

Señores
Magistrados
Sala Civil-Familia
Magistrado Ponente: John Freddy Saza Pineda
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena de Indias
E. S. D.

Ref. Proceso verbal de JOSE MARIO SANCHEZ OSORIO y otros contra ELECTRICARIBE S.A. y ENTERPRISE RAMOS & CIA S.C.A.
Rad. 13001-31-03-004-2018-00023-02.

Sustentación recurso apelación contra sentencia de primera instancia.

Alfonso Hernández Tous, identificado con cédula de ciudadanía número 92.495.164 y tarjeta profesional 32.680 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi condición de apoderado de la parte demandante en el asunto de la referencia, digo a usted, en oportunidad legal, que sustento el recurso de apelación que interpuse contra la sentencia de fecha 19 de septiembre de 2019, mediante la cual, el Juez Cuarto Civil del Circuito de Cartagena, puso fin a la primera instancia procesal.

1. Delimitación del recurso.

Al interponer dicho recurso expresamos que el mismo se circunscribe al punto de la sentencia que tiene que ver con absolver de responsabilidad civil a la sociedad SILCO ENTERPRISE RAMOS & CIA S.C.A, de los daños morales causados a los demandantes.

2. Argumentos centrales de esta sustentación.

Los argumentos concretos en que se funda esta sustentación son los que me permito exponer a continuación:

2.1. Los argumentos de defensa de SILCO ENTERPRISE RAMOS & CIA. S. C. S. dentro del presente proceso.

Expresó esta sociedad en la contestación de la demanda que rechaza la condición de guardiana de la actividad peligrosa, que, según ella, invocaron nuestros representados en la demanda, por cuanto la guarda de la misma solo le corresponde a Electricaribe.

Igualmente sostiene que el fallecido no tuvo en cuenta los carteles ubicados a lo largo y ancho del lugar que son indicativos de peligro.

Básicamente, centra su defensa, en que no tiene injerencia sobre la decisión de ubicaciones de los postes, cableadas y transformadoras; que existe culpa de la víctima porque subió innecesariamente hasta la placa del segundo y llegó hasta el borde de la baranda para tomar fotografías, faltando al deber objetivo de cuidado.

2.2. Los argumentos de defensa de ELECTRICARIBE dentro del presente proceso, relacionados con SILCO ENTERPRISE RAMOS & CIA S.C.A.

Electricaribe planteó en su contestación de demanda, dentro de los mecanismos de defensa, una excepción que denominó “Culpa de un tercero”, la cual sustentó en que SILCO ENTERPRISE RAMOS era, la guardiana del lugar donde ocurrieron los hechos para la fecha de ocurrencia de los mismos y, además, que fue dicha sociedad quien acercó la edificación a las redes y no al revés.

2.3. Los argumentos del fallo de primera instancia.

La sentencia que se replica, considera injusto y exagerado establecerle responsabilidad civil a la entidad SILCO ENTERPRISE RAMOS & CIA S.C.A., por cuanto, en actuaciones anteriores al insuceso, dicho ente realizó reclamos a ELECTRICARIBE tendiente a la reubicación del tendido eléctrico, al punto de instaurar acción de tutela persiguiendo su propósito, y realizar advertencia directa a la entidad prestadora del servicio público de electricidad, del riesgo mortal para las personas. Adicional a lo anterior, existen evidencias de decisiones de autoridades administrativas distritales, a instancia de la demandada propietaria del inmueble, a través de las cuales se le recomienda a ELECTRICARIBE S.A. realizar actuaciones para mitigar la afectación actual.

Se agrega en el proveído cuestionado, que la clase de responsabilidad civil predicable del ente societario SILCO ENTERPRISE RAMOS & CIA S.C.A. es diferente a la de ELECTRICARIBE S.A., al no estar frente a una actividad peligrosa por ella desplegada y por tanto no puede aplicarse la teoría de presunción de culpa; por ello debe mirarse desde la óptica de culpa probada, la cual no se demostró.

2.4. Nuestros argumentos en esta fase de sustentación del recurso.

2.4.1. Responsabilidad solidaria de las demandadas.

En este caso se ha señalado a la demandada SILCO ENTERPRISE RAMOS & CIA S.C.A. como civilmente responsable de manera solidaria con Electricaribe de los daños causados a mis representados, con base en lo preceptuado en el artículo 2344 del Código Civil, conforme al cual “Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvas las excepciones de los artículos 2350 y 2355”.

