ARIEL SALAZAR RAMÍREZ
Magistrado Ponente

SC002-2018

Radicación n° 11001-31-03-027-2010-00578-01
(Discutido en sesiones del 2, 23 y 30 de agosto; y del 6 de septiembre de 2017. Aprobado en Sala de esta última fecha)

Bogotá D.C., doce (12) de enero de dos mil dieciocho (2018)

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida el trece de noviembre de dos mil trece, por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia.

I. ANTECEDENTES

A. La pretensión

Rita Saboyá Cabrera, Jhon Richard, Jheyson, Joseph Manuel y Luz Evelyn Umbarila Saboyá demandaron a Codensa S.A. para que se la declare civilmente responsable de los perjuicios que les ocasionó la muerte de José del Carmen Umbarila.

Solicitaron, en consecuencia, se condene a esa empresa a pagar $5'963.493 por daño emergente; $400'000.000 a título de lucro cesante; más los correspondientes perjuicios morales.

B. Los hechos

1. El 25 de junio de 2009, mientras intentaba subir un marco metálico de una ventana para ser instalado en la fachada del tercer piso de su residencia, el señor José del Carmen Umbarila hizo contacto accidental con uno de los cables de la red de energía pública, sufriendo una descarga eléctrica que ocasionó su muerte fulminante.

2. Al intentar reanimarlo, su compañera permanente Rita Saboyá sufrió quemaduras de tercer grado en sus manos y brazos.

3. El cableado que produjo el accidente no cumplía con las especificaciones de seguridad señaladas en las reglamentaciones administrativas correspondientes, pues no tenía el recubrimiento requerido ni guardaba la debida distancia respecto de la vivienda.

4. El occiso solventaba las necesidades del hogar, dado que su compañera permanente dependía económicamente de él, así como dos de sus hijos y una nieta.

C. Excepciones formuladas por las demandadas.

1. Codensa S.A. afirmó que corresponde a los demandantes probar los hechos en que se funda la demanda y los perjuicios reclamados; sostuvo que la actora no cumplió la obligación de estimar bajo juramento los perjuicios cuya indemnización pretende; y formuló las excepciones de "*ausencia de elementos axiológicos para configurar la acción indemnizatoria*", "*culpa de la víctima*", y "*culpa de las víctimas por construcción irregular*". [Folio 99, cuaderno 1]

2. La llamada en garantía Generali Colombia Seguros Generales S.A. coadyuvó las excepciones presentadas por Codensa S.A., y planteó las defensas que denominó "*la cobertura otorgada por la póliza se circunscribe a los términos de su clausulado*"; "*ausencia de cobertura para los perjuicios extrapatrimoniales*"; "*existencia de deducible*"; "*objeción formal a la estimación de perjuicios*". [Folio 57, cuaderno 2]

D. La sentencia de primera instancia

Mediante fallo del 19 de marzo de 2013, el juez *a quo* negó las pretensiones de la demanda por considerar que los daños cuya indemnización se reclaman se debieron a la culpa de un tercero; específicamente, por «*el simple hecho de la falta de licencia de construcción, pues como es de público conocimiento, la zona donde se encuentra levantada la construcción del señor Umbarila pertenece a los llamados barrios de invasión, en donde las edificaciones son levantadas sin respetar los más mínimos requisitos de planeación, sin que se pueda endilgar culpa alguna a la entidad demandada por tal hecho*». [F. 349]

E. La sentencia impugnada

El 13 de noviembre de 2013, el Tribunal revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, declaró a la demandada civilmente responsable por la muerte del señor José del Carmen Umbarila Garzón.

Como fundamento de su decisión, afirmó que la responsabilidad que se endilga a la empresa demandada deriva del ejercicio de una actividad peligrosa: la generación, distribución y comercialización de energía, tal como ha sido calificada desde antaño por la jurisprudencia «*por su natural potencial de causar daños*», teniendo dicha acción su fundamento en el artículo 2356 del Código Civil. [Folio 37]

Bajo este régimen –agregó– al demandante le corresponde probar solamente el daño y que éste está asociado al ejercicio de la actividad peligrosa, pues la culpa se presume. A su turno, el guardián de la actividad deberá demostrar, para librarse de responsabilidad, que ese daño se produjo con ocasión de una causa extraña, como por ejemplo, la fuerza mayor, un caso fortuito, o la culpa de un tercero o de la víctima. [Folio 38]

Con base en el dicho de los testigos, el Tribunal concluyó que «*de no haber estado el tendido eléctrico allí, cerca del inmueble donde se encontraba el señor Umbarila, el desenlace fatal del que se duelen los demandantes no hubiera ocurrido*». [Folio 40]

Con relación a la causa extraña que alegó la demandada para eximirse de responsabilidad, el juez *ad quem* consideró que el criterio del sentenciador de primer grado no fue acertado porque la vivienda donde ocurrió el accidente fue construida por cuenta de los demandantes. Luego, la responsabilidad derivada de la falta de licencia de construcción mal podría atribuirse al hecho de un tercero. [Folio 41]

Pero tampoco puede decirse que hubo culpa exclusiva de la víctima porque, según la norma RETIE (Reglamento Técnico para Instalaciones Eléctricas), la distancia mínima horizontal que debe haber entre la vivienda y la red eléctrica pública es de 2,3 metros, y en el presente caso la demandada instaló los cables a 1,8 metros, es decir que aun si los actores no hubieran infringido las normas de construcción al acercar el segundo y tercer piso a la red pública de energía eléctrica, de todos modos la convocada quebrantó los reglamentos administrativos que se expidieron para evitar daños a los usuarios del servicio público de electricidad.

La Nota 11 del RETIE establece que en los lugares donde el espacio disponible no permita cumplir con las distancias requeridas, «*la separación se puede reducir en 0,6 metros siempre que los conductores, empalmes y herrajes tengan una cubierta que proporcione suficiente rigidez dieléctrica para limitar la probabilidad de falla a tierra en caso de contacto momentáneo con una estructura o edificio. Para ello, el aislamiento del cable debe ser construido mínimo, con una primera capa de material semiconductor, una segunda de polietileno reticulado y otra capa de material resistente a la abrasión y*

a los rayos ultravioleta. Adicionalmente debe tener una configuración compacta con espaciadores y una señalización que indique que es cable no aislado».

Estas directrices –concluyó el Tribunal– no se cumplieron en el *sub lite* según lo declaró el experto que acudió al juicio a rendir su concepto técnico, quien refirió que no se respetaron las distancias mínimas y la red se encontraba desnuda. [Folio 46]

El sentenciador de segunda instancia consideró que el hecho de que la víctima se electrocutara por estar maniobrando unos instrumentos metálicos no es razón suficiente para atribuirle el resultado dañoso a su propia negligencia, porque el factor decisivo del accidente fue la violación de reglamentos de la demandada y no la conducta del occiso, quien no realizaba ninguna labor relacionada con la manipulación de las redes eléctricas y no habría sufrido la descarga de no haber sido por el descuido de la empresa Codensa. [Folio 46, cuaderno del Tribunal]

Si bien es cierto que la vivienda de la víctima no cumplió con las normas de construcción al acercar el segundo y tercer piso al cableado eléctrico público, el punto que el Tribunal encontró relevante fue que, desde antes, sin intervención alguna de los demandantes, ya existía el riesgo de contacto eléctrico. Luego, «*mal podría sostenerse que en la producción del resultado intervino el señor Umbarila, si desde antes estaba expuesto al contacto con las redes, por virtud de su cercanía con el inmueble*». [Folio 47]

Las anteriores razones condujeron al juzgador de segunda instancia a concluir «*que Codensa S.A. E.S.P. debe responder por los daños que se les irrogaron a los demandantes por el deceso del señor José del Carmen y, concretamente, a la señora Saboyá por los que pudo sufrir al tratar de ayudarlo; ello en virtud del parentesco de los hijos con el difunto, y la señora Saboyá en su condición de compañera, calidad de la que dan cuenta las declaraciones de todos sus hijos y el de la citada señora Castellanos*». [Folio 47, c. Tribunal]

En consecuencia, condenó a la demandada a pagar a favor de Jheyson Umbarila la cantidad de $2'756.997 por concepto de daño emergente; a la señora Rita Saboyá Cabrera $218'238.288 por lucro cesante futuro más $45'000.000 por perjuicios morales; para Luz Evelyn Umbarila Saboyá $13'471.578 por lucro cesante más $30'000.000 por daño moral; y a Jheyson, Joseph Manuel y Jhon Richard Umbarila $25'000.000, para cada uno, por concepto de perjuicios morales.

Con relación a la aseguradora llamada en garantía, la condena se limitó al monto de $2'756.997 por concepto de daño emergente, negando los demás rubros pertenecientes a los perjuicios extrapatrimoniales, por no estar cubiertos por la póliza. [Folio 62, cuaderno Tribunal]

II. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Codensa S.A. E.S.P., formuló demanda de casación con apoyo en cuatro cargos, todos por la senda de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.

PRIMER CARGO

Acusó la sentencia de segunda instancia por violar indirectamente los artículos 64, 2341, 2343 y 2357 del Código Civil, como consecuencia de los errores de hecho manifiestos y trascendentes en que incurrió el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

Señaló que la decisión del juzgador de segunda instancia fue errada porque en el proceso quedó demostrado que la causa del accidente fue la conducta de la víctima, por lo que el hecho de que la distancia horizontal entre el perímetro de la vivienda y el cableado público fuera inferior a los 2,30 metros no tiene ninguna relevancia causal.

Agregó que a partir del análisis del acervo probatorio se deduce que «*aún si la distancia horizontal entre la vivienda y el cableado hubiese sido la establecida en el reglamento (2,30 metros), en todo caso el accidente se habría producido, pues éste se ocasionó porque las víctimas de manera imprudente acercaron la construcción a la red de energía al edificar dos pisos adicionales y una terraza sin respetar las normas de construcción, aunado al hecho de que la víctima directa manipuló de forma culposa unos elementos metálicos*». [Folio 34, cuaderno Corte]

El Tribunal no valoró la declaración del representante legal de Codensa ni los documentos que aportó al proceso, en los que consta que la red de energía se instaló en la vivienda en agosto de 2007. Este hecho también quedó probado con el concepto técnico que rindió el señor Luis Felipe Pérez, el cual fue omitido por el juzgador.

De igual modo, dejó de apreciar las declaraciones de parte rendidas por Rita Saboyá, Joseph Umbarila Saboyá, Jheyson Umbarila Saboyá y Luz Evelyn Umbarila Saboyá, quienes afirmaron que a la edificación se le hicieron unos voladizos para finales del 2008 y comienzos del 2009 que acercaron el segundo y tercer piso a la red de energía eléctrica, sin contar con licencia para ello. Asimismo, aseveraron que el señor José del Carmen Umbarila estaba manipulando un marco de ventana metálico de aproximadamente 1,80 metros, de manera que aunque la red eléctrica hubiera cumplido con las reglamentaciones administrativas sobre la distancia mínima respecto del inmueble, de todos modos el accidente habría ocurrido. [Fl. 42]

«*De haber apreciado las pruebas pretermitidas* –continuó– *el tribunal habría tenido que concluir necesariamente que el señor José del Carmen Umbarila, al igual que los demandantes Rita Saboyá y Jheyson Umbarila, incurrieron en una culpa que determinó la ocurrencia del accidente, al modificar la construcción sin el cumplimiento de las normas respectivas, haciendo voladizos que acercaron peligrosamente la edificación a la red eléctrica*».

La culpa de la víctima –concluyó– fue evidente porque manipuló elementos metálicos de gran tamaño cerca de las redes eléctricas, sin tener cuidado en evitar tocar los cables, sobre todo cuando sabía que la distancia que había entre la construcción y la red eléctrica era reducida.

SEGUNDO CARGO

Acusó la sentencia de violar indirectamente los artículos 2341, 2343, 2356 y 2357 del Código Civil, como consecuencia de los errores de hecho manifiestos y trascendentes en que incurrió el Tribunal en la valoración de las pruebas.

Señaló que para el sentenciador *ad quem* la única causa de los perjuicios sufridos por los demandantes fue la conducta de Codensa, descartando que el comportamiento de la víctima y de los demandantes haya tenido alguna relevancia causal en la ocurrencia del accidente, a tal punto que «*ni siquiera podría hablarse de una concurrencia de culpas*», pues el señor Umbarila estaba expuesto al contacto con las redes por virtud de su cercanía con el inmueble.

De haber apreciado el juzgador de segunda instancia las pruebas que obran en el proceso, tales como las declaraciones de los demandantes y el concepto del experto Luis Felipe Pérez Gómez, habría concluido que existió una exposición imprudente al daño por parte de la víctima directa del accidente.

En criterio del impugnante, al analizar las afirmaciones de los actores, se observa que todos ellos coincidieron en que el señor Umbarila maniobró un ángulo metálico de aproximadamente 1,80 metros de longitud, exponiéndose a la red eléctrica pública sin tomar ninguna medida de precaución y pasando por alto la cercanía de la vivienda al cableado público; proximidad que no se debió a la negligencia de Codensa sino a la infracción de las reglamentaciones sobre construcción, pues al segundo y tercer piso de la edificación se les hicieron unos voladizos que expusieron imprudentemente a la víctima al contacto con la red eléctrica.

Adujo que cualquier persona medianamente prudente que advierte la presencia de una red eléctrica cercana, y que además conoce los peligros que representa manipular materiales conductores de carga eléctrica, habría adoptado elementales

medidas de precaución para evitar la ocurrencia de accidentes. [Folio 55]

No es posible concluir, contrario a lo que hizo el *ad quem*, que la única causa del daño fue la actividad de la empresa prestadora del servicio de energía eléctrica, pues está demostrado que las víctimas modificaron la edificación sin la respectiva licencia, exponiéndose a un mayor riesgo de electrocución; lo que hacía necesaria una reducción de la indemnización en los términos del artículo 2357 del Código Civil.

CONSIDERACIONES

Los cargos primero y segundo se resolverán de manera conjunta porque ambos denunciaron supuestos errores probatorios en la valoración de la incidencia de la conducta de la víctima en el desencadenamiento del accidente que acabó con su vida, bien sea como factor exclusivo de su propia calamidad, o por haberse expuesto al daño de manera imprudente.

1. Postulados generales de la responsabilidad civil por actividades peligrosas.

Es bien sabido que nuestra jurisprudencia explicó desde la primera mitad del siglo anterior que el artículo 2356 del Código Civil consagra una presunción de culpa,[1] de suerte que para la prosperidad de la pretensión indemnizatoria sólo se requiere que esté probado en el proceso el daño y el nexo causal entre éste y la conducta del agente. Se ha explicado que esta institución forma parte del régimen de responsabilidad subjetiva porque la proposición jurídica hace expresa alusión a la posibilidad de imputar el daño a la malicia o negligencia del agente como presupuesto necesario para imponerle la obligación de reparar, y porque tal enunciado normativo se ubica en el capítulo del Código que regula la responsabilidad común por los delitos y las culpas.

También se ha afirmado que tal presunción se desvirtúa con la demostración de una causa extraña a la conducta del agente, por lo que es intrascendente la prueba de la prudencia socialmente esperable.[2]

---

[1] CSJ, Sentencias del 14 de marzo y del 31 de mayo de 1938; 27 de octubre de 1947; 14 de febrero de 1955; 19 de septiembre de 1959; 14 de octubre de 1959; 4 de septiembre de 1962; 1 de octubre de 1963; 3 de mayo de 1965; 30 de abril de 1976; 20 de septiembre de 1978; 16 de julio de 1985; 23 de junio de 1988; 25 de agosto de 1988; 27 de abril de 1990; 22 de febrero de 1995; 25 de octubre de 1999; 14 de marzo de 2000; 26 de agosto de 2010; 18 de diciembre de 2012; entre otras.

[2] Tal como ha sido planteada hasta el momento, la teoría es inconsistente porque: 1) Se dice que la norma contiene una presunción, pero su redacción no tiene la forma lógica de una presunción legal (si-entonces); 2) No se ha explicado por qué la presunción de culpa no admite prueba en contrario mediante la demostración de la diligencia y cuidado; 3) Si sólo exonera la causa extraña, debe explicarse su diferencia con la responsabilidad objetiva; 4) Si no es responsabilidad objetiva, debe explicarse por qué sólo exonera la causa extraña; 5) Si la culpa es irrelevante, debe explicarse por qué sigue acudiéndose a la incorrección de la conducta en concreto para resolver los problemas de coparticipación o de exposición de la víctima al daño; 6) No existe un criterio jurídico general que permita clasificar una actividad como peligrosa, por lo que este instituto queda sumido en el casuismo y la indeterminación.

Se ha sostenido, de igual modo, que si el juicio de atribución de responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas prescinde del análisis de la culpa del demandado –puesto que éste no puede eximirse con la prueba de la diligencia y cuidado–, entonces la concurrencia de la conducta del agente con la de la víctima debe examinarse en el ámbito de la *"coparticipación causal"* y no como *"compensación de culpas"*.[3]

Sin embargo, lo que realmente ocurre en estos casos es que ante la insuficiencia de las explicaciones causales de tipo "naturalista" para solucionar los problemas de coparticipación y de exposición al daño, los jueces terminan acudiendo a un juicio fundamentado en la relevancia de la culpa de cada uno de los sujetos intervinientes, tal como hizo el Tribunal en este caso cuando concluyó que la negligencia de la demandada al no recubrir los cables con material aislante y no cumplir la distancia reglamentaria fue el factor preponderante en la producción del daño, de suerte que si esa infracción no hubiera ocurrido, el accidente no habría tenido lugar. De ese modo el juzgador acudió a un criterio de atribución que terminó confundiéndose con un juicio de culpabilidad, pues su decisión se sustentó en el análisis concreto de la incorrección de la conducta de la empresa por violar sus deberes de prudencia.

Es evidente que el sentenciador no examinó la incidencia de la conducta de la víctima "sólo en términos causales" como lo propone la teoría antes descrita, lo cual es explicable porque si hubiera basado su análisis únicamente en el plano de la causalidad tendría que haber concluido –en éste y en todos los casos– que la injerencia de la víctima en la producción del resultado lesivo es tan relevante como la del agente, pues desde una perspectiva "naturalista" todas las condiciones que intervienen en la producción de una consecuencia son igual de necesarias, aun las que podrían considerarse como obras del azar.[4]

De hecho, al haber sido la conducta de la demandada una abstención (por no cumplir las medidas preventivas que le imponían los reglamentos), desde una perspectiva de la causalidad lineal o determinista tendría que admitirse que no tuvo ninguna injerencia en el efecto adverso, pues las inactividades no son ni pueden ser causa de nada porque no son sucesos de la experiencia; de ahí que sólo adquieren trascendencia para el derecho cuando el ordenamiento las califica como omisiones jurídicamente relevantes.[5] Por ello, el enfoque de la causalidad

---

[3] CSJ, SC del 24 de agosto de 2009, Exp.: 11001-3103-038-2001-01054-04. || SC del 26 de agosto de 2010, Exp.: 47001-3103-003-2005-00611-01. || SC del 16 de diciembre de 2010. Exp.: 11001-3103-008-1989-00042-01.

[4] El nexo causal se explicó en la tradición antigua y medieval en los términos de la metafísica aristotélica; y en la modernidad se entendió bajo el modelo de la mecánica clásica lineal y determinista. A la sombra de esos conceptos –indiscriminadamente mezclados– se erigieron los enfoques causales intuitivos de la dogmática jurídica (principalmente a partir de los métodos empíricos de Stuart Mill).

[5] Es un axioma lógico (por tanto universal y necesario, que no depende posturas filosóficas o doctrinales) que una inactividad no produce ningún efecto en la experiencia (*ex nihilo nihil fit)*; por ello la omisión no será antijurídica si no media un deber de obrar, de actuar positivamente.

"natural", material, física o mecanicista resulta inútil para valorar tanto la conducta omisiva del agente como la incidencia de la víctima cuando no hace nada para evitar el riesgo que ocasiona el daño, o cuando se expone imprudentemente al peligro que no creó.

En la experiencia, un hecho nunca es producido por una sola causa,[6] sino por condiciones infinitas (antecedentes y coexistentes, activas y pasivas) imposibles de aislar para establecer con necesidad lógica cuál de ellas fue la eficiente o preponderante en la realización de un suceso.[7] Desde la perspectiva de la causalidad lineal de la física clásica o determinista, el pasado en su totalidad es causa del presente y del futuro en su totalidad, dado que el estado presente del Universo es el efecto del estado anterior y la causa del estado que seguirá (LAPLACE, 1814), sin que pueda concretarse más; luego, la noción de causalidad "pura" es demasiado vaga e inconclusa para que sea de utilidad.[8]

Hoy en día las ideas de causa, esencia, sustancia, o "naturaleza de la cosa" no son objetos de estudio científico por ser ideas filosóficas inextricables.[9] En la actualidad, las ciencias (en sentido amplio) realizan observaciones desde varios niveles de significado mediante distinciones que son conscientes de su limitación contextual y de su sometimiento al *imperativo de la selectividad de los sistemas*, según el cual toda explicación sobre los hechos presupone una elección de los datos que el observador considera relevantes según el objeto de su investigación y las teorías que gobiernan su ámbito de estudio.

En vez de buscar "*nexos de causalidad*" mediante los procesos intuitivos que se usaban en el siglo XIX,[10] las ciencias contemporáneas analizan fenómenos en masa susceptibles de cuantificación y correlación estadística o aproximativa, o emplean métodos de formulación de hipótesis para los sucesos

---

[6] La monocausalidad lineal, rígida o determinista sólo es concebible en condiciones ideales o para explicar el funcionamiento de los sistemas simples, cerrados y reversibles de la mecánica clásica; mientras que una causalidad moderada por el concepto de probabilidad es más apropiada para describir la complejidad de la naturaleza y la sociedad.

[7] John STUART MILL. Resumen de Lógica. México: 1897. p. 103.

[8] *«Maxwell cuestionó el postulado según el cual dadas las mismas causas (antecedentes) se siguen los mismos efectos (consecuentes). Además, este postulado sería inaplicable en un mundo como éste, donde las mismas condiciones no se vuelven a repetir y no hay exactitud sino aproximación, dado que solamente en los casos en que el estado inicial se pudiera conocer con perfecta exactitud tienen validez las ecuaciones deterministas de la mecánica».* En: Eugenio ANDRADE. La metáfora del "demonio de Maxwell" y su repercusión en las ciencias de la complejidad. Derivas de la complejidad, fundamentos científicos y filosóficos. Bogotá: Universidad del Rosario, 2012. p. 135.

[9] A partir de Frege los problemas epistemológicos (como la causalidad) dejaron de ser parte central de la filosofía, pues ya no interesa estudiar la relación entre el sujeto cognoscente y los objetos del conocimiento sino que se analizan las relaciones entre los nombres de los objetos (signos), sus referencias (fundamento) y su sentido (intérprete); con lo que el análisis de los conceptos se transformó en un problema de lenguaje. De ese modo la posibilidad de lograr un conocimiento de las cosas y sus causas dejó de ser un problema relevante frente a los procedimientos para lograrlo. En: Gottlob FREGE. Sobre Sentido y Referencia. Compilado en Luis VALDÉS VILLANUEVA, La búsqueda del significado. 4ª ed. Madrid, Tecnos, 2005. pp. 29 y ss.

