

TEMA: DE LA RESPONSABILIDAD EN EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS - Para que se verifique la responsabilidad patrimonial, se requiere que el daño se genere como consecuencia de la acción u omisión del demandado, es decir, que exista vínculo de entre la conducta humana y el daño. / **LA CAUSA EXTRAÑA – HECHO DE UN TERCERO** - La causa extraña como género se compone de hechos o situaciones imprevisibles, irresistibles y exteriores al demandado, a partir de los cuales ninguna responsabilidad puede imputársele. /

HECHOS: El proceso verbal promovido por Aracelly Valencia Díaz y otros, en contra de Transportes Aranjuez Santa Cruz S.A. y otros, a través del cual se pretende que se declare civilmente responsables de los perjuicios ocasionados por el fallecimiento del señor Néstor Armando Díaz Valencia a cargo de los demandados. En consecuencia, sean reconocidos los perjuicios por concepto de daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la vida e relación.

TESIS: En cuanto al elemento subjetivo o psicológico de la conducta, la necesidad de su valoración se impone en los regímenes subjetivos de responsabilidad, los cuales constituyen, en el ordenamiento jurídico colombiano – de marcada tendencia culpabilista –, la regla general. (...) hay eventos excepcionales en que resulta posible prescindir del análisis sobre el carácter culposo del autor, en los cuales se encuentran las situaciones en que, en la causación del perjuicio, por ejemplo, aparecen involucrados objetos inanimados empleados en el ejercicio de actividades peligrosas. En estos casos, la categoría de la culpabilidad es completamente irrelevante para la determinación de la responsabilidad, razón por la cual la única vía posible de exoneración consiste en la acreditación de una causa extraña, en cualquiera de sus tres modalidades: caso fortuito o fuerza mayor, hecho exclusivo de la víctima, hecho exclusivo de un tercero. (...) Si bien la causa extraña tiene varias especies (hecho de la víctima, de un tercero, entre otros), lo cierto es que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido clara en estructurar el fondo principialístico que debe observarse dentro de cualquiera de sus vertientes. Por ello, se ha considerado que la definición de causa extraña, en general, deviene del concepto de caso fortuito o fuerza mayor. (...) De manera concreta habrá lugar a considerar la causa extraña cuando se presenta un hecho imprevisible e irresistible, pero teniendo claro que “deben estar presentes coetánea o concomitantemente”, para la concreción de este instituto jurídico exonerativo de responsabilidad, de forma que, si se verifica uno de ellos, pero no los dos, no será posible concederle eficacia alguna, ya que esta es bipolar. (...) concederle eficacia alguna, ya que esta es bipolar. (...) Un “hecho sólo puede ser calificado como irresistible, si es absolutamente imposible evitar sus consecuencias, es decir, que situada cualquier persona en las circunstancias que enfrenta el deudor, invariablemente se vería sometido a esos efectos perturbadores, pues la incidencia de estos no está determinada, propiamente, por las condiciones especiales –o personales- del individuo llamado a afrontarlos. (..) Para el demandado el hecho del tercero deberá aparecer como absolutamente extraño en cuanto a que la ajenidad será de necesaria constatación no sólo respecto de la conducta o actividad suya, sino también respecto del ámbito global de actividad en la que se enmarca su conducta, es decir, no será permitido que en el fondo obre una relación entre el demandado y el tercero al que se le atribuye la derivación del daño.

MP. PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA

FECHA: 28/10/2020

PROVIDENCIA: SENTENCIA.

SALVAMENTO DE VOTO: JULIAN VALENCIA CASTAÑO



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
TRIBUNAL SUPERIOR SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL
MAGISTRADA PONENTE: PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA

***"Al servicio de la justicia
y de la paz social"***

S - 145

Procedimiento: Verbal

Demandante: Aracelly Valencia Díaz y otros

Demandados: Transportes Aranjuez Santa Cruz y otros

Radicado Único Nacional: 05001 31 03 013 2019 00043 01

Procedencia: Juzgado Trece Civil del Circuito de Oralidad de Medellín

Decisión: Confirma decisión apelada

Medellín, veintiocho (28) de octubre de dos mil veinte (2020)

Cuestión: habiendo sido derrotada la ponencia inicialmente presentada por el H. Magistrado Sustanciador, procede la Suscrita quien le sigue en turno en orden alfabético de apellidos, a presentar la que recoge el criterio de la mayoría de la Sala, emitiendo sentencia anticipada y por escrito al haber acogido los apoderados de ambas partes el ofrecimiento que en tal sentido se les hiciera con base en el artículo 278-1 del C.G.P.

Se resuelve, entonces, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 9 de octubre de 2019, por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Oralidad de Medellín.

Temas: Responsabilidad civil extracontractual en ejercicio de actividades peligrosas, hecho exclusivo de un tercero.

Procedente del Juzgado Trece Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, por virtud de la apelación interpuesta por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 9 de octubre de 2019, ha llegado a esta Corporación el proceso verbal promovido por Aracelly Valencia Díaz, Johana Isabel Díaz Valencia, Oscar Javier Díaz Valencia, Gladis Adriana Ceballos Monsalve, María Paula Díaz Ceballos y Miguel Ángel Díaz Ceballos en contra de Transportes Aranjuez Santa Cruz S.A., Compañía Mundial de Seguros S.A., Pedro Antonio Aristizabal López y Edwin Leandro Jiménez Acosta, a través del cual se pretende:

"Declárese a Transportes Aranjuez Santa Cruz S.A, Compañía Mundial de Seguros S.A, Pedro Antonio Aristizabal López y Edwin Leandro Jiménez Acosta civilmente responsables de los perjuicios ocasionados por el fallecimiento del señor Néstor Armando Díaz Valencia (sic)" (fl. 3 C 1)

Lo anterior, para que los demandados sean condenados a pagar las siguientes sumas de dinero:

Para la madre del fallecido: \$9.747.000 por concepto de daño emergente y la suma equivalente a 100 SMLMV por concepto de daño moral.

Para cada uno de los hermanos de la víctima: la suma equivalente a 50 SMLMV por concepto de daño moral.

Para la compañera permanente: \$9.856.839 por concepto de lucro cesante consolidado y \$71.042.636 por concepto de lucro cesante futuro, amén de 100 SMLMV por daño moral y el equivalente a 50 SMLMV por concepto de daño a la vida de relación.

Para María Paula Díaz Ceballos (hija del fallecido): \$4.928.420 por concepto de lucro cesante consolidado y \$13.739.391 por concepto de lucro cesante futuro. Además, 100 SMLMV por concepto de perjuicios morales y el equivalente a 50 SMLMV por concepto de daño a la vida de relación.

Para Miguel Ángel Díaz Ceballos (hijo del fallecido): \$4.928.420 por concepto de lucro cesante consolidado y \$20.058.650 por concepto de lucro

cesante futuro. Además, 100 SMLMV por concepto de perjuicios morales y el equivalente a 50 SMLMV por concepto de daño a la vida de relación.

Todo lo antedicho, con fundamento en hechos que así se compendian:

Que el 28 de enero de 2017 a eso de las 5 AM a la altura de la carrera 49 número 95-35 de Medellín, el señor Néstor Armando Díaz Valencia fue atropellado por el vehículo tipo buseta de servicio público con placas TPM 002, conducido por el señor Edwin Leandro Jiménez Acosta, afiliado a Transportes Aranjuez Santa Cruz S.A, propiedad señor Pedro Antonio Aristizabal López y el cual para ese entonces se encontraba asegurado en la Compañía Mundial de Seguros S.A.

Que el accidente de tránsito ocurrió por la transgresión al deber objetivo de cuidado por parte del conductor del vehículo tipo buseta, quien violentó el principio de confianza y arrolló indiscriminadamente al señor Néstor Armando Díaz Valencia, causándole la muerte en el acto como consecuencia de un trauma craneoencefálico y torácico severo.

Que el suceso fue sometido a un estudio técnico de reconstrucción por parte de un investigador judicial, quien concluyó que el vehículo tipo buseta se desplazaba superando la velocidad máxima permitida en la zona, por tratarse de una "interacción y en zona urbana" (sic. Fl. 6).

Que para el momento del accidente el señor Néstor Armando Díaz Valencia tenía 41 años cumplidos, era trabajador activo, no devengaba pensión y de su fuerza laboral dependían su compañera permanente y sus hijos, quienes han quedado desprovistos de los medios de subsistencia que les prestaba su compañero y padre.

Que la familia del fallecido ha sufrido profundo sufrimiento moral porque se les privó de seguir compartiendo con su ser querido, amén que su fallecimiento les generó un daño material a causa de los gastos funerarios y las ayudas dejadas de percibir a manera de lucro cesante.

