



CONCEPTO Y ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

MARCOS RODRÍGUEZ PUENTES

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.56.2016.09>

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Rev. derecho priv. No. 56

julio - diciembre de 2016. e-ISSN 1909-7794

Concepto y alcance de la responsabilidad objetiva

Resumen

El concepto de responsabilidad objetiva es problemático, ya que las perspectivas en torno a esta se fundan en intentos de diferenciarla de la seguridad social o de la responsabilidad subjetiva, con diferentes resultados en relación con su definición y efecto. En este artículo se analizó en primer lugar estas dos perspectivas, para estudiar después la correlación, de un lado, entre la díada de las obligaciones de medios o diligencia y las obligaciones de resultado y, del otro lado, la graduación tripartita de la culpa en el sistema jurídico colombiano, con el fin de demostrar que las obligaciones de resultado no generan una responsabilidad objetiva. En el aparte subsiguiente se examinaron los factores de atribución de responsabilidad, estudiando cuáles de ellos son subjetivos y cuáles objetivos, para desembocar finalmente en dos afirmaciones: primera, que la responsabilidad objetiva es una asunción de riesgo por una parte, porque así lo establece la ley o un contrato; segunda, que los eventos de fuerza mayor pueden exonerar a una parte de su responsabilidad solo cuando se encuentren en un sistema de responsabilidad subjetiva, pues si de responsabilidad objetiva se trata, la parte correspondiente tendrá que asumir el costo del daño, con la única excepción del dolo de la víctima.

Palabras clave: responsabilidad objetiva, responsabilidad subjetiva, culpa grave, culpa leve, culpa levísima, obligaciones de medios, obligaciones de resultado, factores de atribución de responsabilidad.

Concept and scope of the strict liability

Abstract

The concept of strict liability in Colombia is problematic, since different perspectives on it arise from attempts to differentiate it either from social security or from subjective liability, with different results in regard to its definition and effects. In this article, we firstly study those two perspectives, to analyze afterwards the correlation that can be found between the diligence obligations and the obligations of result dyad, and the tripartite graduation of the fault, in the Colombian legal system, so as to demonstrate that obligations of result are not defined by a strict liability. Subsequently, we go over the factors of attribution of liability, examining which of them are subjective and which objective, to finally result in two affirmations: first, strict liability is an assumption of a risk by one party, because either the law or a contract so establishes; second, the acts of God can exempt a party from liability only when in a subjective liability system, if it is about strict liability, the corresponding party is bound to assuming the cost of the damage, with the only exemption of wrongdoings of the victim.

Keywords: strict liability, subjective liability, grave fault, minor fault, obligations of diligence, obligations of result, factors of attribution of liability.

Concepto y alcance de la responsabilidad objetiva*

MARCOS RODRÍGUEZ PUENTES**

SUMARIO

Introducción – I. CONCEPTOS PRELIMINARES – II. CLASIFICACIÓN TRIPARTITA DE LA CULPA Y LAS OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADOS – A. *Dolo y culpa grave* – B. *Obligaciones de medios y culpa leve* – C. *Obligaciones de resultado y culpa levísima* – D. *Obligaciones de medios y obligaciones de resultado* – III. FACTORES DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD – A. *Riesgo creado* – B. *Obligaciones de garantía* – IV. CONCLUSIONES – Referencias.

* Cómo citar este artículo: Rodríguez Puentes, M. (Diciembre, 2016). Concepto y alcance de la responsabilidad objetiva. *Revista de Derecho Privado*, (56). Universidad de los Andes (Colombia). <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.56.2016.09>

** Abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista y magíster en Derecho Privado Económico de la misma Universidad. Docente de Derecho Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad la Gran Colombia. Correo: marrod801@gmail.com.

Introducción

En este artículo, en primer lugar se hace una exposición sucinta y concreta de las posiciones de renombrados doctrinantes que han dado aportes en torno al concepto de la responsabilidad objetiva, simplemente como planteamiento de la discusión; en el siguiente acápite, se lleva a cabo un análisis de la responsabilidad subjetiva, su clasificación tripartita y los medios de exoneración que operan en relación con cada clase, delimitando así el ámbito propio de este tipo de responsabilidad, de suerte tal que resulte inconfundible con la responsabilidad objetiva; finalmente, se plantea el estudio de los factores de atribución de responsabilidad, profundizando en los factores objetivos, para decantar qué constituye una responsabilidad objetiva; en fin, en el acápite de conclusiones, se ofrece una recopilación de lo encontrado a lo largo de este estudio.

Así pues, el objetivo de este artículo es ofrecer una visión conceptual estructurada de los regímenes de responsabilidad subjetiva y de responsabilidad objetiva, dada la importancia mayúscula de esta última, debido al visible y creciente interés en desarrollarla en materia contractual —específicamente en el ámbito de la protección al consumidor—, y en inferirla a partir de la ley vigente en cuestiones extracontractuales.

La metodología de que se sirve este trabajo es cualitativa, en razón de su alcance profundamente conceptual; sin perjuicio de lo cual los análisis que se plantean son de *lege lata*, y no de *lege ferenda* (Courtis, 2003, p. 80).

Con base en lo dicho, se expone cómo las obligaciones de medios y de resultado no son más que una forma diferente de aludir a la clásica graduación de la culpa por la que se responde, y cómo la responsabilidad objetiva es del todo ajena a dicha graduación, siendo imposible la exoneración respecto de esta con la acreditación de las categorías eficaces frente a la responsabilidad subjetiva, especialmente la fuerza mayor.

