

Sewt
No. 629

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA CASACIÓN CIVIL**

Magistrado Ponente
EDGARDO VILLAMIL PORTILLA

Bogotá, D.C., trece de mayo de dos mil diez
(Discutido y aprobado en sesión de primero de marzo de dos mil diez)

Ref.: Exp. No. 73319-31-03-002-2001-00161-01

Decide la Corte el recurso de casación formulado por la parte demandada contra la sentencia de 11 de abril de 2008, dictada por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el proceso ordinario adelantado por Álvaro Cardozo Trujillo, Alfonso Bahamón Tovar y José Félix Calceto Ortiz frente a la Central Hidroeléctrica de Betania S.A. E.S.P., hoy Emgesa S.A., actuación dentro de la cual fue llamada en garantía la Electrificadora del Huila S.A. E.S.P.

ANTECEDENTES

1. Pretendieron los demandantes que se declarara la responsabilidad de la demandada, con ocasión de las inundaciones que se produjeron entre el 6 y el 9 de julio de 1989, a raíz de la apertura de las compuertas de la represa de Betania, evento que se produjo por no regular en debida forma el embalse, lo cual llevó al aumento del caudal del Río Magdalena y ocasionó una alfaguara sobre las plantaciones existentes en varios inmuebles ribereños.

Además de ello, pidieron condenar a la demandada a pagarles, a título de indemnización por los daños irrogados, la suma de



\$54'000.000,00 para Álvaro Cardozo Trujillo por las 4 y 1/2 hectáreas de papaya que había cultivado, y \$4'942.560,00 para Alfonso Bahamón Tovar y José Félix Calceto Ortiz, por las 6 hectáreas de algodón que se malograron por la inundación, dineros que deberían ser actualizados desde el 10 de julio de 1989.

2. La demandada enfrentó las pretensiones aduciendo que la intensidad de las lluvias en el Río Magdalena y sus afluentes, produjo un aumento atípico del nivel de agua en la represa, lo que obligó a realizar vertimientos graduales. Propuso, asimismo, las excepciones de *"falta de legitimación"*, *"inexistencia de los daños"*, *"ausencia del nexo de causalidad"*, *"causa extraña"*, *"ausencia de culpa"* y *"asunción del riesgo"*.

En su oportunidad, la Central Hidroeléctrica de Betania S.A. E.S.P. denunció el pleito a la Electrificadora del Huila S.A. E.S.P., por haber suscrito con ella un contrato de *"administración de la operación y mantenimiento de la Central Hidroeléctrica..."*. Esta última se opuso a las súplicas de la demanda y formuló los medios de defensa que denominó *"inexistencia de responsabilidad civil contractual"*, *"prescripción de la acción"* e *"inexistencia de responsabilidad civil extracontractual"*.

El *a quo* acogió cabalmente las peticiones de los demandantes, decisión que al ser apelada por la demandada y la llamada en garantía, fue modificada por el Tribunal, quien reformó el quantum de los perjuicios y se abstuvo de condenar a la Electrificadora del Huila S.A. E.S.P.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En comienzo, el *ad quem* trajo a colación los precedentes de la Corte, según los cuales las actividades desarrolladas por la demandada,



consistentes en la detención artificial de aguas para la generación de energía eléctrica, constituían una actividad peligrosa.

A renglón seguido, destacó que para julio de 1989, la Central Hidroeléctrica de Betania incumplió el manual de operación del embalse, en tanto que permitió que se superara la cota de 561 mts., a pesar de que el numeral 2.3. de dicha normatividad aconsejaba mantener el nivel de aguas 1 o 1.5 mts. por debajo de tal medida. En ese sentido, recordó que el inciso 8º del numeral 2.3.2. del citado manual rezaba que *"antes de finalizar el verano se debe procurar como política descender y mantener el embalse alrededor de la cota 559.50, lo que permitirá durante el invierno, con una generación máxima equivalente a los caudales de ingreso, conservar una capacidad de embalsamiento del orden de 110 millones de metros cúbicos, que permite almacenar crecientes normales con picos del orden de 2500 m³/s, sin descargar agua por los vertederos si se está generando simultáneamente"*.

Según observó el juzgador de segundo grado, las aguas llegaron a una altura de 560.73 mts., circunstancia que fue corroborada por el testigo Celestino Gómez Hernández, quien señaló que el 6 de julio de 1989 *"aproximadamente en la mitad de la mañana se detectó incrementos de los caudales de ingreso al embalse de acuerdo a los cálculos efectuados por los operadores, esos valores eran de aproximadamente ochocientos a mil metros cúbicos por segundo, razón por la cual decidimos monitorear mediante cálculo los aportes continuamente. Ya en las horas de la tarde se consideraba que la creciente podía tener incidencia en que tuviéramos que hacer vertimientos súbitos de no hacerlo anticipadamente por eso se iniciaron las maniobras de apertura de las compuertas"*, declaración de la cual infirió el Tribunal que *"si se hubiera respetado la altura reclamada por el manual de operaciones, la captación del volumen de agua no hubiera sido de 'ochocientos a mil metros cúbicos por segundo', sino de 2.500 m³/s. diferencia, de suyo, bastante significativa, como que se dejaron*



de almacenar 1.700 m³/s.; de ahí que hubo tempestiva necesidad del derrame de aguas debajo de la presa”.

Asimismo, el Tribunal concluyó que la Central Hidroeléctrica de Betania no atendió su deber de vigilancia, ni demostró la planificación a la hora de manejar los sobrantes de agua, como exigía el numeral 2.3.2. del referido manual. Igualmente, le reprochó por dejar de tomar medidas para conjurar las repentinas crecientes y no tener redes hidrológicas aguas arriba del embalse, todo lo cual descartaba la causa extraña que alegó.

En lo tocante a la ocurrencia del daño, ese juzgador recordó las atestaciones de Hernán Useche Culma, Ángel María Alape Aroca, Hermen Vera Rojas, Raúl Gaitán Tole, Alfonso Yate, Osned Guillermo Triana Culma, Jorge Rivera Rivera y Germán Martínez Bermúdez, a partir de las cuales dedujo la existencia de los cultivos de papaya y algodón referidos en la demanda, los cuales se vieron afectados por la inundación que se produjo al abrir las compuertas de la presa.

Para cuantificar la extensión y el valor de tales siembras, el Tribunal se valió parcialmente de los dictámenes allegados al proceso, tomando los costos de producción señalados por los peritos y, sobre esa base, reconoció \$1'251.801,93 a Álvaro Cardozo Trujillo, así como \$2'354.132,54 a Alfonso Bahamón Tovar y José Félix Calceto Ortiz.

Al cierre de sus motivaciones, puso de presente que la llamada en garantía, esto es, la Electrificadora del Huila S.A. E.S.P., es una sociedad descentralizada indirecta, perteneciente al orden nacional, en la cual el Estado posee el 90% de su capital social, de modo que *"la jurisdicción ordinaria no tiene facultades para proveer lo atinente a la relación sustancial entre la Central Hidroeléctrica de Betania"* y aquella, puesto que en virtud del fuero de atracción, tal asunto estaba reservado a la justicia contencioso-administrativa. Por ende, se abstuvo de fallar respecto de la responsabilidad atribuida a esa entidad.



LA DEMANDA DE CASACIÓN

Contra la antedicha decisión las partes formularon el recurso de casación. Finalmente, sólo la demanda presentada por el apoderado de la Central Hidroeléctrica de Betania S.A. E.S.P. fue admitida. En ella, se formularon tres cargos contra la sentencia del Tribunal, los cuales se despacharan en el orden propuesto.

PRIMER CARGO

Con fundamento en el numeral 5º del artículo 368 del C. de P. C., el recurrente alega que en este asunto se incurrió en la causal de nulidad prevista en el numeral 1º del artículo 140 *ibídem*.

Para sustentar ese alegato, recuerda que la Central Hidroeléctrica de Betania S.A. E.S.P., en su oportunidad, llamó en garantía a la Electrificadora del Huila S.A. E.S.P., solicitud que fue admitida por el *a quo*, quien además halló solidariamente responsable a esa entidad de los daños que se dieron por probados, con fundamento en el contrato de "*administración de la operación y mantenimiento*" que habían celebrado.