RÉPLICA

La demanda fue admitida por auto fechado el 5 de febrero de 2019 (fl 236 C 1), y notificados de la misma los demandados, procedieron a contestarla de la siguiente manera:

Edwin Leandro Jiménez Acosta, Transportes Aranjuez Santacruz S.A. y el señor Pedro Aristizabal López. Los demandados en mención contestaron la demanda a través del mismo apoderado judicial y comenzaron por reconocer la ocurrencia del accidente en el cual falleció el señor Néstor Armando Díaz Valencia, pero hicieron la salvedad que para el momento mismo del suceso, horas de la madrugada, la víctima caminaba junto con su pareja (Jhovany Andrés Duque) en avanzado estado de embriaguez por la carrera 49, lugar destinado al tránsito de vehículos. Entonces, cuando el vehículo pasaba junto a ellos, según los testigos, el señor Díaz Valencia fue empujado por su pareja en contra la buseta e hizo que fuera impactado con la punta derecha del bómper delantero.

Por tanto, no existe ninguna evidencia de que el accidente hubiere ocurrido por supuesta imprudencia del conductor demandado, porque en el informe de tránsito no quedó ninguna anotación al respecto y el supuesto perito es un "investigador judicial", sin ningún conocimiento en física que le permita llegar a semejantes conclusiones.

En cuanto a los perjuicios reclamados y a las relaciones familiares, los demandados dijeron no tener constancia en absoluto, por lo que aseguraron que los demandantes deben probar todos los hechos relativos a esas situaciones.

Formularon entonces las que llamaron excepciones de: i) Inexistencia de la obligación a indemnizar; ii) Culpa exclusiva y determinante de un tercero; iii) petición excesiva de perjuicios; iv) causa extraña y v) culpa exclusiva de la víctima.

Compañía aseguradora Mundial de Seguros S.A. En su calidad de codemandada y llamada, contestó la demanda aceptando la ocurrencia del accidente, pero siendo enfática en cuanto a que el hecho de la víctima es el único que explica su lamentable fallecimiento, pues este invadió de forma intempestiva la calzada por donde circulaba el automotor.

En esa misma línea agregó que el mismo perito de la parte demandante afirmó que fue imposible determinar de forma objetiva la velocidad del automotor, con lo que claramente de ese dictamen no se extraen conclusiones contundentes acerca de las causas del accidente y, mucho menos, de la supuesta imprudencia del conductor demandado.

Con respecto a los perjuicios materiales pretendidos, la demandada exigió prueba de que el occiso era quien velaba por la manutención de la señora Gladis Adriana Monsalve Ceballos y sus dos hijos, amén que dijo no tener constancia alguna sobre el sufrimiento moral.

Por otro lado, reconoció la existencia de la póliza de seguro tomada por la compañía transportadora, indicando que para ese momento se encontraba vigente bajo el consecutivo 2000001482, que cubría la responsabilidad extracontractual, pero que las otras pólizas citadas por el llamante no tienen cobertura extracontractual.

Con base en lo anterior, formuló las que llamó excepciones de: i) prescripción; ii) inexistencia de la obligación; iii) límite asegurado.

SENTENCIA IMPUGNADA

Trabada la relación procesal, se dictó sentencia desestimatoria de las pretensiones, en la cual se declaró probada la que se denominó excepción de "culpa exclusiva de un tercero".

Para decidir de la manera como lo hizo, la Juzgadora comenzó con un recuento fáctico de la demanda y su contestación, así como del trámite del proceso, para luego asegurar que se encontraban reunidos los presupuestos procesales.

Pasó entonces a referirse a los presupuestos axiológicos de la responsabilidad civil extracontractual por el ejercicio de una actividad peligrosa -como es la conducción de un vehículo automotor-, para de ahí partir con el análisis de las pruebas traídas al plenario, particularmente, las versiones del conductor, de un pasajero del vehículo y de lo averiguado dentro del trámite contravencional, pruebas que la llevaron a concluir que fue el acompañante

del occiso quien lo empujó en contra del vehículo en el momento mismo en que pasaba a su lado, lo que en todo caso resultó ser irresistible para el conductor demandado.

Lo anterior, por cuanto el demandado adoptó todas las medidas precisas que le eran exigibles para evitar el daño, especialmente la consistente en realizar una maniobra de alejamiento del lugar de la vía por donde transitaban los peatones, pese a que estaban caminado sobre la calzada, siendo fácil deducirlo por la posición final de la buseta, misma que quedó con inclinación hacia el lado contrario del lugar donde termina la línea divisoria de los carriles, lo que muestra que en verdad la posición final del automotor quedó formando un ángulo, y ello permite deducir que el conductor esquivó a los peatones.

Con respecto a la prueba pericial aportada por la parte demandante, indicé que el investigador judicial firmante de la misma no supo explicar de manera objetiva cuál era el fundamento de sus conclusiones anotadas referentes el exceso de velocidad, pues aceptó que no encontró huellas de arrastre o de frenado y por ello se imposibilitaba la medición objetiva de velocidad, amén que los daños generosos en que basó dicha deducción no tienen certeza, ya aceptó que los mismos bien pudieron ocurrir en otro accidente.

En adición, el testigo presencial fue claro en señalar que el vehículo apenas momentos antes del impacto había reiniciado la marcha luego de recoger a un pasajero, mientras que los hombres (la víctima y su pareja) se hallaban en avanzado estado de embriaguez, caminando por la zona destinada para el tránsito de vehículos, sin el acompañamiento de una persona que se hiciera responsable de su actuar, lo que contraviene los artículos 57 y 59 del Código Nacional de Tránsito.

Entonces, con fundamento en lo declarado por el mentado testigo presencial que se desplazaba como pasajero de la buseta, la Juez concluyó que el señor Néstor Armando fue empujado por su acompañante a la vía por donde transitaba el vehículo, verdad que resulta contraria a lo que concluyó el perito traído por la parte demandante, quien si bien indicó que no pudo haber sido empujado porque, de haber sido así, le habría pasado el vehículo por encima, lo cierto es que mereció reparo a la Funcionaria en cuanto a que por la ubicación de los intervinientes -antes del momento del accidente-, era

perfectamente posible que el golpe se hubiera dado en la forma en que ocurrió, esto es, después de haber sido la víctima lanzada en contra de la buseta.

Con todo, aludiendo a los elementos de la causa extraña, advirtió que la conducta del señor Néstor Armando Díaz Valencia le era imprevisible a irresistible al conductor y, por tanto, escapaba a su esfera de cuidado, puesto que lo que estaba a su cargo, en cuanto la mitigación del riesgo, fue surtido con apego a las normas de tránsito, lo que como consecuencia, trajo la liberación de responsabilidad de los demandados, en tanto el encadenamiento causal se vio interrumpido por parte de un tercero agresor, quien lo empujó hacia la buseta en el momento en que esta iba circulando por su lado.

Terminó compulsando copias a la Fiscalía General de la Nación, en contra del señor Jhovany Andrés Duque García, para que dicho ente investigara la posible conducta punitiva en la muerte de señor, pues fue él, el único responsable del accidente.

IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión la parte demandante se alzó en su contra, alegando como reparos concretos los que pasan a individualizarse.

Del apoderado de Aracelly Valencia Díaz, Johana Isabel Díaz Valencia, Oscar Javier Díaz Valencia:

ÚNICO: yerra el Despacho al declarar probada la culpa de un tercero, por cuanto de haber sido cierto que el acompañante de la víctima lo empujó contra la buseta, entonces, según las leyes de la física, la víctima habría quedado debajo del vehículo, pero la verdad es que el cuerpo del señor Néstor Armando Díaz Valencia quedó muy distante del carro.

En contrario, partiendo de la teoría del riesgo creado por el conductor del vehículo y no por la víctima, la *a-quo* debió considerar que el accidente ocurrió por violación al deber objetivo de cuidado del conductor, ya que transgredió el principio de confianza otorgado socialmente, pues observó que los peatones estaban embriagados y por ello mayor cuidado debió tener. Por el contrario,

no les "pitó" y tampoco frenó y con ello impidió que los peatones tomaran las acciones pertinentes de cara a no se atropellados.

En adición, lo aparatoso del vehículo es muestra de que venía a exceso de velocidad.

De la apoderada de Gladis Adriana Ceballos Monsalve, María Paula Díaz Ceballos y Miguel Ángel Díaz Ceballos.

PRIMERO: la parte demandante no está obligada a probar el rompimiento del nexo de causalidad, puesto que si bien la parte demandante presentó un informe pericial objetivo que no colma las expectativas de la juez, de todas maneras y, por lo contrario, los demandados no presentaron ningún informe técnico que diera explicación lógica de la posición final del cadáver.

SEGUNDO: el supuesto codazo de un peatón a otro debió probarse en debida forma y no con la declaración de un solo testigo, a quien la juez ligeramente le dio toda credibilidad, pasando por alto que el declarante no es capaz de explicar lógicamente cómo se producen los daños delanteros del lado derecho de la buseta, al punto de dejar en el suelo -junto al cuerpo-, vestigios de pintura amarilla que se desprendieron luego de deformar su estructura.

Además, el estado de alicoramiento del peatón no fue la causa del accidente, por lo que ninguna incidencia causal tiene en el resultado dañoso.

TERCERO: el peritaje presentado por la parte demandada nada indica sobre la posible ruptura del nexo causal, pues ni siquiera fue ratificado en juicio.