I. CONCEPTOS PRELIMINARES

Sostiene el tratadista Javier Tamayo Jaramillo (2007) que tanto la responsabilidad objetiva como la subjetiva se desprenden de la conducta del responsable, al punto que “lo que sí es esencial es el comportamiento activo u omisivo del agente, aun en la más objetiva de las responsabilidades” (p. 188), es decir, que en la responsabilidad objetiva la culpa no es requerida, pero sí lo es la conducta del agente al que se imputa responsabilidad.

En consecuencia, indica Tamayo Jaramillo (2007, pp. 8-9) que, en cuanto a la responsabilidad objetiva, quien genera el perjuicio “debe ser demandado y *si prueba una causa extraña será liberado de toda responsabilidad*” [cursivas fuera de texto], esto es, la responsabilidad objetiva se deriva de una conducta del responsable, quien, en todo caso, es causante del daño, y puede liberarse de la responsabilidad que le corresponde demostrando una fuerza mayor o la culpa de alguien más, sea la víctima, sea un tercero.

Esta causa extraña rompería el nexo causal existente entre la conducta del responsable y el daño causado, de donde se derivaría que su conducta no generó el daño, lo que a su vez implicaría que el resarcimiento de dicho perjuicio no le resulta endilgable.

Con base en lo anterior, hace Tamayo (2007) una última precisión en el sentido de que la responsabilidad objetiva suele confundirse con la seguridad social, en la que sí se responde por el hecho simple y objetivo de la ocurrencia de un daño, situación jurídica respecto de la cual el legislador concede una indemnización, y aclara que “la responsabilidad objetiva está en cabeza del causante del daño, mientras que la seguridad social está en cabeza de la institución que asume el riesgo” (p. 8).

A *contrario sensu*, el profesor Tamayo Lombana afirma, no ya que la conducta sea requerida junto con el nexo causal y el daño para efectos de dar nacimiento a la responsabilidad, sino que en el lugar de aquella —la conducta—, pone simplemente el *hecho generador* (2009, p. 351).

Visto así, claramente el nexo de causalidad no necesariamente debe darse entre la conducta de aquel a quien se imputa la responsabilidad y el daño, sino entre este y un hecho generador jurídicamente cualificado en un contexto jurídico dado.

Esa cualificación jurídica del hecho generador será necesariamente la conducta del agente si el contexto jurídico es la responsabilidad sub-

jetiva; y serán hechos externos a dicha conducta, en caso de ser dicho contexto el de la responsabilidad objetiva.

Esta visión encuentra eco en la exposición de Ospina Fernández y Ospina Acosta, quienes señalan que desde los albores mismos de la responsabilidad fundada en el contenido subjetivo moral del agente, es decir, en el dolo y en la culpa,

solamente se ha considerado como factor exonerante del cumplimiento de las obligaciones el caso fortuito o fuerza mayor, esto es, el hecho extraño al agente, imprevisible e irresistible. Así, (...) para que se admita la exoneración del deudor se requiere que este no haya podido prever el hecho extraño impediendo. (2005, p. 78).

La significación de esto es de mayúscula importancia: desde las raíces mismas del sistema de responsabilidad subjetiva se ha considerado al caso fortuito o fuerza mayor como la forma de exoneración por excelencia, de suerte tal que este se opone a la responsabilidad en el régimen subjetivo, y no en el objetivo.

Vale la pena traer a colación al respecto, por coincidir conceptualmente de forma significativa, la expresión del profesor Arturo Valencia Zea (1985, p. 280), en el sentido de que en el contrato de depósito, el depositario, “si quiere exonerarse de responsabilidad, debe demostrar la *ausencia total de culpa*, es decir, la *fuerza mayor*” [cursivas añadidas].

Con meridiana claridad, Valencia Zea (1985) señala que la fuerza mayor se opone a la culpa de forma absoluta, equivaliendo la *ausencia total de culpa* con la *fuerza mayor*, teniendo esta la virtud de enervarla.

Así las cosas, tenemos dos sectores de la doctrina, uno que considera que la responsabilidad objetiva es aquella en la que se da un vínculo entre el actuar del responsable, aunque sin culpa suya, y por lo tanto se le opone la fuerza mayor, y otro que afirma que el vínculo de oposición entre la fuerza mayor y la responsabilidad objetiva es inapropiado, ya que la fuerza mayor se opone a la responsabilidad subjetiva, de donde se deriva que no es de la conducta del agente sino de la asunción del riesgo —sea cual sea su fuente— de donde se derivaría la responsabilidad objetiva.

La dicotomía no es de poca monta: para el primer sector referido, el segundo pretende erigir en responsabilidad social la responsabilidad objetiva; para el segundo, el primero quiere restringir el campo de acción de la responsabilidad objetiva al punto de convertirla en una simple responsabilidad por culpa¹ exonerable al oponer a la pretensión la fuerza mayor.

Nuestro sistema jurídico, de raigambre continental, exige la dilucidación de la discrepancia, acudiendo para estos efectos a los textos que nos ofrece la ley; es lo que a continuación se hará.

II. CLASIFICACIÓN TRIPARTITA DE LA CULPA Y LAS OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADOS

Habiendo plasmado las perspectivas más sobresalientes en relación con lo que es y no es la responsabilidad objetiva, es pertinente hacer referencia, en primer lugar, al contorno que define la responsabilidad subjetiva, de tal suerte que sea perfectamente delimitable respecto de la responsabilidad objetiva.

Para este fin es necesario acudir a la división tripartita de la culpa, contenida en los artículos 63 y 1604 del Código Civil, y realizar una interpretación lógica de estas normas, evidenciando que aunque claras y completas tienen un alcance potencial mayor (Uribe Restrepo, 1942, pp. 403, 408 y 410).

A. Dolo y culpa grave

Sea lo primero hacer alusión a la culpa grave, dada la equivalencia que el Código Civil establece entre esta y el dolo en el artículo 63, para efectos de sus consecuencias.

