

**“EL GUARDIÁN DE LA COSA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR
ACTIVIDADES PELIGROSAS:
Evolución y Estado Actual del Concepto”**



SILVIA JULIANA REMOLINA RIVERA

**Presentado para optar por el título de
ABOGADA**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
CARRERA DE DERECHO
BOGOTÁ D.C.
2011**

**“EL GUARDIÁN DE LA COSA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR
ACTIVIDADES PELIGROSAS:
Evolución y Estado Actual del Concepto”**



SILVIA JULIANA REMOLINA RIVERA

**Presentado para optar por el título de
ABOGADA**

Dr. PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA
Magistrado Corte Suprema de Justicia – Sala Civil -
Director de Tesis

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
CARRERA DE DERECHO
BOGOTÁ D.C.

2011

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION	¡Error! Marcador no definido.
1. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR EL HECHO DE LAS COSAS	5
1.1. Noción.....	5
1.2. Fundamento de la responsabilidad extracontractual por el hecho de las cosas	5
1.3. La responsabilidad por actividades peligrosas.....	6
2. EL CONCEPTO DE GUARDIÁN DE LA COSA	13
2.1. En el derecho francés	13
2.1.1. Responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas: Artículo 1384 del Código Civil Francés.....	13
2.1.2. Noción de Guardián de la cosa en el Derecho Francés	23
2.2. En el derecho colombiano.....	28
EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA FRENTE AL CONCEPTO DE GUARDIÁN DE LA COSA.....	30
3. EL CONCEPTO DE GUARDA COMPARTIDA	49
3.1. La guarda compartida en el derecho francés.	50
3.2. La guarda compartida en el derecho colombiano.	56
4. Conclusiones	71

INTRODUCCIÓN

El Código Civil de Napoleón de 1804 reguló expresamente en su artículo 1384 el concepto de guarda como elemento de la responsabilidad civil extracontractual de la siguiente forma: *“Uno es responsable no solamente del daño que causa por su propio hecho, sino también del que es causado por el hecho de las personas por las cuales uno debe responder, o de las cosas que uno tiene bajo guarda”*.

Andrés Bello, si bien acogió la mayoría de los postulados contenidos en el Código Civil francés respecto de la responsabilidad aquiliana, decidió no incorporar en el ordenamiento civil colombiano la norma consagrada en ese artículo 1384, lo que pudo haber significado que la evolución de esta institución en nuestro país, se haya dado de manera distinta a la que ha tenido en Francia. Prueba de lo anterior lo constituye el concepto de guarda compartida, cuyo desarrollo en nuestra tradición, ha sido más incipiente que aquel que se presenta en el país gallo en donde se encuentra ya decantado.

En Colombia la responsabilidad por el hecho de las cosas se ha tratado de manera fragmentaria. Las normas relacionadas con la responsabilidad materia de este trabajo, son disposiciones que se refieren a diferentes tipos de responsabilidades, entre ellas, la responsabilidad por actividades peligrosas, la responsabilidad por las cosas que se arrojan de los edificios y aquella por el hecho de los animales fieros o domésticos.

Por tales motivos, podría pensarse que nuestro ordenamiento, en estricto sentido, denota en materia de responsabilidad extracontractual por el hecho de las cosas, diferencias con el derecho

francés de donde adoptamos y cimentamos el gran núcleo de nuestro derecho civil, particularmente porque en Colombia no existe una norma que se refiera expresamente a este tipo de responsabilidad, a la vez que solo mediante una aguda elaboración jurisprudencial se contempla la que se deriva de las actividades peligrosas, que cada día y con más frecuencia, se concreta en numerosas situaciones originadas en los avances en la industria, en la tecnología y en los accidentes que con ellos se causan, y que reafirman a diario la necesidad de ajustar los cuerpos normativos a los avances del hombre.

Lo anterior ha servido de motivación para emprender el presente trabajo, mediante el cual, además, se estudia el estado actual de la responsabilidad por actividades peligrosas, como una especialidad que integra la responsabilidad por el daño causado por las cosas inanimadas, un daño que suele tener su génesis en la guarda que de ellas se tiene.

No obstante, cabe insistir en que el concepto de guarda al que hemos hecho referencia, carece de desarrollo legal en nuestro ordenamiento y respecto de éste, se evidencia un desarrollo jurisprudencial que si bien no es abundante, se constituye en el material a partir del cual pretendemos reconstruir el análisis dogmático de la figura bajo estudio.

Por lo anterior, el punto central de este proyecto serán las nociones de “guardián de la cosa” y de “responsable de la actividad peligrosa”, siendo en sí misma la actividad peligrosa, la base en la cual justifica el derecho la aplicación del artículo 2356 del Código Civil.

Así entonces, el análisis de los desarrollos jurisprudenciales que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha realizado en los últimos años, y que están orientadas a acompasar dicha teoría frente a los rápidos avances tecnológicos respecto de los cuales el derecho no se puede quedar atrás, son fundamentales para dar inicio a esta investigación. Por tal motivo, y como lo habíamos anticipado, el presente trabajo incluye, además de los postulados teóricos sobre los conceptos que toca esta tesis, las decisiones que el Máximo Intérprete realiza sobre la materia y que adicionalmente, han sido el faro guía dentro de la elaboración de este tema en particular en Colombia.

Ahora, es necesario hacer referencia a un aspecto que cobra especial importancia dentro de la presente investigación, y es que, teniendo en cuenta que la actividad peligrosa es la base que justifica en derecho la aplicación del artículo 2356 del Código Civil colombiano, es necesario establecer en cada caso a quién le son atribuibles las consecuencias del ejercicio de una actividad peligrosa, lesivas para la persona o los bienes de la víctima, para lo cual en principio debe dilucidarse quién o quiénes eran los guardianes de la actividad, establecer el sujeto que tiene un poder efectivo de uso, control o aprovechamiento de la actividad.

Los anteriores considerandos ponen de presente la relevancia que esta tesis representa para el ordenamiento civil y en particular para la responsabilidad civil extracontractual por el hecho de las cosas en el marco de las actividades peligrosas.

En resumen, este estudio precisará el concepto y fundamentos de la responsabilidad extracontractual por el hecho de las cosas en el ejercicio de las actividades peligrosas,

puntualmente frente a lo relacionado con la noción de guarda de la cosa, examinado desde el ámbito del derecho francés y el colombiano, ahondando en la evolución jurisprudencial de nuestro país, para concluir con un completo análisis de la figura de guarda compartida, a la luz de la jurisprudencia colombiana que a través de sus decisiones, se ha encargado de incorporarla progresivamente en nuestro sistema jurídico colombiano.

1. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR EL HECHO DE LAS COSAS

1.1. Noción

El maestro Arturo Alessandri en su obra Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil se refiere a la responsabilidad por el hecho de las cosas en los siguientes términos: *“No solo se responde por el hecho personal mediato o inmediato del agente, sino también del que proviene del hecho de una cosa que nos pertenece o está a nuestro servicio, es decir, del causado por la actividad o movimiento de dicha cosa.”*

1.2. Fundamento de la responsabilidad extracontractual por el hecho de las cosas

Como lo advertimos desde la introducción del presente trabajo, no se encuentra en el Código Civil colombiano un precepto de carácter específico que consagre la responsabilidad por el hecho de las cosas, y que haga en Colombia las veces del artículo 1384 del Código Civil francés.

Sí existen, desde luego, especies de este tipo de responsabilidad que le han dado luces a los jueces a la hora de enfrentarse a este tipo de situaciones. Lo cierto, es que a pesar de lo anterior, y a falta de tal disposición y de normatividad que fije las pautas para su regulación, ha sido la jurisprudencia la encargada de construir a través de los años, impulsada por la necesidad de resolver los casos que se encarga de examinar, en qué consiste la responsabilidad por el hecho de las cosas en el marco de las actividades peligrosas¹, como principio de carácter general y que con el paso del tiempo tomó más fuerza y mayor relevancia con en el acontecer nacional, la

imparable industrialización, el manejo de nuevas tecnologías y el uso de las fuerzas de la naturaleza.

1.3. **La responsabilidad por actividades peligrosas.**

La actividad peligrosa es considerada como aquella que *“puede llegar a producir un daño, en que se crea un peligro eventual ya sea por la naturaleza propia, o al momento de ser empleadas por el hombre en desarrollo de sus actividades. Esta exige una apreciable, intrínseca y objetiva posibilidad de causar un daño”*².

El régimen de responsabilidad civil por actividades peligrosas en Colombia, encuentra su fundamento en el artículo 2356 del Código Civil y hace parte del sistema de responsabilidad por el hecho de las cosas. Pues bien, dicha norma no contiene una definición sobre actividades peligrosas, por tanto la construcción del aludido concepto se ha cimentado en nuestro país, sobre un gran aporte jurisprudencial y doctrinario que ha permitido el desarrollo y estudio a fondo del concepto.

El tratadista Pérez Vives divide en tres grandes etapas la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en tratándose de las actividades peligrosas. Para el mencionado autor, hasta el año de 1935 por la pasividad del desarrollo económico propio de aquellas décadas en Colombia, hacia mínima la aplicación de los principios de la responsabilidad extracontractual. No obstante, en fallos del 17 de diciembre de 1897 y 14 de mayo de 1917³ la Corte señala que *“en materia contractual como delictual, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha*

debido tenerlo”⁴. Con lo cual, la doctrina afirma que esto supone una presunción de culpa, que recae sobre el autor del daño como aquel que ha debido emplear el cuidado necesario para evitar el accidente, y por tanto sobre él recae la carga de la prueba consistente en demostrar su diligencia y cuidado, esto es, la ausencia de culpa⁵.

En sentencia del 23 de Marzo de 1934 frente a un caso en el que se involucraban daños por artefactos explosivos utilizados para la construcción, la Corte, haciendo especial énfasis en las ventajas económicas que otorga para la empresa que los emplea, y en relación a los daños que debe asumir quien utiliza este tipo de artefactos señaló: *“en casos como este, tratándose de un medio fuera de todo control, no puede reconocerse la existencia del cuidado y la autoridad competente de que pueda hacerse uso para impedir las consecuencias dañosas (...) y si tales medios se le proporcionaron, siendo esencialmente peligrosos en su utilidad, **quien de ellos dispuso es quien debe soportar las consecuencias de su hecho**; y en este caso no puede admitirse “la existencia de cuidado y autoridad para prevenir, desde que por el uso de la dinamita era difícil toda prevención”*. (Negrilla fuera de texto)

Para Pérez Vives, el punto cúlmine de esta teoría estuvo en la década de 1935 hasta 1945, en donde la Corte Suprema de Justicia se abrió a nuevos conceptos. Durante dicha época, la Corte encaminó sus fallos que partieron de un concepto de responsabilidad por culpa probada, hasta las presunciones de responsabilidad, muestra de la influencia ejercida por la sentencia de 1930 proferida en Francia por las Altas Cortes, cuyos lineamientos estudiaremos a fondo, con posterioridad en este trabajo.

En sentencia del 14 de Marzo de 1938, reiterada en fallos del 18 y del 31 del mayo de 1938, la Corte señala que en *“el artículo 2356 del C.C. no puede menos de hallarse una presunción de responsabilidad. La carga de la prueba no es del damnificado sino de quien causó el daño (...)”*, y adicionalmente considera que *“(...) 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 mueve losas de una acequia o cañería o las descubre en la calle o camino sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche. (...)”*. Más adelante sostiene la Corporación: *“(...) Entendido, de la manera aquí expuesta nuestro art. 2356 tantas veces citado, se tiene que el autor de un hecho no le basta alegar que no tuvo culpa ni puede con esa alegación poner a esperar que el damnificado se la compruebe, sino que para excepcionar eficazmente ha de destruir la referida presunción demostrando uno al menos de estos factores: caso fortuito, fuerza mayor, intervención de elemento extraño”* (XLVI, pp.211-217).

Así pues, la tesis según la cual, quien ejercita actividades peligrosas es responsable del daño que por obra de ellas se cause, para lo cual solo puede exonerarse demostrando la fuerza mayor, el caso fortuito o la intervención de un elemento extraño, se reitera en los fallos del 18 de abril de 1939, 29 de abril y 2 de diciembre de 1943, entre otros. Establece además Pérez Vives, que la Corte aceptó dicha tesis implícitamente en fallos del 18 de noviembre de 1940, del 15 de marzo y 30 de mayo de 1941, 19 de Junio de 1942, y 15 de junio de 1944, entre otras de sus decisiones⁶.

Así entonces, el tratadista en comento, establece como características de la jurisprudencia de las actividades peligrosas para aquella época las siguientes:

- “ a) Es necesario que el daño provenga de una cosa inanimada, mueble o inmueble, accionada o no por el hombre.*
- b) Es preciso que esa cosa sea peligrosa, o peligrosa la actividad que con ella se desarrolla. (...)*
- c) La responsabilidad pesa sobre el guardián material de la cosa, con exclusión del guardián jurídico. (...)*
- d) En caso de concurrencia de la responsabilidad por el hecho de otro y de la responsabilidad por el hecho de las cosas, se aplican las reglas propias de esta última. (...)*
- e) El demandado no se exonera probando la ausencia de culpa, ni alegando que el hecho es anónimo; es preciso que demuestre la fuerza mayor, la culpa de la víctima o la intervención de tercero. (...)*
- f) Cuando ese hecho extraño no es exclusivo (...) pierde su virtud exonerativa (...)*
- g) No puede aplicarse entre nosotros la tesis francesa de la “responsabilidad por el hecho de las cosas”. Los casos acogidos en el Código (arts. 2350 a 2355) son excepcionales (Cas., 7 diciembre 1943, “G.J., t. LVI, p. 339).”⁷*

Posteriormente, en sentencias del 29 de octubre y del 4 de diciembre de 1945, la Corte se refirió de nuevo al tema, en fallos que para Pérez Vives significaron el regreso de la doctrina de la Corte a las consideraciones del fallo del 17 de diciembre de 1897, y que se convierten en el tercer hito de la responsabilidad por la actividades peligrosas. Los aludidos fallos fueron criticados en sus fundamentos por la doctrina, puesto que se refiere nuevamente la Corte, a que el artículo 2356 del Código Civil colombiano, consagra una presunción de culpa en los siguientes términos: “(...)

*Sea por la estrecha vinculación entre la culpa y la responsabilidad, sea por el auge de la teoría del riesgo creado, sea por ambos motivos o cualesquiera otros, ello es que esos dos vocablos por culpa y responsabilidad suelen usarse indistinta y promiscuamente, al extremo de establecer entre ellos algo así como una sinonimia, a despecho de su incuestionable diferencia. (...), y concluye: “(...) pero aun en las sentencias anteriores aducidas en que, analizando el art. 2356, se dijo que la presunción contenida en él es de responsabilidad, **el contexto mismo de esos fallos hacía ver que esa presunción es de culpa**, entre otras razones porque ellas no dejaron de advertir la relación de causa a efecto entre ésta y aquélla, de suerte que siempre que hallaron responsabilidad fue en virtud de haber hallado culpa”. (Resaltado fuera de texto).*

Pérez Vives concluye, que con tales consideraciones, la Corte sostiene que nunca se ha aceptado en Colombia la teoría contenida en el fallo de la Corte Francesa de 1930, toda vez que en nuestro país el artículo 2356 consagra una presunción de culpa, que se destruye con demostrar ausencia de culpa o debida diligencia y cuidado.

Con todo, dichos fallos criticados por la doctrina, por su carácter conservador, aluden a la distinción entre *culpa* probada o presunta y la *responsabilidad*, con el objetivo, en palabras de Pérez Vives, no de “(...) obtener una mayor perfección en el uso del lenguaje jurídico, sino a sostener que la presunción del art. 2356 del C.C. puede destruirse como toda presunción de culpa, con la prueba en contrario⁸, lo que hoy en día es inconcebible en un mundo en el que las actividades peligrosas son cada vez más, y los afectados, como parte débil de la relación, continúan aumentando, pues no se encuentra dificultad para quien ejerce una actividad peligrosa demostrar la prudencia y diligencia con la que actuó.