CUARTO: no se pudo presentar el peritaje de la parte demandante tal como lo realizó el técnico forense, porque la funcionaria en una tensa audiencia enfrascó al perito en una sola pregunta, consistente en cuál fue la causa determinante del accidente, olvidando que ese no fue el objeto de su dictamen. Luego, el experto trató de explicar los resultados de su hallazgo y aseguró que su pericia es tan objetiva que solo se basa en el informe de tránsito, documento público que se presume auténtico y tomando los daños allí relacionado es que ofrece su teoría.

PROBLEMAS JURÍDICOS

De acuerdo con lo decidido y argumentado por la juzgadora de Primer Grado, y teniendo en cuenta que el reproche más sustancial de los apelantes estriba en que a su juicio hay suficiente prueba para acoger las pretensiones, de la siguiente manera pueden plantearse los problemas jurídicos centrales que debe abordar la Sala en esta ocasión:

¿En realidad se acreditó la ruptura del nexo causal por el hecho exclusivo de un tercero, como lo concluyó la juzgadora de primer grado? o, por el contrario, como lo estiman los apelantes, ¿están acreditados todos los presupuestos axiológicos de la pretensión de responsabilidad civil extracontractual?

Superado el trámite correspondiente al recurso, corre la oportunidad de resolverlos y a ello se procede con base en las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. De la responsabilidad en el ejercicio de actividades peligrosas

Para que se verifique la responsabilidad patrimonial, se requiere que el daño se genere como consecuencia de la acción u omisión del demandado, es decir, que exista vínculo de causalidad (modernamente imputación) entre la conducta humana y el daño. En cuanto al elemento subjetivo o psicológico de la conducta, la necesidad de su valoración se impone en los regímenes subjetivos de responsabilidad, los cuales constituyen, en el ordenamiento jurídico colombiano – de marcada tendencia culpabilista –, la regla general (artículo 2341 del Código Civil).

No obstante, hay eventos excepcionales en que resulta posible prescindir del análisis sobre el carácter culposo del autor, en los cuales se encuentran las situaciones en que en la causación del perjuicio, por ejemplo, aparecen involucrados objetos inanimados empleados en el ejercicio de actividades peligrosas (artículo 2356 del Código Civil). En estos casos, la categoría de la culpabilidad es completamente irrelevante para la determinación de la responsabilidad, razón por la cual la única vía posible de exoneración consiste

en la acreditación de una causa extraña, en cualquiera de sus tres modalidades: caso fortuito o fuerza mayor, hecho exclusivo de la víctima, hecho exclusivo de un tercero. Al respecto, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:¹

“...a la vera de la responsabilidad civil disciplinada en las normas generales, coexisten regímenes singulares para determinadas categorías, dentro de éstas las atañederas al ejercicio de actividades peligrosas que implican riesgos de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños...considerada su aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que –de ordinario- despliega una persona respecto de otra, su apreciable, intrínseca y objetiva posibilidad de causar un daño” y, por consiguiente, su idoneidad potencial para lesionar los derechos e intereses tutelados por el ordenamiento jurídico, más allá de la diligencia o cuidado exigible y de los parámetros corrientes.

Trátese de actividades dañosas o riesgosas que no se prohíben, por cuya peligrosidad intrínseca o relativa a los medios de trabajo empleados, es decir por los riesgos y peligros que las caracteriza per se disciplina el deber legal de resarcir los daños causados.

Por esta inteligencia, tiene dicho la Corte, los únicos elementos estructurales de esta especie de responsabilidad son el ejercicio de una actividad peligrosa, la causación de un daño y la relación de causalidad entre aquélla y éste, exigiendo tan sólo que el daño pueda imputarse [...] por los peligros que implican, inevitablemente anexos a ellas, sin requerir la prueba de la culpa para que surja la obligación de resarcir,... y por ello basta la demostración del daño y el vínculo de causalidad...

La víctima, sólo debe probar el daño y la relación de causalidad con la actividad peligrosa y al autor o agente no le basta probar ausencia de culpa, ni diligencia o cuidado, siéndole menester acreditar plenamente

¹ Sala de Casación Civil, sentencia de 18 de septiembre de 2009, Exp. 20001-3103-005-2005-00406-01, M.P. William Namén Vargas.

el elemento extraño como causa exclusiva del daño, esto es, la fuerza mayor o caso fortuito, la intervención de la víctima o de un tercero...".

2. De la causa extraña -hecho exclusivo de un tercero-.

La causa extraña como género se compone de hechos o situaciones imprevisibles, irresistibles y exteriores al demandado, a partir de los cuales ninguna responsabilidad puede imputársele.

En ese sentido, si bien la causa extraña tiene varias especies (hecho de la víctima, de un tercero, entre otros), lo cierto es que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido clara en estructurar el fondo principalístico que debe observarse dentro de cualquiera de sus vertientes. Por ello, se ha considerado que la definición de causa extraña, en general, deviene del concepto de caso fortuito o fuerza mayor, pues:

*"cumple reiterar...- por la inescindible relación que tiene con el asunto que ocupa la atención de la Corte - que en el Derecho Colombiano los dos presupuestos - ex lege - que estereotipan, como unidad conceptual y como sinonimia legal, al caso fortuito o fuerza mayor, son la **imprevisibilidad** y la **irresistibilidad** (...), en donde brilla por su ausencia un precepto definitorio del fenómeno liberatorio en cuestión, a la par que con el criterio adoptado por esta Corporación, respetuoso de la ley positiva que, se insiste, efectúa la supraindicada caracterización..." (Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia del 23 de junio de 2000.Expediente 5475. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.)*

Ahora bien, de manera concreta habrá lugar a considerar la causa extraña cuando se presenta un hecho imprevisible e irresistible, pero teniendo claro que *"deben estar presentes coetánea o concomitantemente, para la concreción de este instituto jurídico exonerativo de responsabilidad, tal y como ha sido señalado en reiterada jurisprudencia de la Corporación (Sentencias del 26 de julio de 1995 expediente 4785; 19 de julio de 1996 expediente 4469; 9 de octubre de 1998 expediente 4895, entre otras), **de forma que si se verifica uno de ellos, pero no los dos, no será posible***

concederle eficacia alguna, ya que esta es bipolar² (negrillas del Despacho)

Además, algún sector de autorizada doctrina ha convenido en que se hace necesaria la exterioridad del hecho alegado como casusa extraña, en punto a que se trata, como se dijo, de "*un hecho **extraño** al deudor... vale decir que el deudor no haya contribuido a producir...*" y que sea **imprevisible e irresistible**. (Ospina Fernández, Guillermo. **Régimen general de las obligaciones**. Bogotá D.C: Editorial Temis Edición de 1994. p. 109)

De suerte que es posible calificar un hecho como imprevisible para el demandado en uso de criterios claros como: "1) *El referente a su normalidad y frecuencia; 2) El atinente a la probabilidad de su realización, y 3) El concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo*" (Ospina *ibíd*)

Superado entonces el primer polo del concepto, deberá el juzgador estar atento a que, dentro de la prueba sobre los hechos alegados por el demandado, obre con gran significación la irresistibilidad, en estudio de la cual debe tenerse en cuenta que "*en el lenguaje jurídico, la irresistibilidad debe entenderse como aquel estado predicable del sujeto respectivo que entraña **la imposibilidad objetiva de evitar ciertos efectos o consecuencias derivados de la materialización de hechos exógenos** - y por ello a él ajenos, así como extraños en el plano jurídico - que le impiden efectuar determinada actuación, lato sensu...*"³. (negrillas del Despacho).

Es más, esa tarea debe emprenderse sin perder de vista que un "*hecho sólo puede ser calificado como irresistible, si es absolutamente imposible evitar sus consecuencias, es decir, que situada cualquier persona en las circunstancias que enfrenta el deudor, invariablemente se vería sometido a esos efectos perturbadores, pues la incidencia de estos no está determinada, propiamente, por las condiciones especiales –o personales- del individuo llamado a afrontarlos.*"⁴

² *Ibíd*.

³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de junio de 2000. Expediente 5475. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de julio de 2005..Expediente 6569. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

En concreto, con respecto al hecho exclusivo de un tercero como arista específica de la causa extraña, es claro que deberá cumplir con los elementos esenciales ya referenciados, dada la trascendental importancia de probar estructuralmente el hecho que da lugar a la liberación de responsabilidad.

