



Santiago de Cali. 12 de febrero de 2024.

Doctor
NELSON OSORIO GUAMANGA
Juez Once (11) Civil del Circuito de Cali
En su Correo Electrónico

Ref. Pronunciamiento Frente a Recurso de Reposición Formulado por HDI SEGUROS S.A. contra Auto Interlocutorio 1737 Notificado en Estado de 12 de diciembre del 2023.

Proceso. Verbal de Responsabilidad Civil Extra Contractual mayor cuantía)
Demandante. MARIO DE JESUS OSORIO y Otros.
Demandado. TRANSPORTES MONTEBELLO y Otros.
Radicación. 2017-00337

En ejercicio de las personerías que me han sido reconocidas, con este escrito me permito formular el pronunciamiento de la referencia, solicitando a su Señoría desestimar el recurso formulado por el llamado en garantía HDI SEGUROS S.A., contra la providencia que libró mandamiento de pago, procediéndose en su lugar a despachar favorablemente el recurso de reposición formulado por el suscrito contra la misma providencia.

Lo anterior, atendiendo las consideraciones que a continuación se enumeran:

1. Sea lo primero advertir que las consideraciones esbozadas por el recurrente respecto del valor de la obligación carecen de validez al contrastarse con las providencias base de la ejecución, particularmente respecto de la Sentencia de Segunda Instancia de 18 de mayo de 2023, mediante la cual se revocó la declaratoria de prescripción extintiva de las acciones derivadas del contrato de seguro, propuesta contra mis mandantes.

En la citada providencia el **Magistrado Ponente, Doctor CARLOS ALBERTO ROMERO SANCHEZ**, puso fin a cualquier discusión alrededor del monto de la condena imponible al asegurador, señalando sin ambages alguno en la parte considerativa que para la póliza de primera capa el límite o valor asegurado corresponde a \$ 53'312.582,54, en tanto que, para la póliza en exceso, corresponde a \$ 307'312.557,85, sumándose así, entre los dos seguros un límite total, para el caso concreto, que asciende a \$ 360.625.140,39.

En este sentido, se lee en la parte considerativa:

En este caso, la póliza principal tiene como límite de cobertura por lesiones o muerte a una persona, el equivalente a 60SMLMV; como el salario mínimo fijado para 2007 (fecha del siniestro) fue de \$433.700, el valor asegurado corresponde a \$26'022.000. A su vez, la póliza de exceso cuenta con un valor asegurado de \$150'000.000 por evento. Esos valores se actualizarán utilizando la fórmula reseñada en las líneas anteriores:



$$Sa = Sh \times \left[\frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}} \right]$$

Entonces, para la póliza principal se tiene que:

$$Sa = \$26.022.000 \left[\frac{132,80}{64,82} \right]$$

$$Sa = \$53.312.582,54$$

Y para la póliza en exceso:

$$Sa = \$150.000.000 \left[\frac{132,80}{64,82} \right]$$

$$Sa = \$307.312.557,85^9$$

De ese modo, se tiene que en este evento, la aseguradora está llamada a responder por la condena impuesta a sus asegurados, en la forma y términos convenidos en las pólizas de seguro, para la póliza principal el límite de cobertura, actualizado a la fecha de esta sentencia, asciende a \$53'312.582,54, y para la póliza de exceso, el valor del amparo corresponde a \$307'312.557,85.

En armonía con lo anterior, la parte resolutive de la Sentencia, dispuso el pago por parte del asegurador respetando los valores asegurados, mismo que, se reitera, fueron explicados en la parte considerativa ya transcrita:

PRIMERO. – REVOCAR el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada, en el cual se declaró probada la excepción de prescripción alegada por HDI Seguros S.A., para en su lugar disponer que la aseguradora deberá responder por la condena impuesta a los demandados (Transportes Montebello S.A. y Jhoan Arbey Quintana Pernía) en la forma y términos convenidos en las pólizas aportadas, hasta el límite de los valores asegurados (debidamente actualizados) y conforme al deducible pactado.

Lo anterior, fue reiterado por el A-Quem al despachar la solicitud de aclaración formulada por el suscrito, en los siguientes términos:

El Tribunal tampoco omitió resolver sobre algún aspecto que resultare obligatorio conforme a la ley. En este evento, atendiendo la solicitud de las partes, y de conformidad con las pautas jurisprudenciales que imponen la corrección monetaria ante la depreciación del dinero por el paso del tiempo, los valores asegurados fueron debidamente indexados hasta la fecha de la sentencia. Sin embargo, la actualización monetaria realizada, no implica de ningún modo que esa suma resulte inamovible, pues conforme a los razonamientos expuestos en el numeral 3º de la parte considerativa del fallo, es claro que los valores asegurados deben actualizarse a la fecha en que se vaya a efectuar el pago.



En ese sentido, allí se citó lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de 18 de diciembre de 2012 (exp. 2004-00172-01), en la que se memoró que la naturaleza de la indexación “no es resarcitoria ni hace parte del objeto de la pretensión, sino que es una simple variación de las condiciones externas del perjuicio, debido a la depreciación que sufre el dinero en el tiempo por la incidencia de ciertos factores de la economía”.

Como puede observarse, el A-Quem se la oportunidad de aclarar que incluso la indexación debe hacerse hasta la fecha en que tenga lugar el pago total de la indemnización.

Empero, lo más relevante a sobre este punto es que el Tribunal se encargó de señalar con claridad cuales eran los valores asegurados a tener en consideración en el caso concreto, sin lugar a ambages.

2. El recurrente mediante su solicitud de reposición pretende hacer valer de manera extemporánea las excepciones de fondo propuestas contra el llamamiento en garantía, desconociendo la ejecutoria y la fuerza juzgada de la Sentencia de Segunda Instancia de 18 de mayo de 2023, mediante la cual se revocó la declaratoria de prescripción extintiva de las acciones derivadas del contrato de seguro, propuesta contra mis mandantes, y, la jurisprudencia reiterada acerca de la cobertura de todos los perjuicios, en el marco del seguro de responsabilidad civil.

A través del escrito contentivo del recurso de reposición objeto de este pronunciamiento, el recurrente se encarga en síntesis de persuadir a su Señoría, acerca de cómo el A – Quem le habría dado validez de manera indistinta a todas las cláusulas del contrato de seguro, especialmente aquellas que limitaría el valor de la indemnización de determinados perjuicios, como el moral, planteamiento que vale decir, fue objeto de sustento de la excepción de fondo denominada “LÍMITES MÁXIMOS DE RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR Y CONDICIONES DE LAS PÓLIZAS QUE ENMARCAN LAS OBLIGACIONES DE LAS PARTES.”, y, que de llegar a acogerse vulneraría la ejecutoria y fuerza juzgada de la providencia objeto de ejecución, y, el precedente en materia de perjuicios cubiertos en el seguro de responsabilidad civil, tal como pasa a explicarse:

- 2.1. Dada la fecha de notificación y naturaleza de la Sentencia de Segunda Instancia de 18 de mayo de 2023, mediante la cual se revocó la declaratoria de prescripción extintiva de las acciones derivadas del contrato de seguro, propuesta contra mis mandantes, no cabe duda alguna con respecto a que esta cobró fuerza ejecutoria ya hace un tiempo importante, y, en adición, hizo transito a cosa juzgada.

Así mismo, como se explicó anteriormente a través de este documento, el A – Quem estableció con claridad el monto indexado de los valores asegurados, que en el caso concreto limitan la condena impuesta a HDI SEGUROS S.A., se reitera, para la póliza de primera capa el límite o valor asegurado corresponde a \$ 53'312.582,54, en tanto que, para la póliza en exceso, corresponde a \$ 307'312.557,85, sumándose así, entre los dos seguros un límite total, **para el caso concreto**, que asciende a \$ 360.625.140,39.

La anterior determinación ya cobró fuerza ejecutoria e hizo transito a cosa juzgada, de tal suerte que el acto del asegurador consistente en reiterar una discusión que planteó en la contestación de la demanda, no tiene cabida, esto -



con mayor relieve teniéndose en cuenta que ni el A – Quo, ni el A – Quem, declararon prospera la excepción denominada “LÍMITES MÁXIMOS DE RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR Y CONDICIONES DE LAS PÓLIZAS QUE ENMARCAN LAS OBLIGACIONES DE LAS PARTES.”, cuya fundamentación se reitera en el recurso objeto de este pronunciamiento.

Luego, el planteamiento del recurrente carece de validez al ser contrastado con la Sentencia del A – Quem, que, nuevamente se recalca, sentó con claridad los valores que deben ser cancelados por el asegurador, por consistir en los valores asegurados aplicables al siniestro de responsabilidad civil, en cada una de las pólizas afectadas en el caso concreto, en ningún aparte el A – Quem señala que el valor de la indemnización deba limitarse en consideración a algún concepto diferente del valor asegurado, menos aun despacha favorablemente la excepción de fondo citada anteriormente.

2.2. En adición, con los fundamentos de su medio de impugnación, el recurrente pretende inducir a su Señoría, además de desconocer el pronunciamiento de su A-Quem, a otorgar a las pólizas afectadas en el caso caso concreto, una interpretación considerada incorrecta por la SALA DE CASACION CIVIL, de cara a lo dispuesto en el Art. 1127 del C.Co.

En efecto, mediante las Sentencias SC 2107-2018 Radicación N° 11001-31-03-032-2011-00736-0 del 12 de junio de 2018, SC002-2018 Radicación N° 11001-31-03-027-2010-00578-01 del 12 de enero de 2018 y STC17390-2017 Radicación N° 11001-02-03-000-2017-02689-00 (anexas), la máxima Corporación Judicial en materia Civil, se ha encargado de construir un precedente judicial uniforme y armónico, de acuerdo con el cual, en una síntesis muy estrecha, cualquier interpretación que se brinde al Art. 1127 del C.Co., avalando la exoneración del asegurador de pagar algún perjuicio, es errónea, al punto que así lo determinado incluso en escenario de tutela, resolviendo de fondo en tan solo 9 días, lo que exige una absoluta claridad conceptual.

En este sentido, por tan solo traer una cita de contexto, en la tercera de los referidos precedentes judiciales, se precisó:

(...)

“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.

(...)

El Tribunal, por lo tanto, cometió un error manifiesto y trascendente 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 ni el daño a la vida de relación inferido a los demandantes por ser de carácter extrapatrimonial. 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.

En consecuencia, al interpretar erróneamente tales disposiciones, aplicó indebidamente el artículo 1127 *ibidem*, incurriendo de ese modo en una violación del derecho fundamental al debido proceso que denunciaron los tutelantes.”.

Como puede observarse, de acuerdo con la línea hermenéutica construida por el Órgano Judicial de cierre, cualquier tipo de pacto, clausula, acuerdo, condición, etc., diferente del valor asegurado, que disminuya el límite de la indemnización pagadera por el asegurador en el marco del seguro de responsabilidad civil, queda por completo proscrita, como en el caso concreto deben tenerse las invocadas por el asegurador recurrente, al reiterar los fundamentos de la excepción de fondo (ya resuelta) denominada “LÍMITES MÁXIMOS DE RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR Y CONDICIONES DE LAS PÓLIZAS QUE ENMARCAN LAS OBLIGACIONES DE LAS PARTES.”.

Corolario de lo anterior se tiene que el recurso objeto de este pronunciamiento, carece validez al ser contrastado con el título ejecutivo, tanto en su parte considerativa como resolutive, al tiempo que, pretende revivir discusiones ya zanjadas e inducir a un claro desconocimiento del precedente judicial aplicable a la materia, razón por la cual reitero mi solicitud inicial de desestimarlo, para en su lugar despachar favorablemente el formulado por el suscrito frente a la misma providencia.

Expectante de la decisión que en derecho corresponda, me suscribo.

Del Señor Juez,

Atentamente

JUAN MIGUEL TOFIÑO HURTADO:

C.C. N° 94.478.127

T.P. N° 158.297 del C.S. de la J.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

Magistrado ponente

STC17390-2017

Radicación n.º 11001-02-03-000-2017-02689-00

(Aprobado en sesión de veinticinco de octubre de dos mil diecisiete)

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

Decide la Corte la acción de tutela que formularon Lucila Medina Martínez, Oscar Darío, Yineth y Yadira Farías Mayorga contra la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, trámite al que se ordenó vincular al Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de la misma ciudad.

L ANTECEDENTES

A. La pretensión

Los accionantes solicitan el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y defensa, los cuales estiman vulnerados por las autoridades judiciales accionadas, quienes dentro del proceso de responsabilidad civil que promovieron, eximieron a la aseguradora demandada del pago de perjuicios de orden moral, a pesar de que la cláusula que contemplaba la referida exclusión no se encontraba en la primera hoja de la póliza, tal como se exigió en una providencia emitida por esta Corporación.

Pretenden, en consecuencia, que por respeto al precedente vertical se deje sin efecto la sentencia que definió el asunto en segunda instancia, y en su lugar se ordene emitir una nueva en la que se disponga que la aseguradora también debe responder por los perjuicios que sufrieron.

B. Los hechos

1. El 18 de diciembre de 2010 Favián Rodríguez Espitia, conductor del vehículo de placas CZT-237, se vio involucrado en un accidente de tránsito en el que Víctor María Farías perdió la vida.

2. La esposa e hijos de la víctima, hoy accionantes, presentaron demanda en contra del conductor y Seguros del Estado S.A. con el fin de que se les declarara civil y solidariamente responsables por la muerte de su familiar y se les condenara al pago de perjuicios materiales y morales que sufrieron.

La esposa del fallecido solicitó que se reconociera a su favor la suma de \$2'000.000 de pesos por daño emergente y \$118'916.424 por lucro cesante. Por perjuicios morales ella y sus hijos solicitaron el reconocimiento de \$64'435.000 para cada uno.

3. El conocimiento del asunto correspondió al Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá.

4. Dentro de la Oportunidad pertinente, Seguros del Estado S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones que denominó *«configuración de la causal eximente de responsabilidad de culpa de la víctima; incumplimiento de los requisitos legales para la afectación de una póliza de responsabilidad civil; el perjuicio moral como riesgo no asumido por la póliza de seguros de automóviles N- 37-48-101009862; límite de responsabilidad de la póliza de seguro de automóviles; inexistencia de obligación solidaria de seguros del estado S.A. e inexistencia de la obligación»*.

Aunque el demandado Favián Rodríguez Espitia fue notificado del auto admisorio de la demanda, no se opuso a las pretensiones ni intervino en el trámite judicial.

5. El 30 de marzo de la presente anualidad se dictó sentencia que declaró probadas parcialmente las excepciones de *«límite de responsabilidad de la póliza de seguros de automóviles; el perjuicio moral como riesgo no asumido por la póliza de seguros de automóviles; e inexistencia de obligación y el perjuicio de daño*

en vida en relación como riesgo no asumido por la póliza de seguros de automóviles», formuladas por Seguros del Estado S.A.

Además, declaró civilmente responsable a Favián Rodríguez por el fallecimiento de Víctor Farías, por lo que se le condenó a pagar a favor de la esposa del causante la suma de \$103'509.392 por lucro cesante, \$2'000.000 por daño emergente, 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes por daño moral y un valor igual por daño a la vida en relación. A cada uno de los hijos demandantes se les reconoció 100 salarios mínimos mensuales por daños morales.

En esa decisión se especificó que Seguros del Estado S.A. respondería de manera solidaria únicamente por las sumas reconocidas a Lucía Medina Martínez por perjuicios materiales.

6. La parte demandante formuló recurso de apelación para que se condene a la aseguradora al pago del perjuicio moral y del daño a la vida de relación, toda vez que *«dicha exclusión no está fijada en la primera página o en la primera hoja de la póliza que fue aportada por la aseguradora a este juicio»* conforme lo indicó esta Corte en sentencia del 29 de enero de 2015.

7. Mediante providencia del 17 de julio de 2017 el Tribunal confirmó la sentencia impugnada, luego de considerar que de conformidad con lo estipulado en el artículo 1127 del Código de Comercio, *«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».*

De igual modo, indicó que *«este ramo de seguro es una variable de los seguros de daños, que de acuerdo con el artículo 1088 ibidem tienen respecto del asegurado la característica de ser "contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento", de modo que para abarcar determinados riesgos, como el lucro cesante, deberá ser objeto de un acuerdo expreso».*

«En síntesis prosiguió, el seguro de la responsabilidad civil, por definición legal, sólo impone al asegurador la obligación de indemnizar los "perjuicios patrimoniales», razón por la cual los de naturaleza extrapatrimonial deben ser objeto de cobertura especial».

