

Problemática jurídica en torno al *elemento extraño* a raíz de las lluvias excesivas: Análisis comparativo de la jurisprudencia civil de la Corte Suprema de Justicia colombiana y el Tribunal Supremo Español*

Legal issues surrounding the *foreign element* in the wake of heavy rains: Comparative analysis of civil jurisprudence of Colombian Supreme Court and the Spanish Supreme Court

Alma Ariza Fortich**

Universidad de La Sabana (Colombia)

* Este artículo hace parte del proyecto de investigación “La responsabilidad del profesional en la jurisprudencia civil de la Corte Suprema de Justicia: El criterio de imputación”, DER-028-2010, financiado por la Universidad de La Sabana.

** Cursa maestría en Seguros y Responsabilidad Civil en la Universidad Javeriana. Abogada de la misma universidad. Profesora e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana y miembro del Grupo de Derecho Privado de la misma universidad.

Dirección: Campus Universitario del Puente del Común, km 7 Autopista Norte de Bogotá (Colombia). alma.ariza@unisabana.edu.co

Resumen

Los cambios climáticos han generado, entre otros fenómenos, fuertes temporadas de lluvias que han afectado tanto bienes como vidas humanas. Este escrito pretende abordar el manejo de aguas en el contexto de la responsabilidad por los perjuicios que ello cause, a través de un estudio comparativo de la jurisprudencia colombiana y española, para así determinar los actuales lineamientos frente al manejo de lluvias y los resultados frente a su alegación como causal de exoneración. Se concluye que frente a los daños originados en inundaciones o anegaciones por lluvias excesivas, la respuesta del ordenamiento jurídico no es absoluta y se impone el estudio del elemento exógeno o control de la actividad en aras de definir si efectivamente se rompe el nexo de causalidad. Así, el elemento de prevención será determinante con miras a identificar el responsable de un daño, de forma que siempre que los daños sean imputables a una falta de control de una actividad relacionada de manejo o vigilancia de aguas o cauces, pero que sus consecuencias sean superables con medidas de prevención, no será admisible destruir el nexo de causalidad alegando fuerza mayor.

Palabras clave: Responsabilidad, casuales de exoneración, fuerza mayor, daños por lluvias.

Abstract

The climate change has affected the earth in different ways. Frequent rain and floods are just one of them, and have caused damages in goods and lives. This document studies the water manage and the responsibility with a comparative method. Thus, comparing the decision of the Colombia and Spain Supreme Court, this text concludes that the prevention and the control of the activity determine the criteria to identify who is liable of water damage.

Keywords: Responsibility, exoneration causes, strange element, rainy damages.

INTRODUCCIÓN

Para nadie es un secreto que el clima del planeta ha venido cambiando de forma vertiginosa y que tales cambios han ido manifestándose en catástrofes naturales padecidas a lo largo y ancho de los hemisferios (Bladé, Cacho, Castro-Díez, Gomis, González-Sampérez, Miguez-Macho, Pérez, Rodríguez-Fonseca, Rodríguez-Puebla, Sánchez, Sotillo, Valero-Garcés, Vargas-Yáñez, 2010). El muy reciente terremoto que seguido de un tsunami azotó las costas de Japón no es sino uno más de los mecanismos que ha empleado la Tierra para recordar que la intervención del hombre ha cambiado el orden natural de la vida. Colombia no ha sido ajena a este cambio. El clima del país en el segundo semestre de 2010 fue especialmente azaroso, y se presentaron inundaciones en la mayor parte del territorio continental. Pese a la magnitud de la catástrofe de la cual continúan las evidencias, el clima no ha dado tregua y las lluvias y las inundaciones vuelven a ser noticia (<http://www.eltiempo.com/noticias/inundaciones-en-colombia>. 24 de marzo 2011). Más aun, los estudios sobre clima en Colombia demuestran que hay una tendencia al incremento de precipitaciones en el norte y en el occidente del país, con aumento de aguaceros y tormentas (<http://www.revistadiners.com.co/nuevo/internaedicion.php?idn=24&idm=3>).

Las inundaciones, producto de fuertes lluvias, superan los índices históricos y han generado pérdidas de vidas y millonarios daños materiales. De acuerdo con la International Federation of Red Cross and Red Crescent Society, en Colombia, la temporada de lluvias de marzo, agravada por el fenómeno de La Niña, causó inundaciones que afectaron a 521 889 personas en La Mojana y destruyeron carreteras, casas y cultivos (2011). La situación no fue exclusiva de Colombia. Entre otros lugares, se reportaron inundaciones en el mismo período en Tennessee, Mississippi y Kentucky, estados de Estados Unidos (*Wall Street Journal on line*, <http://online.wsj.com/article/SB10001424052748704342604575222002973128496.html?KEYWORDS=Tennessee>), Australia (*BBC Mundo versión móvil*, consultado en http://www.bbc.co.uk/mundo/ultimas_noticias/2010/12/101231_ultnot_australia_inundaciones_queensland_amab.shtml) y Pakistán (*BBC Mundo versión móvil*, consultado en <http://>

www.bbc.co.uk/mundo/ultimas_noticias/2010/12/101218_ultnot_china_pakistan_rg.shtml, 24 de marzo 2011).