Por tanto, en la acción propuesta se busca que tanto Electricaribe como la citada sociedad respondan solidariamente, cada una desde sus ángulos de actuación, por la totalidad de los perjuicios causados.

Basado en dicha norma, considera la parte que represento, que hubo concurrencia de actuaciones culposas en el daño causado a los demandantes, como fue la muerte de ESTEBAN SANCHEZ; por cuanto, tanto ELECTRICARIBE S.A., como comercializadora de la energía que circula por el cableado que produjo la muerte de ESTEBAN SANCHEZ, como SILCO ENTERPRISE RAMOS & CIA S.C.A., en su condición de propietaria del inmueble donde se produjo el deceso, actuaron de manera culposa en la generación del daño, por tanto le es imputable el mismo.

2.4.2. Al comportamiento negligente y omisivo de SILCO ENTERPRISE RAMOS & CIA S.C.A., si se le aplican las normas y principios que orientan la responsabilidad extracontractual por actividades peligrosas, en atención al riesgo creado.

No le asiste razón al Juez de primera instancia cuando sostiene que a la demandada SILCO ENTERPRISE RAMOS & CIA S.C.A. no se le aplican las normas sobre régimen de las actividades peligrosas y por ende la presunción de culpa.

Por tanto, los perjuicios morales ocasionados a mis representados, derivados del fallecimiento del joven Esteban Sánchez, pudieron ser controlables y previsibles por dicha sociedad, que era la persona que precisamente tenía el control del riesgo, es decir, era la única persona que tenía la posibilidad de evitar el riesgo de realización del perjuicio que finalmente se causó a los demandantes.

Sin lugar a dudas, SILCO ENTERPRISE RAMOS tenía el deber jurídico de evitar la creación del riesgo que dio origen al daño causado. Cómo podía hacerlo?. Sencillamente siendo diligente en la adopción de conductas, sea impidiendo el acceso de personas al lugar donde ocurrió el deceso o creando avisos de restricción de acceso y circulación en ese espacio, que impidieran el ingreso de personas al sitio. Es así de sencillo el asunto. Por eso dicha sociedad es civilmente responsable frente los perjuicios causados a mis representados.

Era claro que, si se permitía el ingreso de personas al sector, sin ninguna restricción, estas no podían saber siquiera que podían correr peligro en la zona.

Como lo desarrollaremos a continuación, desde la óptica jurisprudencial, en la responsabilidad por actividad peligrosa, el daño debe haber sido el resultado de la creación de un riesgo por el autor del perjuicio ; en este ejercicio, el juez debe revisar si la parte demandada tuvo la posibilidad de evitar crear el riesgo, según sus deberes de actuación, como guardián de la cosa o actividad, que en este caso es el inmueble del cual es propietaria la demandada; en el caso de los riesgos, los daños pudieron evitarse con una decisión de la persona que tenía el control sobre el inmueble.

2.4.3. La conexión entre la responsabilidad civil extracontractual por actividades peligrosas, el riesgo creado y la imputación civil del daño. Fundamentos jurídicos del tema

Precisamente en una controversia sobre daños por electrocución, nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en providencia del 16 de junio de 2008, expresó sobre las actividades peligrosas lo siguiente:

“Aunque el Código Civil Colombiano, no define la *“actividad peligrosa”*, ni fija pautas para su regulación, la Corte ha tenido oportunidad de precisar que, por tal, debe entenderse aquella que *“...aunque lícita, es de las que implican riesgos de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños...”*(G.J. CXLII, pág. 173, reiterada en la CCXVI, pág. 504), o la que *“... debido a la manipulación de ciertas cosas o al ejercicio de una conducta específica que lleva ínsito el riesgo de producir una lesión o menoscabo, tiene la aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que –de ordinario- despliega una persona respecto de otra”*, como recientemente lo registró esta Corporación en sentencia de octubre 23 de 2001, expediente 6315.”

En sentencia más reciente del 12 de enero de 2018, con ponencia del magistrado Ariel Salazar Ramírez, también en un caso de electrocución, la Corte tuvo la oportunidad de desarrollar con mayor precisión y detalles la conexión existente entre la responsabilidad civil extracontractual por actividades peligrosas, el riesgo y la imputación civil del daño a determinado agente.