Con relación a la invocación que hizo la parte demandante de los artículos 44 de la Ley 45 de 1990 y 184 del decreto 663 de 1993, según los cuales los amparos básicos y exclusiones deben figurar en caracteres destacados en la primera página de la póliza, el juzgador de segundo grado estimó que lo que quieren decir esas disposiciones *«es que las condiciones generales deben contener, de manera continua y con posterioridad a la primera página, amparos y exclusiones»*.

En todo caso, indicó, el artículo 1127 del Código de Comercio expresa que el seguro de responsabilidad civil sólo cubre los perjuicios patrimoniales, por lo que *«no resulta lógico entender que si el riesgo asumido es la muerte o lesión de una persona, en esa cobertura quede implícitamente comprendida la indemnización del daño moral o a la vida de relación, como amparo del daño inmaterial. Es decir, la no mención del perjuicio extrapatrimonial obedece a la propia disposición del legislador, que no a una exclusión acordada con el tomador, y el hecho de que en las condiciones generales se le haya traído con el nombre de "exclusión", ello no quiere decir que haya mediado un acuerdo contractual para excluirlo propiamente. Más aún cuando, como en el presente caso, la compañía alegó, por vía de excepciones de mérito, que no fue un riesgo asumido cuando suscribió el contrato con el beneficiario y tomador, que se reitera, no fueron los aquí demandantes»*.

De todo lo anterior concluyó que los perjuicios extrapatrimoniales quedaron por fuera del amparo, por lo que la aseguradora no tenía ninguna obligación respecto del pago de esos conceptos.

8. Los demandantes acuden al amparo constitucional por considerar que la referida decisión vulnera sus derechos fundamentales, pues de conformidad con precedentes de esta Corporación, los riesgos excluidos del contrato de seguros deben estar relacionados en la primera página de la póliza, lo que en su caso no ocurrió.

C. El trámite de la instancia

1. El 4 de octubre de 2017 se admitió la acción de tutela y se ordenó el traslado a los involucrados para que ejercieran su derecho de defensa.

2. El Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá refirió que la inconformidad de los accionantes se contrae a cuestionar la validez de las exclusiones que contenía el contrato de seguros que suscribieron los demandados, discusión que fue zanjada razonablemente en el interior del litigio, sin que sea posible a través de la solicitud de amparo desvirtuar decisiones válidamente emitidas.

Por su parte, el Tribunal Superior de Bogotá remitió copia de la providencia que definió en asunto en segunda instancia.

Seguros del Estado S.A. se opuso a las pretensiones de la acción de tutela e indicó que ésta no puede ser empleada como un recurso adicional, siendo claro que la controversia planteada por los accionantes quedó definida con la sentencia de segunda instancia, donde se estudiaron de manera razonada las inconformidades planteadas por la parte demandante.

Allegó copia de la póliza del contrato de seguros que cubría los riesgos generados por el vehículo de placas CZT-237 y las condiciones generales que hacen parte del mismo.

II. CONSIDERACIONES

1. La jurisprudencia de manera invariable ha señalado que, por regla general, la acción de tutela no procede contra providencias judiciales y, por tanto, sólo en forma excepcional resulta viable la prosperidad del amparo para atacar tales decisiones cuando con ellas se causa vulneración a los derechos fundamentales de los asociados.

Los criterios que se han establecido para identificar las causales de procedibilidad en estos eventos están cimentados en el reproche que merece toda actividad de la administración de justicia arbitraria, caprichosa, infundada o rebelada contra las preceptivas legales que rigen el respectivo trámite, con detrimento de las garantías reconocidas a las personas por la Constitución Política.

Una de las causas que justifican la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales se da cuando en desarrollo de la actividad judicial el funcionario se aparta de manera evidente de

las normas sustanciales o procesales aplicables al caso, cuya situación termina produciendo un fallo que vulnera derechos fundamentales.

2. Una vez analizado el contenido de la providencia objeto de reclamo, se observa la incursión del Tribunal en una vía de hecho, pues tanto la interpretación que hizo de las normas sustanciales que regulan el seguro de responsabilidad civil, como la valoración material del contenido de la póliza fueron manifiestamente irrazonables.

2.1. En efecto, frente a las previsiones de los artículos 1088 y 1127 del Código de Comercio, el sentenciador consideró que esas disposiciones limitan el seguro de responsabilidad civil a los perjuicios patrimoniales, desconociendo 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 corresponden a un mismo rubro (daño emergente). De igual modo, lo que para la responsabilidad civil extracontractual es un daño extrapatrimonial, para el seguro de daños es un perjuicio de orden pecuniario. En estricto sentido, una vez el demandado es declarado responsable, la condena a resarcir los perjuicios le representa una erogación que afecta su patrimonio, independientemente de la clasificación que cada daño reciba en el derecho de la responsabilidad civil.

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 que el propósito de este contrato es 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 propósito principal de ese contrato el resarcimiento de la víctima. 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».'

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

¹ 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.

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.

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. Más 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.

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.

No está sujeto a discusión que el perjuicio que experimenta el responsable (asegurado) 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 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.

El Tribunal, por lo tanto, cometió un error manifiesto y trascendente 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 ni el daño a la vida de relación inferido a los demandantes por ser de carácter extrapatrimonial. 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.

En consecuencia, al interpretar erróneamente tales disposiciones, aplicó indebidamente el artículo 1127 *ibidem*, incurriendo de ese modo en una violación del derecho fundamental al debido proceso que denunciaron los tutelantes.

2.2. Ahora bien, respecto de los artículos 44 de la Ley 45 de 1990 y 184 del decreto 663 de 1993, que indican clara e inequívocamente que los amparos básicos y las exclusiones deben figurar en caracteres destacados en la primera página de la póliza, el juzgador realizó una exótica interpretación, según la cual esas disposiciones sólo expresan «*que las condiciones generales deben contener, de manera continua y con posterioridad a la primera página, amparos y exclusiones*», mas no que éstas deben consignarse en la primera página; lo anterior en contravía de lo explicado por la jurisprudencia de esta Corte en STC 514 del 29 de enero de 2015.

Según el artículo 27 del Código Civil, «*cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu*». Luego, como el artículo 44 de la Ley 45 de 1990 y el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero son claros al exigir como requisito que «*los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza*», cualquier otra interpretación que desconozca el tenor literal de esas disposiciones se erige en una arbitrariedad, tal como ocurrió con la particular exégesis del Tribunal, según la cual el sentido de aquellas normas es «*que las condiciones generales deben contener, de manera continua y con posterioridad a la primera*

página, amparos y exclusiones», lo cual es tan absurdo y alejado de la finalidad de la ley que no merece mayores comentarios.

Al respecto, esta Corporación en varias oportunidades ha aclarado que el marco legal que regula el tema de las exclusiones en las pólizas de seguro es de naturaleza pública y, por tanto, de obligatorio cumplimiento, lo que vicia de ineficacia las estipulaciones de los contratos de seguro que se celebren con desconocimiento de tales formalidades. En consecuencia, las exclusiones que contravengan los requerimientos legales, como su redacción en caracteres destacados en la primera página de la póliza, se tendrán en todos los casos como no escritas, tal como lo ha afirmado esta Corte en STC del 25 de julio de 2013 (Rad. 01591-01) y STC514 del 29 de enero de 2015 (Rad. 2015-00036-00).

La elaborada interpretación del Tribunal, en suma, desconoció el imperio de la Ley y los lineamientos jurisprudenciales que esta Sede ha expresado en materia de cumplimiento de requisitos formales de las pólizas de seguros, lo que lo condujo a dar valor probatorio a unas exclusiones que no sólo no eran tales -como se indicó con anterioridad- sino que ni siquiera se demostró que hicieran parte del contrato de seguro, como enseguida pasa a explicarse.

2.3. Con relación a la valoración material del documento contentivo de las exclusiones, el juzgador de segunda instancia pasó por alto que en la primera página de la póliza se señaló que *«hacen parte de la presente póliza las condiciones generales contenidas en la forma **10/06/2015-1329-P-02-EAU001A**»* [folio 71]. Sin embargo, la aseguradora mencionada allegó al proceso las cláusulas contenidas en un formato diferente, identificado con el número *«**26/03/2010-1329-P-02-EAU001A**»* [folio 72 y s.s.]; por lo que ni siquiera logró demostrarse la existencia material del documento que la aseguradora pretendió hacer valer como prueba de la exclusión que adujo como sustento de sus excepciones.

Al no haber prueba de las supuestas exclusiones en las que la aseguradora pretendió fundar la ausencia de su obligación contractual respecto al pago de los perjuicios sufridos

por el asegurado con ocasión de su responsabilidad extracontractual, no existió ninguna razón para declarar la prosperidad de aquella excepción, por lo que la limitación de su obligación al pago de los perjuicios patrimoniales que sufrieron las víctimas careció de todo sustento legal.

4. Por los motivos mencionados prospera la protección invocada, por lo que para proteger las prerrogativas constitucionales de la parte actora se dejará sin valor y efecto la decisión de 17 de julio de 2017 y, en su lugar, se ordenará al Tribunal accionado que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta decisión, emita nuevo fallo teniendo en cuenta lo ~esto en esta providencia.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. CONCEDER el amparo invocado por los accionantes, en relación a la actuación surtida en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

SEGUNDO. DEJAR SIN VALOR Y EFECTO la sentencia de 17 de julio de 2017, mediante la cual se confirmó la emitida en primer grado.

TERCERO: ORDENAR al Tribunal accionado que dentro de las 48 horas siguientes al recibo del expediente, emita nuevo fallo teniendo en cuenta lo expuesto en esta providencia.

CUARTO: Por secretaría remítase el expediente contentivo del proceso ordinario que los accionantes promovieron contra Favián Rodríguez y Seguros del Estado S.A. a la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, para que dé cumplimiento a lo dispuesto en el numeral anterior.

Comuníquese lo aquí resuelto a los interesados por el medio más expedito; y en caso de no ser impugnada esta providencia, remítase el expediente de tutela a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado Ponente

SC2107-2018

Radicación: 11001-31-03-032-2011-00736-01

(Aprobado en Sala de veintiuno de febrero de dos mil dieciocho)

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

Se decide el recurso de casación de Alirio Méndez Mesa y Carlos Alirio Méndez Lache, respecto de la sentencia de 20 de agosto de 2015, emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Civil, en el proceso ordinario incoado por los recurrentes contra Liberty Seguros S.A. y Juan Bautista Quintero Ramírez.

1. ANTECEDENTES

1.1. **El petitum.** Los actores solicitaron declarar la responsabilidad extracontractual de los demandados, con la condena a pagar \$307'719.925, “o el valor que llegue a probarse” por daño emergente y lucro cesante “*presente y futuro*”; y la suma de 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes, equivalentes a perjuicios morales y fisiológicos.

1.2. **La causa petendi.** El demandante, Carlos Alirio Méndez Lache, el 7 de octubre de 2010, aparcó el vehículo que conducía sobre la berma de un tramo de la vía Fusagasugá a Bogotá D.C., descendiendo de él para verificar el “*estado*” del ganado que transportaba, siendo en ese momento embestido por la “*tractomula*” de propiedad del convocado, Juan Bautista Quintero Ramírez, y conducida por José David Galvis Luque, quien, al impactar la parte trasera del rodante detenido, alcanzó a aprisionarle “*la pierna derecha con la rueda izquierda del eje trasero*”, al punto de sufrir luego su amputación, perdiendo el “*30% de la capacidad laboral*”, según lo dictaminó la Junta Regional de Calificación de Invalidez de esta ciudad.

El siniestro ocurrió en la mañana de un día radiante, en una carretera de doble calzada, amplia, seca, recta, bien señalizada y sin baches, iluminada con el fulgor del sol, factores determinantes para inferir la “*negligencia e impericia*” del automovilista causante del suceso, y por tal motivo, atribuirles el reproche aquiliano a los accionados.

Por cuenta del accidente, el señor Méndez Lache soportó daños materiales e inmateriales, y su padre, Alirio Méndez Mesa, dueño del carro colisionado, padeció una mengua patrimonial, con ocasión de los costos de la reparación e inmovilización.

1.3. **Las contestaciones de la demanda.** El convocado, Juan Bautista Quintero Ramírez, se opuso a las pretensiones, alegando “*culpa exclusiva de la víctima*” y “*fuerza mayor o caso fortuito*”, por cuanto el señor Carlos Alirio Méndez Lache, al detener el vehículo y descender de él, se expuso imprudentemente al riesgo, pues no se estacionó sobre la berma, ni utilizó “*señales de parqueo*”.

Con similares argumentos, Liberty Seguros S.A. propuso como excepciones “*inexistencia de culpa alguna por parte de los demandados*”, “*operancia de culpa exclusiva de la víctima*”, y subsidiariamente, la denominada “*conurrencia de culpas*”.

1.4. **La decisión de primera instancia.** El Juzgado Treinta y Dos Civil del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 15 de enero de 2015, declaró la responsabilidad de los interpelados y acogió la excepción de concurrencia de culpas, “*con cargo al demandante en un 60% de sanción*”, proporción que descontó de las cifras reconocidas a éste por concepto de reparación.

En consecuencia, condenó a los demandados a pagar solidariamente a Carlos Alirio Méndez Lache, \$51.622 por daño emergente; y a Juan Bautista Quintero a sufragar a aquél \$47'902.505,57 y \$14'590.643,30 por concepto de lucro cesante y perjuicios morales, incluidos los intereses moratorios “*hasta cuando se efectuó el [desembolso]*”.

Así mismo, denegó las pretensiones relativas al “*daño a la vida de relación*” y lo concerniente al menoscabo económico alegado por Alirio Méndez Mesa frente al vehículo de su propiedad.

2. LA SENTENCIA DE SEGUNDO GRADO

2.1. El Tribunal, al resolver el recurso de apelación interpuesto por ambas partes, confirmó la declaración de responsabilidad atribuida a los demandados. Sin embargo, redujo en un 50% el porcentaje de “*conurrencia de culpas*” imputado a Carlos Alirio Méndez Lache, aplicando, previa liquidación, el respectivo descuento a las correspondientes condenas.

En sentir del juzgador, si bien hubo imprudencia del conductor de la “*tractomula*” por no reducir la velocidad y confiarse de poder sobrepasar el “*rodante colisionado*”, “(...) *el señor Méndez Lache tuvo una incidencia notable en [su] trágico desenlace*”, pues según lo reveló el informe de

tránsito, el camión que conducía lo parqueó, sin apagar su motor, entre la vía y la berma, para posteriormente apearse, omitiendo, de un lado, “*encender luces de estacionamiento*”; y de otro, “*utilizar señales reflectivas de peligro*”, violando en ambos casos, lo dispuesto en los artículos 77¹ y 79² de la Ley 769 de 2002, “*por el cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre*”.

2.2. Con relación al daño emergente, el *ad-quem* señaló que había lugar a reconocer solamente los gastos por “*medicamentos*” en \$66.847, excluyendo otras erogaciones por no tener relación directa con el accidente; y desestimó la reparación exigida por el propietario del vehículo embestido, ante la ausencia de demostración del perjuicio, pues en el proceso y en el croquis solo se dejó consignado, sin más, daños en la parte posterior de la carrocería y puerta trasera, en tanto, se dejaron de determinar otros, sin

¹“Artículo 77. Normas para estacionar. En autopistas y zonas rurales, los vehículos podrán estacionarse únicamente por fuera de la vía colocando en el día señales reflectivas de peligro, y en la noche, luces de estacionamiento y señales luminosas de peligro (...)”.

²“Artículo 79. Estacionamiento en vía pública. No se deben reparar vehículos en vías públicas, parques, aceras, sino en caso de reparaciones de emergencia, o bajo absoluta imposibilidad física de mover el vehículo. En caso de reparaciones en vía pública, deberán colocarse señales visibles y el vehículo se estacionará a la derecha de la vía en la siguiente forma: En los perímetros rurales, fuera de la zona transitable de los vehículos, colocando señales de peligro a distancia entre cincuenta (50) y cien (100) metros adelante y atrás del vehículo. Cuando corresponda a zonas de estacionamiento prohibido, sólo podrá permanecer el tiempo necesario para su remolque, que no podrá ser superior a treinta (30) minutos (...)”.

que las fotografías de la Fiscalía aportaran algo nuevo, menos cuando Alirio Méndez Mesa los asoció con la “*transmisión y con la caja del carro*”.