Finalmente, para el demandado el hecho del tercero deberá aparecer como absolutamente extraño en cuanto a que la ajenidad será de necesaria constatación no sólo respecto de la conducta o actividad suya, sino también respecto del ámbito global de actividad en la que se enmarca su conducta, es decir, no será permitido que en el fondo obre una relación entre el demandado y el tercero al que se le atribuye la derivación del daño. **(Reglero Campos, L. Fernando. Tratado de la Responsabilidad Civil. T I. p. 358.)**

Por valioso ha de extractarse que la Corte Suprema de Justicia (Sentencia de Casación Civil del 7 de marzo de 2019. Rad. 05001 31 03 016 2009-00005-01. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque), considera que la exoneración por esta precisa causal supone:

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

b) También es requisito indispensable que el hecho fuente del perjuicio no haya podido ser previsto o evitado por el demandado, ya que si era evitable y no se tomaron, por imprudencia o descuido, las medidas convenientes para evitar el riesgo de su ocurrencia, la imputabilidad a ese demandado es indiscutible, lo que en otros términos quiere significar que cuando alguien, por ejemplo, es convocado para que comparezca a juicio en estado de culpabilidad presunta por el ejercicio de una actividad peligrosa, y dentro de ese contexto logra acreditar que en la producción del daño tuvo injerencia causal un elemento extraño puesto de manifiesto en la conducta de un tercero, no hay exoneración posible mientras no suministre prueba concluyente de ausencia de culpa de su parte en el manejo de la actividad;

c) Por último, el hecho del tercero tiene que ser causa exclusiva del daño, aspecto obvio acerca del cual no es necesario recabar de nuevo sino para

indicar, tan sólo, que es únicamente cuando media este supuesto que corresponde poner por entero el resarcimiento a la cuenta del tercero y no del ofensor presunto, habida consideración que si por fuerza de los hechos la culpa de los dos ha de catalogarse como concurrente y por lo tanto, frente a la víctima, lo que en verdad hay son varios coautores que a ella le son extraños, esos coautores, por lo común, están obligados a cubrir la indemnización en concepto de deudores solidarios que por mandato de la ley lo son de la totalidad de su importe, postulado éste consagrado por el artículo 2344 del Código Civil (...). –subraya intencional-

CASO CONCRETO TODOS LOS REPAROS

Todos los reparos se abordarán en conjunto por su inescindible relación, puesto que todos ellos apuntan a sostener que en el caso concreto están acreditados los presupuestos axiológicos de la pretensión de responsabilidad civil extracontractual, debido a lo cual la sentencia debe ser condenatoria, especialmente porque los apelantes estiman que no quedó acreditada la causa extraña en su modalidad de hecho exclusivo de un tercero y, en cambio, los presupuestos de la responsabilidad civil sí fueron debidamente probados.

Ahora, es indiscutible que el argumento toral del fallo consiste en que el señor Néstor Armando Díaz Valencia, además de su imprudencia al desplazarse por la vía destinada para tránsito de vehículos, fue empujado por una persona que lo acompañaba (a quien se nombra como Jhovany Andrés Duque) en contra de la buseta con placas TPM 002, en el momento mismo en que el rodante pasaba al lado de ambos, conclusión que los apelantes discuten a través de los reparos ya mencionados.

En tal panorama, lo apenas lógico para la mayoría de la Sala es adentrarse en la prueba recaudada sobre: i) los hechos fundamento de la pretensión, es decir, que la víctima fue atropellada de forma imprudente; y ii) los supuestos fácticos en que los demandados basan sus excepciones, esto es, que el deceso del señor Díaz Valencia en realidad tuvo origen en el hecho exclusivo de un tercero, que lo habría empujado en contra de la buseta pilotada por el conductor demandado, cuando la misma se disponía a sobrepasarlos.

Comiéndose entonces por el interrogatorio del señor Edwin Leandro Jiménez Acosta, conductor del vehículo tipo buseta involucrado en el accidente, quien relató:

"...llevo en el vehículo de 12 a 14 pasajeros, mucho antes de llegar a la colisión con el señor, dejo un pasajero que venía para una parte donde él trabajaba por ahí cerquita y recojo otro usuario, inicio la marcha y en el momento de iniciar la marcha, como es una semi-pendiente para llegar al pare donde estaba en la esquina, veo una pareja que viene de lejos abrazados pero por el lado de la calle, entonces yo asumo, yo digo ve!!!, me corro un poquito al lado de que cuando yo pase en el carro ellos puedan, como vienen por la calle, puedan pasar y yo veo que, como es una zona residencial yo voy a la velocidad permitida, 30 más o menos, entonces cuando yo veo que, voy a pasar, yo siento un golpe, entonces como vengo despacio yo miro hacia el frente y no veo nada, entonces me dice un pasajero que parara, al yo después de haber pasado por donde estaban ellos, y yo paro, me dice el pasajero que hay un señor tirado en la acera" (hora 1:31 newfile 19)...

Para mayor precisión, la juez le preguntó a qué se debió su maniobra, es decir, los peatones iban a pasar "de dónde a donde", a lo que contestó que maniobró antes su vehículo antes de pasar *"por el lado de ellos, antes de pasar veo que venían abrazados y uno nota que venían como alegando, no sé. Vengo despacio, lo que siento es algo que usted siente que se quebró, lo que hago es mirar adelante y no veo nada, ya el pasajero que viene al lado derecho mío me dice un momentico señor, pare" (hora 1:33 newfile 19)...*

Agregó que el golpe se produjo con *"la direccional, donde va la farola del carro, si hubiera sido con la trompa uno lo ve, fue delantero al lado derecho de la trompa"(hora 1:35 newfile 19), justificando de paso su maniobra evitativa y la colisión final con esa parte de su vehículo en que "lo que hago es retirarme más o menos un metro de la acera, los veo que vienen manoteando o como alegando, lo hago es correrme para que ellos puedan pasar, no sé si se enreda o el otro lo empuja, al momento de pasar siento el golpe" (hora 1:36 newfile 19).*

Nótese entonces que el conductor del rodante es sincero con lo ocurrido, en tanto que no negó haber visto a los peatones, tampoco afirmó con mentira que había frenado o similares, pues reconoció que simple y llanamente retiró su vehículo de la ubicación de la víctima y su acompañante, confiando que estos lograrían pasar por el espacio adicional que les abrió, mismo que en cualquier caso no era siquiera necesario porque en la zona existe anden para circulación peatonal.

Además, lo declarado acompasa perfectamente con el dicho del único testigo presencial escuchado en el proceso, el señor Horley de Jesús Guerra, quien indicó que para la fecha de los hechos era un pasajero frecuente de la ruta en horas de la madrugada, y ya en concreto adujo que:

*"iba en la primer silla (sic) después de la puerta al lado derecho. Antes de llegar al parque de Aranjuez, el señor va recogiendo pasajeros, da la curva a la derecha, coge (sic) pasajero y cuando va a voltear a subir, para, descarga un pasajero y coge otro, en el momento en que **carranca** yo veo unas personas que vienen bajando en contravía a la buseta, las veo, no puedo decir si alegando, algo así como manoteando, entonces en el momento en que arranca vienen bajando y veo que el del lado derecho empuja al otro con el codo, hasta aquí veo que lo jode con el codo y se voltea de un lado y en el momento se siente un ruido como si se explotara un espejo, un estallido. No se vio nada, me asomé y no vi nada, cuando el conductor va a arrancar, me percato y miro hacia al lado y veo un muchacho tirado en el andén... me bajé y había un muchacho parado al lado, el que viajaba con él.... cuando el muchacho queda en el piso, el que venía al lado se quedó pasmado y cuando ya vio que los pasajeros del bus nos bajamos empezó a gritar, con todo respeto con una voz como gay, auxilio socorro, hagan algo por favor" (min 33:35 newfile 20)*

En cuanto a la velocidad del rodante, acerca de la cual la teoría del demandante es que fue excesiva, el testigo entregó un dato clave cuando indicó que *"el kilometraje no sé, pero le puedo decir que acababa de recoger un pasajero e iba subiendo, entonces la velocidad no era mucha" (min 37:50 newfile 20)*, lo que incluso respaldó el perito de la parte demandante (sobre cuya sustentación se hará mención posterior), quien a partir del torque de la

buseta, aseguró que con una carga de aproximadamente 12 pasajeros *"en 30 metros no alcanza ni a meter segunda, podría yo decir que hasta 20 kilómetros por hora"*, pues para alcanzar una velocidad mayor 30 necesita *"en condiciones normales por ahí 40 a 45 metros"* (min 1:55:50 newfile 20).

Luego, hablar en este caso de exceso de velocidad no es posible por varios motivos: i) el propio perito de la parte demandante, señor Jorge Mario Vallejo, afirmó que no contaba con elementos objetivos para determinar la velocidad; ii) con el testimonio del señor Horley de Jesús Guerra quedó acreditado que momentos antes del accidente la buseta se había detenido a recoger a un pasajero; iii) tomando en consideración los cálculos del mentado perito, el rodante no pudo haber alcanzado una velocidad mayor a 20 kilómetros por hora, entre el lugar de recogida del pasajero y el sitio de impacto.

De suerte que la teoría del conductor demandado y el testigo *ibídem* comienza a perfilarse como la más cercana a la verdadera causa del accidente en que perdió la vida el señor Díaz, esto es, el hecho exclusivo de un tercero que le empujó y le hizo impactar con la buseta, pero como bien lo indicó una de las apoderadas apelantes esa causa extraña debe acreditarse de forma contundente, más de ninguna manera ello significa que un testimonio no sea suficiente en la medida en que el sistema normativo en lo procesal contempla, salvo contadas excepciones, libertad probatoria.