Por su parte -prosigue- el Tribunal se abstuvo de pronunciarse respecto de la situación de la Electrificadora del Huila S.A. E.S.P., incurriendo en una inconsistencia, pues vio que era una entidad pública, pero ignoró que en vista de su carácter y dada la participación en los hechos, el proceso debió ser conocido por la jurisdicción contencioso administrativa, pues aquí resultaba vinculante el fuero de atracción.

En su criterio, "*la entidad privada debe plegarse a la jurisdicción contencioso administrativa para que sea esta la que, bajo todos sus respectos, dirima la controversia*", por manera que el Tribunal ha debido declarar la nulidad de lo actuado, así sea que los demandantes no hayan convocado directamente a esa entidad, máxime cuando ni



éstos, ni los jueces de instancia *"podían hacerse los de la vista gorda ante la presencia de la Electrificadora del Huila como partícipe de los hechos, ante cuya convocatoria por parte de la CHB, brota inevitablemente esta disyuntiva: o se admite su intervención en este proceso, o no se admite. Si lo primero, debe proveerse sobre el fondo del asunto con su inclusión, caso en el cual si bien quedaría salvaguardado el derecho de la Central Hidroeléctrica de Betania S.A. E.S.P. a convocarla y a que se provea sobre su relación, lo sería con violación del foro de atracción de la jurisdicción contencioso administrativa... pero si lo segundo, es decir, si no se admite la intervención de la Electrificadora, el proceso tampoco puede impulsarse con la sola presencia de la Central Hidroeléctrica de Betania S.A. E.S.P., como desacertadamente lo juzgara el Tribunal", pues "al haber existido una participación de ambas entidades, la adscripción de la competencia deja de gobernarse por las reglas generales propias de una y otra jurisdicción, para regirse por una particular o específica, cual es el así nombrado foro o fuero de atracción..."*

Por lo demás, si se acepta que los demandantes *"tenían derecho a escoger a quien demandar entre la Central Hidroeléctrica de Betania S.A. E.S.P. y la Electrificadora, por tratarse de un litisconsorte cuasinecesario, habría que contestar que, de todas maneras, el ejercicio del derecho queda supeditado a las reglas que distribuyen la competencia entre las jurisdicciones"*.

En suma, el recurrente considera que el litigio no se podía escindir con el fin de emitir un pronunciamiento únicamente contra la Central Hidroeléctrica de Betania S.A. E.S.P., pues las causas del asunto *"deben marchar unidas, sólo que dándole primacía a la competencia de la justicia administrativa"*.

CONSIDERACIONES

La nulidad procesal, vicio adjetivo indeseable que supone la ineficacia total o parcial de la actuación judicial, puede en ocasiones ser



tan contundente y fatal, que una vez verificada su ocurrencia ya no quepa dispensa o remedio alguno, lo que indefectiblemente obliga a su declaratoria, como cuando, *ad exemplum*, el juez avoca una controversia que corresponde a una especialidad de la jurisdicción que le es por completo ajena.

Claro, la gravedad de esa precisa irregularidad se explica si se tiene en cuenta que la organización judicial ha previsto reglas de orden público, en virtud de las cuales la voz de la jurisdicción se confía a funcionarios especializados, todo bajo la idea de que el dominio del conocimiento en una determinada materia les permita decidir con mayor tino, presteza y autoridad.

Es que, en principio, todos los juzgadores tienen el poder de decir el derecho, pero ello no los habilita para adscribirse el conocimiento de materias por completo heterogéneas, como las que subyacen en las diversas modalidades de los conflictos, máxime cuando una situación tal atentaría francamente contra los postulados de la sociedad moderna que propenden por la división y la especialización del trabajo y, por remate, truncarían la eficiencia, la economía y la prontitud de la administración de justicia, que de no ser así, devuelta se vería a antiquísimas épocas en las que el juez debía saber de toda causa, quizá porque los asuntos debatidos entonces no tenían el volumen, ni la complejidad que ofrecen los de ahora.

Ahora bien, de cara a la queja que concita la atención de la Corte, bien pronto se advierte que en este caso no se configuró la hipótesis nulitiva en comento, en tanto que la jurisdicción ordinaria civil era la llamada a desatar la contienda.

En efecto, así lo indica la naturaleza de la relación jurídica sustancial subyacente, relativa a la existencia de una responsabilidad extracontractual imputada a la demandada, la cual aparece gobernada por los artículos 2341 y s.s. de Código Civil y, en especial, por el artículo 2356 de la misma obra, norma a partir de la cual se ha construido el régimen de las actividades peligrosas. De hecho, se trata



de una controversia suscitada a raíz de los acontecimientos ocurridos entre el 6 y el 9 de julio de 1989 en la represa de Betania, respecto de los cuales la Corte ya se ha pronunciado, como órgano máximo de la jurisdicción ordinaria, en otros procesos que se entablaron por la misma causa (véanse Sent. Cas. Civ. de 27 de marzo de 2003, Exp. No. 7537, 21 de octubre de 2003, Exp. No. 7486, 3 de marzo de 2004, Exp. No. 7623, y 25 de febrero de 2005, Ex. No. 4100131030011994-7356-02).

Claro, esa circunstancia no variaba por el llamamiento que hiciera la demandada a la Electrificadora del Huila S.A. E.S.P., porque independientemente de la naturaleza de esa entidad y del grado de participación estatal en su composición accionaria, lo cierto es que por ser una empresa prestadora de servicios públicos, en principio está sometida a las previsiones de la Ley 142 de 1994; esto es, que salvo las excepciones legales, su actividad empresarial se rige por las normas de derecho privado. Así lo expresa, incluso, el certificado de existencia y representación legal de esa sociedad (fls. 1 a 9 cd. 3), al describir que su objeto social *"lo constituye la prestación del servicio público de energía eléctrica, para lo cual podrá realizar las actividades previstas en las leyes 142 y 143 de 1994"*.

Amén de ello, es de precisar que la expedición de la Ley 1107 de 2006, que modificó el *"Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo"*, en nada varía la competencia de los jueces civiles para conocer del asunto, como quiera que si bien el artículo 1º de esa normatividad estableció que aquella jurisdicción *"está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado"*, también precisó en el párrafo del artículo 2º que *"sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001"* (sublíneas fuera de texto).



Recuérdese cómo *"a partir de la vigencia de la Ley 142 de 1994, la Corte ha entendido que el conocimiento de los procesos de responsabilidad civil extracontractual seguidos contra las empresas prestadoras de servicios públicos, corresponde a los jueces civiles de la jurisdicción ordinaria, en tanto que según el artículo 32 de dicha normatividad, los actos desarrollados por ese tipo de empresas se sujetan a las reglas del derecho privado...*

... desde la promulgación de la Ley 142 de 1994 y luego, con las modificaciones que introdujo la Ley 689 de 2001, la jurisdicción de lo contencioso administrativo sólo ha venido conociendo, por excepción, de los procesos relacionados con los actos jurídicos de las empresas que prestan servicios públicos domiciliarios, a condición de que guardaran relación con contratos en los cuales se hubiesen pactado cláusulas exorbitantes, o que la misma ley así lo dispusiera expresamente, o cuando los hechos debatidos tuvieran relación directa con el servicio prestado por la "entidad oficial" o en aquellos eventos en los cuales se controvertieran actos administrativos que se hayan dictado en desarrollo de la relación usuario-cliente. Los demás casos, ya sea de responsabilidad contractual, y con más veras los relativos a la responsabilidad aquiliana -como la que aquí alegó el demandante-, se ha entendido que corresponden a los jueces civiles, de acuerdo con las reglas generales de jurisdicción y competencia.

Precisamente, bajo ese entendimiento esta Corte, como máximo órgano de la jurisdicción ordinaria y en sede de casación, se ha pronunciado en diversos asuntos en los cuales se atribuye a empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios una responsabilidad civil extracontractual, tal y como se puede apreciar en las sentencias de 25 de febrero de 2005 (Exp. No. 5968-02), 23 de junio de 2005 (Exp. No. 058-95), 19 de diciembre de 2006 (Exp. No. 2000-00483-01), 27 de junio de 2007 (Exp. No. 73319-31-03-002-2001-00152-01), 9 de julio de 2007 (Exp. No. 23417-31-03-001-2001-00055-01), 2 de agosto de 2007 (Exp. No. 05001-3103-006-2001-00510-01), 14 de agosto de 2007 (Exp. No. 41001-31-03-001-1993-00167-01), 12 de febrero de



2008 (Exp. No. 08001-31-03-005-2000-00205-01), 16 de junio de 2008 (Exp. No. 47001-3103-003-2005-00611-01) y 15 de julio de 2008 (Exp. No. 73319-3103-001-2000-00257-01), entre otras...