2.3. En lo atinente al lucro cesante “*consolidado*”, el fallador lo fijó en \$15´880.771 “*más intereses del 6%*”, cifra resultante del empleo de la ecuación financiera pertinente ($VA = LCM \times S_n$), teniendo en cuenta como variables el (i) promedio entre el grado de pérdida de la capacidad laboral (39.45%) y el ingreso mensual de \$1´200.000, “*rubros probados por Alirio Méndez Lache*”, lo cual arrojó como base para el cálculo respectivo, \$236.700, “*incluida la reducción del 50%*”, todo aplicado a un período de 58 meses, contados desde el 7 de octubre de 2010, fecha del siniestro, hasta el 7 de agosto de 2015, data “*aproximada*” de expedición del fallo de segunda instancia.

2.4. Asociado con el lucro cesante “*futuro*”, el sentenciador de segundo grado lo tasó en \$45´000.646, producto de aplicar a la fórmula matemática $VA = LCM \times R_a$, las “*variables*” de edad del actor para la fecha del accidente (25 años), la expectativa de vida probable de 55.1 años, equivalentes a 603 meses, y “*el lucro cesante mensual de \$236.700*”.

Negó, sin embargo, el pago del costo de la prótesis y de la rehabilitación terapéutica de Carlos Alirio Méndez Lache, al no acreditarse la necesidad de todo ello.

2.5. En cuanto hace al perjuicio moral reclamado, el Tribunal confirmó lo resuelto por el *a-quo*, manteniéndose el importe decretado por éste, el cual, lo estimó en 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes (\$32´217.500), cifra “*que es razonad[a] y no exigu[a]*”. Dicha cuantía, reducida a la mitad por “*la concurrencia de culpas*”, corresponde a \$16´108.750.

2.6. En oposición a lo resuelto en primera instancia, el juzgador reconoció el “*daño a la vida de relación*” reclamado por Carlos Alirio Méndez Lache, porque de acuerdo con lo dictaminado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C., la “*amputación*” que sufrió le imposibilitó “*desarrollar a plenitud las actividades físicas que realizaba antes del accidente*”.

Para tal efecto, lo justiprecio en 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes (\$16´108.750), cuya disminución del 50% “*por culpa [concurrente] de la víctima*”, obedece a \$8´054.375.

2.1.8. Finalmente, el *ad-quem* avaló la condena solidaria impuesta a Liberty Seguros S.A., pero únicamente por el daño emergente, al establecer que el lucro cesante no se hallaba incluido en el seguro de responsabilidad, por el contrario, en la póliza suscrita entre esa compañía y Juan Bautista Quintero Ramírez, fue “*excluido expresamente*”.

3. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Los tres cargos propuestos por el extremo actor, replicados todos por la parte demandada, la Corte los resolverá en el mismo orden de formulación, por ser el que lógicamente les corresponde.

4. CARGO PRIMERO

4.1. Acusa al Tribunal de violar indirectamente los artículos 1613, 1614, 2341, 2342, 2343, 2344 del Código Civil y 174, 175, 177, 233, 237-2, 251 y 252 del Código de Procedimiento Civil, como consecuencia de errores de hecho probatorios.

4.1.1. En primer lugar, al valorar equivocadamente las declaraciones de parte; el testimonio de José David Galvis Luque; “*los documentos aportados*” al libelo introductorio; y las experticias rendidas para “*aval[uar] los perjuicios*”.

Según la censura, contrariamente a lo señalado por el juzgador acusado, los elementos de convicción citados demostraban la “*existencia (...) [y] magnitud*” económica del daño ocasionado, representado en la “*amputación de la pierna derecha*” de Carlos Alirio Méndez Lache, y el “*(...) deterioro e inutilización*” del vehículo involucrado de propiedad de Alirio Méndez Mesa.

4.1.2. En segundo término, al no tener en cuenta el dictamen de la Junta Regional de Invalidez, demostrativo de la “*pérdida de la capacidad laboral*” de Méndez Lache, siendo también un yerro grosero del *ad-quem* concluir que su mengua física no le impedía “*seguir desempeñándose como conductor*”, debiendo, en realidad, haber accedido a una cifra resarcitoria más alta por “*lucro cesante futuro*”.

4.2. Solicitan los recurrentes, por lo tanto, casar la sentencia recurrida y en sede de instancia, aumentar el *quantum* indemnizatorio otorgado a Carlos Alirio Méndez Lache y, reconocer perjuicios a Alirio Méndez Mesa, dueño del carro siniestrado.

5. CONSIDERACIONES

5.1. El cargo, formulado por la comisión de errores *facti in iudicando*, busca desvirtuar el examen probatorio del Tribunal, respecto de los medios de convicción, los cuales, en su criterio, demostraban que el hecho dañoso padecido por los recurrentes, con ocasión del accidente de tránsito

provocado por los demandados, ocurrido el 7 de octubre de 2010, en la vía Fusagasugá a Bogotá, entre los vehículos de placas FTA-576 y SWO 561, les causó perjuicios ciertos, graves y determinables.

Lo anterior, porque frente a uno de los censores, en razón a la amputación de su extremidad, era menester concederle un mayor porcentaje resarcitorio, en particular “*el lucro cesante futuro*”; y en relación con el propietario del camión colisionado, identificado con matrícula SWO 561, debió accederse a la indemnización pedida, porque la avería de ese rodante sí menguó su patrimonio, por los costos que conlleva su reparación y el tiempo de inutilización.

5.2. La acusación planteada, como se observa, gira en torno al tema específico del daño, como elemento integrante de la responsabilidad civil. Por esto, resulta pertinente precisar bajo la égida normativa y jurisprudencial, su alcance, y requisitos para la prosperidad de la pretensión indemnizatoria de origen excontractual.

5.2.1. El daño es entendido por la doctrina de esta Corte, como “*la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio*”³.

El perjuicio es la consecuencia que se deriva del daño para la víctima del mismo, y la indemnización corresponde al resarcimiento o pago del “*(...) perjuicio que el daño ocasionó (...)*”⁴.

Este último para que sea reparable, debe ser inequívoco, real y no eventual o hipotético. Es decir, “*(...) cierto y no puramente conjetural, [por cuanto] (...) no basta afirmarlo, puesto que **es absolutamente imperativo que se acredite procesalmente con los medios de convicción regular y oportunamente decretados y arrimados al plenario** (...)*” (se destaca)⁵.

³ CSJ SC 6 de abril de 2001, rad. 5502.

⁴ *Ídem.*

⁵ CSJ SC 10297 de 2014.

En otras palabras, al margen de dejar establecida la autoría y existencia de un hecho injusto, el menoscabo que sufre una persona con ocasión del mismo, sólo podrá ser resarcible siempre y cuando demuestre su certidumbre, “*porque la culpa, por censurable que sea, no los produce de suyo*”⁶. También debe ser directo, esto es, que el quebranto irrogado se haya originado “*con ocasión exclusiva del [suceso arbitrario]*”⁷.

5.2.2. De igual forma, una vez comprobados los presupuestos que integran la responsabilidad civil, entre ellos, el daño, le compete al juez cuantificar la suma correspondiente a cada una de sus tipologías, ya material ora inmaterial, que el demandante haya acreditado.

Para tal efecto, la regla establecida por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, dispone que “(...) *la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de **reparación integral y equidad** y observará los criterios técnicos actuariales (...)*” (se resalta).

⁶ CSJ SC G.J. T. LX, pág. 61.

⁷ CSJ SC sentencia de 29 de julio de 1920 (G.J. T. XXVIII, pág. 139 y s.s).

La anterior supone, de un lado, el deber jurídico de resarcir todos los daños ocasionados a la persona o bienes de la víctima, al punto de regresarla a una situación idéntica o menos parecida al momento anterior a la ocurrencia del hecho lesivo; y de otro, la limitación de no excederse en tal reconocimiento pecuniario, porque la indemnización no constituye fuente de enriquecimiento.

No obstante, la obligación de reparación integral del daño exige, como presupuesto habilitante, la demostración de los perjuicios, por cuanto los mismos no se aprecian inequívocos *per sé*.

Ya bien lo dijo esta Corte en los albores del siglo XX, al afirmar que “(...) *la existencia de perjuicios no se presume en ningún caso; [pues] no hay disposición legal que establezca tal presunción (...)*”⁸. Sin embargo, tratándose de perjuicios inmateriales, se presumen, por tanto, su indemnización es oficiosa por virtud del principio de reparación integral; por supuesto, ayudado de los elementos de convicción que

⁸ CSJ SC. Sentencia de 19 de junio de 1925 (G.J. T. XXXII, pág. 374).

obren en el juicio, atendiendo la naturaleza del derecho afectado y la prudencia racional del juez.

Recientemente y en el mismo sentido, expuso esta Corporación:

*“(...) [P]ara lograr prosperidad en las pretensiones derivadas de la responsabilidad, cualquiera sea el origen de esta, resulta indispensable que la parte interesada asuma la carga de acreditar los elementos axiológicos que conduzcan a establecer, sin duda, la presencia de esa fuente de obligaciones, máxime si se trata del perjuicio, pues como tiene dicho la Corte dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. **De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria**” (Sent. Cas. Civ. de 4 de abril de 1968, G.J. CXXIV, Pág. 62, reiterada en Sentencias de Casación Civil de 17 de julio de 2006, Exp. No. 02097-*

01 y 9 de noviembre de 2006, Exp. No. 00015) (...)” (se destaca)⁹.

Los anotados criterios deben ser acogidos por el sentenciador al momento de tasar la condena en concreto, teniendo en cuenta, además, el desempeño probatorio por quien pretende la reparación, conforme lo dispone el artículo 177 del otrora vigente Código de Procedimiento Civil, hoy recogido en el canon 167 del Código General del Proceso¹⁰.

En este contexto, la aplicación del principio *arbitrium iudicis*, en lo pertinente, es entendido no como una facultad arbitraria o inverosímil, sino como un poder racional y prudente, enlazado, claro está, con las reglas de la sana crítica, y con los criterios normativos o subreglas que ofrezca la jurisprudencia vigente, o los principios del derecho, en pos de mejores estándares probatorios de probabilidad lógica que avancen hacia la certidumbre, superando las ambivalencias y las dudas, extrayendo

⁹ CSJ SC. Sentencia de 18 de diciembre de 2007, rad. 2002-00222-01.

¹⁰ “(...) Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (...)”.

elementos de convicción de las pruebas existentes, a fin de hacer justicia, reparando integralmente a la víctima o causahabientes.

5.3. De acuerdo a lo discurrido, y en punto al análisis del cargo, se advierte que los recurrentes reprochan al Tribunal por dos aspectos relacionados con la acreditación del perjuicio y el *quantum* por ellos padecido: el inicial, al no dar por demostrado la amputación de la pierna derecha a Carlos Alirio Méndez Lache; y el final, al negarse a reconocer la avería al “*vehículo colisionado*” de propiedad de Alirio Méndez Mesa.

En adición, la censura recrimina al juzgador de segundo grado por no apreciar la certificación expedida por la Junta Regional de Invalidez, demostrativa de la pérdida de la capacidad laboral de Carlos Alirio Méndez Lache, pues de haberse valorado para efectos de la tasación del lucro cesante futuro, dicho rubro se incrementaría de manera justa y proporcional.

5.3.1. En cuanto a lo primero, el error es inexistente, pues el *ad-quem* de manera irrefragable, otorgó plena certeza a la existencia del daño corporal sufrido por el señor Méndez Lache, conclusión que infirió del croquis, la historia clínica y el dictamen rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, aduciendo su causa al “*accidente de tránsito ocurrido el 7 de octubre de 2010*”, por tal motivo, carece de fundamento el planteamiento de la acusación frente a tal hecho, por tratarse de un aspecto plenamente probado para el Tribunal.

5.3.2. Respecto a la cuantificación de los perjuicios a causa de la mencionada merma física, representada en las sumas que en el fallo atacado se reconocieron por daño emergente, lucro cesante, perjuicios morales y fisiológicos, o daño a la vida de relación, no prospera el cargo, por cuanto el Tribunal si apreció los elementos demostrativos denunciados como pretermitidos. Distinto es que los haya desestimado por no acreditar el perjuicio deprecado, razón de su exclusión por el sentenciador para efectos de computar el valor a reparar.

5.3.2.1. Por ejemplo, en torno al daño emergente, al considerar que los recibos de compra aportados con la demanda, entre ellos los relacionados con “*un suavizador para ropa marca downy (sic)*”, un aceite de oliva, utensilios de aseo y concina, “*una fotocopia (sic)*”, un jabón coco en pasta, “*un coge ollas todo uso*”, un talco para pies y un “*champú seda*”, resultaban ajenos a los gastos incurridos por Carlos Alirio Méndez Lache para solventar su padecimiento con ocasión del accidente de tránsito, particularmente, porque ninguna fórmula médica conceptuó sobre la necesidad de su adquisición.

5.3.2.2. En relación con los recibos de transporte allegados para acreditar el traslado del señor Méndez Lache, al restarle mérito demostrativo por no ajustarse a lo previsto en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, y omitir información acerca del trayecto, la identificación del vehículo “*prestador del servicio*”; además, por estar expedidos a nombre del padre de aquél, sin observar vínculo alguno de los documentos en cuestión con el hecho de que éste se encontrara desprovisto del vehículo siniestrado.

Igualmente, porque los mencionados tiquetes contradecían las observaciones de la historia clínica, pues aquéllos se referían a desplazamientos ocurridos en los días 7 y 12 de octubre de 2010, cuando en realidad, para esa fecha, Carlos Alirio Méndez Lache se hallaba internado en el Hospital San Rafael de Fusagasugá.

Del mismo modo, debido a que el propio Méndez Lache declaró que el procedimiento de amputación de su pierna “*se afectó con el SOAT*” de su padre, sin hacer mención sobre la necesidad de consumir un medicamento o de someterse a un tratamiento posterior a su intervención quirúrgica.

5.3.2.3. Si bien no hay duda de la necesidad de la prótesis y los gastos derivados de la rehabilitación, como tópicos del lucro cesante futuro, dichos aspectos; en todo caso, deben ser probados. En el asunto, la víctima omitió allegar el concepto del galeno tratante en ese sentido, siendo a través de ese medio la forma de demostrar la exigencia de los mismos, dado que el especialista, además de ser una persona “*científicamente calificada*”, es quien

conoce las particularidades de las condiciones de salud de aquél.

5.3.3. Concerniente con la avería del automotor de uno de los demandantes, se observa que el Tribunal fundamentó la negativa de admitir el deterioro del carro embestido y por esa vía proceder a su indemnización derivada de los costos de su restauración e inmovilización, en la ausencia de demostración de tales tópicos, puesto que simplemente en el croquis se habían descrito daños en la parte posterior de la carrocería y puerta trasera, dejándose además, la determinación de otros. De otra parte, las fotografías de la Fiscalía no aportaron algo nuevo, menos cuando fueron relacionados con la “*transmisión y la caja*” del carro.

En esa línea, los errores son inexistentes porque apropiadamente o no, el juzgador valoró las pruebas relacionadas, pues una cosa es que las hubiere omitido, y otra distinta, que los haya tergiversado. El recurrente, por tanto, debió enderezar el cargo a mostrar que el vehículo de uno de los demandantes, efectivamente permaneció inmovilizado como consecuencia del accidente durante el

tiempo de su reparación, y que los daños no solo aparecían descritos, sino incluso acreditados con otras pruebas; además, que también se enlazaban con la “*transmisión y la caja*”. Sin embargo, nada al respecto en forma concreta y expresa fue confutado.

5.3.4. Finalmente, tampoco tiene vocación de éxito el reproche atinente a la falta de apreciación del concepto de la Junta Regional de Invalidez de Bogotá, ilustrativo del grado de la pérdida de la capacidad laboral de Carlos Alirio Méndez Lache, con efectos de incrementar el valor del “*lucro cesante futuro*” reconocido a éste; pues realmente la razón esgrimida por el Tribunal para negar el aumento de ese ítem, no fue dicha experticia, sino la ausencia de un diagnóstico médico especializado que infiriera “*la necesidad de una prótesis y de [su] rehabilitación*” a causa de su aflicción física.

El *ad-quem*, por el contrario, sí tuvo en cuenta el referido dictamen para condenar al demandado, Juan Bautista Quintero Ramírez, a pagar a la víctima el perjuicio fisiológico, denominado también “*daño a la vida de*

relación”, cuando coligió la pertinencia de ese medio probatorio con miras a denotarle a éste la merma de su capacidad de trabajo en “39.45%”, producto de la “*amputación del miembro inferior derecho*”, situación acreditante, *prima facie*, de su imposibilidad de “*desplegar las mismas actividades lúdicas y de esparcimiento que antes hacían más agradable y placentera su vida*”, por supuesto, en el trato directo con sus congéneres allegados, parientes, y en general con el círculo externo que lo rodea.