En relación con la culpa grave, el artículo citado establece que es “la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios”; es decir, un descuido tan grande, que

1. Culpa en sentido de falta, bien sea a título de dolo o a título de culpa propiamente dicha.

es reprochable fuesen cuales fueran las circunstancias, un palmario desinterés respecto del bienestar del otro.

El dolo, por su parte, es allí mismo definido como “la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

Ese desinterés ostensible que configura la culpa grave, y esa intención positiva de inferir daño, están psicológicamente tan cerca, que carece de importancia frente al ordenamiento jurídico, por lo que el mismo artículo señala que “esta culpa en materias civiles equivale al dolo”.

Como es natural, en los regímenes punitivos que, ante todo, juzgan el contenido moral —culpa o dolo— del acto jurídico ilícito, esta regla de equivalencia no opera, pues el ordenamiento punitivo tiene en cuenta las divergencias entre ambas figuras, entre otras cosas, por razón del *favor rei* y del *indubio pro reo*, toda vez que el acusado es la parte más débil de la relación jurídico-procesal, ya que esta se establece respecto del estado y no de la víctima; no así en el derecho civil, donde la relación está establecida entre agente dañador y víctima, siendo esta la parte más débil, o considerándose iguales las partes.

Ahora bien, es tal el grado de identidad que tienen estas dos figuras para el ordenamiento privado, que el aseguramiento del dolo y el de la culpa grave se encuentran proscritos por igual (Código de Comercio, art. 1055). De esta suerte, lo predicable del dolo es igualmente

predicable de la culpa grave: no existe causal posible de exoneración o de atenuación de la responsabilidad civil que generen.

Y como los efectos prácticos son idénticos, también deben serlo las exigencias probatorias, de tal manera que la presunción de culpa grave está tan proscrita en nuestro ordenamiento privado cuanto lo está la presunción del dolo (Código Civil, art. 1516). Por lo tanto, la prueba del dolo y asimismo la de la culpa grave corresponden a quien alega su ocurrencia.

B. Obligaciones de medios y culpa leve

En segundo lugar tenemos la culpa leve, a la que, de conformidad con el artículo 64 del Código Civil, se opone la diligencia propia del *bonus pater familiae* —o del buen hombre de negocios—, que es “aquél que cumple sus funciones con todo el cuidado que un hombre diligente y probo utiliza en la administración de sus negocios” (De Souza Oliveira, 2005, p. 78).

En relación con lo anterior anota el doctor Tamayo Jaramillo (1990) que, en general, la alusión a las gradaciones de la culpa resulta inocua, pues los presupuestos de mutua utilidad o su ausencia, para efectos de determinar el grado de culpa por que se responde, pese a encontrar asidero en el contenido del artículo 1604 del Código Civil, son inaplicables en la práctica.

De aquí se seguiría que, en cualquier caso, es inútil demostrar que no se incurrió en el grado

de culpa a partir del cual se es responsable (por ejemplo, que solo se incurrió en culpa levisima siendo responsable de la culpa leve, y reclamando ser exonerado por ello), sino que, afirmada la negligencia y sustentada en medios probatorios eficaces, el demandado solo podrá liberarse aportando pruebas de descargo que evidencien su actividad, es decir, que demuestren de forma directa que llevó a cabo los actos necesarios para que su actuar pueda considerarse diligente.

Sin embargo, los presupuestos del artículo 1604 del Código Civil no están contemplados en el artículo 63 del mismo Código, el cual, valga recordar, no se encuentra circunscrito al régimen ni contractual ni extracontractual. Esto permite colegir lo que tanto Tamayo Lombana (2009, p. 351) como Tamayo Jaramillo (2007, p. 180) coinciden en reconocer: que las diferencias entre el régimen de responsabilidad contractual y el régimen de responsabilidad extracontractual son apenas accesorias.

Por consiguiente, para comprender el alcance de esta *culpa leve*, se hace necesario responder a una pregunta que surge de lo expuesto: ¿quiénes están obligados a demostrar que actuaron con diligencia, a secas?

Pues bien, el mismo artículo 63 establece que, sin perjuicio de las calificaciones particulares que puedan encontrarse en normas específicas, cuando la ley se refiere a la *culpa* sin adjetivos que la califiquen, se entiende que esta es leve, es decir, aquella en la que no incurre un

bonus pater familiae, aquella que no es cometida por un buen administrador.

Pero más allá de tal previsión legal, los que se encuentran sujetos a actuar con la diligencia con que normalmente se actúa frente a los propios negocios, respecto de la ejecución de la prestación a que están obligados para con una contraparte dada, son aquellos que contraen las llamadas *obligaciones de medios*, pues justamente a lo que se comprometen es a ejecutar con una diligencia razonable, suficiente, el objeto.

En este tipo de relaciones, cuando se genera conflicto entre las partes —sea cual sea la fuente de la obligación—, el tema de la prueba consiste en la demostración de los actos de diligencia a que estaba obligado el demandado, quedando este exonerado en caso de probar eficazmente.

Como se sabe, en estos eventos, el legislador puede elegir entre mantener la vigencia del régimen de culpa probada, o cambiarlo por uno de culpa presunta, según razones de equidad, justicia y economía procesal que considere, con lo cual, simplemente, se varía la carga de la prueba (Tamayo Lombana, 2009, pp. 48-51). El Código General del Proceso (art. 167) incluso permite que el juez tome la determinación de establecer, en atención a circunstancias preestablecidas por la misma ley, la decisión de variar dicha carga de la prueba.

En fin, el punto central respecto de la obligación de medios y respecto de la obligación por cuyo incumplimiento se responde hasta por la

culpa leve, es que quedando establecido que el agente realizó los actos que se esperaban de él en orden a la consecución del objeto, es decir, al darse por probada la ejecución de los actos necesarios de diligencia, dicho agente se exonera de responsabilidad. De esta suerte se evidencia la identidad que existe entre las obligaciones de medios y las obligaciones en las que se responde hasta por la culpa leve.

