jurisprudencia ambicionaba.

La adopción de las teorías del *rôle passif* de la cosa no solamente iría en contra de su lógica teórica (a), sino que además le quitaría toda utilidad práctica (b).

a) Desde el punto de vista teórico

Los doctrinantes que defienden la teoría del *rôle passif* de la cosa limitan el campo de aplicación de la responsabilidad por las actividades peligrosas sólo a aquellos casos en que la cosa por medio de la cual se ejerce la actividad no se encuentra dispuesta de forma normal.²⁰

Ahora bien, cuando analizamos la exposición de motivos vimos que la jurisprudencia toma en consideración “el ejercicio (sic) de la utilización de cosas peligrosas

¹⁹ Tamayo Jaramillo, *op. cit.*, pp. 130 y ss.

²⁰ En los términos del doctor Hoyos Duque: “(...) sólo cuando la actividad no se mantiene dentro de unos márgenes técnicos de seguridad habrá lugar a dicha responsabilidad”. En su salvamento de voto de la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 4 de octubre de 2001, p. 2.

Al respecto el doctor Bermúdez sostiene: “(...) sólo cuando la cosa peligrosa haya tenido un comportamiento anormal, puede considerarse efectivamente como la causa del daño”. En su salvamento de voto de la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 4 de octubre de 2001, p. 8.

o que en sí mismas representan un gran riesgo para los demás"²¹, es decir: "la utilización de vehículos automotores, armas oficiales de dotación, redes de conducción de energía, etc."²², y no *la utilización inadecuada de vehículos automotores, el mal manejo de las armas oficiales de dotación, la conducción anormal de energía, etc.*

Esto muestra que la calificación jurídica es impuesta a la cosa en sí misma. Y en el derecho sólo se utilizan las calificaciones para asignarles consecuencias jurídicas. Por lo tanto, si aceptáramos la posición de los doctores Hoyos Duque y Bermúdez, nos veríamos obligados a admitir una de dos posibilidades:

- Las actividades en sí son calificadas como peligrosas, pero el ordenamiento jurídico no le atribuye ninguna consecuencia jurídica a esto. Sólo tiene consecuencias jurídicas su mal desempeño.
- Lo *peligroso* es el anormal desempeño de estas actividades.

Como podemos ver, las dos posibilidades conducen a planteamientos inaceptables.

Sin embargo, lo más criticable de estas teorías son las consecuencias que traerían en la práctica.

b) Consecuencias prácticas

Si aceptáramos que el régimen especial por las actividades peligrosas solo debiera aplicarse en caso de un comportamiento anormal, pondríamos en cabeza de la víctima la prueba de dicha anormalidad.

Además, "la mayoría de las veces la anormalidad se identifica con la culpabilidad, situación que desemboca igualmente en una desventaja probatoria para la víctima"²³.

Esto equivaldría a transformar el régimen de la responsabilidad por las actividades peligrosas en uno nuevo que no presentaría ninguna diferencia en la práctica con el régimen general de responsabilidad por el hecho culposo (o

²¹ Sentencia proferida el 19 de diciembre de 1989, Exp. 6.754.

²² *Ídem*.

²³ Tamayo Jaramillo, *op. cit.*, p. 128.

La doctrina francesa también ha sido sensible a esta realidad:

" (...) Ésta es una exigencia que ha hecho pensar a algunos en el resurgimiento de la responsabilidad por culpa presunta. En realidad, la posición anormal o el comportamiento anormal no es necesariamente debido a la culpa del guardián. Sin embargo, la mayoría de las veces la prueba del papel pasivo de la cosa se asemeja (...) a la prueba de la ausencia de culpa." Geneviève Viney et Patrice Jourdain, *op. cit.*, p. 644.

por falla en la prestación del servicio).

En conclusión, la teoría del *rôle passif* de la cosa es completamente inaceptable en derecho colombiano. Y su admisión traería por

única consecuencia la supresión del régimen especial de responsabilidad por las actividades peligrosas, el cual ha sido creado por el derecho colombiano, como respuesta a la evolución de la sociedad moderna.