Las víctimas han sido socorridas por donaciones y ayudas que subsumen los perjuicios inmediatos, más relacionados con la subsistencia. No obstante, los daños referidos a la pérdida de vidas humanas, de viviendas y cultivos conducen a la posibilidad de plantear la alternativa de reclamar una indemnización que resarza tales pérdidas. En esas situaciones, los eventuales destinatarios de los citados reclamos formulan argumentos relacionados con la imposibilidad de prever tales acontecimientos. La pregunta que surge entonces es si tales defensas resultan igualmente efectivas para todos los casos en los que el supuesto de hecho se integra por las circunstancias climáticas que actualmente abruman, esto es, abundantes lluvias y anegaciones que generan perjuicios en la vida y bienes de las personas, o si, por el contrario, se impone la necesidad de revisar el comportamiento esperado del agente demandado, a efectos de determinar si lo imprevisible del hecho causante del daño subsume la omisión de protocolos que de otra manera permitirían imputar el daño imprevisible al sujeto que, desatendiendo un comportamiento, genera o incrementa el perjuicio.

Pues bien, la Cátedra Europa, que en 2011 llega a su XIV edición, ha venido impulsando el diálogo académico científico en procura de discutir bajo una visión interdisciplinar las problemáticas que afectan el mundo actual. En esta ocasión, y como parte de la actividad “El Planeta: Retos desde la interdisciplina”, se propone estudiar la problemática en torno al elemento extraño a raíz de las lluvias excesivas. Así, a través del análisis jurisprudencial y de derecho comparado (Colombia - España) se propugna la comprensión de los elementos modeladores del elemento extraño, a fin de reconocer en el principio preventivo un mecanismo de exoneración de responsabilidad cuando el daño ha sido consecuencia de inundaciones, como las que han afectado el país desde 2010 y que se extienden por todo el globo terráqueo.

En ese orden de ideas, luego de identificar el núcleo esencial del caso fortuito o fuerza mayor a través de la voz de la jurisprudencia, se hará evidente la relación entre el elemento exógeno propio de estos últimos

y la responsabilidad profesional del administrador o supervisor de la actividad relacionada con el manejo del agua, para así regresar a la prevención como criterio necesario para evitar la configuración de los elementos de la responsabilidad civil.

CAMBIOS ESTRUCTURALES EN LA CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO EXTRAÑO

Uno de los varios mecanismos para hacer frente al cambio climático es no solo el estudio científico acerca de cómo se está produciendo dicho cambio y cómo se espera que avance en un futuro próximo, sino también el análisis desde el prisma jurídico, y más precisamente desde el derecho de daños. En efecto, la respuesta natural de no pocas víctimas de inundaciones frente a la imposibilidad de demandar los daños padecidos a la naturaleza es reclamarlos a aquellos entes que, encargados de alguna manera del manejo del agua, de su administración o de la vigilancia de la zona afectada, cuentan con un patrimonio que les permita responder.

Por su parte, la contradicción, también propia de este tipo de requerimientos, se centra, entre otros argumentos, en la circunstancia de encontrar el origen de los daños en un caso fortuito. Ciertamente, las catástrofes naturales son, por definición, las situaciones que ejemplifican el caso fortuito.

Relación entre el caso fortuito y el manejo de aguas en la jurisprudencia civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia: *La profesionalidad como elemento de control de la actividad*

En Colombia, el artículo 64 del Código Civil, subrogado por el artículo 1 de la Ley 95 de 1980, define “fuerza mayor” o “caso fortuito” como “el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.” Es así que las inundaciones causadas por lluvias excesivas parecieran incluirse dentro del listado no taxativo de la norma citada. Si el análisis se redujera a lo dicho, frente a las situaciones que agobian a muchos colombianos desde el segundo

semestre de 2010, la respuesta del derecho sería una exoneración de responsabilidad para cualquiera que hubiera podido resultar demandado con ocasión de supuestos de hechos como el descrito. No obstante, las decisiones de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia admiten una restricción de los conceptos mencionados y, con ellos, la precisión del concepto de obligaciones del sujeto que puede intervenir en la actividad sobre la cual recae el elemento extraño.