...para el legislador las reglas de la Ley 142 de 1994, que determinan los parámetros para fijar la jurisdicción y la competencia en esos asuntos, conservan su efecto vinculante, de modo que en manera alguna puede afirmarse que el cambio que trajo consigo la Ley 1107 de 2006 tiene los efectos que adujo el casacionista.

Por manera que aún admitiendo que el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006 modificó el ámbito decisorio de los jueces administrativos para asignarles el conocimiento de los procesos de responsabilidad seguidos contra "sociedades de economía mixta con capital público superior al 50%", ello no sería suficiente para entender que aquí se configuró el vicio nulitivo mencionado, en tanto que la misma ley previó que la especialidad de la jurisdicción llamada a conocer del caso cuando se presentó la demanda conforme a las pautas de la Ley 142 de 1994, o sea la civil, debía conservar el poder decisorio de ahí en adelante" (Sent. Cas. Civ. de 28 de abril de 2009, Exp. No. 11001-31-03-007-2001-00902-01).

De ahí que quepa afirmar que si hubo error del Tribunal, fue por haber excluido de la contienda a la llamada en garantía, porque siendo sus actos juzgables por la especialidad civil, no podía remitirse a la justicia administrativa el reclamo que contra ella se elevó y, sobra decirlo, de su peso se cae la invocación del fuero de atracción que en vano propone el recurrente.

No se configura, pues, la nulidad alegada por esta vía, a lo cual hay que agregar que no habiendo sido atacada en esta sede la decisión del sacar del debate a la Electrificadora del Huila S.A. E.S.P., tal aspecto resulta ajeno a la competencia de la Corte.

El cargo, por ende, no prospera.



SEGUNDO CARGO

El casacionista plantea la violación indirecta de los artículos 64 y 2356 del Código Civil, como consecuencia de los errores de hecho que, a su juicio, cometió el Tribunal a la hora de apreciar las pruebas.

1. Según explica, el Tribunal no valoró en su correcta dimensión el contenido del manual de operaciones, en los siguientes apartes:

1.1. El numeral 2.3., el cual indicaba que la represa se construyó para la generación de energía eléctrica, no para controlar el volumen del Río Magdalena. Conforme explica, atajar las corrientes de agua es algo que va más allá de la actividad de la demandada, así sea que con la represa se morigera el impacto destructor de las crecientes. Además, asegura que el agua que llega a la represa, de todas formas vuelve a su cauce.

1.2. El inciso cuarto del numeral 2.3.2., según el cual el límite relacionado con el nivel del embalse constituía una regla general que *"se deberá estar ajustando permanentemente a lo largo del tiempo, para aprovechar de la mejor manera posible los caudales ingresados al embalse"*, lo que demuestra que no se trataba de parámetros rígidos o invariables.

1.3. Los incisos 6º y 8º del numeral 2.3.2., pues allí se habla de dividir el año en dos estaciones, invierno y verano, pero exclusivamente en relación con el sistema integrado para la operación energética. En cuanto al inciso final, no se observó su texto, el cual indica que *"el objetivo de los vertederos es descargar los excesos de agua durante las crecientes y que por lo tanto el nivel del embalse se controlará mediante la descarga por las turbinas y además, si es necesario, descargando por las compuertas de fondo"*, por manera que si el objeto de la represa fuese la retención de riadas, esa norma no tendría razón de ser.



1.4. El literal f. del numeral 2.4., donde se describe la operación del embalse durante crecientes, que consiste *"principalmente en retener y detener las crecientes. Si estas son pequeñas es fácil retenerlas bien por aumento del caudal de la salida mediante mayor generación, o en mantener ligeramente bajo el nivel del embalse, de modo que cuando llegue la creciente, esta se retiene. Si la creciente es ya de alguna magnitud, entonces su aprovechamiento total o parcial depende de que el descenso previo del embalse haya sido suficiente o no; si lo fue, entonces se retiene la creciente. Si el descenso del embalse fue deficiente, entonces la creciente se detiene en parte y habrá necesidad de derramar el exceso a través de los vertederos"*.

1.5. El numeral 2.4.2. según el cual, el nivel máximo normal de la represa era de 561.00 mts.

2. También se dicen pretermitidos los gráficos relativos al desarrollo de la creciente (fls. 448 a 450 cd. 5); el cuadro de valores medios ordinarios de la corriente del Río Magdalena para los días 3 a 11 de julio, conforme al monitoreo de la Estación de Angostura del Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales (fl. 550); el documento sobre amortiguación de caudales en el embalse entre el 6 y el 8 de julio de 1989 (fls. 513 y 514); el cuadro de control de crecientes del 3 al 11 de julio de 1989 (fls. 442 y s.s.); y los cuadros de balance hidráulico del 7 y 8 de julio de 1989 (fls. 487 y 488).

Esas probanzas, demostrarían que el caudal que ingresó al embalse, por el dramático *aumento de las aguas*, superó los 2500 m³/s., nivel éste que era considerado normal y que podía ser contenido por la presa.

3. Igualmente se ignoraron otros elementos de juicio que obraban en el expediente, tales como:

3.1. El informe del Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales (fl. 512) *"en el que consta que para el mes de*



julio de 1989 el Río Magdalena tuvo un caudal máximo de 3.263 m³/s, monitoreado en la Estación de Palermo”.

3.2. El cuadro sobre información de caudales y horarios (m³/s.) entre el 6 y el 8 de julio de 1989 de la Estación Vichecito, aguas arriba de la represa, donde se nota el dramático aumento del caudal del río desde las 5:00 horas del 6 de julio de 1989.

3.3. Los cuadros de balance hidráulico de la represa (fls. 451 y 486), documentos que demuestran cómo entre el 1º de junio y el 6 de julio de 1989, aquélla estuvo por debajo de los 561.00 mts.

3.4. El informe de Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales que acredita que el aumento del nivel del río en esas magnitudes es un fenómeno que se ha presentado 5 veces en 20 años, por manera que no puede calificarse como regular, sino como un acontecimiento gobernado por la aleatoriedad.

4. Asimismo, el censor reprocha al Tribunal por suponer que si la represa hubiera tenido una cota de 559.50 mts. *“habría podido almacenar la riada o creciente sin que se produjeran las inundaciones”*, cuando lo cierto es que ese hecho no era un *“factor definidor de la cuestión, en razón, justamente, de las magnitudes excepcionales que tuvo la crecida de esos días”*.

5. En cuanto al testimonio de Celestino Gómez Hernández, el recurrente dice que fue cercenado, pues en su declaración sostuvo que *“el día seis (6) de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989), aproximadamente en la mitad de la mañana se detectó incremento de los caudales de ingreso al embalse de acuerdo a los cálculos efectuados por los operadores estos valores eran de aproximadamente ochocientos a mil metros cúbicos por segundo, razón por la cual decidimos monitorear mediante cálculos los aportes continuamente. Ya en las horas de la tarde se consideraba que la creciente podía tener incidencia en que tuviéramos que hacer vertimientos de no hacerlo anticipadamente, por eso se iniciaron las maniobras de apertura de las*



compuertas de vertederos de manera controlada y bajo la premisa de no sobrepasar los caudales de la creciente, esto es, no crear crecientes artificiales, así se estuvo operando los días siete y ocho, llegándose a registrar aportes de más de tres mil metros cúbicos... el pico de la creciente de acuerdo a los cálculos horarios efectuados en la central, fueron de aproximadamente tres mil seiscientos metros cúbicos por segundo, y las descargas fueron de aproximadamente dos mil seiscientos metros cúbicos por segundo, posteriormente el Himat reportó que el registro máximo de la creciente fue de cuatro mil trescientos metros cúbicos por segundo considerada como una creciente centenaria de acuerdo a los registros históricos que se tienen del Río Magdalena”.