5.4. El cargo, por consiguiente, no prospera.

6. CARGO SEGUNDO

6.1. Se acusa la violación directa de los artículos 2356 y 2357 del Código Civil, por interpretación errónea, al sostener que el parqueo efectuado por uno de los demandantes, en lugar prohibido y sin las señales de tránsito, no es la causa eficiente del accidente, si se tiene en

cuenta que el otro maquinista involucrado tuvo la oportunidad de advertir la presencia del automotor estacionado, de maniobrar y evitar el choque, puesto que al lugar del impacto lo precedía una recta, existía luminosidad natural y se trataba de calzada en un mismo sentido con doble carril amplio y bermas de escape.

6.1.2. De ese modo, el *ad-quem* no interpretó adecuadamente los sucesos que originaron el accidente de acuerdo con las normas *ejúsdem*, pues omitió ponderar el grado de “*incidencia causal*” de los comportamientos desplegados por víctima y victimario en la producción del daño.

6.1.3. Afirman que de haberse realizado tal razonamiento jurídico, no habría lugar a declarar la “*concurrencia de culpas*”, por cuanto la actividad imputada al actor no fue determinante en el acaecimiento del hecho lesivo.

6.2. Exigen, en consecuencia, casar el fallo del Tribunal, y en sede de instancia, desestimar la excepción de la “*causa extraña*” invocada por los demandados.

7. CONSIDERACIONES

7.1. El cargo denuncia al Tribunal de incurrir en error *iuris in iudicando*, por interpretar erróneamente los artículos 2356 y 2357 del Código Civil, al establecer la concurrencia de culpas sin realizar el análisis causal de las conductas implicadas en el evento dañoso.

Según los censores, el conductor José David Galvis Duque tuvo incidencia directa y exclusiva en el accidente, sin participación de la víctima, pues aquél observó detenido el automotor antes de impactarlo, sin embargo, confió en eludirlo, por cuanto así se lo permitía las buenas condiciones de la carretera y la claridad del día, situación que a la postre no hizo, provocando el resultado nocivo.

7.2. Se precisa, ante todo, a propósito del escrito de réplica, la acusación reúne los requisitos formales para

resolverla de fondo, porque si bien alude a los hechos del proceso, los mismos no son los trascendentes de la inconformidad, pues su referencia se hizo simplemente para denotar que la conducta desplegada por el conductor de la tractomula y de la víctima, aunque fue debidamente subsumida en las hipótesis normativas, lo cierto es que el alcance de los preceptos fueron recortados.

En particular, como se concluyó, porque en la actuación de las disposiciones, y, por ende, en la graduación del comportamiento de los protagonistas, se tuvo en cuenta únicamente los cálculos naturalísticos, requiriendo, en adición, la respectiva imputación causal, lo cual, precisamente fue omitido.

Por supuesto, la parte recurrente, para el efecto, acepta en el cargo los hechos y las pruebas, cual así colige del contenido del reproche, al reconocer como el Tribunal dejó fijado que en el accidente concurrieron los comportamientos de las personas involucradas. El del conductor de la tractomula, al ser imprudente, “(...) *al no disminuir en forma gradual la velocidad*”, no obstante

visualizar el otro vehículo en todo su esplendor, creyendo falsamente poder evitarlo, tanto así, que antes del impacto “(...) *puso direccionales para variar*”; y el del lesionado, al infringir normas de tránsito, en concreto, “(...) *al fiarse irresponsablemente en estacionar de forma rápida en la vía, dejando encendido el rodante para revisar el ganado que transportaba, y subirse inmediatamente después para requerir la marcha*”.

En consecuencia, si esos hechos son los que se encuentran determinados, ninguna investigación sobre su existencia o inexistencia tuvo que ser abordada en la acusación. La crítica formal realizada por la contraparte en el escrito de réplica, resulta entonces infundada.

7.3. La vía directa por violación de las normas sustanciales, acontece cuando el sentenciador realiza falsos juicios de dichas disposiciones, bien sea porque no tuvo en cuenta las que gobernaban el caso, aplicó preceptos completamente ajenos o, a pesar de haber acertado en su

selección, les dio un alcance inadecuado¹¹, interpretando erróneamente la respectiva premisa legal, no obstante, su selección correcta.

7.4. El numeral 1° del artículo 95 de la Constitución Política de Colombia impone como deberes de la persona “*respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios*”, precepto que recoge la máxima *qui iure suo utitur, neminem laedere debet*¹², según el cual, quien vulnere o incumpla sus obligaciones de conducta contractuales o extracontractuales, impuestos en interés de otro o de varios sujetos de derecho, debe reparar el daño producido.

Esta Corte, con apoyo en el artículo 2341¹³ del Código Civil, ha señalado como presupuestos axiológicos y concurrentes de la responsabilidad extracontractual,

¹¹ CSJ SC 17 de noviembre de 2005, rad. 7567, reiterada el 14 de noviembre de 2014, rad. 2007-00447-01.

¹² El ejercicio de un derecho no debe lesionar otro derecho.

¹³ “*El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido*”.

denominada también aquiliana¹⁴, “(i) el perjuicio padecido; (ii) el hecho intencional o culposo atribuible al demandado; y (iii) la existencia de un nexo adecuado de causalidad entre factores”¹⁵.

7.4.1. En cuanto atañe al tipo de responsabilidad civil descrito en el cargo, la misma corresponde a la prevista en el artículo 2356¹⁶ del Código Civil, esto es, la originada por el ejercicio de actividades peligrosas, la cual consagra una presunción de responsabilidad que opera en favor de la víctima de un daño causado producto de una labor riesgosa, aspecto que la releva de probar su existencia de la culpa en el acaecimiento del accidente¹⁷ y, por tanto, para que el autor del mismo sea declarado responsable de su producción, sólo le compete demostrar la conducta o hecho antijurídico, el daño y la relación de causalidad entre éste y el perjuicio. Por ello, es el sendero en nuestro ordenamiento

¹⁴ Debe su nombre a la *Lex Aquilia* expedida en Roma hacia la mitad del siglo III a. de C. Marcó un hito histórico en el desarrollo jurídico de la civilización occidental, al sentar las bases para el enjuiciamiento de conductas originadas en actos ajenos al contrato (CASTRESANA, Amelia. “*Nuevas lecturas de la Responsabilidad Aquiliana*”. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca. Madrid, 2001).

¹⁵ CSJ SC 6 de abril de 2001, rad. 5502.

¹⁶ “(...) Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta (...).”

¹⁷ CSJ SC 14 de abril de 2008: “(...) La culpa no es elemento necesario para estructurar la responsabilidad por actividades peligrosas, ni para su exoneración (...).”

de múltiples actividades que entrañan una franca y creciente responsabilidad objetiva.

En significativa sentencia de 14 de marzo de 1938, la Sala de Casación Civil¹⁸ hincó los primeros lineamientos jurisprudenciales sobre los cuales hoy se sustenta la “teoría del riesgo”, o “responsabilidad por actividades peligrosas”, exponiendo:

*“(...) [L]a teoría del riesgo, según la cual al que lo crea se le tiene por responsable, mira principalmente a ciertas actividades por los peligros que implican, inevitablemente anexos a ellas y mira a la dificultad, que suele llegar a la imposibilidad, de levantar las respectivas probanzas los damnificados por los hechos ocurridos en razón o con motivo o con ocasión del ejercicio de esas actividades [...]. **De ahí que los daños de esa clase se presuman, en esa teoría, causados por el agente respectivo [...]** **Y de ahí también que tal agente o autor no se exonere de la indemnización, sea en parte en algunas ocasiones, sea en el todo otras veces, sino en cuanto demuestre caso fortuito, fuerza mayor o intervención de elemento extraño. [...]**”*

¹⁸ G.J. T. XLVI, pág. 211 a 217.

“(...)

“Porque, a la verdad, no puede menos de hallarse en nuestro citado art. 2356 una presunción de responsabilidad. De donde se sigue que la carga de la prueba no es del damnificado sino del que causó el daño, con sólo poder éste imputarse a su malicia o negligencia.

*“No es que con esta interpretación se atropelle el concepto informativo de nuestra legislación en general sobre presunción de inocencia, en cuanto aparezca crearse la de negligencia o malicia, sino que simplemente teniendo en cuenta la diferencia esencial de casos, **la Corte reconoce que en las actividades caracterizadas por su peligrosidad, de que es ejemplo el uso y manejo de un automóvil, el hecho dañoso lleva en sí aquellos elementos, a tiempo que la manera general de producirse los daños de esta fuente o índole impide dar por provisto al damnificado de los necesarios elementos de prueba.***

*“Entendido, de la manera aquí expuesta nuestro art. 2356 tantas veces citado, **se tiene que el autor de***

un hecho no le basta alegar que no tuvo culpa ni puede con esta alegación poner a esperar que el damnificado se la compruebe, sino que para excepcionar eficazmente ha de destruir la referida presunción demostrando uno al menos de estos factores: caso fortuito, fuerza mayor, intervención de elemento extraño (...) (se destaca).

Con posterioridad al fallo en cita, esta Corte, en diversos momentos de su historia, ha sostenido que la responsabilidad en comento erige una “presunción de culpa”¹⁹, después una “presunción de peligrosidad”²⁰, para retomar nuevamente la tesis afirmada *ab initio*²¹.

¹⁹ La Corte en sentencia de 18 de mayo de 1938, manteniendo el criterio esbozado, formula un pronunciamiento en principio equivalente al anterior, pero añade un componente particular que limita sus alcances a uno de los elementos de la responsabilidad civil, manifestando que “(...) el citado artículo 2356 establece una presunción de responsabilidad que origina y da nacimiento a la presunción de culpa extracontractual (...)” (G.J. XLVI, págs. 515-522).

²⁰ Posteriormente, esta Sala en fallo de 31 de mayo de 1938, expresó “(...) a la verdad, no puede menos que hallarse en nuestro citado art. 2356 una presunción de responsabilidad (...) en las actividades características por su peligrosidad (...) [e]sos accidentes no son por lo general fruto de una acción maliciosa y voluntaria, sino regularmente contingencias que suelen presentarse con alguna frecuencia (...) [p]ero quien ejercita actividades de este género es el responsable del daño que por obra de ellas se cause (...) [e]l art. 2356 parte de la base de la imputabilidad de la culpa a quien ejerce una actividad peligrosa, por el solo hecho de ejercerla (...)” (Sentencia de 31 de mayo de 1938, XLVI, 560-565, reiterada en sentencia de la Sala de Negocios Generales de 17 de junio de 1938, G.J. XLVI, 677-694).

²¹ CSJ SC, sentencia de 19 de junio de 1942 (G.J. LI, pág. 188).

No obstante, en todas las referidas hipótesis, la Sala ha sostenido de manera uniforme y reiterada, que el autor de la citada responsabilidad sólo puede eximirse de ella si prueba la ocurrencia del elemento extraño, esto es, la fuerza mayor, el caso fortuito, y la intervención exclusiva de un tercero o de la víctima, *“más no con la demostración de la diligencia exigible, es decir, con la ausencia de culpa”*²².

Recientemente, esta Corporación, en sentencia de 24 de agosto de 2009, rad. 2001-01054-01, modulada posteriormente en fallos de 26 de agosto de 2010, rad. 2005-00611-01; 16 de diciembre de 2010, rad. 1989-00042-01; 17 de mayo de 2011, rad. 2005-00345-01; 19 de mayo de 2011, rad. 2006-00273-01; 3 de noviembre de

²² CSJ SC 5 de abril de 1962 (G.J. T. XCVIII, págs. 341-344), 13 de febrero y 8 de mayo de 1969, (G.J. T. CXXIX, págs. 112-118 y T. CXXX, págs. 98-107), 17 de abril y 28 de julio de 1970 (G.J. CXXXIV, 36-48 y CXXXV, 54-59), 26 de abril de 1972 (núm. 2352 a 2357 p. 174), 18 de mayo de 1972 (G.J. CXLII, págs. 183-191), 9 de febrero y 18 de marzo de 1976 (G.J. CLII, 26-31 y CLII, 67-75), 30 de abril de 1976 (G.J. CLII, 102-110 y 111 a 131), 27 de julio de 1977 (G.J. CLV, 205-218), 5 de septiembre de 1978 (G.J. CLVIII, 191-200), 16 y 17 de julio de 1985 (G.J. CLXXX, 138-151 y 152-159 respectivamente), 29 de agosto de 1986 (G.J. CLXXXIV,222-238), 25 de febrero y 20 de agosto de 1987 (G.J. CLXXXVIII, 45-52, 136 y s.s.), 26 de mayo de 1989 (G.J. CXCVI, 143 y s.s.), 8 de octubre de 1992 (CCXIX, 518 y s.s.), 19 de abril y 30 de junio de 1993 (G.J. CCXXII, 391 y s.s., 628 y s.s.), 25 de octubre y 15 de diciembre de 1994 (G.J. CCXXXI, págs. 846-901 y 1216-1232), 5 de mayo (rad. 4978) y 25 de octubre de 1999 (G.J. CCLXI, 874-885), 14 de marzo de 2000 (rad. 5177), 7 de septiembre de 2001 (rad. 6171), 23 de octubre de 2001, (rad. 7069), 3 de marzo de 2004 (rad. 7623), 30 de junio de 2005 (rad. 1998-00650-01), 19 de diciembre de 2006 (rad. 2000-00011-01), 2 de mayo de 2007 (rad. 1997-03001-01), 24 de agosto de 2009, rad. 2001-01054-01, entre otras.

2011, rad. 2000-00001-01; 25 de julio de 2014, rad. 2006-00315; y 15 de septiembre de 2016, SC-12994; expresó:

“(...) El fundamento normativo general de la responsabilidad civil por actividades peligrosas, en la constante jurisprudencia de la Sala se ha estructurado en el artículo 2356 del Código Civil por determinadas actividades de cuyos riesgos y peligros dimana la obligación de reparar los daños con tal que puedan imputarse a la conducta de quien las desarrolla y exista una indisociable secuencia causal entre la actividad y el quebranto.

“(...) ”

*“El régimen de responsabilidad por las actividades peligrosas es singular y está sujeto a directrices específicas en su etiología, ratio y fundamento. Por su virtud, el fundamento y criterio de imputación de la responsabilidad es el riesgo que el ejercicio de una actividad peligrosa comporta por el peligro potencial e inminente de causar un daño a los bienes e intereses tutelados por el ordenamiento. **La culpa no es elemento necesario para estructurar la responsabilidad por actividades peligrosas ni para su exoneración; no es menester su demostración, ni tampoco se presume; el damnificado tiene la carga probatoria***

exclusivamente de la actividad peligrosa, el daño y la relación de causalidad; y, el autor de la lesión, la del elemento extraño, o sea, la fuerza mayor o caso fortuito, la participación de un tercero o de la víctima que al actuar como causa única o exclusiva del quebranto, desde luego, rompe el nexo causal y determina que no le es causalmente atribuible, esto es, que no es autor.

En contraste, siendo causa concurrente, pervive el deber jurídico de reparar en la medida de su contribución al daño. Desde este punto de vista, tal especie de responsabilidad, por regla general, admite la causa extraña, esto la probanza de un hecho causal ajeno como la fuerza mayor o el caso fortuito, la intervención exclusiva de un tercero o de la víctima, sin perjuicio de las previsiones normativas; por ejemplo, en el transporte aéreo, la fuerza mayor no es susceptible de desvanecerla (art. 1880 del Código de Comercio), más si el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima (Cas. Civ. de 14 de abril de 2008, radicación 2300131030022001-00082-01) (...)” (se destaca).

En resumen, la jurisprudencia de la Corte en torno de la responsabilidad civil por actividades peligrosas, ha estado orientada por la necesidad de reaccionar de una manera adecuada “(...) ante los daños en condiciones de simetría

*entre el autor y la víctima, procurando una solución normativa, justa y equitativa (...)*²³.

7.5. De igual manera, no se debe desconocer que la conducta positiva o negativa de la víctima puede tener incidencia relevante en el examen de la responsabilidad civil, pues su comportamiento puede corresponder a una condición del daño.

Así las cosas, cuando la actuación de quien sufre el menoscabo no es motivo exclusivo o concurrente del percance que él mismo padece, tal situación carecerá de eficacia para desestimar la responsabilidad civil del autor o modificar el *quantum* indemnizatorio.

Por el contrario, si la actividad del lesionado resulta “*en todo o en parte*”²⁴ determinante en la causa del perjuicio que ésta haya sufrido, su proceder, si es total, desvirtuará correlativamente, “*el nexo causal entre el comportamiento del*

²³ Sentencia *idem*.