Se hace referencia a los fallos proferidos por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia con ocasión de las inundaciones de los terrenos aledaños a la represa de Betania. Las citadas providencias tuvieron por objeto la reclamada responsabilidad de la Central Hidroeléctrica de Betania S.A. por los daños causados a los titulares de las plantaciones agrícolas colindantes con la represa, como consecuencia de la apertura intempestiva de las compuertas de la hidroeléctrica. Ocurrió que luego de varios días de intensas lluvias que superaron el límite de normalidad (abril de 1994) y elevaron el nivel de los embalses, la hidroeléctrica abrió las compuertas y liberó tal cantidad de agua que dañó los cultivos cuya indemnización se reclamaba. En tanto, la defensa del demandado alegaba fuerza mayor como eximente de responsabilidad, pues la avenida constituía un suceso inevitable, dado que históricamente en los meses en que se desarrollaron los hechos materia del proceso no era esperable el nivel pluviométrico presentado. Adicionalmente se pregonaba que a pesar del cumplimiento estricto del manual de operaciones de la represa se había producido el daño, fruto del episodio climático. Por ello, el debate judicial se centró justamente en el análisis de la situación fáctica, a efectos de determinar la configuración de los elementos mínimos del elemento extraño. Al respecto se han dictado varios fallos referentes a los mismos hechos. Las últimas providencias (2009) fueron: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de febrero de 2009, M.P.: Arturo Solarte Rodríguez, expediente 73319 3103 002 2001 00013 01, y Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 6 de agosto de 2009, M.P.: Edgardo Villamil Portilla, expediente 73319 3103 002 2001 00152 01.

Atendiendo a la definición legal, la jurisprudencia de la Corte Suprema identifica los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor señalando que

los elementos que validan el rompimiento del nexo de causalidad por la fuente citada son la imprevisibilidad y la irresistibilidad del acontecimiento (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de junio de 2000, expediente 5475; posición acogida en fallos de la misma sala del 26 de julio de 1995, expediente 4785, Sentencia del 19 de julio 1996, expediente 4469; Sentencia del 9 de octubre de 1998, expediente 4895).

El caso fortuito es entendido de acuerdo con tres criterios sustantivos: a) el referente a su normalidad y frecuencia, b) el atinente a la probabilidad de su realización y c) el concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo. Por su parte, la irresistibilidad, a juicio de la alta corporación, debe entenderse como

(...) aquel estado predicable del sujeto respectivo que entraña la imposibilidad objetiva de evitar ciertos efectos o consecuencias derivados de la materialización de hechos exógenos –y por ello a él ajenos, así como extraños en el plano jurídico– que le impiden efectuar determinada actuación, *lato sensu*. En tal virtud, este presupuesto legal se encontrará configurado cuando, de cara al suceso pertinente, la persona no pueda –o pudo– evitar, ni eludir sus efectos (criterio de evitación) (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de febrero de 2009, M.P. Arturo Solarte Rodríguez, expediente 73319 3103 002 2001 00013 01).

Es decir, el elemento extraño no puede estar ligado al agente, a su persona ni a su industria (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Sentencia 104 del 26 de noviembre de 1999) y debe, por tanto, tratarse, al tenor de la fuente doctrinal citada por la Corte (Von Thur, 1934), de

(...) un acontecimiento extraordinario que se desata desde el exterior sobre la industria, acontecimiento imprevisible y que no hubiera sido posible evitar aún aplicando la mayor diligencia sin poner en peligro toda la industria y la marcha económica de la empresa y que el industrial no tenía por qué tener en cuenta ni tomar en consideración.

Resulta pertinente señalar que el Consejo de Estado de Colombia ha distinguido tradicionalmente las nociones de caso fortuito y fuerza

mayor, admitiendo que solo este último exonera de responsabilidad al demandado, en tanto es capaz de romper el nexo de causalidad. Aclara esta alta corporación que mientras de conformidad con la Ley 95 de 16 de noviembre de 1890 el legislador acogió la teoría monista o unitaria de la causa extraña, la jurisdicción contencioso administrativa aplica las figuras de fuerza mayor y caso fortuito de manera dividida e independiente, dual, advirtiendo que solo la fuerza mayor constituye causa extraña (Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, Sentencia del 29 de enero de 1993, expediente 7635; Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, Sentencia del 2 de febrero de 1995, expediente 10376, explican la teoría dualista junto con los fallos referenciados previamente, entre otros). Así entonces, cuando el acontecimiento del que devienen los daños resulta externo, imprevisible e irresistible, destruye la relación de casualidad y, de contera, impide la declaratoria de responsabilidad del agente a quien se le imputa; por el contrario, si se trata de un suceso interno que ocurre dentro del campo de la actividad del que causa el daño, se define el caso fortuito, que no exonera de responsabilidad (Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo de 2002, consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez, expediente 70001-23-31-000-1994-3477-01). El planteamiento de este escrito es igualmente aplicable, por tanto, a la jurisdicción contencioso administrativa colombiana, con la salvedad expuesta. En efecto, en providencia del Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, Sentencia del 21 de junio de 2006, consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez, radicación 76001-23-31-000-1995-02277-01, se reiteró que

(...) la fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado, se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél y puede ser desconocido permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño.

