

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

EYDER PATIÑO CABRERA

Aprobado Acta N°. 393-

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil trece (2013).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

El apoderado de la Cooperativa Integral de Transportes Rápido Tambo, en su condición de tercero civilmente responsable, presentó demanda de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, dictada el 12 de septiembre de 2012, que confirmó la proferida por el Juzgado 4º Penal del Circuito de esa ciudad y condenó a Enot Emiro Pino Anacona por el concurso punible de homicidios culposos y lesiones personales culposas.

Mediante auto del 8 de abril del año en curso, la Sala admitió el libelo y corrió el traslado de rigor a la Procuraduría General de la Nación.

Corresponde ahora resolver sobre el fondo del asunto planteado.

HECHOS

Aproximadamente a las 7:00 pm del 23 de octubre de 2006, por el paraje conocido como “El Túnel”, de la vereda Guachicono, del municipio de la Sierra (Cauca), se movilizaba el vehículo tipo bus escalera, marca Chévrolet, de placas VJE-228, afiliado a la Cooperativa

Integral de Transportes Rápido Tambo, conducido por Enot Emiro Pino Anacona, con 49 pasajeros que regresaban de una visita a la ciudad de Buga y se dirigían al corregimiento de San Miguel de la Vega, municipio de la Vega, cuando sorpresivamente se desplazó hacia el costado derecho y rodó por el abismo.

Como consecuencia del accidente, perdieron la vida: Luz Mery Salazar de Morales, Jhon Jairo Males o Jhon Jairo Olivar Males, Ana Gilda Bahos Ijaji, Wilmer Jiménez Ordoñez, Ingrid Tatiana Ortega Gómez (menor de edad), Kevin Jiménez Ortega (menor de edad), David Santiago Olivar (menor de edad) y Jorge Anacona; al tiempo que resultaron heridos: Humberto Rosales Caicedo Martínez, Oliver Caicedo Bahos, Jenara Leyton, Luz Menia Males Zemante, Luz Derly Pino Males (6 años), Leny Ortega Leyton, Daniel Alexis Ijaji Ortega (11 años), Brayan Stiven Ortega Olivar (11 años), Anayibe Ortega Olivar (9 años), María Isabel Ortega Olivar (7 años), Waldemira Pino, Viviana Males Ortega (11 años), Yamir Alexander Piedrahita Cerón, Cristian Alfonso Morales Chito (12 años), Elmer Ignacio Ortega Anacona (13 años), Sandra Milena Ortega Anacona (9 años), Edwin Bahos Salazar, Deyanira Salazar Sarria, Daniel Bahos Salazar (14 años), Neiro Ortega Bahos y Rosbita Narváez.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. La Fiscalía 2ª de la Unidad de Vida, Seccional Popayán, ordenó apertura de instrucción el 16 de noviembre de 2006¹ y el 2 de febrero siguiente escuchó en indagatoria a Enot Emiro Pino Anacona².
2. En proveído del 5 de febrero de 2007 se admitió demanda de constitución de parte civil a nombre de Rosbita Narváez³ y se vinculó, como terceros civilmente responsables, a Edwin Heraldo Gironza Cerón (propietario del automotor) y a la Cooperativa Integral de Transportes Rápido Tambo, al tiempo que, por solicitud de esta última, se llamó en garantía a Seguros Colpatria S.A.⁴.

3. El 12 de febrero de 2008, luego de clausurada la investigación⁵, se profirió resolución de acusación en contra de Pino Anacona, como presunto autor del concurso de homicidios culposos agotados en la vida de: Luz Mery Salazar de Morales, Jhon Jairo Males, Ana Gilda Bahos Ijaji, Wilmer Jiménez Ordoñez, Ingrid Tatiana Ortega Gómez, Kevin Jiménez Ortega, David Santiago Olivar⁶ y Jorge Anacona; en concurso heterogéneo con lesiones culposas en la integridad de: Humberto Rosales Caicedo Martínez, Oliver Caicedo Bahos, Jenara Leyton Ortega, Luz Menia Males Zemante, Luz Derly Pino Males, Leny Ortega Leyton, Daniel Alexis Ijaji Ortega, Brayan Stiven Ortega Olivar, Anayibe Ortega Olivar, María Isabel Ortega Olivar, Waldemira Pino, Viviana Males Ortega, Yamir Alexander Piedrahita Cerón, Cristian Alfonso Morales Chito, Elmer Ignacio Ortega Anacona, Sandra Milena Ortega Anacona, Edwin Bahos Salazar, Deyanira Salazar Sarria, Daniel Bahos Salazar, Neiro Ortega Bahos, Jaime Buesaco, María Teresa Chito Mosquera Nohelí Magin Narváez y Norbey Antonio Bahos⁷.

4. La decisión fue apelada por el apoderado de Edwin heraldo Gironza Cerón (tercero civilmente responsable) y del acusado, así como por el abogado de Seguros Colpatria S.A. (llamada en garantía), y el 10 de diciembre del mismo año la Fiscalía 1ª Delegada ante el Tribunal Superior de Popayán la confirmó⁸.