Además, no es el testimonio del señor Guerra el único que permite arribar a la conclusión a que llegó la *a-quo*, pues tal declaración se sostiene incluso cuando se le compara con el dictamen pericial aportado por la demandante, cuya sustentación se surtió en audiencia, comenzando porque tanto el testigo como el perito coinciden en que el accidente ocurrió en la calzada derecha de la vía, en todo caso destinada para la circulación exclusiva de vehículos.

El declarante en su testimonio sostuvo que el vehículo *"subía por el lado derecho, lo que yo noto es que cuando viene la pareja bajando, el conductor se sale un poquito de la orilla como para dar más campo y queda lineal en la línea amarilla, el carro queda muy separado del andén, en esa época la vía era de dos sentidos"* (min 38:10 newfile 20). Por su parte, el perito apoya esa declaración al indicar que *"la víctima fue impactada en el carril derecho parte central"*, pero en realidad no sabe explicar exactamente cómo o por qué fue así, pues afirmó que el fallecido *"iba atravesando la vía, pero fue impactado"*

o venía caminando hacia el frente, son varias hipótesis, de frente, de izquierda a derecha y de derecha a izquierda no me da, podía venir de frente” (min 2:02:00 newfile 20).

Aclárese que a tal conclusión llegó el perito casi al final de su sustentación y gracias a la insistencia de la juez y las partes sobre la mecánica del accidente, al respecto de la cual terminó aceptando que pueden manejarse varias hipótesis, pero todas parten de que el impacto ocurrió en la calzada derecha de la vía, más no en la acera como lo declaró Jhovany Andrés Duque (de quien se dice era pareja de la víctima) ante la autoridad de tránsito el 21 de marzo de 2018 (fl. 154 C 1), misma acera en la que, dicho sea de paso, no había ningún obstáculo que impidiera usarla (min 33:36 newfile 20 testigo presencial).

Entonces, que el cuerpo de la víctima hubiere quedado finalmente tendido entre la acera y la calzada se explica, según el testimonio analizado, porque el señor Néstor *"cayó al lado derecho de la buseta, en el andén, con la cabeza hacia abajo con el desnivel del andén, hacia abajo colisionó con el stop o la direccional que queda muy bajito, no lo vi caer porque en esa parte es punto ciego, es muy bajito y la buseta es muy alta"* (min 40:50 newfile 20).

En palabras técnicas *"obedece a la perpendicular en que fue impactado, hay una acción percepción, puede haber un tramo de 2 o 3 metros para accionar frenos, no se observa ninguna maniobra, esa posición final de impacto de vehículo y víctima obedece a diagonal en que fue impactado"* (min 1:39:55 newfile 20).

Ahora, lo importante no es tanto que las versiones del testigo y el perito concuerdan en lo elementalmente físico, es decir, velocidades, fuerza de impacto, disposición final de cuerpo y vehículo, entre otros. Lo anterior, porque más allá de todas esas concordancias, ambas versiones se corresponden entre sí desde el plano fenomenológico, en lo relacionado con la teoría de que la víctima fue empujada al paso de la buseta.

Recuérdese que el testigo Guerra siempre afirmó haber visto que el señor Néstor Díaz fue empujado por otra persona, por lo que cuando impactó el vehículo en plena vía (min 44:20 newfile 20), a la buseta le *"reventó el stop,*

la direccional, no le quitó pintura" (min 48:50 newfile 20), lo que graficó explicando que se escuchó algo así como si se explotara un espejo, "*un estallido*". Además, el informe de toxicología forense arrojó que la víctima tenía una concentración de 267 mg de etanol en 100 ml de sangre (fl. 290), es decir, un estado gravemente avanzado de ebriedad, en la medida en que la ley 1696 de 2013 prevé como tercer grado de embriaguez la concentración de 150 mg de etanol en 100 ml de sangre (num. 4º del art. 5º), lo que si bien se aplica para conductores de vehículos automotores permite identificar en alguna medida lo que normativamente se considera "embriaguez".

Entonces, debe quedar claro que las condiciones en que transitaba la víctima no era las ordinarias en que toda persona en sano juicio transita, porque la experiencia enseña que tal concentración de etanol en sangre reduce la agudeza visual, el equilibrio, el reflejo y la motricidad, razones por la que incluso el conductor demandado optó por "abrirle espacio corriéndose hacia la izquierda" de cara a que pudiera pasar con su acompañante, lo cual en efecto fue corroborado por el testigo presencial que declaró en audiencia.

Esa maniobra realizada por el conductor es absolutamente clave, puesto que para la mayoría de la Sala la imprevisibilidad, irresistibilidad y exterioridad de la causa extraña no se puede valorar *ex ante* y, por el contrario, esas características que componen el fenómeno exonerativo se predicán de la modalidad misma de causa extraña de que se trata. Es decir, en el caso del hecho exclusivo de un tercero, lo que se valora es el hecho mismo de cara a su influencia en la ocurrencia del suceso, más no en relación con las conjeturas o suposiciones que el demandado pueda o deba haber hecho con anterioridad a que el tercero modificara la cadena fenomenológica del hecho dañoso-

Y es así, precisamente, porque lo imprevisible, irresistible y externo es el hecho mismo del tercero, lo que no se ve afectado por las maniobras que hubieren podido ejecutarse antes de que el tercero modificara el mundo fenomenológico, en tanto que no pudiendo el demandado adivinar la forma en que el extraño actuará, juzgar que pudo evitar las consecuencias del accidente reaccionando a la modificación causal que aún no ha sucedido, implicaría sentenciar desde el plano de las suposiciones, en franco desconocimiento de la forma en que comúnmente ocurren las cosas y, lo más

importante, pasando por alto la línea lógico-temporal en que estas se desarrollan.

En otras palabras, si bien el conductor de la buseta aceptó haber visto a la víctima y a su acompañante unos 30 metros antes del sitio de impacto, lo cierto es que la causa extraña no puede valorarse desde el momento mismo en que el conductor vio a los peatones, como para decir que debió detener su marcha, cambiar su carril o, en fin. Sí, en efecto esa observación previa le obligaba a no embestirles directamente, y por ello el conductor lo que hizo fue dirigir su vehículo para alejarlo de la trayectoria lineal de la víctima y su acompañante.

Luego, el hecho de un tercero con verdadera aptitud para exonerar de responsabilidad es el "empujón" de la víctima al paso de la buseta propinado por su acompañante. Por tanto, el problema o tensión que debe resolverse para determinar la acreditación de la causa extraña no consiste en las medidas que debió tomar el conductor a partir de la vista previa de los peatones, porque en efecto está acreditado que las tomó, sino más bien en la aptitud causal del hecho de un tercero que empujó a la víctima en el momento mismo en que la buseta se disponía a sobrepasarlos, y su influencia definitiva en el resultado dañoso.

Puesto así el plano causal, una cosa es que el acompañante hubiere empujado a la víctima a plena vista del conductor y este hubiere optado por seguir su marcha, a pesar de que el señor Díaz ya estaba tendido gracias a la fuerza ejercida por su compañero. Eso implicaría dos cosas: i) que el conductor hubiese actuado con negligencia al no detener su marcha o cambiado de carril, ante la presencia de una persona tendida en la vía; ii) de haber perdido el equilibrio la víctima con anticipación a que la buseta pasare por su lugar de ubicación, lo sucedido necesariamente debió ser un "aplastamiento" y no un atropellamiento, porque difícilmente puede atropellarse un cuerpo que está a nivel de la carpeta asfáltica.

En cambio, asunto bien diferente es que ese empujón se produjo en un plano lineal de tiempo en el que resultaba imposible de prever y resistir para el conductor demandado, gracias a que ocurrió en un momento en que tal conductor ya había perdido de su vista frontal a los peatones, lo cual se afirma

con base en una valoración del dictamen aportado por la misma parte demandante y la diligencia de necropsia, en armonía con lo declarado por el conductor mismo y el testigo que presencié los hechos al que tantas veces se ha hecho mención.

Para tal labor, debe recordarse que el mentado testigo siempre ha sostenido, tanto en este proceso como en el contravencional, *"y cuando va a voltear a subir, para, descarga un pasajero y coge otro, en el momento en que carranca yo veo unas personas que vienen bajando en contravía a la buseta, las veo, no puedo decir si alegando, algo así como manoteando, entonces en el momento en que arranca vienen bajando y veo que el del lado derecho empuja al otro con el codo, hasta aquí veo que lo jode con el codo y se voltea de un lado y en el momento se siente un ruido como si se explotara un espejo, un estallido"*(min 33:35 newfile 20).

Al respecto de la mecánica del accidente que para el declarante y el conductor demandado siempre estuvo claro, el perito de la parte demandante en realidad se mostró seriamente dubitativo, tal como antes se destacó en tanto tuvo en cuenta varias hipótesis: un cruce de los peatones o un impacto de "frente", ninguna de las cuales concuerdan con lo declarado por el señor Guerra.