[10] Equivalencia de las condiciones (*conditio sine qua non)*, causa próxima, causa eficiente, causa preponderante, "*prognosis póstuma*", etc. En: Isidoro GOLDENBERG. La relación de causalidad en la responsabilidad civil. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1984. pp. 19 y ss.

particulares,[11] toda vez que ninguna experiencia concreta puede describirse completa y directamente mediante un enunciado que sintetice todas sus propiedades, por lo que es inútil hablar del contenido causal de un enunciado fáctico (*implicación material*), pues lo único que puede admitirse son vínculos lingüísticos en constante replanteamiento.[12]

Por ello, un análisis práctico del "nexo causal" entre los hechos masivos o de repetición frecuente sólo puede contemplarse como correlaciones imperfectas pero medibles en términos probabilísticos, tal como ocurre en el ámbito de las ciencias naturales y la economía, en donde en vez de buscar "causas eficientes" (¿por qué ocurrió?), más bien se indaga cómo ciertos factores pasados influyen en el presente y el futuro mediante la observación de sucesiones habituales o series estadísticas cambiantes y contingentes (¿cómo ocurrió?).[13]

En el derecho, como no se analizan fenómenos en masa sino acontecimientos particulares, únicos e irrepetibles, la construcción de enunciados probatorios no precisa de estudios de probabilidad estadística sino de métodos de formulación de hipótesis que toman como base criterios normativos que permiten considerar los datos que se aportan al proceso como hechos con relevancia jurídica.[14]

Una interpretación causal sobre los datos que interesan al proceso (enunciados) significa que los hechos probados (referencia) son *comprendidos* con *adecuación* a un sentido jurídico (significado). *«La ciencia del derecho* –explicaba Kelsen– *crea su objeto en tanto y en cuanto lo comprende como un todo significativo».*[15] El acaecer adecuado a un sentido jurídico

---

[11] Los métodos de formulación de hipótesis de Hempel, Duhem, Quine, Carnap y Goodman, terminaron por disolver el *problema de la causalidad* en cuestiones lógicas o lingüísticas, con lo que la indagación por las causas desapareció (sin ser resuelta) del ámbito de la filosofía de la ciencia para quedar confinada al contexto de la metafísica en el que tuvo su origen.

[12] "*(...) una vez que Wittgenstein hubiera radicalizado el giro lingüístico hasta convertirlo en un cambio de paradigma, las cuestiones epistemológicas de Hume y Kant pudieron adquirir un nuevo sentido, un sentido pragmático.*" En Jürgen HABERMAS. Verdad y justificación. Madrid: Trotta, 2002. (Primera edición en alemán de 1999). p. 10.

[13] Para el estudio del cambio del enfoque causal al probabilístico en la física moderna, la teoría de la comunicación, la teoría del control, la teoría del conocimiento y las ciencias sociales, ver: Norbert WIENER. Inventar, sobre la gestación y el cultivo de las ideas. Barcelona: Tusquets, 1995. pp. 46 y s.s.

[14] La probabilidad que resulta útil para la construcción de enunciados fácticos no es una probabilidad estadística de tipo bayesiano porque ésta sólo informa sobre las frecuencias relativas en que ocurre un evento en una sucesión dada. Es, en cambio, un razonamiento abductivo que hace posible elaborar hipótesis o inferencias probables sobre la existencia de un hecho desconocido, único e irrepetible, pero analizable a partir de un patrón o teoría de trasfondo que permite observar isomorfismos u homologías entre los hechos de la experiencia, de los cuales se seleccionan no necesariamente los más comunes sino los significativamente más representativos. Para un estudio acerca del razonamiento hipotético o abductivo, ver: Atocha ALISEDA. La abducción como cambio epistémico: C. S. Peirce y las teorías epistémicas en inteligencia artificial. || Pablo Raúl BONORINO. Sobre la abducción. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes Saavedra: Revista Doxa. || Gonzalo GÉNOVA. Charles S. Peirce: La lógica del descubrimiento. Los tres modos de inferencia. Madrid: Universidad Carlos III, 1996. || Charles S. PEIRCE. Deducción, inducción e hipótesis. 1878. (Traducción de Juan Martín Ruiz-Werner). Ibid. Tres tipos de razonamiento. 1903. (Traducción de José Vericat). || Lúcia SANTAELLA. La evolución de los tres tipos de argumento: abducción, inducción y deducción.

[15] Aunque Kelsen nunca contó con una teoría lingüística que le permitiera explicar el proceso de imputación, sí estaba equipado con una teoría epistemológica kantiana que le permitió comprender que el conocimiento sobre los hechos jurídicos presupone categorías normativas, lo que lo llevó a sostener que las proposiciones descriptivas no pueden ser formuladas sin adoptar un punto de vista normativo. En: Carlos Santiago NINO. La validez del derecho. Buenos Aires: Astrea, 1985. pp. 18 y ss.

(causalidad adecuada) quiere decir que los hechos de la experiencia deben estar jurídicamente orientados u ordenados para que sean comprensibles para los efectos que interesan al proceso. Si falta la adecuación de sentido nos encontraremos ante una mera probabilidad estadística no susceptible de comprensión o interés para el derecho, por mucho que la regularidad del desarrollo del hecho se conozca con precisión cuantitativa.[16] La causalidad que interesa al derecho es, entonces, la causalidad jurídica, es decir la causalidad adecuada a un sentido jurídico, que es lo mismo que una causalidad orientada por criterios normativos o de imputación: *«...la causalidad adecuada que ha sido adoptada por nuestra jurisprudencia como explicación para la atribución de un daño a la conducta de un agente, debe ser entendida en términos de 'causa jurídica' o imputación, y no simplemente como un nexo de causalidad natural».*[17]

La impotencia de los jueces para identificar el *nexo causal* entre los acontecimientos que interesan al proceso, en suma, no se debe a falta de conocimientos jurídicos sino a que *el problema de la causalidad* ha sido planteado por la tradición jurídica en términos filosóficos que trascienden los límites especializados del derecho;[18] pasando por alto que la misma epistemología se ha mostrado incapaz de explicar la existencia de vínculos entre los hechos,[19] por lo que en el estado actual del conocimiento científico la relación entre los hechos y los enunciados sobre los hechos no se estudia en términos estrictamente epistemológicos, sino como un *problema de frontera* que involucra varios ámbitos como el uso práctico del lenguaje (giro lingüístico),[20] la sociología del conocimiento, las teorías de sistemas, las ciencias cognitivas y de la complejidad,[21] entre otros enfoques integrados, solapados o interconectados.[22]

---

[16] *«Toda interpretación persigue la evidencia. Pero ninguna interpretación de sentido, por evidente que sea, puede pretender, en méritos de ese carácter de evidencia, ser también la interpretación causal válida. En sí no es otra cosa que una hipótesis causal particularmente evidente».* En: Max WEBER. Economía y sociedad. 3ª ed. México: FCE, 2014. p. 135. (Edición original en alemán de 1922)

[17] CSJ, SC13925 del 30 de septiembre de 2016.

[18] El *"problema de la causalidad"* es una de las cuestiones de mayor dificultad, a la que pensadores como Hume, Kant, los miembros del Círculo de Viena, de la Nueva Filosofía de la Ciencia, entre otras corrientes importantes, dedicaron buena parte de sus investigaciones. Por ello, en vez de adentrarse en el terreno de la especulación diletante por medio de alusiones subjetivas, triviales y difusas como "*las reglas de la vida, el sentido común, la lógica de lo razonable, la prognosis póstuma, la conditio sine qua non, el sentido de la razonabilidad, la razón natural, etc.*" –que son conceptos vacíos que sólo se prestan para la arbitrariedad de las decisiones–, lo más prudente es dejarse guiar por los progresos alcanzados por las teorías de la ciencia y las lógicas no-clásicas contemporáneas. De ahí que no sea admisible seguir prohijando la postura que esta Corte asumió en la sentencia del 26 de septiembre de 2002 [Exp. 6878], porque no refleja el estado actual del conocimiento científico (pues siguió asumiendo el concepto filosófico, ontológico o metafísico de causa); no introdujo ninguna evolución doctrinal (pues simplemente cambió el nombre de "causalidad natural" por el de "causalidad adecuada" bajo el mismo concepto tradicional lineal-determinista y con las mismas consecuencias prácticas); no resolvió los problemas de la "causación" por omisiones y de los criterios de selección de las condiciones jurídicamente relevantes; y confundió la noción de "*previsibilidad, ya objetiva o subjetivamente considerada*" (que es un concepto de la culpabilidad) con la atribución de un resultado a un agente.

[19] Karl POPPER. *Realismo y el objetivo de la ciencia: Post Scriptum a La Lógica de la investigación científica. Vol. I.* Edición preparada por W. W. Bartley III. Traducción de Marta Sansigre Vidal. Madrid: Editorial Tecnos, pp. 60 y s.s. (Edición original de 1956).

[20] "*Hoy es el lenguaje la entidad epistemológica preponderante. Todo lo que no es naturaleza, podría decirse, es lenguaje. Este se presenta, por un lado, como la institución humano-social básica, y por otro, como el comienzo y la culminación del proceso científico*". En: Antonio HERNÁNDEZ GIL. Estructuralismo y derecho. Madrid: Alianza edit., 1973. p. 17.

[21] Para un estudio de los fenómenos complejos que no se rigen por la causalidad lineal, reduccionista, determinista y simplificadora, ver: Carlos Eduardo MALDONADO CASTAÑEDA. ¿Qué son las ciencias

Es la filosofía, precisamente, la que advierte sobre sus limitaciones para explicar las correlaciones causales entre los hechos, por lo que no es posible asumir ningún enfoque epistemológico particular para resolver los problemas de causalidad jurídica. De ahí que el derecho tiene que depurarse y desprenderse del rezago metafísico que tradicionalmente ha impregnado sus institutos: «*Lo que se trata de señalar con esta observación es que muchas veces el jurista está aceptando ingenua e inconscientemente conceptos cuya consciencia rechaza. No quiere hacer filosofía sino práctica, pero todo su lenguaje está impregnado de un aroma filosófico del que no puede huir: causa, motivo, culpa, consentimiento, son términos que si no son previamente conceptualizados desbordan el marco de la mera juridicidad para inhalar el de ciencias afines: desde la sicología a la filosofía*».[23]

Debido a la imposibilidad de adoptar un enfoque filosófico particular que explique las relaciones causales en la fase de elaboración de los enunciados probatorios, se torna necesario acudir a criterios jurídicos (que no excluyan los aportes de las demás ciencias contemporáneas) para la definición de los conceptos fundamentales del instituto de la responsabilidad civil; para lo cual la teoría de la imputación resulta de gran utilidad.

Con ello no quiere cuestionarse la injerencia de las causas naturales en la producción de los resultados lesivos, pues eso sería tanto como negar la realidad. Lo que pretende dejarse en evidencia es que todo análisis causal en el derecho está prefigurado por un contexto de *adecuación jurídica.*[24] Sólo de esa manera es posible endilgar un daño a una persona, por lo que la imputación de las desviaciones (por acciones u omisiones) a los agentes que las condicionaron queda definitivamente como una hipótesis que tiene que realizar el juez con base en las pruebas que obran en el proceso, para lo cual los razonamientos de los abogados de las

---

de la complejidad? En: Derivas de la complejidad, Fundamentos científicos y filosóficos. Bogotá: Universidad del Rosario, 2012. pp. 7 y ss.

[22] Anna ESTANY. Introducción a la filosofía de la ciencia. Barcelona: Crítica, 1993. pp. 85 y ss.

[23] Luis NÚÑEZ LADEVÉZE. Lenguaje jurídico y ciencia social. Madrid: Akal, 1977. p. 41.

[24] La imputación de un resultado a un agente a partir de las reglas de adjudicación (*imputatio facti*) no puede concebirse como una etapa distinta del análisis de causalidad fáctica, sino como una misma operación lógica, tal como se explicó en SC-13925 del 30 de septiembre de 2016: «*La imputación, por tanto, parte de un objeto del mundo material o de una situación dada pero no se agota en tales hechos, sino que se configura al momento de juzgar: el hecho jurídico que da origen a la responsabilidad extracontractual sólo adquiere tal estatus en el momento de hacer la atribución. El imputante, al aislar una acción entre el flujo causal de los fenómenos, la valora, le imprime sentido con base en sus preconcepciones jurídicas, y esa valoración es lo que le permite seleccionar un hecho relevante según el sistema normativo para efectos de cargarlo a un agente como suyo y no a otra causa*». Pensar que primero se hace un juicio de causalidad natural ("de hecho") y posteriormente un juicio de imputación ("causalidad de derecho"), no es más que perpetuar el problema metafísico irresoluble de la causalidad natural por seguir creyendo que es posible identificar "causas fácticas" sin criterios de adecuación de sentido jurídico. Parafraseando una famosa expresión del pensador de Königsberg del que emanan las teorías modernas de la imputación, podría afirmarse que para el derecho *las causas naturales sin criterios normativos son ciegas, pero éstos sin aquéllas son vacíos.* Luego, una teoría coherente de la imputación no puede presuponer el método de la *conditio sine qua non* o cualquier otro recurso intuitivo para el "conocimiento de las causas naturales", pues el juez no se halla nunca frente a hechos dados sin juridicidad dada. Las teorías de la imputación surgieron, precisamente, para superar ese dualismo que sólo conduce a decisiones relativistas, subjetivistas o de "sentido común", y que olvidan que muchos daños se imputan por omisiones o por hechos ajenos, es decir sin ninguna relación causal o "de hecho" entre el responsable y la víctima.

partes como actividad sustentadora de sus alegaciones sobre los hechos ostentan indiscutible predominio.

La imputación civil –se reitera– no excluye el concepto de causalidad (cualquiera que sea su significado filosófico o científico); simplemente acepta la evidencia de que las relaciones causales no se dan en todos los casos (como en la responsabilidad por omisiones o por el hecho ajeno); y siempre es insuficiente, dado que las condiciones relevantes para el derecho no pueden seleccionarse sin criterios de adecuación de sentido jurídico.[25] Únicamente a partir de este contexto de sentido jurídico pueden elaborarse enunciados probatorios de tipo causal, los cuales, por necesidad lógica, tienen que ser razonamientos hipotéticos o abductivos (sea por acciones o por omisiones).[26]

«*Las explicaciones de razón expresan una correspondencia no necesariamente causal entre dos hechos, de suerte que la presencia de uno de ellos lleva al juez a inferir la existencia de otro según un marco de sentido jurídico que otorga validez a dicha correlación que puede ser con o sin causalidad (esto último ocurre en materia de omisiones, por ejemplo). De manera que una persona puede originar un hecho desencadenante de un daño y, sin embargo, el nexo causal por sí solo resulta irrelevante para endilgarle ese hecho como suyo; como bien puede ocurrir que la autoría del hecho lesivo deba ser asumida por quien no tuvo ninguna intervención o injerencia física en el flujo de eventos que ocasionaron el daño. La atribución de un resultado lesivo a un sujeto, en suma, no depende en todos los casos de la producción física del perjuicio, porque el hecho de que una persona ocasione directamente un daño a otra no siempre es necesario y nunca es suficiente para cargárselo a su cuenta como suyo. Aunque la relación causal aporta algo a la fórmula de imputación en la medida en que constituye una conexión frecuente o probable entre la conducta del agente y el daño sufrido por la víctima, no explica satisfactoriamente por qué aquél puede ser reputado artífice*».[27]

No todas las circunstancias que pueden ser tomadas en cuenta como causas físicas son relevantes para el derecho, pero la selección de las condiciones relevantes para atribuir responsabilidad es siempre un problema de sentido jurídico: entre más inferencias se consideren como *causas jurídicamente relevantes* habrá más posibilidades de elaborar juicios rigurosos de

---

[25] «*Hechos jurídicos son, por tanto, los hechos a los que el Derecho atribuye trascendencia jurídica para cambiar las situaciones preexistentes a ellos y configurar situaciones nuevas, a las que corresponden nuevas calificaciones jurídicas.* (...) *Se nos muestra ya, de la propuesta definición de hecho jurídico, que sería un error concebir el supuesto de hecho como algo puramente fáctico, privado de calificación jurídica, o como algo materialmente separado o cronológicamente distante de la nueva situación jurídica que con él corresponde. En realidad, ésta no es más que un desarrollo de aquél, una situación nueva en que se convierte la situación preexistente al producirse el hecho jurídico*». Francesco CARNELUTTI. Teoría General del Derecho. Madrid: RDP, 1955. p. 255.

[26] Sólo existen tres formas de razonamiento: la deducción, la inducción y la abducción. Los enunciados probatorios de tipo causal no son una deducción, pues ello implicaría tener que conocer todas las causas de las cuales se deducen los efectos que interesan al proceso, y la labor probatoria consiste, precisamente, en encontrar las "causas" desconocidas jurídicamente relevantes; tampoco es una inducción porque ésta consiste en hacer una generalización a partir de la repetición de los mismos hechos, mientras que los hechos que interesa probar en el proceso son únicos e irrepetibles. Por ello, sólo pueden elaborarse enunciados causales mediante inferencias abductivas o hipotéticas.

[27] CSJ, SC13925 del 30 de septiembre de 2016.

atribución o de exoneración de responsabilidad; mientras que si la "muestra causal" es pequeña habrá grandes probabilidades de que el juicio de imputación quede a merced de la intuición o la suerte. Las valoraciones causales, en suma, no recaen sobre "lo dado" por la experiencia sino más bien en lo que de ella logra seleccionarse con dificultad.

El *corpus* finito de selecciones causales que se extraen de un número indefinido e infinito de fenómenos no tiene relación directa con la abundancia de pruebas que se aduzcan al proceso, porque la masa de la producción probatoria no es anuncio de su suficiencia, puede serlo de lo contrario: muchas pruebas pueden indicar pocas causas con relevancia jurídica, mientras que pocas pruebas pueden señalar muchos factores jurídicamente importantes. Un *enunciado causal* tiene importancia por su coherencia, adecuación a la realidad, superación de sesgos cognitivos, ausencia de hipótesis infirmantes y por su significado en el contexto jurídico, no por el número de datos que logre acumular la evidencia probatoria (un solo enunciado fáctico con relevancia jurídica tiene más peso que mil confirmaciones de causas insignificantes para el derecho).[28]

Hay que memorar que ni siquiera en el ámbito de las ciencias naturales es posible prescindir de una teoría (norma científica) que explique las correlaciones causales como hechos de la naturaleza no sujetos a juicios de atribución.[29] *«La principal fuente del descubrimiento de nuevos hechos no son los hechos por sí mismos sino su elaboración teórica y la comparación de las consecuencias de las teorías con los datos observacionales. (...) Los datos aislados y crudos son inútiles y no son dignos de confianza; es preciso elaborarlos, organizarlos y confrontarlos con las conclusiones teóricas».*[30]

De la misma manera que las ciencias naturales se valen de teorías como criterios normativos para la comprensión de sus objetos de conocimiento, el derecho emplea juicios de atribución para apreciar los hechos con relevancia jurídica, pues para endilgar un daño a un agente y para valorar una conducta como correcta o incorrecta según su adecuación a la prudencia, hay que partir de las reglas de adjudicación y de comportamiento que establece el ordenamiento jurídico. El hombre sabe o tiene que saber cuál es la solución correcta en cada caso con relevancia jurídica en virtud de su entendimiento y posibilidades de elección

---

[28] Este enunciado es elaborado por el juez en la fase de construcción de las premisas fácticas a partir de los hechos probados en el proceso, y difiere de los enunciados que las partes postulan en sus alegaciones para persuadir o convencer al juez mediante *relatos causales*: *«la parte que formula la hipótesis afirma que ésta es verdadera; pero que sea verdadera o falsa es una cuestión que sólo será respondida por el juzgador en su decisión final»*. En: Michele TARUFFO. La prueba. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 29.

[29] Tesis de Duhem-Quine, u holismo confirmacional; según el cual toda observación de un hecho depende de una teoría de trasfondo que explique suficientemente las relaciones entre los hechos observados, es decir que todo análisis causal es un juicio atributivo a partir de un marco de sentido. La Paradoja de Goodman llega a una tesis más radical al dejar en evidencia que a toda formulación de hipótesis causal subyace un problema de indeterminación.

[30] Marío BUNGE. La ciencia. Su método y su filosofía. Pamplona: Laetoli, 2013. pp. 25, 32. (Edición original de 1959)

entre las alternativas que ofrece el ordenamiento jurídico, independientemente de que como ser de la naturaleza las consecuencias de sus actos están sometidas a leyes físicas.

El enfoque causal de la responsabilidad civil tuvo su origen en la ideología del positivismo naturalista de la segunda mitad del siglo XIX, pero aparte de ese breve período siempre ha sido una noción ajena al derecho, pues éste se ha cimentado –desde los comienzos de la civilización y aún en la psique mítico-religiosa del hombre primitivo–[31] en juicios de imputación: *«Es evidente que la ciencia jurídica no aspira a dar una explicación causal de los hechos y que en las proposiciones que la ciencia jurídica utiliza para describir su objeto se aplica el principio de imputación y no el de causalidad».*[32]

Las controversias que se suscitan en el derecho –como las de coparticipación o exposición al daño en razón del despliegue de actividades peligrosas– no pueden solucionarse en el ámbito exclusivo de la causalidad "natural" o de cualquier concepto que con otro nombre caiga bajo el espectro de la causalidad que acuñó la tradición filosófica, pues ello desconocería el estado actual de la discusión sobre el problema de la verdad que prescinde de connotaciones ontológicas para centrarse en una definición pragmática;[33] con el agravante de que la causalidad "material" es un recurso conceptual no susceptible de demostración por pruebas directas (que son las únicas que las partes pueden incorporar a un proceso civil), por lo que la exigencia de su aportación implicaría obligar al demandante a que aduzca la prueba de un *"nexo causal"* que ni el más avezado epistemólogo estaría en condiciones de suministrar, pues todas las interpretaciones causales terminan relacionando la conducta del demandado con el daño sufrido por el demandante mediante criterios de adecuación normativa y no de implicaciones materiales.

Basta constatar que el nexo causal no es un objeto perceptible por los órganos de los sentidos para admitir de manera concluyente que no es un elemento susceptible de demostración por pruebas directas sino por inferencias lógicas que el juez realiza a partir de un marco de sentido jurídico que le permite comprender la evidencia probatoria para hacer juicios de atribución. La falta de reconocimiento de tal situación conduce a dejar de elaborar los enunciados probatorios con base en un *argumentum ad ignorantiam* (ausencia de prueba como prueba de ausencia), pasando por alto que 'la causalidad' que interesa al derecho no es un objeto que pueda hallarse en la naturaleza sino una hipótesis que el juez debe construir.[34]

---

[31] Hans KELSEN. Sociedad y naturaleza. Buenos Aires: De Palma, 1945. pp. 10 y ss. (Edición original en inglés de 1943).
[32] Hans KELSEN. "Causalidad e imputación". En ¿Qué es la justicia? Barcelona: Ariel, 1991. p. 225.
[33] Jürgen HABERMAS. Verdad y justificación. Madrid: Trotta, 2002. pp. 36, 40, 50, 54, 228, 242. (Primera edición en alemán de 1999)
[34] El desconocimiento de esta limitación epistemológica condujo a algún sector de la doctrina a suponer que el problema de la "ausencia de prueba" del nexo causal y de otros elementos que sólo son demostrables mediante inferencias racionales construidas por el juez, podía solucionarse

De ahí que cuando el comportamiento que el agente despliega en ejercicio de una actividad peligrosa concurre con la conducta de la víctima en la generación del perjuicio, o con la exposición de ésta al daño que no produjo, no es posible resolver el problema de la atribución de responsabilidad en el ámbito de la causalidad lineal determinista (por imposibilidad lógica, jurídica y real),[35] pero tampoco es acertado solucionarlo en el campo de la culpabilidad (por ir en contra de la presunción contenida en el artículo 2356), por lo que hay que acudir a un criterio diferenciador basado en la imputación.