5. La etapa del juicio correspondió al Juzgado 4º Penal del Circuito de ese distrito judicial, autoridad que avocó conocimiento el 15 de enero de 2009, adelantó la audiencia pública el 26 de febrero de ese año¹⁰ y profirió sentencia el 17 de mayo de 2012, en la cual resolvió¹¹:

5.1. Declarar penalmente responsable a Pino Anacona por el concurso heterogéneo y homogéneo de homicidios culposos y lesiones personales culposas. En consecuencia:

Sancionarlo con 42 meses y 10 días de prisión, multa de 35.282 salarios mínimos

legales mensuales vigentes (s.m.l.m.v.), la prohibición de conducir automotores por 4 años y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual a la privativa de libertad. Le reconoció la prisión domiciliaria.

Condenarlo a pagar, por perjuicios morales, a quienes acrediten ser titulares de los derechos de los fallecidos: Luz Mery Salazar de Morales, Jhon Jairo Males o Jhon Jairo Olivar Males, Ana Gilda Bahos Ijaji, Wilmer Jiménez Ordoñez, Ingrid Tatiana Ortega Gómez, Kevin Jiménez Ortega, David Santiago Olivar y Jorge Anacona, una suma equivalente a 100 s.m.l.m.v., para cada uno.

Condenarlo a pagar los perjuicios morales y de vida en relación a favor de quienes resultaron lesionados, así:

Neiro Ortega Bahos	50 s.m.l.m.v
Oliver Caicedo Bahos	10 s.m.l.m.v
Humberto Rosales Caicedo Martínez	0.5 s.m.l.m.v
Luz Menia Males Zemante	0.5 s.m.l.m.v
Luz Derly Pino Males	15 s.m.l.m.v
Leny Ortega Leyton	10 s.m.l.m.v
Daniel Alexis Ijaji Ortega	5 s.m.l.m.v
Anayibe Ortega Olivar	10 s.m.l.m.v
Viviana Males Ortega	15 s.m.l.m.v
Yamir Alexander Piedrahita Cerón	25 s.m.l.m.v

Cristian Alfonso Morales Chito	20 s.m.l.m.v
Sandra Milena Ortega Anacona	15 s.m.l.m.v
Edwin Bahos Salazar	15 s.m.l.m.v
Daniel Bahos Salazar	15 s.m.l.m.v
Rosbita Narvaez	0.5 s.m.l.m.v

Dispuso que el pago de los valores descritos sería solidario con Edwin Heraldo Gironza Cerón, la Cooperativa Integral de Transportes Rápido Tambo – Transtambo y Seguros Colpatria S.A.

5.2. Absolver a Pino Anacona por los cargos de lesiones personales culposas referidas a Jenara Leyton, Brayan Stiven Ortega Olivar, Waldemira Pino, María Isabel Ortega Olivar, Elmer Ignacio Ortega Anacona y Deyanira Salazar Sarria.

6. Recurrido el fallo por los apoderados de Seguros Colpatria S.A. y la Cooperativa Integral de Transportes Rápido Tambo, fue confirmado en su integridad el 12 de septiembre de 2012 por el Tribunal Superior de Popayán¹².

LA DEMANDA

El abogado de la Transportadora Rápido Tambo hace una síntesis del devenir procesal y de la sentencia impugnada y aclara que acude a las causales previstas en el Código de Procedimiento Penal porque sus pretensiones se proyectan a demostrar infracciones a las garantías del debido proceso y defensa. Así mismo, refiere que propone la casación ordinaria debido a que las lesiones de una de las víctimas comportó pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro, cuya sanción máxima es de 10 años de prisión.

Propone dos cargos que sustenta así:

Primero (principal)

La sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad como consecuencia de la estructuración de una irregularidad sustancial que afectó el debido proceso en su componente de defensa, toda vez que se condenó a su representada al pago solidario de perjuicios morales de varias personas respecto de quienes no fue vinculada como tercero civilmente responsable.

Se infringieron los artículos 29 de la Constitución Política, 69, 140, 141 y demás concordantes del Código de Procedimiento Penal de 2000 -no especifica-. Las irregularidades denunciadas están previstas en los numerales 2° y 3° del artículo 306 del mismo estatuto.

La vinculación de su poderdante al proceso se limitó, tal como se constata con la resolución del 5 de febrero de 2007, dictada por la Fiscalía 2ª Seccional, y lo destacó la sentencia de primer grado, a la demanda de parte civil presentada en nombre de Rosbita Narváez, por lo que no podía extenderse a los demás lesionados y fallecidos en el accidente.

En ese orden, la condena solidaria impuesta por los juzgadores respecto de todas las personas, resulta abiertamente contraria al debido proceso porque a la Cooperativa se le impidió ejercer el derecho de defensa; fue sorprendida por los falladores con el deber de pagar perjuicios a unas presuntas víctimas que, además de no estar individualizadas, respecto de ellas no fue vinculada como tercero civilmente responsable. Tal proceder le impidió ejercer actos de contradicción dirigidos a contrarrestar una responsabilidad pecuniaria de esas dimensiones.