En dicha sentencia hizo las siguientes precisiones:

A) Se refirió a los elementos que deben probarse en este tipo de procesos, al indicar que desde la primera mitad del siglo 20 *“...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.”* Y que *“..tal presunción se desvirtúa con la demostración de una*

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.

*causa extraña a la conducta del agente, por lo que es intrascendente la prueba de la prudencia socialmente esperable.*²

B) Precisó que la causalidad natural no es suficiente para explicar fenómenos físicos como la abstención, tal como ocurre en este caso concreto con la conducta negligente de SILCO ENTERPRISE, al no haber adoptado las medidas para evitar que personas que estuvieran dentro del inmueble tuvieran la oportunidad de subir hasta la parte superior del segundo piso, utilizando cualquier mecanismo de prevención. Al respecto dijo la Corte:

“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.³ Por ello, el enfoque de la causalidad “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 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.⁴

C) Resaltó la importancia de la institución de “la imputación civil” como mecanismo jurídico idóneo para definir conceptos y resolver problemas en materia de responsabilidad civil:

“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

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.

³ 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.

⁴ 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

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*.⁵ 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 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.⁶ Únicamente a partir de este contexto de sentido jurídico

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.

⁵ 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.

⁶ «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.

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).⁷

(...)

“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 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”.

(...)

“Lo anterior deja al descubierto que la imputación civil no es una postura caprichosa, ni obedece al deseo de introducir novedades jurisprudenciales innecesarias;⁸ 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”.

D) Destacó los perfiles y contornos que rodean el concepto jurídico de actividad peligrosa, aplicado a la responsabilidad civil extracontractual y al respecto dijo:

“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

⁷ 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.

⁸ 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.

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.⁹

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.

(...)

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.

(...)

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.

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).

(...)

“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

⁹ GJ., t XLVI, año 1938, nº 1934, p. 211; y nº 1936, pp. 515 y 560.

incontrolables e impredecibles;¹⁰ lo que no significa que deban permanecer en el anonimato o no sean merecedores de reproche civil”.

E) En lo que respecta a la presunción de culpa aplicada a la responsabilidad civil extracontractual por actividades peligrosas, expresó la Corte en esa sentencia :

“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.¹¹

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

¹⁰ Ulrich BECK. La sociedad del riesgo global. 2ª ed. Madrid: Siglo XXI. 2006. p. 2. (Primera edición en inglés de 1999)

¹¹ 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 ahorrante 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 ahorrante 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.

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”.

F) Al referirse a la imputación del daño al agente que lo ocasiona, en la responsabilidad civil extracontractual por actividades peligrosas, dijo la Corte :

”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.¹² 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

¹² 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.

consagrada en nuestra legislación civil un siglo antes de la proliferación de teorías provenientes de otras áreas del derecho”.

Al referirse a la distinción entre imputación civil y penal, recalcó las siguientes características de la primera:

“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 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”; “...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. 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” ; “...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” ; “....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” ; “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)” ; “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.¹³ Imputar un resultado a un agente es juzgar un comportamiento gobernado por reglas.¹⁴
(...)

“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.¹⁵”

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 desapruueba 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*». ¹⁶ 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.¹⁷

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

¹³ 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.

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ Michael MOORE. Causalidad y responsabilidad. Madrid: Parcial Pons, 2011. p. 228.

¹⁷ 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

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 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 reprochable 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*».¹⁸

“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;¹⁹ y sólo en caso de que ocasionen daños a bienes jurídicos ajenos se valorará el comportamiento del agente, no porque el riesgo haya estado prohibido o no permitido (antijuridicidad prospectiva o lineal), sino a la luz del análisis retrospectivo (circular o *feed-back*) de las reglas que adjudican deberes generales de evitación de riesgos en los casos de responsabilidad por culpa presunta, y de acuerdo a las reglas de prudencia (que establecen deberes de actuar con

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.

¹⁸ Niklas LUHMANN. Sociología del riesgo. p. 107.

¹⁹ 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 deontológica de Von Wright. En: Victoria ITURRALDE SESMA. Consideración crítica del principio de permisión según el cual «*lo no prohibido está permitido*». Universidad del País Vasco: Anuario de filosofía del derecho n° XV. Enero de 1998. pp. 187 y ss.

diligencia y cuidado, o con previsibilidad de las consecuencias) en los casos en que se requiere probar la culpa.²⁰

(...)