C. Obligaciones de resultado y culpa levísima

Finalmente, están las obligaciones de resultado frente a las cuales solo la prueba de una causa extraña puede lograr que el agente sea exonerado de responsabilidad. En cuanto a estas, ya que solo la causa extraña puede exonerar de la responsabilidad surgida de ellas, aún estaremos en el régimen subjetivo, pues el debate seguirá consistiendo en si hubo culpa o no (Tamayo Lombana, 2009, pp. 50-51), como a continuación se expone.

En efecto, no es que frente a la obligación de resultado la culpa carezca de relevancia, por el contrario, es que tiene tal grado de importancia que solo la demostración de su ausencia absoluta puede lograr que se desestime la pretensión del demandante.

En un sentido coincidente, expresa el Código Civil (art. 63) que a la culpa levísima solo se puede oponer la suma diligencia, y define tal diligencia como aquella “que un hombre juicioso emplea en la administración de sus ne-

gocios importantes”. Esta categoría jurídica se puede precisar de forma más adecuada, si se tiene en cuenta que “diligencia” se define como “cuidado y actividad en ejecutar una cosa” (DRAE, p. 751), y el adjetivo “sumo” se define como “supremo, altísimo, que no tiene superior” (DRAE, p. 1919), de donde se sigue que una obligación respecto de la que responde incluso por culpa levísima, es aquella en relación con cuya ejecución se exige un cuidado y una actividad insuperables y, como acertadamente precisa Ortiz de Zúñiga, “no escasos sacrificios” (1861, p. 133).

En este orden de ideas, y considerando que *sacrificar* es “renunciar a una cosa para conseguir otra” (DRAE, p. 1826), resulta claro que dicho verbo se acompasa perfectamente con las actividades de cuidado que se hayan tenido para configurar un grado cualquiera de diligencia, pues implican un coste de oportunidad, es decir, una renuncia de tiempo y otros recursos (Mankiw, 2009, p. 5), y cuya prueba sirve para demostrar que se fue diligente hasta el nivel exigible.

Sin embargo, una diligencia suma, esto es, en tal grado que no admite superior, insuperable, no puede probarse a través de la demostración de una serie específica de renunciaciones, es decir, de la dejación de una serie de derechos (DRAE, p. 1771) —cosas, tiempo, esfuerzo—, pues aunque tales renunciaciones efectivamente constituirían diligencia, no la podrían configurar hasta el punto de cerrar la brecha entre la diligencia y cualquier grado superior planteable y, por lo tanto, existiendo siempre un grado de diligen-

cia superior, dicho grado de diligencia es exigible si se quiere con ella enervar la pretensión fundamentada en haber incurrido el deudor en una culpa levísima.

Y es que, probados los actos de diligencia, siempre se podrá afirmar que el deudor pudo haber tenido un grado mayor de cuidado o actividad, zozobrando la calificación de *suma* respecto de la diligencia que se pretendía probar.

Así las cosas, si probando actos de diligencia no es posible demostrar la diligencia suma, se evidencia que la prueba de la diligencia suma solo puede darse a partir de la prueba indirecta, es decir, de una prueba que verse “sobre un hecho diferente al que se quiere probar o es tema de prueba, de tal manera que el segundo es apenas deducido o inducido del primero, por una operación lógica o el razonamiento del juez” (Devis Echandía, 1966, p. 522).

En este orden de ideas, el objeto directo de la prueba viene a ser la causa extraña, infiriéndose a partir de esta la existencia de la diligencia suma o insuperable, ya que la causa extraña no deja otra alternativa que la admisión de la inexistencia absoluta de la culpa, incluso en su grado menor planteable, en su grado levísimo,² convirtiéndose así en la única forma de oponerse a esta. No se olvide que, técnicamente, si hay culpa no se puede hablar de caso fortuito (Tamayo Lombana, 2009, p. 236).

Así pues, en armonía con lo expuesto, no queda más remedio que concluir que lo que ocurre con las obligaciones de resultado es que respecto de ellas se responde hasta por la culpa levísima, por lo que, en realidad, el deudor — sea este contractual o extracontractual— está obligado a la suma diligencia, según lo establece el artículo 63 del Código Civil. En otras palabras, la responsabilidad por culpa levísima es aquella por la cual debe responder el deudor sobre quien recae una obligación de resultado, y, por lo tanto, existe plena identidad entre estas dos instituciones.

D. Obligaciones de medios y obligaciones de resultado

Se hace evidente de esta manera que las obligaciones de resultado comparten con las obligaciones de medios la inviabilidad de que su incumplimiento sea fuente de la responsabilidad objetiva, y, en consecuencia, que ni la prueba de hechos de diligencia como factor eximente de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones de medios, ni la prueba de la fuerza mayor, como factor eximente de responsabilidad derivada tanto de obligaciones de medios como de obligaciones de resultado, son eficaces como medios de oposición, en ningún sentido, frente a la responsabilidad objetiva.

2. O de su rotunda irrelevancia, que para efectos jurídicos es lo mismo, pues si no se cumple con el principio de la *conditio sine qua non*, la culpa no viene a ser causa del daño, que es lo mismo que afirmar que no existe, dado que, al menos frente al perjuicio *sub iudice*, no tendría nada que aportar.

Para terminar este aparte valga aclarar que existen obligaciones de medio y de resultado, derivadas de asignaciones tanto legales como contractuales (Tamayo Lombana, 2009, p. 54), de forma que ambas, compartiendo la misma estructura, están sujetas a iguales condiciones, con las particularidades propias de cada derecho vulnerado en el caso particular, según le haya configurado quien tuviera potestad para ello: contratantes o legislador.