Pues bien, sobre los aludidos fallos, continua Pérez Vives indicando que, es necesario acudir a la intención de la Corte, para descifrar aquellas providencias, pues analizadas con detenimiento, se puede concluir, que no fue el espíritu de la Corte, plantear una tesis diferente a aquella adoptada en las sentencias de 14 de marzo y del 30 de mayo de 1938, sino destacar como un elemento constante, en relación al art. 2356, el concepto de culpa, y hablar de presunción de responsabilidad sin que ésta implique necesariamente caer en la teoría del riesgo. Y es que asegura el aludido tratadista que en el artículo 2356 del C.C. existe más que una obligación de carácter general de prudencia y diligencia, una obligación específica de quien desarrolla una actividad peligrosa, consistente en no causar daño a otro, y que por lo tanto, quien quebrante tal deber se hace responsable por incurrir en culpa, salvo que destruya el nexo causal⁹.

En el año de 1962, la Corte añadió al régimen de responsabilidad en las actividades peligrosas, la existencia de una obligación de resultado que consiste en no causar daño en el ejercicio de una actividad peligrosa, bien por su naturaleza o por la circunstancia en que se desarrolla, pues esta se vuelve acreedora de especiales precauciones¹⁰.

Por último, cabe mencionar que en sentencia del 24 de agosto de 2009, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, no obstante sin la mayoría requerida, estableció de manera tentativa, respecto de las actividades peligrosas un régimen de responsabilidad objetiva en los siguientes términos: *“Es una responsabilidad objetiva en la que no opera presunción alguna de responsabilidad, de culpa, de peligrosidad, ni se basa en la culpabilidad, sino en el riesgo o grave peligro que el ejercicio de estas actividades comporta para los demás”*¹¹.

Hoy en día, la responsabilidad en la actividades peligrosas, tal y como se sostiene en sentencia del 26 de agosto de 2010, está fundamentada en una culpa presunta consistente en crear más peligro del que normalmente están en capacidad de soportar los demás individuos en la sociedad.

Y es que en resumen, en dicho fallo la Corte se encargó de descartar cualquier posibilidad de acoger la tesis de la responsabilidad objetiva, sus lineamientos generales han sido invariables y se sustentan en que no hay lugar a dudas que la fuente de la responsabilidad civil extracontractual en el marco de las actividades peligrosas es *“la presunción rotunda de haber obrado en el ejercicio de un comportamiento de dichas características con malicia, negligencia, desatención incuria, esto es, con la imprevisión que comporta de por sí la culpa”*¹²

1.3.1. Quién es el responsable de la actividad peligrosa?

Ahora, en relación a quien debe responder civilmente por el daño causado por una actividad peligrosa, hay que tener en cuenta, que frente a una misma cosa o actividad pueden vincularse varias personas que se relacionan jurídicamente o de hecho con el comportamiento y las consecuencias generadas. Esto nos lleva al próximo capítulo, que constituye el tema central de esta tesis, el concepto de guardián de la cosa.

2. EL CONCEPTO DE GUARDIÁN DE LA COSA

2.1. En el derecho francés

2.1.1. Responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas: Artículo 1384 del Código Civil Francés

Tal y como lo habíamos anticipado, según el inciso 1 del artículo 1384 del Código Francés, una persona no solo es responsable del daño causado por su propio hecho, sino también del que causen las personas de quienes debe responder, *o las cosas que están bajo su cuidado*.

Para el maestro Alessandri el inciso de la normatividad francesa citada, contempla la *regla general que aplica con vida propia a todo daño irrogado por una cosa inanimada que no se rija por el art. 1386¹³*.

En el Derecho Romano las leyes se referían a pocos y determinados aspectos respecto de los daños causados por una cosa, en especial fueron tratados los daños causados por los animales y aquellos causados por los esclavos. Los jurisconsultos romanos, diferencian cuando se causa un daño con una cosa que es manipulada por una persona, circunstancia en la cual es responsable aquel que la impulsa; del hecho de las cosas por sí mismas, en las que nadie interviene, y a partir de ello, consagra por primera vez la ley, el principio en virtud del cual, cuando esto ocurre, “(...) *lo más natural consiste en dirigirse al dueño para obtener una indemnización (...)*”, fundamento este a partir del cual nace el concepto de *Acción Noxal “de pauperi”* consistente en que “*El*

dueño debe reparar el perjuicio causado por una cosa suya, a menos que prefiera abandonar esa cosa a la víctima: su responsabilidad queda limitada así al valor de la cosa”¹⁴.

En adición a lo anterior, en cuanto a los daños causados por las cosas inanimadas, vale la pena mencionar, que fueron los pretores quienes frente al estudio de ciertos casos, concedían acciones de carácter cuasidelictual, en beneficio de aquel que sufría un daño *“por cosas arrojadas desde un apartamento de un edificio, otra contra el propietario de de un apartamento desde el cual podían caer las cosas sobre la vía pública de modo de causar un perjuicio: etc.”¹⁵*, que luego de ser analizadas, no fueron calificadas por la doctrina como verdaderas acciones de responsabilidad¹⁶.

En el antiguo derecho francés, los autores continuaron con la línea del derecho romano, la doctrina tocó temas relacionados con daños causados por los animales, y aquellos causados por la caída de cosas inanimadas, especialmente Domat y Bourjon enfatizaron en dichos temas. Por un lado Domat, quien dedica más su estudio al daño causado por los animales establece que *“(…) de cualquier otro daño que pueda ser causado por los animales, quien sea su dueño o quien este encargado de ellos, estará obligado si podía o debía prevenir el mal”¹⁷*, y basó gran parte de sus tesis refiriéndose a casos en los cuales se suponía la negligencia del propietario del animal que aparecía o pasaba por terreno ajeno. Algunos autores a diferencia de otros¹⁸, aseguran que las tesis de Domat se convirtieron en el antecedente directo del artículo 1384 del Código Civil Francés: *“(…) el orden que liga a los hombres en sociedad no les obliga solamente a no perjudicar a nadie mediante sus propias acciones, sino también actuar con todo lo que se posee de tal modo que nadie pueda resultar víctima de un daño”¹⁹.*

Por su parte Bourjon, se refiere a la responsabilidad del propietario de aquel inmueble que por falta de conservación de quien es su propietario, se derrumba, suponiendo la culpa de este.

Sobre lo anterior, dicen los hermanos Mazeaud en su obra Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, que estos dos autores, Domat y Bourjon, establecieron lineamientos especiales, más no abordaron en sentido amplio la noción general que implica la responsabilidad por causa de las cosas²⁰. Y concluyen, en relación al principio de responsabilidad por el hecho de las cosas, que el derecho antiguo francés centraba su interés, en el castigo de la cosa, más que en la reparación del daño que debía atender el dueño o el guardián de la cosa, pues no contemplaba sino la destrucción del objeto o el sacrificio del animal causante del daño.

Con todo esto, y en tono de crítica, los hermanos Mazeaud llegan a la conclusión de que para tal época, toda vez que se conocía de procesos seguidos contra cosas que habían causado un daño, se podía concluir que no había ni el más mínimo vestigio de una responsabilidad civil y penal, diferente a privar al propietario de la cosa, que como castigo se destruía; convirtiéndose en la máxima condena, pues además, no estaba su guardián obligado a reparar en ningún otro sentido el daño causado, revelando en términos de los hermanos Mazeaud una *concepción primitiva de la responsabilidad*.

Así pues, en los ciclos históricos a los que hemos hecho referencia, aún no existía un precepto de alcance general respecto de la responsabilidad por el hecho de las cosas.

En 1804 Francia se enfrentó a la creación de un Código Civil francés, sus redactores, sobre la responsabilidad por el hecho de las cosas, se basaron para su elaboración, en las tesis de Domat y Bourjon, lo cual significó, que el artículo que trata tal responsabilidad no haya sido elaborado como un nuevo principio de alcance general de responsabilidad.

El Cuerpo normativo francés, únicamente contempla la existencia de ciertos casos de responsabilidad por el hecho de las cosas, que fueron enumerados según la doctrina, al igual que para la responsabilidad por el hecho ajeno, de manera taxativa²¹ para sus creadores, razón por la cual, los autores no piensan que a partir de su redacción se haya creado un precepto de carácter general, pues por el contrario, aquel inciso del artículo 1384, fue plasmado con el único objetivo de anunciar los artículos 1385 y 1386, sobre los daños causados por animales y los causados por la ruina de un edificio, respectivamente. Además los estudios y la atención de los autores para la época, estaba centrada en la responsabilidad por el hecho ajeno, que sacaba del escenario el interés de la que podía suscitar la responsabilidad por el hecho de las cosas.

No obstante, dicen los hermanos Mazeaud que, *empujada por las necesidades prácticas*, fue en 1896, cuando por primera vez, la Corte de Casación Francesa dio particular aplicación al párrafo 1 del artículo 1384 descubriendo de esta forma el principio general de responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas: *“se es responsable de todas las cosas inanimadas que se tienen en custodia”*²². Así las cosas, en la aludida sentencia, frente un caso en el cual a raíz de una explosión de la caldera de un remolcador y en razón a una falta en la construcción, una persona muere, la Corte declaró responsable al propietario de la construcción mediante el sistema de culpa objetiva, en concordancia con el artículo 1384.

A partir de ese momento, surge en Francia un intenso movimiento a nivel jurisprudencial y doctrinal, que cimentado en la teoría del riesgo y atendiendo a principios de justicia y equidad humana, inclinó la balanza hacia las víctimas, que eran usualmente el obrero, trabajador que se accidentaba con una maquina, o la víctima de un accidente de tránsito, con lo que justificó la presunción de culpa anotada.

Dice el maestro Alessandri en su obra de Responsabilidad Civil Extracontractual que aquel hito jurisprudencial de 1896 tuvo su fundamento en el profundo estudio realizado por el tratadista francés Laurent François en su obra Principes de Droit Civil Francais en 1878, que frente al accidente causado a raíz de una explosión de una máquina de vapor, establece con claridad, que respecto del artículo 1382 sobre la responsabilidad por el hecho propio, la víctima debe probar la culpa del dueño; tesis dominante de la jurisprudencia para aquella época, y aclara Laurent, que en el escenario del artículo 1384, la culpa en ese caso, habría de presumirse.²³

Otros, valga la pena mencionarlo, atribuyen a Josserand la creación de dicha teoría, aseguran que fue él, quien descubrió un principio de la responsabilidad de carácter general a partir del artículo 1384 del código de Napoleón, según el cual se sostuvo que: todo guardián de una cosa que causara algún perjuicio, resultaría responsable, hubiese o no incurrido en culpa²⁴. Así pues, el reconocido jurista en su obra Evolutions et actualites indica: *“tenemos sed de justicia, esto es, de equilibrio jurídico y cuando sucede un desastre buscamos el responsable, queremos que haya un responsable, ya no aceptamos dócilmente los golpes del destino sino como un acto directo o indirecto de los hombres”*²⁵. Lo cierto es que si bien, el fallo de la Corte, así como los

planteamientos de Laurent François, constan de más vieja data, no deja por esto de ser Josserand uno de los más grandes e importantes precursores de esta responsabilidad, cuyas tesis llegan a influir el derecho moderno²⁶, con teorías que surgen a raíz del maquinismo, la industrialización, y principalmente, revestir de armas contra la injusticia y proteger al extremo débil de la relación, el trabajador, quien usualmente era la víctima.

Pues bien, luego del fallo de 1896 en el cual se aceptó que *el preámbulo del art. 1384 establecía una presunción de culpa que debía ser destruida por el propietario o guardián de la cosa, el cual permanecía responsable a menos que suministrara esa prueba en contrario o prueba negativa*”²⁷.

Posteriormente, en sentencia del 21 de enero de 1919 la Corte Francesa decidió que el demandado no puede para liberarse, solamente probar la ausencia de culpa, debe éste demostrar una causa extraña. Y el 16 de noviembre de 1920 dijo la Corte que *no era necesaria la existencia de un vicio de la cosa, que la hiciera susceptible de causar un daño, la responsabilidad era del guardián no de la cosa misma.*²⁸

Así pues, antes de continuar con el presente estudio y en aras de precisar, que a pesar del debate que suscitó entre los autores franceses la construcción jurisprudencial relativa a la naturaleza del artículo 1384, a través de la ley del 7 de noviembre de 1922 dicho artículo afianza su independencia y su alcance de radio absoluto, una vez el legislador admite, que la víctima no debe entrar a demostrar la culpa frente al daño causado por una cosa inanimada, salvo en los casos de incendio en el cual se aplica el régimen del 1382.²⁹

Así entonces, llegamos a la sentencia que se convirtió en el hito de la responsabilidad por el hecho de las cosas en el país Francés, con esto me refiero, al fallo del 13 de febrero de 1930 conocido como el asunto *Jand'heur*, en el cual la Corte se enfrenta a un accidente de tránsito, cuya víctima era un peatón, y en tal sentido indica con total claridad en sus consideraciones que *la presunción que consagra el art. 1384 es una “presunción de responsabilidad”, o presunción juris et de jure, que no podía destruirse sino con la prueba de una fuerza mayor o de una causa extraña que no sea imputable al guardián, al cual no le bastaba demostrar que no ha cometido ninguna culpa, ni que la causa del daño permanece desconocida. Esta sentencia da a la culpa de la víctima y a la intervención de tercero, cuando son extrañas al guardián, el carácter de fuerza mayor.*”³⁰. Enseguida, se refiere la Corte, a la importancia de la noción de guarda en cuanto a la responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas: *“El artículo 1.384 une la responsabilidad a la guarda de la cosa, no a la cosa en sí misma”*.

A partir de dicho fallo, en el terreno actual, en el cual, de ninguna manera según los grandes juristas de la época podría atribuírsele un carácter taxativo o limitativo a las disposiciones del Código francés que tratan la responsabilidad por el hecho de las cosas; el inciso 1 del artículo 1384 tantas veces nombrado, en razón de la jurisprudencia y la doctrina se constituye en una regla general aplicable a todo daño causado por la cosas inanimadas, salvo de los edificios que encuentra su propia disposición en el artículo 1386 del cuerpo normativo francés.

Pues bien, se puede concluir entonces, que tal precepto consagrado en el artículo 1384 tuvo su origen en la necesidad de indemnizar a las víctimas de la industrialización, que sufrían

accidentes causados por la manipulación de maquinas en el trabajo, y que nace como respuesta al interrogante: *¿cómo probará el obrero la culpa del patrono?* Lo cierto es que con la ley del 9 de abril de 1898³¹ se contempló un régimen especial de responsabilidad para los daños causados a partir de ciertos accidentes de trabajo, lo que no se convirtió en un impedimento para que Saleilles y Josserand en 1879 dieran inicio a una elaboración y construcción jurídica del principio del párrafo 1 del art. 1384, pues cada vez eran más las circunstancias que no encajaban en dicha ley y que constituían daños por el hecho de las cosas³².

Pues bien, se crearon entre los tratadistas franceses, teorías divergentes en relación al precepto general del 1384, por un lado, Saleilles y Josserand afirmaban que dicha disposición creaba un caso de responsabilidad sin culpa, e indicaban que *“se responde de las cosas inanimadas de que se tiene la custodia incluso si no se ha incurrido en culpa alguna, desde el instante en que haya un daño causado por la cosa”*. Mientras, existía otra corriente en virtud de la cual, se admitía el principio de carácter general del art. 1384; pero para los partidarios de esta tesis clásica, la culpa sigue siendo fundamento de la responsabilidad, la excepción se limita al terreno probatorio, lineamientos estos que sigue la jurisprudencia que se refiere al art. 1384 como aquel que consagra una presunción de responsabilidad.³³

Ahora, teniendo en cuenta que el presente estudio se encuentra dirigido al análisis de la responsabilidad del guardián por el hecho de las cosas en las actividades peligrosas, es válido precisar, que no obstante el concepto de guardián de la cosa en Francia también es tratado en la responsabilidad por el hecho de los animales y el causado por los edificios, es la responsabilidad originada en las cosas inanimadas, la que para efectos de nuestro trabajo tiene relevancia.