Jurídicamente era inviable acudir al artículo 56 de la Ley 600 de 2000, toda vez que

muchos de los que se reputan como víctimas acudieron a la jurisdicción civil, tal como se dejó entrever en la audiencia pública.

Solicita se case la sentencia impugnada, se decrete su consecuente nulidad y se dicte fallo de reemplazo en el que se declare que su prohijada no puede ser condenada al pago solidario de perjuicios, en los términos en que lo hicieron las instancias.

Segundo (subsidiario)

El ad quem incurrió en violación indirecta de la ley sustancial por falta de aplicación de los preceptos 2341 y 2347 del Código Civil y 6 del Decreto 174 de 2001, lo que se generó por falsos juicios de identidad.

Recuerda los apartes de la decisión impugnada, en los que se sustentó la condena solidaria en perjuicios, y asegura que el error denunciado tuvo lugar al momento de valorar el interrogatorio de Pino Anacona durante la audiencia pública y el testimonio de Edwin Herald Gironza Cerón, propietario del vehículo siniestrado, toda vez que se cercenó su contenido, haciéndoles producir efectos de condena respecto de la indemnización de perjuicios.

En relación con lo relatado por el primero, los juzgadores no evaluaron sus manifestaciones en punto de la vinculación laboral del procesado y las características del contrato que antecedió el servicio de transporte de ese día, pues él fue claro en sostener que ninguna participación tuvo la Transportadora.

En lo que toca con lo expuesto por Gironza Cerón, los falladores pasaron por alto que éste adujo ser el propietario del automotor accidentado y se dirigía a Buga por virtud de un contrato celebrado con un grupo de personas.

De haber apreciado en forma completa los elementos de prueba referidos, la decisión

sería que la recurrente no posee relación laboral alguna con el acusado, que el desplazamiento vehicular respondió a un contrato celebrado en el que no participó aquélla y que el bus se hallaba en poder de su propietario desde que fue adquirido, luego no existía subordinación alguna, lo que imponía dictar una sentencia absolutoria en su favor por razón del pago solidario de perjuicios.

Pide se case la providencia de segundo grado y, en su lugar, se profiera una absolutoria respecto de la Cooperativa, en lo que corresponde a la condena solidaria de perjuicios morales.

LOS NO RECURRENTES

1. El defensor de Pino Anacona considera que las pretensiones de la demanda deben prosperar porque la vinculación del tercero civilmente responsable no puede hacerse oficiosamente, como ocurrió en las instancias, toda vez que en esta ocasión solo Rosbita Narvaéz presentó demanda de constitución de parte civil.

Adicionalmente, no existía contrato de transporte con la empresa demandante, en tanto el mismo se hizo directamente entre las personas que viajan y el propietario del automotor, luego no hay lugar a responsabilizarla en los términos del artículo 1003 del Código de Comercio. Por manera que la declaración rendida por el acusado fue seccionada por el Tribunal.

Pretende se case la sentencia recurrida y se absuelva a la Cooperativa de Transportes de la condena solidaria al pago de perjuicios.

2. La Procuradora 153 Judicial II recuerda las exigencias jurisprudenciales para la adecuada formulación de la demanda de casación y advierte que en esta ocasión el censor cumple con tales presupuestos, por lo que se le debe dar curso.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal solicita se case parcialmente la sentencia en lo que corresponde con la condena en perjuicios, para que, en su reemplazo, se absuelva a la Cooperativa impugnante por las muertes y lesiones de las personas reseñadas en el numeral 3º del fallo de primera instancia, la que se relacionó en el numeral 4º, con la aclaración que abordará el estudio conjunto de los dos cargos planteados.

Estos son sus argumentos:

La Transportadora Rápido Tambo fue vinculada al proceso sólo con base en la acción civil ejercida contra ella por la apoderada de una de las lesionadas, Rosbita Narváez, no así por las demás víctimas o titulares de los derechos de los fallecidos.

En ese orden, conforme a la sentencia de la Sala de Casación Penal del 22 de junio de 200013, los juzgadores no estaban legitimados para condenar a la recurrente en forma solidaria, toda vez que “no existe norma positiva que autorice al juez penal, a extender la condena del tercero responsable, a los demás perjudicados no constituidos en parte civil, o habiéndolo hecho sin accionar contra él”¹⁴.

El fallo cuestionado es legal respecto de la acción de la parte civil a nombre de Rosbita Narváez, pero solo hasta el momento en el que se demostró procesalmente que no se reunían las condiciones para proseguir con la vinculación de la Cooperativa. Como ello no se advirtió, el fallo está viciado de nulidad en cuanto a la condena en perjuicios de esa firma.

La oficiosidad con que actuó el juzgador en materia de perjuicios tiene lugar respecto del penalmente responsable, pero no contra el tercero civilmente responsable, contra quien solo se puede actuar a instancia de parte.

Si bien el acusado conducía el automotor accidentado, también es cierto que no tenía relación laboral con la Cooperativa Integral de Transportes Rápido Tambo, pues a pesar de que el vehículo estaba afiliado a ella, tal como se expuso en la indagatoria y lo corroboró su propietario, Edwin Heraldo Gironza Cerón, fue directamente este último quien hizo la contratación con las personas que viajaron a la ciudad de Buga, aspecto que pasó desapercibido para el fallador.