En este sentido, aunque la jurisprudencia (CConst., C-1008/2010, L. Vargas; CSJ Civil, 2009, W. Namén) ha sostenido que la posibilidad de aplicar la clasificación tripartita se restringe —cuando acaso se le dé uso— al régimen de responsabilidad contractual, la clasificación tripartita del artículo 63, según se ha expuesto, es aplicable tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual.

III. FACTORES DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD

De lo expuesto en el anterior acápite se deriva que no es si la fuerza mayor resulta un eximente efectivo frente a la responsabilidad lo que importa a la hora de determinar si dicha responsabilidad es o no objetiva, sino si “el daño que ha sufrido una persona (...) [se traslada] económicamente a otro”, por cuenta de la aplicación de un elemento axiológico que sirve de factor atributivo objetivo de la responsabilidad (López Mesa, 2009, p. 441).

Al respecto, debe recordarse que

imponer a un sujeto una obligación resarcitoria implica tanto como cambiar el daño de bolsillo. (...) [Y que si no] está clara la existencia en el caso de uno de los factores de atribución de responsabilidad aceptados, no debe el juez cambiar el daño de bolsillo. (López Mesa, 2009, p. 442).

Se evidencia, entonces, que la atribución de responsabilidad a un sujeto deviene de un factor de atribución, de una causa eficiente determinada con antelación, que no solo justifica sino que exige que el daño ocurrido a una persona sea asumido por el patrimonio de otra.

Ahora bien, los factores de atribución de responsabilidad pueden ser subjetivos y objetivos, siendo objetivos “aquellos en los cuales la demostración de la falta de culpa del responsable no libera a éste de responsabilidad” (López Mesa, 2009, p. 470).

Los factores atributivos subjetivos son: (1) el dolo, bien sea delictual —aquiliano—, precontractual, es decir, como vicio del consentimiento, o relativo al incumplimiento de la obligación, contando en cualquier caso con un elemento cognoscitivo, cual es la consciencia de la conducta y de sus consecuencias, y un componente volitivo, consistente en la intención de dañar; y (2) la culpa o negligencia,³ de

3. En efecto, la imprudencia, la impericia y la inobservancia de protocolos, son todas categorías semánticamente subsumibles en el concepto de negligencia.

la que se derivan daños no intencionales, fruto del descuido de no haber tomado precauciones siendo previsible el perjuicio (López Mesa, 2009, pp. 471-549). Son estos los factores a que se ha hecho referencia antes y frente a los cuales la falta de culpabilidad libera de responsabilidad.

De otra parte, los factores objetivos se apartan del análisis subjetivo de la responsabilidad, como consecuencia de lo cual la falta de culpabilidad —cuya prueba suprema, se insiste, es la prueba de la causa extraña— carece de aptitud para exonerar al responsable. La misma fuerza mayor, que prueba indirectamente la ausencia de culpa incluso levísima, es inocua frente a la responsabilidad surgida de un factor de atribución objetivo.

Los factores de atribución objetiva más importantes son el riesgo y la obligación de garantía, según se expone a continuación.

A. Riesgo creado

En primer lugar, el riesgo creado suele coincidir con el riesgo provecho, aunque en realidad ambas categorías son ontológicamente diferentes, pues el primero se refiere a un riesgo que es puesto por una persona específica en un medio particular, debiendo responder por este, le genere o no provecho (Aramburo Calle, 2008, p. 29), mientras que el segundo alude al beneficio que se recibe de un riesgo existente —*ubi emolumentum, ibi incomoda*—, que, de hecho, no necesariamente debe haber sido

puesto en el medio por parte de su beneficiario, aunque usualmente fuera así.

Sin embargo, al menos en Colombia, los litigantes “a menudo, se encuentran con dificultades a la hora de encontrar jurisprudencia que reconozca la responsabilidad por riesgo entre particulares y doctrina que la justifique” (Aramburo Calle, 2008, pp. 18). Dado lo anterior, se afirma que ante la ausencia de normas que permitieran la aplicación de responsabilidades objetivas, la jurisprudencia ha extendido la aplicación del artículo 2356 del Código Civil para incluir en él la responsabilidad objetiva derivada del riesgo (Aramburo Calle, 2008, pp. 18 y 21).

Sobre lo que sí hay jurisprudencia clara es sobre la responsabilidad contractual bancaria por pago de cheques falsos o adulterados, que hace parte de la así llamada responsabilidad por *riesgo profesional* (Aramburo Calle, 2008, pp. 18, 21 y 29). Sin embargo, esta también es calificada como responsabilidad por riesgo creado o por riesgo provecho (CSJ Civil, 1994, C. Jaramillo).

Así las cosas, dado que el artículo 2356 del Código Civil ha sido la base para el desarrollo de la aplicación de la teoría del riesgo en nuestro medio, es preciso traerlo a colación:

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

Son especialmente obligados a esta reparación:

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

Hasta 1938 fue claro que este artículo contenía una norma equivalente a la del artículo 2341 del mismo Código, refiriéndose ambos a la responsabilidad subjetiva, pero entonces la Corte Suprema de Justicia (CSJ), en sentencia de 14 de marzo de 1938, quiso darle un alcance mayor al texto del artículo 2356 del Código Civil (Tamayo Jaramillo, 1990, p. 6).

Lo que allí expresó la CSJ ha dado para análisis como los contenidos en una valiosa sentencia de su Sala de Casación Civil (E. Villamil), en 2010, en la que se recogen las perspectivas que respecto de la responsabilidad por riesgo se pueden dar.