Y lo más preocupante, aunque el perito afirmó de entrada que la causa del accidente fue que *"quien ejercía la actividad peligrosa no tuvo la precaución o el debido cuidado, en razón a que habían unas personas sobre la vía y con su vehículo de grandes dimensiones impactó la humanidad de una de ellas"* (min 1:05:20 newfile 20), cuando se le indagó sobre el fundamento de sus conclusiones se excusó en que:

"es algo muy claro, lo que me acaba de preguntar no está sustentado en el informe, sino que está hablado en términos de hallazgo no en conclusión ... las señales de tránsito indican en términos de precaución ... yo manifiesto que no es posible determinar la velocidad a la cual fue impactada la víctima, no hay elementos objetivos, huella de arrastre biológico, huella de frenada, de derrape, pero hago la salvedad en razón a la norma técnica, es decir, la identificación de los

daños y valorarlos en razón de su deformación o magnitud, daños del vehículo ”(min 1:09:10 newfile 20)

De suerte que un perito que no comprometa su criterio con una conclusión fundada en su estudio, francamente comienza dejando un mal sabor en lo que a su rigurosidad y objetividad importa, porque pareciere sugerir el perito que él simplemente da cuenta de hallazgos para que cada persona que estudia el experticio concluya lo que a bien tenga, cosa que en realidad no acompasa con la verdadera finalidad de la prueba pericial.

Ahora, no niega la mayoría de la Sala lo que la apoderada apelante manifiesta en su recurso en cuanto a la cohibición por parte de la juez para que el perito fuere espontáneo dado que, la verdad sea dicha, la técnica y la empatía de la respetada *a-quo* con el perito no estuvo siquiera cerca de ser la adecuada, en la medida en que le increpó, le amonestó y le intimidó sin ninguna razón apenas empezando su declaración.

Empero, con las preguntas que hicieron los demás apoderados, y una vez el perito pudo hablar con soltura, se despejaron las dudas que dejó planteadas con el informe escrito, comenzando por la explicación de las razones que lo llevaron a concluir sobre la imprudencia del conductor demandado, sobre cuya fuerza probatoria la mayoría de la Sala disiente según lo que pasa a explicarse.

Aunque el perito siempre fue sincero en cuanto a que no pudo determinar objetivamente la velocidad del vehículo, explicó su conclusión en tal punto así:

*"se identificaron 5 daños estructurales, de la línea del cinturón hacia el piso, **el piso del carro es donde ponen los pies los ocupantes, la del cinturón es la línea central**, a folio 22, 23 del dictamen está la relación de los ítems 1 ,2 ,3, 4 y 5, desprendimiento de pintura y masilla, una rotura ... no concluyo que un número de velocidad, concluyo que los daños en el vehículo son demasiado generosos para que se destruya a una velocidad mínima”(min 1:13:10 newfile 20)*

Lo anterior, porque la “proyección final”, es decir, la disposición definitiva del vehículo y el cuerpo de la víctima:

"me está mostrando invasión de ese carril, tenía espacio para maniobrar, no se pudo identificar que habían huellas de frenada que indicara que hubo una maniobra antes de la interacción, no hubo acción reacción, el área en donde se encuentran los daños, indican que observamos posición final del cadáver y en el folio 32 (del dictamen) se ponen a un lado del cadáver los fragmentos que se pudieron haber desprendido" (min 1:25:05 newfile 20)

Es que para el perito el impacto tuvo que ser violento por la "generosidad de los daños", pero en momento posterior manifestó que con una carga de aproximadamente 12 pasajeros, la buseta *"en 30 metros no alcanza ni a meter segunda, podría yo decir que hasta 20 kilómetros por hora"*, pues para alcanzar una velocidad mayor 30 necesita *"en condiciones normales por ahí 40 a 45 metros"* (min 1:55:50 newfile 20).

Se encuentra aquí su primera contradicción, que impide tener por acreditado que se trató de un "atropellamiento violento a alta velocidad", porque el testigo Guerra, hasta el cansancio, insistió en que el accidente ocurrió a unos 30 metros después de haber reemprendido la marcha (min 49:50 newfile 20), amén que desplazándose la víctima en tan cercana compañía de otra persona, no se explica cómo en un "atropellamiento violento a alta velocidad" el acompañante no sufriera ninguna lesión, es más, ni un rose por parte de un vehículo de tan grandes dimensiones.

Por tanto, el decir del perito es que el conductor demandado atropelló con la buseta a la víctima impactándolo, aparentemente (pudo ser dijo), con el "bisel" que sostiene el vidrio panorámico a la carrocería del vehículo, pero limitando su juicio gracias a que

"todos los daños están de la línea del cinturón hacia abajo por eso no se identifica ese daño porque no se alcanza a dilucidar, pero a pregunta del señor abogado le estoy manifestando que esa huella de paso pudo haber sido con el bisel, pudo haber sido" (min 2:01:00 newfile 20)

Aclaró, además que *"la víctima tenía lesiones en toda su humanidad, pero en el vehículo se identificaron los daños hasta la línea del cinturón, porque no*

pude identificar en foto, pudo haber sido con el bisel" (min 1:59:50 newfile 20), por lo que concluyó que los daños en el vehículo *"pueden haber ocurrido en otro accidente"* (min 1:32:50 newfile 20), e incluso a folio 207 en la recreación de la buseta marca el sitio de impacto con un cuadrado de color rojo, siempre por debajo de la línea media del rodante y lejos del vidrio panorámico.

Nótese pues que en definitiva el perito no compromete su criterio, pero si permite corroborar lo declarado por el testigo Guerra y lo consignado en el protocolo de necropsia, según el cual la víctima medía 1.68 metros y pesaba entre 65 y 70 kilogramos (fls. 170), mientras que el vehículo tiene una altura de 2.275 metros, lo que quiere decir que si fuere cierto un impacto frontal este habría ocurrido a la altura de la cabeza de la víctima, es decir, 1.60 metros aproximadamente, porque la necropsia muestra allí el sitio de impacto que le causó el trauma craneoencefálico (fl. 173).

Ahora, como se dijo, el perito aceptó que todos los daños del vehículo los encontró de la línea del cinturón hacia abajo y que la del cinturón es la línea media del vehículo, razón por la que se ubica, más o menos, a 1.1375 metros del suelo y de su parte superior (dividiendo la altura total del vehículo entre dos la línea marca la mitad). Luego, no puede concluirse que la víctima fue impactada mientras caminaba erguida como lo sugiere la parte demandante, porque entre otras cosas quedaría sin explicación la zona en que resultó averiada la buseta, habida cuenta que presentó daños a nivel de sus luminarias derechas inferiores, su stop y su direccional, ante cuyo rompimiento el testigo dijo sentir un *"estallido como cuando se quiebra un espejo"*.

Para tratar de explicar esa posible contradicción, el experto explicó que a folio 21 de su informe daba cuenta de un desprendimiento de pintura que, en un primer momento, indicó: *"esos daños, ausencia de capa de pintura, corresponde a las que se encuentran en la carpeta asfáltica cerca al cadáver"* (min 1:37:50 newfile 20). Empero, cuando la juez le preguntó si él había tomado esas fotos o revisado el sitio en el momento mismo del accidente, aceptó que realidad era una hipótesis propia que no escapaba a que esos daños de la buseta fueren de un choque anterior, dado que no pudo verificar esa información de manera personal, gracias a que su análisis lo basó en las

fotos que le proporcionó el apoderado demandante que lo contrató, a quien llamó "la defensa".

Es más, el mentado experto no fue capaz de sostener su teoría, porque concluyó en el punto que, como podía observarse en la foto número 31 del dictamen en la que se observa una huella de paso en el rostro de la víctima

"no fue posible identificar exactamente el daño en el vehículo, pero en relación a la altura del cuerpo y la altura del panorámico derecho hay un caucho o empaque que sostiene el panorámico del vehículo a la carrocería, es una huella de impregnación de pintura o superficie sobre el cuerpo, no se alcanza a dilucidar si es equimosis, es contacto con de color negro" (min 1:42:00 newfile 20)

Con todo ello queda descartada la teoría de la parte demandante y del perito mismo, quien a insistencia en la pregunta finalmente afirmó que la imprudencia del conductor demandado consistió en *"exceso de confianza en su velocidad"* (min 1:29:50 newfile 20), lo que no está ajustado a la realidad por lo que antes se consideró sobre la velocidad máxima esperable de un vehículo que apenas reinicia su marcha en pendiente, amén de caer en el vacío porque el experto cerró la defensa de su labor aclarando que *"de lo único que yo me pegué fue e de un daño muy específico que se identificó en el bómper que en temas de impacto tuvo que haber sido muy fuerte"* (min 1:51:21 newfile 20)

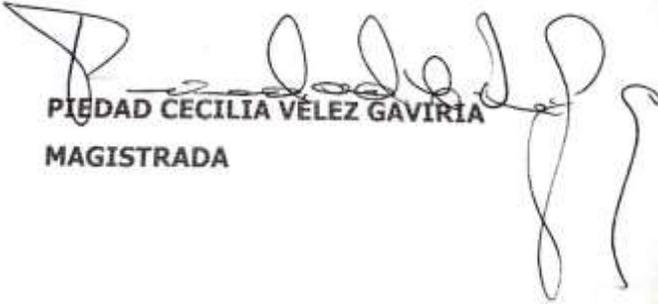
Claro, un impacto fuerte que obedeció a que la víctima desafortunadamente impactó con su cabeza la parte derecha de la buseta, pero con el agravante de que ya traía la fuerza del impulso que le proporcionó el "codazo" o el empujón de su acompañante, lo cual no obedece más que a la segunda ley de la dinámica, según la cual la aceleración que adquiere un cuerpo es proporcional a la fuerza neta aplicada sobre el mismo.