La tesis entonces lleva a definir la “fuerza mayor” como un hecho imprevisible e inevitable que debe tener origen en una actividad exógena

a la que despliega el agente a quien se imputa el daño. Por ello, no puede configurarse como tal el acontecimiento que tiene su origen en la conducta de aquel o de la que es responsable. Esta postura, desarrollando el contenido de irrisitibilidad o inevitabilidad del acontecimiento, se fundamenta en la utilidad y el aprovechamiento organizado y permanente de una actividad riesgosa que, de contera, no permite ampararse en anomalías que presenten los bienes utilizados para ese propósito como herramienta para eludir la responsabilidad.

Aplicadas estas conclusiones al caso en estudio, la Corte admite que los incrementos del caudal del río Magdalena como consecuencia de las fuertes lluvias que afectaron la zona cercana a la represa son hechos que pueden calificarse como extraordinarios o infrecuentes y, por tanto, imprevisibles. Ello por cuanto la predicción de las lluvias históricamente se ha apreciado en su regularidad y periodicidad, y así lo hacía la Central Hidroeléctrica. No obstante, para los meses previos a la apertura de las compuertas, las precipitaciones superaron los índices históricos. El nivel de las lluvias no es, por tanto, un hecho previsible.

A pesar de lo anterior, la alta corporación hace parte del análisis el examen de la actividad de la Central Hidroeléctrica de Betania. El objeto de la misma era justamente generar energía a través del manejo de corrientes de agua, su contención y su caída controlada para pasarlas a turbinas hidráulicas, que no la predicción de lluvias antes mencionada. De allí que las crecientes en el caudal del río y las descargas, como elemento protagónico en la actividad económica de la demandada en tanto tal reflujo era el insumo esencial para la generación de energía eléctrica, no pueden ser consideradas exógenas o ajenas a la actividad de control de la demandada.

Por ello, dentro de los deberes que como profesional ha de atender se encuentra el de prevenir, con la antelación suficiente, las crecientes que pueda tener el río Magdalena, y específicamente sus efectos, a fin de que con la adopción de las medidas pertinentes evite que del manejo de las corrientes puedan derivarse efectos nocivos para terceros que, ciertamente, no se encuentran en el deber jurídico de soportar tales detrimentos.

Así las cosas, en Colombia, la ley ha definido que son dos los elementos para configurar el caso fortuito o fuerza mayor: la imprevisibilidad y la irresistibilidad de la conducta. Y pese a que las inundaciones y las lluvias excesivas ejemplificaran tal definición, lo cierto es que con las precisiones jurisprudenciales la conclusión no es tan simple. En efecto, se ha demostrado que la jurisprudencia, más que ampliar los requisitos legales constitutivos del elemento extraño, perfiló el último de ellos. Debe entenderse entonces que el núcleo esencial del caso fortuito o fuerza mayor está dado por los dos elementos atrás mencionados, puntualizando que en el último de ellos se impone no solo demostrar que el acontecimiento era inevitable, sino también demostrar que era ajeno al control de quien lo alega.

En ese orden de ideas, para romper el nexo de causalidad no bastará con probar que los hechos que sirvieron de fuente de los perjuicios que se reclaman fueron precipitaciones aun excesivas o fuera de lo normal o anegaciones. Se impone verificar que la actividad era ajena al control del demandado, pues de lo contrario no podrá configurarse el caso fortuito o la fuerza mayor.

Ahora bien, a efectos de determinar que la actividad hace parte del control del sujeto a quien se imputa la responsabilidad, los criterios que destilan de la jurisprudencia son: la prevención y la razonabilidad.

El primero de ello se manifiesta en los fallos a que ha hecho mención, específicamente el fechado el 27 de febrero de 2009. En dicha providencia, la Corte indicó que

(...) dentro de los deberes que como profesional ha de atender se encuentra el de prevenir, con la antelación suficiente, las crecientes que pueda tener el río Magdalena, y específicamente sus efectos, a fin de que con la adopción de las medidas pertinentes evite que del manejo de las corrientes puedan derivarse efectos nocivos para terceros que, ciertamente, no se encuentran en el deber jurídico de soportar tales detrimentos.