La perspectiva del magistrado William Namén Vargas en su salvamento de voto merece ser traída a cuento, ya que busca rescatar lo que la misma Corte había sostenido en 1938, en el sentido de que el artículo citado, referido en abstracto a la responsabilidad por actividades

peligrosas, no contempla ningún tipo de presunción, excluyendo así también cualquier posible presunción de culpa que se quisiera derivar del mencionado artículo. Luego, no tratándose de presunción de culpa, se refiere a responsabilidad sin ella, esto es, a responsabilidad objetiva.

Señala a continuación que “la redacción del precepto (...) si bien sugiere una “*regla general*”, de reparar el daño “*que pueda imputarse a malicia o negligencia*”, desde luego, disciplina por excepción la reparación cuando así no acontezca” [!]. [Cursivas en el original].

Vale la pena recordar que la conjunción “si bien” equivale a “aunque” en el sentido de “contraponer un concepto a otro o denotar alguna excepción” (DRAE, p. 290); es decir, lo que el análisis citado indica es que aunque el artículo se refiere a la culpa o negligencia, no es este el ámbito de su aplicación [!], valga decir, que la ley no regula lo que ella dice regular.

Al final, reconoce el magistrado William Namén en su salvamento de voto que “en la redacción literal del artículo 2356 del Código Civil si el daño no se imputa a “*malicia o negligencia*”, no brotaría el deber de repararlo, y por ende, demostrada ausencia de “*malicia o negligencia*”, no habría lugar a la responsabilidad”, lo cual, en su sentir, justifica que la jurisprudencia radique la responsabilidad en “el riesgo o peligro que dichas actividades entrañan”, lo que, a la larga, no solo significa que la aplicación del artículo 2356 a estos supuestos ha llevado a su tergiversación, sino, más aún, que dicho artículo es para efectos prácticos y en sí

mismo considerado, inútil (Valencia Zea, 1981, pp. 142 y 143).

En sentido coincidente, el magistrado Arturo Solarte Rodríguez manifiesta en su aclaración de voto a la misma sentencia, que en tratándose de actividades peligrosas se exige al actor la acreditación de la existencia de estas, del daño y del nexo de causalidad, sin que el demandado pueda exonerarse de responsabilidad sino con la demostración de una causa extraña, todo esto con base en el artículo 2356 del Código Civil; se trata esta de una responsabilidad situada en el “campo de la causalidad y no en el de la imputación subjetiva”.

En este mismo caso, la CSJ, por el contrario, con ponencia del magistrado Edgardo Villamil Portilla, señaló que “*se dedujo la culpa de la demandada por ejercer una actividad de suyo peligrosa*” (Civil, 2010, E. Villamil). [Cursivas fuera de texto].

Trayendo a colación, amén de lo anterior, lo que ya se había dicho en la sentencia de Casación Civil de 27 de junio de 2007: “basta que el acontecimiento resulte «humanamente previsible» para excluir que la demandada pueda salvar su responsabilidad al amparo del carácter extraordinario del fenómeno sobreviniente” (CSJ Civil, 2007, E. Villamil).

De donde se deriva claramente que la Corte comparte la afirmación previamente hecha: si es sostenible el más pequeño grado superior de diligencia en un caso dado, respecto de la diligencia que el deudor alegue haber tenido,

esta diligencia no habrá sido suma y, por lo tanto, sería del todo ineficaz como alegación frente a la culpa levísima, cuya única forma de exoneración es, como se ha dicho, la demostración de una fuerza mayor, huelga decir, con la plenitud de sus caracteres de imprevisibilidad e irresistibilidad.

En este mismo sentido ha dicho el eminente juriconsulto Arturo Valencia Zea (1981) que “el [artículo] 2356 se refiere a los daños que normalmente se causan sin culpa” (p. 131), de tal suerte que en tratándose de circunstancias subsumibles en el citado artículo no es necesario acreditar la culpa, pues —nótese— esta se presume, aclarando luego que las actividades peligrosas “implican la culpa” (p. 132).

Es decir, en cuanto a la aplicación de la responsabilidad por riesgo, sencillamente nos encontramos ante un sistema de culpa presunta, en ningún caso frente a un sistema sin culpa o de responsabilidad objetiva. Al respecto téngase en cuenta que la confusión ontológica, que tiende a plantear como mutuamente oponibles responsabilidad objetiva y fuerza mayor, ha sido resuelta en el acápite anterior, en donde se expuso cómo la fuerza mayor, en realidad, se opone al grado levísimo de la culpa.

Y es que no se requiere mayor esfuerzo para verificar que las actividades peligrosas, reguladas en el artículo en comento, son peligrosas por la imprudencia o negligencia del causante del daño, de suerte tal que, en realidad, estas actividades peligrosas, valga decir, el ejercicio de las actividades en que se crea riesgo, al

menos desde la perspectiva de nuestro Código Civil, constituye una culpa, y es de esta que se deriva la responsabilidad. No de otra manera podrían referirse a “daño[s] que pueda[n] imputarse a malicia o negligencia”; una interpretación diferente atentaría contra la prístina claridad de la norma.

De esta suerte, se muestra evidente que el *riesgo creado* que se deriva del artículo 2356 no es un factor objetivo de atribución de la responsabilidad, sino que sigue siendo un factor subjetivo, en cuanto especie del género culpa.

En relación con esto, considérese que desde comienzos del siglo pasado, la responsabilidad por riesgo se estableció para la circulación de vehículos automotores y actividades empresariales que comportaban peligros para personas que no obtenían provecho de ellas, generando para estos efectos una inversión de la carga de la prueba a favor de la víctima y “*exigiendo una diligencia más alta que la normalmente requerida*” (López Mesa, 2009, p. 580) [cursivas fuera de texto], lo cual es muy significativo pues si el correlativo de la responsabilidad es la diligencia no observada, se corrobora que estamos dentro del régimen subjetivo.