6. De no haber cometido esos errores, el Tribunal habría podido concluir que el caudal de aguas para la época de los hechos excedía la capacidad de la represa para retener la creciente; que así hubiera mantenido un nivel de 560.73 mts., de todos modos se habrían producido los vertimientos; que el manejo de la represa fue normal y pudo retenerse buena parte del caudal del Río Magdalena; y que la presa podía soportar incrementos de agua de hasta 2500 m³/s., pero los picos alcanzados llegaron a 3.263 m³/s.

En criterio del demandante en casación, “el Tribunal cae en el error de «ser más papista que el papa» al juzgar como reprochable que la represa se hubiese encontrado en el nivel 560.73 a las 4 p.m. del 6 de julio de 1989, cuando, como se ha denunciado, el propio manual tiene a la cota 561.00 como el nivel máximo normal de la operación de la represa, lo que comporta que no se puede calificar como inadecuado o impropio algo que el mismo manual tiene como normal”.

7. En cuanto al deber de vigilancia, que el Tribunal dijo desatendido, el recurrente precisa que esa manifestación es fruto de la ligereza, pues no se observó el anexo del manual de operación, en el que se constata la colaboración entre la demandada y el Himat -hoy IDEAM-; tampoco vio el numeral 2.4.2.2 “sobre la red de alarmas”, ni la



certificación del IDEAM sobre la existencia de estaciones de control arriba del embalse, las cuales pertenecen al Sistema de Información Nacional Ambiental.

8. En suma, concluye que la riada fue irresistible porque no podía evitarse, e imprevisible porque el aumento del caudal de aguas fue del todo anormal, de donde infiere que se presentó un evento de fuerza mayor o caso fortuito, lo cual configura la causa extraña alegada. Por ende, no podía responder por hechos que no le son atribuibles, pues su actividad no es asimilable a la de una aseguradora.

CONSIDERACIONES

En oportunidades anteriores, la Corte se ha ocupado a espacio de analizar la responsabilidad de la Central Hidroeléctrica de Betania S.A. E.S.P. por las anegaciones sucedidas entre el 6 y el 9 de julio de 1989, en los predios aledaños al Río Magdalena. La conclusión a la cual se ha llegado en todos esos asuntos, fundamentalmente, consiste en que a pesar del aumento de pluviosidad que por la época se produjo, la demandada no tomó las medidas necesarias, aconsejadas en el manual de funcionamiento de la represa, para controlar las riadas propias de la temporada de invierno.

Así, en sentencia de 27 de marzo de 2003 (Exp. No. 7537), reiterada en fallo de 21 de octubre de 2003 (Exp. No. 7486), se precisó cómo *"para el tribunal fue claro que el daño lo causaron los vertimientos que por falta de previsión hubo de hacerse en la represa... El cargo cuestiona ese modo de ver las cosas. Y lo hace sobre la base de considerar que a su juicio el hecho de la demandada no tuvo incidencia en el daño, porque todo obedeció al hecho de la naturaleza, traducido en unas lluvias muy por encima de lo esperado, y que en cualquier evento igual hubiesen desbordado considerablemente el río Magdalena; alega incluso que de no existir la represa, los daños fueran insospechados..."*



...obra... entre las probanzas el documento denominado «Control de Crecientes Embalse Yaguará» (fls. 126 a 168 del C. 1), en donde se registraron los caudales del río hora a hora durante mayo, junio y julio de 1989, que muestran el ingreso de aguas al embalse durante los días 6, 7 y 8 de este último mes en forma muy superior a lo normal, al punto que por sí solos tenían la potencialidad de causar grandes desastres. Sin embargo, ese mismo documento muestra cómo la cota en el mes de junio estuvo siempre por encima de los 560,80 metros sobre el nivel del mar (fls. 145 y 147), el 1º de julio por encima de 560,17, el día 2 por encima de 560,35, el día 3 por encima de 560,77, el día 4 por encima de 560,44, los días 5 y 6 por encima de 560,27, el día 7 por encima de 561, el día 8 por encima de 560,60 y el día 9 por encima de 560,35 metros sobre el nivel del mar (fls. 151 a 167).

...la hidroeléctrica desatendió su propio manual de operación de la presa, que indica que la altura máxima (cota de rebose) del embalse es de 561,10 mts. -límite que no debe ascender a más de 559.50 mts. entre los primeros días de junio y hasta agosto, época de invierno- para mantener un margen de embalse; que el período históricamente crítico es del 2 al 13 de julio, y que era de urgente necesidad la instalación de alarmas.

... Y si a todo ello se suma el que la falta de las alarmas, que dicho sea al paso, estaban proyectadas «con urgencia» desde 1983, hizo que la creciente, que venía de horas atrás, fuera detectada apenas a las 13 horas del 6 de julio, no se atisba cómo pudo el juzgador en la apreciación combatida en el cargo, desconocer la objetividad de esos medios probativos, tanto más si de esas mismas probanzas se deduce de la misma manera, que Betania hizo oídos sordos a las recomendaciones que en varias oportunidades le había hecho el Himat, en el sentido de que durante el período de invierno (mayo - noviembre) la cota del agua estuviera al menos 2 metros por debajo de la de rebose”.



El mismo sentido se observa en los fallos de 3 de marzo de 2004 (Exp. No. 7623) y 25 de febrero de 2005 (Exp. No. 4100131030011994-7356-02).

En todos esos casos, así como en este, se dedujo la culpa de la demandada por ejercer una actividad de suyo peligrosa. Es más, recientemente se precisó que *"toda la operación que parte desde la interrupción artificial del flujo de las aguas en represas con el propósito de generar energía eléctrica, así como el manejo de los caudales con apertura y cierre de las compuertas que permiten liberar o retener el fluido vital, constituyen una actividad peligrosa, pues grandes volúmenes de agua retenidos y la fuerza de la gravedad ocasionan un evidente estado de riesgo en su manejo, lo cual crea una categoría distinta de responsabilidad a partir de la presunción de culpa, máxime si como reluce de los elementos aportados al expediente, la demandada comercializa la energía que produce, obteniendo lucro de tal empresa, de donde viene la carga de soportar, salvo prueba de fuerza mayor, el peso de la culpa presunta por los perjuicios que eventualmente ocasione con el manejo del embalse.*

...que no resulta suficiente que la causa extraña sea esporádica o estadísticamente poco frecuente, para que estructure el caso fortuito o la fuerza mayor, pues se reitera, basta que el acontecimiento resulte «humanamente previsible» para excluir que la demandada pueda salvar su responsabilidad al amparo del carácter extraordinario del fenómeno sobreviniente.

Y en el caso concreto se echa de ver que un proyecto hidroeléctrico tiene como uno de sus elementos esenciales la predicción. En efecto, en la producción de energía a partir de la contención de las aguas, no son las obras civiles la consideración más importante, pues a pesar del desafío de ingeniería que comporta la construcción de los muros, redes, máquinas, manejo de las caídas de agua, y la propia generación de energía eléctrica valiéndose del uso de la gravedad; tales componentes, así como los instrumentos de capital y



de técnica se hallan razonablemente a disposición de quien acomete un proyecto de esta magnitud. De esta manera, la conjugación de todos esos recursos materiales y técnicos puede lograrse por un acto de la voluntad, de los gobiernos o de las empresas según sea el caso. Pero de todos los elementos que convergen a la realización de un proyecto hidroeléctrico, hay uno que no depende de la voluntad sino del capricho incontrolable de la naturaleza: el régimen de lluvias. Absurdo sería, pues, emprender un proyecto hidroeléctrico con escaso conocimiento del comportamiento climático y del sistema de precipitaciones, porque la materia prima básica e insustituible de un emprendimiento de esa naturaleza son las lluvias y la gravedad.

Pero aunque la naturaleza del clima es un fenómeno incontrolable, no por ello es totalmente impredecible. En esta materia el propio lenguaje ha sido moldeado por el avance de la ciencia, tanto, que hoy se habla cómodamente de un régimen de lluvias, idea que descarta la anarquía absoluta y entroniza el concepto de regularidad.

A esta altura de la digresión, es claro que el fenómeno pluvial presenta cierto comportamiento homogéneo, unas regularidades y periodicidades estacionales que permiten un considerable grado de predictibilidad, tanto, que históricamente la agricultura y las prácticas de acopio se ajustan al estudio y cálculo de esas frecuencias.