La razonabilidad se deduce de la condición de profesional en el manejo de aguas y que lo hará responder por todo aquello que razonablemente

se espera que realice. Así se señala en fallo del 16 de diciembre de 2010, en el que se debatía la responsabilidad de un transportador como consecuencia del robo de las mercancías objeto del contrato y en el que se indicó, respecto de la responsabilidad del profesional, que la prueba del elemento extraño debe conllevar la de la permanente diligencia, cautela y buen juicio del operador, “exigencia reflejada en que éste haya adoptado todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación (...) pues sólo así se estará realmente en presencia de un factor exógeno” (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 16 de diciembre de 2010, M.P.: Arturo Solarte Rodríguez, expediente 7724). Esta exigencia se fundamenta en el hecho de actuar bajo la condición de profesional, pues de ello se deriva un grado más elevado de diligencia, incluyendo, por supuesto, diversos deberes jurídicos de prevención y de evitación de daños.

En todo caso, precisa la Corte que el límite de lo exigible es lo que se considere razonable, es decir, citando al *Diccionario de la lengua española*, lo “arreglado, justo, [o] conforme a la razón”. Las actividades que realice el profesional deben ponderarse de acuerdo con lo que para el caso particular sea sensato o adecuado, atendiendo factores diversos, y sin esperar un sacrificio desproporcionado, heroico o contrario a la lógica que rige el mundo de los negocios. Del fallo se desprende que la razonabilidad será medida por el fallador en cada caso, pues dependerá de lo exigible al profesional en situaciones concretas, no pudiendo determinarse *a priori*.

En definitiva, las precipitaciones que han afectado el territorio colombiano deben ser catalogadas como imprevistas e irresistibles. Ello por cuanto de la información reportada respecto de la magnitud de las lluvias puede evidenciarse que su frecuencia y normalidad, probabilidad de realización y el carácter excepcional superaron las expectativas históricas. Sin embargo, corresponderá al juez determinar si los entes encargados del manejo de aguas o de los canales que, como el Canal del Dique, cumplen funciones de comunicación de las regiones a través del direccionamiento de las aguas del río Magdalena, o quienes

tienen a cargo la autorización y supervisión del asentamiento humano en áreas cercanas a ríos cumplieron razonablemente con las obligaciones a su cargo y con las actividades de prevención esperadas de quienes, como ellos, eran profesionales en el manejo de agua.

La jurisprudencia española en punto de los elementos del *elemento extraño* en los daños derivados por agua. Análisis comparativo con el derecho civil colombiano

A diferencia de Colombia, España no define normativamente caso fortuito o fuerza mayor, pero el artículo 1105 del Código Civil, al que la doctrina remite para comprender los conceptos, dispone que “fuera de los casos expresamente mencionados en la Ley y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.” A pesar de no adopción directa de los términos “caso fortuito” y “fuerza mayor”, su usanza no es ajena al código, que en varios artículos se refiere a uno y a otro. (Al caso fortuito, en los artículos 1136, 1183, 1744, 1745 y 1836 del Código Civil español, y a la fuerza mayor, en los artículos 457, 1777, 17847, 1905 y 1908.3. En los artículos 1602 y 1625 se refiere a ambas expresiones en forma conjunta).

Han sido la doctrina y la jurisprudencia las encargadas de precisar los conceptos. Refiriéndonos a la segunda de las fuentes de manera preponderante, teniendo en cuenta el método de derecho comparado propuesto, se encuentra que la posición jurisprudencial en el Tribunal Supremo Español es similar a la adoptada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, esto es, equiparar los dos conceptos. Imprevisibilidad e irresistibilidad entendida con el criterio de evitación (igualmente acogido por la Corte colombiana) son, de acuerdo con el texto legal, los requisitos necesarios para la configuración de un caso fortuito o fuerza mayor.

Lo propio admite la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, para la cual el elemento extraño puede definirse como el suceso imposible de preverse o que previsto sea inevitable y, por tanto, realizado sin culpa alguna del agente. Sobre el particular se remite a la Sentencia

254/04, Sala 1 de lo Civil, fallo del 25 de marzo de 2004, y a la Sentencia 35/2001 de AP Jaén, de 26 de enero de 2001.