“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 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.²¹

“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 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 desapueba en retrospectiva.

G) Al tratar sobre la diferencia entre riesgo y peligro como presupuesto jurídico de la imputación, la Corte hizo las siguientes reflexiones:

“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,²² es decir que hay que averiguar si los daños

²⁰ 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.

²¹ 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.

²² 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 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

podieron 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».²³

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.²⁴ 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»*.²⁵

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.

«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.

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)

²³ Niklas LUHMANN. *Sociología del riesgo*. pp. 41-42.

²⁴ 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.

²⁵ Niklas LUHMANN. *Op. cit.* p. 72.

Puede también ocurrir que tomemos precauciones con relación a peligros que no pueden atribuirse a decisiones propias».²⁶

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».*²⁷ Los riesgos creados por unos son el peligro que otros soportan.²⁸

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.²⁹

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.³⁰ 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.”

2.4.4. Las pruebas que demuestran el riesgo creado por SILCO ENTERPRISE RAMOS & CIA S.C.A. en el inmueble de su propiedad y nuestras consideraciones.

Con la declaración del señor Sergio Hernández (diseñador gráfico) quien hacía parte de los integrantes de la visita del día del insuceso, se demostraron varios hechos:

A) que el objeto de la visita consistía en recorrer todo el inmueble en mención incluyendo la azotea, con la finalidad de tomarle fotos;

²⁶ Ibid. p. 75.

²⁷ Ibid. p. 158.

²⁸ Por el principio de marcación del cálculo de las formas de Spencer Brown.

²⁹ Por *ley de crossing* del cálculo de las formas.

³⁰ Por *ley de calling* del cálculo de las formas.

B) que las funciones del finado Esteban Sánchez en esa visita consistían en mirar las diferentes áreas del inmueble y tomar fotos en su condición de arquitecto;

C) que todo el itinerario de la visita se había desarrollado según lo planeado y que el insuceso ocurrió cuando el occiso tomaba las últimas fotos;

D) que todos los intervinientes estuvieron en el tercer piso, pero cuando se presentó el incidente Esteban estaba solo;

E) que éste debía tomar unas fotos en el tercer piso o azotea porque allí había unos motores de aire acondicionado y unos desniveles;

F) que se enteró de la muerte de Esteban porque escuchó una explosión; que lo encontró en el piso a unos metros del lugar donde lo había visto por última vez;

G) que Esteban no sabía que existían esos cables y la peligrosidad que tenían; que quienes lo atendieron nunca le hicieron ninguna advertencia de no acercarse a ninguna parte del inmueble, simplemente la señora de la inmobiliaria que nos orientó les abrió la puerta de acceso al tercer piso o azotea y los dejó allí;

H) que cuando Esteban recibió la descarga éste se encontraba cerca a la baranda del tercer piso; que en esa parte del inmueble no existía ninguna señal de prohibido acceso o área restringida; que esa tarde estaba un poco nublada; que no vio avisos en el sector que indicaran advertencia de peligro por electricidad;

I) que Esteban estaba tomando las fotos del lugar con la cámara de la empresa y que no la utilizó para tomarse selfie;

J) que ninguno de los visitantes vio cables de conducción eléctrica cercanos, estaba un poco nublado; que las fotos que estaba tomando Esteban eran importantes para futuras adecuaciones

Por otra parte, SILCO ENTERPRISE RAMOS era conocedora y absolutamente consciente de los riesgos que debía controlar sobre su inmueble, pues al responder el hecho octavo de la demanda, confiesa, de manera espontánea³¹, que desde el año 2010 ha tratado de lograr la reubicación de los postes de energía mal ubicados y textualmente dice que ello “..representa un alto riesgo para todas las personas que habiten el inmueble de propiedad de mi representado”, lo cual reitera y explica, con lujo de detalles, al tratar las excepciones de mérito.