Lo anterior deja al descubierto que la imputación civil no es una postura caprichosa, ni obedece al deseo de introducir novedades jurisprudenciales innecesarias;[36] sino que es un requerimiento ineludible del instituto de la responsabilidad civil para señalar pautas claras que permitan seleccionar las condiciones que se estiman jurídicamente relevantes para atribuir responsabilidad tanto por acciones como por omisiones, así como para valorar la incidencia de la conducta de las víctimas a partir de sus posibilidades de creación de riesgos o de su exposición al peligro que no crearon.

2. El concepto jurídico de actividad peligrosa.

2.1. Es pacífica la posición doctrinal que asume que el artículo 2356 obliga a quien realiza una actividad peligrosa a indemnizar el daño que ocasiona a terceros en razón del despliegue de esa conducta. A tal respecto, esta Corte ha declarado en varias sentencias que cuando el daño proviene de '*actividades caracterizadas por su peligrosidad*', de que es ejemplo el uso y manejo de un automóvil, el disparo de una arma de fuego o el empleo de una locomotora de vapor o de un motor, el hecho dañoso lleva en sí una presunción de culpa que releva a la víctima de la necesidad de tener que probar la del autor del daño.[37]

---

atribuyéndole al demandado la obligación de aportar la prueba diabólica de la inexistencia de tales elementos mediante una "*distribución de la carga de la prueba*", lo que lejos de resolver el problema lo agravaría por confundir dos niveles de sentido distintos: el de la elaboración de los enunciados fácticos y el de la consecuencia lógica entre ellos y la sanción normativa. (SC9193 del 28 de junio de 2017)

[35] *Lógica*, porque la lógica contemporánea ha demostrado que no existe ningún método que permita conocer las causas que ligan a los acontecimientos, por lo que sólo pueden elaborarse inferencias hipotéticas; *real*, porque la práctica probatoria evidencia que no es posible demostrar las causas de los hechos mediante pruebas directas aportadas por las partes; *jurídica*, porque al derecho no le interesa establecer la causalidad natural sino la *causalidad jurídica o imputación*, tal como lo expresa el artículo 2356 del Código Civil, que exige el análisis de la responsabilidad en este ámbito.

[36] El concepto jurídico de imputación es tan antiguo que ya Tomás DE AQUINO (1224-1274), como máxima autoridad doctrinaria del derecho medieval, aludió a él en su Tratado de los Actos Humanos: «*...se atribuye el hundimiento de una nave al piloto, porque deja de pilotar. Pero hay que advertir que lo que se deriva de la falta de acción, porque no actúa, no siempre se achaca como causa al agente, sino solamente cuando puede y debe actuar. Pues si un piloto no pudiera dirigir una nave, o no tuviera encomendada su conducción, no se le imputaría el hundimiento que sucediera por ausencia del piloto*». En: Suma de Teología II. Parte I-II. Cuestión 6: Lo voluntario y lo involuntario. Madrid: BAC, 1997, p.106.

[37] GJ., t XLVI, año 1938, n° 1934, p. 211; y n° 1936, pp. 515 y 560.

El concepto de peligrosidad de la actividad, empero, no ha sido definido bajo un criterio jurídico general sino que suele explicarse mediante ejemplos tales como la velocidad alcanzada, la naturaleza explosiva o inflamable de la cosa utilizada, la energía desplegada o conducida, entre otras situaciones cuya caracterización ha sido delimitada por la jurisprudencia.

Al respecto, Henri Mazeaud advirtió sobre «*la falta de un criterio para saber cuándo una actividad o cosa es peligrosa y cuándo no, porque viéndolo bien, de toda cosa o actividad, por inocente que sea, podría predicarse cierta peligrosidad*»;[38] sin que este problema pueda obviarse afirmando que «*si una actividad es o no peligrosa, es cuestión de hecho que sólo el juez puede resolver en cada caso concreto*» (Pérez Vives), porque lo que está en juego es nada más y nada menos que la solución de la controversia a la luz de la responsabilidad que exige la prueba de la culpa (artículo 2341); o de la que no exige la demostración de ese elemento por presumirlo (artículo 2356), que en términos de verdad pragmática es lo mismo que tenerlo por probado.[39]

Es cierto que tal distinción es una cuestión de hecho que debe definir el sentenciador para adecuar la *causa petendi* al enunciado normativo que corresponde, pues finalmente todos los institutos jurídicos se refieren a cuestiones de hecho, de otro modo no tendrían sentido. Sin embargo, la trascendencia del problema radica en que tal labor de adecuación no puede estar desprovista de un criterio normativo general que demarque los límites de ambas instituciones jurídicas antes de que el conflicto sea presentado al juez para su solución.

Es un lugar común explicar el concepto de actividad peligrosa a partir de las diferencias entre la técnica y la naturaleza. Se consideran peligrosas las actividades producidas con fuerzas mecánicas superiores a las del hombre; se tienen como no peligrosas las actividades producidas por la fuerza natural del hombre. Tal distinción, aunque no es del todo inútil, no tiene en cuenta criterios jurídicos.

Lo que caracteriza a las actividades peligrosas, desde un punto de vista jurídico, es que la norma que regula este instituto no exige la *previsibilidad de las consecuencias*. De ese modo el ordenamiento introduce claves operacionales (o criterios de adecuación de sentido): la ausencia de control y previsión *de los resultados*, sin los cuales no habrá manera de saber si los hechos de la experiencia son o no peligrosos para el derecho.

---

[38] Álvaro PÉREZ VIVES. Teoría general de las obligaciones. vol. II. Bogotá: Temis, 1954. p. 196.
[39] Para el criterio pragmático de verdad ver: Charles Sanders PEIRCE. Collected Papers, Fragmento 5.422. Traducido y citado por Guido VALLEJOS. En Peirce: Pragmatismo, semiótica y realismo. Universidad de Chile: Cinta de Moebio N° 5, abril de 1999.

Es cierto que cualquier actividad, por común y corriente que sea, puede ser peligrosa. No obstante, la categorización que interesa al derecho no es la que haría cualquier persona en su particular experiencia (observación de primer nivel), sino la que tiene que realizar el juez con base en las claves operacionales que establece el sistema jurídico según el daño ocasionado sea o no controlable y previsible (observación de segundo nivel o de atribución).

También es verdad que cualquier acción puede salirse de su curso y producir desvíos no previstos; mas ello no es lo que generalmente ocurre con los inventos humanos, pues éstos se van reformando y mejorando con el curso del tiempo, de suerte que la misma exigencia de tecnicidad termina por trivializar los riesgos a medida que la técnica se perfecciona y produce mayor confianza en los usuarios.

Al no depender el concepto de peligrosidad únicamente del empleo de fuerzas mecánicas como motores o máquinas, la jurisprudencia de esta Corte ha podido considerar dentro de esa categoría actividades como la generación, transformación y conducción de energía eléctrica de corriente alterna, que no es una fuerza mecánica sino electromagnética. De igual modo, en un futuro podrían considerarse como peligrosas aquellas actividades que no utilizan fuentes de energía convencionales, sino que emplean fuerzas que no siempre son sensorialmente perceptibles o no provocan una gran impresión psicológica, como por ejemplo la energía nuclear; la energía térmica; la combustión bioquímica; la radiación electromagnética; la combinación química de nuevos materiales; la biogenética; etc., respecto de las cuales el derecho tendrá que pronunciarse en su debido momento con el fin de establecer si pertenecen a la esfera de lo que produce daños técnicamente controlables o a la de los imprevisibles.

2.2. Se ha dicho líneas arriba que una actividad peligrosa es la que puede producir *daños* incontrolables e imprevisibles, tal como lo advierte la sociología en las situaciones impredecibles, incalculables y catastróficas de la sociedad del riesgo contemporánea.[40] De ahí que la obligación de indemnizar en este tipo de responsabilidad no puede depender del control o la *previsión de las consecuencias*, pues ello supondría imponer un criterio de imputación basado en la previsión de lo imprevisible.[41]

---

[40] Ulrich BECK. La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998. pp. 70 y ss. (Edición original en alemán de 1986) || Niklas LUHMANN. Sociología del riesgo. 3ª ed. en español. México: Universidad Iberoamericana, 2006. pp. 140-141. (Edición original en alemán de 1991)

[41] Como la culpa implica previsibilidad de los resultados, entonces, por necesidad lógica, la previsibilidad de los resultados no es el criterio distintivo de la responsabilidad por actividades peligrosas, puesto que ella es irrelevante en este tipo de responsabilidad. Por eso este instituto resulta idóneo para la imputación de responsabilidad en las situaciones que generan daños imprevisibles.

Mas, como esta especie de responsabilidad no se atribuye únicamente *por haber producido un daño* (como en la responsabilidad objetiva), ni *por la posibilidad de prever el resultado* (como en la responsabilidad por culpa), el criterio de atribución no puede ser otro que el de la posibilidad de evitar *el riesgo de realización del perjuicio*, como se precisará más adelante.

La moderna responsabilidad por culpabilidad se erigió sobre el postulado de que los daños que la primera modernización (simple, lineal e industrial) trajo consigo podían predecirse y prevenirse de una manera satisfactoria, por lo que podían atribuirse a sus causantes directos. En la sociedad del riesgo, en cambio, ha surgido la conciencia de que muchos daños de la era postindustrial son incontrolables e impredecibles;[42] lo que no significa que deban permanecer en el anonimato o no sean merecedores de reproche civil.

A partir de los riesgos del sistema de producción industrial y sus daños actuales o potenciales se da una pluralidad casi infinita de interpretaciones causales que no pueden ser confirmadas. Se abre así un espectro de causas y responsables que se producen de manera supraindividual e indiferenciada. Empresas, industrias, grupos económicos, científicos y profesionales quedan en la línea de sujetos susceptibles del reproche social y jurídico.

Los efectos nocivos de la sociedad del riesgo se han masificado: daños por contaminación, por el uso de nuevas fuentes de energía, por desarrollos tecnológicos, genéticos, biológicos, farmacológicos, etc., producen efectos imprevisibles e incontrolables, frente a los cuales la ciencia no está en condiciones de establecer nexos de causalidad, ni mucho menos de determinar hasta dónde se extienden los perjuicios.

«*Por decirlo expresamente una vez más: todos estos efectos se presentan con independencia de cuan consistentes parezcan desde un punto de vista científico las interpretaciones causales aceptadas. Por lo general, dentro de las ciencias y de las disciplinas afectadas divergen mucho las opiniones al respecto. Así pues, el efecto social de las definiciones del riesgo no depende de su consistencia científica*».[43]

En la sociedad postindustrial del riesgo los daños no se agotan en consecuencias "ciertas" que ya han tenido lugar, sino que contienen un componente innegable de incertidumbre que se materializa en efectos colaterales o secundarios latentes y, por lo tanto, ya presentes,[44] cuyo resarcimiento sólo puede ser establecido por el ordenamiento civil de conformidad con su propio marco de sentido jurídico.

---

[42] Ulrich BECK. La sociedad del riesgo global. 2ª ed. Madrid: Siglo XXI. 2006. p. 2. (Primera edición en inglés de 1999)
[43] Ulrich BECK. La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998. p. 38. (Edición original en alemán de 1986)
[44] Zygmunt BAUMAN. Daños colaterales. Madrid: FCE, 2011. pp. 45, 190.

Las nuevas fuentes de energía, el incremento de la minería y la industrialización, la medicina científica, los medios de transporte de alta velocidad, las técnicas bio-genéticas de reproducción, la mecanización y el uso de abonos químicos en la agricultura intensiva industrial, etc., no sólo benefician a los inventores, productores y comercializadores, sino que son bienes sociales a los que nadie está dispuesto a renunciar, pues son parte de la vida diaria de toda persona y son la fuente del trabajo y de los medios de subsistencia de la población, así como de la riqueza de las naciones y del reparto de los beneficios sociales; por lo que no puede afirmarse –como se hacía en décadas pasadas con sustento en ideologías– que el progreso científico y tecnológico sólo beneficia a los "dueños de los medios de producción", quienes por ello debían responder objetivamente por todos los daños que causaran.

En la segunda modernidad está constituyéndose un nuevo tipo de capitalismo, un nuevo tipo de economía, un nuevo tipo de sociedad y un nuevo tipo de individualidad, distintos a los de la primera modernidad que dio origen a la responsabilidad civil extracontractual, por lo que esta área del derecho tiene que asumir el desafío jurídico de resolver los nuevos problemas de asignación de daños producidos en la sociedad del riesgo.

En esta sociedad del riesgo, la adaptación del derecho de la responsabilidad civil extracontractual al mundo contemporáneo depende de su capacidad de identificar los riesgos, peligros y daños con relevancia jurídica; sus formas de producción; sus posibilidades de evitación y predicción; el alcance de la indemnización; y, principalmente, la selección de los criterios normativos de atribución de los daños a sus agentes, muchos de los cuales no están señalados por las normas civiles como susceptibles de un juicio de atribución objetiva, pero tampoco pueden encuadrarse en los daños controlables y previsibles de la responsabilidad por culpabilidad.

Frente a las actividades descritas por la ley de manera taxativa como generadoras de responsabilidad estricta, y a la tradicional responsabilidad común por actividades que producen consecuencias controlables y previsibles orientadas bajo el criterio de la culpa; la responsabilidad por actividades peligrosas se erige en el instituto de mayor importancia para imputar los daños incontrolables e imprevisibles producidos en la sociedad del riesgo.

3. La presunción de culpa en las actividades peligrosas.

Al comienzo de estas consideraciones se memoró que nuestra jurisprudencia ha venido afirmando desde la primera mitad del siglo pasado, que el artículo 2356 establece una presunción de culpa que exime al demandante de la carga de asumir las consecuencias negativas que normalmente le acarrearía la ausencia de prueba de ese elemento.

Con relación a las presunciones, el artículo 66 del Código Civil dispone:

> *«Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias. Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisible la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias».*

En un sentido similar, el artículo 166 del Código General del Proceso (176 C.P.C.) establece:

> *«Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados. El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice».*

Estos enunciados normativos señalan reglas de conformación sintáctica de las presunciones legales, las cuales modifican las leyes sustanciales al tener por probados algunos de sus elementos fácticos estructurales. Las presunciones tienen la forma léxica de un condicional que vincula un antecedente y un consecuente. Es decir que poseen dos expresiones gramaticales: i) Los antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción, y ii) El hecho presunto que de ellos se deduce. Una vez probados los antecedentes o *hechos presumibles* se tendrá por probado el consecuente o *hecho presunto*.

El hecho que hay que desvirtuar es el *presunto* o consecuente y no el *presumible* o antecedente («*se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley...*»), pues se entiende que éste tuvo que quedar demostrado para que pudiera operar la presunción, de suerte que si el antecedente no se demuestra, simplemente no hay lugar a hablar de presunción ni hay necesidad de desvirtuarla porque ésta no logra configurarse.

Los elementos fácticos del artículo 2356 son el daño y la posibilidad de imputarlo a malicia o negligencia de otra persona: «*Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta*».

El hecho presumible es la posibilidad de imputar el daño al demandado (por haber creado el riesgo previsto en una regla de adjudicación), y una vez demostrada esta imputación habrá que

dar por probada la culpa que menciona ese enunciado normativo, pues al no requerir demostración es un hecho presunto.[45]

Ahora bien, la pregunta fundamental es si se trata de una presunción que admite prueba en contrario (*iuris tantum*) o si no admite prueba que la desvirtúe (*iuris et de iure*).

Cuando el artículo 2356 exige como requisito estructural el *'daño que pueda imputarse a malicia o negligencia'*, está señalando que no es necesario demostrar la culpa como *acto* (la incorrección de la conducta por haber actuado con imprudencia), sino simplemente *la posibilidad* de su imputación. Luego, como la culpa no es un núcleo sintáctico del enunciado normativo, la consecuencia pragmática de tal exclusión es el rechazo de su prueba en contrario. Por consiguiente, se trata de una presunción *iuris et de iure,* como se deduce del artículo 66 antes citado, lo que explica que el demandado no pueda eximirse de responsabilidad con la prueba de su diligencia y cuidado.

De lo anterior se concluye que la responsabilidad por actividades peligrosas tiene que analizarse, por expreso mandato legal, en el nivel de la categorización de la conducta del agente según haya tenido el deber jurídico de evitar la creación del riesgo que dio origen al daño (riesgo + daño); pero no en el ámbito de la mera causación del resultado lesivo como condición suficiente (sólo daño), pues no se trata de la responsabilidad objetiva que se rige por el criterio del deber absoluto de no causar daños; ni mucho menos en el nivel que exige la demostración de la culpabilidad como requisito necesario (daño + riesgo + culpa o dolo), pues no se trata de la responsabilidad bajo el criterio de la infracción de los deberes de prudencia o previsibilidad de los resultados.

---

[45] Los hechos con relevancia jurídica pueden ser operativos o probatorios. Los hechos operativos son los sucesos de la realidad que dan origen a las distintas situaciones jurídicas, generalmente no tienen la connotación de litigiosos porque se dan como existentes por las partes, y cumplen la función de contextualizar el entramado fáctico que subyace a la controversia. Los hechos probatorios coinciden con el supuesto de hecho descrito en la proposición normativa y constituyen el tema de la prueba o conjunto de sintagmas (constituyentes sintácticos maximales) que integran el enunciado fáctico. El núcleo sintáctico del sintagma es la palabra que determina las propiedades estructurales de la expresión, o sea los elementos fácticos de la proposición normativa que deben quedar demostrados (*'daño'* + *'que pueda imputarse'*). Los constituyentes adjuntos (*'a malicia o negligencia de otra persona'*) no son requisitos obligatorios del enunciado o expresión jurídica, pues no hay necesidad de probarlos (elemento neutro), aunque pueden ser complementos aclaratorios en el lenguaje natural. Como la proposición normativa (art. 2356) no exige la demostración de los constituyentes adjuntos, la consecuencia práctica es presumirlos o darlos por probados (por transformación deletiva del ahormante básico o entramado sintáctico subyacente), aunque en la estructura patente o superficial su forma lexicográfica no se manifieste como una implicación material (si–entonces). Lo anterior demuestra que la interpretación gramatical de la ley (art. 27 C.C.) no se agota en el análisis superficial de la proposición normativa en el "lenguaje natural" (gramática recursiva), sino que es necesario examinar la estructura profunda y sus componentes transformacionales en el nivel de sentido jurídico (lenguaje regular o gramática libre de contexto). Acerca de la distinción entre la estructura patente o superficial y la estructura latente o ahormacional de las oraciones, y los subcomponentes transformacionales, ver Noam CHOMSKY y George MILLER. El análisis formal de los lenguajes naturales. Madrid: Alberto Corazón Editor, 1972. pp. 87 y ss. (Original en inglés de 1963); Noam CHOMSKY. Lingüística cartesiana. Madrid: Gredos, 1969. pp. 78-110. (Original en inglés de 1966) || Para la simplificación de las gramáticas de mayor a menor complejidad en la Jerarquía de Chomsky mediante la eliminación de elementos indeseables o inútiles, ver John E. HOPCROFT y otros. Teoría de autómatas, lenguajes y computación. 3ª ed. Madrid: Pearson, 2007. pp. 218 y s.s.; Elena JURADO MÁLAGA. Teoría de autómatas y lenguajes formales. Universidad de Extremadura: 2008. pp. 24 y s.s.

4. La imputación del daño al agente en los diversos tipos de responsabilidad.

4.1. La imputación consiste en atribuir el daño a un agente a partir de un contexto de sentido jurídico, o sea en elaborar un enunciado adscriptivo de segundo orden.[46] No puede existir responsabilidad sin un criterio normativo que permita endilgar el daño de un bien jurídico al demandado. Luego, no requiere adjetivos calificativos de ninguna índole, por lo que es innecesario tildarla de "objetiva", "subjetiva" o asignarle cualquier otro epíteto que en vez de añadirle alguna propiedad explicativa sólo generaría confusión frente a teorías ajenas al derecho civil que ya han reclamado para sí tales denominaciones y se erigen sobre fundamentos completamente distintos a los postulados que dan sentido al derecho privado.

De hecho, el artículo 2356 del Código Civil exige expresamente la valoración de la conducta del agente generador de una actividad peligrosa en el ámbito de la imputación, y esa exigencia fue consagrada en nuestra legislación civil un siglo antes de la proliferación de teorías provenientes de otras áreas del derecho.

Por ello no debe suponerse que el concepto de imputación –que ha sido una noción inmanente al derecho desde sus orígenes primitivos–[47] es una adecuación al derecho civil de recientes doctrinas provenientes del derecho penal. De ahí que en SC13925-2016 se advirtiera que la imputación civil no puede confundirse con las *teorías de la imputación objetiva penal.*

Entre las razones para no incurrir en tal mixtura pueden mencionarse las siguientes: **a)** La "imputación objetiva penal" es el juicio de desaprobación de la conducta que excede un riesgo permitido que se realiza en el resultado típico. La imputación civil, en cambio, se rige por una cláusula general que ordena indemnizar todos los daños jurídicamente relevantes que se cometan según el criterio de atribución normativa de que se trate (objetiva, actividades peligrosas o por culpabilidad). En civil las conductas no están sujetas

---

[46] El primer orden (o entorno) lo constituyen las observaciones que realizan las personas por fuera del ámbito del derecho civil, sin tener en cuenta las normas que adjudican deberes de acción o señalan patrones de conducta, que son las claves operacionales del nivel de explicación jurídica o adscripción. Esta diferencia expresa una *dependencia contextual de las distinciones*, por lo que no se trata de un límite material que aparta al juez de "la realidad social", pues simplemente es un recurso conceptual para explicar los hechos de la realidad que tienen relevancia jurídica. Al derecho no le interesan los "hechos brutos" sino los "hechos jurídicos", es decir los hechos reales que al ser valorados a partir del marco de sentido jurídico adquieren la connotación de hechos con relevancia jurídica, tal como lo concibiera Betti con su noción de *fattispecie* o 'calificacuón jurídica del supuesto de hecho' para informar el modo como funciona la norma de derecho respecto a la realidad social. Este es el mismo concepto que posteriormente amplió en la Teoría General de la Interpretación (1955), que junto con las nociones de estructura del sistema normativo e interpretación, constituye el eje fundamental de su hermenéutica jurídica. En: Emilio BETTI, Teoría General del Negocio Jurídico. Granada: Comares, 2010. pp. 4-5 (Edición original en italiano de 1943). || Ibíd. Teoría de la Interpretación Jurídica. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2015. pp. 78 y ss. || Francesco CARNELUTTI, Teoría General del Derecho. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. p. 255.