A raíz de los escasos elementos que el artículo 1384 le otorga a la doctrina para construir el tema a nivel dogmático de la responsabilidad por las cosas inanimadas, con las salvedades hechas en el párrafo anterior, surge el interrogante para los brillantes juristas que se preguntaban por la noción de guarda que se deduce de tal disposición.

Para los hermanos Mazeaud la ley une la responsabilidad a la guarda de la cosa, lo cual se materializa en la persona responsable: *aquel que tiene la guarda de la cosa*. Y en relación a los requisitos de la responsabilidad los reconocidos tratadistas se refieren al concepto de “*culpa en la guarda*”, la cual significa que existirá el elemento culpa solo “*si el guardián ha custodiado mal una cosa suya*”³⁴, no sin antes advertir que en relación al tema del guardián respecto del artículo 1384, aplican también, las reglas contempladas por el artículo 1385 (animales), pues según los Mazeaud no es posible dejar de lado, que en un principio, se creía incluso que el 1384 como fue visto, era solo el anuncio del 1385.

Lo cierto, es que después del fallo del 13 de febrero de 1930, el más importante en Francia en materia de responsabilidad por el hecho de las cosas, se fue consolidando el ámbito de aplicación de la normatividad bajo estudio. Poco a poco los Tribunales franceses conocieron de innumerables casos en los cuales las víctimas querían, cobijados por el artículo 1384, hacen valer la presunción de responsabilidad, entre ellos se presentaron casos como el del *guardián de una conducción de gas que provoca una explosión, (...) al del cable con el cual se electrocuta alguien, (...) al de la compuerta del estanque que se rompe, (...) al de productos químicos que lesionan al que los está manipulando*³⁵, entre otros, éstos que se traducen en accidentes

relacionados con la circulación se convierten en el campo de aplicación por excelencia, y cuya principal circunstancia de hecho encuentra su génesis en los accidentes causados por los automóviles, ferrocarriles, motocicletas, bicicletas, buques, barcos, y demás medios de transporte.

Así las cosas, intentó la jurisprudencia francesa restringir de alguna manera, el ámbito de aplicación del artículo 1384, y es que los tribunales administrativos incluso pretendieron advertir, que eran solo las cosas peligrosas las que estaban cobijadas por la presunción del 1384. A pesar de ello, lo cierto es que dicha interpretación no fue la acogida por las cámaras reunidas, que a diferencia de lo contemplado por los tribunales administrativos, precisaron con total claridad que: *“la ley, para la aplicación de la presunción que establece, no distingue según que la cosa que haya causado el daño estuviera, o no, accionada por la mano del hombre, que no es necesario que tenga un vicio inherente a su naturaleza y susceptible de causar el daño, por unir el artículo 1.384 la responsabilidad a la guarda de la cosa, y no a la cosa misma”*³⁶.

De lo anterior, se concluye que se aplicaba desde la época de 1930 en Francia, la presunción consagrada a favor de quien sufría un daño causado a raíz del hecho de las cosas inanimadas, sea mueble o inmueble, toda las veces, siempre que vaya atada la responsabilidad a la guarda de la cosa. Así pues, se privó de exigencias tales como el defecto de la máquina, la peligrosidad o no de la cosa, la diferencia entre bienes muebles o inmuebles, lo cual no fue obstáculo para que con el tiempo el legislador excepcionara ciertas situaciones, como es el caso de los daños causados por cosas provenientes de un incendio y mediante jurisprudencia se ubicara fuera del terreno del

art. 1384, el caso en el cual quien sufre el daño es quién se beneficia del uso benévolo de la cosa³⁷.

2.1.2. Noción de Guardián de la cosa en el Derecho Francés

Después de la introducción y de las precisiones realizadas en líneas anteriores, luego de conocer los orígenes de la responsabilidad por el hecho de las cosas, su creación y evolución en el derecho francés, que reitero es de suma importancia para nuestro estudio, toda vez que la jurisprudencia ha llenado el vacío que dejó el código civil colombiano, emulando la doctrina francesa.

El maestro Alessandri se refiere al fundamento de la responsabilidad por el hecho de las cosas en los siguientes términos: *“No solo se responde por el hecho personal mediato o inmediato de agente, sino también del que proviene del hecho de una cosa que nos pertenece o está a nuestro servicio, es decir, del causado por la actividad o movimiento de dicha cosa”*.

Por su parte, los hermanos Mazeaud, indican que los autores estaban de acuerdo con que la noción de guarda *“designa al que debe reparar el daño causado”*³⁸, pero antes vale destacar, que la jurisprudencia se encargó de establecer desde un fallo del 13 de febrero de 1930 que *“la presunción del artículo 1384, párrafo 1, se encuentra establecida contra el que tiene bajo su guarda la cosa inanimada que haya causado un daño a otro”*³⁹. Con la advertencia de dicha presunción, nace el interés por el tema del guardián.

Pues bien, indican los Mazeaud que los principios que determinan la guarda de los animales señalados en el artículo 1385, dan luces de lo que el legislador podría contemplar como el guardián, y agregan que son perfectamente aplicables a la noción de guarda con respecto al artículo 1384, párrafo 1, esto es, según el artículo 1385: “*el propietario de un animal, o el que se sirva de este, mientras lo use*”.

Enseguida, se descarta de entrada por los autores, la calidad de guardián del llamado por la doctrina tenedor *lato sensu*, como aquel tenedor que no puede comportarse de manera independiente con respecto a la cosa. Además, se reconoce que no necesariamente tener una cosa implica que se debe responder por ella como su guardián, toda vez que incluso el legislador lo descarta, en el sentido de que en la responsabilidad por el hecho de los animales, la responsabilidad subsiste a pesar de que el animal se haya escapado⁴⁰.

Era cuestión de tiempo, para que la jurisprudencia que se enfrentaba diariamente a casos en los cuales se aplicaba lo contemplado en el art. 1384, se preguntara, a quién debía otorgarse la calidad de guardián de una cosa y con ello, la responsabilidad que ésta implica.

Así pues, las Altas Cortes en Francia empezaron a plantear sus consideraciones sobre el tema, el 15 de diciembre de 1930 la Cámara de Admisión definió el guardián como “*el que tiene la dirección y la guarda jurídica de la cosa*”⁴¹. El 25 de enero de 1935 la Corte de Paris, señala: “*considerando que debe ser reputado como guardián de la cosa inanimada el que tiene la guarda jurídica de ella; que esta se caracteriza por una independencia completa, por un poder de mando, de dirección, de vigilancia efectiva y de control que le confiere al guardián la*

facultad de dar las instrucciones, o las ordenes, por medio de las cuales compromete su responsabilidad”⁴² (Subrayado fuera de texto). Significando esto que en sus orígenes la noción de guardián estuvo más cerca a una noción de guarda jurídica, que de guarda material, en los términos a los que haremos referencia más adelante.

A partir de los pronunciamientos de las Cortes y del artículo 1385 del Código, los autores franceses definen al guardián como “*quien es propietario o se sirve de una cosa, debe vigilarla y mantenerla en buen estado para que no cause daño (...)*” y por lo tanto la ley presume su culpabilidad si con ésta se causa un daño, convirtiéndose esta, en una primera aproximación por parte de la doctrina francesa, a la noción de guardián.

Los autores franceses han definido al guardián de la cosa de diversas maneras, que inclusive difieren entre sí; se ha llamado guardián al que:

- se aprovecha económicamente de la cosa, al que tiene la cosa en su poder,
- a aquel que tiene su guarda material (el que tiene la cosa en sus manos),
- aquel que por el contrario, tiene su guarda jurídica (como el titular de un derecho sobre la cosa),
- para otros era el que según las circunstancias reúna todas las características mencionadas,
- aquel que tiene la dirección y la guarda jurídica de la cosa, definición esta última que fue admitida mediante sentencia del 15 de diciembre de 1930 de la Corte Francesa.

Los hermanos Mazeaud, dedican un capítulo en su obra al estudio del guardián por el hecho de las cosas inanimadas, diferentes de las ruinas de un edificio que tiene su propia disposición, de

manera que ese estudio conjunto de los Mazeaud y André Tunc, la que ha sido nuestra guía para realizar el estudio del tema que hoy nos interesa.

En la obra de los Mazeaud, y por supuesto en la jurisprudencia francesa se distingue entre: *Guarda Jurídica*, en la que el guardián de la cosa era quien tuviera el derecho de control o dirección de ella; y *Guarda material*, que recae sobre quien tiene el uso de la cosa y adicionalmente, el poder de control y dirección de esta.

Lo anterior es relevante para los hermanos Mazeaud toda vez que, por un lado se negó en algunos fallos la posibilidad de ser guardián a quien ejerciera solo un poder de hecho sobre una cosa, que es el caso de un ladrón, y sin unanimidad, en otras oportunidades, como en sentencia de 2 de diciembre de 1941, asegura La Corte de Casación francesa que el ladrón a pesar de que no tenga ningún derecho sobre la cosa, sí es su guardián, concluyendo que *no es necesario ser titular de un derecho sobre la cosa*⁴³.

Así mismo, aseguran que es fundamental tener en cuenta la diferencia que existe entre la *dirección en sentido material y en sentido intelectual*, con el primero de ellos, se refiere al tenedor de la cosa, e intelectualmente, a aquel que tiene el poder de de mando sobre la cosa.

Esta concepción fue tratada por la Corte en sus fallos, luego de los cuales puede decir que el concepto de dirección relevante para la jurisprudencia era el intelectual, y por ello integraron a la definición de guardián, que en principio fue aquel que tenía el poder de dirección, la palabra **control**, para diferenciar al guardián solo como el que dirige intelectualmente la cosa, pues

eventualmente pueden haber casos en los cuales quien la dirige no tiene ningún tipo de poder de mando sobre la cosa, y esto es un simple tenedor.

Y como último criterio, toda vez que ya se había hablado de aquel que tiene el uso de la cosa, que se sirve de esta, en un principio tomada del artículo 1385, que como dijimos se lee en armonía con el artículo 1384, y teniendo en cuenta que la Corte se había referido al guardián del animal como aquel que se servía de este según la disposición aludida, la jurisprudencia integró el **uso**, como el tercer elemento de la definición de guardián que venía construyendo.

En efecto, se refirió la Corte al guardián en los siguientes términos: “(...) *es guardián el propietario de la cosa, o el que de hecho, ejerce en relación con ella un poder de mando*”, razón por la cual y partiendo de que son tres los elementos: **Dirección (intelectual), control y uso**, los que habrán de analizarse, en sus fallos se consideró como guardián, a aquel que tuviese el poder de mando sobre la cosa, sin importar si le asistía un derecho o si era o no un simple tenedor.

Mazeaud destaca un fallo del 29 de enero de 1948, en el cual la Corte descalifica al dependiente o encargado que se sirve de esta en ejercicio de sus funciones, como el guardián, toda vez que el vínculo raya con la **independencia** que debe ser bandera del guardián, y es que la subordinación no guarda compatibilidad con los poderes de dirección, uso y control.

Con esta claridad conceptual, la Corte francesa dejó de lado absolutamente, el tema del tenedor a la hora de definir al guardián de una cosa, que repetimos, en sus fallos y en la tesis actual continua siendo aquel que detenta el poder de dirección y de mando en sentido intelectual.

En cuanto a la presunción de culpa que envuelve al guardián, los Mazeaud la definen como aquella “que tiende a declarar guardián al que cabe presumir incurso en culpa”.

Pues bien, advierten los tratadistas en comento, que surgen a raíz de esta presunción innumerables cuestionamientos que por la especificidad de los casos que se pueden llegar a presentar en la cotidianidad, ponen en tela de juicio la presunción de culpa que recae sobre el guardián de la cosa lo cual se ha visto reflejado en los cambios de tesis que tiene a veces la jurisprudencia en cuanto a la calidad del guardián.

Con esto podemos concluir que en Francia se presume guardián al propietario de la cosa, pues como tal, es quien detenta el poder de mando sobre la misma, lo cierto es que si el propietario no es por cualquier motivo el tenedor de la cosa, será su deber demostrar que se despojó del poder de mando sobre ella que a pesar de ser de su propiedad, es usada o dirigida por otra persona, la cual además tiene la dirección intelectual de la misma.

2.2. En el derecho colombiano

En Colombia, a diferencia de Francia, la evolución del concepto de responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas no se ha dado como precepto general, sino como aquel que se desprende de la especial interpretación de la lectura del artículo 2356 del código civil en el marco de las actividades peligrosas. Así, entonces, vale pena aclarar, antes de iniciar el estudio, que no nos

referimos en este trabajo a la responsabilidad por la cosas inanimadas, contempladas en disposiciones especiales del Código Civil, como lo es entre otros, las ruinas de los edificios y los daños en las construcciones, pues el tema central de nuestra tesis se pregunta por el guardián de la cosa en las actividades peligrosas, también llamado el guardián de la actividad.

Pues bien, toda vez que en nuestro país no se ha estudiado con la misma profundidad que en Francia la noción de responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas al punto que fue realizado por los juristas Domat, Savatier, Alessanri y los hermanos Mazeaud entre otros, porque como hemos reiterado, no existe norma que consagre el precepto legal general que existe en el artículo 1384 en Francia, y que las aproximaciones al tema han sido realizadas en su mayoría por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, y en aspectos básicos por los tratadistas Javier Tamayo y Jorge Santos Ballesteros, es menester iniciar el presente aparte, así como lo hicimos en Francia con la evolución y el estado actual de la jurisprudencia colombiana en dichos temas.

EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA FRENTE AL CONCEPTO DE GUARDIÁN DE LA COSA.

El 14 de marzo de 1938 la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia que hoy en día se convirtió en el hito de la responsabilidad civil por actividades peligrosas, frente a un caso en el cual un niño llamado Arnulfo es atropellado, al caer intempestivamente de su bicicleta, por un automóvil, causando su muerte, se establece que la presunción de culpa consagrada en el artículo 2356 del código civil, como aquella que establece que al autor de un hecho incurso en el 2356 *“no le basta alegar que no tuvo culpa ni puede esta alegación ponerse a esperar que el damnificado se la compruebe (...) ha de destruir la referida presunción demostrando uno al menos de estos tres elementos: caso fortuito, fuerza mayor intervención de elemento extraño”*.

En el salvamento de voto con ocasión de esta sentencia, se hace por primera vez alusión a la responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas. Los Magistrados autores del salvamento, se refieren a este tipo de responsabilidad para indicar que, se ha encargado la doctrina francesa de acompañar el progreso evidente en las sociedades, y a partir de ello, *“los tribunales franceses adoptan la moderna teoría de la responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas, fundándola en el párrafo 1 del art. 1384 del código civil francés. En ella se presume la culpa de aquellos que, teniendo a su cuidado la guarda de las cosas materiales, aparentemente no han*

puesto la suficiente atención en esa guarda ya que la cosa ha sido instrumento en la producción del daño.”⁴⁴ (Subrayado fuera de texto).

Lo anterior se constituye en la primera aproximación que se hace en Colombia frente a al tema de guarda estudiado por la doctrina francesa, en esta oportunidad, sin la profundidad que deseáramos, toda vez que se descarta por los Magistrados un examen a fondo, en cuanto opinan que no es sobre dicho tema que versa la cuestión del caso bajo estudio. A pesar de ello, con esto puede afirmarse que se dio un primer acercamiento a la responsabilidad que involucra las cosas inanimadas y que en nuestro país se ha ido expandiendo de los tres casos consagrados en el artículo 2356.

Así entonces, afirman los Honorables Magistrados, que para los casos, en el que usualmente se encuentran los accidentes automovilísticos, se aplica la presunción de culpabilidad sobre el autor del daño, quienes repiten, debe demostrar una causa eximente de su responsabilidad.