Específicamente, declara el Tribunal en sentencia de 1988 (Tribunal Supremo Español, Sentencia de 16 de febrero de 1988), recogida hasta la fecha por las decisiones que tocan con este elemento de exoneración de responsabilidad por rompimiento del nexo de causalidad (Sentencia de la Sección 3ª de la AP de Tarragona de 14 de enero de 2005 (Rollo 460/2003), ponente: Agustín Vigo Morancho (presidente de la Sección 3ª), en un evento en el que se estimó que una tormenta intensa reunía los elementos de exoneración, que por caso fortuito debía entenderse

(...) todo suceso imposible de prever, o que, previsto, sea inevitable y, por tanto, realizado sin culpa alguna del agente, por lo que el vínculo de causalidad se produce entre el acontecimiento y el daño, sin que él intervenga como factor apreciable la actividad dolosa o culposa del agente, por lo que, para que tal suceso origine exención de responsabilidad, es necesario que sea imprevisible e inevitable, y que, cuando el acaecimiento dañoso fue debido a (*sic*) incumplimiento del deber relevante de previsibilidad, no puede darse la situación de caso fortuito, debido a que con ese actuar, falta la adecuada diligencia por omisión de atención y cuidado requerido con arreglo a las circunstancias del caso, denotando una conducta interferente frente al deber de prudencia y cautela exigibles, que como de tal índole es excluyente de la situación de excepción que el indicado art. 1105 establece, al implicar la no situación de imprevisibilidad, insufribilidad o irresistibilidad requeridas. Esta posición ha sido recogida, entre otros, en fallos de 22 de diciembre de 1981, 11 de noviembre de 1982, 11 de mayo de 1983 y 8 de mayo de 1986.

Un caso similar al de la Central Hidroeléctrica de Betania, atrás referenciado, falló el Tribunal Supremo Español en 2006 (Tribunal Supremo Español, Sala de lo Contencioso, STS 6425/2006, Sentencia del 31 de octubre de 2006, Id Cendoj: 28079130062006100370, ponente: Margarita Robles Fernández). Se reclamaba la responsabilidad de la administración en el pago de los perjuicios sufridos por los dueños de las tierras cercanas al río Alcazaba, por razón de la inundación de este último. La inundación tuvo su origen en las precipitaciones inu-

sitadas registradas (noviembre de 1997) sobre la zona afectada, que desbordaron el río, lo cual dañó los cultivos vecinos.

La providencia resulta interesante en tanto recoge la postura que sobre el elemento extraño y los daños por inundaciones adopta la jurisprudencia del máximo órgano judicial en España. Luego de indicar que las lluvias torrenciales o a destiempo son consideradas fuerza mayor, eximente de responsabilidad, por disposición de la ley de aguas, se detiene en dos decisiones que sirven de fundamento para la resolución del caso objeto de litis.

La primera de ellas corresponde a la Sentencia de 17 de marzo de 1993 (recurso número 694/1988), que declara responsable a la Administración no por la inundación en sí misma, originada en la obstrucción de un torrente, sino por incumplir el deber de diligencia que le imponía controlar la construcción de obras en áreas cercanas al río, advirtiendo por varios años el mal estado en el que se encontraba su cauce y omitiendo la ejecución de medidas que pudieran evitar los daños. Se destaca aquí el elemento exógeno al que se refiere la jurisprudencia civil colombiana y que denota justamente el control de la actividad por parte del sujeto que alega la exoneración de responsabilidad. Ante el incumplimiento de un deber propio de la función de la entidad demandada, no es viable declarar en sede de causalidad la falta de responsabilidad de dicho agente.

Se cita, así mismo, un caso fallado el 24 de enero de 1992, en el que se estudia el desbordamiento del río Marbella por el abandono de su cauce, la consecuente crecida de la represa El Parral y los perjuicios que ello desencadenó. Las pruebas del proceso determinan que la inundación que nuevamente dañó los cultivos contiguos no se generó por la crecida de la represa sino por la falta de drenaje del río, que generó su aterramiento, omisión imputable al ente encargado y que lo convierte en responsable.

La situación fáctica del caso del río Alcazaba resulta similar al precedente, y el Tribunal se sirve de las citadas decisiones para declarar que en este evento no se estructuran los contenidos del eximente de

responsabilidad. Se destaca que a pesar de la asimilación del caso fortuito y la fuerza mayor, en este fallo el Tribunal distingue el contenido esencial de los dos conceptos. Mientras para el caso fortuito el hecho debe ser imprevisible e inevitable, la fuerza mayor supone que además tenga su origen en una fuerza irresistible y extraña al ámbito de actuación del agente.

Para resolver este asunto, la Sala establece que

(...) la Administración tiene la obligación de realizar actuaciones o impedir hechos que pueden provocar el desbordamiento y la pernicioso acción de las aguas que discurren por los cauces naturales, con la excepción de los acontecimientos de lluvias torrenciales o a destiempo que son considerados como casos de fuerza mayor excluidos expresamente por la Ley, (...). La fuerza mayor, como tantas veces hemos declarado, no sólo exige que obedezca a un acontecimiento que sea imprevisible e inevitable, como el caso fortuito, sino también que tenga su origen en una fuerza irresistible extraña al ámbito de actuación del agente (Tribunal Supremo Español, Sentencia de 24 de enero de 1992 (recurso número 50/1987).