Con posterioridad se desarrolló la teoría de que el guardián de una cosa es responsable de los perjuicios que esta genere, con independencia de la culpa de aquel. Sin embargo, el “guardián (...) [es] responsable porque (...) dispone de medios para prevenir la causación del daño” (Radé, 1998, citado por López Mesa, 2009, p. 587), afirmación que nos deja en el mismo lu-

gar, dado que si partimos de que se dispone de los medios para prevenir la causación del daño y no se valió de ellos —o si, en cuanto guardián debía tenerlos, y no los tenía—, en realidad fue negligente, es decir, culpable (Tamayo Lombana, 2009, pp. 169 y 177).

De esta suerte, la creación del riesgo, como se deriva del tenor literal del artículo 2356 del Código Civil, corresponde a una actuación culposa; el beneficio fruto del riesgo hace que se exija un grado altísimo, sumo, de diligencia, lo cual nos mantiene en el régimen de la responsabilidad por culpa, como hemos visto antes; finalmente, si se es guardián, se cuenta —o se debe contar, que para estos efectos es lo mismo— con los medios para evitar el perjuicio, y la omisión de la utilización de tales medios constituye una negligencia, es decir, culpa; en consecuencia, la responsabilidad por riesgo creado, por riesgo provecho o por ser el guardián, son tipos de responsabilidad subjetiva, basados en un nivel elevado de diligencia exigida, pero no en un factor objetivo de atribución de la responsabilidad.

Así las cosas, es claro que la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, contenida en el artículo 2356 del Código Civil —valga anotar, aplicada sin reparos a casos contractuales, como los bancarios (CSJ Civil, 1994, C. Jaramillo)—, no es una responsabilidad objetiva, sino una responsabilidad por culpa; por culpa levísima, según la estructura que se ha propuesto, de la que solo se puede liberar el demandado probando una ausencia total de culpa, es decir, una fuerza mayor (Tamayo Lombana, 2009, p. 236).

B. Obligación de garantía

Excluida la responsabilidad por riesgo, y habiendo establecido la subjetividad de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones de resultado, queda por último el otro gran factor objetivo de atribución de responsabilidad: la obligación de garantía, “que se basa en la mejor situación o mayor conocimiento de una de las partes de un contrato, frente a la otra, a la que tiene que asegurar su indemnidad” (López Mesa, 2009, p. 565).

Esta obligación de garantía consiste, según López Mesa (2009) en “el deber de procurar la evitación del daño y, ante el acaecimiento del resultado lesivo, produce una obligación resarcitoria” que no se extingue aunque se acredite suficientemente la diligencia, debiendo repararse incluso un daño sobrevenido por causa extraña (pp. 566 y 567).

Lo anterior, ya que dicha obligación no es más que una asunción de riesgo por parte de quien está obligado a garantizar, toda vez que este asumirá el resarcimiento del daño que eventualmente se genere en caso de que el riesgo se llegare a realizar.

En efecto, en una sociedad de riesgo se permite la ejecución de ciertas actividades de que todos salimos, teóricamente, beneficiados en la medida en que estas hacen viable la vida en sociedad actualmente (Aramburo Calle, 2008, p. 42), sin embargo, hay quienes cuentan con una posición más fuerte que otros, como hemos visto, lo que les permite lograr un mayor

aprovechamiento de tales actividades, pues su uso es sistemático e incomparablemente efectivo, a lo que se aúna su mayor conocimiento en relación con la estructura de la actividad.

Así las cosas, aunque es probable que los tres posibles elementos concurren —creación, provecho y guarda del riesgo—, lo central no es la creación del riesgo, ni el provecho que de este se saca, y ni siquiera la posición de guardián, para efectos de determinar la objetividad de la responsabilidad, sino la capacidad para absorber el daño.

Con base en esto se da una asignación legal o negocial de dicho riesgo, configurándose así una *strict liability*, es decir, una responsabilidad estricta, una responsabilidad objetiva propiamente dicha (Shina, 2014, p. 244).

No se pierda de vista la diferencia que existe entre ambos factores de atribución, pues en cuanto a la responsabilidad por riesgo, el factor de atribución es, ante todo, la creación de dicho riesgo, o su aprovechamiento o su control, configurándose así como una responsabilidad subjetiva.

Por el contrario, en la responsabilidad objetiva, ninguno de esos elementos importa para efectos de la atribución de la responsabilidad, pues esta se deriva directa y exclusivamente de una estipulación expresa, bien sea legal o contractual; la causa eficiente de dicha estipulación es un objeto de estudio que excede el ámbito del derecho, y que corresponderá a la política, la moral y la economía, por lo que es

usual que razones de justicia social sean las que alimenten tales asignaciones, al poner el perjuicio en el bolsillo de quien se vea menos afectado con su asunción, valga decir, aquel a quien le representa un menor costo de oportunidad (Mankiw, 2009, pp. 54-55).

Así pues, una responsabilidad objetiva es una responsabilidad que no se deriva del análisis de la culpa que asiste al responsable, sino que sencillamente se deriva de la asignación de un riesgo, es decir, de una obligación de asegurar la indemnidad del asegurado, que es la víctima potencial a quien la ley ha asignado correlativamente el derecho a reclamar tal indemnización, imponiendo el costo del riesgo a quien esté en mejores condiciones de soportarlo (Shina, 2014, p. 244).

Es decir, en *“una responsabilidad objetiva, se responde por el resultado (por el perjuicio)”*, de suerte tal que *“el autor del daño no puede exonerarse probando haber usado la necesaria diligencia [que se prueba demostrando actos de diligencia o causa extraña, como hemos visto antes] (...), [l]a responsabilidad lo golpea **ineluctablemente**”* (Tamayo Lombana, 2009, p. 311). [Subraya y negrilla fuera de texto].