Sobre la responsabilidad que se deriva de las actividades peligrosas, es importante tener en cuenta los siguientes aspectos:

- Las actividades peligrosas pueden definirse como aquellas que son capaces de generar un peligro potencial de daño, sobre alguien que no está en condiciones de soportarlo. Javier Tamayo las define como: *“Para nosotros, peligrosa es toda actividad que una vez desplegada, su estructura o su comportamiento generan más probabilidades de daño de las que normalmente está en capacidad de soportar por sí solo, un hombre común y corriente. 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.”⁴⁵

- La responsabilidad que involucra las actividades peligrosas encuentra su fundamento en el artículo 2356 del Código Civil colombiano que consagra una **presunción de culpa** la cual recae sobre el demandado.
- Para exonerarse de dicha presunción, el demandado solo puede destruir el nexo causal mediante la prueba de un factor extraño: fuerza mayor o caso fortuito, hecho o culpa de la víctima del daño o de un tercero.
- Se le llama guardián de la actividad a aquel sobre quien *“recae el deber jurídico, verdadera obligación de custodia, que recae sobre las cosas empleadas o utilizadas, deber jurídico que conlleva la necesidad de conservar las cosas en estado de no generar perjuicios y de no producir daños para los terceros”⁴⁶*. Si bien, no está explícitamente consagrada en el ordenamiento jurídico colombiano la teoría de la guarda, junto con la evolución de la teoría de las actividades peligrosas, la Corte se fue acercando a la Teoría del Guardián en línea de la jurisprudencia francesa, para significar que por el ejercicio de las actividades peligrosas no solo responde quien este ejercitando la actividad sino también aquella persona que tiene bajo su control y administración la actividad peligrosa.

En el año de 1939, la Corte Suprema de Justicia se refiere a la responsabilidad por el hecho de las cosas, como uno de los tres tipos de responsabilidad consagrado en el título XXXIV del Libro Cuarto del Código Civil: *“(…) y la tercera agrupada bajo los artículos 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 y 2356, se refiere a la responsabilidad por el hecho de las cosas animadas e inanimadas.”⁴⁷*

A continuación el máximo Tribunal, manifiesta que tanto la responsabilidad por el hecho del otro, así como la responsabilidad por el hecho de las cosas son de carácter excepcional toda vez que “(...) *no provienen inmediatamente del acto personal del interesado, sino de presunciones de culpa que la ley establece contra el responsable, culpa que consiste en una **falta de vigilancia** o en una **mala elección***”, advierte que por ser estos indirectos no implican ineficacia e indica que: “(...) *estamos obligados a responder del hecho dañoso de personas que están bajo nuestra dependencia, o de las cosas animadas o inanimadas cuya guardia o custodia nos compete*”⁴⁸.
(Negrilla fuera de texto).

Así entonces, la Corte Suprema de Justicia, frente al examen de un caso en el cual se estrellaron dos vehículos, uno de los cuales era propiedad de una Compañía de productos de bebidas y que era conducido por uno de sus trabajadores en ejercicio de sus funciones como empleado de dicha sociedad, excediendo los límites de velocidad permitidos, causó un accidente, ocasionando la muerte de una menor y graves heridas a la madre y esposa de los demandantes que se desplazaban en el otro vehículo involucrado.

Realizadas tales precisiones, vale la pena destacar, y así lo manifiestan los Honorables Magistrados que conformaban la Corte Suprema de Justicia para dicha época, que en el escenario de dichas responsabilidades, no es la culpa la causa próxima del daño y que a pesar de que esta se evidencia, “(...) *la causa próxima del daño reside en el hecho del hijo, del pupilo, el demente, el empleado, el animal o la cosa, mas como la actividad de dichas personas o el hecho del animal o de las cosas debe estar sometida al control y vigilancia de otra persona, la ley*

presume la culpa de esta, sin la cual el daño no se hubiera ocasionado”⁴⁹.(Subrayado fuera de texto).

Lo mismo ocurre, un año después, en sentencia del 18 de noviembre de 1940, tratándose esta vez de un caso en el cual el padre del causante demanda al Municipio, por la muerte de su hijo luego de que éste aprehendiera un alambre que se encontraba en medio de una carretera, caso en el cual la Corte profundiza en la importancia de no confundir, la teoría del riesgo creado con la presunción de la culpabilidad a que da lugar el artículo 2356 del Código Civil.

El 2 de diciembre de 1943 el máximo Tribunal, nuevamente, frente a un caso en el cual un taxi conducido por el chofer de una empresa atropella al demandante causándole graves heridas, señala: *“La doctrina de la guarda jurídica, con carácter de ilimitada, y en tratándose de actividades peligrosas, ejercitadas por terceros que no son dueños o subordinados de la maquina que causa el accidente no ha sido aceptada irrestrictamente por la Corte, porque además que desemboca en la teoría del riesgo que tampoco ha sido aceptada por esta corporación (...) nuestro Código Civil no la considera, lo que no pasa en el Código Civil francés. (Sentencia 17 de noviembre de 1943)”*. Seguidamente, hace referencia al alcance del artículo 2356 del Código Civil colombiano, tantas veces fijado por la Corte en términos de la presunción de responsabilidad que opera contra el demandado cuando el daño es causado con motivo de una actividad peligrosa y de cuya responsabilidad no puede liberarse sino demostrando caso fortuito, fuerza mayor o intervención de un elemento extraño, donde puede hablarse de hecho de un tercero siempre que este haya sido la causa exclusiva e inmediata del daño.

Fue hasta el 18 de Mayo de 1972, la primera vez en que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, en un caso sobre responsabilidad por el hecho de otro y del dueño por el hecho de las cosas inanimadas, se refiere en concreto al concepto de guardián de la cosa, específicamente, en dicha oportunidad la Corte trata el caso en el cual es demandada una empresa de la industria vegetal por responsabilidad extracontractual como consecuencia de un accidente de tránsito ocasionado por un subalterno o empleado de la misma⁵⁰.

En tal sentido, la Corte, refiriéndose al artículo 2356 del Código Civil y al carácter peligroso de la actividad generadora del daño, indica que es la conducta del hombre (acción u omisión) la base necesaria para dar aplicación al mencionado artículo, no el simple hecho de la cosa. De tal manera se refiere a la importancia de examinar en cada caso en concreto quién es el responsable de la actividad peligrosa, y de tal modo, señala: ***“El responsable por el hecho de cosas inanimadas es su guardián, o sea quien tiene sobre ellas el poder de mando, dirección y control independientes”***⁵¹. (Negrilla fuera de texto).

Así mismo, retoma la Corte lo que en su momento había enunciado en 1939, ahora con más profundidad, esto es, que el carácter de propietario no necesariamente implica el carácter de guardián, pero sí la hace presumir como un atributo del dominio, salvo prueba en contrario. Señala la Corte: *“La responsabilidad del dueño por el hecho de las cosas inanimadas proviene de la calidad que de guardián de ellas presúmese tener.”*⁵² Pero cómo puede el propietario desvirtuar dicha presunción? Sobre esto el máximo Tribunal establece: *“la presunción de ser guardián puede desvanecerla el propietario si demuestra que transfirió a otra persona la*

*tenencia de la cosa, en virtud de un título jurídico, como el de arrendamiento, comodato, etc., o que fue despojado inculpablemente de la misma, como en el caso de haberle sido robada o hurtada.”*⁵³

En el caso bajo estudio debido a que no existe en el expediente prueba de que el propietario entregó la tenencia a quien causó el daño en virtud de un título judicial o de que fue despojado del mismo, a falta de dicha prueba la Corte considera que se presume que el propietario, o sea la sociedad demandada, es el guardián material del vehículo causante del daño. Y concluye afirmando que el uso de vehículos automotores es, sin duda, una actividad reconocida como peligrosa que se enmarca dentro del artículo 2356 del Código Civil.

Posteriormente en sentencia del 18 de Marzo de 1976, frente a un accidente vehicular, la Corte menciona la pertinencia de incorporar la teoría de la guarda de la cosa contemplada por los Tribunales y la doctrina en Francia, toda vez que ratifica lo señalado en las primeras instancias, en los siguientes términos: *“Sobre este punto, la Sala se remite a la buena conclusión que con auxilio de la doctrina francesa arribo el señor juez, para quien la guarda jurídica de los vehículos con cuya operación se ocasiono el accidente corresponde a sus propietarios, por ser ellos quienes tienen el uso, dirección y control de los aparatos.”*⁵⁴

En 1995⁵⁵ la Corte estudia el fondo del tema tratado a lo largo de este trabajo, haciendo referencia incluso, al primer hito jurisprudencial en el cual el máximo Tribunal hace su primera aproximación a la guarda de las cosas animadas e inanimadas, sentencia a la cual hicimos referencia al inicio de este capítulo.

Pues bien, en dicha sentencia, respecto a la responsabilidad consagrada en el artículo 2356 del Código Civil indica la Corte, cuando se enfrenta a un caso en el cual chocó un automóvil contra un lado de un muro de la caseta de un peaje, produciéndose daños por volcamiento al vehículo y la muerte del conductor, que: “(...) *siendo una de las situaciones que justifica la aplicación del artículo 2356 del Código Civil el hecho de servirse de una cosa inanimada al punto de convertirse en fuente de potenciales peligros para terceros, requiérese en cada caso establecer a quien le son atribuibles las consecuencias de acciones de esa naturaleza, cuestión ésta para cuya respuesta, siguiendo las definiciones adelantadas, ha de tenerse presente que sin duda **la responsabilidad en estudio recae en el guardián material de la actividad causante del daño, es decir la persona física o moral que, al momento del percance, tuviere sobre el instrumento generador del daño un poder efectivo e independiente de dirección, gobierno o control, sea o no dueño, y siempre que en virtud de alguna circunstancia de hecho no se encontrare imposibilitado para ejercitar ese poder*** (...)”⁵⁶.

Así, la Corte en el fallo en comento y que ya habíamos citado con anterioridad en este documento, se encarga de fijar quienes pueden llegar a revestirse como guardianes de la actividad de la siguiente forma:

“(i) **EL propietario**, si no se ha desprendido voluntariamente de la tenencia o si, contra su voluntad y sin mediar culpa alguna de su parte, la perdió, razón por la cual enseña la doctrina jurisprudencial que “... la responsabilidad del dueño por el hecho de las cosas inanimadas proviene de la calidad que de guardián de ellas presúmese tener...”, agregándose a renglón seguido que esa presunción, la inherente a la “guarda de la actividad”, puede desvanecerla el propietario si

demuestra que transfirió a otra persona la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico, (...) o que fue despojado inculpablemente de la misma como en el caso de haberle sido robada o hurtada..." (G.J. T. CXLII, pág. 188).

***(ii).** (...) los poseedores materiales y los tenedores legítimos de la cosa con facultad de uso, goce y demás, cual ocurre con los arrendatarios, comodatarios, administradores, acreedores con tenencia anticrética, acreedores pignoratícios en el supuesto de prenda manual, usufructuarios y los llamados tenedores desinteresados (mandatarios y depositarios).*

***(iii)** (...) los detentadores ilegítimos y viciosos, usurpadores en general que sin consideración a la ilicitud de los antecedentes que a ese llevaron, asumen de hecho un poder autónomo de control, dirección y gobierno que, obstaculizando o inhibiendo obviamente el ejercicio del que pertenece a los legítimos titulares, a la vez constituye factor de imputación que resultaría chocante e injusto hacer de lado."⁵⁷ (Resaltado fuera de texto)*

Una vez realizadas tales precisiones, la Corte concluye que en relación a esta problemática no es de trascendencia que el guardián cuente con la aprobación del derecho en lo que respecta a su relación con la cosa, sino se refiere de manera directa, y en tal sentido nace a la vida jurídica, como aquel que tiene la responsabilidad de tomar las precauciones pertinentes para evitar causar a terceros daños con la actividad que despliega, porque puede tomarlas, y además, es quien detenta en su poder y en sus manos los medios para cumplirlo.

Luego de hacer énfasis en que no puede afirmarse que quien tiene el derecho sobre la cosa se predica en todos los casos su guardián, pues ya se advirtió que la relación jurídica entre el guardián y la cosa no es un elemento determinante para definir dicha calidad, la Corte decide que

toda vez que en el presente asunto a quien correspondía la guarda material de la caseta causante del suceso, sin lugar a duda era a la sociedad demandada, y que era esto suficiente para deducir que incurre en la responsabilidad consagrada en el texto del artículo 2356 del Código Civil: *“No puede negarse que las señaladas especificaciones del contrato indican de manera fehaciente que **quien ejercía la administración de la caseta de peaje en el momento del accidente era la sociedad demandada que, por lo tanto, se aprovechaba de su utilización por cuanto recibía remuneración por la prestación del servicio de cobro del peaje en carretera. No cabe duda tampoco que dentro de lo pactado por ella misma se encuentra el mantener dichas casetas "adecuadas" para el servicio que prestan y en "perfecto estado de funcionamiento" (...)**”*⁵⁸. (Negrilla fuera de texto).

De lo anterior podemos colegir, que el carácter remuneratorio, en sentido puramente económico, es para la Corte un aspecto importante a la hora de decidir los casos en los cuales se encuentra de por medio la calidad de guardián de la actividad. Por lo tanto, continua siendo la tesis aquella en la cual, el dominio no se convierte en el único y exclusivo elemento bajo el cual se radica la guarda de las cosas inanimadas.

El 22 de abril de 1997 la Corte estudia un caso en el cual un camión de una empresa de bebidas atropella a un joven de 22 años de edad, causándole la muerte. Después de que el Tribunal exonerara de toda responsabilidad a la aludida empresa, basándose en que esta se había desprendido de la guarda del vehículo una vez vendió a la empresa Distribuidora también demandada, la propiedad del vehículo, así como en razón del contrato de distribución que existía entre las partes.

Pues bien, esta relevante pieza jurídica nos otorga nuevos conceptos, en los cuales vale la pena detenerse. Por un lado, queda totalmente claro que cabe la posibilidad de que no sea solo una persona la que ostente la calidad de guardián de una cosa, y con ello, las responsabilidades que de ésta se derivan, lo cual estudiaremos con detalle posteriormente, igualmente nos permite afirmar, que no solo es el propietario aquel que tiene la jurisprudencia como el guardián de una cosa, sino también en palabras de la Corte, aquel que no ajeno *al desempeño, funcionamiento y control intelectual de la actividad peligrosa*, obtiene de esta *actividad lucro o provecho económico evidente*⁵⁹.

A partir de lo anterior, es posible afirmar que la Corte Suprema de Justicia no se refirió al criterio de provecho económico como un criterio más por el cual es posible imputar a una persona natural o jurídica la calidad de guardián de una cosa o de la actividad peligrosa en sí misma, sino que se refirió al que obtiene una utilidad económica de la actividad realizada por la cosa, pero que igualmente tiene un poder de mando sobre la misma, un provecho que prácticamente se desprende de tener tal poder de dirección y control sobre la cosa.

Así pues, en el primer escenario tenemos al propietario de la cosa, siempre que éste no demuestre que en el momento en que ocurre el accidente, no ejercía el poder de dirección y control sobre la actividad, y en el segundo, aquel que además de no ser el propietario de la cosa, tiene un poder de mando y además obtiene con el despliegue de la actividad un lucro o provecho económico.

En este fallo hay dos cosas importantes, la primera se refiere por primera vez la Corte al control intelectual, tan estudiado en Francia por los altos tribunales para solucionar temas entre

propietario y tenedor, con lo cual se sigue viendo la similitud del tratamiento y la influencia francesa en nuestro ordenamiento. Y por otro lado, con la advertencia realizada, se refiere la Corte a un concepto que no se trata en Francia con la misma relevancia, y es que muy pocas veces ha insistido la Corte Francesa en el concepto de lucro como elemento adicional en relación al tema de guarda de las cosas.