Todo lo dicho sirve al propósito de resaltar que es posible hacer vaticinios acerca del régimen de lluvias, y cómo esas expectativas racionales se fundan en evidencias empíricas que permiten predecir acontecimientos futuros con gran probabilidad de acierto. A ello se suma que quienes emprenden o explotan un proyecto de generación hidroeléctrica, deben saber como el que más, acerca del sistema de lluvias, no sólo porque de esto depende la rentabilidad esperada, sino porque un mal cálculo puede causar tragedias de grandes proporciones. Dicho en breve, la predicción es muy importante en esta actividad y los errores en ella no pueden afectar a terceros.



...De otro lado, que haya ocurrido la inundación a pesar que el embalse se manejó según el manual de operaciones, no otorga al episodio climático el carácter de fuerza mayor, pues además de que tal instructivo procede de la misma parte demandada y sus reglas no son axiomáticas, no puede perderse de vista que la construcción y manejo de la presa tiene como propósito la utilización eficiente y económicamente rentable del agua en la generación de energía eléctrica..., asimismo que el diseño de la misma impone el funcionamiento del embalse «a filo de agua, es decir que debería trabajar con el embalse casi lleno»... como recomienda el propio manual, luego, el denominado «margen de maniobra» de los caudales de agua es proporcionalmente bajo...” (Sent. Cas. Civ. de 27 de junio de 2007, Exp. No. 73319-31-03-002-2001-00152-01).

Pero además de la ya mencionada presunción de culpa y del hecho de que no es predicable la existencia de una fuerza extraña, hay circunstancias debidamente acreditadas que ponen de relieve la falta de prudencia de la demandada, las cuales bien pueden ser resumidas así:

a) desde antes de la construcción de la represa de Betania, había estudios que indicaban que históricamente el Río Magdalena aumenta de modo significativo su caudal a mediados de año, especialmente en el mes de julio, debido a las fuertes precipitaciones que durante ese periodo se presentan.

b) para conjurar esa situación, el manual de operaciones de la represa, elaborado desde su construcción por la firma Sedic. Ltda. sobre la base de que debía operar a filo de agua o *"con el embalse casi lleno"* para obtener un óptimo nivel de eficiencia (num. 2.3), establecía que en el periodo de invierno, que iba de mayo a noviembre, la cota máxima debía ser de **559.5** mts. (num. 2.3.2., y literal h del num. 2.4.3), lo cual permitía almacenar cerca de 110 millones de metros cúbicos de agua, a razón de 2.500 m³/s. *"sin descargar aguas por los vertederos si se está generando simultáneamente"*.



Es más, atendiendo los estudios meteorológicos de la zona, el Himat había recomendado mantener el nivel de la presa en 559.10 mts., o sea, 2 metros por debajo de la cota máxima (561.10 mts.), con el fin de controlar de mejor forma la época invernal, pues de esa manera se podían almacenar hasta 200 millones de metros cúbicos de agua.

Justamente, en los primeros días de julio de 1989 hubo un aumento del caudal del Río Magdalena, debido a precipitaciones que superaron las que se esperaban para esa época, al punto que se calificaron como las máximas en 31 años. Las aguas sufrieron un incremento del orden de 4.200 m³/s.

c) a pesar de las indicaciones del manual y de las recomendaciones del Himat, desde el mes de junio, pero especialmente durante el lapso comprendido entre el 1º y el 9 de julio de 1989, la represa mantuvo niveles superiores a los 559.5 mts., lo cual le restó capacidad de almacenamiento.

d) La creciente aguas arriba del Río Magdalena, sólo se detectó el 6 de julio de 1989 en las horas de la tarde, deficiencia que obedeció a la carencia de un sistema de controles y alarmas cuya implementación había sido sugerida desde 1983 por el Himat.

Acerca de esto último, el recurrente afirma que el Tribunal no tuvo en cuenta el anexo del manual de operaciones, suscrito en 1983, que habla de la colaboración armónica entre el Himat -hoy IDEAM- y la Central Hidroeléctrica de Betania S.A. E.S.P.; no obstante, lo que muestra el documento al que se refiere el recurrente, es la necesidad que planteó el Himat de que en el futuro se implementaran programas, se adecuaran algunos equipos y se adquirieran otros, con el fin de contar con información sobre las crecientes del Río Magdalena.

Por lo demás, la cooperación que pudieron brindar en este caso las estaciones del Himat -cuyas limitaciones se consignaron en ese escrito-, no suplía la necesidad de instalar el sistema de alarmas



recomendado y, en todo caso, aunque dicha colaboración se hubiere producido efectiva y oportunamente, lo cierto es que no hubo una reacción pronta que impidiera controlar en forma adecuada el flujo de aguas.

e) Por último, la represa debió abrir sus compuertas y permitir el vertimiento de aguas en un volumen aproximado de 2900 m³/s., el cual terminó alimentando incontroladamente el caudal del Río Magdalena.

De lo anterior se infieren dos situaciones que confluyeron para que no hubiera un adecuado control de las lluvias que se presentaron: la primera, que para los primeros días de julio de 1989 el embalse estaba muy por encima de la cota recomendada por el manual de operaciones; la segunda, que la detección de la alfaguara fue tardía, a pesar de que históricamente, por esa época el índice pluviométrico de la zona tiende a aumentar en forma considerable.

Haber evitado esas irregularidades, no sólo garantizaba una capacidad de almacenamiento significativamente mayor, sino que además proporcionaba suficiente tiempo con el fin de adoptar medidas tendientes a paliar la crisis, ya sea para hacer vertimientos graduales y moderados durante un lapso más prolongado, o incluso para evitarlos del todo, en procura de no afectar las áreas ribereñas que se hallan aguas abajo.

Siendo ello así, no puede acusarse al Tribunal por cometer un desbarro en la apreciación probatoria, en tanto que los elementos de juicio que aquí militan, conducen a la misma conclusión a la cual se ha llegado en casos semejantes, esto es, que la Central Hidroeléctrica de Betania S.A. E.S.P. fue la responsable de las anegaciones causadas a los predios donde se hallaban los cultivos de los demandantes, juicio que en nada se desvanece por las insistentes denuncias del recurrente, ni por la nueva lectura de las pruebas que reclama.

El cargo, por lo mismo, no prospera.



TERCER CARGO

El recurrente denuncia la violación indirecta de los artículos 2341, 2357, 1614 y 1615 del Código Civil, este último en armonía con el artículo 90 del C. de P. C., a consecuencia de errores de hecho derivados de la apreciación de las pruebas.

Para sustentar el cargo, señala que el Tribunal ordenó la indexación de las sumas reconocidas a los demandados, desde el 10 de julio de 1989, bajo el entendido de que desde ese día se comenzaron a padecer los perjuicios.

Sin embargo, pasó por alto ese juzgador que la demanda se presentó el 25 de julio de 2002 y su admisión fue notificada el 3 de septiembre de 2002 a la Central Hidroeléctrica de Betania S.A. E.S.P., esto es, que pasaron más de 13 años desde el acaecimiento de los hechos hasta la reclamación de los perjuicios, sin que exista prueba alguna que justifique la tardanza de los demandantes; por eso, *"fue suya y de nadie más la decisión de esperar trece años largos para entablar el litigio, lo que acarrea que a nadie distinto a ellos mismos, menos a la demandada, le pueden adscribir el reconocimiento y pago de la indexación por ese lapso de tiempo"*.

Según afirma el censor, la indexación, *"como componente del perjuicio"*, no le es imputable a la Central Hidroeléctrica de Betania S.A. E.S.P., quien por lo mismo no se encontraría en mora de pagarla sino desde el 3 de septiembre de 2002, de acuerdo con el artículo 90 del C. de P. C.

CONSIDERACIONES

1. Pasando por alto la nominación que al cargo se dio, la Corte encuentra que los planteamientos del recurrente no son de recibo, pues la expresión de una cantidad en términos reales, es decir, la actualización del valor del dinero, no puede asimilarse a la mora, por



lo que para su reconocimiento nada tiene que ver la notificación al demandado del auto que admite la demanda, conforme regula el artículo 90 del C. de P. C.