³¹ En los términos del artículo 193 del Código General del Proceso

El representante legal de SILCO ENTERPRISE RAMOS & CIA S.C.A., al responder el interrogatorio de parte que se le formuló, confesó los siguientes hechos:

A) que la baranda fue construida por dicha sociedad hace como cuatro o cinco años, para efectos de la seguridad del tercer piso;

B) que para la fecha de su declaración, los cables de media tensión que ocasionaron la muerte de Esteban, aún se encontraban en el mismo sitio; que dichos cables se encuentran en ese sitio desde hace muchos años, inclusive antes de que comprara el inmueble;

C) que en tercer piso o cubierta se encontraba funcionando un establecimiento de comercio actualmente (el día de su declaración), el cual se encontraba funcionando desde hacía un año;

D) que no solo esa sociedad instauró la tutela sino que antes se habían hecho otras gestiones tendientes a mover los postes

De todas las pruebas mencionadas, además de las documentales existentes se puede concluir que la sociedad propietaria del inmueble creó un riesgo, exclusivo de ella; consistente en permitir la cercanía de personas, ajenas al inmueble, al cableado de mediana tensión que pasaba por el frente de la edificación - siguen allí ubicados - para la época del insuceso que trajo como consecuencia la muerte de ESTEBAN SANCHEZ; al disponer la azotea o cubierta del segundo piso, junto con la baranda que la encierra, para la explotación comercial de toda esa área del inmueble, sin adecuar su actuar a los deberes objetivos de prudencia.

No se realizaron por la sociedad propietaria del inmueble, los comportamientos tendientes a que el propio riesgo creado, junto con el peligro existente, causaran daños o mitigar su producción; al no establecer unas medidas de seguridad rigurosas para el acceso a la azotea o cubierta del segundo piso, y en especial para la zona próxima a los cables de mediana tensión constitutivos del peligro, estando en el deber jurídico de hacerlo; desde los actos previos a la explotación comercial del espacio en mención, tales como: visitas de potenciales clientes, inspección para futuros trabajos de adecuación, trabajos fotográficos o de levantamiento de planos, entre otros.

Circunstancia anterior, que es agravada con la obligación que tenía la propietaria de tomar las medidas necesarias para minimizar los riesgos o peligros de electrocución por su calidad de propietaria, como claramente se desprende del literal 3 del art. 35, del RETIE, citado por el juez de primera instancia en la sentencia atacada, que dice que *“En las instalaciones existentes a la entrada en vigencia del RETIE, el propietario o tenedor de la instalación deberá verificar que esta no presente alto riesgo o peligro inminente para la vida de las personas, para lo cual debe apoyarse en diagnosticos o revisiones, realizadas por personas*

calificadas. En el evento que la instalación presente peligro inminente se deberá advertir a las personas de los posibles riesgos y tomar las medidas necesarias para minimizarlo.”

De lo que podemos deducir, que la obligación de la sociedad SILCO ENTERPRISE RAMOS & CIA S.C.A., no se agotaba con la enunciación al público de posibles riesgos (cuyo cumplimiento sigue estando en duda), sino que cuando estas medidas aparecieran como insuficientes mutaba en obligación de adoptar medidas más rigurosas, que se tornaren efectivas contener efectivamente el riesgo creado.

Medidas rigurosas que pudieron consistir, en establecer una barricada, con cualquier clase de elementos, que intentara impedir la cercanía de una persona a una distancia necesaria para evitar que pudiera entrar en contacto o acercarse al cableado generador del peligro, tal como ocurrió en la muerte del joven ESTEBAN SANCHEZ. Máxime, si eran personas ajenas al inmueble las que iban a acceder a la zona del peligro existente y cuando aparece probado que el aumento la baranda de la azotea, que incrementaba el riesgo de los visitantes, fue instalada en los años 2016 y 2017, cuando ya se encontraban vigentes las disposiciones del RETIE y contraviniéndolos abiertamente.

Y es que no se niega el derecho a la libre explotación de la propiedad; la imputación que se hace a la sociedad es el no haber actuado con diligencia y cuidado, para evitar que el riesgo por ella constituido (explotación comercial del área) sino con notable imprudencia para incrementar el peligro que se cernía alrededor de su inmueble, en especial la zona denominada azotea o cubierta del segundo piso, pudiera causar un daño, pues nunca mitigó la posibilidad de su acercamiento, a partir del momento que decide explotarla comercialmente, a pesar de su claro deber de cuidado impuesto en el reglamento técnico vigente.

La responsabilidad de la demandada Silco Enterprise S. C. A., se deriva de la condición de guardián de la actividad peligrosa, por cuanto como propietaria del inmueble donde ocurrió el accidente, tenía el poder de dirección y control sobre dicha actividad. Es claro que la condición de propietaria del inmueble hace presumir la de guardián de la misma.