[47] Hans KELSEN. "Causalidad e imputación". En ¿Qué es la justicia? Barcelona: Editorial Ariel, 1991. p. 226.

a descripciones típicas o concretas, por lo que no es admisible confundir el principio de tipicidad propio del derecho penal con el principio de legalidad o con las normas que establecen criterios generales de atribución de responsabilidad civil. **b)** Los tipos penales están descritos por la ley positiva (Código Penal); mientras que las reglas de adjudicación de la imputación civil no siempre están consagradas en normas positivas, pues pueden ser criterios jurisprudenciales como la calidad de guardián de la cosa o de la actividad; o pueden estar señaladas en las reglas o usos de cada ámbito social, profesional o técnico. **c)** Las normas de adjudicación que señala el ordenamiento civil (arts. 2343, 2346, 2347, 2348, 2349, 2353, 2354 y demás disposiciones que califican una labor o posición de responsabilidad) no son descripciones de conductas típicas, son reglas generales de atribución de un resultado a un agente, sin importar la forma específica como ocurra el hecho dañoso. **d)** Un punto central de la teoría de la imputación penal es si la valoración de la intencionalidad (saber y querer) de la realización típica es o no prioritaria, según el enfoque que se adopte; lo cual es ampliamente controvertido en los delitos dolosos. En la imputación civil esa materia es completamente intrascendente, pues ningún criterio exige el dolo como requisito necesario, aunque sí es una condición suficiente en todos los casos. **e)** Uno de los conceptos centrales de la imputación objetiva penal es el de "riesgo permitido" como criterio de identificación de la conducta desvalorada al exceder los roles sociales o la confianza. Por el contrario, la imputación civil no opera con la norma de clausura lógica "prohibido/permitido", porque el derecho de la responsabilidad extracontractual no prohíbe a nadie conductas de ninguna índole; únicamente obliga a pagar una indemnización cuando se producen daños. No está prohibido cometer daños a bienes jurídicos ajenos; sólo existe una obligación de indemnizarlos una vez se producen. **f)** Otro concepto importante en la imputación objetiva penal es el de "prohibición de regreso" como criterio para valorar un comportamiento estereotipado inocuo que favorece el hecho delictivo de otro: en términos generales, se trata de una participación imprudente impune que promueve una autoría dolosa ajena. La imputación civil no toma en consideración el concepto de "prohibición de regreso" porque existe el principio de solidaridad de la responsabilidad si el riesgo que produce el daño es creado con culpa por varias personas. **g)** La imputación penal es personal e intransferible: nadie responde penalmente por un comportamiento ajeno. La responsabilidad civil, en cambio, puede imputarse a quien no tuvo ninguna participación en el desencadenamiento del resultado adverso, como sucede en los casos de responsabilidad por el hecho ajeno (padres, tutores, maestros y empleadores por los daños cometidos por sus hijos, pupilos, estudiantes y trabajadores). **h)** La imputación objetiva penal, al pretender fundamentarse en expectativas de validez típico-normativas, acaba confundiéndose con el llamado *contexto de justificación*, con lo que se aleja de su intención inicial de erigirse sobre postulados funcionalistas, por eso la idea de subsunción o razonamiento deductivo sigue ocupando un papel central en ella. La imputación civil, al cimentarse en explicaciones de validez veritativo-cognitivas, se circunscribe al *contexto de descubrimiento*, por lo que emplea un razonamiento abductivo o hipotético. Estas son sólo algunas de las diferencias más notables que

–sin pretensiones de exhaustividad– pueden detectarse entre los dos modelos de imputación, aunque seguramente deben existir más.

Los criterios de imputación son normativo-funcionales (no deductivos), pues se infieren del ordenamiento jurídico que exige tener en cuenta reglas de adjudicación y reglas específicas de conducta o de prudencia.[48] Imputar un resultado a un agente es juzgar un comportamiento gobernado por reglas.[49]

Cuando el juez civil hace este tipo de caracterizaciones jurídicas no sólo está *describiendo* (*explanandum*) la conducta del autor del daño en la sociedad, la naturaleza o "la realidad", o por el interés que pudiera tener para otras áreas del derecho,[50] sino que le está *adscribiendo* aspectos de su dominio (del juez) de habilidades jurídicas gobernadas por reglas (*explanans*). Las reglas de imputación de responsabilidad civil están dirigidas al juzgador para valorar el hecho del agente *ex post facto* a fin de atribuirle una situación jurídica, con independencia de que muchas de ellas cumplan además una función prospectiva para regular la conducta concreta de las personas en su desenvolvimiento social.[51]

El conocimiento de cómo hacer la imputación incluye el dominio de un sistema de reglas que hace que la atribución de responsabilidad sea regular, sistemática y perfectible (aunque no perfecta o infalible). Mas, lo que debe quedar claro es que los

---

[48] Tal distinción ya estaba presente en las teorías jurídicas de GROTIUS y KANT, y se consolidó en el siglo XVIII con la obra de Joachim DARIES, quien a partir de ella estableció la diferencia entre "*imputatio facti*" e "*imputatio iuris*", que ha servido para la distinción entre "*decisión rules*" o "*principles of adjudication*", y "*conduct rules*". En: Joachim HRUSCHKA. Imputación y derecho penal. Reglas de comportamiento y reglas de imputación. 2ª ed. Buenos Aires: Euros editores, 2009. pp. 12 y s.s. || El concepto de "regla de adjudicación" de la tradición continental europea no debe confundirse con el significado de esa categoría en el pensamiento de H.L.A. HART.

[49] Este marco normativo no significa *"normativismo"* o *"logicismo deductivo"* porque no alude a la fase de aplicación de la ley al caso concreto para *deducir* la consecuencia jurídica prevista en la proposición normativa (*applicatio legis ad factum*), ni mucho menos a la validez de la norma a partir de una norma superior que regula su producción (que es el significado estricto del positivismo normativista), sino a la fase de elaboración de los enunciados sobre los hechos que interesan al proceso; por lo que no puede afirmarse que estas normas son *"aplicables"* para la solución del caso, o que sirven para hacer un "*juicio de subsunción*", pues no se está haciendo uso de ellas como proposiciones normativas (dado que en esta etapa sus consecuencias jurídicas –si es que las tienen– son irrelevantes), sino como claves operacionales para atribuir el daño a un agente mediante inferencias hipotéticas. Luego, carece de sentido tildar la imputación de positivismo normativista o "logicismo", porque ningún normativismo podría sustentarse en razonamientos abductivos o en las lógicas no-clásicas de los sistemas complejos con propiedades emergentes, que son las lógicas creativas idóneas para la construcción de los enunciados fácticos. Para la distinción entre norma y proposición normativa ver: Juan Carlos BAYÓN. Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas. En: Problemas lógicos en la teoría práctica del Derecho. Madrid: Fontamara, 2011. p. 27. || Para la ambivalencia sintáctica y semántica entre el concepto de norma como acto y como significado: Luigi FERRAJOLI. La lógica del derecho. Madrid: Trotta, 2017. pp. 99 y ss.

[50] Después del giro lingüístico, del giro hermenéutico, de las teorías de sistemas y de las ciencias cognitivas y de la complejidad, pudo entenderse que no es posible describir hechos puros en "la realidad", sino que cada observador comprende los fenómenos según las preconcepciones o criterios de adecuación de sentido del contexto o sistema en el que se ubica; lo que otorga significado a la noción de hecho con relevancia jurídica. Para la integración del *contenido descriptivo* y del *contenido sistemático* de los conceptos clasificatorios ver: Carl HEMPEL. La explicación científica. Estudios sobre la filosofía de la ciencia. Buenos Aires: Paidós, 1979. pp. 157 y ss.

[51] No pueden confundirse los dos niveles normativos: el derecho de la responsabilidad civil sólo valora las reglamentaciones en retrospectiva como criterio de atribución del daño a un agente; mientras que cada contexto social, profesional o técnico prescribe tales reglamentaciones para regular el comportamiento de las personas prospectivamente, pudiendo imponer sanciones por su simple infracción aunque no se produzca un daño, como por ejemplo, por violar una señal de tránsito.

errores en la labor que corresponde al juez de hacer caracterizaciones jurídicas (imputaciones) podrán deberse a no considerar suficientes ejemplos del corpus normativo que señala reglas de adjudicación o patrones de conducta, o a errores inferenciales a partir de los hechos indicadores probados en el proceso; pero jamás a una falta de apreciación directa de datos empíricos que *demuestren la causalidad o la inadecuación de la conducta al deber*, pues tales datos reveladores no existen. El estudio del significado de la imputación como elemento de la responsabilidad y el estudio del acto de imputar que hace el juez no son estudios diferentes, sino el mismo asunto.

Las reglas de adjudicación y los patrones de conducta permiten diferenciar una conducta conforme a derecho de una "desaprobada". Sin embargo, el problema no reside en determinar cómo deben comportarse las personas en situaciones futuras, pues no se cometen infracciones por tomar riesgos, sino en establecer cuándo una consecuencia lesiva es producto de una conducta que sólo se desaprueba en retrospectiva: «*Cualesquiera sean los riesgos que convierten a un agente en negligente, esos deben ser también los únicos riesgos por los cuales ese agente debería pagar, si ellos se materializan en un daño real*».[52] Las acciones no son incorrectas en sí mismas (ilícitas) sino que se tornan antijurídicas sólo cuando generan riesgos que se concretan en daños a bienes jurídicos de otras personas.[53]

Ello conduce a una conclusión necesaria: el riesgo de la responsabilidad civil siempre es un riesgo permitido, es decir que no existen riesgos no permitidos o conductas prohibidas por esta área del derecho; pues las personas pueden tomar o realizar todos los riesgos que a bien tengan mientras no produzcan daños con relevancia jurídica. Los deberes de conducta del derecho de la responsabilidad extracontractual jamás son prospectivos, pues este subsistema no impone a nadie limitaciones de ningún tipo *mientras la actividad está teniendo lugar* (como sí lo hacen las reglamentaciones preventivas o sancionatorias dentro de sus respectivos subsistemas); de ahí que no se exija la intencionalidad

---

[52] Michael MOORE. Causalidad y responsabilidad. Madrid: Parcial Pons, 2011. p. 228.

[53] Todo daño indemnizable tiene que ser una '*consecuencia*' de la conducta del agente, por lo que la diferenciación analítica (de primer nivel) entre *daño-evento* y *daño-consecuencia* no sólo carece de utilidad sino que limita ese concepto a sus repercusiones materiales, desconociendo que un daño es la vulneración de un bien jurídico ajeno desde una observación de segundo nivel a la que es inherente, además de la indemnización de los perjuicios patrimoniales, la función de *garantía débil* de los derechos constitucionalmente establecidos (FERRAJOLI, Op. cit. pp. 73-75). Ubicados dentro del sistema de la responsabilidad civil extracontractual, los resultados de una conducta que no son merecedores de indemnización no revisten ningún interés, aunque bien pudieran tenerlo para otros efectos sociales o jurídicos: no sería, en suma, *el daño* como elemento normativo de los distintos tipos de responsabilidad civil. Por ello, carecería de todo sentido afirmar que esta área del derecho toma en consideración lesiones a bienes jurídicos que no son resarcibles, o que existe alguna diferencia funcional entre un daño, un perjuicio, una lesión, un menoscabo o un detrimento. Lo importante no es el nombre que se le asigne al concepto –como si fuese una idea platónica con existencia propia e indiscutible–, sino que sepa diferenciarse el nivel de sentido desde el cual se valora este elemento como hecho con relevancia jurídica. Mucho menos es dable confundir la antijuridicidad del daño con la antijuridicidad de la conducta del agente, por lo que es lógicamente inconsistente identificar la vulneración de un bien jurídico ajeno (cualquiera que sea) con una especie de '*daño punitivo*', al estar la categorización del daño en un nivel de sentido distinto al de la punibilidad de la conducta.

del sujeto como condición necesaria de la imputación. El juicio de desvalor no radica en la antijuridicidad de la conducta *per se*, sino en que suceda o no un daño a partir de la creación del riesgo (*per accidens*). Es decir que la conducta es jurídicamente reprobable sólo cuando se analiza en retrospectiva (retroalimentación cibernética) a la luz de las posibilidades que tuvo el agente de evitar generar el daño; sólo entonces puede predicarse su inadecuación al deber: El problema de la responsabilidad extracontractual «*es que se permita una acción que sea jurídica, pero que en caso de un perjuicio obligue no obstante a la indemnización*».[54]

La distinción entre riesgo permitido y riesgo no permitido, en suma, no cumple ninguna función en el derecho de la responsabilidad civil, pues este subsistema del ordenamiento jurídico permite tomar todos los riesgos posibles;[55] y sólo en caso de que ocasionen daños a bienes jurídicos ajenos se valorará el comportamiento del agente, no porque el riesgo haya estado prohibido o no permitido (antijuridicidad prospectiva o lineal), sino a la luz del análisis retrospectivo (circular o *feed-back*) de las reglas que adjudican deberes generales de evitación de riesgos en los casos de responsabilidad por culpa presunta, y de acuerdo a las reglas de prudencia (que establecen deberes de actuar con diligencia y cuidado, o con previsibilidad de las consecuencias) en los casos en que se requiere probar la culpa.[56]

Las reglas de adjudicación y los patrones específicos de prudencia son los criterios distintivos de la juridicidad del comportamiento del agente, para lo cual no hay ninguna necesidad de acudir al concepto difuso (y virtualmente vacío) de *'riesgo permitido'* según el quebranto de roles sociales desde una perspectiva sancionatoria.[57]

4.2. Dependiendo del nivel de exigencia que consagra la proposición normativa para valorar el comportamiento de las personas según las reglas de adjudicación (que señalan deberes de evitación de riesgos o establecen una posición de garante o de guardián de la cosa o actividad), o los patrones de conducta (que

---

[54] Niklas LUHMANN. Sociología del riesgo. p. 107.

[55] La dualidad prohibido/permitido sólo podría ser aplicable al derecho sancionador y no es ni puede ser una norma de clausura del sistema de la responsabilidad civil (que se rige por el principio de tolerancia), ni del sistema jurídico en su totalidad, según la lógica deóntica de Von Wright. En: Victoria ITURRALDE SESMA. Consideración crítica del principio de permisión según el cual «*lo no prohibido está permitido*». Universidad del País Vasco: Anuario de filosofía del derecho n° XV. Enero de 1998. pp. 187 y ss.

[56] Las normas que imponen deberes de comportamiento –que prescriben un "tener que" coercitivo dentro de cada ámbito social, profesional o técnico–, no son *reglas de acción* en sentido clásico para el derecho de la responsabilidad civil extracontractual, pues en esta área del derecho sólo cumplen una función como presupuesto de adecuación de sentido (clave operacional) para asignarle al agente la autoría de sus actos dentro de un campo de significación coherente.

[57] Sostener que el riesgo permitido funciona como criterio para hacer el juicio de atribución no pasa de decir que la categorización de una conducta como no permitida es el resultado de la imputación y no su fundamento, pues el proceso de atribución únicamente se da si la conducta del agente se califica como jurídicamente relevante según el ordenamiento. De ahí que sea un concepto vacío.

permiten medir la prudencia en cada situación específica), habrá lugar a responsabilidad objetiva o estricta; a responsabilidad por actividades peligrosas (o por culpa presunta); a responsabilidad por culpa o infracción de deberes objetivos de diligencia y cuidado; o a responsabilidad por dolo.[58]

i) La menos exigente de todas es la responsabilidad objetiva, en la que sólo se atiende al hecho de haber causado un daño a un bien jurídico ajeno que el ordenamiento civil considera merecedor de indemnización. En esta especie de responsabilidad no es necesario probar que el demandado tenía un deber abstracto de evitar producir riesgos, o un deber concreto de actuar con prudencia en una situación específica; ni es posible eximirse de responsabilidad desvirtuando tales situaciones. El deber que se asigna en este tipo de responsabilidad es un deber *absoluto de simple acto*: no causar daños con relevancia jurídica. Es decir que el que causa un daño lo paga, sin más consideraciones o miramientos. Por supuesto que el demandado podrá eximirse de responsabilidad si prueba que no fue él quien ocasionó el daño que pretende atribuírsele sino una tercera persona, la víctima o un hecho de la naturaleza cuyas consecuencias no tenía el deber jurídico de evitar, es decir, que estaban más allá de su esfera de control o decisión (fuerza mayor).[59]

Lo anterior conduce a una conclusión evidente: la responsabilidad objetiva, en la que sólo se atiende a la realización de los daños y no a la creación de riesgos, no es ni puede ser una responsabilidad por riesgos; simplemente es una responsabilidad por haber causado un daño, sea la conducta que lo generó riesgosa o no, es decir sin entrar a valorar si el agente tuvo o no la posibilidad de crear, controlar o prever el riesgo: basta que haya ocasionado el daño para que se le imponga la obligación de indemnizarlo. De ahí que pretender fundar la responsabilidad estricta o por mera causación en la "*teoría del riesgo creado*" no es más que una ostensible impropiedad conceptual.

ii) En la responsabilidad por actividades peligrosas no sólo existe un deber de no lesionar los bienes jurídicos ajenos, sino que el daño debe haber sido el resultado de la creación de un

---

[58] Para distinguir las categorías jurídicas (modelos abstractos) se emplea el cálculo matemático de las formas de Spencer Brown, quedando el nivel menos exigente en el extremo más superficial (superior-derecha) del lado marcado.

[59] El caso fortuito, que en el derecho premoderno se identificaba con la irresistible voluntad de Dios (según Heineccio) y en el derecho moderno se equiparó a los daños imprevisibles generados por la conducta del agente, no cumple ninguna función en los eventos en que los deberes de prudencia son irrelevantes. En los tipos de responsabilidad que se rigen por el deber absoluto de no causar daños (objetiva), o de evitabilidad de los riesgos (actividades peligrosas), y prescinden del criterio de previsibilidad de las consecuencias, el caso fortuito entendido como resultado imprevisible de la creación de riesgos propios, no es ni puede ser una causa extraña eximente de responsabilidad civil.

riesgo por el autor; sin que sea necesario entrar a analizar la incorrección del comportamiento en concreto por violación a los deberes de prudencia. Lo importante es establecer si el demandado tuvo la posibilidad de evitar crear el riesgo a la luz de las normas que adjudican deberes de actuación o establecen una posición de garante o de guardián de la cosa o actividad: la exigencia de previsibilidad (no de previsión) se predica del riesgo creado y no del daño ocasionado. La pregunta que hay que resolver en este caso es si el daño se produjo por la creación de un riesgo que el ordenamiento jurídico desaprueba en retrospectiva.

La diferencia entre el criterio de imputación de la responsabilidad objetiva y el de la responsabilidad por actividades peligrosas radica en la distinción entre potencia y acto. En la responsabilidad objetiva sólo se mira la producción del perjuicio, es decir el acto. En la responsabilidad por actividades peligrosas se atiende, además de la producción del daño, a la potencialidad de creación del riesgo.[60] Sólo entonces cobra significado la diferencia entre la responsabilidad estricta (que no toma en consideración las posibilidades de realización del riesgo según las reglas de adjudicación) y la responsabilidad por actividades peligrosas prevista en el artículo 2356 del Código Civil: «*Por regla general todo daño que pueda imputarse...*»

"Que pueda imputarse" indica inequívocamente la potencialidad de realización del riesgo, es decir que el daño sea imputable; o lo que es lo mismo, que el riesgo que lo ocasiona esté dentro de las posibilidades de decisión, evitación o control del autor.

La proposición normativa no alude únicamente al *"daño causado"* (responsabilidad objetiva), ni al *"que ha cometido delito o culpa"* (responsabilidad por culpabilidad); sino al *"daño que pueda imputarse"* a la malicia o negligencia de otra persona. La importancia práctica de esta distinción se patentiza al momento de analizar la incidencia de cada uno de los intervinientes en la producción del perjuicio de conformidad con las reglas de adjudicación, o con los patrones de conducta que la víctima estaba llamada a observar para evitar exponerse al daño.

Esta diferencia diluye la confusión entre la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por actividades peligrosas; pues la distinción no radica sólo en la circunstancia externa de que las conductas cobijadas por la primera tienen que estar

[60] La historia de las ideas jurídicas evidencia que el proceso de atribución de responsabilidad requiere hacer la distinción entre el suceso (acto) y el aspecto generador de las acciones (potencia), lo que permite mantener separadas de modo adecuado las cuestiones acerca de la realización del suceso y la imputabilidad. En: Michael QUANTE. El concepto de acción en Hegel. Barcelona: Anthropos, 2010. p. 16.

taxativamente previstas como tales por el ordenamiento positivo mientras que las segundas no lo están, sino principalmente en la configuración interna de una y otra, como ya se explicó. No aceptar esta distinción significaría reconocer que entre ambas instituciones no existe ninguna diferencia, es decir que la responsabilidad por actividades peligrosas es idéntica a la responsabilidad objetiva; y, peor aún, que los jueces pueden crear a su antojo situaciones de responsabilidad objetiva no previstas por el legislador.

iii) El nivel de imputación que sigue en orden de exigencia de requisitos estructurales es el de la responsabilidad por culpabilidad, que además de la realización del daño, reclama que el agente haya tenido la posibilidad de crear el riesgo que lo produjo mediante la inobservancia del deber de su evitación (*imputatio facti*) más la posibilidad de adecuar su conducta a los deberes objetivos de prudencia (*imputatio iuris*).[61] En tal caso, el artículo 2341 del Código Civil permite exonerarse de responsabilidad con la prueba de una fuerza mayor, un caso fortuito, la autoría o participación de la víctima en la creación del riesgo, o la debida diligencia y cuidado del demandado.

Por último, existe otro criterio de imputación: el de la conducta intencional o voluntaria (que presupone libertad máxima o suprema conciencia para determinarse según los fines deseados), que no está en un nivel más exigente que el anterior,[62] pues el dolo no es un requisito necesario para la imputación de la culpabilidad, pero sí es una condición suficiente. Basta, para que se imponga la obligación de indemnizar, que se demuestren los mismos requisitos estructurales de la responsabilidad por culpa.

5. La diferenciación entre riesgo y peligro como presupuesto jurídico de la imputación.

Para poder realizar el juicio de atribución del daño al agente responsable hay que establecer si el resultado de la conducta depende de una elección libre,[63] es decir que hay que

---

[61] Esta distinción se asienta en la tradición jurídica moderna, según se explicó en la nota al pie nº 48.

[62] Por el *teorema de varianza* del cálculo matemático de las formas de Spencer Brown.

[63] El concepto de *'libre elección'* como nivel mínimo en la escala de los actos humanos que se rigen ***por un fin*** (*actio libera in se* o volición) no puede confundirse con el *'libre albedrío'* como ***resultado*** o voluntad máxima ***para un fin*** (*actio libera in sua causa* o voluntariedad), según los distintos grados de la voluntad en Aristóteles, Tomás de Aquino y Pufendorf. Tampoco puede confundirse con la noción de *'libertad intencional'* que la *filosofía del sujeto moderna* concibió como fundamento interno de las acciones (en la filosofía moral y la teoría del derecho penal), y mucho menos es pertinente mezclarlo con otros conceptos de libertad propios de la teoría política. La distinción es imprescindible para la comprensión de los criterios de atribución de responsabilidad civil como procesos que explican su validez a partir de la funcionalidad de la norma y prescinden de toda fundamentación filosófica o psicológica en la dimensión anímica o interior del sujeto, aún en los casos de responsabilidad por culpabilidad; pues la culpa civil (como infracción de los deberes objetivos de cuidado) se mide a partir del parámetro objetivo del hombre prudente (buen padre de familia), por lo que nunca ha requerido de nociones espiritualistas. Dado que no entraña la idea filosófica de "conciencia intencional", el concepto

averiguar si los daños pudieron evitarse con una decisión. Por ello hay que establecer quién los genera y quién los padece, por lo que es necesario distinguir entre quien toma las decisiones que producen riesgos y quien no puede hacer nada frente a ellas.

«(...) lo que en un futuro pueda suceder depende de la decisión que se tome en el presente. Pues en efecto, hablamos de riesgo únicamente cuando ha de tomarse una decisión sin la cual podría ocurrir un daño. El hecho de que quien tome la decisión perciba el riesgo como consecuencia de su decisión o de que sean otros los que se lo atribuyen no es algo esencial al concepto (aunque sí se trata de una cuestión de definición). Tampoco importa en qué momento ocurre el daño, es decir, en el momento de la decisión o después. Lo importante para el concepto, tal y como aquí lo proponemos, es exclusivamente que el posible daño sea algo contingente; esto es, evitable».[64]

Los riesgos son producto de una elección que, analizada en retrospectiva por el juez, se considera desaprobada con relación a una regla de adjudicación que establece deberes de evitación de daños.[65] En la medida que las consecuencias lesivas dependan de decisiones, estas últimas serán un riesgo; y la creación del riesgo permitirá hacer el respectivo juicio de imputación. *«Porque, en efecto, solamente podemos hablar de una atribución a decisiones cuando es posible imaginar una elección entre alternativas y esa elección se presenta como algo razonable, independientemente de que quien tome la decisión se percate o no del riesgo y de la alternativa».*[66]

El peligro, por el contrario, es lo que padece quien no tiene la posibilidad de tomar la decisión que genera el daño, o sea quien no tiene el poder de su evitación ni de su realización, y tan sólo puede evitar exponerse a él sin ninguna injerencia en su producción. Los peligros no son consecuencia de elecciones, porque quien los soporta no tiene la posibilidad de crearlos; tan sólo puede evitar exponerse a ellos cuando son previsibles.