2. En verdad, uno y otro concepto -indexación y mora- obedecen a causas jurídicas diferentes, que hacen que su naturaleza no resulte asimilable.

2.1. En efecto, la mora es la situación en que se coloca el deudor tras su incumplimiento y siempre que, además, se dé alguno de los supuestos del artículo 1608 del Código Civil, evento a partir del cual se autoriza al acreedor para reclamar el pago de los perjuicios que haya podido sufrir (arts. 1610 y 1615 *ibídem*). Desde luego que la mora supone la existencia de una obligación preexistente que en su momento no se satisface por el deudor, o dicho de otro modo, *"la mora del deudor... consiste en «el retraso, contrario a derecho, de la prestación por una causa imputable a aquél» (Casación 19 de julio de 1936, G.J. T. XLIV, pág. 65)..."* y *"...supone el retardo culpable del deudor en el cumplimiento de la obligación, y para constituir en ella al deudor, se requiere que sea reconvenido por el acreedor, esto es, que se le intime o reclame conforme a la ley la cancelación de la prestación debida. De tal suerte que, sólo a partir de surtida la interpelatio puede afirmarse que el deudor incumplido, además ostenta la calidad de deudor moroso, momento éste a partir del cual puede exigirse el pago de perjuicios conforme a lo dispuesto por los artículos 1610 y 1615 del Código Civil, o reclamarse el pago de la cláusula penal, que entonces se torna exigible de acuerdo con lo preceptuado por los artículos 1594 y 1595 del Código Civil"* (Sent. Cas. Civ. de 10 de julio de 1995, Exp. No. 4540).

2.2. Mientras tanto, la actualización monetaria, cuya aplicación deja por fuera aspectos subjetivos, pretende mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda oficial, que se envilece periódicamente en las economías caracterizadas por la inflación, todo bajo la idea de que el pago, sea cual fuere el origen de la prestación, debe ser íntegro, conforme a decantada jurisprudencia en materia de obligaciones



indemnizatorias, que a la postre fue recogida por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

2.3. Pero además de lo anterior, ha de destacarse que la mora surte sus efectos desde que hay reconvención judicial -salvo que la ley disponga otra cosa- con arreglo a las previsiones del artículo 90 del C. de P. C., mientras que la indexación se remonta, según cada caso, al tiempo desde el cual se debe medir un valor determinado que, por efectos de justicia y equidad, ha de permanecer constante a pesar del irresistible paso del tiempo.

La Corte ha puntualizado, precisamente, que *"...en rigor, la corrección monetaria no hace parte del concepto intrínseco de daño, según jurisprudencia reiterada de esta Sala.*

...téngase en cuenta que quien «ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización» (art. 2341 C.C.), sin que para ello sea necesario interpelarlo en los términos del artículo 1608 del Código Civil, pues, en tales casos, el inexorable deber de reparar el daño surge desde el día en que se causó el agravio, mejor aún, desde el instante mismo en que se produjo el hecho ilícito, y no a partir de la fecha de constitución en mora, como acontece -es la regla- en la responsabilidad contractual.

Un entendimiento contrario implicaría afirmar que la persona agraviada, directamente, debe asumir el perjuicio ocasionado en el entretanto, lo cual no estaría en estricta consonancia con el arraigado y justiciero principio de reparación integral que informa la materia y, de paso, con la equidad, en sí misma considerada, institutos que, al unísono, reclaman que la víctima debe ser cabal y suficientemente indemnizada, propósito que se vería eclipsado, en efecto, si fuera menester constituir en mora al victimario, quien es responsable de antemano, esto es, desde el momento de la generación del daño, con total independencia de circunstancias ulteriores, ajenas, como tales, al régimen de responsabilidad que ocupa la atención de la Corte. Interpretación disímil, además, se erigiría en claro favorecimiento al



agente responsable del perjuicio, en inequívoco desmedro de los intereses del perjudicado, quien no tiene porque asumir el compromiso de requerir a su victimario, para obtener la reparación integral del daño. De allí que la Corte hubiere señalado que «la mora en la responsabilidad extracontractual es un fenómeno inútil para el establecimiento de la indemnización» (se resalta; sent. 042 de febrero 15 de 1991), lo que evidencia la inaplicabilidad, en estos casos, de los artículos 1608 y 1615 del Código Civil, al igual que del inciso 2º del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil.

...en lo tocante con la corrección monetaria, cumple señalar, en adición a lo anterior, que, ciertamente, la Corte sostuvo en años anteriores que la desvalorización de la moneda constituía un perjuicio que debía ser resarcido al acreedor por concepto de daño emergente.

Sin embargo, desde hace más de un lustro esta Sala precisó que, en estricto sentido, la pérdida del poder adquisitivo del dinero no calificaba como un arquetípico daño, como quiera que, de un lado, se trataba de un fenómeno que obedecía más a las circunstancias económicas -específicamente monetarias- que se presentaban en una sociedad en un determinado tiempo, que a una consecuencia vinculada a la infracción del deber de prestación por parte del deudor; y de la otra, porque su reconocimiento incidía en la determinación real de la cuantía de los perjuicios a indemnizar, pero no en el aspecto cualitativo de los mismos, dado que no había allí, en puridad, ningún bien jurídico del patrimonio del acreedor que hubiere sufrido lesión por causa de la conducto dañina del deudor.

En este sentido, puntualizó la Corte que el pago de obligaciones dinerarias con el correspondiente ajuste, «...lo único que busca, en reconocimiento a los principios universales de equidad e igualdad de la justicia a los que de manera reiterada alude la jurisprudencia al tratar el tema de la llamada 'corrección monetaria' (G.J, Ts. CLXXXIV, pág. 25, y CC Pág. 20), es atenuar las secuelas nocivas del impacto inflacionario sobre una deuda pecuniaria sin agregarle por lo tanto, a



esta última, nada equiparable a una sanción o un resarcimiento (cas. civ. de 8 de junio de 1999; exp: 5127)», lo que quiere significar que «el fundamento de la corrección monetaria no puede ubicarse en la urgencia de reparar un daño emergente, sino en obediencia, insístese, a principios más elevados como el de la equidad, el de la plenitud del pago, o el de la preservación de la reciprocidad en los contratos bilaterales», ya que «la pérdida del poder adquisitivo del dinero no afecta la estructura intrínseca del daño, sino su cuantía» (se subraya; cas. civ. de 9 de septiembre de 1999; exp. 5005; Vid: cas. civ. de 28 de junio de 2000; exp: 5348). Al fin y al cabo, como bien se ha corroborado por la doctrina especializada, «no estamos aquí frente a un problema de responsabilidad civil sino que, por el contrario, nos hallamos en la órbita del derecho monetario, en donde la indexación se produce en razón de haber perdido la moneda poder adquisitivo. ¡Sólo eso, y nada más que eso!» (cas. civ. de 19 de noviembre de 2001; exp.: 6094).

Al amparo de estas reflexiones, se colige que el Tribunal no se equivocó al disponer que se indexara el importe de la indemnización desde el momento en que se produjo el daño... pues, se reitera, la desvalorización de la moneda, en sí, no constituye un daño, para cuyo resarcimiento, además, no es necesaria la constitución en mora del deudor, menos aún tratándose de responsabilidad civil extracontractual, según se acotó en líneas precedentes” (Sent. Cas. Civ. de 12 de diciembre de 2005, Exp. No. 47001-3103-003-1993-0248-02, sublíneas fuera de texto).

2.4. Por eso, mora e indexación no pueden tomarse, sin más como continente y contenido. Claro, hay que aclarar, eso sí, que hay eventos especiales en los cuales el pago de los perjuicios lleva implícita la actualización monetaria, como cuando los primeros se traducen en intereses comerciales de mora, porque ese tipo de réditos, precisamente, tiene un componente de actualización que torna innecesario un ajuste adicional. Entonces, “al lado de esas formas o mecanismos de ajuste de las obligaciones pecuniarias -conocidos como



directos, se itera-, también corre pareja la apellidada indexación indirecta, modalidad que presupone que 'la deuda dineraria -por regla-sigue aferrada al principio nominalístico, y los índices de corrección se aplican por vía refleja, en situaciones particulares'¹, una de cuyas principales expresiones es la tasa de interés que incluye la inflación (componente inflacionario) y que, por ende, 'conlleva al reajuste indirecto de la prestación dineraria'², evento en el cual resulta innegable que ella, además de retribuir -y, en el caso de la moratoria, resarcir- al acreedor, cumple con la función de compensarlo por la erosión que, ex ante, haya experimentado la moneda (función típicamente dual)" (Sent. Cas. Civ. de 15 de enero de 2009, Exp. No. 47001-31-03-003-2001-00433-01).