Valorado el material probatorio, esto es, testimonios e informes -no específica-, es claro y así lo destaca el censor en el segundo cargo, que el mismo no alude a circunstancias que permitan establecer que su representada puede ser tercero civilmente responsable y ello tampoco surge por el mero hecho de la afiliación del vehículo.

La contratación hecha por Gironza Cerón podría asimilarse a un servicio público de transporte terrestre con automotor especial (servicio expreso), pero no lo fue porque se dejaron de verificar las exigencias legales para ello. Así se desprende del artículo 6 del Decreto 174 de 2004 y la resolución del 29 de septiembre de 2009 del Ministerio de Transporte, disposiciones ignoradas por el juzgador.

En ese orden, la empresa recurrente no tuvo nexo con el propietario y menos con el conductor del bus -procesado-, porque éste, para el momento del siniestro, no tenía dependencia alguna ni subordinación con aquella, y el automotor -bus escalera- no estaba en condiciones de vigilancia y control por parte de la Cooperativa.

Como la demanda de parte civil en contra de la transportadora fue admitida, lo pertinente es desestimar sus pretensiones por improcedentes.

Este tipo de irregularidades tienen su equivalencia en el Código de Procedimiento Civil, en el numeral 3º del artículo 140, porque se pretermittieron instancias y ello conculcó el derecho de defensa y el debido proceso.

CONSIDERACIONES

La Corte realizará el estudio de las censuras propuestas en forma separada, toda vez que, a pesar de que apuntan a la exclusión de la Cooperativa Integral de Transportes Rápido Tambo de la condena solidaria en perjuicios, también lo es que descansan en argumentos claramente diferenciables desde el punto de vista jurídico.

1. Primer cargo.

1.1. La Sala pone de manifiesto, de una vez, que le asiste razón al profesional en su reclamo porque si bien el juez goza, por disposición legal, de oficiosidad declarativa para liquidar perjuicios cuando los mismos se encuentren claramente acreditados en la actuación, también lo es que esa facultad solo opera en relación con los penalmente responsables, no así respecto de terceros. Obsérvese:

1.2. Consta en el plenario¹⁵ y así lo reconoció de manera concreta el a quo¹⁶, que la única persona que se constituyó como parte civil fue la señora Rosbita Narváez, demanda que admitió el instructor en proveído del 5 de febrero de 2007, donde dispuso vincular, como terceros civilmente responsables, a Edwin Heraldo Gironza Cerón y a la Cooperativa Integral de Transportes Rápido Tambo; el primero por tener la calidad de propietario del vehículo y la segunda por ser la empresa a la cual el mismo estaba afiliado.

Ahora, aunque los demás lesionados y los familiares de los fallecidos en el fatídico accidente no se hicieron parte dentro del proceso penal, los juzgadores consideraron que había lugar a reconocer a su favor los daños morales derivados de la conducta punible, toda vez que su comprobación surgía diáfana de la actuación. En ese orden, luego de tasarlos, determinaron que en su pago debían concurrir, de manera solidaria, el acusado, Gironza Cerón, la Cooperativa Integral de Transportes Rápido Tambo y la Aseguradora.

1.3. Tal proceder fue irregular y lesivo de los derechos de la Transportadora que acude en casación.

En efecto, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte, la vinculación del tercero civilmente responsable a instancia de una demanda específica de parte civil no puede legalmente abarcar o favorecer a los demás afectados que no concurrieron al proceso penal. Ello porque la responsabilidad derivada del delito opera en forma distinta, pues mientras para los penalmente responsables es directa o inmediata, para los terceros es indirecta o mediata, toda vez que “depende no como consecuencia derivada del delito sino de una relación jurídica entre el causante del hecho y el tercero: el autor responde por sus propios actos, el tercero por el hecho de otro...”¹⁷.

Al respecto, en la sentencia del 15 de abril de 2009¹⁸, sostuvo:

“Debe recordarse que los presupuestos legales que deben rodear la vinculación del tercero civilmente responsable no son meramente formales ni accesorios. Por el contrario, las exigencias previstas en los artículos 69 y 70 del Código de Procedimiento Penal contienen un alcance constitucionalmente sustancial con el fin de que ese tercero adquiera en debida forma y de manera oportuna el carácter de parte y, en consecuencia, recaiga en él los mismos derechos y facultades de cualquier sujeto procesal, según así lo impone el artículo 141 ibídem, esto es, que a partir de su vinculación y debida notificación esté en capacidad de contestar la demanda, solicitar las pruebas y controvertir aquellas que se aduzcan para derivarle responsabilidad, interponer los recursos, oponerse a las pretensiones de la contraparte, presentar alegaciones, etcétera.

De ahí que el legislador, con el fin de garantizar los derechos del tercero civilmente responsable, previó su vinculación hasta antes de que se profiera la providencia que

ordena el cierre de la investigación, según así lo preceptúa el artículo 69 de la Ley 600 de 2000, creándose de esa manera una caducidad en el término del ejercicio de la acción civil en contra del citado tercero, con el fin de evitar sorprendimientos que afecten garantías esenciales como la igualdad, la lealtad, el debido proceso y el derecho de defensa.