---

jurídico aristotélico-tomista de libre elección o libertad mínima es útil para entender la asignación igualitaria de responsabilidad civil a todos los sujetos de derechos y obligaciones (sistemas psíquicos, o sistemas no psíquicos u organizativos) que se encuentran en un mismo nivel de imputación. En las teorías contemporáneas de la decisión, el control y la comunicación (cibernética), la elección libre como posibilidad de escoger una opción entre varias alternativas, no implica una absoluta racionalidad de la acción con arreglo a fines últimos (teleológica) sino que se trata de una mera racionalidad instrumental de medios a fines. Para un estudio más profundo de la compatibilidad entre algunos aspectos de la tradición aristotélico-tomista y el pensamiento cibernético ver: Charles DECHERT. *Cybernetics and the Human Person. International Philosophical Quarterly*. Vol. 5, febrero de 1965. pp. 5-36. || Vittorio FROSINI. Cibernética, derecho y sociedad. Madrid: Tecnos, 1982. pp. 106 y ss. (Primera edición en italiano de 1978)

[64] Niklas LUHMANN. Sociología del riesgo. pp. 41-42.

[65] Las consecuencias de tal decisión pueden ser previsibles o imprevisibles, deseadas o sin intención, porque la intencionalidad y la previsibilidad *de los resultados* no son presupuestos sintácticos de la *imputatio facti*, sino de la *imputatio iuris*, propia de la responsabilidad por culpabilidad.

[66] Niklas LUHMANN. Op. cit. p. 72.

«Por prevención debe entenderse aquí, en general, una preparación contra daños futuros no seguros, buscando ya sea que la probabilidad de que tengan lugar disminuya, o que las dimensiones del daño se reduzcan. La prevención se puede practicar, entonces, tanto ante el peligro como ante el riesgo. Puede también ocurrir que tomemos precauciones con relación a peligros que no pueden atribuirse a decisiones propias».[67]

Vistos desde la perspectiva de quien los padece, los peligros son creación de otros, por eso quedan por fuera de sus posibilidades de decisión y de imputación. Los peligros, entonces, no son imputables a las víctimas porque no están dentro de la órbita de su capacidad de elección.

Los riesgos se atribuyen a las decisiones, mientras que los peligros se atribuyen a factores externos a la conducta de quien los padece. De ese modo, *«los riesgos que corre (y debe correr) una instancia de decisión se convierten en un peligro para los afectados».*[68] Los riesgos creados por unos son el peligro que otros soportan.[69]

La simplicidad de esta distinción conceptual es de gran utilidad porque si los riesgos se atribuyen a las decisiones, entonces un peligro, por no ser atribuible a la decisión de quien lo soporta, no le es imputable; luego, mal podría considerarse a la víctima autora de un daño que no creó ni tuvo la posibilidad de producir.[70]

Por el contrario, si la víctima intervino (con o sin culpa) en la creación del riesgo que ocasionó el daño que sufrió, entonces será considerada autora, partícipe o responsable exclusiva de su realización, casos en los cuales no habrá lugar a imputarle la responsabilidad a nadie más que a ella, por ser agente productora de su autolesión o destrucción, bien sea de manera exclusiva ora con la colaboración de alguien más.[71] Es un axioma (o enunciado primitivo) del derecho de la responsabilidad que la autolesión o la participación de la víctima en su propia desgracia no es una conducta antijurídica y, por lo tanto, no genera la obligación de indemnizar. De conformidad con lo establecido en el artículo 2344 del Código Civil, la coparticipación en la creación de los riesgos que ocasionan daños genera responsabilidad solidaria y todo perjuicio procedente de la misma será total responsabilidad de los copartícipes, incluso si entre éstos se encuentra la víctima.

---

[67] Ibid. p. 75.
[68] Ibid. p. 158.
[69] Por el principio de marcación del cálculo de las formas de Spencer Brown.
[70] Por *ley de crossing* del cálculo de las formas.
[71] Por *ley de calling* del cálculo de las formas.

Ahora bien, cuando la víctima no tuvo la posibilidad de crear o evitar producir el perjuicio que padeció, pues su realización estuvo por fuera de su capacidad de elección o decisión, pero sí pudo haber evitado exponerse al daño imprudentemente, el juicio de atribución se desplaza de la órbita de los riesgos creados por el agente a la órbita del propio riesgo que creó la víctima al quebrantar sus deberes de autocuidado. El juicio anterior de autoría o participación se ubicaba en la perspectiva del riesgo creado por el agente, que era visto como un peligro para la víctima; pero ahora, desde la perspectiva de los deberes de conducta de la víctima, se evalúa su propio riesgo de exponerse al daño creado por otra persona, y en este ámbito habrá de valorarse su incidencia en el desencadenamiento del resultado adverso.[72]

Con otras palabras: la víctima es autora o partícipe exclusiva del riesgo que ocasionó el daño cuando tuvo la posibilidad de crearlo o de evitar su producción y, por lo tanto, es totalmente responsable de su propia desgracia. Por el contrario, cuando la víctima no intervino en la creación del peligro que sufrió porque no estuvo dentro de sus posibilidades de decisión, elección, control o realización, entonces no puede considerarse autora o partícipe del daño cuyo riesgo creó otra persona; y en tal caso sólo habrá de analizarse si se expuso a él con imprudencia, es decir si creó su propio riesgo mediante la infracción de un deber de conducta distinto al del agente, pues en este caso los patrones de comportamiento que hay que analizar son los que le imponen tener el cuidado de no exponerse al daño. De otro modo no tendría ningún sentido ni utilidad la distinción estructural entre la figura de la coparticipación solidaria (artículo 2344 del Código Civil) y la reducción de la indemnización por la exposición imprudente de la víctima al daño (artículo 2357 *ejusdem*).

Para decirlo una vez más: la incidencia de la víctima tiene que analizarse en dos niveles distintos de atribución, pues su conducta puede encuadrarse o en el instituto de la autoría y la participación (2341 y 2344) o en el de la exposición imprudente al daño (2357), dependiendo de si tuvo la posibilidad de evitar *producir* el riesgo que ocasionó el perjuicio, o si tuvo la posibilidad de evitar *exponerse* a él con imprudencia pero sin haberlo creado: i) en el primero se analizan las condiciones que dieron origen a la creación del riesgo, caso en el cual todos los copartícipes son responsables solidarios (incluso la víctima si fue autora o partícipe del riesgo que ocasionó el daño); ii) en el segundo se analizan las posibilidades que estaban al alcance de

[72] El peligro, que estaba fuera de la línea de distinción por ser incontrolable, ahora, al quedar marcado (indicado) por las claves de "*controlabilidad*" y "*evitabilidad*", se convierte en un riesgo de la víctima por cuanto ésta puede controlar y evitar no exponerse al daño con imprudencia. Por ley de *re-entry* del cálculo matemático de las formas de Spencer Brown, la operación de contracción es válida.

la víctima para evitar exponerse imprudentemente al daño que otra persona produjo. Esta distinción, como puede advertirse sin dificultad, es imposible de hacer sin criterios de imputación.

En resumen:

i) Hay culpa exclusiva de la víctima cuando ésta creó con imprudencia (o intención) el riesgo que ocasionó el daño (artículo 2341), o participó con culpa (o dolo) en su producción (artículo 2344). Hay competencia exclusiva de la víctima cuando ésta, sin culpa o dolo, creó el riesgo que produjo el daño o participó en su creación.[73] En sendos casos[74] la conducta de la víctima exime al demandado de responsabilidad.

ii) Hay lugar a reducción de la indemnización cuando la víctima no tuvo ninguna posibilidad de crear el riesgo que ocasionó el daño o de participar en su producción; pero sí tuvo la posibilidad de evitar la creación de su propio riesgo de exponerse imprudentemente al daño que otra persona generó (artículo 2357).

De lo anterior se concluye que la atribución de un resultado a un agente no consiste en adivinar intuitivamente en el plano de la causalidad lineal las condiciones *sine qua non* que contribuyeron al desencadenamiento de las consecuencias dañosas, porque para poder imponer al demandado la obligación de indemnizar y para valorar la incidencia de la conducta de la víctima en la producción del daño o en su exposición a él sin haberlo creado, no basta analizar una única "cadena causal" en la que todos los involucrados en el suceso intervienen de manera indiferenciada y cada uno *aporta su porcentaje de causa*, sino que habrán de observarse dos situaciones jurídicas distintas a partir de los deberes de adjudicación y de conducta que debían cumplir, por separado, el agente y la víctima.[75]

---

[73] Esta última posibilidad no está prevista en la ley, pero la laguna normativa se llena con el enunciado primitivo (categoría primordial) que afirma que el riesgo creado por la víctima no puede atribuírsele al demandado, independientemente de que haya mediado o no culpa por parte de aquélla. Al ser un axioma del instituto de la responsabilidad civil, es una regla implicada (impregnada) en cada posibilidad de decisión (por la *regla de dominación* del cálculo de las formas), por lo que no hay ninguna necesidad de acudir a argumentos por analogía, principios generales del derecho, equidad, sentido común, naturaleza jurídica del instituto, naturaleza de las cosas, razón natural, dudosos métodos de ponderación, etc., para cumplir las pretensiones de completitud (o compleción) e integralidad del sistema. Para un concepto riguroso de laguna normativa ver: Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN. Sistemas normativos. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2013. pp. 11 y ss.: pp. 222 y ss.

[74] Un caso para cada una de las cuatro posibilidades que conforman el universo de soluciones de las situaciones fácticas de autoría o participación, con o sin culpa, de la víctima en su propio infortunio.

[75] Al ser la imputación un fenómeno de complejidad no-lineal, no-monocausal y no-determinista, el razonamiento lógico que ha de utilizarse para la elaboración de enunciados de atribución del daño al agente o a la víctima es la abducción, por lo que la imputación es un asunto práctico probatorio que se resuelve a partir del rango de posibilidades de elección conformado por el riesgo que creó cada uno de los que intervinieron en el desencadenamiento del daño según las normas de adjudicación a ellos dirigidas. De ahí que el proceso de imputación no se vale de la implicación material (deducción) propia de la causalidad lineal, rígida o determinista; lo que impide calificarlo como "logicismo".

6. La concurrencia de la actividad riesgosa desplegada por el agente con la exposición al peligro por parte de la víctima.

En líneas precedentes se expuso la distinción entre riesgo y peligro como *recurso conceptual* para diferenciar el ámbito de los deberes de adjudicación y de comportamiento del agente, del ámbito de los deberes de conducta de la víctima.[76]

Se aclaró que cuando la víctima no crea el riesgo generador del perjuicio ni participa en su realización entonces el daño no puede imputársele, pues simplemente sufrió un peligro que no estuvo dentro de sus posibilidades de evitación o control. En tal caso hay que analizar la conducta del agente a la luz del ámbito de validez de la norma que le asigna el deber de evitar la producción del riesgo que ocasionó el daño.[77]

Ahora bien, analizada la conducta de la víctima no desde la perspectiva del riesgo que creó el agente, sino desde su propio riesgo de exponerse al daño imprudentemente, es ostensible que los deberes de conducta que le señala el ordenamiento son distintos a los que iban dirigidos al demandado; de suerte que la incidencia de su obrar u omitir habrá de buscarse en el dominio de validez material de las normas que tuvo la posibilidad de infringir.

Lo anterior conduce a una solución bastante simple:

La empresa demandada tenía el deber de no producir daños por electrocución. Ese deber se lo impone el artículo 2356 por el hecho de estar ejercitando una actividad peligrosa, supuesto de hecho que quedó probado. Además de ello, el enunciado normativo establece que el daño debe ser *imputable* a su culpa, es decir que el agente debió tener *la posibilidad* de ceñir su conducta a las reglas que le adjudican el deber de evitación de resultados adversos (no crear riesgos por ser el guardián de la actividad peligrosa); lo cual también quedó demostrado con los distintos reglamentos administrativos que le asignan a la empresa las medidas de seguridad que debió adoptar para impedir la producción de daños por electrocución.

---

[76] No se trata de una definición exhaustiva que "infiere" un concepto de otro hasta llegar a un principio "fundante", o de un criterio de sustitución circular por sinonimia y analiticidad, ni mucho menos de ilustraciones u opiniones de mera autoridad o repetición por tradición; sino de una distinción de tipos conceptuales que se construye de manera no jerarquizada (ni deductiva ni inductiva sino heurística), a partir de la función que cada concepto desempeña dentro de la estructura sintáctica del sistema en el que opera, por lo que no se acude a ninguna distinción trascendental o extrajurídica. El único *a priori* posible es inmanente a la estructura del sistema que se autogenera en su propia conformación sintáctica y referencia semántica, que no reproduce todos los aspectos y matices posibles del concepto que pretende describirse sino únicamente aquéllos que el sistema jurídico toma en consideración para el propósito práctico de la imputación, con lo que se garantiza la validez intersubjetiva de la definición sin caer en la indeterminación de la hermenéutica, la vacuidad típica del positivismo legalista y logicista, o el particularismo del realismo jurídico decisionista.

[77] Para un estudio de los distintos ámbitos de validez de las normas, ver: Eduardo GARCÍA MÁYNEZ. Introducción a la lógica jurídica. México: Fontamara, 2007. p. 29.

La existencia de estas reglamentaciones y su correspondencia con la actividad peligrosa desplegada por la empresa (por estar cobijada por su ámbito de validez material) bastan para inferir (en abstracto) que el sistema organizativo tuvo *la posibilidad* de adecuar su conducta a los deberes de evitación del riesgo de electrocución, sin que sea necesario entrar a analizar en concreto si su comportamiento fue prudente o imprudente, pues –se reitera– la presunción legal del 2356 impide exonerarse de responsabilidad con la prueba de la diligencia y cuidado.

Luego, es irrelevante analizar la corrección o incorrección de la conducta concreta de la empresa a la luz del cumplimiento o infracción de sus deberes de prudencia, es decir que no interesa demostrar en el proceso si acató o violó las reglamentaciones técnicas o administrativas. Por ello, son intrascendentes las pruebas que el casacionista estimó mal valoradas por el Tribunal, como el concepto técnico y los documentos que acreditarían la diligencia y cuidado de la demandada, dado que la eventual demostración de tales hechos no tiene la aptitud de desvirtuar la conclusión del sentenciador *ad quem.*[78]

De ahí que el daño que sufrió la víctima le sea imputable a la empresa como suyo, por lo que está civilmente obligada a responder por los perjuicios reclamados, dado que se probaron los presupuestos fácticos del artículo 2356 del Código Civil.

Respecto de la incidencia de la conducta de la víctima, ésta no puede analizarse a la luz de los deberes dirigidos a regular el comportamiento del agente (reglamentos administrativos para evitar riesgos de electrocución en razón y con ocasión de la prestación del servicio); sino que hay que analizar si creó su propio riesgo exponiéndose imprudentemente al peligro que no produjo.

El nivel de imputación del riesgo de la víctima cuando no realiza una actividad peligrosa es mucho más riguroso que el del agente; pues el artículo 2357 exige que para que haya lugar a la reducción de la indemnización debe probarse la culpa de la víctima en la exposición al daño. En efecto, uno de los elementos estructurales de esa proposición normativa es la imprudencia del perjudicado; luego, para dar la consecuencia prevista en esa disposición no basta probar que la víctima infringió un deber abstracto de evitación del daño, sino que ha de demostrarse que violó sus deberes de prudencia.

---

[78] Sólo la responsabilidad por culpabilidad es derrotable por la adecuación de la conducta del agente a los deberes específicos de diligencia y cuidado. En la responsabilidad por actividades peligrosas basta que el ordenamiento le adjudique normas que describen la *posibilidad* de adecuar su conducta a los deberes de evitación de daños, para que sea obligado a indemnizar los perjuicios que ocasionó.

En la hipótesis de que el lesionado se hubiera encontrado realizando otra actividad peligrosa, para hacerse merecedor de la reducción de la indemnización bastaría la prueba de que el daño se produjo por quebrantar el deber de evitar crear su propio riesgo (según el ámbito de validez material de las normas a él dirigidas en razón de la actividad que estuviera desplegando), sin adentrarse a examinar si violó sus deberes de prudencia.[79] Mas, en el caso que se analiza, poner un marco metálico en un tercer piso no es de ninguna manera una labor que genere consecuencias catastróficas, incontrolables e imprevisibles; por lo que jamás ha sido considerada por la jurisprudencia como una actividad peligrosa.

Así pues, es completamente irrelevante demostrar, como pretendió la parte demandada, que la víctima infringió las normas sobre construcción, porque el ámbito de *validez material* de éstas no tiene ninguna relación con el daño de electrocución que aquélla sufrió, sino que está encaminado a la regulación urbanística de las edificaciones. No hay, por tanto, ninguna correlación de imputación entre los reglamentos de construcción que debió cumplir el constructor de la vivienda, y el deber a cargo del occiso de evitar exponerse al peligro de electrocución. Habría sido distinto si, por ejemplo, el daño que padeció el accidentado hubiese sido resultado de un derrumbamiento de la vivienda, caso en el cual la consecuencia lesiva sí habría estado relacionada con el dominio de validez material de las normas técnicas sobre construcción.

En la situación que se examina, el difunto no hizo nada distinto a lo que cualquier persona de mediano entendimiento estaba conminada a realizar para evitar autolesionarse; pues simplemente se subió al tercer piso de su vivienda, tomando las medidas de precaución normales para instalar el marco de una ventana, sin ninguna incidencia en la creación del riesgo de electrocución, pues este último fue obra exclusiva de la empresa generadora de energía. La situación habría sido diferente si el lesionado hubiera estado manipulando los cables de conducción de energía eléctrica, caso en el cual sí estaba llamado a ajustar su conducta al deber de evitar exponerse a los daños previsibles; tal como lo adujo el Tribunal en su razonamiento.

Al no estar relacionada la actividad que ejecutaba la víctima al momento de sufrir el accidente, con el riesgo de exposición a los daños por electrocución, no puede esperarse que previera un resultado que le era imprevisible; por lo que las declaraciones que probarían que estaba manipulando un objeto

[79] Es necesario llenar la laguna normativa, pues no hay ley positiva que regule esta situación, sin que pueda equipararse por analogía a los casos cobijados por el artículo 2357 que, por presuponer la valoración de la culpa de la víctima, no puede regular los casos en que ésta sufre el daño en ejercicio de una actividad peligrosa.

metálico son irrelevantes para demostrar su culpa. Desde luego que el occiso podía maniobrar en la terraza de su casa los objetos que quisiera, sin importar el material del que estuvieran hechos, pues desde la perspectiva de la labor que desplegaba no tenía ningún deber de prever que había quedado expuesto al peligro que creó la empresa prestadora del servicio de energía, es decir que no estaba dentro de sus posibilidades saber (ni dentro de sus deberes de conducta averiguar) si las redes eléctricas cumplían o no con las medidas de seguridad necesarias para evitar accidentes de electrocución.

Luego, no fue por descuido o negligencia que sufrió la descarga eléctrica que terminó con su vida, sino porque quedó expuesto, sin imprudencia, al riesgo de electrocución que la entidad guardiana de la actividad peligrosa creó cuando tenía el deber jurídico de evitarlo.

Por estas precisas razones, no había lugar a la declaración de culpa exclusiva de la víctima ni a la reducción de la indemnización que solicitó la demandada, por lo que la decisión del Tribunal fue acertada y no incurrió en los errores que denunciaron los cargos que se han analizado.

Se niegan, por tanto, los cargos primero y segundo.

TERCER CARGO

Denunció la infracción directa de los artículos 1613, 1614, 2341, 2343 y 2356 del Código Civil, por haberse equivocado el Tribunal al calcular el monto del lucro cesante futuro sufrido por las demandantes Rita Saboyá y Luz Evelyn Umbarila Saboyá, pues ese rubro se tasó con la fórmula matemática del lucro cesante pasado, lo que condujo a multiplicar la base de la liquidación por un factor de 998,5224, cuando lo correcto era multiplicarla por un factor de 6,075.

«*La inaplicación de la fórmula matemática correcta* –explicó– *llevó al Tribunal a concederle a la demandante Rita Saboyá un lucro cesante futuro de $206'020.134, cuando la liquidación por este concepto arroja la suma de $34'379.934*».

El mismo error se cometió al liquidar el lucro cesante futuro de Luz Evelyn Umbarila, que según el cálculo que efectuó el Tribunal ascendió a $1'253.424, cuando la cifra correcta es $1'216.571.

El Tribunal –concluyó– ordenó la reparación del lucro cesante futuro por un valor muy superior al que realmente correspondía, desconociendo el principio de la reparación

integral, pues terminó otorgándoles a las víctimas una indemnización mayor que el verdadero daño causado. [Folio 70]

CONSIDERACIONES

1. Es cierto que el método que utilizó el Tribunal para calcular el lucro cesante futuro estuvo errado, pues empleó la fórmula que permite obtener el lucro cesante pasado, la cual arrojó un resultado mucho mayor al que tienen derecho las demandantes.

El juzgador se valió de la fórmula VA = LCI x Sn

Donde:

VA = valor actual del lucro cesante por inmovilización hasta la fecha de la indemnización.
LCI = Lucro cesante mensual por inmovilización.
Sn = Valor acumulado de la renta periódica que se paga n veces a una tasa de interés i.

Pero al momento de calcular el factor Sn aplicó la fórmula para el lucro cesante pasado:

$$Sn = \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

Lo que lo condujo a extraer un factor de 998,5225 para la liquidación de Rita Saboyá, y de 6,075 para la liquidación de Luz Evelyn Umbarila, cuando lo correcto era utilizar la fórmula para extraer el lucro cesante que se paga *n* veces hacia futuro con un descuento del 6% anual:

$$an = \frac{(1 + i)^n - 1}{i\,(1- i)^n}$$

que lo habría llevado a multiplicar el lucro cesante mensual por 169,4984 en el caso de Rita Saboyá, y 5,8990 en el caso de Luz Evelyn Umbarila.

Por tal razón prospera el cargo tercero, y en el sentido indicado se modificará la sentencia de segunda instancia, cuyos valores tienen que actualizarse a la fecha de aprobación de esta sentencia, de la siguiente forma:

Salario mínimo legal del año 2017:	$ 737.717
Menos el 30% de gastos de manutención:[80]	$ 221.315

Base de la liquidación (70% s.m.m.l.v.):	$ 516.402
	÷ 2

Base liquidación para cada demandante:	$ 258.201

- Lucro cesante consolidado de Luz Evelyn Umbarila:

Base de la liquidación:	$258.201
Fecha de nacimiento:	8 de abril de 1989
Cumplió 25 años el:	8 de abril de 2014
Fecha del deceso del padre:	25 de junio de 2009
Período indemnizable:	58 meses
VA = LCI x Sn	
VA = 258.201 x 66,8287 =	$ 17'255.237

- Liquidación del lucro cesante de Rita Saboyá:

Período indemnizable:	
Fecha de nacimiento víctima:	5 de octubre de 1956
Edad que tenía cuando murió:	52 años
Edad de vida probable:	29,9[81]
En meses:	359

a) Lucro cesante consolidado:

Base de la liquidación:	$258.201
Fecha del deceso del padre:	25 de junio de 2009
Fecha de la liquidación:	octubre de 2017
Período indemnizable:	100 meses
VA = LCI x Sn	
VA = 258.201 x 128,4235 =	$ 33'159.076

b) Lucro cesante futuro:

Se utiliza la fórmula que permite extraer el lucro cesante que se paga *n* veces hacia futuro con un descuento del 6% anual:

$$an = \frac{(1 + i)^n - 1}{i\,(1 - i)^n}$$

[80] Este porcentaje se mantiene incólume, por cuanto no fue materia de recursos.
[81] Resolución número 1555 del 30 de julio de 2010, emanada de la Superfinanciera.