El guardián de la actividad es el que tiene el poder intelectual de dirección, control y dominio sobre la actividad y/o el poder de hecho para comandarla, de manera que una decisión, hecho u omisión suya resultará determinante en la producción o no de un hecho dañoso, es decir, tiene dentro de su esfera la posibilidad de producir o evitar la producción del daño. La Corte de vieja data y ante la dificultad de determinar en todos los casos, ha presumido que el guardián de la cosa es el que tiene dominio sobre la cosa (propietario).

Por ello, es claro que dicha sociedad creó los riesgos asociados a la actividad peligrosa, al permitir el acceso al tercer piso de personas que pudieran tener contacto cercano con la línea de mediana tensión que produjo el accidente fatal - la sociedad en mención construyó recientemente la baranda de la terraza del tercer piso de la edificación, permitiendo que las

personas que subieran a esta terraza tuvieran un alto riesgo de electrocución al acortar aún más la distancia entre la red eléctrica y la edificación; adicionalmente, los dueños de la propiedad no instalaron ni construyeron ninguna barrera de aislamiento que impidiera el acercamiento de una persona a esta red eléctrica.

Estas y las graves omisiones de Electricaribe comparten categoría de causa eficiente o adecuada para la producción del daño a Esteban Sánchez si lo miramos con razonabilidad, pues poniendo las cosas en el sentido contrario, podríamos decir que el cumplimiento de la obligación de adoptar medidas eficientes como las mencionadas en líneas atrás, por parte de SILCO ENTERPRISE RAMOS, hubieran advertido a Esteban Sánchez, de la existencia real del peligro y evitado la puesta en contacto con ello, por lo que no podríamos hablar de una mera condición que coadyuva la producción del daño.

Pero SILCO ENTERPRISE RAMOS a pesar de conocer la existencia de un peligro real para los visitantes, generado por la cercanía del inmueble a las líneas eléctricas, permitió el paso a lugares donde se hacía más inminente el mismo, pudiendo evitarlo, pero decidió asumir el riesgo sin adoptar medidas eficientes que evitaran su concreción.

No es de recibo la tesis dada por el juzgador a quo, que los sendos reclamos hechos a ELECTRICARIBE por parte de los propietarios del inmueble en procura de la reubicación del tendido eléctrico, configuran una conducta diligente y necesaria, que los exime de la responsabilidad en el caso concreto. Contrario a esto, la existencia de los reclamos a la empresa de servicios público, aunada a falta de adopción de medidas internas en el inmueble, denotan una clara desidia e imprudencia en el manejo de un riesgo existente y conocido por el propietario, quien pudo asumir un conducta teniente a evitar este u otro daño, debiendo hacerlo y no lo hizo.

Por ello, estas omisiones dentro del iter dañoso son causa razonable para la producción de los daños y determinan la responsabilidad solidaria tanto de la propietaria del inmueble como de la empresa prestadora de servicios públicos.

Nuestra Corte Suprema de Justicia en sentencia del 13 de mayo de 2008, con ponencia del magistrado Cesar Julio Valencia Copete, sostiene la tesis de la guarda individual o compartida. En este caso, existía una guarda compartida entre Electricaribe y Silco Enterprise S. C. A., porque ambas compañías desde sus respectivos ángulos de responsabilidad y en atención a sus propios intereses o beneficios, podían ejercer al tiempo y a su manera la dirección y el control efectivo de dicha actividad peligrosa. A ambos se les impone el deber jurídico de impedir que dicha actividad se convierta en fuente de perjuicios para terceros.

Por otra parte, nunca se ha sostenido en la demanda que SILCO ENTERPRISE RAMOS tenga la guarda compartida de la actividad de la energía con ELECTRICARIBE, pues en los hechos 4.9 y 4.10 de la demanda se dijo textualmente

“4.9. Silco Enterprise Ramos y Cía. S.C.A., sociedad con domicilio en la ciudad de Bogotá, es demandada en este proceso por ser la propietaria y por tanto guardiana del inmueble donde ocurrió el fallecimiento del señor Esteban Sánchez Barrera.

4.10. Por todo lo anterior los demandados deben responder solidariamente por los perjuicios ocasionados a mis representados en razón de la muerte del joven Esteban Sánchez”.