Un año después, en sentencia 5048 del 13 de octubre de 1998, reiterada en Mayo de 1999, la Corte definió el “guardián de la actividad” como *aquellas personas que en ese ámbito tengan un poder efectivo de uso, control y aprovechamiento respecto del artefacto mediante el cual se realiza aquella actividad*⁶⁰. Y es que según la Corte, siguiendo las enseñanzas de la doctrina francesa, se debe tratar de un poder de mando, de hecho efectivo e independiente: “*En síntesis, basta el mero poder de hecho aunque no se lo haga actuar de manera efectiva mediante un permanente contacto físico del guardián con la actividad productora de los daños cuya indemnización se reclama, y es debido a esta consideración que, a falta de prueba en contrario que es de cargo del propietario suministrar, habrá de inferirse que el accidente en cuestión se produjo en el dominio en que ese propietario desplegaba su autoridad, argumento de suyo suficiente para suponerlo responsable de acuerdo con la ley.*”⁶¹

Posteriormente en el 2002, la Corte decide el recurso extraordinario de casación interpuesto en el proceso por los herederos de quien falleció al quedar bajo escombros originados al desplomarse una pared, a causa del impacto que le propino el camión conducido por el demandado. Para el día del percance, figuraba como titular del derecho de dominio del mencionado camión ante las oficinas del Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte de Bogotá, la sociedad de

Leasing, y aun cuando admitió que figuraba como dueña del camión, replicó que lo había transferido mediante un contrato de arrendamiento financiero a otra sociedad.

La Corte decide no casar la sentencia del Tribunal: “Por supuesto que el sentenciador ad quem, para liberar a la mencionada sociedad, no negó que el propietario de la cosa se presumiera su guardián y, por consiguiente, responsable de los perjuicios que con ella se causaren; tampoco desconoció que dicha empresa fuese su propietaria o, inclusive, su poseedora (aspecto este último sobre el cual guardó silencio), sino que entendió que por el mero hecho de haber entregado el automotor para que otro lo usase y explotase, su dueña había desplazado la custodia y control (no la posesión) del mismo a un tercero (...)”⁶² (Subrayado fuera de texto).

En el año 2006, decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada dentro de un proceso ordinario originado en la muerte de un señor, que, mientras se desplazaba en bicicleta fue arrollado por un camión perteneciente a una empresa de producción de bebidas, cuyo conductor *“invadió la vía en sentido contrario y adelantó en lugar prohibido (doble línea)”*.

Se demandó solidariamente al conductor y a la empresas de bebidas, sobre lo cual dijo la Corte: *“La responsabilidad que el sentenciador le atribuyó a la sociedad (...), por los daños sufridos por los actores con ocasión de la muerte de Sergio Alberto Holguín Holguín, la hizo residir en que cuando ocurrió el accidente en que éste perdió la vida, aquella tenía la guarda jurídica del camión que lo atropelló, pues era su tenedora y administradora, ya que lo había recibido en préstamo de su propietaria Gaseosas Colombianas S.A.”*⁶³

En este caso la Corte establece que si bien existía el aludido acuerdo, no bastaba para desvirtuar la presunción, afirmar que existe el presunto préstamo, pues se debe demostrar que dicho préstamo recayó sobre el referido vehículo, y sobre ello la censura guardo silencio, por tanto, la sociedad demandada era la guardiana del aludido camión.

Ahora, en sentencia C-035 de 2008, la Corte se enfrento a un caso de responsabilidad del propietario de la obra y/o de la sociedad encargada de los trabajos de construcción dentro de la misma, por los daños que sufrió un técnico electricista cuando una placa, dentro de la obra, le cayó encima, causándole graves lesiones corporales. Lo cierto es que, por ser esta sentencia una de las pocas en las que la Corte estudia el tema de la guarda compartida, será abordada en el próximo capítulo del presente trabajo.

Como pudimos ver, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia C-035 de 13 de Mayo de 2008 sobre la calidad o condición de guardián señaló:

“Como es sabido, en la responsabilidad civil por los perjuicios causados a terceros en desarrollo de las llamadas actividades peligrosas, gobernadas por el artículo 2356 del Código Civil, la imputación recae sobre la persona que en el momento en que se verifica el hecho dañino tiene la condición de guardián, vale decir, quien detenta un poder de mando sobre la cosa o, en otros términos, el que tiene la dirección, manejo y control sobre la actividad, sea o no su dueño.” (Subrayado fuera de texto).

Con esta última expresión, “*sea o no su dueño*”, la Corte se enfrenta a la posibilidad de que en un determinado momento haya más de una persona con injerencia en el objeto con el cual se causa un daño.

Pues bien, en este punto, y una vez terminado el recuento a nivel jurisprudencial, vale mencionar, en cuanto a los autores colombianos, que en relación al tema tratado en este capítulo, Javier Tamayo indica que “*cuando la actividad peligrosa es ejercida por medio de cosas o de unidades de explotación, la teoría de la guarda del derecho francés es perfectamente aplicable al artículo 2356 del Código Civil colombiano*”. Así entonces, el autor colombiano indica que “*el responsable de la actividad peligrosa cuando ella se ejerce con cosas es quien tiene el poder intelectual de dirección o control, poder que puede estar en cabeza de varias personas naturales o jurídicas las cuales pueden tener diferentes relaciones de hecho frente a la actividad*”.(Subrayado fuera de texto).

Así mismo, se refiere Tamayo en su obra a los conceptos de responsabilidad por la estructura y responsabilidad por el comportamiento, distinción que cobra especial importancia en el supuesto de hecho enunciado. A modo de ejemplo el mencionado tratadista menciona los siguientes:

“*En el caso del vehículo que es prestado por el propietario a un tercero. Si el daño se produce cuando el tercero estaba utilizando el vehículo, puede ocurrir: a) si explota el motor del carro, sin que dicha explosión se deba al manejo del vehículo, el responsable será el propietario, pues el daño proviene de la estructura de la actividad y no del comportamiento de ella; b) si el daño proviene del choque sufrido por el vehículo, el propietario no será responsable de la actividad,*

que solo está en cabeza del comodatario, ya que el daño se produjo por el comportamiento.”

(Subrayado fuera de texto).

Lo anterior, nos permite afirmar que uno de los principales expositores de la dogmática colombiana en materia de responsabilidad civil, sin alejarse de la doctrina francesa, decidió también, acoger la diferencia entre guarda en la estructura y en el comportamiento, con la diferencia de que los autores franceses realizan esta distinción para el caso de la guarda material, el tratadista Javier Tamayo, se refiere a ello, sin distinguir entre guarda jurídica y guarda material.

Por otro lado, para el tratadista Santos Ballesteros el agente responsable por daños originados en actividades peligrosas es aquel que *“tiene un deber jurídico, verdadera obligación de custodia que recae sobre las cosas empleadas o utilizadas, deber jurídico que conlleva la necesidad de conservar las cosas en estado de no generar perjuicios y de no producir peligros para los terceros”*.

En una primera aproximación pareciera que por su parte, Santos Ballesteros adoptase una postura unida más hacia el concepto de guarda jurídica, que al de guarda material, en los términos de la dogmática francesa, pues tal y como se evidencia en la definición citada en el párrafo anterior, el deber jurídico y la obligación de custodia, nos hacen pensar que se refiere a quien figura como su propietario según el derecho, a pesar de que de ninguna forma puede decirse que con tal definición se descarte la tesis de guarda material. Y es que más adelante, aclara: *“Y no es cierto que el carácter de propietario implique necesaria e ineludiblemente el de guardián, pero sí lo hace presumir como simple atributo del dominio, mientras no se pruebe lo contrario”*. Lo cierto,

es que Santos también acoge la teoría de los autores franceses, pues manifiesta que sobre el propietario solo recae una presunción, que podrá desvirtuar cuando no tiene el poder de dirección, manejo y cuidado de la cosa, sin que sea necesario que se derive o no de un derecho, y concluye citando la doctrina de los hermanos Mazeaud.

Presunción: El propietario de la cosa se presume su guardián

La obligación de custodia en principio recae bajo el propietario de la cosa, por cuanto normalmente el uso de la cosa estaría bajo su mando, pues la propiedad conlleva la facultad de usar y disponer de la cosa.

Ahora, si bien esta es la generalidad, el propietario de la cosa con la cual se ejerce dicha actividad puede *“demostrar que ha transferido la custodia de la cosa o actividad y así el responsable será quien tenga en realidad el poder intelectual de uso, dirección y control”*⁶⁴. Y en caso de que *“el propietario demuestre que éste no dirige la actividad de la cosa de la cual es propietario, habrá que perseguir la indemnización en cabeza de quien esté utilizando la cosa con que se ejerce la actividad”*⁶⁵. De lo anterior, es posible afirmar en relación a la referida presunción, que no existen diferencias entre lo consagrado en nuestro ordenamiento y aquello contemplado en el ordenamiento jurídico Francés.

El citado tratadista, Javier Tamayo, contempla en su obra la posibilidad, en términos prácticos, respecto de la responsabilidad automoviliaria, el caso en el que el propietario del vehículo es demandado por daños causados por el automotor de su propiedad, pero del cual ha perdido el poder de dirección o control. Y para ello señala dos medios de defensa:

1. Llamamiento en garantía al verdadero guardián

2. Probar en el proceso que no es guardián de la actividad.

El primero es descartado por el autor pues para que el llamamiento en garantía opere, se requiere que el propietario sea condenado, mientras que en el segundo medio de defensa el propietario debe probar que transfirió a otra persona el poder de dirección y control de la cosa.

Tal y como se mencionó la jurisprudencia colombiana acepta la aludida presunción, y se ha pronunciado sobre la manera en que el propietario puede desvirtuarla demostrando no tener la dirección y control de la actividad generadora del daño:

“El responsable por el hecho de cosas inanimadas es su guardián, o sea quien tiene sobre ellas el poder de mando, dirección y control independientes. Y no es cierto que el carácter de propietario implique necesaria e ineludiblemente el de guardián, pero si lo hace presumir como simple atributo del dominio mientras no se pruebe lo contrario.

De manera que si a determinada persona se le prueba ser dueña o empresaria del objeto con el cual se ocasiono el perjuicio en desarrollo de una actividad peligrosa, tal persona queda cobijada por la presunción de ser guardián de dicho objeto – que desde luego admite prueba en contrario, pues aun cuando la guarda no es inherente al dominio, si hace presumirla en quien tiene el carácter de propietario. O sea, la responsabilidad del dueño por el hecho de las cosas inanimadas, proviene de la calidad que de guardián de ellas presumese tener.

*Y la presunción de ser guardián puede desvanecerla el propietario, si demuestra que transfirió a otra persona la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico, como el de arrendamiento, el de comodato, etc., o que fue despojado inculpablemente de la misma, como en el caso de haberle sido robada o hurtada*⁶⁶(Subrayado fuera de texto).

Con todo, podemos decir que el tratamiento que la Corte Suprema de Justicia le ha dado a la presunción objeto del presente aparte, es muy similar a la que se le da en Francia, si bien, aquí se ha estudiado siempre desde el punto de vista del guardián de la actividad peligrosa, y en Francia a partir del precepto general del artículo 1384 consagrado en su código civil, ello ocurre toda vez que en nuestro país, la Corte y la doctrina no encuentran una norma a partir de la cual discutir la existencia o no de un principio general de la responsabilidad por el hecho de las cosas, solo normas fragmentarias, entre ellas la que hoy nos ocupa del artículo 2356, motivo por el cual su estudio se realiza en el marco de las actividades peligrosas.

No obstante, en ambos países no existe duda en que aquello que define al guardián, es el poder de mando que este tiene sobre la cosa, sin importar la guarda material de la misma. Lo cierto, es que no estudia a fondo la Corte colombiana la obligación que tiene el propietario sobre los vicios de la cosa, y por los cuales debe responder, y por ello no ha hecho mayor énfasis en los tipos de guarda a los que nos hemos referido.

3. EL CONCEPTO DE GUARDA COMPARTIDA

El Diccionario de la Real Academia Española (RAE) define *Guarda* como *Persona que tiene a su cargo la conservación de algo*. Y si buscamos la palabra *Compartir*, la define como *1. tr. Repartir, dividir, distribuir algo en partes; 2. tr. Participar en algo*.

Con estas nociones podría definirse de entrada, sin mayor complejidad, que la guarda compartida es en palabras sencillas, cuando se reparte, distribuye o participan dos o más personas en la conservación de algo.

En la modernidad y en las sociedades del Siglo XXI son cada vez más complejas las situaciones, y qué sería del Derecho sin los retos que todos los días le plantea la simple cotidianidad de una sociedad. El hombre por naturaleza cada día se ve envuelto en irrepetibles situaciones, que de mayor o menor complejidad, trascienden y deben ser atendidas por el ordenamiento jurídico, que en estricto sentido, debería contemplar la solución para cada problema.

A lo largo del presente estudio, nos dimos cuenta de los vacíos que tiene nuestro ordenamiento jurídico. Dimos inicio a este trabajo con el estudio de la responsabilidad civil extracontractual por el hecho de las cosas, las actividades peligrosas, y terminamos con el tema central, el guardián de la cosa, sobre lo cual al final esbozaremos en nuestras conclusiones una estructura a la cual se podrá acudir para efectos académicos, cada vez que se aborde este tema, con tan escasas manifestaciones por parte de la doctrina a nivel nacional.

3.1. **La guarda compartida en el derecho francés.**

La doctrina francesa, se ha encargado de construir dos teorías alrededor de la guarda compartida, o acumulativa como la llaman los juristas franceses.

En Francia, si bien existen partidarios de la guarda compartida, los autores dejan claro que la solidaridad que surge entre los guardianes de una cosa a raíz de la responsabilidad por el hecho de ésta, está dada en un escenario, en el que a pesar de verse lleno de contradicciones, frente al principio general de la custodia alternativa, es la única solución que llega a satisfacer plenamente a la víctima⁶⁷

Los hermanos Mazeaud en su obra, argumentan que el artículo 1384 párrafo 1, junto con la presunción de culpa que consagra, establece de fondo “*la obligación de que el guardián garantice contra los daños causados por los vicios de la cosa*”, y sobre esto es que la doctrina construye la presunción del guardián, que según estos autores, basado en la obligación transcrita, constituye una regla de responsabilidad sin culpa que se ve reflejada en que muchas veces, incluso sin negligencia, el guardián de un vehículo podrá ignorar los vicios que afecta a la cosa.

Ahora, vale la pena destacar que a raíz de la mencionada problemática que envuelve la obligación del propietario de velar por que la cosa se encuentre libre de vicios (guardián de la estructura), y frente a un caso en el cual el accidente sea causado mientras un comodatario usa la cosa (guardián del comportamiento), los autores franceses diferencian entre guardián de la estructura y guardián del comportamiento. Así no descartan de entrada, que pueda la guarda ser

compartida, pues la creación de estos dos conceptos: guarda de la estructura y del comportamiento, lo que único que buscan es que la custodia no deje de ser alternativa, sin que no pueda recaer esta, sobre 2 o más personas.

En efecto, causado el accidente por el comportamiento de la cosa, la presunción de culpabilidad como su guardián recaería sobre el tercero a quien el propietario transmitió el poder de dirección y control, pero en el caso contrario, si el accidente fue con causa en la estructura, será única y exclusivamente el propietario el culpable del daño.

Esta tesis expuesta por Henri, Leon, Mazeaud y Goldman fue objeto de diversas críticas, entre estas: que la víctima no tenía porque elegir antes de acudir al aparato judicial, cuál fue la causa del accidente porque además de anticipada sería bastante riesgosa, y peor, que no debía la víctima demandar a todas las personas que posiblemente tendrían calidad de guardianes, pues de entrada generaría mas costos para esta.

Lo cierto es, que la mayor crítica presentada en contra de la tesis de Henri, entre otros, radica en el examen de un caso en el cual recaiga la causa del accidente no solo sobre el comportamiento o sobre la estructura, sino en ambas, y es que no son pocos los casos en los cuales de manera conjunta estos dos elementos inciden en la ocurrencia de un daño.

Ante este tipo de situaciones advierten los hermanos Mazeaud, que la teoría que debe aplicarse es la de la guarda compartida, y que ha sido objeto también de numerosas críticas en el derecho francés. Y es que para los Mazeaud, son bastantes los casos en los cuales una culpa del

conductor que no es el propietario, concurre con el mal estado de un vehículo y causa un accidente, situación está ante la cual la única salida que permite la plena satisfacción de la víctima es la figura de la guarda compartida: *“La vía más radical consiste en admitir, al menos en este caso el carácter acumulativo de la guarda, y declarar que el guardián de la estructura y el del comportamiento son igualmente responsables con respecto de la víctima, aun permitiendo cada uno de ellos, para hacer que recaiga sobre el otro la carga definitiva del accidente, que pruebe que el siniestro se ha debido exclusivamente al comportamiento de la cosa o la estructura defectuosa”*⁶⁸.