²⁴ CSJ SC 16 de diciembre de 2010, rad. 1989-00042-01.

*presunto ofensor y el daño inferido*²⁵, dando paso a exonerar por completo al demandado del deber de reparación; en tanto, si es en parte, a reducir el valor de ésta.

En otras palabras, para que el interpelado pueda liberarse plenamente de la obligación indemnizatoria, se requiere que el proceder de la víctima reúna los requisitos de toda causa extraña, esto es, “*que se trate de un evento o acontecimiento exterior al círculo de actividad o de control de aquel a quien se le imputa la responsabilidad*”²⁶, como causa exclusiva del reclamante o de la víctima.

Y de otro, según lo preceptúa el artículo 2357 del Código Civil²⁷, cuando en la producción del daño participan de manera simultánea agente y lesionado, circunstancia que no quiebra el “*nexo causal*”, indiscutiblemente conduce a una disminución proporcional de la condena resarcitoria impuesta eventualmente al demandado, la cual, se estimará

²⁵ *Ídem.*

²⁶ CSJ SC 23 de noviembre de 1990, G.J. CCIV, pág. 69.

²⁷ “*La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente*”.

dependiendo el grado de incidencia del comportamiento de la propia víctima en la realización del resultado lesivo²⁸.

Empero, para establecer si hay concurrencia de causas, las mismas pueden ser anteriores, coincidentes, concomitantes, recíprocas o posteriores, al punto de que el perjuicio no se causaría sin la pluralidad de fenómenos causales, pues de lo contrario, dicho instituto no tendría aplicación.

A propósito dijo esta Corte:

*“(...) No obstante, como lo ha destacado la jurisprudencia nacional, la designación antes señalada no se ajusta a la genuina inteligencia del principio, pues no se trata ‘como por algunos se suele afirmar equivocadamente que se produzca una compensación entre la culpa del demandado y la de la víctima, porque lo que sucede, conforme se infiere del propio tenor del precepto, es que entre **la denominada culpa de la víctima y el daño ha de darse una relación de causalidad, como también debe existir con la del demandado.** Por eso, cuando ambas culpas concurren a producir el daño, **se dice***

²⁸ CSJ SC 6 de abril de 2001, rad. 6690.

que una y otra son concausa de este' (Cas. Civ., sentencia de 29 de noviembre de 1993, exp. 3579, no publicada). Este criterio corresponde, igualmente, al de la doctrina especializada en la materia, como lo destaca De Cupis, **al señalar que '[d]e antiguo se ha utilizado una expresión poco afortunada para referirse a la concurrencia de culpa en el perjudicado, y es el término compensación de la culpa. Su falta de adecuación puede verse prácticamente con sólo observar que el estado de ánimo culposo del perjudicado ni puede eliminar ni reducir el estado de ánimo culposo de la persona que ocasiona el daño'** (De Cupis, Adriano. *El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Editorial Bosch. Barcelona, 1966. Págs. 275 y 276) (...)”²⁹ (se resalta).

Lo reseñado sirve además para destacar que la jurisprudencia de esta Sala, ha optado por denominar al fenómeno de la concurrencia de conductas desplegadas por el agente y el damnificado en la producción del daño, cuya reparación pretende éste último, como una cuestión propia del “*hecho de la víctima*” y no de la “*culpa de la víctima*”.

Dicha afirmación se fundamenta porque la expresión “*culpa*” corresponde a un “*factor de imputación (...) de*

²⁹ CSJ SC 16 de diciembre de 2010, rad. 1989-00042-01.

*carácter subjetivo*³⁰, situación que supone la violación de deberes de diligencia y cuidado asumidos por una persona “*en una relación de alteridad para con otra u otr[o]s*”, no respecto de sí mismo, ni contra su propio interés³¹. En igual sentido, no existe un deber jurídico de la víctima frente al agente, en cuya virtud esté obligado el primero a prevenir o reducir el daño tanto como le sea posible³².

Tal aspecto, entonces, solo impone al lesionado a soportar la reducción de la indemnización reclamada al causante del perjuicio, situación que “*lo desvincula de la esfera de los deberes jurídicos para situarse en el terreno de las cargas*”³³.

En ese sentido, dijo esta Colegiatura:

³⁰ VISINTINI, Giovanna. “*Tratado de la Responsabilidad Civil*”. Tomo II. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1999, pág. 292. SANTOS BRIZ, Jaime. “La responsabilidad civil”. Derecho sustantivo y Derecho procesal, séptima edición, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1993. Pág. 118.

³¹ DE CUPIS, Antonio. “*Teoría General de la Responsabilidad Civil*. 2dª. Edición. Editorial Bosch, S.A. México, 1975, págs. 278 y s.s.

³² SOTO NIETO, Francisco. “*La llamada compensación de culpas*”. Revista de Derecho Privado, Madrid, mayo de 1968. Tomo LII.

³³ ROSELLO, Carlo, “*Il danno evitabile. La misura della responsabilità tra diligenza ed efficienza*”. Editorial CEDAM, Roma 1990, págs. 40 a 44.

“(...) En todo caso, así se utilice la expresión ‘culpa de la víctima’ para designar el fenómeno en cuestión, en el análisis que al respecto se realice no se deben utilizar, de manera absoluta o indiscriminada, los criterios correspondientes al concepto técnico de culpa.

“(...) ”

“Esta reflexión ha conducido a considerar, en acercamiento de las dos posturas, que la ‘culpa de la víctima’ corresponde -más precisamente- a un conjunto heterogéneo de supuestos de hecho, en los que se incluyen no sólo comportamientos culposos en sentido estricto, sino también actuaciones anómalas o irregulares del perjudicado que interfieren causalmente en la producción del daño, con lo que se logra explicar, de manera general, que la norma consagrada en el artículo 2357 del Código Civil, aun cuando allí se aluda a “imprudencia” de la víctima, pueda ser aplicable a la conducta de aquellos llamados inimputables porque no son ‘capaces de cometer delito o culpa’ (art. 2346 ibídem) o a comportamientos de los que la propia víctima no es consciente o en los que no hay posibilidad de hacer reproche alguno a su actuación (v.gr. aquel que sufre un desmayo, un desvanecimiento o un tropiezo y como consecuencia sufre el daño) (...) (Cas. Civ. 15 de marzo de 1941, citada en G.J. L, pág. 793; 29 de noviembre de 1946, G.J. LXI, pág. 677; 8 de septiembre de 1950, G.J.

LXVIII, pág. 48; 28 de noviembre de 1983. No publicada) (...)”³⁴.

Así, al proceder el análisis sobre la causa del daño, el juzgador debe establecer “*mediante un cuidadoso estudio de las pruebas, la incidencia del comportamiento desplegado por cada [parte] alrededor de los hechos que constituyan causa de la reclamación pecuniaria*”³⁵, en particular, cuando ésta proviene del ejercicio de una actividad peligrosa y, al mismo tiempo, se alegue concurrencia de conductas en la producción del hecho lesivo.

Sobre el asunto, afirmó esta Corte:

*“(...) [E]n tratándose de la concurrencia de causas que se produce cuando en el origen del perjuicio confluyen el hecho ilícito del ofensor y el obrar reprochable de la víctima, deviene fundamental **establecer con exactitud la injerencia de este segundo factor en la producción del daño, habida cuenta que una investigación de esta índole viene impuesta por***

³⁴ CSJ SC 2 de mayo de 2007, rad. 1997-03001-01, citada el 16 de diciembre de 2010, rad. 1989-00042-01, entre otras.

³⁵ CSJ SC 14 de diciembre de 2006. 1997-03001-01

dos principios elementales de lógica jurídica que dominan esta materia, a saber: que cada quien debe soportar el daño en la medida en que ha contribuido a provocarlo, y que nadie debe cargar con la responsabilidad y el perjuicio ocasionado por otro (G. J. Tomos LXI, pág. 60, LXXVII, pág. 699, y CLXXXVIII, pág. 186, Primer Semestre, (...); principios en los que se funda la llamada ‘compensación de culpas’, concebida por el legislador para disminuir, aminorar o moderar la obligación de indemnizar, en su expresión cuantitativa, hasta o en la medida en que el agraviado sea el propio artífice de su mal, compensación cuyo efecto no es otro distinto que el de ‘repartir’ el daño, para reducir el importe de la indemnización debida al demandante, ello, desde luego, sobre el supuesto de que las culpas a ser ‘compensadas’ tengan virtualidad jurídica semejante y, por ende, sean equiparables entre sí (...)” (resaltado propio)³⁶.

Por tanto, se itera, para declarar la concurrencia de consecuencias reparadoras, o de concausas, cuyo efecto práctico es la reducción de la indemnización en proporción a la participación de la víctima, su implicación deberá resultar influyente o destacada en la cadena causal

³⁶ CSJ SC 25 de noviembre de 1999, rad. 5173.

antecedente del resultado lesivo, aún, a pesar del tipo de tarea arriesgada que gobierna el caso concreto.

7.6. En esa línea, cuando el daño es consecuencia de la convergencia de roles riesgosos realizados por víctima y agente, el cálculo de la contribución de cada uno en la producción del menoscabo atiende, si bien al *arbitrio iuris* del juez, su análisis no debe ser desmesurado ni subjetivo, pues debe tener en cuenta la circunstancia incidental que corresponda en cada caso³⁷.

Si bien en un principio la doctrina de esta Corte resolvió el problema de las concausas o de la concurrencia de actividades peligrosas, adoptando diversas teorías como la “*neutralización de presunciones*”³⁸, “*presunciones recíprocas*”³⁹, y “*relatividad de la peligrosidad*”⁴⁰, fue a partir

³⁷ CSJ SC 16 de abril de 2013, rad. 2002-00099.

³⁸ Tenía aplicación en los eventos de responsabilidad donde se habla de presunción de culpa, es decir, cuando se ejerce una actividad riesgosa. Dicha teoría afirmaba que las presunciones se aniquilaban, para dar paso a la culpa probada (CSJ SC 5 de mayo de 1999, rad. 4978). Durante su implementación, un sector de la doctrina se oponía a la misma, por “(...) *carecer de fundamento normativo, toda vez que el hecho de haberse causado el daño por la intervención encontrada de dos cosas riesgosas no puede provocar una mutación normativa, es decir, pasar del riesgo como factor de imputación, a la culpa probada (...)*” (PIZARRO, Ramón Daniel, “*Responsabilidad por riesgo creado y de empresa. Contractual y extracontractual*”, t. II. Buenos Aires. La Ley, 2006, pp. 274-277).

³⁹ En este evento, las presunciones de culpa por quienes desarrollan labores riesgosas no se neutralizan sino que permanecen incólumes. Significaba que cuando una de las partes era la

de la sentencia de 24 de agosto de 2009, rad. 2001-01054-01⁴¹, en donde retomó la tesis de la intervención causal⁴².

Al respecto, señaló:

*“(...) La (...) graduación de ‘culpas’ en presencia de actividades peligrosas concurrentes, [impone al] (...) juez [el deber] de (...) examinar a plenitud la conducta del autor y de la víctima para precisar su incidencia en el daño y determinar la responsabilidad de uno u otra, y así debe entenderse y aplicarse, desde luego, **en la discreta, razonable y coherente autonomía axiológica de los elementos de convicción allegados regular y oportunamente al proceso con respeto de las garantías procesales y legales.***

que sufría el daño, la presunción subsistía en contra de quien no lo padeció, quien podrá destruir la presunción probando la incidencia del hecho de la víctima en la producción del evento dañoso (CSJ SC 26 de noviembre de 1999, rad. 5220). Su crítica radicaba en que “(...) la solución de apoyaba en una falsa idea de la responsabilidad civil, cuya esencia se fundamenta en la idea de indemnización y no de pena, por tal motivo no se podía determinar la responsabilidad según la culpa del ofensor o la víctima (...)” (PEIRANO FACIO, Ramón Daniel. “Responsabilidad extracontractual”, 3ª ed. Bogotá. Temis, 1981, pág. 442).

⁴⁰ Se tiene en cuenta el mayor o menor grado de peligrosidad de la actividad o mayor o menor grado de potencialidad dañina (CSJ SC 2 de mayo de 2007, rad. 1997-03001-01). Su censura consistía en que dicha tesis se preocupaba más por establecer que labor era más riesgosa en relación con otra, dejando de lado considerar cuál de ellas había causado el daño.

⁴¹ Reiterado en sentencias de 26 de agosto de 2010, rad. 2005-00611-01, y 16 de diciembre de 2010, rad. 1989-000042-01.

⁴² Teoría que en todo caso había sido acogida originariamente por esta Corte en sentencia de 30 de abril de 1976, G.J. CLII, n°. 2393, pág. 108.

“Más exactamente, el fallador apreciará el marco de circunstancias en que se produce el daño, sus condiciones de modo, tiempo y lugar, la naturaleza, equivalencia o asimetría de las actividades peligrosas concurrentes, sus características, complejidad, grado o magnitud de riesgo o peligro, los riesgos específicos, las situaciones concretas de especial riesgo y peligrosidad, y en particular, la incidencia causal de la conducta de los sujetos, precisando cuál es la determinante (imputatio facti) del quebranto, por cuanto desde el punto de vista normativo (imputatio iuris) el fundamento jurídico de esta responsabilidad es objetivo y se remite al riesgo o peligro (...)” (se resalta).

Así las cosas, la problemática de la concurrencia de actividades peligrosas se resuelve en el campo objetivo de las conductas de víctima y agente, y en la secuencia causal de las mismas en la generación del daño, siendo esa la manera de ponderar el *quantum* indemnizatorio.

En éstos tópicos, y en otros, resulta relevante diferenciar el nexo causal material y el nexo jurídico, a fin de determinar la imputación fáctica y la correspondiente imputación jurídica, en orden a establecer la incidencia de

la situación fáctica, en la *imputatio iuris* para calcular el valor del perjuicio real con que el victimario debe contribuir para con la víctima.

Tal enfoque deviene importante, porque al margen de corresponder con la circunstancia puramente fáctica, su cálculo obedece a determinar la posibilidad real de que el comportamiento del lesionado haya ocasionado daño o parte de él, y en qué proporción contribuye hacerlo. Cuanto mayor sea la probabilidad, superior es la cuota de causalidad y su repercusión en la realización del resultado. De esa manera, se trata de una inferencia tendiente a establecer “*el grado de interrelación jurídica entre determinadas causas y consecuencias*”⁴³.

En rigor, cuando la causa del daño corresponde a una actividad que se halla en la exclusiva esfera de riesgo de uno de los sujetos, éste será responsable único, y a *contrario sensu*, concurriendo ambas, se determina su contribución para atenuar el deber de repararlo.

⁴³ LANGE, Schadenersatz, “*Handbuch des Schuldrecht in Einzeldarstellungen Bd.1*” (*Manual de ley de obligaciones*). Tübingen, Mohr, 1979.

De esta manera, el juzgador valorará la conducta de las partes en su materialidad objetiva y, en caso de encontrar probada también una culpa o dolo del afectado, establecerá su relevancia no en razón al factor culposo o doloso, sino al comportamiento objetivamente considerado en todo cuanto respecta a su incidencia causal.

7.6.1. Sin embargo, aun cuando la entidad causal, tratándose de la convergencia de actividades peligrosas, es determinante para establecer el grado de participación de la víctima en el siniestro, y por esa línea calcular la deducción del *quantum* resarcitorio, tal elemento de análisis no es exclusivo para ese tipo de eventos concurrentes, pues resulta igual de preponderante en situaciones donde el lesionado, pese a no desarrollar una labor riesgosa, pero actuando de manera culposa, contribuye efectivamente en la coproducción del daño.

Dicho criterio lo aplicó esta Sala en el caso de una familia que viajaba en una camioneta de carga, quienes transportaban a unas personas en la parte trasera,

resultando embestidos por un autobús con “(...) *fallas en los frenos*”⁴⁴.

Si bien la Corte determinó la culpa del conductor de la camioneta por “*llevar pasajeros en un automóvil para carga*”, la causa real del accidente no fue otra que la imprudencia del maquinista del bus al guiarlo abarrotado de pasajeros y con en el sistema de frenos averiado, “*lo que [provocó] su desenfreno y como consecuencia arrolló [al otro rodante]*”⁴⁵.

De tal manera, concluyó esta Corporación que no había razón para reducir la indemnización, porque la “*culpa del conductor de la camioneta [ni de las personas por él transportadas] no fue concausal a los daños por el responsable del bus*”⁴⁶. Al respecto, expuso:

“(...) [P]ara que opere la compensación de culpas de que trata el artículo 2357 del Código Civil **no basta**

⁴⁴ CSJ SC 6 de mayo de 1998, rad. 4972.