(...)

Ahora bien, el hecho de que la ley permita la constitución de la parte civil antes de que se profiera sentencia de segunda o única instancia (artículo 47 de la Ley 600 de 2000) y que la vinculación del tercero civilmente responsable esté supeditada a la demanda de aquel sujeto procesal por el interés que le asiste en la reparación del daño, en manera alguna puede llegar al punto de desconocer los plazos que el legislador ha previsto para demandar al tercero civil, pasando por encima del debido proceso y de los derechos que a éste le asiste.

Al respecto ha sido enfática la jurisprudencia de la Sala cuando indicó que “una cosa es que la constitución de la parte civil pueda intentarse hasta antes de que se profiera sentencia de segunda o de única instancia, por expresa previsión legal (...), y que la vinculación del tercero o terceros civiles responsables deba ser postulada por tal parte civil, por su interés en la reparación del daño y la opción de procurar la indemnización por dentro del proceso penal, o en uno civil separado. Pero este condicionamiento a que el afectado con el delito decida hacerse parte dentro del proceso y llamarlos en tal calidad, no puede conducir a la arbitrariedad que sojuzgue el derecho de defensa, constituyendo un acto de deslealtad procesal que la parte civil con pretensiones de involucrar a terceros en la responsabilidad patrimonial generada por el ilícito, espere hasta último momento para propiciar la convocatoria, cuando ya han transcurrido etapas en que se pueda ejercer debidamente la defensa” (se subrayó).¹⁹

Posteriormente, en sentencia del 28 de septiembre de 2011²⁰, reiteró tal postura y agregó:

“La diversa naturaleza entonces de la responsabilidad que en frente de un delito atañe a sus autores y eventualmente a los terceros explica por qué en relación con aquéllos la ley obliga al juez a emitir pronunciamiento sobre los perjuicios que ocasionados con la conducta punible hayan sido demostrados, aún sin que ninguno de los afectados hubiere formulado demanda de constitución de parte civil.

Esa misma obligación no existe cuando se trata de terceros toda vez que su responsabilidad no es consecuencia directa o inmediata de la conducta punible y por ende su vinculación al proceso requiere la actividad de la parte que persigue su condena; en esa medida los afectados “serán considerados en sus relaciones con la contraparte, como litigantes separados. Los actos de cada uno de ellos no redundarán en provecho ni en perjuicio de los otros, sin que por ello se afecte la unidad del proceso”.

Por consiguiente, el Tribunal de Popayán acertó al sostener que la indemnización de perjuicios favorece a quien no se constituyó como parte civil, pues así se colige del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, pero erró al extender esa oficiosidad al tercero civilmente responsable, contra quien -se insiste- solo se “puede actuar a instancia de parte”²¹.

Así las cosas, la vinculación que de la Cooperativa Integral de Transportes Rápido Tambo se hizo a instancias de la demanda de parte civil presentada a nombre de Rosbita Narváez no podía cobijar a los restantes lesionados y representantes de los fallecidos.

1.4. La irregularidad detectada, que se encuentra prevista en el numeral 3° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, pretermite integralmente las instancias y lesiona tanto el debido proceso como el derecho de defensa, empero, no implica

retrotraer la actuación a estadio anterior sino desvincular de la condena solidaria en perjuicios a la Cooperativa de Transportes, excepto en lo atinente a la señora Rosbita Narváez.

Esta determinación se hará extensiva a Edwin Heraldo Gironza Cerón porque en su vinculación como tercero civilmente responsable subyacen idénticas condiciones a las expuestas; no así en relación con Seguros Colpatria S.A., toda vez que su presencia en el proceso está supeditada a una póliza de responsabilidad civil extracontractual de servicio público de pasajeros²², cuyos asegurados son: “Cooperativa Integral De Transportes Rápido Tamb[o] y/o Propietario(s) Vehículo y/o Conductor(es)” y los beneficiarios son: “Terceros afectados”²³

Por último, resulta necesario destacar que lo anterior deja incólume la acción civil que pueda ser ejercitada por los demás perjudicados con la conducta punible, si a bien lo tienen, dentro de un proceso civil.

Conforme a lo expuesto, el cargo prospera.

1.5. Por consiguiente, se casará parcialmente la sentencia recurrida en lo que toca con la condena en perjuicios impuesta a los terceros civilmente responsables, la Cooperativa Integral de Transportes Rápido Tambo y Edwin Heraldo Gironza Cerón, por el fallecimiento de Luz Mery Salazar de Morales, Jhon Jairo Males o Jhon Jairo Olivar Males, Ana Gilda Bahos Ijaji, Wilmer Jiménez Ordoñez, Ingrid Tatiana Ortega Gómez, Kevin Jiménez Ortega, David Santiago Olivar y Jorge Anacona; y las lesiones de Neiro Ortega Bahos, Oliver Caicedo Bahos, Humberto Rosales Caicedo Martínez, Luz Menia Males Zemante, Luz Derly Pino Males, Leny Ortega Leyton, Daniel Alexis Ijaji Ortega, Anayibe Ortega Olivar, Viviana Males Ortega, Yamir Alexander Piedrahita Cerón, Cristian Alfonso Morales Chito, Sandra Milena Ortega Anacona, Edwin Bahos Salazar, y Daniel Bahos Salazar. En consecuencia, se dejará sin efecto.