Pero a pesar de esto, la Corte decide irse por la vía calificada por los hermanos Mazeaud como la menos arriesgada, y acoger la distinción entre guardián de la estructura y del comportamiento, estableciendo incluso, una presunción en los siguientes términos: *“el daño resulta del comportamiento de la cosa, y no de la estructura”*⁶⁹.

Fue hasta el 30 de abril de 1952 que mediante un fallo la Corte dejó claro que adoptaría la distinción entre guarda en la estructura y en el comportamiento, cuando en un caso en el cual se cae una rama de un árbol sobre unos cables eléctricos, los Magistrados dicen que no encuentran la razón por la cual se atribuyó la culpa a la sociedad concesionaria, si el daño no había sido la falta de poda del árbol o su poda defectuosa, sino el estado de la rama que en su interior estaba podrida (guarda en la estructura).

Lo cierto es que después de dicha sentencia, la Corte muchas veces cambió nuevamente de posición, la cual parece ser constante solo a partir de un fallo del 30 de junio de 1953. Y en fallo

de casación posterior llega incluso la Corte a establecer el principio según el cual, es posible conocer si un tenedor tiene la calidad de guardián solo cuando se constata si este “*tenía el uso del objeto que ha causado el perjuicio, así como el poder de vigilar y el de controlar todos sus elementos*”⁷⁰

A partir de tal afirmación, tan criticada por la doctrina, establecen los tratadistas franceses, que podría llegarse a pensar que la Corte ante los casos de guarda compartida, reviste de calidad de guardián únicamente al propietario de la cosa, e incluso a quien fue su fabricante, y llegan a la conclusión de que aparentemente luego de este análisis un transportista, por ejemplo, jamás podría llegar a tener la calidad de guardián.

A pesar de lo anterior, lo cierto, es que evitando ser extremistas, la doctrina suaviza en cierto sentido el tono de aquel fallo, y lo toma como aquel en virtud del cual se afianzó mas la diferencia que la Corte adopta sobre la guarda en la estructura y en el comportamiento, pues el tenedor seguiría siendo el guardián de una cosa, no necesariamente solo si tiene el poder de vigilancia y control de todos los elementos de la cosa, sino en las que el accidente haya sido causado por una falta en el comportamiento, teniendo en cuenta la presunción a la que ya hemos hecho referencia. Así, es aceptada dicha clasificación de guarda, con la advertencia que hacen los hermanos Mazeaud, según la cual para determinados casos debe aceptarse que la existencia de una guarda acumulativa por las razones anteriormente expuestas.

Finalmente, para efectos prácticos, se refiere la Doctrina francesa, a los sujetos sobre los cuales en condiciones de normalidad puede llegar a recaer la calidad de guardián y con esta, la presunción de culpa que esta conlleva.

Para terminar, es importante mencionar sobre quiénes sostienen los autores franceses que pueda recaer la guarda de una cosa, entre ellos se encuentran⁷¹:

1) **El propietario**

En cuanto a este sujeto vale destacar la presunción que le hez atribuida, por ser éste, quien en condiciones de normalidad, tiene el poder de mando sobre la cosa, lo cual implica que será él quien deberá probar que no tiene el uso, la dirección y el control de la misma.

2) **El poseedor de la cosa**

- **Ladrón.** Para la doctrina puede el ladrón llegar considerarse el guardián de la cosa, desde el momento en que la tiene en su poder y deberá la victima dirigirse contra este.
- **Tenedor.** Al respecto establecen los hermanos Mazeaud que toda vez que el guardián es quien conserva el poder de mando sobre la cosa, hay que mirarse no solo el contrato que existe entre las partes, sino la intensión de las mismas y el espíritu que las llevo a contratar.
- **Encargado.** El ejemplo básico es el del chofer que en servicio de su comitente causa daños a partir de un accidente, en ese caso la jurisprudencia y la doctrina están de acuerdo con que el encargado será el guardián, únicamente si el comitente le otorga poder de mando sobre la

cosa, sino solo tiene la dirección material y por tanto seguirá el propietario siendo el guardián.

- **Estudiante de conducción.** La guarda es del instructor pues a pesar de no tener el volante, si tiene el poder de mando. Contrario a lo que pasa con el examinador en la evaluación de conducción, que únicamente observa el comportamiento del aspirante y como dirige este ultimo el auto.
- **Comodatario/Arrendatario/Transportista.** Como ya se ha dicho, para que sean los guardianes deben tener el control y dirección de mando de la cosa, si lo tiene solo parcialmente es menester con total precisión la causa del accidente y habrá de analizarse, según el daño haya sido causado por una falta en el comportamiento o en la estructura.

De acuerdo con todo lo anterior, podemos afirmar que en Francia la figura de guarda compartida no fue bien recibida por parte de la doctrina ni por la jurisprudencia, pues a toda costa siempre se buscaba, siendo fiel al principio de la custodia alternativa, encontrar un único y exclusivo guardián de la cosa, razón por la cual se creó la distinción de la estructura y del comportamiento. Así pues, tampoco puede dejarse de lado, que para otra parte de la doctrina hay casos en los cuales, ni siquiera tal distinción de guardas puede realizarse, y es que sin duda, siendo fieles al origen de la responsabilidad civil por el hecho de las cosas, habría de tomarse la figura de guarda compartida en la mayoría de los casos en los cuales recaiga la guarda de una cosa sobre dos o más personas, pues tal responsabilidad, la presunción de guardián y todos los elementos que giran alrededor de esta, nacieron con el ánimo de proteger a las víctimas, a quien soporta el daño por razón de un peligro creado por otro en la vida normal de la sociedad.

Podría entonces afirmarse que la tesis dominante en Francia no acepta la guarda compartida, sino la división de la atribución de la guarda. Con todo y las críticas de grandes juristas como los hermanos Mazeaud, que indican siempre existirán casos en los cuales no puede rechazarse la tesis de custodia compartida, pues pesa tanto sobre el guardián de la estructura como sobre el del comportamiento, la calidad de guardián, así entonces, no consideran que deba aceptarse con absoluta precisión que siempre podrá haber una división de guardas en ese sentido, a veces no habrá salida diferente a la acumulación de guardas.

Así las cosas, es posible afirmar que en Francia, toda vez que se contempla esta clasificación en materia de guardas, acogida por la jurisprudencia y excepcionalmente, a veces rechazada por esta y la doctrina, se define al guardián de la cosa como todo aquel que tiene un poder de uso, dirección, control y vigilancia de la cosa y además, como lo han reiterado las Corte, también tiene la obligación de impedir el perjuicio causado⁷².

3.2. La guarda compartida en el derecho colombiano.

Una vez más, tenemos que empezar por advertir, que en lo concerniente al fenómeno de guarda compartida, es el aparato judicial del Estado, aquel que se ha encargado de fijar los lineamientos y nos ha dado luces sobre el tema a la hora de enfrentar tales situaciones de hecho. Lo cierto, es que al respecto no puede decirse que exista la misma generosidad y profundidad que se evidencia en los pronunciamientos de la Corte sobre el tema de guardián de la cosa, e incluso de la actividad, por cuanto en relación a la guarda compartida, han sido pocas las decisiones del

máximo Tribunal en las cuales se realiza un completo estudio de la figura tratada en este capítulo.

En ese orden de ideas, empezando por el estudio a nivel de la doctrina colombiana, a continuación me permito detallar lo que los autores de nuestro país, han contemplado respecto de la figura de guarda compartida.

Santos Ballesteros, se refiere al concepto de guarda compartida y señala que se presenta: *“en el evento en que concurran a la producción de un daño actividades peligrosas de diversos sujetos; así lo ha admitido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (...)”*⁷³, y cita la definición otorgada por el alto tribunal, la cual analizaremos en detalle posteriormente. Enseguida, indica que en tal sentido, pueden llegar a tener que responder de manera solidaria, el propietario de la cosa que causo el daño, quien tiene sobre esta un control de hecho y adicionalmente, aquel que obtenga un provecho económico del mismo.

Por su parte, Javier Tamayo, le dedica a este tema un estudio más profundo, y se refiere a la responsabilidad solidaria de los copropietarios o guarda colectiva, citando al tratadista Boris Starck de la siguiente forma: *“(...) cuando la actividad peligrosa o la cosa por medio de la cual se ejerce pertenece a varias personas naturales o jurídicas, la víctima podrá demandar a todas o a cualquiera de ellas por la totalidad del daño a condición, por supuesto de que esas personas tengan todas ellas el poder de dirección y control”*⁷⁴. Y agrega: *“se llama guarda colectiva a la responsabilidad común de quienes tienen la guarda a un mismo título”*, como los copropietarios de un bien, o los miembros de una sociedad⁷⁵.

Lo cierto es que se refiere a guarda colectiva, toda vez que la víctima puede reclamar de uno o de todos los propietarios la correspondiente indemnización, sin perjuicio de que después este repita contra los demás en proporción a la parte de cada uno en la copropiedad, lo anterior, puesto que todos tienen el poder de dirección y mando sobre la cosa, razón por la cual no requiere de mayores explicaciones.

Enseguida entra Tamayo a abordar de lleno el tema, con la afirmación de que la guarda en Colombia puede ser acumulativa. En este punto advierte la existencia de dos corrientes:

1. **Guarda alternativa:** Cuyos partidarios son aquellos que no conciben que frente a una misma cosa, haya dos o más personas que desde diferentes circunstancias y además con diferentes títulos, sean guardianes de la cosa que causó el daño.
2. **Guarda acumulativa:** Existe la posibilidad de que sean varias las personas que tiene el poder de dirección y mando sobre una cosa, por diferentes circunstancias. Justifican su posición en que la responsabilidad está ligada a la actividad, mas no a la cosa, y basan su teoría en el ejemplo caso en el cual el propietario de una empresa vende uno de sus camiones a quien se vuelve después su distribuidor, en tal sentido, sigue gozando de cierto poder de mando sobre el vehículo al igual que su nuevo propietario.

Así, entramos a estudiar, los fallos en los que la Corte ha adoptado una posición frente al tema, advirtiendo que ha sido la acumulación de guardas la tesis que se evidencia en las decisiones del Máximo Tribunal en Colombia:

En sentencia del 14 de diciembre de 1961 la Corte establece sobre la responsabilidad de que trata el artículo 2356 del Código Civil que: “(...) *no es solamente haber faltado al deber general de obrar con una conducta prudente, sino que ese deber se desplaza hacia la obligación específica –de resultado- de no causar daño en el ejercicio de una actividad que, peligrosa o no en sí misma, **bien por su naturaleza** o **ya por las circunstancias en que se desarrolla**, requiere especiales precauciones.*”⁷⁶

Con lo cual, tal y como lo expresan los autores colombianos, da a entender la Corte, que es de la tesis en la cual existe, tanto la guarda en la estructura, aquella relacionada con la naturaleza de la cosa, como la guarda en el comportamiento, aquella que se refiere a las circunstancias en las que se desarrolla.

En sentencia del 22 de abril de 1997, por primera vez la Corte Suprema de Justicia se refiere al concepto de guarda compartida, cuando estudia un caso en el cual un camión de una empresa fabricante de bebidas, atropella a un joven de 22 años de edad, causándole la muerte. Luego de que el Tribunal exonerara de toda responsabilidad a la aludida empresa, basándose en que esta se había desprendido de la guarda del vehículo una vez vendió a la empresa Distribuidora también demandada, la propiedad del vehículo, así como en razón del contrato de distribución que existía entre las partes⁷⁷.

Pues bien, y a pesar de que en esta oportunidad la Corte advierte la imposibilidad de casar la sentencia toda vez que el casacionista incurrió en un error al confundir un error de hecho con uno de derecho. No obstante lo anterior, la Sala en aras de realizar una precisión doctrinal respecto al

concepto que el Tribunal adoptó en relación al “guardián de la actividad”, específicamente en cuanto llegó a la conclusión de que “*el poder efectivo de uso, dirección o control sobre el vehículo causante del daño, no lo tenía Postobón S.A. “sino la Compañía distribuidora como compradora que además fue del automotor”*; *conclusión con la cual parece dar a entender que en el supuesto de este litigio bastó la venta mencionada, efectuada por Postobón S.A., para que se produjera el desplazamiento de la “guarda”, esto es, para que el vendedor escapara sin más a la responsabilidad civil que le fue imputada, **no obstante conservar una incuestionable vinculación económica con el vehículo causante del daño.**”⁷⁸. (Subrayado fuera de texto).*

Así entonces, no coincide la Corte con el tratamiento que el Tribunal le otorga a la figura estudiada a lo largo del presente trabajo, por cuanto manifiesta que desconoce éste el concepto de guarda compartida, en los siguientes términos: “*desconoció el Tribunal la apuntada vinculación y por ende la noción teórica de “guarda compartida”, según la cual en el ejercicio de actividades peligrosas no es extraña la concurrencia de varias personas que, desde diversos ángulos y en atención a sus propios intereses o beneficios, puedan ejercer al tiempo y a su manera la dirección o control efectivo de aquellas y que a todas les impone el deber jurídico de impedir que se convierta en fuente de perjuicios para terceros, cuestión que ciertamente omitió examinar el sentenciador en el caso sub-judice, a pesar de las evidencias existentes en el proceso que llevan a concluir que **Postobón S.A., sin embargo de efectuar la venta mencionada, no permaneció apartada ni indiferente al desempeño, funcionamiento y control intelectual de la actividad peligrosa desplegada por el automotor tantas veces citado, actitud que por fuerza ha de entenderse asumida por aquella entidad en cuanto y en tanto obtenía de esa actividad lucro o provecho económico evidente (...)**”⁷⁹ (Subrayado fuera de texto).*

Esta relevante pieza jurídica nos otorga nuevos conceptos y precisiones, en los cuales vale la pena detenerse. Por un lado, queda totalmente claro que cabe la posibilidad, y a diferencia que en Francia, no es extraño en nuestro país, que más de una persona sea la que ostente la calidad de guardador de una cosa, y con ello, que sobre todas ellas recaiga la responsabilidad que esto acarrea, igualmente nos permite afirmar, que no solo es el propietario aquel a quien la jurisprudencia considera como el guardador de una cosa, sino también a quien en palabras de la Corte, no es ajeno *al desempeño, funcionamiento y control intelectual de la actividad peligrosa* y obtiene de esta *actividad lucro o provecho económico evidente*.

A partir de lo anterior, es posible afirmar que con ocasión de este fallo, la Corte Suprema de Justicia estableció un criterio más por el cual es posible imputar a una persona natural o jurídica la calidad de guardián de una cosa o de la actividad peligrosa en sí misma, pues como lo vimos en capítulo anterior, en el primer escenario tenemos al propietario de la cosa, siempre que no se demuestre que éste no ejercía en el momento en que ocurre el accidente el poder de dirección y control de la actividad, recordemos que en ese caso se aleja del título jurídico en virtud del cual tiene alguna injerencia sobre el objeto o la actividad, y en el segundo, aquel que no siendo el propietario de la cosa, obtiene con el despliegue de la actividad un lucro o provecho económico.

Pero lo más importante del caso, es que ninguno de estos dos elementos pesa sobre el otro, el provecho económico y la dirección o el control no son para la jurisprudencia excluyentes entre sí, por el simple hecho de que puede haber por parte de dos o más personas intereses distintos sobre una cosa, y además, porque referirse a utilidad económica o provecho económico implica

necesariamente un poder de mando o dirección, con lo cual nace en nuestro ordenamiento la figura de guarda compartida en las actividades peligrosas, como aquella en la cual concurren varias personas, *desde diversos ángulos y en atención a sus propios intereses o beneficios, puedan ejercer al tiempo y a su manera la dirección o control efectivo de aquellas*. Lo cierto es que no se trata tampoco de elementos distintos, pues tal y como lo advertimos, no puede concebirse un provecho económico que no se encuentre unido a un poder de mando, así que cuando de un lado hay poder de mando y del otro utilidad económica, lo que hay de fondo también es un poder de dirección y control sobre la cosa.