Base de la liquidación: $258.201
Período indemnizable: 259 meses
Factor *an*: 147,0297
$ 258.201 x 147,0297 = 37'963.216

Para un lucro cesante total de $ 71'122.292

Las demás cantidades reconocidas en el fallo de segunda instancia quedarán igual, y sólo habrán de actualizarse hasta la fecha de esta sentencia, de conformidad con lo establecido en los incisos segundo y tercero del artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, del siguiente modo:

- Perjuicio moral de Rita Saboyá:

Valor reconocido: $ 45'000.000
Fecha de la sentencia: 13 de noviembre de 2013
Fecha de la liquidación: septiembre de 2017
IPC noviembre de 2013: 113,68
IPC agosto de 2017: 137,99

$$Va = Vh \frac{If}{Ii}$$

Donde,

Va = Valor actual
Vh = Valor histórico
If = IPC final (fecha de la liquidación)
Ii = IPC inicial (fecha de la erogación)

$$Va = \$45'000.000 \frac{137,99}{113,68}$$

Va = 54'623.064

Más sus respectivos intereses del 6% anual hasta la liquidación:

Fecha de la sentencia: 13 de noviembre de 2013
Fecha de la liquidación: septiembre de 2017
Meses a reconocer: 58
$VA = C \times (1+i)^n$
VA = 54'623.064 x 1,325 = $ 72'375.560

- Perjuicio moral de Luz Evelyn Umbarila:

Valor reconocido: $ 30'000.000
Fecha de la sentencia: 13 de noviembre de 2013
Fecha de la liquidación: septiembre de 2017

IPC noviembre de 2013: 113,68
IPC agosto de 2017: 137,99

$$Va = \$30'000.000 \frac{137,99}{113,68}$$

VA = $36'415.376

Más sus respectivos intereses del 6% anual hasta la liquidación:

Meses a reconocer: 58
$VA = C \times (1+i)^n$
VA = 36'415.376 x 1,325 = $ 48'250.373

- Perjuicio moral de Jheyson, Joseph y Jhon Umbarila:

Valor reconocido a cada uno: $ 25'000.000

$$Va = \$25'000.000 \frac{137,99}{113,68}$$

VA = $30'346.147

Más sus respectivos intereses del 6% anual hasta la liquidación:

Meses a reconocer: 58
$VA = C \times (1+i)^n$
VA = 30'346.147 x 1,325 = $ 40'208.645

- Daño emergente de Jheyson Umbarila:

Valor reconocido: $ 2'756.997

$$Va = \$2'756.997 \frac{137,99}{113,68}$$

VA = $3'346.569

Más sus respectivos intereses del 6% anual hasta la liquidación:

Meses a reconocer: 58
$VA = C \times (1+i)^n$
VA = 3'346.569 x 1,325 = $ 4'434.205

2. Por consiguiente, la condena quedará de la siguiente manera:

- Para Rita Saboyá Cabrera:

Lucro cesante:	$ 71'122.292
Daño moral:	$ 72'375.560
TOTAL	$143'497.852

- Para Luz Evelyn Umbarila Saboyá:

Lucro cesante:	$ 17'255.237
Daño moral:	$ 36'415.376
TOTAL	$ 53'670.613

- Para Jheyson Umbarila Saboyá:

Daño emergente:	$ 4'434.205
Daño moral:	$ 40'208.645
TOTAL	$ 44'642.850

- Para Joseph Umbarila Saboyá:

Daño moral:	$ 40'208.645

- Para Jhon Richard Umbarila Saboyá:

Daño moral:	$ 40'208.645

Para una condena total de $322'228.605 (trescientos veintidós millones doscientos veintiocho mil seiscientos cinco pesos).

Por tal motivo las agencias en derecho de la segunda instancia se ajustarán a $16'000.000, que corresponde al 5% aproximado de dicho valor.

CUARTO CARGO

Acusó la sentencia de violar directamente los artículos 1088 y 1127 del Código de Comercio, y 230 de la Constitución Política.

En su criterio, el error consistió en haber condenado a la aseguradora llamada en garantía a pagar únicamente el monto correspondiente al daño emergente, que ascendió a la cantidad de $2'756.997; excluyendo la condena por lucro cesante y los perjuicios extrapatrimoniales, que sumados dieron un monto de $381'709.866.

Según el razonamiento del Tribunal, la póliza sólo cubrió la indemnización por perjuicios patrimoniales, pero no los extrapatrimoniales. Tampoco cubrió el lucro cesante porque por disposición del artículo 1088 del Código de Comercio, este rubro debe ser objeto de un acuerdo expreso, que en el caso que se dejó a su consideración, no se vislumbra en el clausulado.

En contra de tal argumento, la censura expresó que la sentencia violó directamente la ley sustancial porque aplicó al caso concreto una disposición general que no estaba llamada resolverlo (artículo 1088 del Código de Comercio), y dejó de aplicar la norma específica que regula la controversia, esto es el artículo 1127 del estatuto mercantil, consagrado para regir las situaciones que caen en la órbita de los seguros de responsabilidad civil.

De conformidad con esta última disposición, el seguro de responsabilidad civil ampara los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado, menoscabo que quedó expresamente cubierto por la póliza, por lo que no había ninguna razón para excluir, con base en una norma inaplicable al caso, la indemnización por lucro cesante.

Con relación al cubrimiento de los perjuicios de estirpe extrapatrimonial, señaló que el artículo 84 de la Ley 45 de 1990 modificó el texto original del artículo 1127 del Código de Comercio, que imponía al asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios *"que sufra el asegurado"*, reemplazándola por la expresión "*que cause el asegurado*" con motivo de la responsabilidad civil en la que incurra. No obstante, el simple cambio de una palabra no es razón para considerar que la modificación normativa alteró el significado y función de esta clase de seguros, encaminados a proteger el patrimonio del asegurado, que es el titular del interés asegurable; por lo que se debe entender que la suplantación del término "sufrir" por el de "causar", no fue más que un lamentable descuido del legislador.

En consecuencia, se debe entender que toda erogación que realice el asegurado con ocasión de una condena de responsabilidad civil en su contra, es para él un detrimento patrimonial o daño emergente que está comprendido dentro del riesgo asegurado por la póliza de responsabilidad civil; mientras que un entendimiento contrario, como el razonamiento al que llegó el Tribunal, comportaría una desnaturalización de esta tipología de seguro, además de una evidente violación de la equidad.

Por tal motivo, se debe colegir que la póliza cubrió dentro del concepto de "*perjuicios patrimoniales*", todas las erogaciones

que fueron ordenadas por la sentencia de condena, sin importar la especie de daño que representó para cada una de las víctimas.

CONSIDERACIONES

1. El Título V del Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio) regula lo concerniente al contrato de seguro como institución del derecho privado de la más digna atención y vigilancia por parte del Estado, debido a la trascendental función social y económica que cumple esa relación comercial.

De conformidad con lo estipulado por el artículo 1045 del estatuto de los comerciantes, los elementos estructurales del contrato de seguro son: 1°) el interés asegurable; 2°) el riesgo asegurable; 3°) la prima o precio del seguro; y 4°) la obligación condicional del asegurador. «*En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno*».

Puede afirmarse sin ninguna duda que el *riesgo asegurable* es el elemento más característico del contrato de seguro, teniendo en cuenta que no forma parte de ningún otro tipo de acuerdo de voluntades.

Así como el concepto de riesgo es inherente al instituto de la responsabilidad civil extracontractual, el riesgo asegurable es inmanente al contrato de seguro. De hecho, ambas instituciones son hijas de la mentalidad europea moderna, pues antes del siglo XV el tratamiento de la fatalidad aún no había sido racionalizado, y ni siquiera hay rastros escritos del uso de la palabra '*riesgo*' o sus equivalencias etimológicas en las demás lenguas romances. «*No será sino hasta el largo período de transición que va desde la Edad Media hasta los inicios de la Modernidad cuando se empezará a hablar de riesgo*».[82]

Sólo cuando surgió en la mentalidad del hombre moderno la conciencia de la probabilidad como cálculo racional,[83] fue posible la idea de riesgo como noción abstracta de la institución económica del seguro, tal como se la concibe en la actualidad; es decir como justificación de la ganancia empresarial por medio de la absorción del margen de incertidumbre gracias al cálculo cuantitativo de probabilidades. Los modelos cuantitativos del cálculo del riesgo asegurable toman su orientación de las expectativas de utilidad sobre el parámetro del *umbral de catástrofe*, que permite medir objetivamente las acciones como de alto o bajo riesgo. De ahí que el riesgo de la institución del

---

[82] Niklas LUHMANN. Sociología del riesgo. 3ª ed. en español. México: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 53. (Edición original en alemán de 1991)

[83] El significado de probabilidad matemática surgió en la segunda mitad del siglo XVII con los estudios sobre probabilidades de Pierre de Fermat, Blaise Pascal y Girolamo Cardano; perfeccionándose con el criterio de predecibilidad determinista de Laplace. Antes de esa época la locución latina '*probabilis*' (del latín 'probo' como bueno o digno de admiración) tenía un único significado como acción socialmente aceptable, admisible, aprobable o estimable. Ver Agustín BLÁNQUEZ FRAILE. Diccionario latino-español. Barcelona: 1950. p. 914.

seguro es, principalmente, una cuestión de *medida* o razón instrumental.[84]

El concepto de riesgo como medida cuantitativa o cálculo de costos y beneficios con base en pronósticos matemáticos no es ni puede ser funcionalmente equiparable a la noción de riesgo de la responsabilidad extracontractual, porque ésta no está sometida al criterio económico de mejor utilización de las oportunidades. La responsabilidad civil no es una forma característica de distribuir costos para lograr la eficiencia. Es innegable que el trabajo actuarial sólo es factible cuando hay un número de casos suficiente para evaluar el grado de desviación; pero en el derecho de la responsabilidad civil las estadísticas de daños son irrelevantes, porque de lo que se trata no es de repartir los gastos de indemnizaciones entre la población asegurada, sino de establecer el vínculo jurídico que surge entre dos partes en razón de una situación única y concreta valorada previamente como antijurídica por el ordenamiento.

El concepto de riesgo de la responsabilidad civil no depende de una operación racional técnico-financiera, sino de las posibilidades de decisión de los agentes, dado que se es civilmente responsable no porque algo salga mal según los designios del azar sino porque pudo haberse actuado de modo jurídicamente correcto. Los daños deben ser evitados no porque puedan ser el resultado de las fuerzas ocultas de la naturaleza sino porque son atribuibles a decisiones que pueden prever fracasos y errores de conducta o de prudencia.

El daño de la responsabilidad civil no se determina por exceder un marco usual de costos o *zona de ganancia,* sino porque provoca una situación que, analizada en retrospectiva, se valora como el resultado de una decisión contraria a los deberes jurídicos de adjudicación y de prudencia: una decisión jurídicamente reprobable puede ser correcta y deseable en términos económicos, o viceversa.

Por estas razones, no es dable confundir el riesgo de la responsabilidad civil con el riesgo entendido como cálculo cuantitativo, propio de la institución del seguro; pues ambos sistemas tienen criterios de adecuación de sentido distintos que cambian el significado de los hechos que para uno u otro tienen relevancia jurídica, aun cuando compartan la misma referencia semántica.

A pesar de que ambas instituciones se erigieron sobre el concepto de riesgo, el significado de éste no es el mismo en uno y otro caso, porque pertenecen a niveles de sentido distintos con diferentes claves operacionales: la clave binaria de la responsabilidad civil es la de *riesgo-peligro*, para diferenciar el ámbito de la imputación del agente del ámbito de lo que no puede imputársele a una persona, dado que la atribución de un

[84] Para una explicación económica del riesgo ver: Frank KNIGHT. Risk, Uncertainty and Profit. New York: Sentry Press, 1964. pp. 197 y ss. (Edición original de 1921)

resultado depende de la posibilidad de tomar una decisión o elección racional que produce daños o evita crearlos. La clave operacional del derecho de seguros es, en cambio, la de *riesgo-incertidumbre*,[85] toda vez que el riesgo asegurable no depende de las decisiones o posibilidades de elección del tomador, asegurado o beneficiario. El riesgo asegurable no es el acontecimiento incierto sino las consecuencias lesivas previstas en el contrato que el acontecimiento incierto pudiera acarrear.

De ese modo es posible definir el riesgo asegurable como la probabilidad de que se produzca un evento dañoso previsto en el contrato y que da lugar a que el asegurador indemnice el perjuicio sufrido por el asegurado o cumpla con la prestación convenida.[86]

El riesgo asegurable es una probabilidad matemática o estadística, mientras que el riesgo de la responsabilidad civil es una posibilidad de elección entre alternativas. Este último depende por completo de la capacidad de decisión del sujeto; en tanto que aquél es ajeno a la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario (artículo 1054 del Código de Comercio).

Ahora bien, como los dos sistemas obedecen a criterios de adecuación de sentido distintos, se trata de dos niveles de observación que no pueden confundirse, de suerte que los hechos con relevancia jurídica valorados en uno de esos órdenes no tienen el mismo significado jurídico dentro del otro nivel. Confundir el significado de los conceptos de los dos niveles de indicación quiere decir que no se está teniendo en cuenta la distinción; lo que derivaría en un argumento inconsistente.[87]

En concreto, hay que admitir que tanto la responsabilidad civil extracontractual como los seguros de daños tienen como finalidad indemnizar los perjuicios derivados del acaecimiento de un hecho incierto. El concepto de indemnización tiene en ambos casos la misma referencia semántica, es decir reparar, restaurar, resarcir o crear una situación material (generalmente de carácter pecuniario) equivalente a la que existiría si el daño no se hubiera producido.

A pesar de que la referencia semántica es igual, pues en uno u otro caso la indemnización *se refiere* al mismo hecho de la experiencia (resarcir el daño ocasionado o mantener indemne o exento de daño); su sentido no es el mismo en ambos niveles de significado (*homonimia construccional*), pues en la responsabilidad civil extracontractual la indemnización se rige por el principio de reparación integral (artículo 16 de la Ley 446 de 1998), de manera

---

[85] Si el riesgo asegurable depende de la absorción o disminución del margen de incertidumbre, o sea de la probabilidad cuantitativa de reducir la incertidumbre; entonces el término contrario no es la seguridad o certeza (que son conceptos vacíos) sino el aumento de incertidumbre.

[86] Domingo LÓPEZ SAAVEDRA. Tratado de derecho comercial: Seguros. Buenos Aires: La Ley, 2010. pp. 55 y ss.

[87] Por el *Teorema de Distinción* del cálculo de las formas, la diferenciación es lógicamente necesaria. George SPENCER-BROWN. Laws of forms. New York: The Julian Press, 1972. pp. 19.

que el juez tiene la obligación de ordenar la indemnización plena y ecuánime de los perjuicios que sufre la víctima y les son jurídicamente atribuibles al demandado, con el fin de que éste retorne a una posición lo más parecida posible a aquélla en la que *habría estado* de no ser por la ocurrencia del hecho dañoso. Los seguros de daños, por su parte, a pesar de estar reconocidos como de mera indemnización, no se rigen por el postulado de la reparación integral sino por el principio de la autonomía privada, porque la obligación del asegurador no implica hacerse cargo de todas las consecuencias lesivas que el siniestro haya provocado, sino únicamente de aquéllas que estén previstas en el contrato de seguro o la ley, hasta concurrencia de la suma asegurada (artículo 1079 del Código de Comercio), y se hayan causado dentro del plazo convenido.

El límite de la indemnización en la responsabilidad civil son los daños sufridos por la víctima que logren probarse en el proceso; mientras que en el seguro de daños es el que resulta de las condiciones del contrato de seguro, los alcances de la cobertura otorgada y el valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, o del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario (artículo 1089 del Código de Comercio).

Como puede advertirse sin dificultad, ambos institutos comparten el mismo concepto de *indemnización* o *indemnidad*; pero el sentido de éste no es el mismo en los dos niveles de observación.

Lo mismo acontece con los conceptos de daño emergente y lucro cesante, referidos a la pérdida que sufre el acreedor y a la falta de ganancia –respectivamente–, como consecuencia del retardo o el incumplimiento del contrato, o bien del daño ocasionado a la víctima en las obligaciones de origen extracontractual. Aun cuando ambas nociones se refieren a una idéntica situación en la realidad, no cumplen la misma función para el instituto de la responsabilidad civil y para los seguros de daños, por lo que su sentido no es igual en las dos estructuras nivelares.

En efecto, en lo que respecta a la reparación de los perjuicios patrimoniales en la responsabilidad extracontractual, el daño emergente es la mengua que la víctima sufre en su fortuna como consecuencia del hecho dañoso, mientras que el lucro cesante es la frustración de los beneficios legítimos que habría percibido si hubiera permanecido indemne. Por su parte, en los seguros de daños, incluidos los de responsabilidad civil contractual o extracontractual (artículo 1127 del Código de Comercio), el daño emergente es la erogación pecuniaria que tiene que solventar el asegurado –y en la cual se subroga el asegurador– para indemnizar todos los daños que haya causado a la víctima, independientemente de la tipología que les corresponda dentro del sistema de la responsabilidad civil; mientras que el lucro cesante es el beneficio legítimo que el

asegurado deja de recibir cuando paga a la víctima la prestación que está a cargo del asegurador, lo cual podría ocurrir, por ejemplo, en los *seguros de reembolso*; con la limitación de que en estos casos el lucro cesante deberá ser objeto de acuerdo expreso, tal como lo prevé el artículo 1088 del Código de Comercio.

De otro modo no tendría ningún sentido la indicación que hace la citada disposición cuando advierte que ella surte efectos "*respecto del asegurado*":

> «*Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso*».

"*Respecto del asegurado*" quiere decir, en el contexto del enunciado normativo, dos cosas:

i) que la indemnización tiene que valorarse con relación al asegurado, o sea que el objeto de este seguro es mantener su patrimonio indemne o protegido del menoscabo que llegare a sufrir como consecuencia de los daños ocasionados a la víctima o beneficiario. De ahí que esta Sala haya precisado que por medio de esta clase de seguro el amparado tiene «*la posibilidad de obtener la reparación del detrimento que sufra en su patrimonio a causa del acaecimiento del siniestro*».[88] De manera que la indemnización al asegurado no puede analizarse desde la perspectiva de los rubros que ha de recibir la víctima de la responsabilidad civil, sino desde el punto de vista de la indemnidad a la que el asegurado tiene derecho en virtud del contrato de seguro.

ii) que esta especie de seguros no puede ser causa de enriquecimiento para el asegurado; pero sí puede serlo –y de hecho lo es– para el asegurador, pues ellos constituyen el objeto de su negocio o fuente de ganancia.

De lo anterior se concluye que las distintas tipologías de perjuicios en la responsabilidad civil extracontractual no tienen el mismo significado en el contexto del seguro de daños, pues lo que para aquélla son dos conceptos distintos (daño emergente y lucro cesante), en éste corresponde a un mismo rubro (daño emergente). En estricto sentido, una vez el demandado es declarado responsable, la condena a resarcir los perjuicios le representa un daño emergente, en tanto comporta una erogación que se ve conminado a efectuar y no una ganancia o lucro que está legítimamente llamado a percibir.[89]

---

[88] CSJ SC, 21 Ago. 1978, G. J. T. CLVIII n.° 2399, p. 118 a 124.

[89] La diferencia de sentido hace posible que lo que en un nivel es un lucro cesante, pase a ser un daño emergente en otro contexto, sin que se viole el principio lógico de no-contradicción, pues éste sólo informa sobre la incoherencia de conceptos contradictorios al mismo tiempo y en el mismo sentido. Por ley de *re-entry* del cálculo de las formas, la operación de contracción es válida.

2. Ahora bien, es cierto que el artículo 1127 del Código de Comercio definía en su redacción original el seguro de responsabilidad como aquél que «*impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales* ***que sufra*** *el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley*». [Se resalta]

También es verdad que esa disposición fue modificada por el artículo 84 de la Ley 45 de 1990 (texto que corresponde al vigente), en el siguiente sentido: «*El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales* ***que cause*** *el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado*».

De la comparación entre la redacción original de la norma y la introducida por la Ley 45 de 1990 se concluye que la razón de la reforma legal fue adicionarle al propósito de este contrato el resarcimiento de la víctima, quien pasó a ser beneficiaria de la indemnización y titular de un mecanismo directo para obtener el pago del seguro, dado que en su acepción primigenia el seguro de responsabilidad civil no era «*un seguro a favor de terceros*», por lo que en tal virtud el damnificado carecía «*de acción directa contra el asegurador*» (artículo 1133 anterior).

Bajo su concepción original, el único fin de ese convenio era indemnizar al asegurado por los eventuales costos que tuviera que pagar a terceros en razón de los perjuicios que les ocasionaran sus acciones u omisiones antijurídicas. Pero con la entrada en vigencia de la Ley 45 de 1990 esa situación cambió al ser el resarcimiento de la víctima el propósito principal de ese contrato. De ese modo, según el artículo 1133 vigente, los damnificados pasaron a tener acción directa contra el asegurador, sin que ello signifique que la función de mantener indemne al asegurado haya desaparecido.

Quiso la ley procurar la tutela eficaz de los derechos del damnificado, pero nada más; de ahí que no hay motivo para afirmar que desapareció la razón de ser de este tipo de aseguramiento, cual es la de servir como protección de la indemnidad patrimonial del asegurado, quien precisamente acude a dicha modalidad para precaverse de las erogaciones pecuniarias que deba hacer como consecuencia de la responsabilidad civil en la que incurra.

En esa línea de pensamiento, la jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado de manera consistente, señalando que la modificación legal no alteró el objeto ni la finalidad propia del seguro de responsabilidad. Al respecto, sostuvo:

> «*Con la reforma introducida por la ley 45 de 1990, cuya ratio legis, como ab-initio se expuso, reside primordialmente en la defensa del interés de los damnificados con el hecho dañoso del*

asegurado, a la función primitivamente asignada al seguro de responsabilidad civil se aunó, delantera y directamente, la de resarcir a la víctima del hecho dañoso, objetivo por razón del cual se le instituyó como beneficiaria de la indemnización y en tal calidad, como titular del derecho que surge por la realización del riesgo asegurado, o sea que se radicó en el damnificado el crédito de indemnización que pesa sobre el asegurador, confiriéndole el derecho de reclamarle directamente la indemnización del daño sufrido como consecuencia de la culpa del asegurado, por ser el acreedor de la susodicha prestación, e imponiendo correlativamente al asegurador la obligación de abonársela, al concretarse el riesgo previsto en el contrato...