Quedará vigente la condena en perjuicios sólo respecto de Rosbita Narváez.

2. Segundo cargo.

2.1. Esta censura fue propuesta como subsidiaria, lo que implicaría que, ante la prosperidad de la primera, no hay lugar a estudiarla. Sin embargo, como los reparos gozan de mayor amplitud argumentativa que los hechos por vía de la nulidad, en la medida en que aquí se cuestiona la inexistencia de cualquier tipo de responsabilidad de la Cooperativa recurrente, incluso frente a las lesiones de Rosbita Narváez, se impone hacer algunas consideraciones, solo con el fin de demostrar el equívoco del casacionista y del delegado del ministerio público.

2.1. Según dice el togado, el Tribunal incurrió en falsos juicios de identidad al apreciar los relatos del acusado y de Edwin Herald Gironza Cerón, en la medida en que sus contenidos fueron cercenados, concretamente, en todo aquello que indicaba que en el negocio jurídico del transporte de los viajeros para el día de los hechos, no tuvo ninguna participación la Cooperativa de Transportes que representa, ésta no era administradora del automotor ni tenía relación laboral con el conductor.

Un examen detenido de la sentencia y de las pruebas aludidas, evidencia con facilidad que no se presentó el error denunciado, toda vez que la colegiatura nunca sostuvo que el viaje del 19 de octubre de 2006, que terminó en el funesto accidente que originó la investigación penal, hubiese sido contratado directamente con la Cooperativa Integral de Transportes Rápido Tambo, menos que existiese una relación laboral entre ésta y el conductor -acusado- o que directamente fuese aquella la que administraba el automotor.

El razonamiento de los juzgadores descansó en el hecho de que el bus escalera de marras se encontraba afiliado a Rápido Tambo, cuestión que no fue objeto de controversia.

Ahora bien, el demandante sostiene que, de lo expuesto por el procesado en la audiencia pública y por Edwin Heraldo Gironza Cerón durante la instrucción, se desprende que éste era el propietario del automotor, que no existía vínculo laboral entre la Cooperativa y el acusado, que el viaje fue contratado directamente con Gironza Cerón y que no cubría una ruta de las asignadas a la empresa Rápido Tambo.

Si bien sobre tales asertos no hay censura alguna por la Corte, sí resulta imperioso destacar que en la misma vista pública Pino Anacona, frente al interrogante formulado por el defensor, consistente en cuál era la clase de documento de transporte con el cual viajó a la ciudad de Buga, contestó “Yo llevaba todos los papeles del carro al día y el pase, la planilla ocasional expedida por Transtambo...”²⁴, aparte que fue excluido por el libelista hacer la transcripción respectiva.

Lo expuesto denota que acertaron los falladores al declarar solidariamente responsable del pago de perjuicios a la Cooperativa demandante, no solo por tener afiliado el bus escalera sino porque el mismo sí se hallaba bajo su control, al haber dado curso, el día de los hechos, a la planilla ocasional que portaba el procesado para la movilización. Vale asentar que, en lo que toca con este último punto, la afirmación que en tal sentido hizo Pino Anacona no fue motivo de crítica ni de tacha por el apoderado de la Transportadora.

2.3. El censor, sin duda, parte de una interpretación equívoca sobre el fundamento de la responsabilidad extracontractual del tercero, al considerar que ella solo procede por razón de que la persona que ocasionó el daño esté bajo su cuidado o dependencia por virtud de una relación laboral. Olvida que, al respecto, esta Sala ha sostenido:

“No obstante, de acuerdo con el análisis que viene de hacerse, tratándose de la responsabilidad civil por el hecho ajeno, la relación de dependencia con el causante del daño no necesita estar ligada en forma concreta a un contrato de trabajo, sino que basta

una virtual potestad de control y dirección sobre la conducta del otro, derivada de la obligación de vigilancia, cuidado o administración que se tiene sobre la actividad desarrollada, en este caso, por la empresa transportadora.

Por lo tanto, el vínculo que liga a la demandada con el causante del accidente, emerge del contrato de afiliación suscrito entre el propietario del vehículo con el que se ocasionó el accidente, y la empresa transportadora, pues en tal evento, acreditada esa relación jurídica, surge evidente la responsabilidad de la última, derivada de la vigilancia y el control que debía ejercer sobre la actividad realizada para su beneficio, de manera que no puede disculparse ahora del pago de los daños causados, cuando no acreditó caso fortuito, fuerza mayor o culpa exclusiva de la víctima...".²⁵

No se puede olvidar que el tercero es la persona -natural o jurídica- que según la ley civil debe responder por el daño causado por la conducta del condenado.