⁴⁵ *Ídem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

que la víctima se coloque en posibilidad de concurrir con su actividad a la producción del perjuicio cuyo resarcimiento se persigue, sino que se demuestre que la víctima efectivamente contribuyó con su comportamiento a la producción del daño, pues el criterio jurisprudencial en torno a dicho fenómeno es el de que para deducir responsabilidad en tales supuestos (...) la jurisprudencia no ha tomado en cuenta, como causa jurídica del daño, sino la actividad que, entre las concurrentes, ha desempeñado un papel preponderante y trascendente en la realización del perjuicio. De lo cual resulta que si, aunque culposo, el hecho de determinado agente fue inocuo para la producción del accidente dañoso, el que no habría ocurrido si no hubiese intervenido el acto imprudente de otro, no se configura el fenómeno de la concurrencia de culpas, que para los efectos de la gradación cuantitativa de la indemnización consagra el artículo 2357 del Código Civil. En la hipótesis indicada sólo es responsable, por tanto, la parte que, en últimas, tuvo oportunidad de evitar el daño y sin embargo no lo hizo (CLII, 109. - Cas. 17 de abril de 1991).

“En este orden de ideas, cabe concluir que la sola circunstancia de que el perjudicado estuviese desarrollando en el momento del suceso una

actividad que en abstracto pudiera merecer el calificativo de imprudente, no es causa de atenuación de la indemnización debida por el agente, pues para tales efectos será menester, y las razones son obvias, que la actividad de la víctima concorra efectivamente con la de aquél en la realización del daño (...)⁴⁷ (negrillas fuera de texto).

De ese modo, si bien el cálculo de la contribución de cada uno de los participantes en la producción del daño, y por esa vía, la moderación del valor a resarcir, atiende al *arbitrio iuris* del juez, su análisis no debe ser arbitrario ni subjetivo, pues frente a la víctima tendrá que examinar, además de la culpa, el factor de causalidad.

7.6.1.1. En el derecho comparado, por ejemplo, en el sistema jurídico norteamericano, a la concurrencia de culpas se le conoce como “*comparative negligence*”⁴⁸, el cual centra su valoración en la exclusiva consideración del elemento “*culpabilístico*”. Otros, como el italiano⁴⁹, el

⁴⁷ CSJ SC 6 de mayo de 1998, rad. 4972.

⁴⁸ Sistema reconocido en varias legislaciones estatales norteamericanas, como en las leyes de Louisiana (act 2323) o Kansas (s. 60-258^a), así como en la jurisprudencia, vgr. *State v. Kaatz*, 572 p.2d 775, 782 (Alaska, 1977), *Danculovich v. Brown*, 593, p.2d 187 (Wyoming, 1979).

⁴⁹ Así lo establece el artículo 1227 del Código Civile italiano, el cual habla de disminución conforme con la gravedad de la culpa y la entidad de las consecuencias derivadas de la

alemán⁵⁰ y el inglés⁵¹, centran su estudio solo en la entidad causal de los respectivos comportamientos. El Tribunal Supremo español recoge ambas tesis, es decir, la de la causalidad y la gravedad de las culpas, “*aunque en la práctica valora también algún otro elemento, como el dolo o el riesgo creado por el agente*”⁵².

Esta Sala, igual a su similar español, según se expuso, ha acogido ambos enfoques para cuantificar la cuota de participación de la víctima como corresponsable de la producción del daño, teniendo como criterios de valoración la causalidad y la culpa.

7.6.2. Las anteriores precisiones conceptuales se deben tener en cuenta tratándose de daños causados con vehículos o en accidentes de tránsito, por cuanto la conducción de automotores, en atención a su naturaleza, y en los términos de su propio régimen jurídico, contenido en

conducta de la víctima sobre el daño total (Bessone, Mario. “*La Responsabilità Civile*”. Editorial Utet, Torino, 1987, págs. 165 a 166).

⁵⁰ Canon 254 del BGB (Código Civil Alemán).

⁵¹ Ver sección primera de la *Law Reform (Contributory Negligence) Act* de 1945.

⁵² SOLÉ FELIU, Josep. “*La concurrencia de culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo*” en “*Anuario de Derecho Civil*”. Ministerio de Justicia español. Madrid 1997, págs. 865 a 902.

la Ley 769 de 2002⁵³ (Código Nacional de Tránsito Terrestre), se define como una actividad riesgosa.

Basta entonces observar que las disposiciones del referido estatuto imponen, entre otras exigencias, directrices específicas a fin de prevenir o evitar el “riesgo” inherente al peligro que conlleva su ejercicio, como la sujeción de los peatones, conductores y vehículos a las normas de tránsito y el acatamiento “(...) *de los requisitos generales y las condiciones mecánicas y técnicas que propendan a la seguridad, la higiene y comodidad dentro de los reglamentos correspondientes (...)*” (art. 27).

Así mismo, el conductor debe en su actividad comportarse en “(...) *forma que no obstaculice, perjudique o ponga en riesgo a las demás y debe[n] conocer y cumplir las normas y señales de tránsito que le sean aplicables, así como obedecer las indicaciones que les den las autoridades de tránsito (...)*” (art. 55), y “(...) *abstenerse de realizar o adelantar acciones que afecten la seguridad en la conducción*

⁵³ Modificada por las leyes 1503 de 2011, 1548 de 2012, 1696 de 2013, 1730 de 2014, 1753 de 2015, 1811 de 2016, y 1843 de 2017.

del vehículo automotor, mientras éste se encuentre en movimiento (...)” (art. 61).

Para dar cuenta de la orientación seguida por el legislador sobre la reseñada actividad, “(...) *las disposiciones jurídicas reguladoras de los daños causados con vehículos y derivados del tránsito automotor, actividad lícita y permitida, claramente se inspira en la tutela de los derechos e intereses de las personas ante una lesión in potentia por una actividad per se en su naturaleza peligrosa y riesgosa (...)*”⁵⁴.

7.7. De acuerdo a lo discurrido, pasa a examinarse si el *ad-quem* aplicó erróneamente los artículos 2356 y 2357 del Código Civil, por declarar la “*conurrencia de culpas*” sin tener en cuenta la incidencia causal de las conductas del agente y la víctima frente a la producción del daño, por cuanto ambos motoristas, según los recurrentes, “*desplegaban una actividad riesgosa*”.

⁵⁴ CSJ SC 24 de agosto de 2009, rad. 2001-01054-01.

En particular, porque José David Galvis Luque, conductor del tractocamión de placas SWO 561, reconoce que observó aparcado sobre un costado de la vía, el automotor guiado por Carlos Alirio Méndez Lache, y se confió en eludirlo, no obstante, lo embistió, provocando el hecho dañoso a éste último.

Así, entonces, para los impugnantes, contrario a la conclusión del juzgador acusado, el hecho de que el señor Méndez Lache haya parado la marcha del rodante en lugar prohibido, y sin la utilización de las señales reflectivas o de parqueo, no impidió al otro maquinista cerciorarse de su detención a cierta distancia, pudiendo maniobrar y evitar la colisión, ya reduciendo la velocidad, ora cambiando de carril, pudiendo hacerlo. Dicha circunstancia, por tanto, demuestra la exigua participación de la víctima en el resultado.

Lo anterior, sumado a las excelentes condiciones atmosféricas y viales. El accidente ocurrió en una mañana soleada y en una recta llana de “2 *kilómetros*”, correctamente señalizada y pavimentada.

7.7.1. Según el Tribunal, la parte actora con su conducta violatoria de los artículos 77 y 79 de la Ley 769 de 2002, “*por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre*”, se expuso al riesgo, incidiendo así en la causación del daño en iguales proporciones respecto del agente, por tal razón, el *quantum* indemnizatorio lo redujo en 50%.

Lo expuesto, porque de acuerdo con el plano a raíz del accidente, Carlos Alirio Méndez Lache aparcó “*el vehículo de forma rápida*” sobre la vía, lugar no apto para detenerse, y sin utilizar luces de estacionamiento, descendiendo de él para “*revisar el ganado que transportaba*”, momento cuando fue aprisionada su pierna derecha con el eje trasero izquierdo de su propio rodante, al resultar éste embestido por el otro tractocamión, perdiendo luego dicho miembro “*a nivel de tercio superior del muslo*”, cual lo coligió la historia clínica.

El otro extremo causal del daño, el del agente, el Tribunal lo determinó con el Informe Policial del Accidente Tránsito y del testimonio rendido por el propio autor de la colisión, el conductor del tráiler José David Galvis Luque.

En el primero, por indicarse allí como hipótesis del siniestro, “*no estar [Galvis Luque] atento en la conducción [,] a las condiciones de la vía y [a]l tránsito vehicular*”, precisamente, porque según el croquis, el hecho ocurrió “*a las 10: 30 a.m., en una (...) recta, plana, de doble sentido, dos calzadas, cuatro carriles, asfaltada, en buenas condiciones, seca, con buena iluminación natural*”.

Y en el segundo, por cuanto del relato de José David Galvis Luque se infería claramente su falta de pericia “*para enfrentar la situación*”, pues al margen de suponer que el vehículo conducido por Carlos Alirio Méndez Lache “*estaba en marcha*”, en razón al “*humo expedido en el exhosto*”, la prudencia le aconsejaba disminuir la velocidad, precisamente, por transitar en un segmento plano de “*2 kilómetros*” y llevar consigo “*31 toneladas*” de arena, sobre todo, cuando el obstáculo “*se encontraba a la vista desde una distancia muy superior a los 10 metros*”.

Reprochó además la imprudencia de éste último, “*al confiarse, [sin haberlo hecho], en la posibilidad de pasarse al carril contiguo para evitar el accidente*”.

En resumen, concluyó el sentenciador, la víctima y el agente confluyeron en partes iguales en la materialización del perjuicio, pues el siniestro fue consecuencia de la interacción de ambos, de un lado, por estacionar en lugar prohibido y sin luces de parqueo; y de otro, por no desacelerar o cambiar de sección del camino, a efecto de esquivar el rodante detenido.

7.8. De acuerdo con lo afirmado en precedencia, se colige que el Tribunal incurrió en yerro directo, al aplicar frente al asunto, solo el factor culpabilístico para valorar la conducta de la víctima en la coproducción del daño, descartando la entidad causal.

Lo antelado, por cuanto se limitó a valorar aspectos subjetivos de la conducta del lesionado, como fue su negligencia frente al cumplimiento de las normas de tránsito, sin establecer su grado de influencia en el siniestro.

El desacierto, entonces, se halla ante todo en el ámbito causal y no en el reproche culpabilístico, dada la

actividad desarrollada por los participantes en el hecho y cuya consecuencia dañosa se encuentra esencialmente ligada por la potencia causal de cada una de las fuentes de riesgo involucradas en el acontecimiento, y del mismo modo, como esenciales para determinar la proporción del daño.

En efecto, el *ad-quem* dedujo que Carlos Alirio Méndez Lache contribuyó en la producción del accidente, porque al detener su vehículo sobre la carretera y sin utilizar señales estacionarias, desconoció las reglas viales, conclusión que llevada al terreno de la causalidad, no implica *per sé* una cuota desencadenante del accidente.

El argumento errado del sentenciador, por lo tanto, funge basilar, toda vez que el mismo dio pie para sostener el porcentaje del 50% de la concurrencia de culpas, vista precisamente como una contribución decisiva en igual grado al actuar del autor en la producción del menoscabo.

7.9. La censura, por tanto, en los términos dichos, se abre paso.

8. CARGO TERCERO

8.1. Acusa la violación directa de los artículos 1088 y 1127 del Código de Comercio, por aplicación indebida.

8.2. Lo anterior, en sentir de los censores, por cuanto se eximió a Liberty Seguros S.A. de sufragar la condena por lucro cesante, al ser esa prestación, según el *ad-quem*, exigible solo de “*pactarse de manera expresa*” en la póliza de riesgo extracontractual, evento que según arrojó el acervo demostrativo, nunca se acordó entre los convocados.

8.3. Aducen, en esencia, que esa lectura contraviene el criterio de la “*jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (...) y la doctrina*”, los cuales afirman que el no pago del mencionado rubro indemnizatorio, solo “*es oponible al asegurado y no al tercero afectado con el siniestro*”, por

ende, era procedente imputarle tal acreencia a dicha aseguradora.

8.4. Solicitan, por tanto, casar la sentencia recurrida y mediante sentencia reemplazante, condenar a Liberty Seguros S.A. asumir el costo del lucro cesante, en proporción a la cuantía asegurada.

9. CONSIDERACIONES

9.1. El cargo compendiado en precedencia cuestiona al Tribunal de aplicar equivocadamente los artículos 1088 y 1127 del Código de Comercio, por su decisión de absolver a Liberty Seguros S.A. de pagar la condena por lucro cesante.

9.2. El seguro de daños tiene por objeto proteger el patrimonio del asegurado a causa de un perjuicio pecuniario⁵⁵. Su característica más notable, constituye la “(...) *materialización de un perjuicio de estirpe económico radicado en cabeza del asegurado, sin el cual no puede*

⁵⁵ CSJ SC 21 de agosto de 1978, G.J. T. CLVIII, págs. 118 a 124.

*pretenderse que el riesgo [objeto] del acuerdo de voluntades haya tenido lugar y, por ende, que se genere responsabilidad contractual del asegurador (...)*⁵⁶.

Ciertamente, conforme el artículo 1082 del C. de Co., despuntan dos tipos de seguros, el de daños, cuyo interés asegurable lo tiene el asegurado y el de personas que hace beneficiario al asegurado o a un tercero designado por éste, o sus herederos.

Así mismo, el canon citado distingue otros dos modelos aseguraticios: reales y patrimoniales. Los primeros recaen sobre bienes muebles o inmuebles, determinados o determinables, respecto de los cuales se protege el riesgo que frente a ellos pueda afectar su plenitud material, como ocurre en situaciones de incendio, hurto, etc.

Los segundos, se refieren a los seguros patrimoniales, los cuales, aun cuando pueden o no relacionarse a un bien

⁵⁶ CSJ SC 22 de julio de 1999, rad. 5065 y 24 de mayo de 2000, rad. 5439.

en concreto, su finalidad es asegurar la integridad del patrimonio económico contra el detrimento eventual que pueda acarrear una disminución del activo en correlación con el aumento del pasivo.

Las señaladas tipologías tienen divergencias importantes, pues en los primeros, el límite de la suma garantizada coincide siempre con el costo de los bienes; por el contrario, en los otros, dicho margen es acordado por las partes. En estos últimos, como ocurre en aquéllos, no existen figuras o conceptos tales como infraseguro, supraseguro, valor presunto, estimado o nuevo, mucho menos se aplica la regla proporcional, utilizada cuando no se puede determinar a ciencia cierta el monto asegurable.

Las reseñadas diferencias justifican un tratamiento jurídico específico, al punto que el seguro de responsabilidad civil tiene su propia regulación en los artículos 1127 a 1133 del Estatuto Mercantil, y en el canon 4 de la Ley 389 de 1997, escapando así a otras disposiciones que gobiernan categorías contractuales parecidas.

9.2.1. El antecedente normativo más remoto del seguro de responsabilidad lo constituye el Decreto 410 de 1971, “*por el cual se expide el Código de Comercio*”, disposición que sufrió con el tiempo varias modificaciones, particularmente, por las Leyes 45 de 1990 y 389 de 1997.

A propósito, la redacción original del artículo 1127 plasmada inicialmente por el Código de Comercio, definió el mencionado contrato 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. Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, con la restricción indicada en el artículo 1055 (...)*” (se destaca).

Posteriormente la Ley 45 de 1990 introdujo reformas a la mencionada modalidad contractual, entre otras, autorizando el resarcimiento directo de la víctima por la aseguradora, permitiéndole accionar directamente contra ésta: la acción directa del afectado.

Igualmente, el canon 84 de la citada ley, modificó el artículo 1127 del Código de Comercio, precisando que

*“(...) 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. Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo [1055](#) (...)”* (se destaca).

Comparada la disposición original del estatuto mercantil con la introducida por la Ley 45 de 1990, se advierte que el legislador sustituyó la expresión “**sufrir**” por “**causar**”, procurando así proteger los derechos resarcitorios del perjudicado, sin desnaturalizar, claro está, la esencia del seguro, cuyo fin es mantener indemne el patrimonio del asegurado, sobre todo, cuando es compelido indemnizar a un tercero.