Y es que *“el término “riesgo” alude a un hecho externo a la obligación y al contrato, no imputable a ninguna de las partes; (...) lo esencial es decidir cuál es el hecho o acto que determina la transmisión del riesgo”* (Lorenzetti, 2000, p. 28), [cursivas fuera de texto] de una parte a la otra; adviértase que, en este caso, se habla de riesgo a secas, y no de su creación, aprovechamiento o control.

Ese hecho o acto por cuya virtud se trasmite el riesgo puede ser la asignación que de este se haga a una de las partes por medio de un contrato, o bien puede ser la asignación realizada por una ley de orden público, tal y como ocurre en regímenes tuitivos, v. gr., el de protección al consumidor o el laboral, en algunos eventos.

De esta suerte, la responsabilidad objetiva deja de lado el aspecto subjetivo de la responsabilidad en toda su extensión, siéndole indiferente la diligencia y, por lo tanto, la fuerza mayor, como medios de exoneración, para preocuparse de a quién le fue asignado el riesgo de perjuicio no imputable en una relación jurídica dada.

IV. CONCLUSIONES

Cuando se trata de responsabilidad subjetiva, el demandado puede liberarse de su responsabilidad, en algunos casos, demostrando suficientes actos de diligencia, y en otros, solo demostrando la diligencia suma o absoluta a través de la prueba indirecta de la causa extraña.

Por el contrario, la responsabilidad objetiva responde a la ocurrencia de un perjuicio cuyo riesgo había sido previamente asignado, legal o negocialmente, debiendo el deudor responder en cualquier caso.

Solo una hipótesis de liberación es admisible frente a una responsabilidad objetiva: la demostración de dolo o fraude de quien alega

haber sufrido el perjuicio, y que este tenga por causa exclusiva dicho dolo o fraude (Tamayo Jaramillo, 2009, p. 314), lo que es completamente lógico, además, porque el aseguramiento del dolo de la víctima constituiría objeto ilícito (Código de Comercio, art. 1055).

En resumen, la distancia que hay entre la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva estriba en que, en tratándose de aquella, el demandado se puede liberar cumpliendo con algún grado de diligencia, sumo o no, dependiendo de las exigencias del caso, mientras que en la responsabilidad objetiva el demandado solo se puede liberar si demuestra que la causa exclusiva del perjuicio sufrido por la víctima es la intención maliciosa de ella misma.

Referencias

1. Aramburo Calle, M. A. (2008). Responsabilidad civil y riesgo en Colombia: apuntes para el desarrollo de la teoría del riesgo en el siglo XXI. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 38(108), 15-51.
2. Código Civil. Ley 57 de 1887.
3. Código de Comercio. Decreto 410 de 1971 [Presidente de la República]. DO 33.339, marzo 27 de 1971.
4. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1008 de 2010. (M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva; diciembre 9 de 2010).
5. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Expediente: 4311 (M. P.: Carlos Esteban Jaramillo Schloss; octubre 24 de 1994).
6. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Expediente 73319-3103-002-2001-00152-01 (M. P. Edgardo Villamil Portilla; junio 27 de 2007).
7. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Expediente 11001-3103-038-2001-01054-01 (M. P.: William Namén Vargas; agosto 24 de 2009).
8. Courtis, C. (2003). Enseñanza jurídica y dogmática en el campo jurídico latinoamericano: apuntes acerca de un debate necesario. En M. García Villegas y C. Rodríguez, *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos /Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.
9. De Souza Oliveira, F. R. (2005). Responsabilidade civil dos administradores de associações e fundações. En E. Szaisi, *Terceiro setor: temas polêmicos* (Vol. 2). São Paulo, Brazil: Editorial Peirópolis.
10. Devis Echandía, H. (1966). *Teoría general de la prueba judicial* (t. II). Buenos Aires: Víctor P. de Zavalia.
11. Ley 57 de 1887 [Congreso de la República de Colombia]. Sobre la adopción de código

- gos y unificación de la legislación nacional. 15 de abril de 1887.
12. López Mesa, M. J. (2009). *Elementos de la responsabilidad civil: elementos contemporáneos*. Medellín: Pontificia Universidad Javeriana/Biblioteca Jurídica Diké.
 13. Lorenzetti, R. L. (2000). *Esquema de una teoría sistémica del contrato, en instituciones de derecho privado, contratación contemporánea, teoría general y principios* (t. II). Bogotá: Editorial Temis S. A.
 14. Mankiw, G. (2009). *Principios de economía*. México: Cengage Learning Editores S. A.
 15. Ortiz de Zúñiga, M. (1861). Ordenanza general de aduanas. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, (19), 129-135.
 16. Ospina Fernández, G. y Ospina Acosta, E. (2005). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Editorial Temis S. A.
 17. Real Academia Española. (1992). *Diccionario de la lengua española*. España: Editorial Espasa Calpe S. A.
 18. Shina, F. (2014). *Daños al consumidor*. Bogotá: Editorial Astrea S.A.S./Universidad de La Sabana.
 19. Tamayo Jaramillo, J. (1990). *Culpa Contractual*. Bogotá: Editorial Temis S. A.
 20. Tamayo Jaramillo, J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil* (t. I). Bogotá: Legis Editores S. A.
 21. Tamayo Lombana, A. (2009). *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*. Bogotá: Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.
 22. Uribe Restrepo, J. (1942). La interpretación de la ley. *Revista Estudios de Derecho, Segunda Época*, 4.
 23. Valencia Zea, A. (1981). *Derecho civil - Tomo I. Parte general y personas*. Bogotá: Editorial Temis S. A.
 24. Valencia Zea, A. (1985). *Derecho Civil - Tomo IV. De los contratos*. Bogotá: Editorial Temis S. A.