Por tal razón, podemos sostener que no se trata entonces de elementos distintos que compitan o estén en carrera para dilucidar cual tiene prevalencia sobre el otro, lo que envuelve el concepto de guarda compartida en Colombia, son las dos o más personas, que tiene relación con la cosa y con ella un poder de mando sobre la misma.

Posteriormente en sentencia del 26 de noviembre de 1999 frente a un caso en el cual en un accidente de tránsito un señor muere y su hijo sufre lesiones, luego de que un bus que venía sin frenos arrollara la camioneta estacionada en la que se encontraban, se demostró durante el proceso que el conductor no contaba con la licencia autorizada y según el informe de la policía vial, el accidente ocurrió por la falta de mantenimiento mecánico del bus, exactamente por una avería en el tubo de aire de los frenos, por lo que se compromete tanto la responsabilidad del conductor, la del dueño del bus y la de la sociedad demandada (empresa de transportes) “(...) *por permitir trabajar y hacer línea a un conductor inhábil, sin documentos actualizados de*

idoneidad y a un vehículo sin el mantenimiento mecánico debido para la prestación de un servicio público (...)”.

En ese sentido, para la Corte, opera la figura de guarda compartida entre la sociedad demandada, el conductor y el dueño del bus, por estar éstos revestidos de la calidad de guardianes frente a la actividad, motivo por el cual confirma la sentencia de primera instancia en la cual el Juzgado condena solidariamente a los tres demandados, y en específico confirma la calidad de guardián atribuida a la empresa de transportes demandada (apelante) en los siguientes términos:

*“(...) se da así entrada legal a un singular mecanismo de atribución de dicha deuda de reparación, el cual en último término y para los fines que aquí importa tener presentes, consiste en **imputarle el resultado dañoso, en virtud del principio de control del peligro y atendidas las características de los riesgos específicos inherentes a determinado tipo de empresa o explotación, al patrimonio de quien tenía la potestad de dominar, de ejercer tales controles y de impedir aquél resultado**; de donde se sigue, por obvia inferencia, que su defensa no puede plantearse con éxito en el terreno de la culpabilidad sino en el de la causalidad, rindiendo la prueba de lo que se ha convenido en denominar “la causa externa exoneratoria”, originada en el caso fortuito o fuerza mayor, en el hecho de la víctima o en el hecho de un tercero” (cas. civ. 104 del 26 de noviembre de 1999). Luego de lo cual concluye la Corte: “(...) entre los demandados se encuentra la nombrada sociedad transportadora, quien como tal era uno de los guardianes del ejercicio de la actividad peligrosa que ejerce por medio de los vehículos afiliados a dicha empresa, entre ellos el bus de que aquí se trata; que,*

como consecuencia del ejercicio de dicha actividad, se produjo el daño por el cual se le reclama responsabilidad civil solidaria”. (Negrilla fuera de texto).

Finalmente, la Corte Suprema en sentencia del 13 de mayo de 2008 se enfrentó a un caso de responsabilidad del propietario de la obra y/o de la sociedad encargada de los trabajos de construcción dentro de la misma, por los daños que sufrió un técnico electricista cuando una placa, dentro de la obra, le cayó encima, causándole graves lesiones corporales. En este punto la Corte, por venir en forma precisa al caso, hace referencia al concepto de “guarda compartida”, según el cual, *“en tratándose de actividades peligrosas, “... no es extraña la concurrencia de varias personas que, desde diversos ángulos y en atención a sus propios intereses o beneficios, puedan ejercer al tiempo y a su manera la dirección o control efectivo de aquellas y que a todas les impone el deber jurídico de impedir que se convierta en fuente de perjuicios para terceros ...”*⁸⁰.

Para el desarrollo de esta tesis, esta sentencia de la Corte es de suma importancia, pues si bien, los fallos anteriormente invocados estudian el tema de la responsabilidad por el hecho de las cosas y forjan discusiones al respecto que son de gran ayuda para entender los conceptos de guardián de la cosa y de presunción del propietario como el guardián de la cosa y la manera de desvirtuar dicha presunción, en esta oportunidad, la Corte, en uno de los más recientes pronunciamientos del tema, falla sobre un caso en el cual una sociedad comparte la guarda y las consecuencias que se derivan de los perjuicios causados con ella en los siguientes términos: *“se trata de situaciones, como la que muestra este asunto, **donde varias personas - GDS INGENIEROS LTDA. e INMUEBLES INDUSTRIALES ZETA LTDA. - no permanecen apartadas ni indiferentes al desempeño, funcionamiento y control intelectual de la actividad peligrosa desplegada, actitud que, por fuerza,***

ha de entenderse asumida en la medida en que de ella se obtiene un lucro o provecho económico evidente, que se torna significativo para poner de manifiesto la existencia de un factor suficiente de atribución de responsabilidad civil (G.J. t. CCXLVI, Vol. I, pág. 471; cfr. sentencia de 12 de febrero de 2002, exp. 6762, no publicada aún oficialmente).”(Subrayado fuera de texto).

El máximo Tribunal deriva tal afirmación a partir del material probatorio que dice también otorgarle al propietario del terreno, Inmuebles Industriales Zeta Ltda., la calidad de guardián: “(...) la sociedad contratante también ostentaba, de una forma u otra, el control y la dirección de la actividad en general, en tanto que fue ella - y sólo ella - la que **decidió voluntariamente adelantar dicho proyecto, tomó la iniciativa de edificar una construcción, seleccionó o escogió en forma autónoma al contratista que la ejecutaría, ordenó la realización de los trabajos respectivos, adoptó las medidas pertinentes para ponerlos en marcha, asignó los recursos necesarios para tal efecto y, desde luego, conservó un considerable e inocultable margen de control e influencia sobre tal operación, que no sólo era desplegada por su cuenta, sino que redundaba directamente en provecho económico suyo**”⁸¹. (Subrayado fuera de texto).

La Corte llega a la conclusión, de que el Tribunal incurrió en el yerro fáctico al descartar la calidad de guardián de la cosa por parte de el propietario del terreno y de la construcción (Inmuebles Industriales Zeta Ltda. en liquidación), ni acogió la defensa de falta de legitimación de la causa, toda vez que: “(...) pese a que las pruebas permitían establecer que GDS INGENIEROS LTDA ostentaba la guarda de la actividad peligrosa, **de allí no podía deducirse que esa calidad tuviera un alcance único, limitado y excluyente**, como para suponer equivocadamente que el propietario del terreno y de la construcción - INMUEBLES

INDUSTRIALES ZETA LTDA. EN LIQUIDACIÓN - se había desprendido de la misma o que no la ejerciera de manera simultánea con la sociedad constructora, con lo que, de paso, terminó por infringir indirectamente varias normas de linaje sustancial, en particular, los artículos 2341, 2344 y 2356 del Código Civil, al abstenerse de formular una imputación de responsabilidad, que, a la luz de las circunstancias concretas del caso y de los supuestos de hecho acreditados, resultaba completamente viable y procedente”⁸².(Subrayado fuera de texto).

El alto Tribunal aceptó la defensa propuesta en este sentido y declaró responsable solidariamente a las dos sociedades.

A partir de tales pronunciamientos, únicos en materia de guarda compartida, podemos afirmar que la jurisprudencia colombiana, a diferencia de la francesa, y a pesar de que no hayan sido muchos los casos sometidos a su consideración, en los cuales se haya hecho un estudio a fondo de la figura en comento, se inclina más hacia la guarda compartida, que hacia la alternatividad de guardas, toda vez que en sus últimos fallos la Corte no ha hecho referencia a la categorización de guarda en la estructura o a la guarda en el comportamiento.

Pero, nos preguntamos, ¿sería posible resolver con dicha categorización de guardas este último caso, en el cual, al interior de una obra, cae encima de un trabajador una placa metálica causándole graves perjuicios? ¿Cómo hablar en materia de construcción de esta clasificación de guardas?

Pues bien, hasta aquí, ante la ausencia de disposición normativa y los pocos casos que han sido sometidos a consideración de la Corte, sólo podemos afirmar que en Colombia la figura de la guarda compartida es reconocida por la jurisprudencia y que se puede resumir en palabras de la Corte en que *“en tratándose de actividades peligrosas, “... no es extraña la concurrencia de varias personas que, desde diversos ángulos y en atención a sus propios intereses o beneficios, puedan ejercer al tiempo y a su manera la dirección o control efectivo de aquellas y que a todas les impone el deber jurídico de impedir que se convierta en fuente de perjuicios para terceros”*⁸³

Por ahora, y a partir de este último fallo, hito jurisprudencial en la materia, y de la reconstrucción jurisprudencial y dogmática que hemos estudiado, se pueden concretar las nociones básicas sobre el tema de esta investigación.

Así entonces, a continuación, es necesario concretar, tal y como se planteó en la introducción y génesis de este trabajo, a quién le son atribuibles las consecuencias del ejercicio de las actividades peligrosas ejercidas con cosas, lesivas para la persona o los bienes de la víctima, así como, qué debe entenderse por guardián en los términos en que la jurisprudencia lo ha reconocido, y en tal sentido, qué significa tener un poder efectivo de uso, control o aprovechamiento de la actividad.

Así pues, le son atribuibles las consecuencias del ejercicio de las actividades peligrosas ejercidas con cosas **a aquél o a aquellas persona(s) natural(es) o jurídica(s) que tiene(n) la calidad de guardián(es) frente a la cosa con la cual se ejecuta la actividad.**

En Colombia se entiende por guardián: **quien(es) tiene(n) sobre las cosas el poder de mando, dirección y control independientes**. Sobre esto, hay que mencionar que poder de mando, dirección y control, tal y como hemos visto, pueden resumirse en un **poder de decisión**, que para llegar a ser considerado como tal, debe ser (Elementos del poder de decisión):

- **Real:** Quiere decir que a pesar de no tener la guarda material se haya reservado la potestad de tomar decisiones relacionadas con la actividad riesgosa.
- **Independiente:** Que pueda decidir sobre la cosa sin sujeción a otra persona. Elemento que descarta la posibilidad de que sea un tenedor lato sensu, quien simplemente tiene la cosa, sin poder de decisión independiente sobre la misma.

Lo anterior, teniendo en cuenta, que este elemento no se predica en cuanto a la guarda compartida, esto es, cuando dos o más personas tienen un poder de mando sobre una misma cosa, toda vez que en ese caso, su poder de mando si podrá depender de otro, y viceversa.

- **Efectivo:** En el sentido en que se debe estar frente a un poder de dirección intelectual, lo cual significa un efectivo poder de mando sobre la cosa.

Finalmente, integramos a la definición el ***aprovechamiento o utilidad de la actividad***, según el cual, a partir de los últimos fallos de la Corte, también se reputa guardián, aquel que **adicionalmente** *“obtiene provecho de todo o parte del bien mediante el cual se realizan actividades caracterizadas por su peligrosidad”* (CXCVI, No. 2435, pág. 153). Lo cierto es que se entiende este elemento, solo bajo la premisa en virtud de la cual, dicho lucro o provecho económico viene detrás del único elemento que ha planteado la Corte como determinante para otorgar la calidad de guardián, pues detrás del poder de mando, puede haber un lucro económico, pero no al revés.

Lo anterior, se confirma en el citado fallo del 13 de Mayo de 2008, donde si bien la interpretación de la Corte frente al poder de mando que detenta la sociedad propietaria del inmueble, puede generar controversia, en ningún momento se le otorga la calidad de guardián sólo por la obtención de un lucro económico de la sociedad frente a dicha construcción, ni por ésta ser su propietaria, sino porque también la Corte entendió, que existía un poder de mando a partir de la escogencia del contratista, la destinación de los recursos, entre otras. Y cabe la misma precisión respecto de los casos en que la Corte se ha referido al elemento de lucro económico, frente a las empresas de servicios de transporte, pues además de obtener un lucro sobre los vehículos, también tienen la dirección sobre éstos⁸⁴.

Así pues, pueden ser considerados guardianes los siguientes sujetos:

1. **El propietario:** Por ser quien normalmente tiene con el derecho de dominio, el poder de dirección, vigilancia y control sobre la cosa.

Excepción: Podrá demostrar que no es guardián, si prueba que no tiene el poder de mando sobre la cosa. Lo cual ocurre en dos situaciones:

- a) Voluntariamente: Porque voluntariamente se desprendió del elemento de poder de dirección intelectual, a través de un título jurídico, lo cual implica que no tiene el poder efectivo sobre la cosa:
- b) Sin su voluntad: Caso en que el poseedor de mala fe, usurpador y / o ladrón lo despoja inculpablemente de la cosa.

2. **El poseedor y tenedor legítimo:** con facultad de uso y goce sobre la cosa. Como por ejemplo *los arrendatarios, comodatarios, administradores*. Aclarando que será compartida

en el caso en el que el propietario continúe con un poder de mando sobre la cosa y no se pueda establecer si el daño lo causó un vicio interno o el comportamiento de la cosa.

La guarda compartida puede definirse cuando en concurrencia dos o más personas *desde diversos ángulos y en atención a sus propios intereses o beneficios, puedan ejercer al tiempo y a su manera la dirección o control efectivo sobre una actividad, que a todas les impone el deber jurídico de impedir que se convierta en fuente de perjuicios para terceros*⁸⁵.

4. Conclusiones

Finalizada la presente investigación, cuyo objeto pretendía establecer, las diferencias que podría haber suscitado en nuestro país, el hecho de no haber traído Andrés Bello, a nuestro Código Civil, el artículo 1384 del Código Francés de Napoleón sobre la responsabilidad por el hecho de las cosas, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- Tanto en Francia como en Colombia, la presunción que recae sobre el guardián de la cosa o de la actividad, respectivamente, nace con el fin directo y exclusivo de proteger a la víctima, que por la industrialización, se ve sometida a situaciones consideradas de alto riesgo para los miembros de una sociedad.
- Luego de estudiar la evolución de la figura en el derecho francés y en el derecho colombiano, vale resaltar, que contrario a lo que podía pensarse en un principio, no existen mayores diferencias entre el tratamiento que se le ha dado en Francia al guardián de la responsabilidad por el hecho de las cosas, y en Colombia, al guardián de la actividad peligrosa.

Al respecto cabe mencionar, que si bien, el Código Civil Francés contempla una disposición que por virtud de la doctrina y la jurisprudencia, hoy en día se reconoce como el precepto general de la responsabilidad por el hecho de las cosas, en Colombia, a pesar de no consagrar nuestro Código Civil, una disposición similar a la francesa, también se ha construido, vía

jurisprudencia, un concepto sobre este tipo de responsabilidad en el marco de las actividades peligrosas surgido a partir del artículo 2356 de dicho cuerpo normativo.

Y es que a pesar de que en el derecho francés, la responsabilidad surge por el hecho de las cosas, diferente a Colombia, en donde surge por las actividades peligrosas, es importante precisar, toda vez que dichas actividades siempre son ejercidas a través de cosas, que las consideraciones, lineamientos y figuras de creación francesa, como la de guardián, guarda compartida, entre otras, pueden aplicarse sin mayores inconvenientes a las máximas que rigen la materia dentro de nuestro ordenamiento.

- Ahora, es importante precisar, que a pesar de las semejanzas con el derecho francés, vale destacar, un tema que ha sido poco tratado en Francia, y que en el derecho colombiano aún no es muy claro, con esto me refiero a la relación que existe entre el que devenga un lucro económico a partir de la actividad desplegada con un objeto y la calidad de guardián que pueda llegar a tener. Pues bien, después de estudiar a fondo los fallos de la Corte, acojo la tesis por virtud de la cual se considera guardián solo aquel que posee un poder de mando sobre una cosa, del cual puede derivarse un provecho o utilidad económica frente a la actividad. Pero aun, no habido un fallo en el cual, sea únicamente un provecho económico el cual pueda atribuirle a alguien la calidad de guardián, ya sea como guardián único o en el marco de la figura de guarda compartida.