DECISIÓN

Sin más consideraciones, la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia de procedencia y fecha

indicadas. **Sin costas** por la naturaleza de la decisión (sentencia anticipada) y por el amparo de pobreza concedido a los demandantes.

NOTIFÍQUESE



PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA
MAGISTRADA

JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO
MAGISTRADO

Con salvamento de voto
JULIAN VALENCIA CASTAÑO
MAGISTRADO

(Viene con firma de la ponente para el Radicado Único Nacional 05001 31 03 013 2019 00043 01, según autorización contenida en el artículo 11 del decreto 491 de 2020)

Proceso: Verbal (RCE)
 Demandante: Oscar Javier Díaz Valencia y otros
 Demandado: Transportes Aranjuez Santa Cruz y otros
 Radicado: 05001 31 03 013 2019 00043 01

SALVAMENTO DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por las tesis de los demás me permito salvar el voto, en los siguientes términos,

1. En el proyecto de sentencia derrotado por la mayoría de la Sala, siguiendo lo advertido por la H. Corte Suprema de Justicia, en punto de la imprevisibilidad e irresistibilidad como elementos estructurantes de una causa extraña, de cara al caso que aquí se juzga, aprecié lo siguiente, refiriéndome al conductor del bus involucrado en el accidente:

“...él mismo se sorprendió del peligro que corrían los peatones sobre la calzada por donde transitaba con el automotor, lo que le imponía que previamente pudiera suponer que en cualquier momento podían empujarse o perder el equilibrio, razón por la cual sí era posible para él prever lo que podía suceder. Es que el error en el análisis de la prueba estuvo en que se creyó que lo que debía impedir el conductor era el empujón del acompañante hacia la víctima, pues claro que no, pero lo que sí se podía prever es que eso ocurriera y lo que se debía evitar era la colisión, misma que se produjo también como causa del empujón y, porque el automotor pasó en forma imprudente a una velocidad dañina por el lado de los transeúntes, causándole la muerte a uno de ellos.

*Se recuerda que el hecho imprevisible es aquel que se valora **no** en el terreno de la causalidad, sino en el de la culpabilidad y el cual tiene ocurrencia, pese a **haberse tomado todas las medidas necesarias para evitarlo**, pero, en este caso, ¿cuáles? aquellas que le son exigidas a un hombre medianamente prudente colocado en las mismas circunstancias, por eso, la Corte ha indicado de forma categórica: “la falta de diligencia o cuidado, la negligencia, desidia, imprudencia e inobservancia de los patrones o estándares objetivos de comportamiento exigibles **según la situación, posición, profesión, actividad u oficio del sujeto, comporta un escollo insalvable para estructurar la fuerza mayor cuando**, por supuesto, su incidencia causal sea determinante del evento dañoso, porque en esta hipótesis, **el hecho obedece a la conducta de parte y no a un acontecer con las características estructurales de la vis mayor...**”⁵.*

⁵CSJ SC 24 jun. 2009, rad. 1999-01098-01 citada en sentencia del 25 de abril de 2018 SC1230-2018 Radicación n.º 08001-31-03-003-2006-00251-01. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

Estas consideraciones, entre otras que adelante referiré, llevaron a la derrota del proyecto y a la construcción de una solución distinta, que la mayoría de la Sala estima más jurídica, fundada -entre otras cosas-, en que:

*“...Esa maniobra realizada por el conductor es absolutamente clave, puesto que para la mayoría de la Sala la imprevisibilidad, irresistibilidad y exterioridad de la causa extraña **no se puede valorar ex ante** y, por el contrario, esas características que componen el fenómeno exonerativo se predicán de la modalidad misma de causa extraña de que se trata. Es decir, en el caso del hecho exclusivo de un tercero, lo que se valora es el hecho mismo de cara a su influencia en la ocurrencia del suceso, más no en relación con las conjeturas o suposiciones que el demandado pueda o deba haber hecho con anterioridad a que el tercero modificara la cadena fenomenológica del hecho dañoso-*

Y es así, precisamente, porque lo imprevisible, irresistible y externo es el hecho mismo del tercero, lo que no se ve afectado por las maniobras que hubieren podido ejecutarse antes de que el tercero modificara el mundo fenomenológico, en tanto que no pudiendo el demandado adivinar la forma en que el extraño actuará, juzgar que pudo evitar las consecuencias del accidente reaccionando a la modificación causal que aún no ha sucedido, implicaría sentenciar desde el plano de las suposiciones, en franco desconocimiento de la forma en que comúnmente ocurren las cosas y, lo más importante, pasando por alto la línea lógico-temporal en que estas se desarrollan....” –resalto intencionalmente-

En otras palabras, si bien el conductor de la buseta aceptó haber visto a la víctima y a su acompañante unos 30 metros antes del sitio de impacto, lo cierto es que la causa extraña no puede valorarse desde el momento mismo en que el conductor vio a los peatones, como para decir que debió detener su marcha, cambiar su carril o, en fin. Sí, en efecto esa observación previa le obligaba a no embestirles directamente, y por ello el conductor lo que hizo fue dirigir su vehículo para alejarlo de la trayectoria lineal de la víctima y su acompañante.

Obviamente, discrepo con esta tesis asumida por la mayoría, pues cuando se alude a que los elementos de la causa deben presentarse de modo concomitante, es decir, al mismo tiempo en un caso concreto para que pueda constituir causal exonerativa de responsabilidad, no se está refiriendo a la ocurrencia temporo-espacial de los hechos, (los cuales,

en todo caso, deberán reconstruirse por pertenecer al pasado), sino que se refiere es a que la mera ocurrencia de un fenómeno que pueda configurar la causa extraña, **no releva al demandado**, al que se le imputa responsabilidad por el hecho sucedido, **de probar que tal evento es la causa del daño que se le endilga**.

Nótese que el fallo alude a que la causa extraña es bipolar, en el sentido que, de verificarse la presencia de uno de los elementos que resultan necesarios para predicar la causa extraña y, el otro no, no puede concedérsele eficacia alguna a dicha figura exonerativa (cfr. fl. 11 del fallo), pero, precisamente, **esa es la razón por la cual considera el suscrito que el asunto queda a mitad del camino**, pues, en principio, podría argumentarse que el empujón que su acompañante le propinó al señor Néstor Armando Díaz Valencia o la caída de este, por su estado de embriaguez grado 3 (según el informe pericial de toxicología) **en el preciso momento en que el automotor iba circulando por su lado fue súbita y no dio tiempo de reacción al timonel**, y claro que sería necio predicar que el conductor podía contrarrestar ese suceso repentino o que las personas que él vio metros adelante venían en estado de alicoramiento y que iba a darse una riña o un juego (en mi criterio el proceso no lo sabe) que arrojara a uno de ellos contra la buseta, **desdecir un acontecer fáctico de este linaje, es una prueba más que diabólica, imposible**.

Sin embargo, con la superación de la anotada **irresistibilidad**, se reitera, la gestión defensiva se queda apenas a mitad del camino, pues como se dijo, y lo acepta la misma ponencia, son tres los elementos que caracterizan la causa extraña y, su presencia, debe reunirse de manera necesaria en el hecho alegado como tal, pues la ausencia de alguno de ellos desvirtúa la prosperidad de la causa extraña y, por tanto, la exoneración total de responsabilidad.

Ergo, traduce que no basta la demostración física de la ocurrencia de un hecho de tal naturaleza, sino que debe probarse que los efectos que genera fueron, imposibles de **prever**, **de resistir** y **ajenos al timonel**, pese a las cuidados y medidas de precaución y seguridad tomadas

PARA EVITAR QUE LOS HECHOS ACONTECIERAN lo cual, en mi criterio, se logra comprendiendo una lógica elemental, si según el diccionario de la real academia española prever es “...ver con anticipación...”, lo imprevisible sería aquella circunstancia respecto de la cual “*no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia*”,

Como lo expresé en la Sala de discusión, la postura lógica, es que la imprevisibilidad exige del funcionario una valoración, por supuesto abstracta, *ex ante* de la ocurrencia de los hechos, preguntándose qué hubiera hecho un profesional del volante en esas circunstancias, desde la óptica de un deber exigible de su profesión, por la sencilla pero reveladora razón considerada específicamente para este caso, en cuanto que el hecho de que el timonel del autobús, haya visto previamente a dos peatones caminando de manera inopinada por la vía –en estado de alicoramiento- ocupando en contravía el carril del automotor, claro que **DEBÍA GENERAR EL DEBER DE PREVER** la ocurrencia de un accidente fatal para los peatones, pues **disponía de la posibilidad real y razonable de hacerlo**, cómo: pues pasando a una considerable distancia, máxime cuando tenía desocupado el carril izquierdo, pero confió erróneamente en poder evitarlo y decidió emprender la marcha, pudiéndose deducir que ahí es donde le es atribuible el grado de responsabilidad en la ocurrencia del accidente, como en efecto fue pesado y tasado en la ponencia derrotada.