En contraposición con la responsabilidad directa, nuestra legislación contempla una responsabilidad indirecta o refleja de otro. El artículo 2347 del Código Civil establece que "[t]oda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado".

Seguidamente, la norma enuncia algunos ejemplos de esa forma de responsabilidad, como la de los padres respecto de los hijos menores que habiten en la casa; la del tutor o curador en relación con la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia; la de los directores de colegios y escuelas, por los hechos de sus discípulos mientras estén bajo su cuidado; y la de los artesanos y empresarios por los hechos de sus aprendices y dependientes, mientras estén bajo su cuidado.

Bajo ese orden, la ley presume que por los daños que causen tales personas, deben responder quienes respecto de ellas tenían el deber de ejercer en forma adecuada la vigilancia y control.

En esos eventos la víctima habrá de probar (i) el daño; (ii) que el mismo fue causado ya sea por el menor, por el pupilo, por el aprendiz o por el dependiente (imputación), y (iii) que ese directamente responsable estaba bajo el cuidado y control de otro –lo que puede surgir, ya por mandato de la ley o por una relación laboral o contractual-.

De manera que la responsabilidad para el civilmente responsable se genera cuando el directamente responsable (trabajador o dependiente) ha causado el daño mientras cumplía una función encomendada, esto es, mientras estaba bajo el cuidado del empleador. Es, entonces, la subordinación y la vigilancia que este debe tener respecto del primero lo que presume la culpa de aquél²⁶.

Cuando el daño fue causado en ejercicio de una actividad peligrosa, es preciso determinar bajo la guarda de quién se encontraba ella. De manera que para endilgar la responsabilidad, la víctima habrá de comprobar que el vehículo o el objeto que sirvió de medio para que el directamente responsable causara el daño estaban bajo la guarda del civilmente responsable. Al respecto la doctrina ha sostenido:

“En este caso, las soluciones que se den al problema que nos ocupa deben tener en cuenta no solo la subordinación del dependiente u órgano, sino también el poder de guarda sobre los instrumentos o actividad peligrosa con que se ejerce la función y luego se causa el daño. Habrá que ver en cada caso concreto cuál de estos poderes conserva el empleador al momento en que el dependiente realiza la conducta dañosa. En efecto, si pese a que el dependiente al causar el daño no estaba ejerciendo su función, se considera que el empleador no ha perdido la guarda sobre la actividad peligrosa causante del daño, la presunción de responsabilidad será idéntica para el civilmente responsable persona natural y para la persona jurídica, desde que la guarda se mantenga en cabeza del empleador, éste deberá probar una causa extraña para liberarse de la presunción de responsabilidad que pesa en su contra”²⁷.

Ahora, para hacer la imputación al tercero no es necesario que la guarda por parte de éste sea jurídica. Si se comprueba, por ejemplo, que el vehículo con el que se causó el daño no era de propiedad del empleador pero sí que se encontraba a su servicio, existe una guarda material que en nada desvirtúa su responsabilidad, en tanto esa calidad de guardián radicará en la facultad de poder, de control sobre el bien que está a su servicio. Por consiguiente, no resulta determinante la propiedad o no de la cosa, sino su guarda, sea ésta material o jurídica, que respecto de ella se ejerce.

Vale la pena recordar lo que al respecto ha sostenido la Sala de Casación Civil de esta Corporación:

“Pertinente resulta memorar que, en tratándose de la responsabilidad derivada de actividades consideradas peligrosas, en particular la conducción de vehículos automotores, diversas opiniones se han expresado sobre la connotación de guardián. Concepción proveniente de Francia, en donde, con respecto a dicha calidad se estimó, en los primeros ensayos, que refería a la persona que tenía una relación jurídica sobre el objeto utilizado en la actividad peligrosa; empero, tal descripción resultó a la postre insuficiente. Se ensayó, después, otra tendencia, en esta oportunidad, referían los expertos a que el bien debía ser detentado real, material y efectivamente. En todo caso, una y otra postura resultaron insuficientes, pues el control no puede derivar, siempre, del contacto directo y real del bien ó, contrariamente, la ausencia de estas características no desvirtúan un eventual control jurídico de la cosa.

Posteriormente surgieron otras vertientes que, por un lado, apostaron por considerar como guardián del bien a quien ejerciera sobre él un poder efectivo de vigilancia, gobierno y control, concluyendo, que era necesario cumplir con i) la tenencia material de la cosa; ii) el ejercicio de un poder fáctico de vigilancia y control sobre ella; y, iii) que dicho poder fuera ejercido de manera autónoma e independiente. Por otro lado, quienes describieron como determinante de la guarda el provecho que

pudiera derivarse del uso del bien, o sea, es guardián quien hace uso y se aprovecha del objeto, amén de beneficiarse personal o económicamente del mismo ó, lisa y llanamente, aquél que deriva un placer o simplemente salvaguarda sus intereses. También irrumpieron en el ambiente doctrinario tesis que aludían al guardián atendiendo la estructura o el comportamiento del bien con el que se cumplía la actividad; sin desestimar que, igualmente, emergieron tendencias que aludían a una guarda alternativa o acumulativa.