En esa línea, dijo esta Corte:

*“(...) 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 sé, 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** (...)”⁵⁷ (se resalta).

De igual modo, no es ajeno al tráfico mercantil y jurídico, que el tomador de esa clase de contratos busque mediante el pago de una prima, resguardar su patrimonio, esperando como contraprestación de la aseguradora, recibir una indemnización en el evento de presentarse el riesgo, como ocurre cuando transgrede los intereses de un tercero⁵⁸.

⁵⁷ CSJ SC 10 de febrero de 2005, rad. 7614, citada en sentencias de 10 febrero de 2005, rad. 7173 y 14 de julio de 2009, rad. 2000-00235-01.

⁵⁸ “Frente a la posibilidad teórica y práctica del advenimiento de un daño a la persona o a sus intereses patrimoniales o extrapatrimoniales, de vieja data, el contrato de seguro sirve a la función práctica o económica social de brindar tranquilidad o confianza de cara al riesgo incertus an, incertus quando de un suceso dañino y, en caso de ocurrir, otorga seguridad o certeza in concreto respecto de la indemnización total o parcial de sus consecuencias adversas” (DONATI, Antígono, VOLPE PUTZOLU, Giovanna, “Manuale di Dittto delle Assicurazioni”, 8° ed.).

9.2.2. En ese sentido, no cabe duda que los daños causados por el asegurado a la víctima, con ocasión de la responsabilidad aquiliana declarada, pueden ser de índole patrimonial y extrapatrimonial.

Lo anterior encuentra sentido en los artículos 84 de la Ley 45 de 1990 y 16 de la Ley 446 de 1998, particularmente, por referirse dichas disposiciones a la causa, así como al tipo de menoscabo que el asegurado irroga al lesionado.

El primero, precisamente, por cuanto dicho texto normativo, se reitera, corrigió la expresión “*los perjuicios patrimoniales que **sufra** el asegurado*”, por la nueva “*los perjuicios patrimoniales que **cause** el asegurado*”; y el segundo, porque la obligación de indemnizar por el responsable, según el referido canon, debe ser plena, en atención al principio de reparación integral, el cual comprende *per sé* indemnizar lesiones materiales e inmateriales.

Nótese entonces que desde la perspectiva del asegurado, no de la víctima, los perjuicios que aquél experimenta siempre revestirán un cariz patrimonial en la modalidad de daño emergente, precisamente, porque las sumas que deberá desembolsar para resarcir el daño, declaradas en virtud de una condena judicial, redundan negativamente en su pasivo inmediato⁵⁹.

De modo que a la luz del canon 1088 del Código de Comercio nos encontramos con dos aristas diferentes: una, es el daño o evento incierto que sufre el asegurado, que es de naturaleza diferente; otra, el daño que sufre la víctima o tercero, por el hecho del asegurado.

En el primer caso, se circunscribe el daño emergente en principio, salvo pacto expreso en contrario; en el segundo caso, el daño abarca toda clase de perjuicios; y por lo tanto, el daño moral, el lucro cesante y el daño emergente

⁵⁹ Al respecto explicó De Cupis: “(...) *La responsabilidad constituye una carga económica, un perjuicio para el patrimonio del responsable, que corresponde a la transferencia, efectuada por el ordenamiento jurídico, del daño experimentado por el perjudicado a la persona del responsable. El cual, por responder del daño, lo que hace, en definitiva, es soportar el daño mismo (...)*” (DE CUPIS, Adriano. “*Teoría General de la Responsabilidad Civil*. 2d^a. Edición. Editorial Bosch, S.A. México, 1975, pág. 745).

o el perjuicio material e inmaterial que sufre la víctima, representan, únicamente para el asegurado, daño emergente, porque es cuánto debe erogar a favor del afectado, y de ninguna manera su lucro cesante; porque la responsabilidad no puede ser fuente de enriquecimiento.

En otras palabras, el daño integral sufrido por la víctima constituye, un daño emergente para el asegurado, y éste es el real perjuicio patrimonial sufrido por éste último. Cuanto eroga el asegurado por su responsabilidad para indemnizar a la víctima, es el daño emergente de aquél.

Por consiguiente, los perjuicios que padece el responsable del daño, quien a su vez ostenta la calidad de beneficiario del comentado seguro, implican una erogación, más no una frustración de ganancia o lucro por percibir. Otra cosa es, si el lucro cesante lo quiere percibir para sí, caso en el cual debe pactarlo.

9.3. La revisión del fallo censurado evidencia que el Tribunal cometió un error *iuris in iudicando* o de puro juicio en el juzgar, al negar la condena por “*lucro cesante*” en contra de Liberty Seguros S.A., aduciendo para tal efecto, según el artículo 1088 del Código de Comercio, “(...) *la inexistencia de pacto expreso en las pólizas (...)*” contentivas del seguro de responsabilidad suscrito con Juan Bautista Quintero Ramírez.

Dicho razonamiento desconoció que el precepto *ejúsdem* no estaba llamado a gobernar el asunto, por existir una norma posterior y especial regulatoria del resarcimiento pecuniario a cargo del asegurador en los seguros de responsabilidad civil, como es el precepto 1127 del mismo estatuto.

En efecto, la disposición 1088 consagra un principio de la reparación común a los “*seguros de daños*” en general, y de suyo, atañe particular y singularmente a la relación sustancial entre la aseguradora y el tomador-beneficiario; y alude exclusivamente a la indemnización “*propia*” y a “*cargo*” del asegurado en los casos de ocurrencia del siniestro amparado, oponible únicamente al asegurado pero

no al tercero, pues el precepto en cuestión fija los términos y el alcance de la convención aseguraticia interpartes.

En cambio, la regla 1127, es exclusiva para los contratos aseguraticios de “*responsabilidad civil*”, la cual prevé de manera expresa y sin distinción los perjuicios comprendidos en la indemnización a cargo de la aseguradora, respecto de los “*patrimoniales que cause el asegurado [a un tercero (víctima)] con motivo de determinada responsabilidad en que incurra*”. Tal precepto es claro en establecer tres vínculos jurídicos distintos surgidos con ocasión de la especialidad del anotado contrato: el primero, entre la afianzadora y el tomador-beneficiario; el segundo, respecto del asegurado (victimario) y el tercero (víctima); y el final, el de la aseguradora con el tercero (víctima), siendo este último el que legitima la acción directa del tercero afectado.

La aplicación de este último artículo en el presente caso, rige para el tercero (víctima) por ser, especial y posterior, en virtud de lo dispuesto en el canon 10 del Código Civil, subrogado por el numeral 1° de la regla 5 de la Ley 57 de 1887, donde se precisa que: “*la disposición*

relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general”; y 2 de la Ley 153 de 1887, a cuyo tenor la norma posterior prevalece sobre la anterior.

En punto del contrato de seguro y con relación a la cláusula referente al artículo 1088 del Código de Comercio, que limita o excluye la obligación de indemnizar determinado *ítem* por la aseguradora al tomador, resulta irrelevante determinar si fue objeto de exclusión el lucro cesante o cualquier otro perjuicio con relación al tercero afectado y no interviniente en el contrato de seguro, por cuanto tal análisis no procede contra el tercero, sino frente a las partes del contrato y de cualquier modo, cuanto efectivamente garantiza al asegurado es cubrirle al tomador o beneficiario, todo daño emergente en que haya incurrido con ocasión del hecho dañoso; esto es, todo los perjuicios sin distinción que el dañador-tomador o asegurado, haya erogado a la víctima.

A propósito, esta Corte al dirimir un pleito donde la compañía aseguradora alegaba la exclusión del lucro cesante, expuso:

*“(...) En lo atinente a la cobertura por lucro cesante, es cierto que la póliza no trae ‘acuerdo expreso’ que lo involucre como materia del negocio asegurativo, condición que a veces del artículo 1088 del Código Comercio resultaría inexorable para que el seguro lo comprendiera; más, aunque tal cosa sucede, lo cierto es que en tratándose de este tipo especial de seguro, vale decir, de responsabilidad civil, regulado específicamente por los artículos 1127 y siguientes del Código de Comercio, no se hace menester dicho acuerdo, **pues al estatuir la norma que la indemnización a cargo del asegurado envuelve ‘los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra’, no es dable al intérprete entrar en distinciones como la que plantea la llamada en garantía, tanto menos cuando ello contraviene los dictados hermenéuticos que orientan la materia** (...)”⁶⁰ (se resalta).*

En igual sentido, la Sala recientemente señaló:

“(...) Ahora bien, en el caso bajo estudio, al revisar la póliza objeto del debate se encuentra, que la Compañía Suramericana de Seguros S.A., expidió la póliza No. 0987160, en la que figura como asegurada la sociedad

⁶⁰ CSJ SC 19 de diciembre de 2006, rad. 2002-00109-01.

concentrados Cresta Roja S.A. y se amparó la responsabilidad civil extracontractual, entre otras cosas, la «muerte o lesiones a personas», por un límite de \$500.000.000, consignándose así mismo, en las condiciones generales únicamente las exclusiones que se tendrían en cuenta.

*“De lo que se desprende, contrario a lo asumido por el A-quem, que de la expresión general de la cobertura, se puede colegir que se amparó la totalidad de la indemnización que debiera pagar la asegurada Concentrados Cresta Roja S.A., la cual cubre todos los daños que tuviere que **reparar la sociedad, esto es, tanto los perjuicios patrimoniales como los extrapatrimoniales, es decir los daños en el fuero interno de la persona como los morales y los de la vida en relación** (...)”⁶¹ (negrillas fuera de texto).*

Así las cosas, la preceptiva soslayada por el juzgador, es la imperante en la solución del *sublite* por ser exclusiva para los seguros de responsabilidad, la cual contempla la cobertura de los “*perjuicios patrimoniales*”, categoría que comprende lógicamente, todos los menoscabos causados por el asegurado a un tercero, incluyendo los extrapatrimoniales o inmateriales, hasta el límite del valor

⁶¹ CSJ STC 12625-2015, reiterada en sentencia SC 20950-2017.

asegurado, no siendo entonces necesaria la existencia de pacto expreso de esos rubros en la póliza, porque el artículo 1088 antes citado, apenas se refiere a aquello que egresó del patrimonio del asegurado, vale decir, cuanto éste debe indemnizar en su integridad a la víctima.

Desconoció entonces la aseguradora, la arquitectura del seguro; pues propuso dicha excepción e irrazonablemente, así lo aceptó el *ad quem*. Téngase en cuenta que en el asunto sometido a escrutinio de la Sala, el escenario actual del artículo 1127 del C. de Co., con la reforma introducida por el artículo 84 de la Ley 45 de 1990, las dudas que pudieran existir se han desvanecido íntegramente, pues se estructura con claridad la función que debe cumplir el seguro de responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual.

En efecto, allí, y en otros textos, se protegen dos patrimonios: (i) el del asegurado, y (ii) de la víctima como beneficiaria de la indemnización, haciéndola titular hoy, inclusive, de una acción directa contra el asegurador, conforme al art. 1113 del C. de Co. (y también el 1127 *ejúsdem*) por los daños causados por el asegurado para

demostrar en un solo proceso la responsabilidad del asegurado y demandado, y la indemnización del asegurador.

En este último caso, el lesionado deberá acreditar: 1. El contrato de seguro entre asegurador y asegurado que ampara la responsabilidad civil del asegurado; 2. La responsabilidad del asegurado (con apoyo en las reglas 2341 y 2356 del C.C; y no únicamente éstas) frente a la víctima; y 3. La cuantía del perjuicio o magnitud del perjuicio irrogado al damnificado; respondiendo el asegurador, hasta el monto pactado en el negocio jurídico asegurativo, por supuesto.

Sin duda, se protege el interés de los damnificados con el hecho dañoso del asegurado, para resarcirlo, como titular del derecho subjetivo por la realización del riesgo asegurado, haciendo acreedora a la víctima de la prestación. Esta arista del seguro de responsabilidad civil constituye una excepción al principio del efecto relativo de los contratos o principio *res inter alios acta*⁶², porque

⁶² Los contratos no crean derechos u obligaciones, sino a favor o a cargo de quienes intervinieron como parte del contrato, en este evento el de seguro.

beneficia a terceros, la víctima a quien el legislador le otorga, la acción directa para reclamar todo perjuicio irrogado por el asegurado, a pesar de no ser parte del contrato de seguro.

De manera que la aseguradora por imperativo legal asume la obligación de indemnizar los daños provocados por el asegurado, cuando incurre en responsabilidad protegiendo la integridad patrimonial del asegurado, cobijando también los extrapatrimoniales o inmateriales.

En esta última hipótesis, prevista por el precepto 1113, es la misma codificación, que como fuente autoriza a la víctima o damnificado para exigir la reparación integral de modo externo, a pesar de no haber sido parte en la celebración del contrato de seguro; para exigir la prestación indemnizatoria. Se instituye por ley como beneficiaria, pues ocurrido el siniestro o el hecho dañoso, surge para la víctima el derecho de reclamar a la aseguradora la indemnización de todo perjuicio, cuyos efectos contractuales, como excepción al principio *ut supra*, reseñado, brotan de la ley.

La expresión perjuicios patrimoniales no puede ser interpretada restrictivamente: 1. Corresponde al detrimento económico que causa el ligado en el contrato de seguro, esto es, el asegurado, con ocasión del hecho dañoso, razón por la cual el mismo artículo 1127 del C. de Co., utiliza la inflexión verbal “*en que incurra*” y deba resarcir a la víctima. 2. No corresponde a la errónea lectura que se hace de la expresión, discriminando perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, sino al patrimonio como universalidad jurídica cuya noción envuelve todo perjuicio: tanto material como inmaterial, que obliga la regla milenaria del *noeminen laedere* a indemnizar al dañador por el perjuicio irrogado a la víctima. 3. El contenido patrimonial de la norma 1088 *ejúsdem* debe interpretarse, por tanto, en función del causante del perjuicio, y no de la distinción de daños sufridos por la víctima amparados en su integridad por el 1127⁶³.

Ahora, si bien observa la Corte que en las pólizas y sus anexos, la demandada Liberty Seguros S.A. no pactó expresamente con el tomador Juan Bautista Quintero Ramírez, amparar el lucro cesante; en todo caso, debía el

⁶³ CSJ. Civil, sentencia SC20950 de 12 de diciembre de 2017, exp. 2008-00497-01; y SC10048 de 31 de julio de 2014, rad. 2008-00102-01.

Tribunal, en virtud del canon 1127 del C. de Co., entender que la aseguradora se hallaba en obligación de indemnizar todos los daños materiales provocados por el asegurado al tercero damnificado, incluyendo los inmateriales⁶⁴, pues tal erogación, se itera, para el tomador-beneficiario, se atribuyen daño emergente.

El erróneo alcance dado a los artículos 1088 y 1127 *ejúsdem*, tuvo incidencia en la parte resolutive de la sentencia impugnada, pues a causa de ella, el *ad-quem* declaró probada la excepción formulada por Liberty Seguros S.A. “(...) *inexistencia de amparo por lucro cesante* (...)”, absteniéndose de condenarla al pago de esa prestación.

9.4. Es exitosa la acusación.

10. SENTENCIA SUSTITUTIVA

⁶⁴ No obstante en los hechos que edifican la sentencia SC 20950-2017, tanto aseguradora y tomador-beneficiario, acordaron expresamente en la póliza amparar solo los menoscabos morales del tercero damnificado, la Corte tuvo a buen recaudo la decisión del Tribunal que obligó a la aseguradora reconocerle el pago de otros perjuicios inmateriales, los cuales también le causó el asegurado.

10.1. La casación parcial del fallo en virtud de la prosperidad de los cargos segundo y tercero, relativos a la compensación de culpas y la condena por lucro cesante a Liberty Seguros S.A., exige sobre tales tópicos un pronunciamiento exclusivo en sede de instancia.

10.2. No hay duda de la responsabilidad del agente en la producción del daño, pues según se corroboró en líneas precedentes, así se extrae del Informe Policial de Accidente de Tránsito y la propia versión de José David Galvis Luque, por cuanto éste, teniendo en cuenta la claridad del día, las excelentes condiciones de la vía (recta llana de 2 km) y su señalización, no desaceleró ni cambió de carril, a efecto de esquivar el rodante detenido.

De las referidas pruebas, también resulta claro la concurrencia de la víctima en el hecho dañino, precisamente, por aparcar su vehículo en lugar prohibido de la carretera y sin utilizar señales reflectivas, generando para sí mismo una situación de riesgo, además de infringir las normas de tránsito.