Así, lo único que puede afirmarse hasta ahora, es que el provecho económico solo puede concebirse como un criterio subsidiario, el cual puede desprenderse del poder de mando,

pues nunca se ha otorgado a un sujeto o a varios la calidad de guardianes solo bajo el entendido de que éstos reporten de dicha actividad una utilidad, sino en el supuesto en que además de tener un poder de mando, obtienen un lucro económico con la misma.

- Finalmente, cabe preguntarse, en un sistema positivo como lo es el derecho colombiano, en el cual no existe el principio de precedente judicial, ¿qué tan útil sería crear una ley para regular los rasgos generales de la responsabilidad por el hecho de las cosas, en especial de las actividades peligrosas?

Al respecto, considero importante que a través de una ley se fijen los parámetros sobre los cuales debe regirse la responsabilidad por el hecho de las cosas, en específico de las actividades peligrosas, unos lineamientos básicos, en los cuales se defina, quién es el guardián, la noción de guarda, de guarda compartida, los elementos de cada uno de estos, como principios que otorguen la seguridad jurídica necesaria en un ordenamiento.

Lo anterior, sin olvidar que sería ineficiente e irracional, pretender con una ley abarcar todas las posibles situaciones de hecho, que pueden surgir en relación con la responsabilidad del guardián en las actividades peligrosas, así entonces, solamente con unas directrices generales, que vayan más allá de la simple enunciación que consagra la norma francesa, se lograría un gran avance en la materia y sería la base sobre la cual estructurar la seguridad jurídica propia de las exigencias que trae consigo el futuro.

El artículo 2356⁸⁶ del Código Civil colombiano, es una muestra más de que pretender que una norma abarque todas las situaciones que pueden darse dentro de una sociedad, además de ser imposible de construir, se torna con el tiempo, en razón a los cambios a los que las sociedades constantemente se exponen, en una norma sin mayor aplicabilidad o utilidad.

Sin duda, el artículo 2356 del Código Civil en materia de responsabilidad civil representa una disposición a partir de la cual se ha creado toda una doctrina y una teoría de la responsabilidad civil por las actividades peligrosas, lo cierto, es que hoy en día, son más los casos que se encuadran fuera de los puntos relacionados en dicha disposición, con lo cual, reafirmamos una vez más, que debe ser tarea de la jurisprudencia, a partir de unas disposiciones que consagren los lineamientos básicos y generales, afrontar las nuevas situaciones que en esta materia se vayan dando.

Y es que, los retos que tendrá la Corte serán cada vez mayores, teniendo en cuenta la evolución de las sociedades, de la tecnología y del ser humano en sí mismo. Razón por la cual será muy interesante estudiar en un futuro, cómo tratará la Corte el concepto de guardián frente a las distintas actividades que vayan siendo consideradas con el tiempo, como peligrosas, pensemos en los retos que seguirá trayendo la industrialización, la globalización, la tecnificación, y la protección del medio ambiente, como algunos, entre muchos temas más que seguramente entraran a ser debatidos en nuestras Altas Cortes y Tribunales.

Hasta el día de hoy los pronunciamientos de la Corte no evidencian mayores inconsistencias, sin sujeción a que entre los miembros de la Corte se evidencien ciertos aspectos en los cuales

no se logra un consenso unánime, no obstante, puede afirmarse que los temas de guarda, como concepto estudiado desde tiempo atrás, se han venido tratando por la Corte de manera plana y constante en sus fallos.

Por otro lado, frente a la figura de guarda compartida, será interesante estudiar cómo varia, o por el contrario cómo se mantiene la tesis de la Corte, conforme ésta se vaya enfrentando a nuevas situaciones propias de aplicar dicha noción; en este momento, teniendo en cuenta que el tema hasta ahora está siendo revisado por el máximo Tribunal, y volviéndose protagonista de sus fallos, no se tienen los suficientes elementos para entrar a calificar las decisiones de la Corte en ese sentido.

No obstante, a partir de las sentencias a las que nos referimos a lo largo del presente trabajo, en materia de guarda compartida, se podría decir que el inicio de su formación, ha tenido un tratamiento de casi nulas variaciones, salvo por el hecho de que si bien, a veces en sus consideraciones parece la Corte referirse a la diferencia entre guarda en la estructura y guarda en el comportamiento, la mayoría de las veces, opta el máximo Tribunal por no descartar la guarda de ninguno de los sujetos que aparentemente tiene la custodia de la cosa mediante la cual se efectúa la actividad. Sin embargo, tal y como lo mencionamos, en líneas anteriores, éste es aun un tema cuya evolución será interesante analizar en un futuro, en el que serán más las actividades peligrosas y con esto, serán más los retos que se vendrán para la Corte Suprema de Justicia.

BIBLIOGRAFÍA

1. Doctrina

ALESSANDRI R., Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*. Chile: Ediar Editores Ltda., 1983.

BARROS B, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

JOSSERAND, Luis. *Derecho Civil*. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Editorial Ejea, 1950.

LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilidad civil*. Bogotá: Legis Editores, 2004.

LÓPEZ M., Marcelo J. *Elementos de la Responsabilidad Civil: Examen Contemporáneo*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 2009 – (Colección internacional No.11)

MARTÍNEZ RAVE., Gilberto – MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Onceava Edición, Bogotá: Temis, 2003.

MAZEAUD, Henri. *Traite theorique et pratique de la responsabilite civile delictuelle et contractuelle*. Librairie du Recueil Sirey, 1934.

MAZEAUD, Henri y Leon - TUNC, Andre. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962.

MOISSET de Espanes, Luis. *Responsabilidad civil en materia de accidentes de automotores*. Editorial Rubinzal-Culzoni, 1985.

PALAO MORENO, Guillermo. *Responsabilidad civil extracontractual en el derecho europeo*. Editorial Tirant Lo Blanch, 2008.

PAVA A., Carmen Lucia de La. *De la responsabilidad civil por el hecho de las cosas*. Colección Tesis, 1983.

PEIRANO F., Jorge. *Responsabilidad Extracontractual*. Bogotá: Editorial Temis, 2da Edición, 2004.

PENA LÓPEZ, Fernando. *La Culpabilidad en la Responsabilidad Civil Extracontractual*. Granada: Editorial Comares, 2002.

PÉREZ VIVES, Álvaro. *Teoría General de las Obligaciones*. Segunda edición. Volumen II. Parte Primera, Bogotá: Temis, 1954.

SALEILLES, Raymon. *Les accidents du travail et la responsabilite civile*. Paris, 1897.

SANTOS BALLESTEROS, Jorge. *Instituciones de Responsabilidad Civil*, Tomo I, 2a edición, Bogotá: Javegraf, 2006.

STARCK, Boris. *Essai d'une Theorie Generale de la Responsabilite Civile cosideree en sa Double Fontion de Garantie et de Peine Privee*. Paris: Edit. L. Rodstein, 1947.

TAMAYO LOMBANA, Alberto. *La Responsabilidad Civil Extracontractual y la Contractual*, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2005.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, 2a Edición, Bogotá: Edición, 2007

TUNC, André. *La Responsabilite Civile*, Segunda Edición: Paris, 1989.

YZQUIERDO TOLSADA., Mariano. *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Bogotá: Editorial Dykinson, 2001.

2. Jurisprudencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Civil:

- *Sentencia 19 de 1972*
- *Sentencia 022 de 1995*
- *Sentencia 047 de 1995*
- *Sentencia 021 de 1996*
- *Sentencia 009 de 1997*
- *Sentencia 088 de 1998*
- *Sentencia 012 de 1999*
- *Sentencia 104 de 1999*
- *Sentencia 074 de 2000*
- *Sentencia 065 de 2002*
- *Sentencia 050 de 2003*
- *Sentencia 024 de 2005*
- *Sentencia 071 de 2005*
- *Sentencia 124 de 2005*
- *Sentencia 165 de 2005*
- *Sentencia 254 de 2005*
- *Sentencia 157 de 2006*
- *Sentencia 079 de 2007*

- *Sentencia 035 de 2008*
- *Sentencia 047 de 2008*
- *Sentencia 045 de 2008*
- *Sentencia del 6 de agosto de 2009, Exp. 1268*
- *Sentencia de 24 de agosto de 2009, Exp. 1054*
- *Sentencia de 18 de septiembre de 2009, Exp. 406*
- *Sentencia de 13 de mayo de 2010, Exp. 161*
- *Sentencia de 6 de agosto de 2010, Exp. 611*

¹ También se ha encargado la jurisprudencia de estudiar el tema en el marco de las demás disposiciones que por fragmentos consagra el Código Civil Colombiano sobre la responsabilidad por el hecho de las cosas: Arts. 2350 y s.s del Código Civil Colombiano. Nos referimos solo a las actividades peligrosas toda vez que el tema del presente estudio se encuentra limitado a la responsabilidad consagrada en el art. 2356 del Código Civil.

² SANTOS BALLESTEROS, Jorge. *Instituciones de Responsabilidad Civil*, Tomo I, 2a reimpresión: 2005.

³ “G. J. ts. XIII y XXVI, ps. 222 y 63, respectivamente.

⁴ PÉREZ Vives, Álvaro. *Teoría General de las Obligaciones*. Pág., 185

⁵ *Ibíd.*

⁶ *Ibíd.* Pág., 187

⁷ *Ibíd.* Pág., 188

⁸ *Ibíd.* Pág., 194.

⁹ *Ibíd.* Pág., 196

¹⁰ Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 14 de Diciembre de 1962, XCVII, 779.

¹¹ Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 24 de agosto de 2009. Magistrado Ponente: William Namen Vargas.

¹² Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 26 de Agosto de 2010 Expediente 2005-611. Magistrada Ponente: Ruth Marina Díaz Rueda.

¹³ Artículo 1386 Código Civil francés de 1804: “El propietario de un edificio es responsable del daño causado por su ruina, cuando ella sobreviene a consecuencia de un defecto de sostenimiento o por un vicio de su construcción.”

¹⁴ MAZEAUD, Henri y Leon - TUNC, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962.

¹⁵ PEIRANO FACIO, Jorge. *Responsabilidad Extracontractual*. 2da Edición. Bogotá: Temis, 2004, Pág. 562.

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ Op. Cit. MAZEAUD y TUNC. Pág. 4

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ Op. Cit. PEIRANO FACIO. Pág. 563.

²⁰ Op. Cit. MAZEAUD y TUNC. Pág. 5

²¹ *Ibíd.* Pág. 8

²² *Ibíd.*

²³ Op. Cit. PEIRANO FACIO. Pág. 568.

²⁴ LÓPEZ MESA, Marcelo. “Elementos de la Responsabilidad Civil”. Biblioteca Jurídica Dike y Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá: 2009. Pág. 581.

²⁵ JOSSERAND, LOUIS. *Evolutions et actualites*, Paris, Sirey, 1936. Págs. 40 y ss.

²⁶ Op. Cit. PEIRANO FACIO. Pág. 569.

²⁷ Op. Cit. PÉREZ VIVES. Pág., 165

²⁸ *Ibíd.* Pág. 166

²⁹ *Ibíd.*, pág. 123

-
- ³⁰ *Ibíd.*, pág. 168
- ³¹ Ley del 30 de octubre de 1946
- ³² Op. Cit. MAZEAUD y TUNC. Pág. 119
- ³³ *Ibíd*em
- ³⁴ Op. Cit. MAZEAUD y TUNC. Pág. 124
- ³⁵ *Ibíd.*, Pág. 126
- ³⁶ *Ibíd.* Pág. 129
- ³⁷ *Ibíd.* Pág. 134
- ³⁸ *Ibíd.* Pág. 136
- ³⁹ *Ibíd.* Pág. 136
- ⁴⁰ *Ibíd.* Pág. 140
- ⁴¹ *Ibíd.* Pág. 142
- ⁴² *Ibíd*em
- ⁴³ *Ibíd.* Pág. 143.
- ⁴⁴ Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 14 de Marzo de 1938. Magistrado Ponente: Ricardo Hinestrosa Daza.
- ⁴⁵ TAMAYO Jaramillo, Javier. De la Responsabilidad Civil. T. I., vol. 2, Temis, 1995.
- ⁴⁶ Op. Cit. SANTOS BALLESTEROS. Pág. 321
- ⁴⁷ Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de Mayo de 1939. Magistrado Ponente: Arturo Tapias Pilonieta.
- ⁴⁸ *Ibíd*em
- ⁴⁹ *Ibíd*em
- ⁵⁰ Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 18 de Mayo de 1972, (GJ Núm. 2352 a 2357, pág. 183). Magistrado Ponente: Ernesto Gamboa Álvarez.
- ⁵¹ *Ibíd*em
- ⁵² *Ibíd*em
- ⁵³ *Ibíd*em
- ⁵⁴ Sala Casación Civil, Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 10 de Marzo de 1976, “G. J.”, t. CLII, p. 69.
- ⁵⁵ CSJ, Sentencia No. 4345 del 22 febrero de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.
- ⁵⁶ *Ibíd*em
- ⁵⁷ *Ibíd*em
- ⁵⁸ *Ibíd*em
- ⁵⁹ CSJ, Sentencia No. 4753 del 22 de abril de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Nicolás Bechara Simancas.
- ⁶⁰ CSJ, Sentencia No. 5048 del 13 de octubre de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.
- ⁶¹ *Ibíd*em
- ⁶² CSJ, Sentencia No. 6163 de Abril 2002. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles.
- ⁶³ CSJ, Sentencia No. 05045 de Octubre de 2006. Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena
- ⁶⁴ Op. Cit. TAMAYO. Pág. 898
- ⁶⁵ *Ibíd*em.
- ⁶⁶ Sala Casación Civil, Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 18 Mayo 1972, “G. J.”, 1. CXLII, p. 188, en: TAMAYO. Pág. 900.
- ⁶⁷ Op. Cit. MAZEAUD – TUNC. Pág. 154
- ⁶⁸ *Ibíd.* Pág. 154 y 155
- ⁶⁹ *Ibíd.* Pág. 155
- ⁷⁰ *Ibíd.* Pág. 157
- ⁷¹ La descripción que se realizara a continuación fue tomada del libro los hermanos Mazeaud y André Tunc.
- ⁷² Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 26 de Octubre de 1972, en: TAMAYO . Pág. 886.
- ⁷³ Op. Cit. SANTOS BALLESTEROS. Pág., 325

⁷⁴ Op. Cit. TAMAYO JARAMILLO. Pág. 902

⁷⁵ A ellos aplica la regla de la solidaridad del artículo 2344 del Código Civil, indica Tamayo Jaramillo en su obra.

⁷⁶ Sala de Neg. Gen., 14 de dic., “G.J.”, t. XCVII, p. 779. Citado por Tamayo Jaramillo, ob., cit., p. 896

⁷⁷ CSJ, Sentencia No. 4753 del 22 de abril de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Nicolás Bechara Simancas.

⁷⁸ *Ibídem*

⁷⁹ *Ibídem*

⁸⁰ Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 13 de Mayo de 2008. Mag. Ponente: Cesar Julio Valencia Copete.

⁸¹ *Ibídem*

⁸² *Ibídem*

⁸³ *Ibídem*

⁸⁴ Salvamento de voto Parcial. Mag. Dr. Arturo Solarte “(...)el mismo ha sido utilizado excepcionalmente por la jurisprudencia de la Corte, particularmente v.gr., para establecer la responsabilidad de las empresas de transporte por los daños causados con los vehículos a ellas afiliados, pues se entiende que la correspondiente empresa, además de tener el control sobre el automotor que sirve de instrumento para la realización del daño, “obtiene provecho de todo o parte del bien mediante el cual se realizan actividades caracterizadas por su peligrosidad” (se subraya) (CXCVI, No. 2435, pág. 153)”.

⁸⁵ Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia. Sentencia C-035 de 2008. Mag. Ponente: Cesar Julio Valencia Copete.

⁸⁶ “Art. 2356.- 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.”