Es apenas lógico que el responsable por el hecho de las cosas inanimadas es su guardián, en este caso su propietaria, pues tiene sobre ella el poder de mando, dirección y control de manera independiente de cualquier otra persona, todo ello derivado de los atributos propios del derecho de dominio.

En el ejercicio de actividades peligrosas no es extraña la concurrencia de varias personas que, desde diversos ángulos y en atención a sus propios intereses o beneficios, puedan ejercer, al tiempo y a su manera, la dirección o control efectiva de aquellas y, en ese caso, todos tienen el deber jurídico de impedir que se convierta en fuente de perjuicios para terceros. (Sentencia del 8 de abril de 2014 con ponencia del Magistrado Fernando Giraldo Gutiérrez, SC-4428-2014).

Es claro que, al momento de la ocurrencia de los hechos, la guarda de la actividad eléctrica la tenía ELECTRICARIBE por ser ese su objeto social, pero también es cierto que la guarda del inmueble, a través del cual se generaba un riesgo, lo tenía SILCO ENTERPRISE RAMOS, en su condición de propietaria. Ninguno de los dos mencionados tenía injerencia en la guarda del otro, por ello sus responsabilidades son separadas y con fundamentos diferentes, aunque son solidarios en el pago de la indemnización frente a mis representados.

Debe precisarse que por el hecho de que Master Bienes Agencia Inmobiliaria Ltda. haya sido la encargada de mostrar el inmueble, no exonera de responsabilidad a la sociedad propietaria del inmueble, debido a que dicha firma fue contratada por ella, para promover el arriendo del inmueble, por lo que funge como representante de la propietaria frente a las personas interesadas al mismo.

No es cierto que el alquiler que proponía hacer Proyecto Caribe S.A. S.A.S y D & I Consulting Group S.A.S comprendiera solo el segundo piso del inmueble; también existía un claro interés en la adecuación de la azotea, como un espacio adicional al restaurante, destinado para que los clientes pudieran subir a concluir su cena.

Esto se demuestra en el mismo documento aportado por la demandada Silco Enterprise, en el que está consignado el proyecto presentado por las empresas mencionadas y que textualmente manifiestan: “ ... De esta forma en el primer piso se encontraría el hall de los comensales, en el segundo piso se encuentra la cocina profesional, el comedor principal, y un bar en el tercer piso la terraza como un lugar ideal para concluir la cena y recibir la brisa.”

Si bien es cierto que el inmueble en cuestión no tiene, desde el punto de vista arquitectónico, un tercer piso, por cuanto no existe una cubierta, en la parte superior del segundo piso del inmueble se encuentra una azotea que contiene varios elementos arquitectónicos, como mesones, espacios para ubicar unidades de aires acondicionados y una piscina en concreto, los cuales, para su debida construcción, se necesitaba de una licencia urbanística, la cual no existe.

Es necesario precisar, además, que la baranda de esta azotea fue construida por la demandada Silco Enterprise entre los años 2016 y 2017, exponiendo a un mayor riesgo a las personas que accedieran a esta azotea. Por tanto, la construcción de esta baranda aumentó la posibilidad de un riesgo de electrocución y muerte, como en efecto, ocurrió en el caso del joven Esteban Sánchez.

Por otra parte, es importante precisar que, si bien se encontraban unas señales de peligro, de acuerdo con los principios de seguridad industrial relacionados con señalización del riesgo eléctrico contenidos en el punto 6.2. de la norma RETIE, para eliminar el riesgo inminente de electrocución y muerte, en esta azotea se requería además de respetar las distancias reglamentarias de mínimo 2.3. metros de distancia del cable a la construcción, unas señales de prohibición de paso de un tamaño fácilmente visible, es decir, la instalación de unas señales de prevención pequeñas no son efectivas ni suficiente para prevenir la ocurrencia de un accidente mortal. Lo anterior viene probado y reconocido en la sentencia de primera instancia.

Por lo anterior, pido a esa Sala se modifique la sentencia de primera instancia, en cuanto a declarar solidariamente responsable de los perjuicios impuestos a ELECTRICARIBE S.A. a la sociedad SILCO ENTERPRISE RAMOS & CIA S.C.A

En los anteriores términos dejo sustentado el recurso de apelación interpuesto ciñéndome estrictamente a los reparos formulados.

De los señores Magistrados, con todo respeto,



ALFONSO HERNANDEZ TOUS