Con base en lo expuesto, la sala indica que la naturaleza e intensidad de las precipitaciones deben necesariamente apreciarse como un fenómeno extraordinario, inevitable e imprevisible y, por tanto, configurador de fuerza mayor. Para llegar a esta definición, el Tribunal, al igual que lo haría la Corte Suprema, dedica un espacio a calificar la conducta de la Administración, en el sentido de entenderla ajustada a sus funciones, y advirtiendo que a pesar de no evidenciarse un inadecuado manejo del cauce del río, de haberse presentado tal omisión, ello no hubiera sido la causa de los perjuicios que se reclaman. Textualmente indica el Tribunal en la sentencia del río Alcazaba que

El deber de responder en el supuesto de desbordamiento de un cauce en circunstancias climáticas normales como consecuencia del incumplimiento de la administración de mantenerlo en debidas condiciones o de evitar la actuación de terceros que puedan suponer un obstáculo al curso de las aguas no se manifiesta sólo, como primordialmente se ha discutido en el proceso y entiende la sentencia recurrida, en la elabo-

ración y ejecución de planes, sino también, y de modo quizá menos característico, pero más continuo, directo e inmediato, en la función de policía de aguas que corresponde a la administración.

El fallo del río Alcazaba, debe reconocerse, interpreta de manera disímil el elemento exógeno o a lo sumo, a pesar de reconocer el componente teóricamente, lo morigerada en la práctica. En efecto, aunque exige que la fuerza mayor sea una circunstancia del todo ajena al demandado, lo cierto es que al aplicar tal precepto al caso circunscribe el concepto al cumplimiento o no de funciones por parte de la entidad demandada, dejando de lado la justificación acogida por la Corte Suprema, según la cual, la utilidad y el aprovechamiento organizado y permanente de una actividad riesgosa impide alegar anomalías que presenten los bienes empleados para ese fin como mecanismo para eximirse de responsabilidad. Podría señalarse que el punto en común se halle en que la función de prevención, de gran relevancia para la Corte, se incluye, tal como se deduce del fallo de la represa El Parral, dentro de las actividades propias de la entidad demandada. De esta manera, la conceptualización del caso fortuito o fuerza mayor en las dos corporaciones sería asimilable.

En definitiva, del análisis comparativo del rastreo jurisprudencial Colombia-España se puede concluir que el caso fortuito o fuerza mayor requerirá no solamente la demostración de la imprevisibilidad e irresistibilidad del acontecimiento, sino que hará falta igualmente desestimar cualquier posible negligencia por parte del agente que pretende alegar esta causal de exoneración, entendida como el cumplimiento de las funciones que le son propias, incluyendo la prevención de conductas generadoras de perjuicios.

CONCLUSIÓN

LA PREVENCIÓN, MECANISMO DE EXONERACIÓN A TRAVÉS DEL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES PREEXISTENTES

El análisis comparativo de las decisiones judiciales de España (Tribunal Supremo) y Colombia (Corte Suprema de Justicia) demuestra que frente a los daños originados en inundaciones o anegaciones por lluvias

excesivas, la respuesta del ordenamiento jurídico no es absoluta. En efecto, pese a que tradicionalmente las catástrofes naturales como las que se han padecido en los últimos meses ejemplificaban el caso fortuito o fuerza mayor, actualmente se impone el estudio del elemento exógeno o control de la actividad en aras de definir si efectivamente se rompe el nexo de causalidad.

El límite del caso fortuito o fuerza mayor se ha ido cerrando, hasta tal punto que cada vez es menos probable exonerarse con tal argumento. Ello porque en tanto exista algún agente que tuviera a su cargo la prevención de tal hecho, será ese el responsable. Nótese que lejos de exigir lo imposible, el argumento planteado por las altas corporaciones pretende separar el hecho de la naturaleza en sí mismo de las consecuencias que de él se deriven. De esta forma, siempre que los daños sean imputables a una falta de control de una actividad relacionada de manejo o vigilancia de aguas o cauces, pero que sus consecuencias sean superables con medidas de prevención, no será admisible destruir el nexo de causalidad alegando fuerza mayor.