Y sobre este particular, propicio al caso ventilado, la jurisprudencia colombiana, de antaño, acuñó la concepción del guardián del bien con el que se cumple dicha actividad, planteando que es 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' (G.J. T. CXLII, pág. 188).

Tendencia que, así mismo, dejó reseñada en el siguiente texto: 'Desde luego haya que advertir que al momento de verificar contra quién se dirige la demanda de responsabilidad civil derivada del ejercicio de las actividades peligrosas, la cuestión debe ser examinada según quienes sean sus guardianes, perspectiva desde la cual se comprenden por pasiva todas aquellas personas naturales o jurídicas de quienes se pueda predicar potestad, uso, mando, control o aprovechamiento efectivo del instrumento mediante el cual se realizan aquéllas actividades' -hace notar la Sala- (Sent. 26 de noviembre de 1999, Exp. 5220).

Tal calidad de guardián puede ostentarla, simultánea o concurrentemente, aquellas personas cuya relación con el bien objeto de la actividad desnude la calidad de propietario, poseedor o tenedor y, por consiguiente, quien la detente o todos juntos, resulten convocados a la litis pertinente en procura de resolver su responsabilidad.

Así se pronunció la Corporación en alusión al tema:

‘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’ – hace notar la Sala- (Sent. 22 de abril de 1997, Exp. 4753).

Por manera que, nada extraño, ciertamente, que una o varias personas pueden llegar a ejercer en mayor o menor grado injerencia en el manejo o control del bien con el que se cumple la actividad peligrosa, evento ante el cual, sin duda, asumen, in solidum, el compromiso de indemnizar a la víctima; en otros términos, si el control de la guarda resulta compartido por varias personas, igual número aparecerán llamados a resarcir solidariamente al dañado.”²⁸

El cargo, entonces, no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Casar parcialmente la sentencia proferida el 12 de septiembre de 2012 por el Tribunal Superior de Popayán, en el sentido de dejar sin efectos la condena al pago de perjuicios impuesta a la Cooperativa Integral de Transportes Rápido Tambo, como tercero civilmente responsable, por el fallecimiento de Luz Mery Salazar de Morales, Jhon Jairo Males o Jhon Jairo Olivar Males, Ana Gilda Bahos Ijaji, Wilmer Jiménez Ordoñez, Ingrid Tatiana Ortega Gómez, Kevin Jiménez Ortega, David Santiago Olivar y Jorge Anacona; y las lesiones de Neiro Ortega Bahos, Oliver Caicedo Bahos, Humberto Rosales Caicedo Martínez, Luz Menia Males Zemante, Luz Derly Pino Males, Leny Ortega Leyton, Daniel Alexis Ijaji Ortega, Anayibe Ortega Olivar, Viviana Males Ortega, Yamir Alexander Piedrahita Cerón, Cristian Alfonso Morales Chito, Sandra Milena Ortega Anacona, Edwin Bahos Salazar y Daniel Bahos Salazar.

Dejar vigente la condena en perjuicios respecto de Rosbita Narváez.

Segundo. Hacer extensiva la anterior determinación en beneficio de Edwin Heraldo Gironza Cerón, quien también fue vinculado como tercero civilmente responsable.

Tercero. En lo demás el fallo recurrido queda incólume.

Cuarto. Contra esta providencia no cabe recurso.

Quinto. Devolver la actuación al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folio 42 del cuaderno 1.

2 Folios 144 a 146 Id.

3 Folios 34 y 35 del cuaderno de parte civil.

4 El 22 de marzo de 2007 (folios 10 a 13 del cuaderno de llamamiento en garantía.

5 Folio 243 del cuaderno 1, con fecha 24 de septiembre de 2007.

6 Se consignó equívocamente el apellido Salazar.

7 Folios 265 a 279 Id.

8 Folios 299 a 314 Id.

9 Folio 3 del cuaderno 2.

10 Folios 33 a 48 Id.

11 Folios 75 a 117 Id.

12 Folios 3 a 31 del cuaderno del Tribunal.

13 Radicado 12.160.

14 Folio 21 del concepto.

15 Cuaderno de la parte civil.

16 Folio 39 del fallo.

17 Cfr. Sentencia del 28 de septiembre de 2011 (radicado 35.812).

18 Radicado 28.567.

19 Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Penal, radicado 10260, sentencia del 17 de junio de 1997.

20 Radicación 35.812.

21 Cfr. Sentencia del 22 de junio de 2000 (radicado 12.160).

22 Folio 9 del cuaderno del incidente de llamamiento en garantía.

23 En igual sentido obró la Sala en la sentencia del 28 de septiembre de 2011, ya citada.

24 Folio 35 del cuaderno 2.

25 Cfr. Sentencia del 6 de marzo de 2008 (radicado 26.044).

26 Cfr. TAMAYO JARAMILLO, Javier, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I, Legis, segunda reimpresión noviembre de 2007, p. 768 y 769.

27 Ob. cit. p 772.

28 Cfr. Sentencia del 19 de diciembre de 2011, expediente N°. 44001 31 03 001 2001 00050 01.