(...) El propósito que la nueva reglamentación le introdujo, desde luego, no es, per se, sucedáneo del anterior, sino complementario, "lato sensu", porque el seguro referenciado, además de procurar la reparación del daño padecido por la víctima, concediéndole los beneficios derivados del contrato, igualmente protege, así sea refleja o indirectamente, la indemnidad patrimonial del asegurado responsable, en cuanto el asegurador asume el compromiso de indemnizar los daños provocados por éste, al incurrir en responsabilidad, dejando ilesa su integridad patrimonial, cuya preservación, en estrictez, es la que anima al eventual responsable a contratar voluntariamente un seguro de esta modalidad».[90]

Al mismo tiempo que el seguro de responsabilidad civil resguarda el pago de la indemnización a que tiene derecho el beneficiario, también protege la integridad del patrimonio del asegurado.

De modo que una interpretación de la regulación del seguro de responsabilidad civil que desconozca, suprima o aminore su función originaria en cuanto a la protección patrimonial del asegurado, desnaturalizaría el contenido esencial de dicho convenio y particularmente la función con la que fue concebido por la ley, en demérito de la confianza que el asegurado deposita en esa modalidad de aseguramiento.

Luego, como el propósito del legislador no fue otro que otorgarle a los damnificados acción directa contra el asegurador, es lógico que desde la perspectiva de las víctimas los daños que éstas sufren son causados por el asegurado. Por consiguiente, para conservar la coherencia de la redacción del artículo 1127 del Código de Comercio, fue necesario cambiar la expresión que indicaba que el seguro de responsabilidad «*impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que* ***sufra*** *el asegurado*», por la actual que establece que dicho contrato «*impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que* ***cause*** *el asegurado*» con ocasión de esa responsabilidad.

---

[90] CSJ SC, 10 Feb. 2005, Rad. 7614; en igual sentido CSJ SC, 10 Feb. 2005, Rad. 7173 y CSJ SC, 14 Jul. 2009, Rad. 2000-00235-01.

Es ostensible que desde la perspectiva de los damnificados en el nivel de la responsabilidad civil, ellos son quienes sufren los daños y no quienes los causan. Mas, desde la óptica del contrato de seguro, los daños que causa el asegurado son los mismos que éste sufre en su patrimonio cuando queda obligado a pagar la indemnización.[91]

De lo anterior se concluye que no es admisible interpretar el artículo 1127 del Código de Comercio como si prescribiera que el asegurador únicamente está obligado a indemnizar los perjuicios patrimoniales que sufre la víctima como resultado de una condena de responsabilidad civil, sino que hay que seguir interpretándolo en su acepción original, esto es desde el nivel de sentido del contrato de seguro, según el cual el asegurador está obligado a mantener al asegurado indemne de los daños de cualquier tipo que causa al beneficiario del seguro, que son los mismos que el asegurado sufre en su patrimonio, tal como se explicó líneas arriba y fue reconocido por esta Corte en fallo reciente, en el que indicó:

> *«El perjuicio que experimenta el responsable es siempre de carácter patrimonial, porque para él la condena económica a favor del damnificado se traduce en la obligación de pagar las cantidades que el juzgador haya dispuesto, y eso significa que su patrimonio necesariamente se verá afectado por el cumplimiento de esa obligación, la cual traslada a la compañía aseguradora cuando previamente ha adquirido una póliza de responsabilidad civil.*
>
> *En consecuencia, los daños a reparar (patrimoniales y extrapatrimoniales) constituyen un detrimento netamente patrimonial en la modalidad de daño emergente para la persona a la que les son jurídicamente atribuibles, esto es, para quien fue condenado a su pago».*[92]

3. El Tribunal, por lo tanto, cometió un error al negar la condena en contra de la aseguradora llamada en garantía con fundamento en la interpretación que hizo de los artículos 1088 y 1127 del Código de Comercio, según la cual la indemnización a su cargo no comprendía el daño moral inferido a los demandantes por ser de carácter extrapatrimonial, ni el lucro cesante por ausencia de estipulación expresa.

Al razonar de esa forma, desconoció que los perjuicios patrimoniales de que trata el 1127 son los que el asegurado causa al damnificado, es decir los mismos que aquél sufre en razón del pago de la indemnización a su cargo. De igual manera pasó por alto que el daño emergente al que alude el artículo 1088 *ejusdem* no es visto desde la perspectiva de la tipología de los daños que sufre la víctima según el sistema de la responsabilidad

---

[91] Por ley de *re-entry* del cálculo de las formas, la contracción o igualación es válida.

[92] CSJ SC20950 del 12 de diciembre de 2017, aprobada en Sala del 15 de agosto de 2017. Rad.: n° 05001-31-03-005-2008-00497-01.

extracontractual, sino en el contexto del daño que sufre el asegurado en el nivel de sentido del contrato de seguro.

En consecuencia, al interpretar erróneamente ambas disposiciones, dejó de aplicar el artículo 1127 *ibidem*, incurriendo de ese modo en una violación directa de las normas que denunció el cargo que se viene examinando.

Por las razones expuestas, prospera el cuarto cargo, por lo que habrá de corregirse la sentencia del Tribunal en el sentido de condenar a la aseguradora llamada en garantía al pago de la condena en perjuicios a favor de los demandantes más los costos del proceso, tal como lo dispone el artículo 1128 del Código de Comercio; menos el deducible pactado en la póliza.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA PARCIALMENTE** la sentencia proferida el trece de noviembre de dos mil trece, por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá; y en sede de instancia **MODIFICA** su parte resolutiva, que quedará así:

«PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida el 19 de marzo de 2013 por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá.

SEGUNDO. DECLARAR civilmente responsable a Codensa S.A. E.S.P. por los daños que la muerte del señor José del Carmen Umbarila Garzón ocasionó a los demandantes.

TERCERO. CONDENAR a Codensa S.A. E.S.P. a pagar a los demandantes, las siguientes sumas de dinero:

- Para Rita Saboyá Cabrera:	*$143'497.852*
- Para Luz Evelyn Umbarila Saboyá:	*$ 53'670.613*
- Para Jheyson Umbarila Saboyá:	*$ 44'642.850*
- Para Joseph Umbarila Saboyá:	*$ 40'208.645*
- Para Jhon Richard Umbarila Saboyá:	*$ 40'208.645*
Para una condena total de	*$322'228.605*

CUARTO. CONDENAR a la Aseguradora demandada a pagar solidariamente la totalidad de las anteriores sumas de dinero más la condena en costas, descontando el deducible de noventa y nueve mil dólares de los Estados Unidos de América (USD 99.000) que se pactó en la póliza.

QUINTO. CONDENAR a la empresa demandada al pago de las costas de ambas instancias. Las de primera, deberán ser liquidadas por el juzgado de conocimiento. Las de segunda instancia se liquidarán por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de $16'000.000».

Sin costas en casación, ante la prosperidad parcial del recurso extraordinario.

En su oportunidad, devuélvase el expediente a la Corporación de origen.

Notifíquese.

LUIS ALONSO RICO PUERTA
Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO
(Con excusa justificada)

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO
Aclaro voto

ARÓLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Aclaro voto

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Salvo voto

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n° 11001-31-03-027-2010-00578-01

Con el debido respeto me permito disentir de algunas de las consideraciones plasmadas en el proyecto aprobado, por cuanto desatienden las sólidas trazas jurisprudenciales que han servido de fundamento al desarrollo de la responsabilidad civil extracontractual, en particular, por actividades peligrosas. Además, por discrepar del análisis que se dispensó a los dos (2) primeros cargos propuestos.

NEXO CAUSAL Y TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN

Se aseveró en la sentencia que el nexo causal debe ser reemplazado por la imputación normativa, en atención a que aquél, por fundarse en una visión naturalística, conduce a conclusiones intolerables y no brinda una respuesta adecuada a ciertas situaciones jurídicas.

Sobre el particular es menester manifestar que, ciertamente, la teoría de la «*equivalencia de condiciones*», propia de un análisis naturalístico, sirvió de origen y fundamentación a la noción de vínculo causal, a través de la utilización de las categorías de causa y efecto de las ciencias naturales. Sin embargo, esta visión no siempre permite individualizar el hecho que, en concreto, produjo el resultado, pues la revisión causal puede conducir a una cadena infinita de fuentes y diluir la responsabilidad.

Ante esta dificultad, el nexo causal fue objeto de una depuración dogmática, con el fin de limitar el abanico de los posibles orígenes del daño, a través de la aplicación de criterios basados en valores o probabilidades. Se arribó, por

esta senda, al puerto de la causalidad adecuada y la eficiente.

La primera busca establecer cuál o cuáles hechos tuvieron la aptitud de producir el daño, considerando el curso normal de las cosas o lo que es usual, pues sobre ellos recaerá el peso del débito indemnizatorio. Mientras que la segunda se enfoca en la causa más activa o eficaz para la producción del perjuicio, esto es, aquella que, en mayor medida, contribuyó a la afectación, pues el autor de la misma será el que deba concurrir a la reparación[1].

Así las cosas, la teoría del nexo causal, si bien en sus inicios se centró en la revisión física de todas las posibles fuentes del hecho dañoso, evolucionó para acotar su número, a través de reglas operativas que permitieran escoger las que realmente resultan relevantes para endilgar responsabilidad, acudiendo a valoraciones normativas, prácticas o probabilidades.

La jurisprudencia nacional no fue extraña a este progreso, pues desde hace algunos años rechazó la teoría de la *equivalencia de las condiciones* (visión naturalística) y acogió la causalidad adecuada[2], como se advierte en las providencias de 26 de septiembre de 2002 (exp. n° 6878), 15 de enero de 2008 (rad. n° 2000-67300-01) y 14 de diciembre de 2012 (rad. n° 2002-00188-01), por citar unas pocas, dotando a los juzgadores de las herramientas

---

[1] Cfr. Carlos Alberto Ghersi, *Teoría General de la Reparación de Daños*, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 75-76.

[2] «*[E]n el campo del derecho la cadena causal no se toma en su estricto sentido naturalista, sino que se encuentra impregnada de una serie de valores culturales que permiten escoger, de entre una serie de hechos, sólo aquéllos que resultan verdaderamente relevantes para endilgar responsabilidad; de ahí que se hable de una causalidad adecuada*» (SC, 14 dic. 2012, rad. n° 2002-00188-01; reiterada SC, 9 dic. 2013, rad. n° 2002-00099-01).

necesarias para desentrañar las causas que originaron el daño.

Recuérdese, *in extenso*, lo manifestado por esta Corporación:

> *Pues no ha de negarse que de nada sirve el punto de vista naturalístico, conocido como teoría de la equivalencia de las condiciones -defendida hace algún tiempo y hoy abandonada en esta materia-, según el cual todos los antecedentes o condiciones (y aún las ocasiones), tienen ontológicamente el mismo peso para la producción del resultado . Semejante posición deja en las mismas al investigador, pues si decide mentalmente suprimir uno cualquiera de los antecedentes, con seguridad llegará a la conclusión de que el resultado no se hubiera dado, a más de la necesaria arbitrariedad en la elección de la condición a suprimir, dado que no ofrece la teoría criterios concretos de escogencia.*
>
> *De las anteriores observaciones surgió la necesidad de adoptar otros criterios más individualizadores de modo que se pudiera predicar cuál de todos los antecedentes era el que debía tomar en cuenta el derecho para asignarle la categoría de causa. Teorías como la de la causa próxima, la de la causa preponderante o de la causa eficiente –que de cuando en cuando la Corte acogió- intentaron sin éxito proponer la manera de esclarecer la anterior duda, sobre la base de pautas específicas (la última condición puesta antes del resultado dañoso, o la más activa, o el antecedente que es principio del cambio, etc.). Y hoy, con la adopción de un criterio de razonabilidad que deja al investigador un gran espacio, con la precisión que más adelante se hará cuando de asuntos técnicos se trata, se asume que de todos los antecedentes y condiciones que confluyen a la producción de un resultado, tiene la categoría de causa aquél que de acuerdo con la experiencia (las reglas de la vida, el sentido común, la lógica de lo razonable) sea el más "adecuado", el más idóneo para producir el resultado, atendidas por lo demás, las específicas circunstancias que rodearon la producción del daño y sin que se puedan menospreciar de un tajo aquellas circunstancias azarosas que pudieron decidir la producción del resultado, a pesar de que normalmente no hubieran sido adecuadas para generarlo . En fin, como se ve, la gran elasticidad del esquema*

conceptual anotado, permite en el investigador una conveniente amplitud de movimiento. Pero ese criterio de adecuación se lo acompañó de un elemento subjetivo que le valió por parte de un sector de la doctrina críticas a la teoría en su concepción clásica (entonces y ahora conocida como de la "causalidad adecuada"), cual es el de la previsibilidad, ya objetiva o subjetivamente considerada (SC, 26 sep. 2002, exp. n° 6878).

En suma, el nexo causal, si bien se estructuró bajo la idea de la equivalencia de condiciones, después trasegó hacia visiones más flexibles, basadas en multivariados criterios para decantar las conductas originadoras del daño.

Empero de lo comentado, el proyecto cuestiona la teoría naturalística, sin adentrarse en el estudio y revisión de las variantes posteriores, las cuales cumplen a cabalidad los objetivos pretendidos con la incorporación de la *imputación normativa*, lo que evidencia la inconveniencia de este cambio conceptual, al no aportar nuevos elementos de análisis y, por el contrario, traer discusiones foráneas a nuestro sistema jurídico sin que se advierta su necesidad actual.

Pero es que, a página 11 del proyecto, se asimiló «*la causalidad jurídica*» con «*la causalidad adecuada a un sentido jurídico, que es lo mismo que una causalidad orientada por criterios normativos o de imputación*», denotando la intercambiabilidad de las nociones.

Empero de lo comentado, en la sentencia se insiste en la necesidad de una novedosa denominación, sin advertir que a través de la misma se puede enviar un mensaje equívoco a la comunidad jurídica, sobre el tumbo de la jurisprudencia hacia tesis objetivistas en materia de nexo

causal[3], como se hizo en asuntos penales y administrativos, lo cual contraviene el subjetivismos que campea las vigentes codificaciones privadas (cfr. artículo 2341 del Código Civil).

Además, al admitirse esta noción se incitará la adopción de categorías propias de la imputación objetiva, tales como *riesgo permitido*, *auto-puesta en peligro*, *hetero-puesta en peligro*, *prohibición de regreso* y *principio de confianza*, sin que haya una sólida dogmática sobre el alcance de cada uno de ellos en el campo civil, ni un desarrollo jurisprudencial que advirtiera sobre las consecuencias de su reconocimiento.

Por consiguiente, se estima que debe abrigarse la tesis de la *causa adecuada*, siguiendo los precedentes de esta Sala al respecto, con lo cual se evitan los riesgos antes denunciados y se otorga a los operadores jurídicos criterios flexibles para aminorar la teoría de la equivalencia de condiciones, sin caer en un normativismo anquilosante.

En efecto, según la doctrina de la Corporación, la causa adecuada impone al juzgador acudir a las *reglas de la vida, el sentido común y la lógica de lo razonable*, para establecer, de los antecedentes y condiciones que confluyen a la producción de un resultado, cuál de ellos tiene la categoría de causa (SC, 26 sep. 2002, exp. n° 6878; reiterada SC, 13 jun. 2014, rad. n° 2007-00103-01).

---

[3] Asevera la doctrina que «*la imputación objetiva es índole puramente normativa, en cuya virtud, mediante criterios extraídos de la esencia y la función del tipo de injusto, se pueda afirmar que un resultado es objetivamente atribuible a una acción*» (José Javier López Jacoiste, *La responsabilidad civil extracontractual. Una exploración jurisprudencia y de filosofía jurídica*, Ed. Ramón Areces, Madrid, p. 590).

Para el efecto, deberá tenerse en cuenta *la previsibilidad objetiva o subjetiva*, a consecuencia de lo cual «*debe realizarse una prognosis que dé cuenta de los varios antecedentes que hipotéticamente son causas, de modo que con la aplicación de las reglas de la experiencia y del sentido de razonabilidad a que se aludió, se excluyan aquellos antecedentes que solo coadyuvan al resultado pero que no son idóneos* per se *para producirlos, y se detecte aquél o aquellos que tienen esa aptitud*» (SC, 15 en. 2008, exp. n° 2000-673-00-01; en el mismo sentido SC, 6 sep. 2011, rad. n° 2002-00445-01).

Tal *ponderación fáctica sobre la causa del daño se debe realizar a través de un minucioso o detallado análisis de los comportamientos de cada uno de los partícipes en el hecho, máxime si se está frente a una actividad peligrosa* (SC, 13 ag. 2015, rad. n° 2006-00320-01).

Así las cosas, en el establecimiento del nexo causal, según la tesis expuesta, concurren elementos fácticos, lógicos y experienciales, que permiten al juzgador establecer los hechos que, en el curso normal de los acontecimientos y según las particulares del caso, fueron los desencadenantes del perjuicio, considerando la probabilidad de hacerlo y los criterios normativamente aceptados -lógica, sentido común, reglas de la experiencia, etcétera-. Hay, entonces, una conjunción entre elementos fácticos y jurídicos.

El aspecto material se conoce como el juicio *sine qua non*, cuyo objeto es determinar los hechos o actuaciones -activas o pasivas- que probablemente tuvieron injerencia en la producción del daño, por cuanto de faltar no sería posible su materialización. Para estos fines, se revisa el contexto material o fáctico del suceso, analizado de forma

retrospectiva, para establecerse las causas y excluir aquellas que no guardan conexión, en términos de razonabilidad. Con posterioridad se hace la evaluación jurídica, con el fin de atribuir sentido legal a cada actuación, a partir de un actuar propio o ajeno, donde se hará la ponderación del tipo de conexión y su cercanía.

Juan Manuel Prevof explica este doble análisis así:

> *[S]e torna imprescindible dividir el juicio de constatación causal en dos fases, secuencias o estadios:*
>
> *1) primera fase (questio facti): la fijación del nexo causal en su primera secuencia tiene carácter indefectiblemente fáctico, es libre de valoraciones jurídicas y, por lo general, se realiza según el criterio de la conditio sine qua non.*
>
> *2) segunda fase (questio iuris): una vez explicada la causa del daño en sentido material o científico es menester realizar un juicio de orden jurídico-valorativo, a los efectos de establecer si el resultado dañoso causalmente imbricado a la conducta del demandado, puede o no serle objetivamente imputado*[4].

Tal orientación quedó consagrada en la sentencia de 24 de agosto de 2016 de esta Sala, al transcribir el pensamiento de Goldemberg:

> *No debe perderse de vista el dato esencial de que, aun cuando el hecho causa y el hecho resultado pertenecen al mundo de la realidad natural, el proceso causal va a ser en definitiva estimado de consuno con una norma positiva dotada de un juicio de valor, que servirá de parámetro para mensurar jurídicamente ese encadenamiento de sucesos. Para la debida comprensión del problema, ambos niveles no deben confundirse. De este modo, las consecuencias de un hecho no serán las mismas desde el punto de vista empírico que con relación al área de la juridicidad. En el iter del suceder causal el plexo jurídico sólo toma en cuenta*

[4] Juan Manuel Prevof, *El Problema de la Relación de Causalidad en el Derecho de la Responsabilidad Civil.* En Revista Chilena de Derecho Privado, n° 15, 2010, p. 165.

aquellos efectos que conceptúa relevantes en cuanto pueden ser objeto de atribución normativa, de conformidad con las pautas predeterminadas legalmente, desinteresándose de los demás eslabones de la cadena de hechos que no por ello dejan de tener, en el plexo ontológico, la calidad de 'consecuencias' [*Goldemberg, La relación de causalidad en la responsabilidad civil, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 8*] (SC13925, rad. 2005-00174-01).

Esta ha sido la postura de la jurisprudencia española (4 de octubre de 2012, STS 6203/2012[5]), chilena (26 de enero de 2004, G.J. n° 283) y los principios de derecho europeo de la responsabilidad (artículos 1-101, 3-101 y 3:103), por lo que no se advierten razones para acudir a nuevas tesis en proceso de consolidación, sin perjuicio que éstas puedan nutrir las viejas instituciones.

La causa adecuada así entendida, «*no sólo representa un avance desde un punto de vista técnico respecto de la teoría de la equivalencia de las condiciones, sino que también se adapta y logra explicar más fácilmente el nexo causal en un mundo tecnificado, en el que además, parece darse un tránsito (en la identificación de la conducta jurídicamente relevante) desde la teoría de la acción humana hacia posturas funcionalistas como la de la 'defraudación de las expectativas de confianza'*»[6], evitando el riesgo de la objetivización y la imposición de débitos indemnizatorios por el mero hecho de realizar una actividad lícita, sin ninguna otra consideración.

Es cierto que algunos autores propugnan por el reconocimiento de la imputación objetiva, como forma de contemporizar el nexo causal, en punto a los elementos

[5] *Hay causalidad física o material, por cuanto el daño se produjo como consecuencia de la actividad desarrollada por los demandados. Hay también causalidad jurídica pues las consecuencias de la mediación eran previsibles.*

[6] Cfr. Hugo A. Cárdenas, *La relación de causalidad: ¿Quaestio facti o quaestio iuris?*. En Revista Chilena de Derecho, vol. 33 n° 1, 2006, p. 173-174.

normativos para establecer la responsabilidad. Empero, tal propuesta no supone una sustitución de esta última, sino su adaptación. De allí que Rodrigo Barcia Lehmann asevere «*en la imputabilidad objetiva, además de probarse la causalidad material, se debe acreditar la causalidad jurídica, es decir, el supuesto que da lugar al criterio objetivo de imputación. Lo que sucede en estos casos es que existe un trasfondo valórico o axiológico que permite asignar la responsabilidad, como sucede, por ejemplo, con la violación de la regla de garante*»[7].

Aclarado que el vínculo causal tiene un componente fáctico y otro jurídico, se tiene que al interesado le corresponde probar el primero de ellos así como invocar el segundo, para satisfacer su carga de la prueba, lo que mal podría considerarse como un gravamen de imposible cumplimiento.

Y es que, tratándose de causas ciertas, el deber del perjudicado es demostrar la conexión causal entre el hecho y el daño, en el sentido de que la ausencia de la acción u omisión achacada al agresor enervado la consecuencia dañosa. Para los casos en que no sea posible establecer física o científicamente el nexo, bastará demostrar la probabilidad de la conexión, acudiendo a estudios técnicos, reglas de la experiencia, de la lógica o del sentido común, caso en el cual se aplicará la carga probatoria con especial distribución, para que la parte que se encuentre en mejor posición, según sus conocimientos y profesión, deba demostrarla o desvirtuarla.

---

[7] Rodrigo Barcia Lehmann, *Algunas Consideraciones de la Relación de Causalidad Material y Jurídica en la Responsabilidad Civil Médica.* En Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Colección Derecho Privado, Año 2010, Número VI, p. 117.

Tratándose de omisiones bastará su invocación como una negación indefinida, salvo que a través de la misma se oculten afirmaciones susceptibles de prueba, caso en el cual deberán demostrarse cada una de estas últimas.

En resumen, es claro que la teoría del nexo causal responde a las necesidades advertidas en la sentencia aprobada, sin necesidad de acudir a un concepto inexplorado en el ámbito nacional, como es la imputación normativa, por lo que se considera debe propenderse por el mantenimiento de aquél.

LA ANTIJURIDICIDAD Y LA RESPONSABILIDAD

Se sostiene en el proyecto que no existe una *prohibición general de no dañar a los demás*, pues todas las actividades están permitidas y sólo cuando se genera un daño es que surge el deber de resarcirlo. En consecuencia, «*[e]l juicio de desvalor no radica en la antijuridicidad de la conducta* per se, *sino en que suceda o no un daño a partir de la creación del riesgo*» (página 27).

Con el debido respeto me aparto de esta conclusión, por reducir la responsabilidad al daño, sin advertir que éste es uno de sus elementos sin subsumirlos a todos. Más aún, no tiene en cuenta que un actuar ilícito tiene eventuales consecuencias indemnizatorias o tuitivas, aunque no se configure un daño cierto.