No obstante, esa hipótesis no es de recibo en los casos de responsabilidad civil extracontractual, en los cuales la actualización del perjuicio material debe operar desde el momento de su ocurrencia, porque en ese instante es cuando se afecta el patrimonio. Justo ahí, el daño tiene una magnitud que -se insiste- por el principio de integralidad en el pago, ha de mantenerse inalterable en términos reales.

2.5. Es de agregar, además, que en dicha tipología de eventos, la obligación de reparar consistente en la satisfacción de una suma de dinero, sólo se hace exigible con la ejecutoria de la sentencia, de manera que es con posterioridad a ella que podrían computarse los réditos de mora, conforme al artículo 1617 del Código Civil. En cambio, la indexación, como quedara visto, se calcula desde cuando se experimentó el agravio patrimonial.

3. Por lo demás, la demora en ejercer las acciones para lograr el resarcimiento del daño, no es cuestión que a primera vista traiga beneficios al demandante, porque con la indexación -sí es que ésta

¹ Roberto M. López Cabana. La indexación de las deudas dinerarias; en *Indexación en el Derecho Argentino y Comparado*. Buenos Aires. Depalma. 1979. Pág. 76.

² Jorge Bustamante Alsina. *Indexación de deudas de dinero*. En *Responsabilidad civil y otros estudios*. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1984. Pág. 166.



procede- no obtendría algo más de lo que jurídicamente le corresponde, sino la magnitud exacta del daño recibido en el momento en que ocurrió, pero en su equivalencia actual. Por el contrario, si se indexara desde la formulación de la demanda o desde su notificación al demandado, ahí sí se causaría un agravio al demandante, quien por efectos de la inflación y de la depreciación del dinero, recogería una indemnización inferior al daño efectivamente padecido.

De la mano de lo anterior, cabe concluir que no hizo mal el Tribunal cuando ordenó actualizar la indemnización de los daños, desde el 10 de julio de 1989, conforme se pidió en la demanda.

4. El cargo, entonces, carece de eficacia para derrumbar las disposiciones del juzgador de segunda instancia.

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, **NO CASA** la sentencia de 11 de abril de 2008, dictada por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el proceso ordinario adelantado por Álvaro Cardozo Trujillo, Alfonso Bahamón Tovar y José Félix Calceto Ortiz frente a la Central Hidroeléctrica de Betania S.A. E.S.P., hoy Emgesa S.A., actuación dentro de la cual fue llamada en garantía la Electrificadora del Huila S.A. E.S.P.

Costas del recurso a cargo de la parte recurrente. Líquidense.

Notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE



AUSENCIA JUSTIFICADA

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR

(Ausencia justificada)

RUTH MARINA DÍAZ RUEDA

PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA

(Con impedimento aceptado)

WILLIAM NAMÉN VARGAS

Voto particular.

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ

CON ACLARACION DE VOTO

EDGARDO VILLAMIL PORTILLA

ACLARACIÓN DE VOTO

Referencia: 73319-3103-002-2001-00161-01

No obstante compartir la decisión final, consigno nuestro respetuoso disenso en torno al tratamiento de la responsabilidad civil por actividades peligrosas, y en particular, a su estructuración "*a partir de la presunción de culpa*".

A este propósito, la concepción mayoritaria de la Sala al respecto, es decir, la responsabilidad *por culpa presunta*, no ha variado, por cuanto la rectificación doctrinaria contenida en la sentencia de casación de 24 agosto de 2009, expediente 01054-01, atañe a la doctrina adoptada por el Tribunal en la providencia impugnada, o sea, la aplicación del régimen de la culpa probada a las actividades peligrosas concurrentes, mientras en relación a la postura de la "*responsabilidad objetiva*", se presentó un empate.

En nuestra opinión, deducir "*la culpa de la demandada por ejercer una actividad de suyo peligrosa*", o más precisamente, la responsabilidad por "*culpa presunta*", carece de soporte normativo y contiene *per se* una contradicción insuperable:

1. Ejercer una actividad peligrosa, nunca encarna de suyo una culpa, ni permite deducirla, inferirla o presumirla.



Contrario sensu, de ordinario, estas actividades se ejercen con la mayor diligencia y cuidado; *ad exemplum*, la generación, comercialización, distribución, aprovechamiento o prestación del servicio de energía o, la conducción de un automotor, jamás comportan, por sí y ante sí, culpa alguna.

El sólo planteamiento, esto es, la deducción, suposición o presunción de culpa por el simple ejercicio de una actividad peligrosa, contradice elementales reglas de experiencia, lógica y sentido común.

Distinto a presumir la culpa por sólo ejercer una actividad de esta especie, es la hipótesis concerniente a su ejercicio con culpa, es decir, en su desarrollo, el agente podrá incurrir o no en culpa, esto es, el daño derivado de tales actividades podrá ocasionarse con o sin culpa.

2. El artículo 2356 del Código Civil, en el cual la Corte, sustenta *in abstracto* la responsabilidad civil por actividades peligrosas, en parte alguna menciona, enuncia, consagra o dispone *expressis verbis* (art. 66, *ejusdem*) presunción alguna, menos de culpa, ni tampoco permite inferirla *per se*.

Aún más, la redacción del precepto, sin presunción ninguna, si bien sugiere una "*regla general*", de reparar el daño "*que pueda imputarse a malicia o negligencia*", desde luego, disciplina por excepción la reparación cuando así no acontezca, pues como precisó esta Corporación setenta y dos años atrás, la norma "*que mal puede reputarse como repetición de aquél*



*[artículo 2341] ni interpretarse en forma que sería absurda si a tanto equivaliese, contempla una situación distinta y la regula, naturalmente, como a esta diferencia corresponde.” (XLVI, pág. 215), “[e]xige, pues, tan sólo que el daño **pueda imputarse** (...) única exigencia como base o causa o fuente de la obligación que enseguida pasa a imponer” (sentencia de 14 de marzo de 1938, XLVI, 211-217).*

En consecuencia, tanto el legislador cuanto la inalterada jurisprudencia de la Corte, parte de la posibilidad de actividades peligrosas culposas y de actividades peligrosas no culposas, esto es, que en su ejercicio, el autor podrá actuar con o sin culpa, sólo que no es menester demostrar culpa alguna para estructurar la responsabilidad, ni su ausencia probada ostenta relevancia jurídica ninguna para exonerarse.

3. La postura de la presunción de culpa, además, de caer en el vacío, encuentra un escollo insalvable en la exigencia del elemento extraño exclusivo, o sea, fuerza mayor o caso fortuito, intervención de la víctima o de un tercero, para exonerar de responsabilidad, porque presumida la culpa, en términos lógicos, la prueba contraria eximiría de responsabilidad, pero la jurisprudencia con acierto, no la admite.

Obsérvese que, en la redacción literal del artículo 2356 del Código Civil, si el daño no se imputa a “*malicia o negligencia*”, no brotaría el deber de repararlo, y por ende, demostrada ausencia de “*malicia o negligencia*”, no habría lugar a la responsabilidad.



Luego, en qué se apoya la invariable jurisprudencia para sostener que la probanza de la diligencia y cuidado no exime de responsabilidad, ni es necesario acreditar la culpa para configurarla?

Por supuesto, en la naturaleza, fundamento y *ratio legis* de esta especie singular, el riesgo o peligro que dichas actividades entrañan.

4. Como corolario y en obsequio de la brevedad, la tesis que la Corte ha postulado, así no lo diga ni reconozca literalmente, *estricto sensu* y en rigor, se aproxima más a una concepción "*objetiva*" aunque agregando la contradictoria e insostenible supuesta "*presunción de culpa*", además carente de toda utilidad probatoria.