Esto se dijo para llegar a tal conclusión: *Palabras más, palabras menos, el conductor del vehículo asumió el riesgo al ejecutar su maniobra, y lo hizo con plena inobservancia de los patrones o estándares objetivos de comportamiento exigibles a su profesión, pues bien pudo detener el rodante por completo y esperar el paso de los peatones para continuar la marcha, siendo que, de antemano, los vio caminando por la calle en contravía y de frente al vehículo que él conducía, mismos que así fueran jugando o discutiendo en actitud irresponsable, de todas maneras exigía la mayor prudencia del conductor para evitar el atropello y así no lo hizo. Ahora, tampoco pretende la Sala presentar “...una lista acabada o exhaustiva de las medidas que un transportador debe implementar, según las exigencias de su profesión, frente a situaciones concretas, con el fin de evitar el perjuicio o su agravación, pues, en línea de principio, es él quien,*

en su momento y lugar, debe identificar los riesgos asociados a su negocio, medir el nivel de exposición respecto de ellos, al igual que la posibilidad de conjurarlos y emprender las acciones que estime prudentes y adecuadas, las cuales, en caso de controversia, estarán sometidas, por obvias razones, a la ponderación del juzgador, conforme los dictados del sentido común y la sana crítica...’’⁶

*Pero no deviene imposible que racionalmente un conductor de una buseta de servicio público, pueda prever que dos borrachos que caminan en forma inopinada por la calzada pueden en determinado momento perder el equilibrio e incluso abalanzarse contra el vehículo que pase cerca, máxime cuando aquí el timonel había percibido el actuar irreflexivo de aquellos sobre la calzada vehicular, hecho que, sumado a la actividad peligrosa que desplegaba en una máquina de una enorme potencialidad dañina, podría desencadenar un accidente, sin embargo, **confió en poder evitarlo**, y por eso ni redujo su marcha al máximo, ni se detuvo como era de esperarse, sino que asumió esquivar a los imprudentes peatones, dejándoles apenas el espacio para cruzar, sin embargo, la conducta que de él era exigible -cuando menos-, era la de abandonar ese carril y utilizar por completo el carril contrario, como lo explicó el perito de la parte demandante en audiencia, pero que la jueza no entendió, carril que pudo ocupar momentáneamente porque no se comenta que viniera otro vehículo desplazándose por el carril contrario que le impidiera la maniobra, o también pudo pitar para alertar a los desentendidos borrachos y hasta parar si así se lo aconsejaban las circunstancias o, en últimas, al decidir seguir la marcha pasando por un lado de la pareja de borrachos, entonces, las reglas de la experiencia por el conocimiento ex ante de la causalidad, le imponía hacerlo a una mínima velocidad cercana a cero, que no representara ningún peligro para los irresponsables transeúntes, luego, sólo asumiendo una de esas maniobras era posible que el conductor pudiera cerciorarse de no poner en riesgo a los peatones...”*

De modo que, no exigirle ese deber que casi se transforma en una obligación, es prácticamente concederle el derecho a que conduzca por la vía **sin reparar en las imprudencias que otros puedan cometer**, pues con solo observar las reglas de tránsito está exento de cualquier responsabilidad, pero no solo eso, además, lleva a la insulsa valoración

⁶Cas. Civ., sentencia de 8 de noviembre de 2005, expediente No. 7724.

de los daños que sufrió el vehículo tipo bus en su espejo o direccional delantera, siendo que lo verdaderamente relevante, sería preguntarnos por las posibilidades que tiene un peatón de sobrevivir si el vehículo que lo golpea, **pudiendo evitarlo**, es una buseta a 30 kilómetros por hora, velocidad que es la que confiesa el conductor a que se desplazaba, con la potencialidad dañina que se conoce frente a los peatones, sumado a que, la víctima, producto de ese golpe con la buseta, terminó sobre la acera, tan distante del vehículo, que ni el conductor o el testigo pasajero lo vieron desde que sintieron el golpe, pese asomarse por la ventana, pues tan solo éste vino a verlo en el andén, a varios metros de distancia y, como si fuera poco, las lesiones con ocasión del atropellamiento le produjeron el deceso de forma instantánea en el lugar de los hechos.

Me parece pertinente citar lo que dice el profesor de la Universidad del Rosario Martín Bermúdez Muñoz⁷, comentario que, mutatis mutandis, viene al caso:

En la mayoría de los accidentes de tránsito está presente, como antecedente del daño, un hecho de la víctima: el daño no habría ocurrido si el peatón atraviesa la vía por un sitio permitido, o lo hace cuando el semáforo lo permite, o lo hace sobrio y cuidadosamente.

En tales casos:

- Si le exigimos al responsable acreditar que, dada la imprevisibilidad del hecho de la víctima, le resultó imposible evitar la causación del daño y le advertimos que solo en ese caso se exonerará de responsabilidad, estaremos ante un régimen de naturaleza objetiva fundado en el riesgo y podremos afirmar que quien está obligado a reparar los daños no es el que obra con culpa sino el que crea el peligro.

- Si no le hacemos estas exigencias, estaremos señalando que quien debe soportar las consecuencias de este tipo de daños es quien obró con culpa. Y, en el caso materia de este comentario, estaremos concluyendo algo peor: que quien debe soportar el daño es el peatón, porque obró con una culpa de mayor gravedad.

⁷ Texto tomado de la página de internet: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/ambito-del-lector/penal/la-nueva-tesis-de-exoneracion-de-responsabilidad-por-la-culpa-de>

*La aplicación de la teoría del riesgo, en estos casos, tiene el efecto de advertir a los conductores que, en la medida en que ellos están creando una situación de peligro, deben responder por cualquier daño que causen; que no tienen derecho a atropellar a un peatón simplemente porque éste atraviesa cuando el semáforo no se lo permite o porque lo hace en forma descuidada o **en estado de embriaguez**; que la simple prueba de la ausencia de culpa o de haber obrado diligentemente no va a exonerarlos de responsabilidad. Por lo anterior, no debería abandonarse la teoría del riesgo para concluir, como lo hace la sentencia, **que un conductor que ejerce una actividad peligrosa y además lo hace en estado de embriaguez no responde, porque el peatón atropellado no usó el puente peatonal y estaba más borracho: ninguna de esas conductas justifica afirmar que es él quien debe soportar el daño; si no estaba acreditado que esa conducta era irresistible e imprevisible para el conductor, debió haberse proferido una sentencia de condena.***

Esa precisión conceptual y académica de tanta simpleza y envergadura, no puede menos que acompañar en forma coincidente mi ponencia, pues no puede ser que si aquí el conductor alcanzó a ver a los borrachos caminando por la calzada en contravía del automotor, no se le pudiera exigir que pasara bien distante de tan irresponsables ciudadanos, pero eso no le daba patente de corzo, para reiniciar la marcha como si ningún peligro ni obstáculo tuviera al frente y se equivoca aquí la mayoría cuando interpretó que no hay por qué hacer una valoración ex ante, si precisamente el conocimiento de la causalidad es histórico y que no futuro, por eso en las memorias de los hombres ya existe ese conocimiento del acontecer causal y por eso es que se habla de la previsibilidad de lo previsible, porque es claro que lo imprevisible no se puede prever, porque no corresponde al conocimiento histórico de la causalidad, razón suficiente para que un conductor cuando ve dos caminantes borrachos en contravía de su vehículo, de inmediato debe tomar todos los recaudos para evitar el accidente y aquí era posible para el conductor hacerlo, solamente que confió en que al pasar cerca de los peatones éstos no iban a caer, o resbalarse o empujarse, pero le fallaron los cálculos y por eso su conducta resultó imprudente y culposa, porque óigase bien “NO PREVIÓ LO QUE PUDO HABER PREVISTO” y que quede bien claro que primero fueron las personas y la gente que los vehículos, razón por la cual si éstos son los que crearon el riesgo deben los civilmente responsables responder por los daños, como ha ocurrido aquí, sin que sea cierto que la culpa haya sido exclusiva de la víctima, pues en mi sensibilidad

frente a estos casos al conductor del autobús se le podía exigir más y no como equivocadamente lo decidió la mayoría, que su conducta fue impecable, cuando de verdad fue imprudente.

No dejo de ver entonces la incomodidad que genera el hecho que por esta vía, terminen imputándose las consecuencias totales del accidente al peatón, a sabiendas que quien regentaba la actividad peligrosa, pudo y confió erróneamente en poder evitar el fatal accidente.

Así dejo planteado mi disentimiento con la sentencia de la mayoría, misma que para mí es a todas luces injusta y no consulta la verdadera teoría del riesgo creado.

Atentamente,



JULIAN VALENCIA CASTAÑO
MAGISTRADO