En efecto, dentro de las funciones de los entes que de alguna manera asumen el manejo de aguas o la vigilancia de los niveles de los ríos se incluye una actividad de prevención de daños, acompañada de la razonabilidad de la extensión de las conductas exigibles a dicho ente. Incluso, se integran tales actividades con aquellas encaminadas a evitar la extensión de los daños una vez se han consolidado. Es decir, las decisiones analizadas permiten afirmar que, amén de las catástrofes naturales, y específicamente en punto de los daños por agua, la prevención, o mejor, la falta de ella, se constituirá en el mecanismo que elevará el acontecimiento natural a la categoría de caso fortuito o fuerza mayor.

La previsibilidad debe considerarse una actividad normal del hombre medio en relación con las circunstancias en las que se desenvuelve, pero que en todo caso se incrementa su nivel de exigencia atendiendo la profesionalidad del agente administrador o supervisor del manejo del agua.

Se hace evidente entonces la necesidad de reflexionar en torno al reconocimiento de la obligación de prevención como integrante de las actividades de los actores del agua, pues solo a través de su cumplimiento estricto podrán identificarse los fenómenos naturales con el elemento extraño, y así romper el nexo de causalidad y, a su vez, concientizar a los entes a cargo de la administración del agua en el cumplimiento de esta obligación. Quedan en todo caso interrogantes alrededor de la identificación de los fenómenos que pueden efectivamente ser atribuidos a la naturaleza y aquellos que a pesar de lo intempestivo deben atribuirse a los citados actores y, con ello, hacerlos responsables.

REFERENCIAS

- BBC Mundo versión móvil*. Consultado el 24 de marzo de 2011.
- Bladé, Cacho, Castro-Díez, Gomis, González-Sampérez, Miguez-Macho, Pérez, Rodríguez-Fonseca, Rodríguez-Puebla, Sánchez, Sotillo, Valero-Garcés y Vargas-Yáñez (2010). *Clima en España: Pasado, presente y futuro. Informe de Evaluación del Cambio Climático Regional, Red Temática Clivar*. Fid F. Pérez y Roberta Boscolo (Eds.). España.
- Código Civil español
- El Tiempo on line*. Consultado el 24 de marzo 2011.
- International Federation of Red Cross and Red Crescent Society, Colombia: Floods, DREF operation n° MDRCO007 GLIDE n° FL-2010-000076-COL, 2010, Consultado el 24 de marzo de 2011.
- Ley 57 de 1887, Código Civil de Colombia.
- Revista *Diners on line*. Consultada el 24 de marzo de 2011.
- Von Thur, A. (1934). *Tratado de las Obligaciones*, t. I y II. Madrid: Reus.
- Wall Street Journal on line*. Consultado el 24 de marzo de 2011.

Jurisprudencias citadas

- Audiencia Pública de Jaén, Sentencia 35/2001 de AP Jaén, 26 de enero de 2001.
- Audiencia Pública de Tarragona, Sentencia de la Sección 3ª de la AP de Tarragona de 14 de enero de 2005 (Rollo 460/2003), ponente: Agustín Vigo Morancho (presidente de la Sección 3ª).
- Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, Sentencia del 29 de enero de 1993, expediente 7635.
- Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, Sentencia del 2 de febrero de 1995, expediente 10376.
- Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, 21 de junio de 2006, consejera ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez, radicación 760001-23-31-000-

- 1995-02277-01.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 26 de julio de 1995, expediente 4785.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de julio 1996, expediente 4469.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 9 de octubre de 1998, expediente 4895.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Sentencia 104, del 26 de noviembre de 1999.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de junio de 2000, expediente 5475.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de febrero de 2009, M.P.: Arturo Solarte Rodríguez, expediente 73319 3103 002 2001 00013 01.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 6 de agosto de 2009, M.P.: Edgardo Villamil Portilla, expediente 73319 3103 002 2001 00152 01.
- Corte suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 16 de diciembre de 2010, M.P.: Arturo Solarte Rodríguez, expediente 7724.
- Tribunal Supremo Español, Sentencia 16 de febrero de 1988.
- Tribunal Supremo Español, Sentencia de 22 de diciembre de 1981.
- Tribunal Supremo Español, Sentencia del 11 de noviembre de 1982.
- Tribunal Supremo Español, Sentencia del 11 de mayo de 1983.
- Tribunal Supremo Español, Sentencia del 8 de mayo de 1986.
- Tribunal Supremo Español, Sentencia de 24 de enero de 1992 (recurso número 50/1987).
- Tribunal Supremo Español, Sentencia del 17 de marzo de 1993 (recurso número 694/1988).
- Tribunal Supremo Español, Sentencia 254/04, Sala 1ª de lo Civil, fallo del 25 de marzo de 2004.
- Tribunal Supremo Español, Sala de lo Contencioso, STS 6425/2006, Sentencia del 31 de octubre de 2006, Id Cendoj: 28079130062006100370, ponente: Margarita Robles Fernández.