Empero, respecto al porcentaje de participación en el resultado, en aplicación del artículo 2357 del Código Civil, es obvio que deberá modificarse el cálculo otorgado por el *a-quo*, en cuanto la contribución del agente es mayor, en proporción al 60%, en tanto que el de la víctima es menor, correspondiendo al 40%.

Lo anterior porque desde el punto de vista del factor causal, la cuantificación de los comportamientos confluyentes en la producción del resultado, no resultan igualitarios.

En efecto, el aporte del conductor de la tractomula, incidió con mayor proporción en el accidente, pues a pesar de ver detenido el vehículo conducido por Carlos Alirio Méndez Lache, creyó en esquivarlo, hecho que reconoció en su interrogatorio, al afirmar que dicho rodante “(...) *estaba parado invadiendo el carril porque ahí no hay bahía para orillarse (...)*”, situación que comprende, según las reglas de la experiencia, que pudo observarlo inmóvil porque se lo permitían, el segmento plano y largo de la carretera, de aproximadamente 2 km; y la claridad de la mañana

soleada, aun cuando aquél, sin utilizar avisos reflectivos, no aparcara sobre la berma.

En otras palabras, el lesionado al haber estacionado e infringido por tal circunstancia las normas de tránsito, no autorizaba al agente por sí, para causarle daño.

De ahí el reproche a su falta de pericia para enfrentar la situación, porque sin lograrlo, culpando al alto flujo vehicular, se confió en rebasar el obstáculo virando al otro costado de la vía, al punto que pudo y no lo hizo, disminuir la marcha para evitar la colisión.

En cuanto a la conducta de la víctima, analizada desde lo culpabilístico, es concurrente del hecho dañoso, por infringir los artículos 77 y 79 de la Ley 769 de 2002 (Código Nacional de Tránsito Terrestre), al aparcar en lugar prohibido y sin encender las luces de parqueo. Empero, la violación de tales normas viales no resultan incidentes en un 50% de la causa del accidente, pues amén de su transgresión, el otro maquinista lo vio a cierta distancia estacionado, sólo que éste fue negligente, pues al no disminuir la velocidad ni cambiar de calzada, chocó con él.

Sin embargo, aunque el obrar de Carlos Alirio Méndez Lache no fue determinante en una mitad en la producción del resultado dañoso, su actuar, aunque pasivo por no desarrollar al momento de la colisión la actividad peligrosa de la conducción, fue causante como mínimo del mismo, porque al detenerse sobre la carretera, asumió un riesgo razonablemente previsible, propio de las incidencias de la circulación, como lo es el de resultar impactado, ya sea por la actividad de otro conductor.

Debió entonces tomar “*precauciones*” a fin de evitar el siniestro, como haber parqueado en una berma, o en un lugar permitido para ello, evitando, en todo caso, convertirse en un obstáculo directo para vehículos en marcha en un segmento de la vía que les permite alcanzar altas velocidades.

Así las cosas, la mencionada negligencia y situación de riesgo provocada por el demandante, conducen a esta Corte, en atención a los elementos concausales y culpabilísticos, a modificar su porcentaje de concurrencia en un 40%.

10.3. En lo demás, se entenderán incorporados en esta decisión todos los aspectos de la sentencia del *ad-quem* relacionados con la existencia del daño, la responsabilidad de quien lo ocasionó, y la liquidación de los rubros indemnizatorios reconocidos a Carlos Alirio Méndez Lache, los cuales quedaron fuera de discusión.

10.4. Como consecuencia de la variación de la proporción de la “*concurrentia de culpas*” respecto a la establecida por el Tribunal, se impone corregir y actualizar el valor de los rubros indemnizatorios, manteniendo incólume los demás factores que tuvo el referido juzgador para su determinación.

- a) Por concepto de **daño emergente**, se aplicará a la suma de (\$114.075,00), el descuento del cuarenta por ciento (40%) para un total de sesenta y ocho mil cuatrocientos cuarenta y cinco pesos (\$68.445,00).

Dicho valor, se indexará desde octubre de 2010, data del accidente en cuestión. El valor del IPC para dicho mes equivale a 104,36 y el IPC último registrado para el mes de febrero de 2018, (último reportado por el Banco de la República), es de 140,71.

Al aplicar la fórmula según la cual el valor histórico se multiplica por el IPC actual y luego se divide por el IPC histórico, se obtiene un total de noventa y dos mil doscientos ochenta y cinco pesos con treinta y un centavos (\$92.285,31)⁶⁵.

b) Relativo al **lucro cesante consolidado**, el cual se tasa desde el momento en que ocurrió el siniestro -7 de octubre de 2010- hasta el 28 de febrero de 2018, data aproximada del proferimiento de esta sentencia, el cual equivale a un período indemnizable de ochenta y ocho (88) meses⁶⁶.

⁶⁵ La operación aritmética realizada es $(\$68.445 \times 140,71) / 104,36$.

⁶⁶ CSJ SC sentencia de 20 de noviembre de 2013.

Así mismo, para el cálculo promedio del ingreso de la víctima, a la suma de un millón doscientos mil pesos (\$1.200.000) se le aplicará el porcentaje del 39.45% por pérdida de la capacidad laboral atribuido a ésta, cifra que descontada el 40%, arroja un total de doscientos ochenta y cuatro mil cuarenta pesos (\$284.040).

Para tal efecto, se aplicará la siguiente fórmula:

$$VA = LCM \times Sn$$

Dónde:

VA es el valor actual del lucro cesante pasado total, incluidos los intereses del 6% anual.

LCM es el lucro cesante mensual actualizado.

Sn es el valor acumulado de la renta periódica de un peso que se paga n veces a una tasa de interés **i** por período.

De otro lado, la fórmula matemática para **Sn** es:

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

Siendo:

i = la tasa interés por período.

n = el número de meses a liquidar.

Reemplazando la fórmula:

$$\mathbf{LCM} = \$284.040$$

$$\mathbf{Sn} = \frac{(1 + 0.005)^{88} - 1}{0.005}$$

$$\mathbf{Sn} = 110,20$$

$$\mathbf{VA} = \$284.040 \times 110,20$$

$$\mathbf{VA} = \$31\,301.208$$

La suma a pagar entonces será de treinta y un millones trescientos un mil doscientos ocho pesos (\$31\,301.208).

- c) Concerniente al **lucro cesante futuro**, el *ad-quem* tuvo en cuenta los siguiente factores:

Para la fecha del accidente, esto es, el 7 de octubre de 2010, Carlos Alirio Méndez Lache tenía 25 años de edad, resultando como “*expectativa de vida*” según la resolución n° 1555 de 30 de julio de 2010, proferida por la Superintendencia Financiera, una vida probable de cincuenta y cinco punto uno (55.1) años, equivalentes a seiscientos sesenta y un (661) meses.

Restados a los 661 meses los 88 que han transcurrido desde el accidente, dicha cifra corresponde a quinientos setenta y ocho meses (573). A esa cantidad se aplicará la fórmula respectiva, así:

$$VA = LCM \times Ra$$

Dónde:

VA es el valor del lucro cesante futuro.

LCM es el lucro cesante mensual.

Ra es el descuento por pago anticipado.

De otro lado, la fórmula matemática para **Ra** es:

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

$$i (1+i)^n$$

Siendo:

i = tasa de interés por período.

n = número de meses a liquidar.

Reemplazando la fórmula:

$$\mathbf{LCM} = \$284.040$$

$$\mathbf{Ra} = \frac{(1 + 0.005)^{573} - 1}{0.005 (1+0.005)^{573}}$$

$$\mathbf{Ra} = 188,52$$

$$\mathbf{VA} = \$284.040 \times 188,52$$

$$\mathbf{VA} = \$53\,547.220$$

En total, la suma a pagar será de cincuenta y tres millones quinientos cuarenta y siete mil doscientos veinte pesos (\$53`547.220).

d) En torno a los **perjuicios morales**, se determinarán **tal cual lo estableció el Tribunal**, en cuantía de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, los cuales ascienden en esta anualidad a treinta y nueve millones sesenta y dos mil cien pesos (\$39.062.100), cuantía que restada el cuarenta (40%) por la “*concurrancia de culpas*”, corresponde a un total de quince millones seiscientos veinticuatro mil ochocientos cuarenta pesos (\$15.624.840).

e) Respecto a la **alteración de las condiciones de existencia relacional o daño a la vida de relación**, reconocibles aun de oficio, por cuanto la reparación debe ser integral, cuando compete la naturaleza del bien jurídico afectado, se calcularán, **según lo determinó el ad-quem**, en veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, los cuales ascienden en esta anualidad a diecinueve millones quinientos treinta y un mil cincuenta pesos (\$19.531.050), suma que restada al 40% por la “*concurrancia de culpas*”, arroja un

valor total de siete millones ochocientos doce mil cuatrocientos veinte pesos (\$7.812.420).

10.5. Finalmente, por el indebido alcance del artículo 1088 del Código de Comercio, y la falta de aplicación del canon 1127 *ejúsdem*, según se explicó en el acápite de consideraciones relativo al cargo tercero, se impone condenar a Liberty Seguros S.A., a pagar de forma solidaria al demandante Carlos Alirio Méndez Lache, los rubros indemnizatorios sin distinción, hasta el monto asegurado, menos el respectivo deducible.

11. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **CASA PARCIALMENTE** la sentencia de 20 de agosto de 2015, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Civil, en el proceso ordinario incoado por los recurrentes contra Liberty Seguros S.A. y Juan Bautista Quintero Ramírez, y en sede de instancia:

12. RESUELVE

12.1. **Modificar** la sentencia de 15 de enero de 2015, proferida por el Juzgado Treinta y Dos Civil del Circuito de Bogotá, en los siguientes términos:

12.2. Confirmar las disposiciones “*Primera, Tercera, Séptima y Novena*”.

12.3. Sustituir los otros numerales, los cuales quedarán así:

“(…) *Segund[o]: **Declarar probada** la excepción denominada ‘conurrencia de culpas’, con cargo al demandante en un 40% (…)*”.

“(…)”.

“Cuart[o]: **Declarar no probada** la excepción “inexistencia de amparo por lucro cesante” propuesta por Liberty Seguros S.A.

“Quint[o]: **Declarar no probadas** las excepciones “culpa exclusiva de la víctima” y “fuerza mayor o caso fortuito”, planteadas por el demandado Juan Bautista Quintero Ramírez.

“Sext[o]: **Condenar** al demandado Juan Bautista Quintero Ramírez, a pagar a favor del demandante Carlos Alirio Méndez Lache, las siguientes sumas:

“a) Sesenta y ocho mil cuatrocientos cuarenta y cinco pesos (\$68.445,00), que indexados a febrero de 2018, arrojan un total de noventa y dos mil doscientos ochenta y cinco pesos con treinta y un centavos (\$92.285,31), **por concepto de daño emergente.**

“b) Treinta y un millones trescientos un mil doscientos ocho pesos (\$31'301.208), incluidos los intereses a la tasa

del seis por ciento (6%) anual, **por concepto de lucro cesante consolidado.**

“c) Cincuenta y tres millones quinientos cuarenta y siete mil doscientos veinte pesos (\$53'547.220), **por concepto de lucro cesante futuro.**

“d) Quince millones seiscientos veinticuatro mil ochocientos cuarenta pesos (\$15'624.840), **por concepto de perjuicios morales.**

“e) Siete millones ochocientos doce mil cuatrocientos veinte pesos (\$7'812.420), **por alteración de las condiciones de existencia relacional o daño a la vida de relación.**

“Parágrafo: En firme esta decisión, si Juan Bautista Quintero Ramírez no procediere a sufragar los anteriores rubros, cancelará a favor de Carlos Alirio Méndez Lache, adicionalmente, intereses a la tasa del seis por ciento (6%) anual (art. 1617 C.C.), junto con la corrección monetaria.

“(...)”.

“Octav[o]: **Condenar** a Liberty Seguros S.A., a pagar en forma solidaria al demandante Carlos Alirio Méndez Lache, según se razonó, sin superar el valor asegurado, menos el monto deducible.

“Lo anterior, según la cobertura de la Póliza de Seguro Especial para vehículos pesados n° 536, vigente entre el 11 de julio de 2010 y el 11 de julio de 2011, con la cual se aseguraron los daños causados por el rodante de placas SWO 561.

“Parágrafo: En firme este fallo, si Liberty Seguros S.A. no procediere a sufragar el anterior rubro, pagará al demandante Carlos Alirio Méndez Lache, adicionalmente, intereses a la tasa certificada por la Superintendencia Financiera para los bancarios corrientes, aumentada en la mitad (art. 1080 C. Co.).

“(...)”.

“Décim[o]: **Denegar las pretensiones** formuladas por el demandante Alirio Méndez Mesa (...)”.

12.4. **No Condenar** en costas de segunda instancia, por cuanto la sentencia apelada no fue totalmente confirmatoria.

12.5. Sin costas en casación, ante el éxito del recurso.

Cópiese, notifíquese y en su oportunidad devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Con aclaración de voto

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL

SC2107-2018

Radicación número 11001-31-03-032-2011-00736-01

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque comparto la decisión tomada por la Sala Civil en cuanto casa parcialmente la sentencia recurrida extraordinariamente y procede a dictar la correspondiente sustitutiva, la cual también comparto, debo aclarar que en la parte motiva de la providencia recurrida no puedo aceptar las motivaciones principalmente en cuanto se extiende la providencia en explicaciones teóricas que considero innecesarias, máxime cuando constantemente se recurre a citar jurisprudencia de la Corporación que por

obedecer a diferentes épocas aparece contradictoria y sustenta distintas visiones de la interpretación de los hechos y que es imposible de aplicar al mismo tiempo.

Así encontramos una mirada puramente objetiva de la responsabilidad respaldada con una jurisprudencia que en su momento acogió esa forma de encarar los hechos demandados mientras que seguidamente se vuelve a figuras propias de la responsabilidad con culpa y sin hacer la correspondiente explicación se traen providencias que sirven para sustentar la responsabilidad fundada en la culpa y exponen el vocabulario y terminología propio de esa clase de responsabilidad.

Así pues, sin entrar a discutir y analizar en el fondo el contenido de lo dicho por cuanto la decisión final llega a buen puerto y así lo comparto, dejo la aclaración sobre la no necesidad de ahondar en fundamentaciones teóricas que no hacen falta y mucho menos cuando en lugar de dar claridad a una posición conducen a enredarla.

En la sala se dejó claro que no era necesario ahondar en teorías cuando los hechos y el derecho aplicable son

claros y no requieren profundizar en ellas porque muchas veces confunden más que esclarecer.

Por esa razón, tratándose de un asuntos que no son parte del tema decidendum, las afirmaciones del ponente deben quedar como no escritas para efectos de orientaciones jurisprudenciales futuras, guardando la Sala ese estudio para cuando sea verdaderamente necesario y conducente, pues no estando la atención de toda la sala en ese tema, su inclusión en la providencia resulta impertinente y bastaba simplemente que en las motivaciones se dijera lo que se acoge para definir el asunto problemático.

Por lo expuesto, aunque comparto lo decidido, dejo constancia que me aparto de la motivación por innecesaria en cuanto a las teorías que trata de imponer, principalmente porque deja entrever una vocación a introducir la responsabilidad objetiva sin discusión ni fórmula de juicio, es decir veladamente.

Con todo acatamiento

ALVARO FERNANDO GARCIA RESTREPO

Magistrado



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

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 acercarse al 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 confundiendo 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 prohiendo 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 Mario 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, nº 1934, p. 211; y nº 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 causarían.

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 inadmisibile 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 primitivos⁴⁷ 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 ‘calificación 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). || *Ibid.* 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 confundándose 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 *feedback*) 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 nº 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 desapruueba 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 n° 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 casos⁷⁴ 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 "infiera" 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 $VA = LCI \times S_n$

Donde:

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

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

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

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:

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

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 <i>an</i> :	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 x (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
 $VA = C \times (1+i)^n$
 $VA = 36'415.376 \times 1,325 = \$ 48'250.373$

- 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
 $VA = C \times (1+i)^n$
 $VA = 30'346.147 \times 1,325 = \$ 40'208.645$

- 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
 $VA = C \times (1+i)^n$
 $VA = 3'346.569 \times 1,325 = \$ 4'434.205$

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: 1º) el interés asegurable; 2º) el riesgo asegurable; 3º) la prima o precio del seguro; y 4º) 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

⁹¹Por 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 sustanciales que denunció el cargo que se viene examinando.

Por las razones expuestas, prospera el cuarto cargo, por lo que la sentencia del Tribunal tiene que modificarse 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 resolutive, 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

(Con aclaración de voto)

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

(Con aclaración de voto)

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

(Con salvamento de voto)