Sea lo primero puntualizar que la antijuridicidad, también conocida como ilicitud, es un presupuesto de la responsabilidad, y se refiere al desvalor de la conducta del

victimario por transgredir el ordenamiento jurídico[8]; valga explicarlo, consiste en el reproche que se realiza al actuar del responsable, por desconocer un deber concreto surgido de un negocio jurídico o la buena fe, o el mandato general de abstenerse de inferir injuria o daño a los demás.

Por ello Jorge Mosset Iturraspe sostiene que «*la antijuridicidad constituye un juicio de desaprobación sobre el hecho*»[9]. A su vez, Juan Carlos Boragina concluyó que «*es un concepto objetivo, pues dimana de la mera contradicción entre el obrar del sujeto y el ordenamiento jurídico integral,* ***con prescindencia de la imputación de primer grado (voluntariedad) o de segundo grado (culpabilidad)***»[10] (negrilla fuera de texto).

La ilicitud, en suma, es una calificación de la acción u omisión del responsable, con el fin de establecer su armonía con el orden jurídico, cuya ausencia impide el surgimiento de la obligación compensatoria; esto es, sin antijuridicidad la víctima deberá soportar los daños que ha sufrido, sin esperar ningún tipo de compensación.

Por eso, situaciones dañosas como el embargo de un bien, la demolición de una construcción contraria a las normas urbanísticas o las lesiones personales en legítima defensa, no generan responsabilidad, ante la licitud del actuar del victimario.

En segundo lugar conviene aclarar que, de forma excepcional, la ilicitud del comportamiento puede dar lugar

---

[8] Carlos Fernández Sessarego, "La 'Antijuridicidad' como Problema". En Ameal, Oscar J. (dir.) - Tanzi, Silvia Y. (coord.), *Obligaciones y Contratos en los Albores del Siglo XXI*, Lexis-Nexis, 2001, p. 453.
[9] Jorge Mosset Iturraspe, op. cit., p. 194.
[10] Juan Carlos Boragina, op. cit., p. 267.

a medidas preventivas, correctivas o indemnizatorias, aunque no se haya configurado una lesión, como se advierte, a título de ejemplificación, en algunas acciones posesorias especiales.

Verbi gracia, el artículo 988 del Código Civil consagró que el vecino de un edificio que amenace ruina puede promover acción para su demolición o reparación forzosa, sin que se requiera un daño presente y cierto, lo que se explica en razón de la antijuridicidad de la conducta. De forma similar, el precepto 993 impone la eliminación o modificación de las obras realizadas para cambiar el curso de las aguas corrientes, sin exigir un perjuicio concreto para tal reclamación. Igual directriz está contenida en los mandatos 992, 998, 999 y 1002 de igual codificación.

Lo mismo sucede con los casos en que se exonera de la prueba del daño a la víctima, pues en tales eventos bastará acreditar la antijuridicidad, la culpa y el nexo causal para que nazca el deber de indemnizar, con independencia de los perjuicios. Esto sucede, para citar algunos eventos, en materia de interés, cláusula penal o transporte aéreo internacional, donde la reparación depende de la ilicitud de la conducta, con independencia de la materialización de un daño.

Dable es colegir, entonces, que el daño no sustituye el elemento de la antijuridicidad, pues esta última puede dar lugar a responsabilidad, en casos de excepción, con independencia de aquél.

Por último, de los artículos 2341, 2344, 2350, 2353, 2354, 2355 y 2356, entre otros tantos, se ha fundamentado la existencia de la prohibición genérica de dañar a los

demás, reconocida por Ulpiano con la expresión *alterum non laedere* (*neminem laedere*) e invocada por esta Corporación, entre otras, en las providencias de 30 de septiembre de 2016 (SC13925, rad. n° 2005-00174-01), 2 de marzo de 2016 (SC2506, rad. n° 2000-01116-01), 19 de diciembre de 2006 (SC225, rad. n° 1998-10363-01), 18 de mayo de 2005 (SC083, rad. exp. n° 0832-01), 22 de octubre de 2003 (SC116, exp. n° 7451), 13 de agosto de 2001 (exp. n° 5993), 31 de julio de 2000 (exp. n° 5774), y 17 de mayo de 1982.

Y es que no cualquier actividad puede ser desarrollada, como se propugna en la decisión, sino únicamente aquellas que se realizan sin la finalidad de dañar a los demás, por lo que de ejecutarse de espaldas de este límite legal, puede, dar lugar a responsabilidad, con independencia de los perjuicios que se generen.

Como arquetipo puede citarse el principio de precaución o prevención en materia ambiental, según el cual, la falta de certeza científica no impide que se adopten las medidas para mitigar el eventual riesgo, consagrado en ley 99 de 1993, como desarrollo de la Declaración de Rio de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Por ello, cuando se actúa en contra de este principio, se impone la condena de perjuicios, aunque no haya claridad sobre la afectación que produjo.

Lo mismo sucede con la exigencia de la utilización de la medicina basada en pruebas (MBE o *evidence-based medicine*), la cual limita la posibilidad de acudir a tratamientos experimentales, por lo que su utilización no autorizada puede generar repercusiones patrimoniales para el personal médico, al margen de los perjuicios concretos que se prueben.

Para sumariar, se tiene que la antijuridicidad es una categoría valiosa dentro del régimen de responsabilidad, en tanto es una condición de ésta, puede generar por sí misma el débito indemnizatorio y limita las actividades que pueden desarrollarse sin incurrir en aquélla.

ACTIVIDADES PELIGROSAS

En el fallo de casación se plantea una nueva noción de actividad peligrosa, fundada en la ausencia de control y previsión de los resultados, por considerar que no existe un criterio jurídico decantado que delimite el concepto.

Sin embargo, una revisión cuidadosa de la jurisprudencia, devela que existe una marcada tendencia sobre los requisitos y exigencias para la configuración de una actividad de este tipo, sin que hayan razones de peso para su modificación. En efecto, los precedentes sobre la materia señalan que:

(a) Una actividad es peligrosa cuando genera una extraordinaria peligrosidad[11], en tanto sus consecuencias nocivas, así sean previsibles, son inevitables con los procedimientos usuales. Tal previsibilidad «*exige del empresario reserva financiera adecuada, en función indemnizatoria que restablezca el equilibrio para el beneficio general*» (5 ab. 1962).

[11] Sentencias de 14 mar. 1934; 10 jun. 1952 y 9 jun. 1961.

Esto sucede, por regla general, cuando se utilizan herramientas que aumentan la fuerza del agresor y rompen el equilibrio con la víctima, incluso de forma potencial[12].

(b) El artículo 2536 del Código Civil consagra una presunción de responsabilidad o de culpa, en el sentido que la diligencia del demandado es irrelevante para la configuración de la responsabilidad, así como para la posible exoneración[13].

(c) Son responsables de la actividad, no sólo las personas que materialmente la desarrollen, sino sus guardianes, huelga explicarlo, quienes tienen el uso, control o aprovechamiento[14].

(d) El demandado sólo podrá exonerarse por la demostración de una causa extraña[15].

(e) Para la demostración de la responsabilidad basta acreditar la actividad peligrosa, el daño y el nexo causal, constituyéndose en una carga del demandante[16]; y

(f) Cuando concurren actividades peligrosas, deberá hacerse un estudio de las mismas, para establecer cuál de

---

[12] Sentencias de 16 jul. 1985; 4 jun. 1992, exp. n° 3382; 5 may. 1999, exp. n° 4978; 25 oct. 1999, exp. n° 5012; 3 mar. 2004, exp. n° 7623; 16 jun. 2008, rad. n° 2005-00611-01; 24 ag. 2009, exp. n° 2001-01054-01; 18 sep. 2009, exp. n° 2005-00406-01.

[13] Sentencias de 14 mar. 1934, 31 may. 1938, 27 oct. 1947; 14 feb. 1955; 19 sep. 1959, 14 oct. 1959, 20 sept. 1978, 16 jul 1985, 23 jun. 1988, 25 ag. 1988, 27 ab. 1990; 25 oct. 1999, exp. n° 5012; 14 mar. 2000, exp. n° 5177; 26 ag. 2010, rad. n° 2005-00611-01; 18 dic. 2012, rad. n° 2006-00094-01.

[14] Sentencias de 12 ab. 1991; 4 jun. 1992; 30 jun. 1993; 15 dic. 1994, exp. n° 4260; 22 ab. 1997, exp. n° 4753; 13 oct. 1998, exp. n° 5048; 5 may. 1999, exp. n° 4978; 20 jun. 2005, exp. n° 7627.

[15] Sentencias de 14 mar. 1934; 14 feb. 1955; 15 dic. 1994, exp. n° 4260; SC17723, 7 dic. 2016, rad. n° 2006-00123-01.

[16] Sentencia de 24 ab. 1951, 10 jun. 1952; 11 sep. 1952; 14 mar. 2000, exp. n° 5177; 24 ag. 2009, rad. n° 2001-01054-01; 16 may. 2011, rad. n° 2000-00005-01.

ellas tuvo mayor injerencia en la producción del hecho dañoso y, en consecuencia, condenar[17].

Repárese que la noción de actividad peligrosa está asentada en la ruptura del equilibrio físico entre los partícipes en una situación, que conduce a que una de éstas quede desprovista de mecanismos para controlar las consecuencias del actuar de la otra, considerando sus capacidades naturales.

Un cambio de noción, para centrarse en la imprevisibilidad de las consecuencias, haría que situaciones antes inadvertidas queden cobijadas como peligrosas, como se sugiere en la sentencia respecto a la biogenética, atentando contra la estabilidad de las relaciones y la confianza de los administrados; así, los investigadores en este campo dejarán de estar sometidos al régimen general de la responsabilidad por culpa probada, para pasar a una presunción no derrotable, lo que puede desincentivar su producción científica.

Que el concepto de actividad peligrosa evolucione con el paso del tiempo, en orden a incluir o excluir laboríos, se explica por la posibilidad de reducir los riesgos de éstos hasta el punto de hacerlos manejables para los hombres ordinarios, de acuerdo con las necesidades sociales y los desarrollos tecnológicos. Pero de esto no se sigue que el único criterio para fundamentar la peligrosidad sea la eventualidad de daños incontrolables e imprevisibles.

Vivimos en una sociedad de riesgo, pues la tecnología ha permitido acceder a inventos y modelos de utilidad antes

[17] Sentencias de 31 ag. 1960, 17 jul. 1987; 5 may. 1999, exp. n° 4978; 26 nov. 1999, exp. n° 5220; 24 ag. 2009, rad. n° 2001-01054-01.

inimaginados, que nos exponen a consecuencias graves e imprevistas, por lo que una ampliación de la noción nos avoca a una generalización de la responsabilidad por actividades peligrosas, en desmedro de la regla general de la responsabilidad subjetiva.

EL CASO CONCRETO

Para concluir, si bien se comparte el sentido de la decisión, no sucede lo mismo con la justificación enarbolada para denegar los embistes iniciales. El primero, porque no se hizo un análisis de los argumentos del casacionista para desestimar la culpa exclusiva de la víctima; y el segundo, porque no debió ser objeto de estudio, al incurrir en una deficiencia que impedía su examen en casación.

Primer cargo.

Se afirmó que, para evaluar la responsabilidad de la demandada, debía establecerse la creación de un riesgo y la exposición imprudente al mismo, lo cual se encontró acreditado; empero, estas conclusiones no se soportaron en el material probatorio que integra el expediente, ni atiende el argumento del casacionista sobre la existencia de una culpa exclusiva de la víctima.

Al respecto, señálese que la mencionada causal de exoneración de responsabilidad se configura con ocasión de una «*conducta imprudente o negligente del sujeto damnificado, que por sí sola resultó suficiente para causar el daño. Tal proceder u omisión exime de responsabilidad si se constituye en la única causa generadora del perjuicio sufrido, pues de lo contrario solo autoriza una reducción de la*

indemnización, en la forma y términos previstos en el artículo 2357 del Código Civil» (SC7534, 16 jun. 2015, rad. n° 2001-00054-01); en otras palabras consiste en la exposición temeraria o imprudente, por parte de la víctima, a la producción del hecho dañoso (SC8209, 21 jun. 2016, rad. n° 2009-00022-01).

Esta causal, entonces, reclama que el victimario haya obrado conforme al estándar de conducta que le es exigible, no así el perjudicado, quien incurrió en un yerro que dio lugar al menoscabo. Al respecto, la Corte ha manfiestado:

> *La falta de la víctima, cuando es la única causa del daño producido, exonera de toda clase de responsabilidad civil, no sólo de aquella que reposa o se fundamenta sobre una falta probada, sino también de la que se apoya, en una falta presunta.*
>
> *Pero para que la culpa de la víctima tenga la relevancia jurídica apuntada, o sea para, que constituya una eximente de responsabilidad civil al demandado, es preciso que ella haya, sido la causa exclusiva del daño; que absorba de alguna manera integralmente la imprudencia y el descuido del demandado, los cuales por consiguiente no tendrán ninguna trascendencia en la producción del perjuicio* (17 may. 1982).

Por consiguiente, cuando concurran actuaciones antijurídicas del agresor y agredido, frente a la producción del daño, se excluye la estructuración de esta causal eximente, siendo deber de aquél concurrir al pago de la indemnización de perjuicios.

Esto fue lo que sucedió en el caso, por cuanto en el proceso se demostró que CODENSA S.A. incumplió las normas relativas a la seguridad de conducción de energía, actuación que fue decisiva para la producción de la muerte

del señor Umbarila, por lo que se desestima la causal de exculpación alegada.

Así lo concluyó el *ad quem*, proque aún de admitirse que los demandantes se acercaron a la red de conducción, «*este hecho no tiene la virtualidad para descartar la responsabilidad de CODENSA S.A. E.S.P., por una razón, y es que no es verdad que la distancia entre el primero piso de la casa y el cableado sea el reglamentario; circunstancia fáctica que además permite inferir que la actividad desplegada por esa sociedad no cumplió con los parámetros de Ley*» (folio 41 reservo del cuaderno Tribunal).

Tal corolario encuentra asidero en los medios suasorios recolectados en las instancias. Así, en el dictamen pericial de 7 de septiembre de 2012, el experto sostuvo que «*[e]l actual Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas RETIE, establece que... la distancia mínima (b) a mantener es de 2.30 metros... De acuerdo con el Diagrama de Distancias..., la red tendida frente al predio no cumple con la distancia mínima establecida por la norma en comento al presentar una distancia de 1,80 metros aproximadamente, medida tomada desde el paramento de la edificación hasta la línea de energía de media tensión que se encuentra m[á]s cercana al inmueble*» (folios 249-250 del cuaderno 1).

En la aclaración y complementación el experto insistió en que «*la distancia entre el conducto más cercano de la red de media tensión y el paramento de la edificación es de 1,80 metros... y que la norma CODENSA S.A. E.S.P. con última revisión del 06-12-2004, posterior a la expedición del RETIE y vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos... claramente se indica que la distancia 'b' para un nivel de tensión de 11.4KV es de 2,3 metros*» (folios 277 y 279).

En el interrogatorio del representante legal de la convocada se admitió que «*respecto a la fachada del primero piso existe una distancia de 1.70 centímetros de la fachada a la primera línea de la red, distancia que va siendo reducida en forma proporcional... a tan solo 90 centímetros*» (folio 188 ibidem), en soporte de lo cual allegó un estudio del Departamento de Mantenimiento Correctivo (folio 182), el cual reitera estas mediciones.

A su vez, las atestaciones de Jheyson Umbarila Saboya, Luis Francisco Hernández Contreras, Sandra Milena Castellanos Castañeda, y Luis Felipe Pérez Gómez, dan cuenta de la cercanía de los cables con la edificación (folios 143, 188, 210 y 215 respectivamente), en armonía con el trabajo técnico del perito.

En consecuencia, advertido el comportamiento contrario a derecho de la accionada, era claro que estaba llamada a responder, sin que pudiera eximirse con base en los errores de conducta del fallecido señor Umbarila, razón para excluir la causal de exoneración de responsabilidad invocada.

Fluye de lo expuesto que, los supuestos errores achacados al Tribunal por pretermisión de material suasorio, aún de existir, devienen en intrascendentes, pues los mismos no estaban orientados a desvirtuar que la encartada cumplió las normas que rigen la seguridad de las redes eléctricas, sino en endilgar un yerro en el actuar de los demandantes, lo que es ajeno a la excepción propuesta de culpa exclusiva de la víctima.

En este sentido, el embiste no estaba llamado a prosperar.

Cargo segundo.

En la fundamentación de la sentencia se desechó la censura, por cuanto la vulneración de las normas sobre construcción «*no tiene ninguna relación con el daño de electrocución que* [la víctima] *sufrió, sino que está encaminado a la regulación urbanística de las edificaciones. No hay, por tanto, ninguna correlación de imputación entre los reglamentos de construcción... y el deber a cargo del occiso de evitar exponerse al peligro de electrocución*» (página 37).

Al respecto, lo primero que debe dejarse sentado es que el cargo no podía ser objeto de estudio en casación, por faltar a la claridad y precisión que exige el numeral 3° del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, en tanto dejó de lado argumentos cardinales de la sentencia impugnada, deviniendo por tanto en incompleto.

Total que, para negar la súplica relativa a la coparticipación causal, el juzgador argumentó que la encartada (i) infringió las normas sobre distancia de redes eléctricas, (ii) faltó al deber de trasladar los tendidos para ajustarlos a la mensura legal, y (iii) omitió adelantar acciones para recuperar el espacio público afectado por la construcción; así como que (iv) el riesgo eléctrico existía con antelación a la construcción del segundo y tercer piso.

No obstante, la casacionista enfiló su ataque hacia la primera y última de las premisas, buscando con ello develar un comportamiento imprudente de los demandantes y del

fenecido señor Umbarila, sin cuestionar las dos (2) restantes. En efecto, la censora recriminó que no se tuviera en cuenta que la electrocución se originó por la manipulación de objetos metálicos y que la construcción de unos alerones acercaron el inmueble a las cuerdas de conducción; pero dejó de lado los aspectos relativos a la posibilidad de recuperar el espacio público supuestamente invadido, ni el aprovechamiento de terreno libre para reubicar los postes eléctricos.

En consecuencia, el estudio del cargo deviene inocuo, pues aún de admitirse su prosperidad, la sentencia del Tribunal se mantendría incólume, al soportarse en los razonamientos no censurados, las cuales seguirán abrigados por la presunción de acierto y legalidad que es propia de las sentencias de instancia, por no haber sido controvertidos en casación.

Por incompleto el cargo debió ser repelido, sin consideraciones adicionales.

Ahora bien, aunque se hiciera caso omiso del anterior yerro, tampoco se advierte que las apreciaciones del fallador de segundo grado sean contraevidentes, pues el material persuasivo no brinda la claridad suficiente para establecer la relevancia de la participación de las víctimas en el suceso perjudicial, siendo aplicable la presunción de responsabilidad que pesa sobre la empresa demandada por ejercer una actividad especialmente peligrosa.

Recuérdese que, según la jurisprudencia de este órgano de cierre, la electricidad es un laborío de marcada peligrosidad intrínseca, por exponer a las personas a riesgos especiales, siendo guardián de la misma la sociedad

generadora, transformadora, transmisora o distribuidora (25 nov. 1999, exp. n° 5173).

De allí que sea considerada como *peligrosa en grado sumo* (18 sep., rad. n° 2005-00406-01[18]), generando una presunción de responsabilidad de la prestadora del servicio (26 ag. 2010, rad. n° 2005-00611-01, reiterada el 14 oct. 2010, rad. n° 2002-00024-01), siempre que la víctima demuestre la actividad, el daño y el nexo causal (9 jul. 2010, rad. n° 1999-02191-01).

En el *sub lite*, el Tribunal valoró el dictamen pericial y los testimonios para develar el error de conducta de CODENSA S.A., encontrando que las actuaciones del difunto Umbarila carecían de la aptitud para producir el daño.

Lo anterior encuentra eco en la imposibilidad de establecer el momento en que se instaló el tendido eléctrico, en comparación con la realización de la construcción, con el fin de establecer si aquél se situó incorrectamente desde sus orígenes o esta última se levantó en contravención de las reglas del RETIE.

Así, las pruebas no dan cuenta del momento exacto en que se delimitaron los lotes y se construyó el primero de los pisos, con el fin de evidenciar si CODENSA S.A. instaló los postes sin respetar la distancia de protección considerando los linderos del inmueble, o si la cercanía se originó de una invasión del espacio público. Tampoco se conoce si, al momento en que se edificaron los pisos superiores, los

[18] En el mismo sentido providencias de 8 sep. 2011, rad. n° 2006-00049-01; 28 ab. 2014, SC5050, rad. n° 2009-00201-01; y 15 dic. 2016, SC18146, rad. n° 2009-00282-01.

cables yacían por fuera de la distancia reglamentaria, con el objeto de establecer la influencia de esta actividad en la causación del daño.

Lo primero, pues en el sistema de información del Centro de Distribución de CODENSA S.A., se registró que el servicio de electricidad comenzó a suministrarse el 11 de agosto de 2007, en tanto en este mes *la infraestructura fue instalada*, según lo atestiguó Luis Francisco Hernández Contreras (folio 185) y Luis Felipe Pérez Gómez (folio 214). Claridad que se desdibuja frente a otro documento emanado del mismo centro, en el que se aseguró que el transformador eléctrico entró en operación el 20 de septiembre de 2006 (folio 269), esto es, en una anualidad diferente. Adicionalmente, las atestaciones de Jheyson Umbarila Saboya (folio 144), Rita Saboya (folio 154) y Richard Umbarila Saboya (folios 160 y 163) afirman que la red fue puesta en servicio tiempo después, sin que el casacionista exponga argumentos que permitan resolver el tema a favor de la accionada.

Otro tanto sucede con las fechas de la actividad constructiva. Pues, según la manifestación realizada por Rita Saboyá al perito, entre los años 2006 y 2008 se adelantó la obra (folio 251), aunque en el interrogatorio de parte aseguró que para el 2006 ya existía la primera las plantas (folio 159). En la declaración de Jheyson Umbarila se relató que entre 2007 y 2009 se hicieron los diferentes pisos (folio 144). John Richard Umbarila Saboya sostuvo que para el 2007 estaba la primera planta, sin indicar la fecha en que se hizo, mientras que la segunda y tercera datan de 2008 (folio 161). Luis Felipe Pérez, con base en su experiencia, sostuvo que casos como el presente la red

eléctrica se instala cuando ya existe un primer piso (folio 213).

Luego, ante la falta de claridad sobre la correlación existente entre la construcción y el cableado eléctrico, no aparece evidente el error de hecho achacado al Tribunal, en tanto no es dable determinar si la infracción a las normas urbanísticas (ausencia de licencia de construcción y eventual invasión del espacio público), fue una conducta determinante en la electrocución, pues de haberse realizado primero la edificación, es claro que CODENSA S.A. debió tomar medidas para evitar la cercanía de los cables, sin que el error de los afectados le permitiera exponerlos a los riesgos de la conducción eléctrica.

En otras palabras, la concurrencia de actividades peligrosas, en este caso, no permite reducir la indemnización a favor de la accionada, por cuanto no logró demostrar la participación causal de las víctimas, por lo que en este sentido las conclusiones del *ad quem* se avienen con las normas endilgadas como conculcadas. Lo expuesto, sin perjuicio de las medidas administrativas que se espera de las entidades competentes, para evitar el desconocimiento de las normas de planeación urbana y protección del espacio público.

En los términos precedentes se aclara el voto frente a la decisión mayoritaria.

Fecha *ut supra.*

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Magistrado