A no dudarlo, esta Corporación de atañeo, en forma constante, invariable, uniforme y reiterada ha dicho que, es suficiente para estructurar la responsabilidad por actividades peligrosas, probarla con el daño y la relación de causalidad, y para exonerarse no basta acreditar diligencia y cuidado, o sea, ausencia de culpa, sino el elemento extraño exclusivo (sentencias de febrero 28/1956, LXXXII, 107; 5 de abril de 1962, XCVIII, págs. 341-344; 13 de febrero y 8 de mayo de 1969, CXXIX, 112-118 y CXXX, 98-107; 17 de abril y 28 de julio de 1970, CXXXIV, 36-48 y CXXXV, 54-59; 16 y 17 de julio de 1985, CLXXX, 138-151 y 152-159; 29 de agosto de 1986, CLXXXIV, 222-238; 18 de septiembre de 1990; 5 de mayo (Exp. Núm. 4978) y 25 de octubre de 1999



(CCLXI, 874-885), 14 de marzo de 2000 (Exp. Núm. 5177), 7 de septiembre de 2001 (6171), 23 de octubre de 2001 (LIX, pág. 1101), exp. 6315, no publicada oficialmente), 30 de septiembre de 2002 (Exp. Núm. 7069), 3 de marzo de 2004 (Exp. Núm. 7623), 30 de junio de 2005 (Exp. Núm. 1998-00650-01), 19 de diciembre de 2006 (Exp. Núm. 2000-00011-01) y 2 de mayo de 2007 (Exp. Núm. 1997-03001-01), entre otras).

Y, tal aserto, quiérase o no, es lo que se conoce en la doctrina universal con el *nomen* de responsabilidad objetiva en sentido relativo.

En cualquier caso, la responsabilidad civil por actividades peligrosas es especial y está sujeta a un régimen jurídico propio, singular y concreto en cuanto hace a sus presupuestos estructurales, razón de ser y fundamento.

Así, para su constitución, a la víctima, es suficiente acreditar la actividad peligrosa, el daño y la relación de causalidad.

Del mismo modo, en línea de principio, para exonerarse de responsabilidad, a quien se imputa el daño, únicamente es admisible comprobar el elemento extraño, esto es, fuerza mayor o caso fortuito, participación de la víctima o la intervención de un tercero, cuya verificación rompe la relación de causalidad e impide la imputación causal, siempre que sea una causa extraña exclusiva.



Por tanto, el agente no se exime de responsabilidad probando ausencia de culpa o haber empleado la diligencia y cuidado exigible, por cuanto la responsabilidad radica en quien ejerce una actividad calificada como peligrosa por su potencialidad dañosa, es decir, generadora de riesgos o peligros para la comunidad más allá de los que son usuales, ordinarios o corrientes en la vida de relación.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'William Namén Vargas', with a long horizontal stroke extending to the right.

WILLIAM NAMÉN VARGAS

Magistrado

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL

ACLARACIÓN DE VOTO

Ref.: 73319-3103-002-2001-00161-01

Expongo a continuación, de manera breve, las razones por las cuales he considerado pertinente aclarar mi voto en relación con la sentencia de casación proferida en el proceso de la referencia, cuya parte resolutive comparto plenamente.

1. Se indica en la referida sentencia de casación que siendo la actividad de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica una actividad de las que tradicionalmente se han estimado como peligrosas, corresponde al juzgador, para efectos de establecer si concurren los requisitos para declarar la responsabilidad civil derivada de los daños que en virtud de ella se hayan causado, considerar que el factor de imputación de dicha responsabilidad es de naturaleza subjetiva *-culpa-* y que por aplicación de la preceptiva contenida en el artículo 2356 del Código Civil hay lugar a *presumir* dicha culpa. Por otra parte, en la sentencia se hace alusión en diversos apartes a circunstancias que serían demostrativas de la imprudencia con la que habría actuado la electrificadora demandada -fls.108 a 110- y que, por ende, servirían para apuntalar la atribución de la responsabilidad que contra ella se ha realizado.

2. Es suficientemente conocido que en nuestro ámbito el criterio de atribución de la responsabilidad corresponde de manera general a un factor eminentemente "subjetivo",

particularmente el relacionado con la culpa de aquel a quien se pretende imputar la responsabilidad, por cuanto se considera que su comportamiento no corresponde a los estándares de conducta que la sociedad espera de él. Sin embargo, no se puede desconocer que, en eventos ciertamente excepcionales, el ordenamiento ha consagrado situaciones o actividades en las que la atribución de la responsabilidad se realiza de manera estrictamente objetiva, como ocurre cuando con determinadas actividades se introducen factores extraordinarios de riesgo frente a los que son usuales en la vida en comunidad, mas aún cuando de los mismos se obtienen importantes ganancias o beneficios.

3. Por su parte, la jurisprudencia de esta Corporación, al abordar la responsabilidad civil extracontractual por actividades peligrosas, estructurada a partir de 1938 y con estribo en el artículo 2356 del Código Civil (Cas. Civil., sentencias de 14 de marzo, G. J. t. XLVI, pág. 216; y mayo 31, G. J. t. XLVI, pág. 561), de manera constante ha considerado que una vez acreditados el daño y la relación de causalidad entre la conducta y el perjuicio, corresponde imputar la respectiva obligación indemnizatoria a aquel que se pueda considerar como guardián de la cosa o de la actividad riesgosa generadora del daño, al paso que éste, en su defensa, sólo puede esgrimir el acaecimiento de un factor extraño como causa de los perjuicios sufridos por la víctima, es decir, que el demandado debe situar su defensa en el campo de la causalidad y no en el de la imputación subjetiva.

4. La Corte ha considerado tradicionalmente que en el mencionado sistema de responsabilidad civil se aplica una *presunción de culpa*, según la cual el guardián de la actividad peligrosa, por el hecho de serlo, se presume responsable –o culpable, según los diversos matices existentes al respecto-. Sin embargo, dicha presunción no puede ser desvirtuada por el sujeto

a quien se le atribuye la responsabilidad, como quiera que el sistema no le permite probar su propia diligencia. Esto significa que aunque se observara diligencia y cuidado en su comportamiento, para todos los efectos legales se le considera culpable y, por ende, responsable. Se trata, en últimas, de una presunción de derecho de que él ha obrado culpablemente.

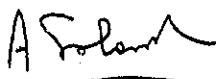
Es decir, en el entendimiento tradicional de este sistema de responsabilidad civil no hay lugar a acreditar ni desvirtuar la culpa, pero, aún así, al guardián de la cosa o actividad peligrosa siempre se lo considerará como un sujeto cuyo comportamiento no ha superado los niveles de diligencia que deben observarse en la vida en sociedad, aun cuando tal inferencia no tenga correspondencia con lo que en realidad haya acontecido.

5. Dadas las inconsistencias advertidas en el numeral anterior, y sin que se requiera tomar partido respecto de las diversas controversias semánticas que sobre este tema se han planteado, estimo que, de conformidad con el inciso 2° del artículo 2356 del Código Civil, quien en la vida en sociedad desarrolla una actividad peligrosa se considera por el ordenamiento como especialmente responsable de los daños que haya ocasionado, sin que en tales eventos se necesite acreditar, debatir o desvirtuar la culpa en que hubiera podido incurrir, por cuanto en el sistema de que se trata se responde más allá de la culpa, es decir, se responde *ultra culpa*, según acertada expresión de la doctrina especializada.

6. En concordancia con lo anteriormente señalado, y en relación con el asunto *sub examine*, debo manifestar que no comparto las alusiones que se realizan en la sentencia a la presunción de culpa que se establecería en contra de la Central Hidroeléctrica de Betania S. A. E.S.P –hoy Emgesa S.A.– por el hecho de adelantar una actividad peligrosa como lo es la

generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, ni tampoco las referencias que se hacen en algunos apartes de las consideraciones a la imprudencia o al descuido de la electrificadora, pues, al tratarse de una actividad peligrosa, la imputación de la responsabilidad civil a quien ejerza el control de tales actividades no se debe realizar con fundamento en factores o criterios de naturaleza subjetiva, probados o presuntos, pues, en opinión del suscrito, en tales eventos la responsabilidad civil se imputa *de manera especial* a quien con su conducta o comportamiento haya incrementado de manera extraordinaria los riesgos o peligros que las personas deben asumir en la vida social.

Fecha *ut supra*



ARTURO SOLARTE RODRIGUEZ

Magistrado